Tome 124
2020
N°3/4

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 del'Université Panthéon-Assas
(Paris II) et de l'IHEID de Genève

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

Gilbert GUILLAUME
Ancien Président
de la Cour internationale de Justice

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

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

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

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

Directeur

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

Comité de Rédaction

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

Niki ALOUPI
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Louis BALMOND
Professeur à l'Université de Toulon

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

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

Florence POIRAT
Professeur à l'Université Paris-Sud

Raphaële RIVIER
Professeur à l'Université Paris I

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

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

Baptiste TRANCHANT
Professeur à l'Université de Bordeaux

Bénédicte PEDONE RIBOT
Secrétaire de rédaction

TOME CXXIV - 2020

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

Droits de reproduction et de traduction réservés © éditions Pedone

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

IN MEMORIAM

Charles LEBEN
1er janvier 1945 - 5 août 2020

La tradition universitaire veut que je parle ici de Charles Leben, comme un usage savant impose ailleurs de citer le professeur Leben. Mais tous ceux qui ont eu le bonheur de le connaître savent combien il est cruel de ne plus pouvoir dire, simplement, Monsieur Leben.

Il était né en Union Soviétique en 1945, à Tachkent, au Kazakhstan, où sa famille avait trouvé refuge après avoir quitté la Pologne face à la « poussée vers l'Est » de la furie nazie. Il renaît en France, où il sera bientôt naturalisé et se distinguera par une œuvre juridique exceptionnelle, fierté de la tradition française du droit international.

Je l'ai rencontré au début du mois d'octobre 1994. Au pied de ses cinquante ans, il était au sommet de l'art universitaire, et j'avais eu la chance inouïe de suivre ses séminaires consacrés aux contrats d'Etat, où la théorie du droit international croisait le fer avec les doctrines civilistes, et l'histoire de la pensée éclairait les évolutions les plus contemporaines.

C'est pourtant d'abord vers l'économie que s'était orienté cet homme de lois. Diplômé des Hautes Etudes Commerciales (H.E.C.) en 1967, il suit en parallèle à Paris les cours de la Faculté de droit et de l'Institut d'études politiques. En 1975, Charles Leben soutient sa thèse de doctorat, qui paraîtra chez Bruylant, avec les éloges de Suzanne Bastid : *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées. Recherches sur les sanctions internationales et l'évolution du droit des gens* (Bruxelles, 1979). On reconnaît par cette formation intellectuelle une orientation majeure de son œuvre : l'appréhension juridique des affaires économiques. Agrégé en 1977, après quelques années à Clermont-Ferrand, Charles Leben poursuit sa carrière à Dijon, où il se consacrera à partir de 1981 au vigoureux Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI). Cet intérêt initial pour l'analyse juridique de l'économie sera cultivé tout au long de sa vie universitaire. S'il fallait nommer quelques travaux de cette veine, dans une littérature vaste, riche et articulée, on retiendrait volontiers « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements » (*R.C.A.D.I.*,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

2003), le « Que sais-je » sur le *Droit international des affaires* et le monumental *Droit international des investissements et de l'arbitrage international* qu'il a dirigé aux éditions Pedone. Il me semble que le statut spécifique des grands contrats d'investissement et la portée, comme le rôle, des clauses compromissoires qu'ils stipulent généralement, sont le cœur de sa réflexion, attentive à la fois aux conditions de la protection ou de l'« ancrage » dans l'ordre international d'une part, et à l'utilisation des techniques nationales élaborées pour les arbitrages internationaux « ordinaires » de l'autre.

*

En 1991, il est élu à la Faculté de droit de Paris, désormais rattachée à l'Université Panthéon-Assas. Il y dirigera le D.E.A. de droit international public puis l'Ecole doctorale, et se distinguera comme l'un des grands directeurs qui ont fait l'histoire de l'Institut des hautes études internationales de Paris. Dans ce contexte universitaire, où l'histoire de la pensée internationaliste côtoie toujours la théorie du droit, et où l'étude du droit international ne se conçoit pas sans une intelligence de son ordre, s'épanouit la deuxième orientation majeure de l'œuvre de Charles Leben : la théorie générale du droit et la culture juridique.

Son apport à la compréhension et à la conservation de la pensée juridique est inestimable. Il est vrai que ce juriste, si différent de Hans Kelsen, cultiva tout au long de sa vie un intérêt particulier pour l'œuvre du « maître de Vienne ». Et certainement, Leben a écrit des analyses extrêmement fines des diverses thèses de la vulgate kelsénienne, en revenant constamment à ses interrogations fondamentales. Mentionner quelques textes en particulier est ici un choix très périlleux. Je distinguerai cependant « Kelsen and the Advancement of International Law » au *EJIL* (1998), « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen » (C. M. Herrera, dir., 2001), ou encore « Campagnolo et Kelsen » aux *mélanges Troper* (2006). Il est tout aussi certain que Charles Leben a également été soucieux de faire connaître les travaux de Kelsen en assurant l'édition ou la réédition de textes moins accessibles. Ces publications sont d'ailleurs avantageusement éclairées de ses propres observations – v., par ex., *Ecrits de Droit international*, PUF 2001 ; *Controverses sur la théorie du droit*, ed. Panthéon-Assas 2005 ; etc. Mais, précisément, Kelsen n'était qu'un point de départ d'une curiosité extrêmement variée, et en recherche constante de nouvelles découvertes, qui le portait de Pillet à Bobbio, de Michoud à Umberto Campagnolo, de Perelman à Virally ou à Charles Eisenman – pour ne mentionner qu'un échantillon des auteurs sur lesquels portent ses publications (cf. l'impressionnante bibliographie mise au point pour ses *mélanges*, aux éditions Pedone). Et si on voulait bien prêter attention à son œuvre originale, on s'apercevrait à quel point il n'est pas simplement réducteur, mais aussi erroné de voire en Leben un normativiste kelsénien. Cependant, avant d'essayer de proposer

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

une lecture de ce qui me paraît être le point central de sa pensée juridique, je voudrais dire un dernier mot, plus personnel, sur son rapport à l'histoire de la pensée juridique.

Après qu'il nous eut quittés au mois d'août dernier, j'étais assis en septembre au bureau des directeurs de l'I.H.E.I., Place du Panthéon à Paris, lorsque tout à coup mon regard a été attiré par un carton entre-ouvert que quelqu'un avait déposé dans un coin de la pièce – il faut certes qu'il s'agisse d'un joyeux capharnaüm pour que je ne le note qu'après plusieurs heures passées sur place… L'ayant entrebâillé, j'y ai trouvé une série d'exemplaires – certainement à son intention – du livre de Léon Michoud sur *La théorie de la personnalité morale* que les éditions Panthéon-Assas venaient de rééditer dans la collection des *introuvables* sous l'égide de Charles Leben (avec un préface de Michel Germain), et dont la diffusion commençait, après sa disparition. J'ai eu la faiblesse de songer que son attachement à la culture juridique pouvait être, au moins pour un temps, plus fort que la mort.

*

Il y a certainement des points de contact entre Charles Leben et Hans Kelsen. Le goût du formalisme et l'acceptation du système logico-déductif basé, pour l'un, sur la théorie de la *grundnorm*, du moins pour l'essentiel de l'organisation du raisonnement juridique, en particulier, rapprochent singulièrement les deux juristes. Cependant, et à y voir de plus près, cette proximité me paraît, en définitive, affinité de goût bien davantage que partage de convictions communes. Plus précisément, Leben reconnaît en Kelsen un maître de l'art juridique et, me semble-t-il, avec quelque raison. Mais Hans Kelsen « sait » ce qu'est le droit : un système de normes qui expriment un devoir être dont le respect est assuré par la sanction publique organisée. Charles Leben, de son côté, l'a recherché toute sa vie, sans se satisfaire jamais de sa réduction à la sanction.

La différence est grande sur le plan méthodologique : Kelsen a une doctrine qu'il défend. Leben a une question qu'il affronte. Mais l'essentiel n'est pas là : Charles Leben n'accepte pas le fondement kelsénien qui loge dans la sanction le critère ultime d'identification de la norme juridique (*i.e.* le critère de la juridicité, suivant l'expression à la mode). Si on accepte la doctrine de l'identification par la sanction, en effet, il faudrait alors admettre que le précepte inique serait règle de droit du moment où il aurait pour lui la sanction. Or, si Leben est prêt à raisonner avec les instruments kelséniens de l'analyse juridique, il ne peut pas admettre un système d'identification du droit qui ne permettrait pas de disqualifier la lubie du tyran.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

L'aboiement du nazi ne peut pas être une règle de droit, et un système d'identification qui ne se dote pas d'un mécanisme permettant de lui refuser le nom de la loi est défaillant. Ainsi naît la théorie originale de Charles Leben qui recherche dans l'idée de justice ce mécanisme correcteur. Le texte essentiel est conservé dans la revue *Droits* (1990 : « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice »). Je reste perplexe face à la persistance de ce contre-sens qui conduit à confondre l'étude d'une œuvre et l'adhésion à ses orientations – d'autant intenable dans le cas de Leben que son magnifique article de 1990 se présente assez ouvertement comme le manifeste d'un rejet des postulats essentiels du normativisme[1].

*

Le rejet du « positivisme juridique » que Leben associe à Kelsen ne souffre d'aucune ambiguïté, et est même présenté comme un postulat ou, suivant la formule qu'il préfère, la deuxième de ses trois « convictions personnelles », sur lesquelles se fonde l'article de la revue *Droits* : « La deuxième conviction que nous avons est que le droit a *quelque chose à faire* avec la justice, qu'il est à la fois une réalité sociale et un rapport à des valeurs ». Leben sait bien que cette position est incompatible avec la vulgate kelsénienne dite, à tort, du « positivisme juridique ». Il poursuit : « Cette conviction se heurte à la formidable construction du positivisme juridique qui récuse toute prise en considération du contenu du droit et toute définition qui ne caractérise pas le droit comme un ordre de contrainte. Les raisons de ce positivisme de stricte obédience sont connues. Elles portent sur la relativité totale, dans l'espace et le temps, des idées de justice et même sur la menace que ferait peser sur tout ordre démocratique et soucieux de liberté la croyance erronée en des valeurs absolues et donc intolérantes [*en note* : V. Kelsen, *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Paris, Economica, 1988, Chap. X, p. 89 et s. et la présentation de M. Troper, p. 13] ». Sa critique des thèses kelséniennes est ici aussi frontale que complète. Charles Leben, en effet, rappelle que, contrairement à l'avis de Kelsen, les thèses jusnaturalistes ne renvoient pas nécessairement à un ensemble intemporel, et conçoivent parfaitement que l'observation conduise à établir des modèles liés à une période historique déterminée, comme l'illustre le cas de l'esclavage : « L'erreur de ce positivisme juridique est d'avoir mis comme condition, pour accepter une notion autonome de justice dans le droit, de trouver des valeurs dont il serait possible de montrer qu'elles sont éternelles et universelles. Or il suffit, en réalité, de montrer que dans le cours de l'histoire certaines valeurs peuvent *advenir* et tendre à la pérennité et

[1] Il est piquant de noter que l'« adversaire » Georges Scelle, lui, s'autoproclame en 1942 « positiviste », et se rallie docilement à l'analyse normativiste de la sanction (cf. mes obs., « L'inégalité des peuples chez Georges Scelle. Observations critiques sur la théorie colonialiste du droit international objectif », *Grandes pages du droit international*, vol. 4 : *Les espaces*, Pedone, 2018, pp. 269-289).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

à l'universalité. Ainsi, par exemple, de tout temps et partout il a existé un droit de l'esclavage, mais la légitimité (donc la justice) de celui-ci a été anéantie dans la période où l'histoire de l'Occident a produit la notion d'« homme » et de ses droits [*en note* : V. Eric Weil, « Du droit naturel », in *Essais et conférences*, Paris, Plon, 1970, p. 174-196 (magnifique essai injustement méconnu)]. L'interdiction de la réduction de l'homme en esclavage est aujourd'hui une valeur de justice qui permet, *au juriste en tant que juriste*, d'évaluer le degré de juridicisation d'un 'système de commandements' ». L'interdiction de l'esclavage étant une illustration pouvant être étendue au gré des nouvelles « prises de conscience », elle paraît à Charles Leben pouvoir démolir les critiques adressées à la défense de valeurs identifiées indépendamment de la sanction : « Il en est d'autres dont on pourrait faire une liste non limitative puisque susceptible d'être complétée dans l'avenir par les prises de conscience progressives, des implications de la notion de droits de l'homme. Il va de soi, par conséquent, que l'affirmation de certaines valeurs universelles, loin de conduire à l'absolutisme (comme le pensait Kelsen), est au contraire la condition même de la conception juridique d'un Etat de droit démocratique et tolérant ».

Pour comprendre l'importance de cet extrait dans la pensée de Charles Leben, il convient d'abord d'éviter les écueils que suscitent deux mots utilisés dans la littérature juridique pour abriter des marchandises fort différentes : positivisme et démocratie. Or, par le premier, c'est uniquement le normativisme kelsénien qui est visé dans le texte de Leben, tandis que le second est utilisé dans le syntagme « démocratique et tolérant » comme l'opposé, le négatif, d'un système « absolutiste » (au sens de la critique kelsénienne). Si l'on ne s'égare pas dans des *disputationes* contemporaines sans rapport avec l'effort de Charles Leben, et si l'on veut bien rapprocher le texte de la perspective ancienne de la réflexion juridique sur le droit naturel, on peut admirer l'actualisation de la thématique aristotélicienne des modèles naturels induits de l'observation critique – en opposition au droit naturel intemporel et abstrait – ; ce qui conduit à rapprocher la pensée de Leben des conceptions d'Anzilotti, à mesure qu'elle s'éloigne de l'école normativiste.

J'ai écrit ailleurs que dans un texte de 1892 (*La filosofia del diritto e la sociologia*), Dionisio Anzilotti, qui renvoie d'ailleurs expressément à l'*Ethique à Nicomaque* d'Aristote, élabore une théorie du droit en tant que phénomène social qui peut être observé par une analyse historique et psychologique, comme tous les autres phénomènes sociaux. A la différence des autres lois sociales, toutefois, selon Anzilotti, les règles de droit ne peuvent s'entendre sans la considération des aspirations intérieures de l'individu : « Le droit, en effet, si d'un côté investit et protège le vivre-ensemble social dans son ensemble, et se relie par conséquent à tous ses caractéristiques, phénomènes et lois, de l'autre il est si étroitement uni à la personne humaine, qu'il prend l'aspect et la valeur, outre que d'un fait social, d'un élément très important de la vie individuelle ; d'où il résulte qu'il se trouve

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

également relié à tous les besoins et les lois de la vie individuelle elle-même » (p. 127, ma trad. ; v. *Grandes pages du droit international*, vol. 2 : *Les sources*, Pedone, 2016). Pour les deux auteurs, le sentiment individuel de justice est l'élément fondamental qui organise l'ensemble des systèmes juridiques.

Si la proximité avec Anzilotti est aussi flagrante que l'éloignement du normativisme s'agissant du rôle de l'observation jusnaturaliste aristotélicienne, les deux constructions diffèrent sur un point essentiel. Pour Anzilotti, l'observation est trop imprécise pour régler les conduites : la règle de droit doit être reconnue dans la pratique (*i.e.* « posée » par la volonté de son auteur), et ce n'est que si cette dernière venait exceptionnellement à heurter la valeur fondamentale jusnaturaliste que le rôle correctif de cette valeur pourrait exercer sa fonction et écarter une telle aberration du monde du droit. Selon la construction de Leben, en revanche, l'observation jusnaturaliste n'est pas conçue comme le mécanisme de validation de l'hypothèse juridique fondamentale permettant d'identifier les règles de droit et « corriger » les erreurs. Ce sont les règles essentielles elles-mêmes (l'interdiction de l'esclavage, dans l'exemple) qui trouvent un fondement dans le modèle observé (« adviennent », suivant le verbe qu'il avait choisi). En somme, si les deux constructions sont basées sur l'observation historique suivant le modèle aristotélicien, le droit naturel d'Anzilotti servirait éventuellement à écarter la règle qui voudrait autoriser l'esclavage, le droit naturel de Leben assoit l'autorité de sa proscription. Il n'en demeure pas moins que dans leurs différences ces deux constructions, pourtant sceptiques et prudentes, sont bâties, me semble-t-il, sur une magnanime et identique foi, qui leur permet de croire (ou d'espérer ?) que l'humanité aspirera à la justice (Anzilotti) ou tend à en réaliser le modèle (Leben). Ni l'une ni l'autre n'admettent – ou, du moins, pas ouvertement – une autre vision de la nature humaine, plus pessimiste, face aux dérives de laquelle on ne pourrait opposer que son propre sentiment subjectif de justice, et sa lutte, condamnée alors à la marginalité, pour le défendre – ce serait encore en « juriste en tant que juriste », mais armé du seul droit de résister à l'oppression.

*

Je n'ai pas connu Anzilotti. Il m'a été donné, en revanche, de côtoyer Charles Leben. Ce grand légiste a été de mes prédécesseurs à l'Institut des hautes études internationales de Paris. Or, cette circonstance institutionnelle m'a offert le bonheur de le rencontrer régulièrement Place du Panthéon, à Paris. Accédé à l'éméritat, il avait gardé intact son attachement à l'Université et continuait de cultiver ses intérêts scientifiques. Il avait alors la bonté de nous rendre visite, dans son ancien Institut, auquel il apportait son soutien constant.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans toutes nos manifestations scientifiques, à chaque occasion de rencontre et d'échange, Charles Leben venait partager la hauteur de ses réflexions. A chaque moment de doute et de remise en cause, à chacune des très nombreuses difficultés, amertumes, déceptions et tracasseries que l'Etat et les prétentieux infligent à l'Université, il venait nous épauler. Cet homme qui paraissait si souvent fragile et hésitant savait affronter les défis collectifs avec détermination, offrant un appui d'acier, trouvant toujours le ton approprié, la stratégie adroite ou la conciliation opportune. Quand la brutalité des « décideurs » ne paraissait pas laisser d'issue honorable, il offrait encore la consolation sereine du trait ironique. C'est un vide effroyable que nous ressentons tous, mais c'est aussi un exemple magnifique qui nous reste.

Carlo SANTULLI

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

IN MEMORIAM

Denis PEDONE
5 octobre 1935 - 1er octobre 2020

Directeur des Editions Pedone pendant quarante ans, Denis Pedone s'est éteint paisiblement le 1er octobre, entouré de l'affection de ses trois enfants. Au cours de ces dernières années, il avait fait face avec courage et stoïcisme à de pénibles épreuves engendrées par une santé défaillante, allant jusqu'à déjouer les pronostics pessimistes des médecins. Il a eu une fin de vie d'autant plus difficile qu'aux souffrances provoquées par les séquelles de lourdes opérations chirurgicales s'était ajoutée en 2017 la douleur de perdre son épouse.

Né à Paris le 5 octobre 1935 dans une famille nombreuse, il ne semblait pas a priori destiné à faire carrière dans l'édition. Il aurait sans doute préféré le métier des armes. Du reste, la période du service militaire fut pour lui une révélation : il s'y découvrit une véritable passion pour l'Armée et les problèmes de défense. Sa conduite exemplaire pendant la guerre d'Algérie lui valut d'ailleurs l'attribution de la médaille militaire et de la croix de la valeur militaire. Au printemps 1960, frais émoulu de l'Ecole des E.O.R. de Cherchell, le sous-lieutenant qu'il était devenu fut très sérieusement blessé au cours d'une mission en Kabylie occidentale. De l'hôpital de Tizi-Ouzou où il avait été initialement évacué, il dut être transféré au Val de Grâce en raison de l'extrême gravité de son état. Entre temps, ses parents avaient reçu des autorités l'annonce de sa mort … Rendu à la vie civile, il conservera un attachement particulier pour l'institution militaire, au sein de laquelle il accédera au grade de colonel de réserve. De son propre aveu, il éprouvera même l'une de ses plus grandes satisfactions dans sa participation à la 33ème session de l'Institut des hautes études de défense nationale en 1980-1981.

En 1962, après le décès de sa tante Madeleine Pedone, qui était devenue en 1931 une des premières femmes éditrices en France (voir la notice de Charles Rousseau dans *cette Revue* 1962, pp. 257-259), il fut amené à prendre la direction de la maison d'édition familiale créée en 1838 et portant, depuis son installation au n° 13 de la rue Soufflot, le nom de son aïeul Auguste Pedone. Il s'adonna corps et âme à cette nouvelle tâche pour laquelle il n'avait guère été préparé.

Fréquentant assez régulièrement la librairie des Editions A. Pedone à partir de 1964, je devais peu à peu nouer les plus cordiales relations avec Denis Pedone. Dès le départ, j'avais été frappé par son esprit curieux et son souci de maîtriser

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

parfaitement toutes les ficelles de son nouveau métier. Derrière un abord extrêmement affable, on percevait chez lui une autorité naturelle qui hésitait encore à s'affirmer trop ouvertement. S'il lui arrivait parfois de paraître tâtonner, on se rendait rapidement compte qu'il s'agissait simplement de la manifestation du scrupule d'un patron désireux de faire les bons choix pour l'entreprise dont il venait de prendre les rênes.

Je me souviens avec émotion de nos multiples rencontres à l'occasion de la mise à jour du traité de Louis Cavaré qu'il m'avait confiée. Notre collaboration se fit encore plus étroite lorsqu'il devint l'éditeur attitré des publications de la Société française pour le droit international, puis surtout lorsqu'il m'invita, après les disparitions de Michel Virally et de Charles Rousseau, à prendre une plus grande part dans la gestion de la *Revue générale de droit international public*. Et je ne peux oublier l'amicale teneur de nos échanges à l'occasion du déplacement que nous fîmes ensemble à Genève en novembre 2003 pour prendre part à la cérémonie des obsèques de Nicolas Valticos.

L'un des grands mérites de Denis Pedone fut assurément de maintenir contre des vents contraires l'indépendance de la maison héritée de ses aïeux et d'en faire l'éditeur français de référence dans les différents domaines du droit international. Et l'on ne vantera jamais assez le talent qu'il déploya, dans les fonctions qui furent les siennes au sein du Syndicat national de l'édition, afin d'assurer la promotion de l'édition française et plus spécialement du livre juridique à l'étranger. Il a ainsi ouvert largement la voie à l'éclatant rayonnement que ses successeurs Bénédicte Pedone Ribot et Marc Pedone, dignes héritiers d'une lignée, ont su donner à la maison de leurs ancêtres.

Ajoutons enfin que Denis Pedone était aussi un homme de cœur, animé de la passion du bien commun, toujours prêt à se dépenser au service d'une juste cause. Ainsi, il ne se contenta pas d'exercer, pendant de nombreuses années, les fonctions d'administrateur et de trésorier général de la Société nationale des médaillés militaires ; il mettait également un point d'honneur à se dévouer pour l'Association de l'orphelinat et des œuvres des médaillés. Et l'on ne peut manquer de rappeler qu'il siégea avec assiduité pendant plus de quinze ans au conseil d'administration de l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre.

Lui qui aimait tant les symboles aura sans nul doute apprécié d'être porté en terre le jour de la Saint-Denis.

Jean-Pierre QUENEUDEC

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

SECESSION ET SUCCESSION EN MATIERE DE TRAITES DE FRONTIERES ET DE REGIMES DE FRONTIERE : HYPOTHESE D'ETUDE SUR LA FRONTIERE FRANCO-ESPAGNOLE*

Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI
Professeur de Droit International Public et Relations Internationales, Université Rey Juan Carlos

Le *Dictionnaire de Droit International Public* définit la sécession comme « l'action d'une partie de la population d'un Etat, visant à dissocier un territoire de l'Etat de la souveraineté dont il dépend, afin de l'ériger en Etat, l'Etat touché par cette réduction de son territoire conservant sa personnalité internationale et, par conséquent, son identité »[1]. Son succès, matérialisé par la création d'un nouvel Etat différent de l'Etat « parent », implique que la souveraineté sur le territoire séparé change de titulaire, ce qui crée un rapport de succession. Aux termes de Remiro Brotóns, « entendu au sens strict, le rapport de succession est lié à un processus de naissance et/ou d'extinction d'Etats », faisant apparaître dans le cas de la sécession « un Etat par séparation d'un autre »[2].

Une fois la sécession achevée, l'existence du nouvel Etat soulève de nombreuses questions liées à l'Etat « parent », dont celles ayant trait à la succession d'Etat[3]. C'est-à-dire, aux termes de l'article 2 (1) (b) commun à la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978 et à la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat du 7 avril 1983, « la *substitution* d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire »[4].

* Etude effectuée dans le cadre du projet de recherche DER2016-76312-P : « Conséquences juridiques de la sécession d'entités territoriales d'un Etat, avec une référence particulière aux implications en matière des droits de l'homme. Des leçons pour l'Espagne », financé par le Ministère espagnol de l'Economie et de la Compétitivité, dans le cadre du Plan national pour la recherche scientifique et technique et l'innovation 2013-2016.

[1] SALMON, J., *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1021 s.

[2] REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 378. Au sens large, « la relation de succession englobe toute modification de la souveraineté territoriale, y compris celles qui prennent la forme d'un accroissement du territoire d'un Etat préexistant avec une diminution correspondante du territoire de l'autre. » (*Ibid*.). Voir aussi BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, 2008, pages 649-671 ; DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A., *Droit international Public*, 9ème éd., LGDJ, Paris, 2009, pp. 538-586.

[3] Succession qui se produit également dans le cas d'Etats nouvellement indépendants (issus de la décolonisation, de territoires non autonomes et de territoires sous tutelle), de démembrement, d'unification et de fusion.

[4] CDI, *Annuaire de la Commission du Droit International* 1972, Vol. II, p. 255.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La Commission de Droit International (ci-après CDI) elle-même a déclaré qu'elle jugeait l'expression « dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire » préférable « à d'autres expressions telles que 'dans la souveraineté à l'égard du territoire´ ou 'dans la capacité de conclure des traités concernant le territoire` », abstraction faite « de toute idée de succession à des droits ou des obligations à l'occasion de cet événement »[5].

Pour sa part, la Cour internationale de Justice (ci-après CIJ) déclare que « la succession d'Etats est l'une des manières dont la souveraineté territoriale se transmet d'un Etat à un autre… »[6].

Comme nous venons de le voir à propos de la définition de la succession d'Etats, la tâche codificatrice de la CDI s'est concrétisée dans deux grands domaines thématiques qui font désormais l'objet de traités internationaux : l'un, celui des traités[7] ; l'autre, celui des biens, archives et dettes[8]. Toutefois, lorsque l'on considère la réaction des Etats qui composent la communauté internationale face à ces traités il n'est pas possible d'affirmer que leur contenu constitue une codification du droit international coutumier en vigueur à leur égard: effectivement, la Convention de 1978 n'a été ratifiée que par très peu d'Etats et la Convention de 1983, elle, n'est même pas encore entrée en vigueur[9].

Ainsi, la doctrine affirme qu'« il est donc plus précis de dire que la succession d'Etats est une *situation* (ou une nouvelle situation) à laquelle s'appliquent les règles déjà existantes du droit international général. Ce droit général est d'ailleurs trop pauvre en règles spécifiques pour résoudre d'avance les problèmes de succession d'Etats qui peuvent surgir dans la pratique »[10].

Par ailleurs, il convient d'ajouter qu'en tout état de cause le phénomène de la succession d'Etats ne se limite pas aux questions traitées par les Conventions de Vienne de 1978 et 1983, mais qu'il existe d'autres domaines en plus de ceux qui sont expressément régis par celles-ci. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne la nationalité des habitants des territoires transférés d'une souveraineté à une autre, les contrats et dettes privés, la succession aux actes administratifs,

[5] *Ibid*. Et ceci, « parce que c'est une formule qui est d'usage courant dans la pratique des Etats et qui convient mieux pour couvrir en termes neutres n'importe quel cas concret, indépendamment du statut particulier du territoire en question (territoire national, territoire sous tutelle, mandat, protectorat, territoire dépendant, etc.) » (*ibid*.).

[6] CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)*, Arrêt du 11 de septembre de 1992 *Recueil 1992*, p. 598, para. 399.

[7] Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978. En vigueur depuis le 6 novembre 1996 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 1946, p. 3).

[8] Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat du 7 avril 1983.

[9] Ces deux comportements reflètent les points de vue des Etats sur le contenu de chaque traité. Par conséquent, bien que « sous le terme " succession d'Etats " on pourrait facilement comprendre un ensemble ou même, un système de règles juridiques, régissant les conséquences des mutations territoriales[. Cependant] pour les différentes causes qui seront débattues ici, il n'existe pas encore un tel système complet de règles juridiques, même de *lege ferenda*. » (DEGAN, V-D., «La succession d'Etats en matière de traités et les Etats nouveaux (issus de l'ex-Yougoslavie) », *A.F.D.I.*, XLII-1996, p. 206 s.).

[10] *Ibid*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

législatifs et judiciaires de l'Etat prédécesseur, et la succession à l'adhésion aux organisations internationales.

Aux fins de la présente étude, il convient de noter d'emblée qu'il existe un accord au sein de la doctrine, de la CDI, de la jurisprudence internationale et dans la pratique des Etats (y compris celle des Etats directement concernés) pour considérer que les articles 11 et 12 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978, relatifs aux régimes de frontière et autres régimes territoriaux qui affirment le principe de continuité et d'inviolabilité à l'égard de ces traités, codifient des règles consolidées de droit international général.

Ces deux types de traités constituent l'objet central de cette étude limitée à la frontière franco-espagnole et axée sur les conséquences juridiques en matière de frontières qu'auraient pour les entités territoriales limitrophes d'hypothétiques sécessions. Et ceci, compte tenu de l'existence dans les deux pays (mais surtout en Espagne où son poids est majeur) de partis politiques nationalistes à prétention sécessionniste/indépendantiste en conflit ouvert avec l'Etat[11].

Il s'agit dans les deux cas de traités qui contiennent des obligations en vigueur en matière de frontières et des régimes frontaliers dont le respect, d'après le principe d'intangibilité ou de continuité régissant en matière, serait imposé aux nouveaux Etats émergeant d'hypothétiques sécessions réussies.

I. SUCCESSION D'ETATS ET TRAITÉS DE FRONTIÈRES

La frontière, « en tant que catégorie juridique, sert à délimiter la portion de territoire dans laquelle chaque Etat exerce sa propre autorité et peut exiger des autres Etats qu'ils s'abstiennent d'y entrer ou d'y agir »[12]. De ce point de vue, elle implique donc une limitation de l'exercice des compétences que l'Etat exerce sur son

[11] Le cas actuel de la Catalogne est le plus topique mais il n'est pas le seul car le nationalisme basque au Pays Basque et en Navarre (représenté par le *Parti Nationaliste Basque*, de droite, et *Bildu*, d'extrême gauche) a ce même but.

[12] GONZALEZ CAMPOS, J.D., SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., *Curso de Derecho Internacional Público*, deuxième edition revisée, Civitas, Madrid, 2002, p. 558. Cette définition a été établie par la Cour Permanente d'Arbitrage dans le *North Atlantic Coast Fisheries Case* (*Great Britain, United States of America*), Sentence arbitrale du 7 septembre 1910, où elle affirma que l'un des principaux éléments de la souveraineté est qu'elle doit être exercée dans les limites territoriales, et que, sauf preuve du contraire, le territoire est adjacent à la souveraineté : « one of the essential elements of sovereignty is that it is to be exercised within territorial limits, and that, failing proof to the contrary, the territory is co-terminous with the Sovereignty » (*Recueil de Sentences Arbitrales* (*R.S.A.*), vol. XI, p. 180). Voir aussi CIJ, *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée*, (*Grèce c. Turquie*), arrêt du 19 décembre 1978 : « Il faut donc établir la limite ou les limites entre Etats voisins, c'est-à-dire tracer la ligne exacte ou les lignes exactes de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains » (CIJ, *Recueil 1978*, para. 85).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

territoire de manière pleine[13], exclusive[14], opposable[15] et inviolable[16]. En même temps, elle constitue une limite à l'exercice de la souveraineté des autres Etats[17].

Ceci dit, il faut ajouter qu'aucune règle internationale ne précise les frontières qu'un Etat doit avoir, le droit international se contentant de fournir aux Etats une série de règles pour les établir. Elles sont généralement établies par le biais de traités négociés entre Etats voisins sur la base de considérations de nature essentiellement politique[18]. Une fois établies, le droit international se charge de veiller à ce que les frontières jouissent de la stabilité et soient respectées[19].

Ainsi, la préoccupation des Etats pour la stabilité des frontières est à la base de diverses obligations internationales. Certaines sont même de nature *jus cogens*[20]. D'autres ont une application particulière dans des secteurs spécifiques

[13] Cela implique le fait que l'Etat ne peut être limité sur son territoire dans l'exercice de sa souveraineté. Comme l'a déclaré la CIJ dès 1949, dans l'affaire du *détroit de Corfou* (*Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie*): « Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux. » (CIJ., *Recueil 1949*, p. 35). Les seules limites sont celles établies par le droit international.

[14] La jurisprudence internationale l'a montré à de nombreuses reprises. Ainsi, par exemple, la CPJI dans *l'affaire du vapeur Lotus*, en affirmant que « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure - sauf règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat » (CPJI, *Série A n° 9*, p. 18). Cf. aussi les arrêts concernant les affaires de *l'ile de Palmas* (UN, *R.I.A.A.*, vol. II, p. 839) et du *droit de passage sur territoire indien* (CIJ, *Recueil 1957*, p. 176).

[15] Opposabilité qui implique que l'Etat en question ait un titre juridique suffisant sur son territoire car dans les cas contraire ses actes ne seront pas valables face aux autres Etats et, partant, pas opposables à ceux-ci. En rapport avec le titre juridique voir SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., « El problema de la fecha crítica en los litigios relativos a la atribución de la soberanía territorial », *Anuario de Derecho Internacional (A.D.I.)*, vol. IV, 1977-1978, pp. 53-88.

[16] Inviolabilité garantie par l'obligation internationale impérative (*jus cogens*) interdisant l'occupation et l'intervention dans les affaires intérieures des Etats tiers et exigeant le respect de la souveraineté d'autrui.

[17] Cet aspect de délimitation de la frontière a également été mis en évidence par la doctrine. Cf., par exemple, BARBAGELATA, H.D., *Frontières, contribution à l'étude de l'histoire du Droit International Americain*, Paris, 1911, p. 11 ; BROWNLIE, I., *African Boundaries*, H.C., London, 1979 ; BLUMANN, C., "Frontières et Limites", dans l'ouvrage collectif *La frontière*, Colloque de Poitiers, S.F.D.I., Pedone, Paris, 1980, p. 5 ; SCHWARZENBERGER, P.H.D., International Law, 3 ed., vol. I, London, 1957 ; DIEZ DE VELASCO., M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tome I, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, p. 277 ; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 23 ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 363 y s.

[18] Cf. BARDONNET, D., « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé (problèmes juridiques choisis) », *R. des C.*, t. 153 (1976-IV), pp. 9-166 ; *id.,* « Equité et frontières terrestres », *in Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, pp. 35-74.

[19] Comme l'a déclaré la CIJ dans l'*affaire de Préah Vihéar* : « (…)lorsque deux pays définissent une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive » (CIJ, *Recueil 1962*, p. 34).

[20] C'est le cas, par exemple, des obligations relatives à l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, ainsi que à la non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, codifiées, entre autres, dans la Charte de l'ONU et dans leur dimension de normes de nature institutionnelle dans la résolution 2625 (XXV), de l'AG, que contient la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. Postérieurement, elles ont été reprises avec cette même nature institutionnelle dans l'Acte Final d'Helsinki, du 1er août 1975 de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe contenant la *Déclaration sur les principes régissant les relations mutuelles des Etats participants* (https://www.osce.org/fr), qui stipule expressément l'inviolabilité des frontières (point III) et le respect de l'intégrité territoriale (point IV). Ces

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

C'est le cas des trois domaines que nous allons traiter ensuite: la décolonisation et le principe de l'*uti possidetis iuris*, le droit des traités et la succession d'Etats en matière de traités.

Dans le secteur du droit international relatif à la *décolonisation et au droit à l'autodétermination des peuples*, la stabilité et l'inviolabilité des frontières à l'occasion de l'accès à l'indépendance sont inscrites dans le principe de *l'uti possidetis iuris*[21], décrit par la CIJ comme « un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux Etats ne soient mises en danger par des luttes fratricides nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante »[22].

Comme le rappelle la CIJ dans l'affaire du *différend frontalier* (*Burkina Fasso/République de Mali*), ce sont les Etats africains issus de la décolonisation qui ont inspiré et approuvé ce principe expressément proclamé dans la résolution AGH/Rés. 16(I) adoptée lors de la première session de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernements africains, réunis au Caire en 1964, selon lequel « tous les Etats membres [de l'organisation de l'unité africaine] s'engagent à respecter les frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance »[23]. Et dans la même affaire la Cour ajoute:

> « Les nombreuses déclarations faites par des responsables africains, lors de l'indépendance de leur pays, contenaient en germe les éléments de *l'uti possidetis* : elles confirmaient le maintien du statu quo territorial au moment de l'accession à l'indépendance et posaient le principe du respect aussi bien des frontières résultant des accords internationaux que de celles issues de simples divisions administratives internes. La charte de l'Organisation de l'unité africaine n'a pas négligé le principe de *l'uti possidetis*, mais elle ne l'a qu'indirectement évoqué en son article 3 aux termes duquel les Etats membres affirment solennellement le principe du respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque Etat. Mais dès la première conférence au sommet qui suivit la création de l'organisation de l'unité africaine, les

principes ont été réaffirmés dans la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, du 21 novembre 1999 (*ibid*.). A l'occasion du démembrement de l'URSS et de la désintégration de la Yougoslavie ces obligations ont été aussi reprises dans la *Déclaration des Douze sur les Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe orientale et en Union soviétique*, approuvés par le Conseil européen le 16 décembre 1991.

[21] Principe d'après lequel les nouveaux Etats issus du processus de décolonisation adoptent comme frontières internationales celles qui constituaient auparavant des frontières administratives lorsqu'elles étaient des divisions administratives ou des colonies dépendantes de la métropole.

[22] CIJ, *Recueil 1986*, p. 565. Affirmation réitérée dans *l'affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, (*Reports 1992*). Selon les termes de la CIJ dans *l'affaire du différend frontalier* (*Burkina Fasso/République de Mali*) : « dans son aspect essentiel, ce principe tend avant tout à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance » (*ibid*.).

[23] *Ibid*., p. 564. Le Rapporteur de la CDI Sir H. WALDOCK, dans son *Cinquième rapport sur la succession d'Etats en matière de traités*, souligne également ce fait, en notant que la résolution « déclare solennellement que "tous les Etats membres s'engagent à respecter les frontières existant à la date de la réalisation de leur indépendance nationale" » (CDI, *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1972, vol. II, p. 56, paragraphe 22).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

chefs d'Etat africains, par leur résolution susmentionnée (AGH/Rés. 16 (1)), adoptée au Caire en juillet 1964, tinrent à préciser et à renforcer le principe de *l'uti possidetis juris* qui n'apparaissait que de façon implicite dans la charte de leur organisation »[24].

L'intérêt du droit international à préserver et à assurer la stabilité des frontières se manifeste également dans les secteurs du droit des traités et de la succession d'Etats en matière de traités[25].

En ce qui concerne le premier, l'article 62, paragraphe 2, point a), de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 26 mai 1969 dispose qu'un changement fondamental de circonstances ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité établissant une frontière ou pour s'en retirer :

« 2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer :
a. S'il s'agit d'un traité établissant une frontière ; »

Comme la CDI l'a noté, « la très grande majorité des Etats à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités ont approuvé que les traités établissant une frontière fassent exception à la règle du changement fondamental de circonstances », et ce sont « les considérations qui ont conduit la Commission et la Conférence à déroger à la règle du changement fondamental de circonstances » celles qui l'ont conduit à l'appliquer « avec la même force à une succession d'Etats »[26] comme le Rapporteur, Sir H. Waldock, en témoigne:

« Sur un autre point, celui de l'effet d'un changement fondamental des circonstances, la Commission et la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités ont conclu que les traités établissant une frontière constituent effectivement une catégorie à part et doivent être tenus pour une exception à la règle générale selon laquelle un changement fondamental des circonstances peut être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité, pour s'en retirer ou pour en suspendre l'application »[27].

[24] CIJ, *Recueil 1986*, p. 565 y s. Et elle ajoute: « En effet, c'est par un choix délibéré que les Etats africains ont, parmi tous les principes anciens, retenu celui de *l'uti possidetis*. C'est une réalité qui ne saurait être contestée. » (*ibid*., p. 567). Voir à cet égard SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., « Uti possidetis: la reactualización jurisprudencial de un viejo principio. (A propósito de la Sentencia del TIJ (Sala), en el *asunto Burkina Fasso/República de Mali) », REDI*, 1988/2, pp. 121-151 y LÓPEZ MARTÍN, A.G., « La reafirmación de la regla de la continuidad en los tratados de fronteras (a propósito de la sentencia del TIJ en el asunto de la controversia fronteriza Libia/Chad) », *REDI*, vol. XLIV (1997), 1, pp. 91-115. En particulier, pages 101à 103.

[25] En réalité, il s'agit d'une projection de la protection offerte au respect et à la stabilité des frontières par les règles de *jus cogens* susmentionnées (voir *supra* note 20).

[26] Sir H. WALDOCK, *Cinquième rapport…*, *op. cit*., p. 52, paragraphe 21. Le Rapporteur Sir H. Waldock estime aussi que la position prise par les Etats à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités à l'égard des traités de frontière est, « aussi un élément tout à fait pertinent de la pratique des Etats » à retenir dans le domaine de la succession d'Etats en matière de traités (*ibid*.). Sur la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités à l'égard de cette question voir CDI, *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1966, vol. II, p. 283 et s., paragraphe 11 du commentaire à l'article 59.

[27] *Ibid*., p. 53 paragraphe 12. Exception soutenue par la grande majorité des Etats participant à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La CIJ a également déclaré dans sa jurisprudence qu'il s'agit d'une règle consolidée de droit international qui vise la stabilité et la permanence de toutes les frontières. Ainsi, c'est le cas dans *l'affaire du plateau continental de la mer Egée*, où la Cour déclare que cette règle s'applique à toute sorte de traités établissant des frontières, le type de la frontière n'étant pas pertinent :

> « Qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une limite de plateau continental, l'opération est essentiellement la même ; elle comporte le même élément inhérent de stabilité et de permanence et est soumise à la règle qui veut qu'un traité de limites ne soit pas affecté par un changement fondamental de circonstances »[28].

L'absence de distinctions selon le type de frontière est logique puisque l'objectif de cette règle est de préserver et d'assurer la stabilité des frontières à tout moment et, en définitive, la paix entre les Etats que la frontière délimite. Se référant à sa jurisprudence en la matière, la CIJ le réitère en toute clarté dans l'*affaire du différend frontalier* (*Jamahiriya Arabe Libyenne/Tchad*) :

> « Une fois convenue, la frontière demeure, car toute autre approche priverait d'effet le principe fondamental de la stabilité des frontières, dont la Cour a souligné à maintes reprises l'importance *(Temple de Préah Vihéar, C.I.J. Recueil 1962,* p. *34* ; *Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, *p.* 36)[29].

De plus, selon la CIJ, *une fois que la frontière est établie*, elle survit au traité même si celui-ci n'est plus en vigueur :

> « 73. Une frontière établie par traité acquiert ainsi une permanence que le traité lui-même ne connaît pas nécessairement. Un traité peut cesser d'être en vigueur sans que la pérennité de la frontière en soit affectée. En l'espèce, les Parties n'ont pas exercé leur faculté de mettre fin au traité. Du reste, que cette faculté soit exercée ou non, la frontière demeure. Cela ne veut pas dire que deux Etats ne peuvent pas, d'un commun accord, modifier leur frontière. Un tel résultat peut naturellement être obtenu par consentement mutuel, mais, lorsqu'une frontière a fait l'objet d'un accord, sa persistance ne dépend pas de la survie du traité par lequel ladite frontière a été convenue »[30].

Le *troisième secteur* intéressant cette étude dans lequel s'exprime le souci des Etats pour la stabilité des frontières est celui de la *succession d'Etats en matière de traités*. Ici, comme dans les deux autres analysés dans les pages précédentes, le principe de continuité des traités établissant les frontières s'applique. Selon López Martín, « le principe de l'inviolabilité des frontières dans le cadre de la

[28] CIJ, *affaire du plateau continental de la mer Egée*, arrêt du 19 de décembre 1978 (*Recueil 1978*, p. 36, paragraphe 85). Ce même critère fût aussi soutenu par la CIJ dans l'*affaire du différend frontalier*, arrêt du 22 de décembre 1986 (*Recueil 1986*, p. 566, paragraphe 19) et réitéré dans *l'affaire de la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989* (*Guinée-Bissau c. Sénégal*) en relation avec l'Accord franco-portugais du 26 avril 1960 relatif à la frontière maritime (Arrêt du 12 novembre 1991), conformément à la propre déclaration du tribunal arbitral en l'espèce : « D'un point de vue juridique, il n'existe aucune raison d'établir des régimes différents selon l'élément matériel où la limite est fixée. » (*Recueil de Sentences Arbitrales* (RSA), vol. XX, paragraphe 63).

[29] CIJ, *Recueil 1994*, arrêt du 3 février 1994, p. 37, paragraphe 72.

[30] *Ibid*., p. 37, par. 73.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

succession d'Etats signifie que la continuité des frontières ne tient pas compte des changements de souveraineté »[31].

Ce principe s'applique à la fois à *tous les types de frontières*[32] et aux *modifications territoriales* autres que l'accès à l'indépendance résultant du processus de décolonisation. Ces deux questions sont traitées par l'article 11 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités du 23 août 1978. Ainsi, contrairement au principe dominant de la *table rase* applicable à tous les cas de succession d'Etats aux traités régis par cette Convention suite à l'accession à l'indépendance, au démembrement, à l'unification, à la fusion et à la séparation, l'article 11 de la Convention impose le principe de continuité en ce qui concerne les traités de frontières et les traités établissant des régimes de frontières. Ou, en d'autres termes, l*'intangibilité* de ces traités[33]:

> « Article 11
> RÉGIMES DE FRONTIÈRE
> Une succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle :
> *a*) A une frontière établie par un traité; ni
> *b*) Aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière »[34].

[31] LÓPEZ MARTÍN, A.G., *op. cit.*, p. 100.

[32] A cet égard, en ce qui concerne les *frontières maritimes*, l'arrêt arbitral du 31 juillet 1989 (*Guinée-Bissau c. Sénégal*), concernant l'accord franco-portugais du 26 avril 1960, est topique. La CIJ « observe que la sentence énonce que l'accord de 1960 'détermine clairement la frontière maritime pour ce qui a trait à la mer territoriale, a la zone contiguë et au plateau continental´ » (CIJ, *Recueil 1989*, p. 24, para. 62) et que « l'accord de 1960 faisait droit dans les relations entre les Parties, tout en précisant la portée matérielle dudit accord à l'égard des espaces maritimes envisagées par celui-ci : la mer territoriale, la zone contigüe et le plateau continental (les seuls espaces qu'existaient à cette date » (*ibid*., para. 60). Dans cet arrêt, la CIJ affirme implicitement la continuité entre les successeurs de l'accord franco-portugais du 26 avril 1960 sur les frontières maritimes de la mer territoriale, de la zone contiguë et du plateau continental.

[33] Le même principe d'intangibilité est évoqué à l'article 12 de cette Convention, relatif à d'« Autres régimes territoriaux ». Sur cet article 12 la CIJ déclare qu'il « traduit une règle de droit international coutumier » et conclut, dans le cas concret du traité de 1977 entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie pour construire un système d'écluses sur le Danube, que « au vu de son contenu (…) [il] doit être considéré comme établissant un régime territorial au sens de l'article 12 de la Convention de Vienne de 1978. Il a créé des droits et obligations "attachés" aux secteurs du Danube auxquels il se rapporte ; ainsi, une succession d'Etats ne saurait avoir d'incidence sur le traité lui-même. La Cour en conclut que le traité de 1977 lie la Slovaquie depuis le 1er janvier 1993. » (*Affaire relatif au Projet Gabcikovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt du 25 septembre 1997, ICJ, *Reports 1997*, paragraphe 123).

[34] Le fait que l'article 11 impose le principe de continuité ne signifie pas que le traité frontalier ne puisse être modifié. Ce qui fait l'unanimité, c'est que le fait de la succession ne peut être invoqué comme seul argument à cet égard, car il peut y avoir d'autres raisons. Dans ce sens, selon le Rapporteur de la CDI Sir H. WALDOCK : « 22… Bien entendu, cela ne signifie pas qu'il ne s'est pas produit ou qu'il ne peut pas se produire des conflits de frontières entre Etats africains, mais il leur faut pour cela invoquer d'autres motifs juridiques que les simples effets d'une succession d'Etats sur un traité de frontière » (*Cinquième rapport…, op. cit.*, CDI, *Annuaire de la Commission de Droit International*, 1972, vol. II, p. 57, paragraphe 22). La doctrine a également souligné que la modification est possible en recourant à d'autres arguments tels que le fait que la frontière était mal définie, controversée, etc. Ainsi, par exemple, BARDONNET, D., « Les frontières terrestres et la relativité de… leur tracé », *op. cit.*, p. 102 et YASSEEN, M.K., « La Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités », *A.F.D.I.*, 1978, pp. 59-113, p. 85.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En proclamant la continuité des traités relatifs aux régimes de frontière et aux régimes territoriaux en matière de succession d'Etats, les articles 11 et 12 de la Convention de 1978 ne font que *codifier* un principe établi dans la pratique des Etats, reconnu tant par la CDI[35] elle-même, que par la jurisprudence judiciaire[36] et arbitrale[37] internationale, ainsi que par la doctrine[38].

Par conséquent, aux fins de la validité de ce principe, il importe peu que la Convention de 1978 ait été ratifiée par un très petit nombre d'Etats (ayant mis de nombreuses années à entrer en vigueur pour cette raison) ou qu'elle ne soit pas codificatrice du droit international en la matière dans certains des domaines qu'elle réglemente[39].

[35] Selon laquelle, à propos de l'article 11 : « La pratique des Etats et l'opinion juridique en faveur de l'idée qu'un règlement de frontière n'est en principe nullement affecté lorsque survient une succession d'Etats sont d'un très grand poids et se trouvent puissamment renforcées par la décision que la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a prise d'exclure de la règle du changement fondamental de circonstances un traité qui établit une frontière. Par conséquent, le Rapporteur spécial estime que le présent projet doit aussi exclure les règlements de frontière du champ d'application tant du principe de la variabilité des limites territoriales des traités que du principe de la 'table rase´ énoncé à l'article 6 » (CDI, Sir H. WALDOCK, *Cinquième rapport…, op. cit*., p. 59, paragraphe 27).

[36] Ainsi, selon la CIJ : « l'obligation de respecter les frontières internationales préexistantes en cas de succession d'Etats découle sans aucun doute d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve ou non son expression dans la formule *uti possidetis*. A cet égard aussi, par conséquent, les nombreuses affirmations solennelles relatives à l'intangibilité des frontières qui existaient au moment de l'accession des Etats africains à l'indépendance, émanant tantôt d'hommes d'Etats africains, tantôt d'organes de l'Organisation de l'unité africaine elle-même, ont manifestement une valeur déclaratoire et non pas constitutive : elles reconnaissent et confirment un principe existant et ne préconisent pas la formation d'un principe nouveau ou l'extension à l'Afrique d'une règle seulement appliquée, jusque-là, dans un autre continent. » (CIJ, *affaire du différend frontalier*, *Recueil 1986*, p.566, paragraphe 24).

[37] Voir, par exemple, le Tribunal Arbitral dans *l'affaire du Chenal de Beagle*, Sentence du 18 février 1977 (*Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, p. 89, para. 18) qui fait sienne l'affirmation de la CIJ dans *l'affaire de Préah Vihear* d'après laquelle : « lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive.» (*Reports 1962*, p. 34). Voir aussi le Tribunal Arbitral dans *l'affaire de Taba*, sentence arbitrale du 29 septembre 1988 entre Israël et l'Egypte (*Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, p. 64, par. 235). Voir à cet égard, BURDEAU, G., « Vers l'épilogue de l'affaire de Taba: la sentence arbitrale du 29 septembre 1988 entre Israël et l'Egypte », *A.F.D.I.*, 1988, pp. 195-208.

[38] Voir, par exemple, dans ce sens DEGAN, qui considère que cet article 11 est l'exemple le plus valable de la "codification du droit existant, c'est-à-dire de ce qui n'est pas une simple application des règles du droit des traités déjà codifiées,… ». Il ajoute: « Ce principe est abondamment confirmé dans la jurisprudence internationale. Dans le même sens l'article 62 (2) (b) de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité établissant une frontière. Donc, les frontières établies par les traités avec les Etats tiers ne sont pas affectées par la succession d'Etats » (DEGAN, V-D., « La succession d'Etats en matière de traités et les Etats nouveaux (issus de l'ex-Yougoslavie) », *A.F.D.I.*, XLII-1996, p. 220). D'après LÓPEZ MARTÍN, la CDI « a ainsi consacré un principe qui avait été appliqué dans la pratique internationale et que la jurisprudence - comme nous l'avons vu - avait pris sur elle de proclamer : la continuité dans les traités de frontières, une exception à la règle de la "table rase". » (LÓPEZ MARTÍN, A.G., « La reafirmación de la regla de la continuidad en los tratados de fronteras (a propósito de la sentencia del TIJ en el asunto de la controversia fronteriza Libia/Chad) », *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1997), 1, p. 99).

[39] Comme le révèle le fait que la pratique des Etats ne s'y conforme pas. C'est le cas, par exemple, de l'article 34, qui établit le principe de continuité en ce qui concerne les traités bilatéraux. A cet égard cf. International Law Association (ILA), New Delhi Conference 2002, Committee on Aspects of the Law of State Succession, *Rapport final sur la succession en matière de traités*, p. 22.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En ce qui concerne la *pratique des Etats*, celle développée au cours des nombreux changements qui eurent lieu en Europe dans la dernière décennie du siècle dernier (démembrement de l'URSS, union de l'Allemagne, désintégration de l'ex-Yougoslavie, division de la Tchécoslovaquie) *confirme également la validité* du principe d'intangibilité en ce qui concerne les traités de frontières que l'Etat prédécesseur avait conclus avec le ou les Etats voisins. Le rapport de l'année 2000, de l'*International Law Association* (ILA), auquel nous nous référons, témoigne de cette pratique[40].

Dans le cas du *démembrement de l'URSS*, la Déclaration d'Alma-Ata du 21 décembre 1991, adoptée par les Etats composant la Communauté des Etats indépendants (CEI) créée après l'éclatement de l'URSS, stipule expressément que les signataires acceptent le principe de l'intégrité territoriale tel qu'il est énoncé dans l'Acte d'Helsinki de 1975[41]. En ce qui concerne la pratique russe, l'ILA déclare qu'elle « confirme la succession dans les traités de frontières », en citant comme exemple le Protocole entre la *Russie et la Norvège* du 22 avril 1993 sur la continuité des accords bilatéraux, qui prévoit le maintien en vigueur du traité frontalier du 14 mai 1926. Il en est de même pour le Traité conclu entre *l'URSS et la République populaire de Chine* le 16 mai 1991, dont la validité a été confirmée par le Conseil suprême de la Fédération de Russie malgré les protestations des autorités locales russes[42].

D'autres Etats issus de l'éclatement de l'URSS ont confirmé la validité des frontières existantes dans de nouveaux traités avec les Etats voisins. C'est notamment le cas de l'*Ukraine avec la Slovaquie*, par l'Accord frontalier du 14 octobre 1993[43] et de *la Biélorussie avec la Lettonie*, par le Traité du 21 février 1994, reconnaissant tous deux la frontière existante[44].

[40] Cf. *ibid*.

[41] Et dans le même ordre d'idées, conformément à la demande du Conseil européen, dans la *Déclaration des Douze sur les Lignes directrices relatives à la reconnaissance de nouveaux Etats en Europe de l'Est et en Union Soviétique* du 16 décembre 1991, les ministres des Etats membres « adoptent une position commune sur le processus de la reconnaissance de ces nouveaux Etat, qui implique », entre autres choses, « le respect de l'inviolabilité des limites territoriales qui ne peuvent être modifiées que par des moyens pacifiques et d'un commun accord » (https://ec.europa.eu/dorie/cardPrint.do?cardId=391691&locale=fr). Sur ce sujet cf. QUEL LOPEZ. F.J., « La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: problemas en presencia », *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 1992*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 1993, pp. 39-81. Vid. *ut supra*, note 19.

[42] Dans les deux cas, il s'agit de la pratique de l'Etat successeur de l'URSS.

[43] Dans son rapport l'ILA souligne la grande importance de cet accord d'un point de vue politique car la délimitation de cette frontière découle de l'Accord du 29 juin 1945 sur la cession de la Transcarpathie ukrainienne (ILA, *op. cit.*, p. 23).

[44] Dont l'article 1er stipule expressément que la frontière entre les deux Etats existe depuis le 16 juin 1940 (cf. ILA, *op. cit.*, p. 23).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans le même ordre d'idées, et en ce qui concerne l'*Allemagne*, l'article 1er du Traité de Moscou du 12 septembre 1990 portant règlement définitif concernant l'Allemagne, traite du territoire de l'Allemagne unifiée et de ses frontières et stipule que « l'Allemagne unie comprendra le territoire de la République fédérale d'Allemagne, de la République démocratique allemande et de l'ensemble de Berlin. Ses frontières extérieures seront les frontières de la République fédérale d'Allemagne et de la République démocratique allemande et seront définitives à partir de la date d'entrée en vigueur du présent Traité. La confirmation du caractère définitif des frontières de l'Allemagne unie est un élément essentiel de l'ordre de paix en Europe »[45].

Avec la *Pologne*, le Traité du 14 novembre 1990 reconnaît la frontière existante, l'article 1er stipulant qu'elle suit les lignes spécifiées dans les traités précédents, plus précisément, le Traité de Goerlitz conclu entre la Pologne et la République Démocratique Allemande en 1950 et le Traité de Varsovie conclu en 1970 entre la Pologne et la République Fédérale d'Allemagne.

La même pratique se produit également quant à d'autres frontières européennes. C'est, par exemple, le cas des frontières de *l'Autriche* avec *la Slovaquie et la Slovénie*, à propos desquelles il fut accepté, dans les Echanges de Lettres du 16 octobre 1992 et du 22 décembre 1993 respectivement, la continuité des accords existants sur le tracé des frontières et d'autres accords sur le régime frontalier[46].

Dans l'*affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros*, contrairement à la position adoptée par la Hongrie, la CIJ affirme que le traité de 1977 conclu avec la Tchécoslovaquie pour construire un système d'écluses sur le Danube n'est pas affecté par la succession de la Slovaquie après la division de l'Etat prédécesseur:

> « Compte tenu de tous ces éléments, la Cour estime qu'au vu de son contenu le traité de 1977 doit être considéré comme établissant un régime territorial au sens de l'article 12 de la convention de Vienne de 1978. Il a créé des droits et obligations "attachés" aux secteurs du Danube auxquels il se rapporte ; ainsi, une succession d'Etats ne saurait avoir d'incidence sur le traité lui-même. La Cour en conclut que le traité de 1977 lie la Slovaquie depuis le 1er janvier 1993 »[47].

Le cas de *l'Italie* présente un intérêt particulier du point de vue de l'hypothèse objet de la présente étude, étant données la variété et la richesse des traités bilatéraux conclus avec l'ex-Yougoslavie dans le domaine des frontières et des relations de voisinage. A cette frontière, la désintégration de l'ex-Yougoslavie se manifeste par la succession de la *Slovénie* (aujourd'hui un Etat limitrophe de l'Italie) aux traités de frontières et de relations de voisinage (régimes frontaliers)

[45] *Recueil des Traités de Nations Unies* (*RTNU*), vol. 1696, I- No. 29226.
[46] Cf. *ibid*.
[47] A*ffaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt du 25 septembre 1997, ICJ, *Reports 1997*, paragraphe 123.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

existant entre l'Italie et la Yougoslavie[48]. C'est ce qu'affirme l'Ambassade de la République de Slovénie dans une série de Notes Verbales du 31 juillet 1992 adressées au Ministère italien des Affaires Etrangères, dans lesquelles elle déclare sa volonté de succéder à la Yougoslavie quant à la liste des 50 traités bilatéraux conclus entre l'Italie et la Yougoslavie figurant dans ces Notes[49].

Pour ce qui est des *frontières* (et à l'égard de la frontière *terrestre*), le Traité d'Osimo du 10 novembre 1975 sur le régime de la frontière terrestre dans la région de Trieste et le Traité du 18 février 1983 pour le règlement définitif de toutes les obligations réciproques découlant de l'article 4 du Traité d'Osimo sont inclus dans cette liste.

Pour de qui est de la *frontière maritime*, l'article 2 du Traité d'Osimo fixe également les limites dans le *Golfe de Trieste* (après la succession, désormais en vigueur, á l'égard de la Slovénie et de la Croatie)[50]. Bien qu'il ne figure pas sur la liste, le traité du 8 janvier 1968 sur la délimitation du *plateau continental* entre l'Italie et la Yougoslavie[51], auquel la Slovénie a déclaré son statut de successeur en juin 2003[52], doit y être ajouté.

En ce qui concerne les *questions relatives aux relations de voisinage* entre l'Italie et la Yougoslavie[53], les notes verbales auparavant mentionnées déclarent la succession de la Slovénie à plusieurs traités bilatéraux concernant l'assistance

[48] A cet égard voir OBRADOVIC, K., « Les traités bilatéraux en vigueur entre la Yougoslavie et l'Italie concernant la matière de voisinage: un point de vue yougoslave », *in* CALAMIA, A.M-, MENGOZZI, P, RONZITTI, N., *I rapporti di vicinato tra Italia e Jugoslavia*, A. Giuffrè ed., Milano, 1984, pp. 95-140. Aussi, dans le même ouvrage, VUKAS, B., « Neighbourly relations between Italy and Yugoslavia and the establishment ofa new type of regional co-operation in the Mediterranean », *op. cit*., pp. 19-55. Sur la situation après la désintégration de la Yougoslavie voir aussi PUSTORINO, P., « La successione di Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia nei trattati bilaterali conclusi tra Italia e Repubblica Socialista Federativa di Iugoslavia », *in* RONZITTI, N. (coord.), *I rapporti di vicinato dell'Italia con Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia*, Luiss University Press. Giuffrè ed., Roma, 2005, pp. 11-28.

[49] Ministero degli Affari Esteri, « Comunicato Successione della Repubblica di Slovenia nei trattati bilaterali in cui era parte la Repubblica socialista federativa di Jugoslavia » (*GU* Serie Generale n.211 del 08-09-1992 ; https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/09/08/092A4094/sg. Voir CONETTI, G,, « La successione della Slovenia nei tratatti già conclusi tra Italia e Iugoslavia », *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pp. 1027-1032. L'auteur indique que la liste comprend pratiquement tous les traités en vigueur entre l'Italie et la Yougoslavie dont l'application peut concerner des questions intéressant la Slovénie (voir *op. cit*., p. 1028).

[50] Sur les relations de voisinage maritimes voir GESTRI, M., « I rapporti di vicinato marittimo tra l'Italia e gli Stati nati dalla dissoluzione della Iugoslavia », *in* RONZITTI, N. (coord.), *I rapporti di vicinato dell'Italia con Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia*, *op. cit.*, pp. 177-225.

[51] Voir le texte dans *Rivista di diritto internazionale*, 1970, pp. 117 ss.

[52] Selon PUSTORINO, cette déclaration a vraisemblablement été faite en raison des problèmes liés au différend entre la Slovénie et la Croatie concernant la proclamation par la Croatie d'une zone de protection des poissons et de l'environnement (cf. PUSTORINO, P., « La successione di Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia nei trattati bilaterli conclusi tra Italia e Repubblica Socialista Federativa di Iugoslavia », *op. cit.*, p. 16, note 20).

[53] Sur les relations de voisinage entre l'Italie et la Yougoslavie voir l'ouvrage collectif de CALAMIA, A.M-, MENGOZZI, P, RONZITTI, N., *I rapporti di vicinato tra Italia e Jugoslavia*, A. Giuffrè ed., Milano, 1984. Sur la situation après la désintégration de la Yougoslavie voir l'ouvrage collectif de RONZITTI, N. (coord.), *I rapporti di vicinato dell'Italia con Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia*, Luiss University Press. Giuffrè ed., Roma, 2005.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

vétérinaire[54], le commerce et la navigation[55], le trafic ferroviaire[56], les échanges locaux à la frontière[57], le libre accès aux hautes montagnes[58], les routes frontalières[59], la circulation des personnes dans les zones frontalières[60] ou la protection de la mer Adriatique[61].

Enfin, la succession a également lieu au sein des *commissions frontalières* existantes dans les traités bilatéraux entre l'Italie et la Yougoslavie[62]. C'est le cas, par exemple, de celle créée par la Convention de Nova Gorizia du 20 octobre 1980 pour le maintien de la frontière ; du Traité d'Osimo du 10 novembre 1975 sur l'hydroéconomie ; de la Convention du 15 mai 1992 pour réglementer la circulation des personnes et les transports entre zones limitrophes ; dans l'Echange de Lettres du 25 mai 1984 relatif à la création de la commission mixte intergouvernementale de coopération économique et de commerce frontalier[63] ; ou dans l'Accord du 15 mai 1992 sur la réglementation de la circulation des personnes et des transports terrestres et maritimes entre zones limitrophes[64].

A la lumière de tout ce qui précède, il est possible de conclure – comme le fait l'ILA dans son « Rapport final sur la succession d'Etats » – qu'« il ressort clairement de la pratique internationale que les traités frontaliers restent en vigueur à l'égard de l'Etat successeur »[65].

---

[54] Convention vétérinaire du 26 mars 1955 et Accord vétérinaire du 14 octobre 1966.
[55] Convention sur le commerce et la navigation du 31 mars 1955.
[56] La Convention du 5 octobre 1959 sur les services ferroviaires frontaliers, l'Accord du 12 novembre 1959 sur les services frontaliers entre les chemins de fer d'Etat italiens (FS) et les chemins de fer d'Etat yougoslaves (JZ) et son Annexe du 7 juin 1966 Ces traités sont abrogés par la Convention conclue entre l'Italie et la République de Slovénie le 22 juin 1995 sur l'exploitation de services ferroviaires transfrontaliers (Loi nº 200, du 16 juin 1997, *GU,* no. 155, du 5 juillet 1997 - Suppl. Ordinario no. 137*)*. Entrée en vigueur de la Loi : 6 juillet 1997 (https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1997 ;200). Entrée en vigueur de la Convention: 27 juin 2001 (*G.U.*, nº 188, du 14 août 2001).
[57] Voir l'Accord du 31 mars 1955 pour le commerce local dans la zone limitrophe de Gorizia et Udine, d'une part, et de Sesana, Nova Gorica et Tolmino, d'autre part, et le Protocole Additionnel du 3 août 1957 ; tel que modifié par l'Echange de Lettres du 1er juillet 1967 et du 2 octobre 1978. En outre, l'Accord du 31 mars 1955 pour les échanges locaux dans la zone limitrophe de Trieste, d'une part, et de Buie, Capodistria, Sesana et Nova Gorica, d'autre part, et son Protocole Additionnel du 3 août 1957. Modifié par les Echanges de Lettres du 1er juillet 1967 et du 2 octobre 1978.
[58] Par le Protocole du 21 avril 1959 sur le libre accès aux sommets du Mont Mangart et du Mont Canin.
[59] Par le Règlement sur l'utilisation de la route du Sabotin du 16 juin 1981.
[60] Voir l'Accord du 15 mai 1992 sur la réglementation de la circulation des personnes et des transports terrestres et maritimes entre zones limitrophes.
[61] Voir l'Accord du 14 février 1974 sur la collaboration pour la protection de la mer Adriatique contre la pollution. Voir tous ces traités dans Ministero degli Affari Esteri, "Comunicato Successione della Repubblica di Slovenia nei trattati bilaterali in cui era parte la Repubblica socialista federativa di Jugoslavia", *op. cit*., *supra* note 47.
[62] Sur ce sujet voir CALAMIA, A.M., « Ruolo e funzioni delle commissioni miste italo-jugoslave », *in* CALAMIA, A.M-, MENGOZZI, P, RONZITTI, N., *I rapporti di vicinato tra Italia e Jugoslavia*, *op. cit*., pp. 141-170.
[63] Vid. tous ces traités dans Ministero degli Affari Esteri, « Comunicato Successione della Repubblica di Slovenia nei trattati bilaterali in cui era parte la Repubblica socialista federativa di Jugoslavia », *op. cit*., *supra* note 49.
[64] *Ibid*.
[65] ILA, *op. cit.*, p. 24. D'après REMIRO BROTONS, « quel que soit le processus historique et l'ampleur des changements territoriaux, qu'ils donnent lieu ou non à de nouveaux sujets étatiques, le successeur doit

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

II. LA CONDITION FRONTALIÈRE DE L'ESPAGNE À L'ÉGARD DE LA FRANCE ET SES IMPLICATIONS POUR LES ENTITÉS TERRITORIALES SÉCESSIONNISTES

Comme nous l'avons déjà souligné, la question à l'étude – bien qu'hypothétique à l'heure actuelle – n'est pas sans intérêt en raison aussi bien des aspirations sécessionnistes des partis politiques nationalistes basques et catalans que de la situation frontalière de l'Espagne[66] et de la plupart des Communautés autonomes[67].

Par cette condition frontalière, l'Espagne non seulement possède des *frontières* (terrestres, maritimes, fluviales) avec les Etats voisins (la plupart régies par des traités bilatéraux), mais est également partie à des nombreux autres traités bilatéraux régissant une multitude de questions relatives aux *relations de voisinage* avec ces derniers[68]. En ce qui concerne la *France* – outre les traités de frontières – il en va ainsi, par exemple, pour : l'utilisation des fleuves internationaux et des eaux frontalières, l'aménagement hydroélectrique de la Garonne, l'utilisation de l'espace aérien français à l'occasion de l'exploitation de l'aéroport espagnol de Fontarabie[69], les pâturages, les contrats entre communes frontalières, les bureaux de contrôle nationaux juxtaposés, les routes et ponts frontaliers, les tunnels transpyrénéens, le passage de personnes et de trains, l'assistance mutuelle, l'assistance vétérinaire,

toujours respecter les traités frontaliers avec les autres Etats, ainsi que les régimes inhérents à un territoire donné (*running with the land*) - démilitarisation, neutralisation, passage, navigation... - créés en faveur d'un, de plusieurs ou de tous les Etats en général. La continuité de ces traités est soutenue par la pratique diplomatique, par la jurisprudence internationale (...) et par la doctrine, son but étant de coopérer, avec d'autres règles du droit des traités (voir l'article 62.2, *a* de la Convention de 1969), à la stabilité territoriale dans l'intérêt de la paix en supprimant les incitations à ceux qui ont des attitudes vindicatives » (*Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, *op. cit.*, 381).

[66] Avec la France, le Portugal, la Principauté d'Andorre, le Royaume-Uni et le Maroc. Avec l'Italie, la frontière maritime.

[67] C'est le cas, pour la France, du Pays Basque, de la Navarre, de l'Aragon et de la Catalogne. Pour le Portugal, de la Galice, de Castille et Léon, de l'Estrémadure et de l'Andalousie. Pour le Royaume-Uni, de l'Andalousie. Pour le Maroc, des Villes autonomes de Ceuta et Melilla. Pour la Principauté d'Andorre, de la Catalogne. A cet égard, dans le cas de la Catalogne, l'article 6 de la Loi 20/2017, du 8 septembre, sur la transition légale et fondatrice de la République (*DOGC* du 9 septembre 2017), déclarée inconstitutionnelle et nulle par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 8 novembre 2017, dispose : « 1. Le territoire de la Catalogne, aux fins de l'exercice de sa pleine souveraineté, est composé de l'espace terrestre, y compris le sous-sol, correspondant à ses limites géographiques et administratives au moment de l'entrée en vigueur du présent acte, de la mer territoriale, y compris son lit et son sous-sol, de l'espace aérien au-dessus de l'espace terrestre et de la mer territoriale de la Catalogne. 2) La Catalogne jouit des droits de souveraineté et des autres droits reconnus par le droit international en ce qui concerne son plateau continental et sa zone économique exclusive. »

[68] Comme on le sait, les relations de voisinage sont des relations de coopération entre Etats voisins ou adjacents qui ont pour origine l'existence de la frontière. Cette coopération est articulée entre les Etats voisins par le biais de traités internationaux et de commissions mixtes créées pour gérer tous les domaines qui font l'objet de ces relations de voisinage. D'un pont de vue général voir POP, I., *Voisinage et bon voisinage en droit international*, Ed. A. Pedone, Paris, 1980 ; ANDRASSY, J., « Les relations internationales de voisinage », *R. des C.*, t. 769 (1951-II), pp. 77-181. Sur les relations de voisinage franco-espagnoles voir FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad (Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco)*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 1985 et édition de l'auteur, San Sebastián., 1989.

[69] En langue basque, Hondarribia,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

le tourisme de haute montagne, les travailleurs frontaliers, l'approvisionnement en eau, la pêche fluviale et la coopération sanitaire transfrontalière.

En outre, comme conséquence de la pratique conventionnelle déjà mentionnée, nombre de ces traités ont établi des *commissions bilatérales de coopération* pour gérer les traités respectifs ainsi que les obligations et les régimes juridiques qui y sont établis[70].

A. Traités conclus en matière de frontières

Les traités conclus par l'Espagne et la France sur leurs frontières concernent la frontière terrestre (dans les Pyrénées et à l'intérieur des tunnels transpyrénéens) ainsi que la frontière fluviale (la Bidassoa) et maritime (eaux intérieures, mer territoriale et plateau continental)[71] de la *façade Atlantique*. La situation *en Méditerranée* est caractérisée par l'absence de réglementation bilatérale[72].

En outre, deux traités établissent le condominium de l'île des Faisans et réglementent l'utilisation de l'espace aérien français à l'égard de l'aéroport de Fontarabie, situé en territoire espagnol à l'embouchure de la Bidassoa.

1. Frontière terrestre

La *frontière terrestre*, fût définitivement établie au XIXème siècle. Les traités précédents ont soit simplement établi une frontière naturelle (le cas du Traité des Pyrénées du 26 novembre 1659)[73], soit ne concernaient que certains secteurs frontaliers pour lesquels une délimitation et une démarcation ont été instituées [74].

Ce n'est donc qu'au XIXème siècle, avec les Traités de Limites, qu'il a été possible d'évoquer une frontière complète au sens du droit international. C'est-à-

[70] A cet égard, en ce qui concerne la France, voir FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., « Las Comisiones fronterizas en las relaciones de vecindad hispano-francesas », dans DEL ARENAL, C., (coord.), *Las relaciones de vecindad,* IX Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, San Sebastián 3-6 junio 1984, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, pp. 177-207. Pour ce qui concerne le Portugal, vid. PUEYO LOSA, J., « Aspectos actuales de la cooperación transfronteriza y análisis de las relaciones hispano-portuguesas », dans DEL ARENAL,, C., (coord.), *Las relaciones de vecindad…*, *op. cit.*, pp. 251-272.

[71] Ce n'est pas le cas de la Zone Economique Exclusive, faute d'accord.

[72] En raison du rejet par la France du principe d'équidistance (cf. ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 26). La délimitation du plateau continental entre la Sardaigne et l'île de Minorque est réglée avec l'Italie par la Convention du 19 février 1974 (*BOE*, no. 290, du 5 décembre 1978). A cet égard voir *in extenso* GUTIERREZ CASTILLO, V., *España y sus fronteras en el mar: estudio de la delimitación de sus espacios marinos*, Dykinson, Madrid, 2005.

[73] Dont l'article 42 se contente d'indiquer que les Monts Pyrénées « … qui ont communément été tenus pour division des Espagnes et des Gaules, devront être désormais la division entre les deux Royaumes ;… » (ABREU Y BERTODANO, J.A., *Colección de los Tratados de Paz de España*, Reinado de Felipe IV, Parte VII, Madrid, 1874, p. 149).

[74] Par exemple, le Traité d'Elizondo du 27 août 1785. Voir le texte de ce traité dans PARRY, C., *The Consolidated Treaty Series*, vol. 49 (1783-86), Oceana, 1969, p. 313 et suiv.; DEL CANTILLO, A., *Tratados, Convenios y Declaraciones de Paz y de Comercio*, (de 1700 a 1842), Madrid, 1843, pp. 594 ss.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

dire une frontière avec la délimitation de la ligne frontalière sur toute sa longueur et avec sa démarcation correspondante sur le terrain[75].

L'ampleur du travail à accomplir, ainsi que les problèmes existant à la frontière pyrénéenne, étaient tels que les commissaires des deux Etats chargés de la délimitation de cette frontière ont décidé de la diviser, pour les besoins de leur tâche, en trois secteurs[76]. Il en résulte les trois traités de limites qui règlent définitivement les questions non résolues à cette frontière: le Traité du 2 décembre 1856, correspondant au secteur occidental, avec ses Annexes du 28 décembre 1858[77] ; le Traité du 14 avril 1862 et ses Annexes correspondantes, relatif au secteur central[78] ; et le Traité du 26 mai 1866, complété par ses Dispositions Additionnelles du 11 juillet 1868, relatif au secteur oriental jusqu'à la Méditerranée[79].

Ces trois traités ont été complétés par l'Acte Additionnel du 26 mai 1866[80] contenant des dispositions relatives à l'abornement de la frontière et à l'utilisation des eaux frontalières.

C'est pourquoi, une fois achevé l'énorme travail de délimitation, le Général Callier, président de la délégation française à la Commission de délimitation, dans son rapport officiel sur la délimitation de la frontière pyrénéenne adressé à son Ministre des Affaires Etrangères, a déclaré :

> « c'est maintenant aux autorités locales et aux populations elles-mêmes à bien comprendre et à exécuter loyalement tous les arrangements convenus. Chacun connaît aujourd'hui son droit et le mode de le pratiquer, il n'y a plus ni motif ni prétexte à discussion: l'intérêt commun est de vivre en bons voisins, et d'entrer franchement dans la voie de paix et de concorde ouverte par les dispositions internationales qui forment comme un code frontalier des Pyrénées et qui ont pour but une conciliation des droits et une satisfaction équitable des besoins réciproques »[81].

C'est dans cet esprit de préservation de la paix et de l'harmonie entre les populations frontalières des deux Etats que peut s'inscrire l'Accord franco-

[75] Ces traités permettront également de résoudre les conflits territoriaux qui existaient jusqu'alors dans les Pyrénées entre les frontaliers respectives. En particulier dans la zone frontalière de Navarre (la forêt d'Irati et le territoire des Alduides ou Pays-Quint). Sur cette question voir FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad. Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco*, San Sebastián, 1989, pp. 133-152 ; SERMET, J., *La frontière des Pyrénées*, Les Amis du Livre Pyrénéen, Pau, 1983 ; REMACHA TEJADA, J. R., "La Frontera Pirenaica", *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, vol. II, pp. 251-287 ; CORDERO TORRES, J. Mª., *Fronteras Hispánicas (geografía e historia. Diplomacia y administración*), I.E.P., Madrid, 1960.

[76] La mise au point de ces traités n'a pas été une tâche facile. En témoigne le fait que les premières tentatives pour parvenir à une démarcation stable de la frontière ont eu lieu en 1851 et qu'elles n'ont porté leurs fruits dans le premier secteur frontalier (celui de l'Ouest) qu'en 1856.

[77] Voir le texte du traité et les annexes dans *B.L.*, 1859, nº 678, p. 475 : *Basdevant*, t. II, pp. 9-32.

[78] Voir le texte du traité dans *B.L.*, 1862, nº 1931, p. 921 ; *Basdevant*, t. II, pp. 45-22. Les Annexes dans *B.L.*, 1863, nº 1109, p. 677 ; *Basdevant*, t. II, pp. 53-76.

[79] Voir le texte dans *B.L.*, 1866, nº 1411, p. 189 ; *Basdevant*, t. II, pp. 82-90.

[80] Voir le texte dans *B.L.*, 1866, nº 1411, p. 197 ; *Basdevant*, t. II, pp. 90.95.

[81] DE CLERCQ, M., *Recueil des traités de la France*, vol. X, p. 168: « Rapport officiel sur la délimitation de la frontière des Pyrénées, adressé le 5 août 1868 au Mtre. des Af. Etr., par le général Callier, commissaire français ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

espagnol du 8 février 1973 relatif à l'abornement et à l'entretien de la frontière[82], conclu afin d'« assurer l'entretien de l'abornement de la frontière ainsi que pour prévenir et réprimer la destruction, la détérioration et l'utilisation inadéquate des bornes, repères et autres signes de démarcation »[83].

Par la suite, les deux Etats ont conclu d'autres traités bilatéraux relatifs à la frontière terrestre, soit en vue de placer des bornes à certains points de la frontière, soit pour corriger leur emplacement et la distance qui les sépare, ainsi que le marquage de la frontière par des marques intermédiaires[84] ou le marquage de la ligne frontalière en un point particulier[85].

Dans ce même cadre de la frontière terrestre, la délimitation et la démarcation de la frontière se font également à *l'intérieur des tunnels transpyrénéens* et sur les *ponts internationaux* surjacents aux eaux frontalières. En ce qui concerne les tunnels transpyrénéens, cela a été fait dans le tunnel routier transpyrénéen d'*Aragnouet-Bielsa*, mais pas encore dans le tunnel du *Somport*.

Pour ce qui est du premier, l'article 1er de la Convention franco-espagnole du 25 avril 1980 pour la délimitation de la frontière à l'intérieur de ce tunnel dispose :

> « La frontière entre l'Espagne et la France à l'intérieur du tunnel routier transpyrénéen d'Aragnouet à Bielsa sera déterminée par une ligne droite passant par deux points situés sur les parois du souterrain et à une distance de 1.034,64 mètres de l'entrée espagnole et 1.765,60 mètres de l'entrée française de cet ouvrage, ces deux mesures étant réduites à l'horizontale »[86].

---

[82] *JORF*, du 7 août 1974. L'article premier stipule : « L'abornement de la frontière, telle qu'elle est définie par les Accords internationaux en vigueur entre les deux Etats, doit être établi et maintenu de manière que le tracé soit bien déterminé et puisse être repéré facilement sur toute son étendue. »

[83] Art. 2. A cette fin, le présent accord institue une commission mixte d'abornement.

[84] C'est le cas des accords suivants : l'accord sous forme d'Echange de lettres, en date des 31 janvier et 7 février 1985, portant modification de l'annexe V de la convention additionnelle d'abornement du 28 décembre 1858 au traité de délimitation du 2 décembre 1856 (*JORF*, du 21 juillet 1985, p. 8290-8291. Entrée en vigueur le 7 février 1985 ; l'accord sous forme d'Echange de lettres, en date des 31 janvier et 7 février 1985, entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Espagne portant modification de l'annexe I à la convention additionnelle du 27 février 1863 au traité de délimitation du 14 avril 1862(*JORF*, du 23 juillet 1985, p. 8336. Entrée en vigueur le 7 février 1985 ; l'Accord portant modification de la Convention additionnelle du 28 décembre 1858 à la Convention de délimitation du 2 décembre 1856 sous forme d'Echange de lettres signées à Paris le 22 mars 1999 et à Madrid le 12 novembre 1999 (JORF, du 16 février 2000, pages 2449/2450. Entrée en vigueur le 12 novembre 1999 ; l'Echange de lettres portant modification de la Convention additionnelle du 28 décembre 1858 au traite de délimitation du 2 décembre 1856 (ensemble et une annexe) signé à Madrid les 22 septembre 1987 et 10 juin 1988 (*JORF*, du 28 décembre 1988, p. 16375). Entrée en vigueur le 10 juin 1988. Cet accord concerne la borne nº 45.

[85] Il en va ainsi de l'Echange de lettres portant modification de la convention additionnelle du 28 décembre 1858 au Traité de délimitation du 2 décembre 1856 (ensemble et une annexe) signé à Madrid les 22 septembre 1987 et 10 juin 1988 (*JORF*, du 28 décembre 1988, p. 16375). Entrée en vigueur le 10 juin 1988. Cet accord concerne la borne nº 476.

[86] *JORF* du 6 juin 1982, p. 1803 ; *R.T.A*., 1982 nº 11 (33), p. 497. Accord entré en vigueur le 8 mars 1982 et constituant un acte additionnel à l'annexe I du traité de délimitation entre la France et l'Espagne du 14 avril 1862, signée à Bayonne le 27 février 1863. Selon l'article 5 de cette Convention : « Le présent Accord figurera comme Acte additionnel à l'Annexe I du Traité de délimitation entre la France et l'Espagne du 14 avril 1862, signé à Bayonne le 27 février 1863 ». Par conséquent, dans le cadre de la délimitation de la frontière terrestre.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

L'article 2 de cette Convention prévoit sa démarcation en précisant qu'elle

> « est indiquée au moyen de deux plaques de bronze scellés en ces points aux parois du souterrain, portant les mots « Espagne » et « France » de part et d'autre d'une ligne médiane et la distance aux deux bouches du tunnel. »

Quant au tunnel du *Somport*, la délimitation et la démarcation de la frontière à l'intérieur de celui-ci sont toujours en cours[87].

Outre les cas précités, il convient également de mentionner la Convention relative au déplacement de la frontière sur la *route transpyrénéenne d'Arette à Isaba* du 4 décembre 1982, conclue dans le but « d'éviter les problèmes juridiques qui pourraient résulter du tracé de la route construite conformément à la Convention franco-espagnole du 4 octobre 1968, » et compte tenu « de la nécessité de modifier les repères frontaliers, … sur la base des recommandations de la Commission internationale des Pyrénées »[88].

Enfin, à l'occasion des études sur le train à grande vitesse, les deux Etats ont conclu l'Accord concernant la construction et l'exploitation de la section internationale d'une *ligne ferroviaire à grande vitesse* entre la France et l'Espagne (façade méditerranéenne) du 10 octobre 1995 ; cet accord contient des références à la matérialisation de la frontière sur ce tronçon international[89].

Pour les besoins de sa description, nous avons préféré situer sa référence dans une rubrique spécifique consacrée à la délimitation de la frontière franco-espagnole à l'intérieur des tunnels transpyrénéens.

[87] A cet égard, l'article 12 de la Convention du 25 d'avril 1991 dispose: « La délimitation de la frontière entre la France et l'Espagne sera matérialisée dans le tunnel par la Commission Internationale des Pyrénées en accord avec les conventions internationales en vigueur. » (*JORF* de 25 mars 1992, page 4111. Entrée en vigueur le 31 janvier 1992. Complété par l'Echange de lettres du 31 juillet 2001 et du 20 août 2001 destiné à permettre l'ouverture à la circulation du tunnel routier du Somport et à préciser les attributions et faciliter le fonctionnement de la commission technique mixte instituée par l'accord susvisé et par l'Accord relatif à l'exploitation, à l'entretien, à la sécurité et, le cas échéant, à l'évolution du tunnel routier du Somport, signé à Perpignan le 11 octobre 2001, ainsi qu'un échange de lettres des 11 octobre 2001 et 14 février 2002 (*JORF*, n°283 du 7 décembre 2003, page 20901).

[88] *JORF* du 9 février 1985 p. 1730. Entrée en vigueur le 1er novembre 1984. « A cette fin, la convention, suivant les recommandations de la commission internationale des Pyrénées, prévoit une rectification du tracé de la frontière par le déplacement des bornes 258 et 259, décrites dans l'annexe V du traité des limites du 2 décembre 1856, qui définit encore aujourd'hui les frontières de la France avec l'Espagne. Le déplacement des bornes entraînera, entre les deux pays, une cession mutuelle de terrains d'une surface équivalente — 2 710 mètres carrés — et au demeurant dépourvus de valeur vénale. Le transfert de souveraineté s'accompagnera d'un transfert réciproque des droits de propriété et de tous les autres droits réels qui peuvent s'exercer sur ces terres, de façon à éviter des situations juridiques inutilement complexes. » (Débats Parlementaires, Sénat, *JORF*, nº 53, du 28 juin 1984).

[89] *JORF* nº 44, du 21 février 1998, page 2728. En vigueur le 11 décembre 1997. L'article 4, intitulé, « Frontière et juridiction » dispose : « 1. Pour toutes les questions relatives à la mise en œuvre du présent Accord, la frontière entre la France et l'Espagne sera matérialisée dans la section internationale par la Commission internationale des Pyrénées, conformément aux accords internationaux en vigueur. 2. Les droits sur les ressources naturelles découvertes au cours de la construction de la section internationale sont régis par la législation de l'Etat sur le territoire duquel les ressources se trouvent. »

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

2. Frontière fluviale

En ce qui concerne la frontière fluviale sur la Bidassoa – la seule question de cette nature encore conflictuelle au XIXème siècle dans le secteur occidental de la frontière franco-espagnole – celle-ci fût fixée définitivement par le Traité de Limites du 2 décembre 1856 dans la ligne médiane de la Bidassoa :

> « depuis Chapitelaco-Arria jusqu'à l'embouchure de la Bidassoa dans la rade du Figuier, le milieu du cours principal des eaux de cette rivière, à basse mer, formera la ligne de séparation des deux souverainetés, (…) »[90].

Outre la question de l'établissement de la frontière fluviale, le Traité de Limites du 2 décembre 1856 réglemente également d'autres aspects relatifs à ces eaux frontalières, tels que la liberté de passage et de navigation jusqu'à l'embouchure du fleuve, mettant ainsi fin aux affrontements entre les riverains des deux Etats causés par les différences qui existaient jusqu'alors dans le statut juridique de la Bidassoa et de ses eaux[91].

3. Frontières maritimes

Les seuls espaces maritimes délimités entre la France et l'Espagne l'ont été sur la façade atlantique : les eaux intérieures (dans la baie du Figuier, à l'embouchure de la Bidassoa), la mer territoriale, la zone contiguë et le plateau continental[92].

Pour ce qui est des *eaux intérieures* dans la baie du Figuier, elles sont régies par l'article 4 de la Convention du 14 juillet 1959[93] qui précise qu'elles comprennent l'espace situé entre « la ligne fictive joignant intérieurement les extrémités aval des digues française et espagnol de l'embouchure » et la ligne transversale ABCD – de 3.055 mètres de longueur- qui ferme la baie et à partir de laquelle la Convention « cesse d'être applicable »[94].

La *particularité du régime juridique* de cette baie réside dans l'existence de trois zones d'eau : l'une sous la juridiction exclusive de l'Espagne, l'autre sous la juridiction exclusive de la France et la dernière, située entre les deux précédentes,

[90] Article 9 du Traité de Limites du 2 décembre 1856. « Chapitelaco-Arria » est le point où se trouve la borne n° 1 de la frontière terrestre franco-espagnole ; point où la Bidassoa - qui prend sa source en amont, en Navarre (Espagne) - devient internationale et fait la frontière fluviale entre les deux Etats.
[91] Voir *in extenso* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad..., op. cit.,* pp. 167-186.
[92] Voir GUTIERREZ CASTILLO, V.L., *España y sus fronteras en el mar. Estudio de la delimitación de sus espacios marinos*, Dykinson. Madrid, 2004, pp. 289-315.
[93] *JORF* du 9 mars 1965.
[94] Cette ligne extérieure qui ferme la baie du Figuier va de la pointe Erdico (Cap du Figuier, Fontarabie) à la pointe du Toumbeau (Hendaye) constitue, *ad extra*, la limite intérieure de la mer territoriale des deux Etats. Ainsi, l'article 1er de la Convention franco-espagnole du 29 janvier 1974 sur la mer territoriale et la zone contiguë déclare: « La présente convention s'applique dans le golfe de Gascogne, au Nord de la baie du Figuier et jusqu'à la limite de douze milles à partir des lignes de base françaises et espagnoles » (*JORF* du 11 décembre 1975, p. 12605-12608. Entrée en vigueur le 5 avril 1975).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

sous juridiction commune, l'origine de cette délimitation étant le précédent Accord du 30 mars 1879[95].

La délimitation de la *mer territoriale et de la zone contigüe* dans le golfe de Gascogne (golfe de Biscaye) a été effectuée par Echange de lettres signée à Paris le 29 janvier 1974[96]. L'étendue spatiale de cette zone s'étend de la ligne imaginaire ABCD – 3.055 mètres de long – qui ferme la baie du Figuier (telle qu'établie par la Convention du 14 juillet 1959 sur la pêche dans la Bidassoa et la baie du Figuier), jusqu'à la limite des douze milles marins à partir des lignes de base des deux pays[97]. L'accord opte pour le critère de l'équidistance, selon les orientations suggérées en l'absence d'accord entre le Etats concernés à cette époque par la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë à propos des Etats dont les côtes se font face ou sont adjacentes[98].

La délimitation des *plateaux continentaux* des deux Etats dans le golfe de Gascogne (golfe de Biscaye) s'est réalisée grâce à un autre Echange de lettres signé à Paris le 29 janvier 1974 (comprenant une annexe et un échange de lettres)[99]. L'aire soumise à cet accord s'étend, conformément à l'article 1er, le golfe de Gascogne « depuis la limite de 12 milles, à partir des lignes de base françaises et espagnoles jusqu'à une ligne joignant le cap Ortegal, en Espagne, à la pointe du Raz, en France »[100]. Cet accord a été complété par l'Echange de lettres des 29 janvier 1974 et 5 avril 1975 relatif à l'interprétation de son article 2, point b)[101].

[95] Sur ces précédents et sur les conséquences du maintien en 1959 de la même délimitation de l'accord de 1879 contexte vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad…, op. cit.,* pp. 152-168. Du point de vue de son application la Convention, dans les articles 1, 2 et 3, distingue différentes zones.

[96] *JORF* du 11 décembre 1975, p. 12605-12608. Entrée en vigueur le 5 avril 1975.

[97] Le point de référence pour tracer la ligne de démarcation de la mer territoriale est le point M (un méridien situé au milieu de la ligne ABCD susmentionnée). À partir de ce point M, la ligne de démarcation de la mer territoriale s'étend jusqu'aux points P (à six milles) et Q (à douze milles), qui sont tous deux équidistants des lignes de base des deux Etats.

[98] Dans son article 12. La Convention sur le Droit de la mer de 1982 conserve la même approche dans son article 15.

[99] *JORF* du 11 décembre 1975, p. 12605-12608. Entrée en vigueur le 5 avril 1975.

[100] L'article 2 établit la ligne de séparation entre les plateaux continentaux des deux Etats, consistant en une ligne imaginaire joignant les points Q, R et T. En raison de l'existence de ressources dans la région, les deux Etats ont créé une zone appelée "dôme de Gascogne" aux fins de l'exploration et de l'exploitation scientifiques de ces ressources, et ont également prévu l'existence d'un tribunal d'arbitrage pour le règlement pacifique des différends et des controverses qui pourraient surgir en rapport avec cette exploration et cette exploitation, tandis que l'annexe II contient les dispositions applicables à cette zone. Voir J.L. DE AZCARRAGA, « Comentarios a los Convenios de delimitación de Plataformas Continentales, Mar Territorial y Zona Contigua de 29 de Enero de 1974 », *R.E.D.I.*, vol. XXVIII, nº 1-3, p. 136.

[101] *JORF*, du 11 décembre 1976, p. 12605.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La *zone économique exclusive* est le seul espace qui, à ce jour, n'a pas fait l'objet d'une délimitation entre la France et l'Espagne. Par conséquent, le droit applicable à l'égard de chaque Etat dans les 200 milles marins de la zone est la loi nationale respective[102].

En Méditerranée, la situation est différente : il n'y a pas d'accord sur la délimitation des zones maritimes respectives[103].

4. Le condominium de l'île des Faisans

Une autre question territoriale controversée entre les deux pays jusqu'aux Traités de Limites du XIXème siècle était celle de la « propriété » ou de la « possession » de l'île des Faisans, située dans la Bidassoa. Comme pour le fleuve, dans le cas de l'île des Faisans, les controverses ont commencé au moment de l'émergence – au XVème siècle –d'Hendaye, à l'embouchure de la Bidassoa, et de sa revendication logique quant à l'utilisation des eaux et de l'île[104]. L'article 27 du Traité de Limites du 2 décembre 1856 établie le condominium entre les deux Etats à son sujet :

> « L'île des Faisans, connue aussi sous le nom d'île de la Conférence, à laquelle se rattachent tant de souvenirs historiques communs aux deux Nations, appartiendra, *par indivis*, à l'Espagne et à la France. »

Comme on le sait, en droit international, le condominium est un régime exceptionnel caractérisé par l'exercice simultané de la compétence sur le territoire en question par les Etats codominants[105]. Par conséquent, il n'y a ni « co-souveraineté » ni « souveraineté partagée » puisque ces deux termes sont incompatibles avec les caractéristiques d'exclusivité et de plénitude que possède la souveraineté d'un Etat[106]. En ce qui concerne l'île des Faisans, le condominium n'a pas d'autre but que sa conservation. C'est pourquoi l'article 27, troisième paragraphe, stipule que

> « Les deux Gouvernements prendront, d'un commun accord, toutes les mesures qui leur paraîtront convenables pour préserver cette île de la destruction qui la menace, et pour l'exécution, à frais communs, des travaux qu'ils jugeront utiles à sa conservation ou à son embellissement. »

[102] Dans le cas de l'Espagne, la loi n° 15/1978 du 20 février 1978 (*BOE*, nº 46, du 23 février 1978. Dans le cas de la France, la loi du 14 juillet 1976 (*J.O.R.F.* du 18 juillet 1976, p. 4299. Aussi dans *R.G.D.I.P.*, 1976, tome LXXX, p. 1225 s.

[103] Sauf avec l'Italie, pour la délimitation du plateau continental entre la Sardaigne et l'île de Minorque, par Convention du 19 février 1974 (*BOE*, nº 290, du 5 de décembre 1978).

[104] A cet égard voir FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad*, *op. cit*., pp. 187-196.

[105] Voir à cet égard CORET, A., *Le condominium*, L.G.D.J., Paris, 1960.

[106] Les autres deux étant l'opposabilité et l'inviolabilité de la souveraineté de l'Etat. Voir pages précédentes de cette étude.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Une fois le condominium affirmé, le traité lui-même dans son article 27 aborde la question de l'exercice de la juridiction sur ce petit territoire et déclare que « les autorités respectives de la frontière s'entendront pour la répression de tout délit qui serait commis sur le sol de cette île ». A cette fin, les deux Etats ont conclu la Convention du 27 mars 1901[107], dont l'article 1er régit le droit de surveillance sur l'île par des tours de six mois correspondant à chaque Etat[108].

5. Le régime juridique de l'aéroport de Fontarabie

Dans le cadre des traités bilatéraux franco-espagnoles relatifs à la frontière, l'Accord concernant le survol du territoire français par les appareils desservant *l'aéroport de Fontarabie* (comprenant deux annexes), signé à Madrid le 18 mars 1992, mérite une mention spéciale[109].

Son but n'est autre que « d'assurer que le survol du territoire français par l'aviation commerciale desservant l'aéroport de Fontarabie ne porte pas atteinte aux intérêts des populations riveraines en matière d'exposition au bruit, de possibilités d'utilisation des sols ou de sécurité ».

L'accord est complété par *deux annexes*. *L'annexe I* concerne le régime de trafic et les caractéristiques opérationnelles du survol du territoire français par de appareils desservant l'aéroport de Fontarabie pour l'établissement d'un plan d'exposition au bruit, limitant le trafic de l'aviation commerciale à six vols quotidiens (en dehors de la période de nuit) d'aéronefs de type MD-88 et à six vols quotidiens de type Bae146[110].

Pour sa part, *l'annexe II* établit quant à lui des servitudes aéronautiques pour le survol de la ville d'Hendaye par des appareils desservant l'aéroport de Fontarabie[111].

---

[107] *JORF* du 6 septembre 1902, p. 6029-6030. Entrée en vigueur le 12 août 1902.

[108] Pour déterminer l'ordre des tours, un tirage au sort a été effectué, le résultat étant « que l'exercice annuel de ladite compétence appartient désormais à la France pour les six mois allant du 12 août au 11 février inclus ; et à l'Espagne pour les six mois suivants, du 12 février au 11 août inclus ». (*Archive de la Mairie d'Irún*, Legajo: Secc. E, Neg. 6, Ser. VI, Lib. 14, Exp. 1). Notre traduction.

[109] *JORF* du 8 décembre 1992, pages 16752/16753. Entrée en vigueur le 15 octobre 1992. Il s'agit d'un petit aéroport situé en territoire espagnol, à l'embouchure de la Bidassoa, ouvert à la circulation en 1955, qui nécessite l'utilisation de l'espace aérien français lorsque les opérations de décollage et d'atterrissage ont lieu à la tête de la piste Nord. C'est-à-dire celui qui est orienté vers la France, du côté de la plage d'Hendaye. L'Accord de 1992 a mis fin aux incertitudes du régime juridique antérieur qui existait jusqu'alors (voir à cet égard FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad, op. cit.,* pp. 337-358 ; Idem., « El régimen jurídico del aeropuerto de Fuenterrabia: análisis del Acta hispano-francesa de 11 de julio de 1957 », *REDI*, vol. XXXIX, 1987/1, pp. 121-141.

[110] L'annexe I contient également un certain nombre d'obligations pour l'Espagne. Ainsi, « les changements au mode de desserte de l'aéroport (accroissement du nombre de vols, introduction de nouvelles catégories d'appareils, vols de nuit, etc.) qui modifieraient les dispositions de l'annexe I ne pourront être mises en œuvre qu'avec l'accord du Gouvernement français, en conformité avec les réglementations internationales et nationales existantes » (article 2). D'autres obligations à la charge de l'Espagne sont précisées aux articles 5 et 6. Pour sa part, le Gouvernement français s'engage à établi un plan d'exposition au bruit « permettant de définir, à l'égard de la réglementation française, les droit et conditions d'utilisation des sols compatibles avec les nuisances de bruit correspondant au trafic de référence défini à l'annexe I. » (Article 1er).

[111] Il s'agit de celles ·définies conformément à l'arrêté du 31 décembre 1984 fixant les spécifications techniques destinées à servir de base à l'établissement des servitudes aéronautiques, a l'exclusion des servitudes radioélectriques) » (Annexe II).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

A l'instar d'autres traités bilatéraux entre les deux pays, cet Accord établit aussi une *Commission mixte intergouvernementale* ayant compétence pour examiner tous les problèmes liés à sa mise en œuvre et pour déterminer les modalités de coopération dans le domaine de la sécurité civile.

B. Traités conclus dans le cadre des relations de voisinage qui concernent le régime frontalier

Comme nous l'avons déjà indiqué[112], lorsque les relations entre Etats voisins ne sont pas conflictuelles, l'existence de la frontière donne lieu à une coopération entre eux pour traiter conjointement des questions et des problèmes d'intérêt commun. Ce sont les relations de voisinage. Autrement dit des relations de coopération; une coopération articulée par le biais de traités internationaux et des commissions mixtes créés pour gérer tous les domaines qui en font l'objet.

Les relations de voisinage de l'Espagne avec la France sont caractérisées par leur variété et leur richesse. Ainsi, *outre les traités de frontières* déjà évoqués, les deux Etats ont conclu un certain nombre de traités dans les différents domaines des relations bilatérales, qui sont résumés ci-dessous.

C'est le cas, en matière de *routes et ponts frontaliers*, des traités suivants : la Convention concernant la construction de la route reliant la vallée de Roncal à Arette par le col de la Pierre-Saint-Martin, du 4 octobre 1968[113]; la Convention concernant la construction du nouveau pont international Hendaye-Irun du 30 mars 1962[114] ; la Convention concernant la construction de deux ponts internationaux sur la Bidassoa, l'un entre Béhobie et Béhobia, l'autre aux environs de Biriatou, et du Protocole concernant la construction du pont international sur la Bidassoa entre Béhobie et Béhobia, signés le 11 juillet 1964[115] ; le Protocole concernant la construction du pont international autoroutier sur la Bidassoa aux environs de Biriatou, du 17 juin 1969[116] ; la Convention, concernant la construction d'un pont international sur la Garonne, à la frontière franco-espagnole au lieu-dit Pont-du-Roi et protocole annexe, du 8 février 1973[117] ; l'Accord franco-espagnol relatif à la construction d'un nouveau tracé de la section frontalière des route nationale 152 (Espagne) et chemin départemental 68 (France) de Puigcerda à Llivia, avec passage supérieur sur la route nationale 20 (France) et la voie ferrée Villefranche-de-Conflent-Latour-de-Carol (France), signé à Madrid le 9 juin 1978[118] ; l'Accord du 25 avril 1991 en vue de la construction d'un tunnel routier au col du Somport[119] ; et l'Echange de lettres relatif à la construction d'un pont sur la rivière Major entre

[112] Voir *supra* note 68.
[113] *Recueil de Traités des Nations Unies*, vol. 777,1971, p. 202. Entrée en vigueur le 15 novembre 1970.
[114] *JORF* du 20 décembre 1962, pages 12399-12400. Entrée en vigueur le 23 octobre 1962.
[115] *JORF* du 25 février 1967, p. 1973-1975. Entrée en vigueur le 1er juin 1966.
[116] *JORF* du 16 septembre 1969, p. 9261. Rectif. au *JORF* du 10 octobre 1969, p. 10014. Entré en vigueur le 17 juin 1969.
[117] *JORF*, de 18 mai 1974, p. 5353 *; R.T.A.* 1974, nº 10 (31), p. 421.
[118] *JORF*, du 9 décembre 1984, p. 3798 ; R.T.A., 1984, nº 23 (62), p. 861. Entré en vigueur le 4 mars 1980.
[119] *JORF* du 24 décembre 1991, pages 16848/16849. Entré en vigueur le 31 janvier 1992.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

les communes de Coustouges (France) et Massanet de Cabrenys (Espagne), signé à Paris le 19 octobre 1994 et à Madrid le 21 octobre 1994[120].

Outre ces traités, il en existe d'autres relatifs aux *tunnels transpyrénéens*. Ainsi, la Convention concernant la construction du tunnel transpyrénéen *d'Aragnouet à Bielsa* du 30 mars 1962 et l'Accord pour la délimitation de la frontière entre la France et l'Espagne à l'intérieur du tunnel transpyrénéen Aragnouet à Bielsa, signé à Paris le 25 avril 1980, déjà vue en relation avec la frontière terrestre à l'intérieur de ce tunnel[121], ou des nombreux traités relatifs au tunnel du *Somport* : l'Accord en vue de la construction d'un tunnel routier au col du Somport, signé à Paris le 25 avril 1991[122] et l'Accord sous forme d'Echange de lettres signées à Madrid les 31 juillet 2001 et 20 août 2001 concernant la création d'un comité de sécurité et la précision des attributions de la commission technique mixte prévue à l'article 6 de la Convention du 25 avril 1991 en vue de la construction d'un tunnel routier au col du Somport[123]. Postérieurement, l'Accord relatif à l'exploitation, à l'entretien, à la sécurité et, le cas échéant, à l'évolution du tunnel routier du Somport, signé à Perpignan le 11 octobre 2001, l'Echange de lettres des 11 octobre 2001 et 14 février 2002[124] et l'Echange de lettres portant approbation du règlement de circulation dans le tunnel routier au col du Somport (comprenant une annexe), signées à Malaga le 26 novembre 2002[125].

En ce qui concerne les *eaux frontalières*, il convient de rappeler les nombreuses dispositions à cet égard contenues tant dans les Traités de Limites du 2 décembre 1856, du 14 avril 1862 et du 26 mai 1866 que dans l'Acte additionnel du 26 mai 1866, dont le but exclusif est précisément d'assurer l'utilisation commune des eaux frontalières pour éviter des conflits entre les riverains[126].

[120] *JORF* du 21 décembre 1995, pages 18475/18476. Entré en vigueur le 26 septembre 1995.
[121] La première, au *JORF* du 20 décembre 1962, p. 12397-12399. Entrée en vigueur le 30 octobre 1962. La seconde, au *JORF* du 6 juin 1982, p. 1803. Entré en vigueur le 8 mars 1982 et constituant un acte additionnel à l'annexe I du traité de délimitation entre la France et l'Espagne du 14 avril 1862, signée à Bayonne le 27 février 1863.
[122] *JORF* du 25 mars 1992, pages : 4111/4112. Entrée en vigueur le 31 janvier 1992. Complété par Echange de lettres portant approbation du règlement de circulation dans le tunnel routier au col du Somport (comprenant une annexe), signées à Malaga le 26 novembre 2002 (*JORF* du 15 février 2003, pages 2764/2766. Entré en vigueur le 26 novembre 2002.
[123] *JORF* du 24 janvier 2002, pages 1613/1614.
[124] *JORF* du 27 juin 2003, page 10792.
[125] *JORF* du 15 février 2003, p. 2764
[126] Réglementé avec la France par l'Acte Additionnelle du 26 mai 1866 (*B.L.*, 1869, nº 16613, p. 88 ; *Basdevant*, t. II, p. 131-132. Dispositions qui établissent une obligation d'information préalable des autorités de l'Etat voisin concernant les travaux de réparation et de défense des rives et qui interdisent tout ouvrage empiétant le lit du fleuve. Ainsi, par exemple, dans l'article 11 de l'Acte additionnel du 26 mai 1866.Cette obligation d'information préalable entre en jeu dans les cas où « on se proposera de faire des travaux ou de nouvelles concessions susceptibles de changer le régime ou le volume d'un cours d'eau dont la partie inférieure ou opposée est à l'usage des riverains de l'autre pays ». Voir *in extenso* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., « Les relations de voisinage franco-espagnoles en matière d'environnement », *A.F.D.I.*, LVIII – 2012, pages 1-28.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Pour formaliser l'arrangement des services locaux des travaux publics espagnols et français qui eut lieu en 1945 et 1946 sur les travaux d'aménagement des rives de la Bidassoa les deux pays concluent l'Echange de lettres du 23 mai 1964[127].

Comme conséquence de la délimitation des eaux de la baie du Figuier faite par la Convention du 14 juillet 1959, déjà examinée[128], il en résulte qu'une grande partie du port de pêche de Fontarabie (Espagne) se trouve sur la zone d'eaux de juridiction commune des deux Etats. C'est ainsi qu'à l'occasion de son agrandissement empiétant sur cette zone, l'Espagne a dû demander l'autorisation de la France. Le résultat en est l'accord relatif aux aménagements du port du Refuge, situé dans la baie du Figuier, sous forme d'Echange de lettres signées à Blois le 7 juillet 1998[129].

Limitée aux eaux de la *Bidassoa et de la baie du Figuier* la même Convention du 14 juillet 1959[130] consacre le reste de ses articles à la réglementation de la pêche fluviale et de la récolte de coquillages dans ces eaux, en reconnaissant des droits à cette fin aux riverains des deux Etats et en imposant des obligations[131].

Par Accord du 12 juillet 1958, et suite au jugement arbitral du 16 novembre 1957 relatif à l'interprétation du Traité de Limites du 26 mai 1866 et de son Acte additionnel en ce qui concerne les eaux du *lac Lanoux*, les deux Etats réglementent la restitution à l'Espagne du volume d'eau équivalent aux apports naturels détournés vers le bassin du Carol (France). Un Echange de notes du 27 janvier 1970 modifie le règlement sur l'aménagement et la gestion du lac en vigueur jusqu'à cette date[132].

Finalement, l'aménagement du cours d'eau supérieur, *i.e.* de la *Garonne* fait l'objet de la Convention du 29 juillet 1963[133].

---

[127] *JORF* du 26 novembre 1964, p. 10604-10605. Entré en vigueur le 23 mai 1964.
[128] Qui sont l'objet du Titre I de cette Convention.
[129] *JORF* du 31 octobre 10998, pages 16452/16453. Entré en vigueur le 1er septembre 1998.
[130] *JORF* du 9 mars 1965, p. 1893-1897 (Rectif. *JORF* du 25 juin 1965 p. 5297). La Convention est entrée en vigueur le 1er janvier 1965. Elle abroge de la Déclaration franco-espagnole du 30 mars 1879 et de la Convention du 18 février 1886.
[131] Par exemple, les amendes pour les contraventions en raison de la violation la Convention. Cette convention a subi plusieurs modifications. C'est le cas de l'Echange de lettres portant modifications de la Convention du 14 juillet 1959 relative à la pêche en Bidassoa et baie du Figuier (comprenant deux annexes), signées à Madrid le 20 avril 2007 et le 20 juin 2011 (*JORF* du 12 juin 2013, pages 9729/9730). Entré en vigueur le 6 février 2013. Il en est de même pour l'Echange de lettres reconnaissant le transfert de compétences du commandant de la marine de Bayonne au délégué à la mer et au littoral, du département des Pyrénées-Atlantiques, dans le cadre de la Convention entre l'Espagne et la France sur la pêche dans la Bidassoa et la baie du Figuier du 14 juillet 1959, du 15 juillet 2016 et du 27 janvier 2017 déjà citée.
[132] Accord relatif au lac Lanoux avec un règlement concernant son aménagement du 12 juillet 1958 et de l'échange de lettres modifiant ce règlement du 27 janvier 1970 (*JORF* du 20 juillet 1970, p. 7144-7146. Entré en vigueur le 27 janvier 1970.
[133] *JORF* du 17 juillet 1964, p. 6352. Entrée en vigueur le 1er juillet 1964.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En matière de *pâturages*, aussi bien les trois Traités de Limites du 2 décembre 1856, du 14 avril 1862 et du 26 mai 1866 précités que les Annexes du 28 décembre 1858 et l'Acte additionnel du 26 mai 1866 contiennent des dispositions relatives aux pâturages frontaliers. Certaines d'entre elles concernent également les amendes appliquées aux propriétaires des troupeaux[134]. En parallèle, bien que limité au Pays-Quint, les deux Etats ont conclu l'Echange de lettres portant sur la jouissance exclusive et perpétuelle des pâturages du Pays-Quint, signé à Paris le 11 mars 1969[135]. Cet accord a été conclu en application de l'article 15 du Traité des Limites du 2 décembre 1856, en vertu duquel les habitants français de Baigorry se voient accorder « la jouissance exclusive et perpétuelle des pâturages » sur le versant nord des montagnes du Pays-Quint[136].

Sur le même sujet mais sans se limiter aux pâturages, il convient de mentionner *le droit* que les trois traités frontaliers accordent aux communes frontalières de conclure entre elles des *contrats frontaliers* sur les pâturages « ou d'autres questions qui peuvent être dans leur intérêt et dans l'intérêt des relations de bon voisinage »[137].

[134] C'est le cas des articles 4 y 5 de l'Annexe IV de la Convention du 28 décembre 1858, additionnelle au Traité de délimitation de la frontière du 2 décembre 1856. Des traités bilatéraux ultérieurs ont modifié cette annexe et mis à jour le montant des amendes appliquées aux propriétaires de troupeaux. Ainsi, l'avenant modifiant les articles 4 et 5 de l'annexe IV de la convention du 28 décembre 1858, additionnelle au traité de délimitation de la frontière du 2 décembre 1856 entre la France et l'Espagne, signé à Paris le 15 mars 1968 (*JORF* du 25 mars 1970, p. 2844-2845. Entré en vigueur le 1er mars 1970) ; Echange des notes des 4 et 13 mars 1975 modifiant la convention additionnelle au traité de délimitation franco-espagnol du 2 décembre 1856, signée à Bayonne le 28 décembre 1858 (*JORF* du 29 février 1976, p. 1365). Entrée en vigueur le 1er janvier 1975 ; Echange de lettres, en date des 31 janvier et 7 février 1985, portant modification de l'annexe I à la convention additionnelle du 27 février 1863 au traité de délimitation du 14 avril 1862 (*JORF* du 23 juillet 1985, p. 8336). Entré en vigueur le 7 février 1985. Echange de lettres portant modification de l'acte final de la délimitation de la frontière internationale des Pyrénées du 11 juillet 1868, signé à Madrid les 22 septembre 1987 et 10 juin 1988 (*JORF* du 28 décembre 1988, p. 16375. Entrée en vigueur le 10 juin.

[135] *JORF, d*u 9 septembre de 1969, p. 9023. Entré en vigueur le 11 mars 1969, il se substitue à l'Echange de lettres des 5 et 9 septembre 1950. Sur cette question voir ARVIZU, F. de, *El conflicto de los Alduides (Pirineo Navarro)*, Gobierno de Navarra, Departamento de Presidencia, Pamplona, 1992 ; *Idem*., *La solución institucional del conflicto de los Alduides (Pirineo Navarro)*, Universidad de León, 1997.

[136] C'est-à-dire, sur le territoire espagnol.

[137] Dans ce domaine, ce qu'ils font les Traités de Limites c'est de codifier un usage coutumier. Ceci découle, par exemple, de l'article 14 du Traité de Limites du 2 décembre 1856 : « Il est également convenu entre les parties contractantes que les frontaliers respectifs conserveront le droit qu'ils ont toujours eu de faire entre eux, pour un temps déterminé qui ne pourra jamais excéder cinq années, et avec l'intervention obligatoire des Autorités compétentes, les contrats de pâturages ou autres qui pourraient être avantageux à leurs intérêts et à leurs rapports de bon voisinage.». Voir dans le même sens l'article 23, paragraphe 3 du Traité de Limites du 14 avril 1862, l'article 29, paragraphe 3 du Traité de Limites du 26 mai 1866 et l'article 10 de l'Annexe V des Dispositions Additionnelles du 11 juillet 1868.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans le domaine de *l'assistance mutuelle*, les deux Etats ont conclu en 2001 la Convention sur la *protection civile et la sécurité civile*, faite à Perpignan le 11 octobre 2001[138], qui a abrogé les trois traités en vigueur jusqu'alors sur ce sujet. Cette convention fit l'objet, en 2017, d'un Accord relatif à *l'emploi de moyens aériens bombardiers d'eau en cas d'assistance mutuelle lors des incendies de forêts* : l'Accord du 20 février de 2017[139] et d'un Arrangement administratif entre le Ministre de l'Intérieur de la République française (Direction générale de la Sécurité civile et de la gestion des crises) et le Ministre de l'Intérieur du Royaume d'Espagne (Direction Générale de la Protection civile et des Urgences) relatif à *l'assistance et aux secours en zone frontalière*, de la même date[140].

Pour ce qui est de *l'assistance vétérinaire*, la Convention vétérinaire du 14 juillet 1959 a pour l'objet de sauvegarder l'état sanitaire des troupeaux pacageant sur la frontière des Pyrénées[141].

Des nombreux traités bilatéraux ont été conclus sur les *contrôles nationaux juxtaposés*, le premier étant la Convention générale relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés et aux contrôles en cours de route, complété par le Protocole final et le l'Echange de lettres, tous du 7 juillet 1965[142]. A partir de ce cadre

[138] *JORF* du 15 avril 2003, pages 6639/6641. Entrée en vigueur le 1er mars 2003. Les conventions abrogées sont la Convention d'assistance mutuelle entre les services d'incendie et de secours français et espagnols signée à Madrid le 14 juillet 1959, et des avenants y afférents signés à Madrid le 8 février 1973 et à Paris le 19 juin 1978, en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention du 11 octobre 2001.

[139] https://es.ambafrance.org/XXVe-Sommet-franco-espagnol-Malaga-20-fevrier-2017. D'après son article 1 : « Le présent Accord établit un mécanisme d'assistance mutuelle entre les parties par l'emploi de moyens aériens de lutte contre les incendies de forêt, conformément à l'article 14 du Traité. ». Il s'agit de la Convention sur la protection civile et la sécurité civile, faite à Perpignan le 11 octobre 2001. Cet article 14 fait référence au « Développement du Traité » dont la mise en œuvre aura lieu par le biais des « arrangements administratifs particuliers nécessaires à la mise en œuvre du Traité, notamment en ce qui concerne l'assistance mutuelle en cas de catastrophes ou d'accidents graves. »

[140] https://es.ambafrance.org/XXVe-Sommet-franco-espagnol-Malaga-20-fevrier-2017. Il vise « à définir et organiser la mise en œuvre d'opérations liées à la gestion des secours dans les zones géographiques frontalières. » (Article 1). Ainsi, « 2. Lorsqu'un incendie de forêt né d'un côté de la frontière s'étend au-delà de celle-ci, les équipes de secours françaises et espagnoles peuvent intervenir conjointement dans une bande de 25 kilomètres de part et d'autre de la frontière. » (Article 3.2).

[141] *JORF* du 17 juin 1961, p. 5451-5453. Entrée en vigueur le 8 mars 1960.

[142] *JORF* du 8 mai 1966, p. 3712-3715. Entrée en vigueur le 24 février 1966. Elle abroge la Convention du 15 mai 1953 instituant des contrôles nationaux juxtaposés dans les gares frontières d'Hendaye et de Cerbère [France], d'Irun et de Port-Bou [Espagne], complétée par l'échange de lettres du 17 avril 1961 relatif à l'extension de ladite convention et de la convention du 30 mars 1962 relative à la création de bureaux nationaux juxtaposés à Irun [Espagne] et au Perthus [France] pour les voyageurs, bagages et véhicules).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

juridique, une très grande diversité de traités ont été conclus ayant pour objet des contrôles nationaux juxtaposés spécifiques pour le trafic routier[143] et ferroviaire[144].

[143] Il en va ainsi des accords suivants : l'Arrangement du 7 juillet 1966 et l'Echange de lettres des 16 et 22 juillet 1966 relatifs à la création à Irun, en territoire espagnol, d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, au débouché du nouveau pont international Hendaye-Irun (*JORF* du 4 août 1967, p. 7807-78080. Entrée en vigueur le 23 juillet 1966 ; l'Echange de notes relatif au bureau à contrôles nationaux juxtaposés de Latour de Carol-Enveigt du 15 juin 1967 (*JORF* du 6 août 1967, p. 7884-7885. Entrée en vigueur le 1er juillet 1967 ; l'Echange de notes des 26 et 30 mai 1969 relatif à la création à La Junquera (Espagne) de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés (*JORF* du 7 août 1969, p. 7957-7958. Entrée en vigueur le 30 mai 1969. Il se substitue à l'échange de notes adopté par la Commission mixte franco-espagnole, lors de sa réunion du 10 novembre 1967 ; l'Echange de notes relatif à la création en gare d'Hendaye-Ville (en territoire français) d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, du 8 juillet 1969 *(JORF* du 30 septembre 1969, p. 9684-9685. Entrée en vigueur le 8 juillet 1969 ; l'Echange de notes destiné à confirmer l'arrangement relatif à la création à Cerbère, au lieudit Col des Balîtres, en territoire français, d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, du 29 juillet 1970 (*JORF* du 7 octobre 1970, p. 9308-9310. Entrée en vigueur le 29 juillet 1970 ; l'Echange de notes du 11 novembre 1970, confirmant l'arrangement du 21 mai 1970 relatif à la création à Behobia, en territoire espagnol, d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés au débouché du nouveau pont international Béhobie-Behobia (*JORF* du 28 février 1971, p. 2005-2007. Entrée en vigueur le 11 novembre 1970, il substitué à l'arrangement provisoire conclu le 12 octobre 1966 et confirmé par échange de notes des 13 et 20 juin 1967) ; l'Echange de notes du 29 septembre 1971 confirmant l'avenant à l'arrangement relatif à la création à Irun, en territoire espagnol, d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés (*JORF* du 3 décembre 1971, p. 11802-11803. Entrée en vigueur à cette date - Modification de l'art. 1er de l'arrangement du 7 juillet 1966, confirmé par échanges de notes des 16 et 22 juillet 1966) ; l'Echange de notes du 29 septembre 1971 destiné à confirmer l'avenant à l'arrangement du 21 mars 1970 confirmé par échange de notes du 11 novembre 1970 (modification de l'art. 1er de cet arrangement) relatif à la création à Behobia, en territoire espagnol, d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés (*JORF* du 3 décembre 1971, p. 11801-11802). Entrée en vigueur le 29 septembre 1971 ; l'Echange de notes des 5 et 6 septembre 1973, 31 juillet et 20 août 1974 entre la France et l'Espagne relatives à des bureaux à contrôles nationaux juxtaposés (*JORF* du 12 mars 1975 p. 2699-2705), portant avenants à l'arrangement du 20 mai 1969 relatif à la création en gare d'Hendaye-ville d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Paris le 31 juillet 1974 ; à l'arrangement du 20 mai 1969 relatif à la création en gare d'Irun d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Madrid les 6 septembre 1973 et 20 août 1974 ; à l'arrangement du 7 juillet 1966 relatif à la création à Irun-pont Saint-Jacques d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Madrid les 5 septembre 1973 et 20 août 1974 ; et à l'arrangement du 21 mai 1970 relatif à la création à Béhobie d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Madrid les 5 septembre 1973 et 20 août 1974 ; l'Echange de notes du 18 juin 1976 concernant la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés à Biriatou et au Perthus (*JORF* du 17 décembre 1976, p. 7252-7255. Entrée en vigueur le 7 juillet 1965 ; Echanges de notes du 18 juin 1976 concernant la création de bureaux à contrôles nationaux juxtaposés à Biriatou et au Perthus (*JORF* du 17 décembre 1976, p. 7252-7255. Entrée en vigueur les 1er et 18 juin 1976 respectivement - Application de la convention relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés et aux contrôles en cours de route, signée à Madrid le 7 juillet 1965) ; l'Echange de notes du 15 juin 1978 relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés à Melles, au lieudit Le Seriail (*JORF* du 30 août 1978, p. 3147-3150. Accord confirmant l'arrangement du 28 février 1978 relatif à la création à Melles, au lieu dit "Le Seriail ", d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés) ; l'Echange de notes du 10 janvier 1980 relatif aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés d'Hendaye-ville confirmant l'avenant du 9 avril 1979 et remplaçant l'avenant du 20 juin 1973 (*JORF* du 4 juillet 1980, p. 1662-1663. Entrée en vigueur le 10 janvier 1980 - Modification de l'art. 3, paragraphe 1, de la convention du 7 juillet 1965 - Remplacement de l'art. 2 et des plans 1 a et 2 a annexés à l'arrangement du 20 mai 1969) ; Echange de notes relatif à l'instauration de contrôles en cours de route entre les bureaux à contrôles nationaux juxtaposés, de Cerbère et de Port-Bou, modifiant l'accord du 25 août 1969 relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Cerbère, signé à Paris les 9 février et 19 mars 1990 (*JORF* du 12 octobre 1990, pages 12362/12363. Entrée en vigueur le 1er mai 1990 - Modification du paragraphe 3 de l'art. 1er de l'accord du 25 août 1969 ; l'Echange de notes relatif à l'instauration de contrôles en cours de route entre les bureaux à contrôles nationaux juxtaposés de Cerbère et de Port-Bou, modifiant l'accord des 6 février 1986 et 27 janvier 1988 relatif à l'organisation du bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Port-Bou, signé

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans des cas spécifiques, ces traités prévoient la création de bureaux installés soit des deux côtés de la frontière, soit d'un seul côté, ce qui affecte le régime juridique à la fois de la frontière et de la zone où ils sont installés et où les agents exercent leurs fonctions[145].

En relation avec le *tourisme en haute montagne*, fut conclue la Convention relative au franchissement de la frontière par les touristes en haute montagne

les 9 février et 19 mars 1990 (*JORF* du 30 octobre 1990, pages13174/13175. Entré en vigueur le 1er mai 1990 - Modification du paragraphe 3 de l'art. 1er de l'accord des 6 février 1986 et 27 janvier 1988) ; l'Echange de notes relatif à l'instauration de contrôles en cours de route entre les bureaux à contrôles nationaux juxtaposés, de Cerbère et de Port-Bou, modifiant l'accord du 25 août 1969 relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Cerbère, signé à Paris les 9 février et 19 mars 1990 (*JORF* du 12 octobre 1990, pages 12362/12363. Entrée en vigueur le 1er mai 1990 ; il modifié le paragraphe 3 de l'art. 1er de l'Accord du 25 août 1969 ; Avenant sous forme d'échange de notes à l'accord du 29 juillet 1970 relatif à un bureau à contrôles nationaux juxtaposés à Cerbère, au lieudit Col des Balîtres, signé à Paris les 5 septembre 1991 et 5 novembre 1992 (*JORF* du 25 juin 1994, pages 9216/9217). Entrée en vigueur le 1er janvier 1993 - Remplacement de l'art. 2 de l'arrangement du 29 juillet 1970 ; l'Accord relatif au bureau à contrôles nationaux juxtaposés de Biriatou du 13 novembre 2006 (*JORF* du 12 juin 2009, pages 9582/9584. Entré en vigueur le 11 avril 2009.

[144] Il s'agit des accords suivants : Echange de notes confirmant l'arrangement relatif à la création en gare d'Hendaye-Ville (en territoire français) d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signé à Paris le 8 juillet 1969 (*JORF* du 30 septembre 1969, p. 9684-9685. Entrée en vigueur le 8 juillet 1969 - Confirmation de l'arrangement conclu à Gérone le 20 mai 1969) ; Echange de notes confirmant l'arrangement relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare d'Irun (territoire espagnol), signé à Paris le 25 août 1969 (*JORF* du 12 octobre 1969, p. 10097-10099. Entrée en vigueur le 25 août 1969 - Confirmation de l'arrangement conclu à Gérone le 20 mai 1969 - Abrogation de la convention du 15 mai 1953 complétée par l'échange de lettres du 17 avril 1961) ; Echange de notes confirmant l'arrangement relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Cerbère (territoire français), signé à Paris le 25 août 1969 (*JORF* du 12 octobre 1969, p. 10096-10097. Entrée en vigueur le 25 août 1969 - Confirmation de l'arrangement conclu à Gérone le 20 mai 1969 - Abrogation de la convention du 15 mai 1953 complétée par l'échange de lettres du 17 avril 1961 ; Echange de notes du 21 novembre 1968 relatif à la création en gare de Canfran (territoire espagnol) d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, conclu à Madrid le 7 mars 1970 (*JORF* du 3 juin 1970, p. 5165-5167. Entrée en vigueur le 7 mars 1970. Abrogation des dispositions relatives aux contrôles de police et de douane de la convention internationale du 16 juillet 1928 pour le fonctionnement de la gare internationale de Canfranc et de la voie de jonction de cette gare avec la station française des Forges-d'Abel ; Echange de notes complétant l'Echange de notes du 25 août 1969 destiné à confirmer l'arrangement relatif à la création, en gare de Cerbère (territoire français), d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, conclu à Paris le 25 juin 1971 (*JORF* du 22 août 1971 p. 8343-8344). Entré en vigueur le 25 juin 1971 ; Echange de notes des 10 juillet 1978 et 9 juillet 1979 concernant l'avenant du 20 avril 1978 modifiant l'arrangement du 20 mai 1969 relatif à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare d'Irun (*JORF* du 9 novembre, 1979, p. 2781-2782 (Abrogation de l'avenant du 20 avril 1978 à l'arrangement du 20 mai 1969) : l'Echange de notes des 5 et 6 septembre 1973, 31 juillet et 20 août 1974 entre la France et l'Espagne relatives à des bureaux à contrôles nationaux juxtaposés (*JORF* du 12 mars 1975 p. 2699-2705), portant avenants à l'arrangement du 20 mai 1969 relatif à la création en gare d'Hendaye-ville d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Paris le 31 juillet 1974 ; à l'arrangement du 20 mai 1969 relatif à la création en gare d'Irun d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés, signées à Madrid les 6 septembre 1973 et 20 août 1974 ; Echange de notes relatif à l'organisation du bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Port-Bou, signé les 6 février 1986 et 27 janvier 1988 (*JORF* du 22 avril 1988, pages : 5336/5340. Entré en vigueur le 27 janvier 1988. Echange de notes des 11 février 1986 et 8 avril 1987 complétant les accords sous forme d'échanges de notes des 25 août 1969 et 25 juin 1971 relatifs à la création d'un bureau à contrôles nationaux juxtaposés en gare de Cerbère (*JORF* du 26 décembre 1987, pages : 15181. Entrée en vigueur le 8 avril 1987.

[145] La Convention générale du 7 juillet 1965 est particulièrement pertinente à cet égard, car elle précise le régime juridique applicable. Elle définit les concepts de « contrôle », « Etat de séjour», « Etat limitrophe », « zone », « agents » et « bureaux ». Par exemple, la « zone » est la partie du territoire de l'Etat de séjour dans laquelle les agents de l'Etat limitrophe sont habilités à effectuer le contrôle (Article 1.4).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pyrénéenne et son annexe du 3 mai 1967, dont les bénéficiaires sont les membres français et espagnols des associations de montagne en France et en Espagne, lesquels sont autorisés à franchir la frontière pyrénéenne dans la zone dite de haute montagne telle que définie par la convention et dans les conditions stipulées par elle[146].

En ce qui concerne le *chemin de fer à grande vitesse*, les deux Etats ont conclu l'Accord du 10 octobre 1995 concernant la construction et l'exploitation de la section internationale d'une ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne (façade méditerranéenne)[147] ; Accord complété par le Protocole additionnel signé à Paris le 23 mai 2016[148] et par la Convention pour l'Exploitation et la Maintenance de la Section Internationale, signée le 19 décembre 2016 par LFP, le Royaume d'Espagne et la République Française, prévoit l'exploitation de la ligne par LFP pour une durée de quatre ans, c'est à dire, jusqu'au 19 décembre 2020, pouvant faire l'objet d'une prorogation pour une durée de deux ans[149].

En matière de *coopération sanitaire transfrontalière* deux traités ont été conclus: l'Accord-cadre (ensemble un accord d'application, signé à Angers le 9 septembre 2008), signé à Saragosse le 27 juin 2008, afin de clarifier le cadre juridique de la coopération sanitaire transfrontalière entre l'Espagne et la France[150]. Son *champ d'application*, précisé à l'article 2, concerne, en France, aux *zones frontalières* de la région Aquitaine, de la région Languedoc-Roussillon et de la région Midi-Pyrénées et, en Espagne, aux *zones frontalières* des Communautés Autonomes du Pays Basque, de Catalogne, d'Aragon et de la Communauté Forale de Navarre.

Conformément à son article 8, l'accord-cadre fait l'objet d'un Arrangement administratif relatif à *l'assistance et aux secours en zone frontalière*, conclu à Angers le 9 septembre 2008, entre le Ministère espagnol de la Santé et de la Consommation et le Ministère français de la Santé, de la Jeunesse et des Sports concernant les modalités d'application de l'accord-cadre précité sur la coopération transfrontalière en matière de santé[151].

---

[146] *JORF* du 11 août 1967, p. 8065-8067. Entrée en vigueur le 1er août 1967.
[147] *JORF* n° 44 du 21 février 1998 page 2728. Entrée en vigueur le 11 décembre 1997
[148] *JORF* n° 288, du 11 décembre 2016. Entrée en vigueur le 21 septembre 2016.
[149] Cette Convention « prévoit l'exploitation de la ligne par LFP pour une durée de quatre ans, c'est à dire, jusqu'au 19 décembre 2020, pouvant faire l'objet d'une prorogation pour une durée de deux ans » (http://www.lfpperthus.com/societe.html). Nous n'avons pas trouvé sa publication au JORF. En Espagne, dans le *BOE*, nº 307, du 21 décembre 2016. Entrée en vigueur le 20 décembre 2016.
[150] *JORF* du 1er avril 2015, pages 5928/5930. Entrée en vigueur le 1er décembre 2014. L'objet de cet Accord est : d' assurer un meilleur accès à des soins de qualité pour les populations de la zone frontalière telle que définie à l'article 2 ; garantir une continuité des soins à ces mêmes populations ; optimiser l'organisation de l'offre de soins en facilitant l'utilisation ou le partage des moyens humains et matériels et favoriser la mutualisation des connaissances et des pratiques (cf. Article 1er).
[151] https://es.ambafrance.org/XXVe-Sommet-franco-espagnol-Malaga-20-fevrier-2017. En lien avec cet accord-cadre et afin d'établir « un cadre de réciprocité pour faciliter le transfert, par voie terrestre

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

C. Traités instituant des organes frontaliers pour la gestion de la frontière et les relations de voisinage

L'établissement de la frontière et la gestion des relations de voisinage auxquelles elle donne lieu lorsque les relations entre Etats voisins ne sont pas conflictuelles, s'accompagnent généralement de la création de *commissions ou d'organes mixtes de coopération* chargés de traiter et de résoudre toutes les questions liées à l'existence de la frontière. Dans le contexte franco-espagnol, ces organismes sont nombreux. Certains sont de *nature générale*, comme la Commission Internationale des Pyrénées (CIP), dont la compétence s'étend à l'ensemble de la frontière pyrénéenne. D'autres sont de *nature particulière*, c'est-à-dire, limités ou circonscrits à une certaine zone ou question frontalière[152].

D'une nature générale, la *CIP* est l'un des plus anciens organes de ce type en Europe, créé peu après l'achèvement des travaux de la commission mixte chargée de déterminer les limites des frontières qui ont été établies entre les deux pays par les Traités des Limites. À l'origine, sa compétence était limitée à la Bidassoa et à la baie du Figuier. Elle a été créée par un Echange de lettres le 30 mai et le 19 juillet 1875, et sa compétence a ensuite été étendue à l'ensemble de la frontière terrestre franco-espagnole en 1887, par un Echange de lettres le 16 mars et les 7 et 12 avril[153]. Il s'agit d'un organe permanent dans lequel sont représentés tous les départements ministériels ayant des compétences touchant à la zone frontalière, agissant par le biais de la session plénière et de sous-commissions spécialisées[154].

A ses côtés il y a actuellement un certain nombre de commissions bilatérales de nature *particulière* ou *spécifique*. Ainsi, et en matière de *limites*, par Accord du 8 février 1978 relatif à l'abornement et à l'entretien de la frontière, les deux Etats ont créé une *Commission mixte d'abornement* afin, d'après l'art. 2, d'« assurer l'entretien de l'abornement de la frontière ainsi que pour prévenir et réprimer la destruction, la détérioration et l'utilisation inadéquate des bornes, repères et autres signes de démarcation » [155].

A l'égard des *eaux frontalières*, il existe actuellement un certain nombre de commissions. Dans l'ordre chronologique, la *Commission du chenal de Puigcerdá*, a été créée la première par les Dispositions additionnelles aux trois Traités de Limites, du 11 juillet 1868, et se réunit chaque année ainsi que lorsque

exclusivement, des corps des personnes décédées sur le territoire de l'une des Parties. », les deux Etats concluent l'Accord de Coopération Technique en matière de *transfert des corps par voie terrestre des personnes décédées*, fait à Málaga le 20 février 2017 (ibid.). Entrée en vigueur le 20 février 2017.

[152] Sur cette question voir *in extenso* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., « Las Comisiones fronterizas en las relaciones de vecindad hispano-francesas », *in* DEL ARENAL, C., *op. cit.*, pp. 177-207.

[153] Voir *in extenso* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad..., op. cit.,* pp. 362-377.

[154] Les sous-commissions sont au nombre de quatre : 1. De l'abornement et de police des frontières ; 2. des communications transpyrénéennes et infrastructures ; 3. des questions agricoles, hydrauliques et de protection de la nature ; 4. des problèmes de la Bidassoa.

[155] *JORF*, du 7 août 1974.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

des travaux d'entretien sont nécessaires. Elle est habilitée à assurer l'exécution du Règlement international prévu dans les Dispositions additionnelles précitées, à évaluer l'opportunité des travaux de conservation et de réparation, à approuver les projets et le système d'exécution de ces travaux, à établir des bilans, à poursuivre les infractions devant les tribunaux, à accepter le paiement des amendes encourues par les contrevenants comme une transaction, à faire construire l'appareil de régulation des consommations, ainsi qu'à priver les intéressés qui n'ont pas exécuté les travaux à cet effet de l'utilisation des sections particulières.

Par Accord du 12 juillet 1958, et suite à la Sentence arbitrale du 16 novembre 1957 concernant ce lac, la *Commission du lac Lanoux* a été créée[156]. En ce qui concerne sa compétence, elle se limite à vérifier annuellement les volumes d'eau restitués en Espagne et à étudier les conséquences qui pourraient résulter d'une rupture du barrage existant afin de pouvoir avertir les municipalités qui pourraient être menacées en Cerdagne espagnole.

En troisième lieu, la *Commission de la Garonne* fut créée par la Convention du 29 juillet 1963 sur l'aménagement de la Garonne[157]. Parmi ses compétences, à part celles relatives à la construction du barrage prévu, se trouvent aussi celles concernant l'évaluation annuelle des fournitures d'énergie faites par la France à l'Espagne ainsi que les compensations éventuellement dues, l'évaluation éventuelle des dommages causés à l'Espagne ou les modalités techniques suivant lesquelles la France devra procéder aux fournitures d'énergie à l'Espagne.

En 1976, dans le cadre de la CIP, la *Commission mixte sur les eaux frontalières* a été créée. De nature technique et composée d'ingénieurs régionaux chargés des services des eaux, de représentants des ministères des affaires étrangères et d'experts, elle est compétente pour traiter de tout problème relatif à l'utilisation des eaux frontalières des Pyrénées, y compris la pollution.

Enfin, les deux Etats ont donné lieu, par le Protocole du 14 décembre 1978, à la *Commission Technique Mixte de la Bidassoa* (CTMB), conçue comme un « organe consultatif franco-espagnol de la Commission internationale des Pyrénées institué dans le cadre des propositions formulées par ladite commission »[158] et avec une compétence limitée à l'espace compris entre la *Bidassoa et la baie du Figuier*. Du point de vue de l'Espagne, c'est la seule commission qui prévoit la participation de représentants des administrations centrale, régionale, provinciale et locale[159].

[156] *JORF*, du 20 juillet 1971, p. 7144-7146. Entrée en vigueur le 27 janvier 1970. Voir la Sentence arbitrale dans *R.G.D.I..P*, 1958, I, pages 79-123.
[157] *JORF* du 17 juillet 1964, p. 6352. Entrée en vigueur le 1er juillet 1964.
[158] *JORF* du 14 novembre 1979 p. 2818-2819. Entrée en vigueur le 1er mars 1979. Article 1er.
[159] A ce moment-là, la Constitution espagnole de 1978 avait déjà été approuvée, configurant l'Espagne comme un Etat autonomique. La décentralisation des pouvoirs et de l'administration se reflète dans la composition du CTMB.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En matière de *protection et de sécurité civile* l'article 4 de la Convention sur la *protection civile et la sécurité civile*, faite à Perpignan le 11 octobre 2001[160] instaure une *Commission mixte* spécialisée dans la protection civile compétente pour arrêter et mettre en œuvre des actions relatives à la coopération entre les parties ainsi que pour élaborer les projet d'arrangement prévues à l'article 14 de ce traité[161].

Dans le domaine de *l'assistance vétérinaire*, la Convention du 14 juillet 1959 sur la santé et l'hygiène des animaux a institué une *Commission mixte* composée de représentants des services vétérinaires des deux pays et de représentants des administrations douanières concernées, chargée d'examiner la situation sanitaire dans la région des Pyrénées et de proposer, le cas échéant, les mesures particulières nécessaires[162].

Pour ce qui est des *bureaux à contrôles nationaux juxtaposés*, la Convention générale relative aux bureaux à contrôles nationaux juxtaposés et aux contrôles en cours de route, du 7 juillet 1965[163], établit une *Commission mixte franco-espagnole* ayant pour mission: a) de préparer les arrangements concernant l'établissement de bureaux de part et d'autre de la frontière ou d'un seul côté, ainsi que sur le contrôle des véhicules en cours de route, en vue de simplifier et d'accélérer les formalités de franchissement de leur frontière commune par le rail et la route ; b) de résoudre, dans la mesure du possible, les difficultés qui pourraient résulter de l'application de la Convention du 7 juillet 1965 ; et c) de formuler des propositions éventuelles tendant à modifier la présente Convention.

En matière de *pâturages* et limitée géographiquement à la Navarre, la *Commission du Pays-Quint* est créée par Echange de lettres du 11 de mars 1969[164] portant sur la jouissance exclusive et perpétuelle des pâturages du Pays-Quint. Il s'agit d'une commission d'experts présidée conjointement par le sous-préfet de Bayonne et le représentant désigné par le gouvernement de la Communauté autonome de la Navarre.

Elle a pour objet d'examiner tous les douze ans l'état de la superficie de ces pâturages et leur valeur réelle par rapport au montant de la rente versée par le Trésor français dans le cadre de l'article 15 du Traité des Limites du 2 décembre 1856, en vertu duquel les habitants français de Baigorry se voient accorder

[160] *JORF* du 15 avril 2003, pages 6639/6641. Entrée en vigueur le 1er mars 2003. Cette Convention abroge les trois traités précédents en matière d'assistance mutuelle ainsi que la Commission mixte créée par eux: la Convention d'assistance mutuelle entre les services d'incendie et de secours français et espagnols signée à Madrid le 14 juillet 1959, et des avenants y afférents signés à Madrid le 8 février 1973 et à Paris le 19 juin 1978, en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention du 11 octobre 2001.
[161] Elle est prévue dans l'article 4. Composée à parties égales par des représentants des eux Etats, elle se réunit au moins une fois par an mais aussi à la demande de l'une des Parties.
[162] *JORF* du 17 juin 1961, p. 5451-5453. Entré en vigueur: le 8 mars 1960. Il traite de la peste porcine africaine, de la pleuropneumonie contagieuse bovine, du varroa chez les abeilles, de la rage qui touche surtout les renards et les cerfs, ainsi que de l'agalaxie contagieuse chez les moutons.
[163] *JORF* du 8 mai 1966, p. 3712-3715. Entrée vigueur le 24 février 1966. Elle est envisagée à l'article 26.
[164] *JORF*, du 9 septembre 1969, p. 9023. Entrée en vigueur le 11 mars 1969.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

« la jouissance exclusive et perpétuelle des pâturages » sur le versant nord des montagnes du Pays-Quint[165].

En ce qui concerne la *protection de la nature*, il existe plusieurs groupes de travail créés dans le cadre de la Commission Internationale des Pyrénées. C'est le cas du *Groupe de travail sur la protection de la nature, les parcs nationaux et les réserves naturelles*, créé en 1976 pour coordonner les politiques nationales respectives en matière de protection de la nature et de gestion de la faune sauvage[166]. Il en va de même du groupe de travail constitué en 1978 qui s'occupe de la *lutte contre les fléaux atmosphériques*.

Relatif à *l'aéroport de Fontarabie*, l'article 9 de l'Accord du 18 mars 1992 établit une *Commission mixte intergouvernementale*, qui « se réunira aussi souvent que nécessaire, à la demande de l'une des Parties », avec compétence pour examiner tous les problèmes qui se posent dans le cadre de sa mise en œuvre et pour déterminer les modalités de coopération dans le domaine de la sécurité civile[167]. A cette fin, l'article 9 stipule que la Commission peut « prendre, à titre provisoire, toute les mesures nouvelles exigées par des circonstances non prévues dans les dispositions du présent Accord » ; ces mesures « ne deviendront définitives qu'après approbation par les deux gouvernements comme révision du présent Accord ».

Pour ce qui est de la *coopération transfrontalière en matière policière et douanière*, le traité signé à cet égard à Blois le 7 juillet 1998, prévoit des *centres de coopération policière et douanière* installés à proximité de la frontière commune des deux Parties et « destinés à accueillir un personnel composé d'agents des deux Parties »[168].

---

[165] *Ibid.*

[166] Voir à cet égard JOLIVET, S., *La conservation de la nature transfrontalière*, Bibliothèque des Thèses (droit public), mare & martin, Paris, 2015 ; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., « Les relations de voisinage franco-espagnoles en matière d'environnement », *A.F.D.I.*, 2012, pp. 415-442).

[167] *JORF* du 8 décembre 1992.

[168] Article 3.1 (*JORF* du 26 septembre 2003, page 16430. Entrée en vigueur le 1er septembre 2003).
Ces centres *JORF* du « sont implantés en lieux et place des commissariats communs mentionnés à l'article 1er de l'arrangement administratif entre le ministre de l'intérieur de la République française et le ministre de l'intérieur du Royaume d'Espagne relatif à la création de commissariats communs dans la zone frontalière commune du 3 juin 1996 » (*ibid*., article 4). Complété par Echanges de lettres, signées le 26 novembre et le 30 décembre 2002 (*JORF* du 21 octobre 2004, p. 17813). Cette convention fait l'objet des deux accords administratifs : l'Accord officialisant la formation d'une promotion d'élèves-gendarmes au sein de l'académie des gardes civils de Valdemoro en Espagne conclu le 23 août 2017 entre les ministres de l'Intérieur français et espagnol et l'Accord complétant celui, du 12 novembre 2018, officialisant le projet de formation commune entre des promotions d'élèves gendarmes et de gardes civils. Ces accords définissent les modalités générales de formation conjointe d'élèves gardes civils espagnols et d'élèves gendarmes français (https://es.ambafrance.org/Formation-commune-de-gendarmes-francais-et-de-gardes-civils-espagnols). Ce traité remplace l'arrangement administratif du 3 juin 1996 relatif à l'organisation, à la composition et au fonctionnement des quatre commissariats communs aménagés au Perthus (66), Melles Pont du Roi (31), Canfranc (Aragon) et Biriatou (64) (cf. senat.fr/rap/l02-273/l02-2733.html.).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

A l'égard du *tunnel du Somport* et afin d'assurer conjointement le contrôle des études et l'exécution des travaux, l'Accord franco-espagnol du 25 avril 1991[169] institue une *Commission mixte* dont les compétences sont étendues par l'Echange de lettres concernant la création d'un *Comité de Sécurité* chargé de donner son avis sur toute question relative à la sécurité du tunnel et à l'extension des compétences de la commission technique mixte prévue à l'article. 6 de la convention franco-espagnole du 25 avril 1991 sur le tunnel du Somport, des 31 juillet et 20 août 2001[170].

Enfin, en matière de *coopération sanitaire transfrontalière*, l'Accord-cadre sur la coopération sanitaire transfrontalière, signé à Saragosse le 27 juin 2008, institue une *Commission mixte intergouvernementale* chargée de suivre la mise en œuvre de ce dernier et, le cas échéant, de proposer des modifications[171].

CONCLUSIONS

Le principe de l'intangibilité des frontières et de la continuité des traités qui les établissent est un principe solide bien affirmé en droit international, comme le démontrent la pratique des Etats, les travaux de codification de la CDI et la jurisprudence judiciaire et arbitrale internationale. Ce principe est imposé et garanti tant par des règles de *jus cogens* (existants dans des domaines fondamentaux de l'ordre juridique international tels ceux relatifs aux principes de l'intégrité territoriale et de l'interdiction d'intervention) que par des règles de nature dispositive dans certains domaines spécifiques. C'est notamment le cas de ceux qui sont examinés dans la présente étude: la décolonisation et le droit à l'autodétermination, le droit des traités et la succession d'Etats en matière de traités qui établissent des régimes de frontière et/ou des régimes territoriaux. Le principe en cause s'applique également en matière de sécession et de séparation.

En raison de sa condition frontalière (caractéristique partagée par la plupart des Communautés autonomes ainsi que par les deux Villes autonomes de Ceuta et de Melilla), l'Espagne a conclu des traités de frontières (de différents types) avec la France, le Portugal, le Maroc et l'Italie (il s'agit dans ce cas d'une frontière maritime) ainsi que des traités sur des questions relevant des relations de voisinage (dont beaucoup établissent des régimes de frontière et, parfois, des

[169] *JORF* n°72 du 25 mars 1992 page 4111. Entrée en vigueur le 31 janvier 1992.

[170] *JORF* n°20 du 24 janvier 2002 page 1613. Cette commission technique mixte a été créée « aux fins d'assurer de façon conjointe le contrôle des études et de la réalisation de l'ouvrage,… » (article 6). Un protocole commun de sécurité est annexé à l'Echange de lettres.

[171] L'article 7 stipule : « 1. Une commission mixte intergouvernementale composée des représentants de chaque Partie est chargée de suivre l'application du présent accord-cadre et d'en proposer les éventuelles modifications. Elle se réunit une fois par an et, en tant que de besoin, à la demande de l'une ou l'autre Partie. 2. Les difficultés relatives à l'application ou à l'interprétation du présent accord-cadre sont réglées par ladite commission mixte. 3. Chaque année, la commission mixte élabore, sur base des éléments fournis notamment par les autorités mentionnées à l'article 3, un rapport d'évaluation sur la mise en œuvre du dispositif de coopération. » (*JORF* du 1er avril 2015, pages 5928/5930).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

régimes territoriaux dans certains domaines). Ces traités sont plus nombreux avec la France et le Portugal, compte tenu de l'intensité accrue des relations de coopération avec ces deux Etats.

Une hypothétique sécession ou séparation de l'Espagne de toute Communauté autonome limitrophe de la France (Pays Basque, Navarre, Aragon et Catalogne) entraînerait pour elle l'obligation de respecter et d'appliquer les traités bilatéraux en vigueur entre les deux Etats dans les domaines précités. Il en résulte que, indépendamment de la conception territoriale présente dans l'idéologie et dans le projet politique des partis nationalistes sécessionnistes et/ou indépendantistes (dans les cas basque, navarrais et catalan caractérisée par une conception de leur territoire qui dépasse le cadre territorial de la Communauté autonome elle-même et se projette sur le territoire voisin de la France qu'elle considère comme le sien), la nouvelle entité étatique qui naîtrait serait soumise au même cadre juridique que celui actuellement en vigueur avec la France en matière de frontières, de régimes frontaliers et de régimes territoriaux. Aucun changement ne sera possible à leur égard comme effet de la succession.

RÉSUMÉ

Tant la séparation (convenue avec l'Etat parent) que la sécession (unilatérale) des entités territoriales représentent un sujet d'intérêt particulier et d'actualité en Espagne qui a aussi des implications pour la France, en raison des projets indépendantistes et sécessionnistes de plusieurs partis politiques de certaines Communautés autonomes et de leur incidence sur les frontières et le régime de ces dernières entre les deux Etats, objet des traités conclus dans le cadre de leurs relations de voisinage. Malgré les prétentions des partis nationalistes/ indépendantistes, le droit international impose l'intangibilité et la continuité de ce type de traités. Ainsi, en plus du respect des obligations établies par ces traités qui en découle, aucun changement territorial ne sera possible suite à une hypothétique séparation ou sécession.

ABSTRACT

Both the separation (agreed with the parent State) and the (unilateral) secession of territorial entities are a subject of particular interest and current relevance in Spain, which also has implications for France as a result of the independence and secessionist plans of various political parties in certain Autonomous Communities and their impact on the borders and the regime of these borders between the two States; both issues are the subject of treaties concluded by them in the framework of their neighbourhood relations. Despite the claims of the nationalist/ independence parties, the reality is that international law imposes the inviolability

© Editions A. PEDONE

and continuity of this type of treaty. Thus, in addition to compliance with the obligations established by them, no territorial change will be possible as a result of a hypothetical separation or secession.

RESUMEN

Tanto la separación (acordada con el Estado matriz) como la secesión (unilateral) de entidades territoriales constituyen un tema de especial interés y actualidad en España, que también tiene implicaciones para Francia como consecuencia de los planes independentistas y secesionistas de varios partidos políticos en determinadas Comunidades Autónomas y de su impacto en las fronteras y en el régimen de éstas entre los dos Estados; cuestiones ambas que son objeto de tratados celebrados por ellos en el marco de sus relaciones de vecindad. A pesar de las reivindicaciones de los partidos nacionalistas/independentistas, la realidad es que el Derecho Internacional impone la inviolabilidad y la continuidad de este tipo de tratados. Así pues, además del cumplimiento de las obligaciones establecidas por éstos, no será posible ningún cambio territorial como resultado de una hipotética separación o secesión.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

LA PROCEDURE DE RECLAMATIONS COLLECTIVES EN TANT QU'INSTRUMENT DE PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS SOCIAUX*

Giuseppe PALMISANO

Professeur de Droit international à l'Université de Roma Tre, Faculté de Droit
Président du Comité européen des Droits sociaux

I. L'INTÉRÊT ACCRU POUR LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX AUX NIVEAU EUROPÉEN ; LE CAS DE LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE ET DE LA PROCÉDURE DE RÉCLAMATIONS COLLECTIVES

On a assisté au cours de cette dernière décennie à un certain nombre de « crises » et de changements qui ont eu – et continuent d'avoir – un impact négatif sur la jouissance effective des droits économiques et sociaux par de nombreuses communautés dans le monde entier, ainsi que sur la capacité des Etats et la détermination politique des gouvernements à garantir ou à promouvoir la jouissance de ces droits.

Pour la plupart, les pays européens ont été, et sont toujours, particulièrement concernés par les conséquences de ces « crises » et changements.

Il suffit de rappeler, d'abord, qu'une source d'inquiétude et de problèmes en termes de protection des droits sociaux en Europe tient aux retombées négatives que les travailleurs, les familles et les personnes les plus vulnérables ont subies – et sont encore en train de subir – en raison de la crise économique qui perdure depuis 2008, ainsi qu'aux « mesures d'austérité » déployées par les Etats pour y faire face. Les niveaux inadaptés des prestations de sécurité sociale et d'aide sociale continuent en effet d'affecter de manière disproportionnée les catégories particulièrement vulnérables de la population, que sont les personnes démunies, âgées ou malades. Les politiques des pouvoirs publics s'avèrent encore incapables d'enrayer la hausse généralisée de la pauvreté et du chômage en Europe. La quête de la flexibilité et les changements apportés aux contrats de travail risquent de saper les droits et la sécurité des travailleurs. Les mesures d'austérité font peser une pression de plus en plus forte sur les systèmes de santé et il y a des signes qui font craindre une détérioration de la protection de la santé et de la sécurité au travail.

* Les vues exprimées dans cet article sont purement personnelles et n'engagent que leur auteur.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Deuxièmement, les années passées, comme d'ailleurs les années présentes, sont également des années d'épreuves du fait de la crise des migrants et des réfugiés. Fuyant la guerre, la terreur, la torture, les persécutions et la pauvreté, des millions de migrants et de réfugiés sont arrivés au cours de ces cinq dernières années en Europe, où des divisions, au sein de l'UE et des Etats membres, sont apparues quant au choix des solutions pour leur réinstallation. Garantir à ces millions d'individus l'hospitalité, le respect de leur dignité et de leurs droits fondamentaux, ainsi qu'une intégration sociale rapide et effective dans les pays d'accueil constitue un formidable défi pour l'application par les Etats européens des règles internationales en matière de droits sociaux.

De plus avec la progression de la mondialisation et de l'automatisation, amplifiée par la révolution technologique en cours et l'immense potentiel de l'intelligence artificielle, on constate que les marchés de l'emploi et du travail sont en train de changer radicalement, et on prévoit aussi que des millions d'emplois risquent d'être rapidement perdus. Certaines prévisions vont jusqu'à suggérer que, parallèlement à l'émergence de nouvelles élites, les chômeurs deviendront bientôt irrémédiablement inemployables, tandis que la classe moyenne, qui a joué un rôle crucial dans le progrès social et le développement de la culture des droits sociaux, s'essouffle.

Et, pour finir, la crise pandémique. Comme il a été souligné, entre autres, par le Comité européen des Droits sociaux, la pandémie de Covid-19 – et les réponses des Etats à celle-ci – constituent en effet des risques importants pour un large éventail de droits sociaux, tels que le droit à la protection de la santé, le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, les droits des personnes âgées à une protection sociale, le droit des familles et des enfants à une protection sociale, juridique et économique, y compris en matière d'éducation, les droits à la sécurité et à l'assistance sociale. « Il ne faut pas non plus négliger les répercussions majeures d'une pandémie et des mesures prises par l'Etat pour y faire face sur l'emploi et les droits du travail, tant individuels que collectifs. Personne ne doit être laissé sans un minimum vital en raison du confinement et du ralentissement de l'activité économique pendant une pandémie »[1]. En effet, la crise de Covid-19 a douloureusement révélé que la préparation à une pandémie est une question de droits sociaux : elle exige que les Etats garantissent la jouissance d'une série de ces droits : système de soins de santé universel, sécurité de l'emploi, santé et sécurité au travail, protection des personnes âgées, éducation publique solide, revenu minimum, droit au logement, et d'autres encore.

[1] Comité européen des Droits sociaux, *Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie*, adoptée le 21 avril 2020, https://rm.coe.int/observation-interpretative-sur-le-droit-a-la-protection-de-la-sante-en/16809e3641. Voir aussi, sur la question de l'impact de la crise pandémique sur la jouissance et la protection des droits sociaux, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels*, adoptée le 6 avril 2020, E/C.12/2020/1.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Toutes ces « crises », ou changements, qui rendent difficile pour les Etats – et spécialement pour les Etats européens – de respecter et de réaliser leurs obligations internationales en matière de droits sociaux, ont également mis sous pression les systèmes internationaux de protection de ces droits, et notamment leur capacité de fonctionner en tant qu'instruments effectifs de contrôle de la réalisation des droits sociaux. Mais ils ont aussi représenté une occasion de saisir l'importance de ces systèmes et de développer la conviction – au niveau politique et de l'opinion publique – que le respect et la réalisation des droits sociaux constituent la voie à suivre pour prévenir et sortir de ces crises, et donc qu'il est nécessaire de renforcer ces systèmes et d'introduire aussi des développements, des améliorations, en matière de protection des droits sociaux dans le cadre des institutions régionales européennes.

Au niveau de l'Union européenne, la preuve en est le plan d'action dit « Socle européen des droits sociaux », lancé par le président Juncker dans son discours sur l'état de l'Union le 13 septembre 2017, et approuvé par le Parlement européen, le Conseil et la Commission lors du sommet social pour des emplois et une croissance équitables, le 17 novembre 2017 à Göteborg. Il s'agit d'un plan d'action visant à encourager le passage progressif à une Union plus socialement équitable et à faire de sorte que la convergence s'étende à trois grands secteurs : égalité des chances et accès au marché du travail ; conditions de travail équitables ; protection sociale et inclusion sociale. L'objectif est de renforcer l'action des institutions de l'Union pour renforcer la jouissance de leurs droits sociaux par les citoyens européens, sur la base de 20 principes clés[2]. Les institutions européennes devraient notamment, dans ce but, contribuer à établir la législation, dans le plein respect des compétences des Etats membres et en tenant compte de la diversité des situations nationales[3].

Par ailleurs, au niveau de l'organisation internationale paneuropéenne principalement vouée à la réalisation des droits de l'homme, le Conseil de l'Europe, cette décennie de crises a surtout représenté un banc d'essai pour la Charte sociale européenne et ses mécanismes de contrôle. Mais elle a également offert une occasion de relance pour ce système conventionnel visant à garantir les

[2] Ces principes concernent notamment : A) Egalité des chances et accès au marché du travail : 1. L'éducation, la formation et l'apprentissage tout au long de la vie ; 2. L'égalité entre les femmes et les hommes ; 3. L'égalité des chances ; 4. Le soutien actif à l'emploi – B) Conditions de travail équitables : 5. Un emploi sûr et adaptable ; 6. Les salaires ; 7. Des informations sur les conditions d'emploi et une protection en cas de licenciement ; 8. Le dialogue social et la participation des travailleurs ; 9. L'équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée ; 10. Un environnement de travail sain, sûr et bien adapté et la protection des données ; C) Protection et insertion sociales : 11. Des services de garde d'enfants et d'aide aux enfants ; 12. La protection sociale ; 13. Les prestations de chômage ; 14. Le revenu minimum ; 15. Les revenus et pensions de vieillesse ; 16. Soins de santé ; 17. L'inclusion des personnes handicapées ; 18. Les soins de longue durée ; 19. Le Logement et l'aide aux sans-abri ; 20. L'accès aux services essentiels.

[3] Sur le « Socle européen des droits sociaux », dans la perspective qui nous intéresse ici, voir O. DE SCHUTTER, *Le Socle européen des droits sociaux et le rôle de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, juillet 2019 (disponible en anglais à l'adresse https://rm.coe.int/study-on-the-european-pillar-of-social-rights-and-the-role-of-the-esc-/1680903132).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

droits sociaux et économiques fondamentaux, qui est considéré – on le sait – comme le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme (qui se réfère plutôt aux droits civils et politiques).

L'attention portée au système de la Charte sociale et à son potentiel, en tant qu'instrument international de protection des droits sociaux, apparaît en effet clairement dans une série d'initiatives mises en place par le Conseil de l'Europe dans les dernières années. La plupart de ces initiatives sont reliées à ce qu'on a appelé « le processus de Turin » (du nom de la ville italienne où la Charte sociale européenne a été ouverte à la signature le 18 octobre 1961). Sous cette dénomination on se réfère à la série d'initiatives – conférences à haut niveau, conférences interparlementaires, forum public – qui a été lancée par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Jagland, en octobre 2014 afin d'affirmer la protection et la promotion des droits sociaux en tant que valeurs fondatrices de l'Europe, de tous les Etats européens et aussi de l'Union européenne, et de renforcer précisément le système de la Charte sociale en tant qu'instrument essentiel pour la protection de ces droits[4].

[4] En 2014, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe avait indiqué, au moment d'exposer sa vision stratégique et le programme de son second mandat, que le renforcement de la Charte sociale était l'un des impératifs à respecter pour relever la pertinence et l'efficience de l'Organisation ; peu de temps après, en octobre 2014, il lançait le « Processus de Turin » lors de la Conférence à haut niveau consacrée au repositionnement de la Charte au centre de l'architecture européenne des droits de l'homme. En février 2015, le Rapport général de la Conférence de Turin établi par M. Michele Nicoletti, Vice-Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, a été remis au Comité des Ministres (disponible https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf9).
Dans le cadre de la présidence belge du Conseil de l'Europe, les autorités belges, faisant en quelque sorte suite à la Conférence de Turin, ont organisé en coopération avec le Conseil de l'Europe une conférence sur « L'avenir de la protection des droits sociaux en Europe », qui s'est tenue à Bruxelles les 12 et 13 février 2015. Cette manifestation a permis de procéder à un fructueux échange de vues entre des experts universitaires, les partenaires sociaux, des organisations de la société civile et des représentants d'instances internationales et d'institutions politiques ; elle a abouti à la rédaction du « Document de Bruxelles », élaboré par un groupe d'experts universitaires présidé par le Coordinateur général du Réseau académique sur la Charte sociale européenne et les droits sociaux (RACSE), Prof. Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (disponiblehttps://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045ad98).
Une troisième Conférence à haut niveau, spécialement consacrée à la Charte sociale européenne, a été organisée, une fois encore à Turin, les 17 et 18 mars 2016, avec la participation des représentants des parlements de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et du Parlement européen. Cette Conférence a été non seulement l'occasion de donner un retentissement plus important à la Charte et à la jurisprudence du Comité au niveau des institutions et autorités nationales, mais aussi de renforcer les synergies entre la législation de l'UE et la Charte sociale européenne, afin que la Charte soit prise en compte d'une manière adéquate par les institutions de l'UE dans le contexte de l'élaboration du « socle européen des droits sociaux » (https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/conference-turin-2016).
Finalement, une quatrième conférence à haut niveau a eu lieu à Nicosie, le 24 février 2017, organisée par la Cour suprême de Chypre en coopération avec le Conseil de l'Europe, sur le sujet « Les droits sociaux dans l'Europe actuelle : le rôle des tribunaux nationaux et européens », pour faire le point sur le rôle et la contribution potentielle des juridictions nationales et européennes dans l'application des droits sociaux en Europe (https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/conference-cyprus-2017).
Sur le « processus de Turin », voir J. LUTHER, L. MOLA (dir.), *Europe's social rights under the 'Turin process'. Les droits sociaux de l'Europe sous le 'processus de Turin'*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Au-delà des démarches réalisées sous l'égide du « processus de Turin », d'autres initiatives et actes ont été récemment adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en vue de renforcer le système de la Charte sociale. A cet égard, il convient de mentionner le fait que le Comité des Ministres a chargé le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) d'entreprendre une analyse du cadre juridique qui régit au sein du Conseil de l'Europe la protection des droits sociaux et de formuler des propositions tendant à améliorer la mise en œuvre desdits droits et à faciliter notamment l'articulation entre les divers instruments européens de protection des droits sociaux. Conformément à ce mandat, le CDDH a publié deux fascicules qui, en effet, mettent au centre le système de la Charte sociale, en présentant des analyses et des propositions concrètes intéressantes visant à renforcer et améliorer ce système[5].

L'importance croissante du système de la Charte sociale en tant qu'instrument de protection des droits sociaux, notamment mais pas seulement en temps de crises, ressort par ailleurs surtout de l'application qu'on en a effectué dans les dernières années, et en particulier de l'augmentation remarquable des « réclamations collectives » qui ont été soumises à l'appréciation du Comité européen des Droits sociaux – l'organe de contrôle de la Charte sociale –. Ces réclamations visent à ce que le Comité statue sur l'éventuelle violation de la Charte dans les Etats concernés afin que ces Etats soient amenés à prendre des mesures pour remédier à la situation de violation. A cet égard, il est significatif de constater que, si au cours des premières dix-sept années de fonctionnement de la procédure (1998-2014) ont été déposées un peu plus de 110 réclamations, dans la dernière période, en seulement cinq années (2015-2020), plus de 80 réclamations ont été enregistrées[6].

L'efficacité et le potentiel de la procédure de réclamations collectives, prévue dans le système conventionnel de la Charte sociale, sont aussi démontrés du fait que cette procédure est devenue dans les dernières années le « mécanisme phare » de la Charte, celui qui fait parler d'elle et lui attire une couverture médiatique inconnue jusqu'alors. On note d'ailleurs que les organes principaux du Conseil de l'Europe, dans le cadre des initiatives concernant la relance et l'amélioration du système de la Charte, dont il a été question plus haut, insistent à maintes reprises pour que cette procédure soit acceptée par les Etats parties à la Charte qui ne l'ont pas encore fait[7].

[5] *Améliorer la protection des droits sociaux en Europe*, Volume I, « Analyse du cadre juridique du Conseil de l'Europe de la protection des droits sociaux en Europe », adopté par le Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) lors de sa 89e réunion (19–22 juin 2018), https://rm.coe.int/ameliorer-la-protection-des-droits-sociaux-en-europe-volume-i-fr/168097adf2 ; *Améliorer la protection des droits sociaux en Europe*, Volume II, « Rapport identifiant de bonnes pratiques et formulant des propositions visant à améliorer la mise en œuvre des droits sociaux en Europe », adopté par le CDDH lors de sa 91e réunion (18–21 juin 2019), https://rm.coe.int/ameliorer-la-protection-des-droits-sociaux-en-europe-volume-ii-fr/168097adf4.

[6] Tous les matériaux concernant la procédure de réclamations collectives (réclamations, pièces de procédure, décisions du CEDS, suivis des décisions) sont disponibles sur le site internet du Conseil de l'Europe/Charte sociale européenne, https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/collective-complaints-procedure.

[7] Voire, à titre d'exemple, la Déclaration et la Décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptées lors de la 129ème Session (Helsinki, mai 2019), Decl(17/05/2019) et CM/Del/Dec(2019)129/2a, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809477f1.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Il nous paraît donc intéressant, dans les pages qui suivent, d'accorder une attention particulière précisément à ce mécanisme assez inhabituel parmi les procédures de contrôle international des droits de l'homme, vingt ans ou un peu plus après le début de son fonctionnement, en 1998 ; et de le faire sur la base surtout de son application évolutive par l'organe compétent à s'occuper des réclamations effectivement introduites dans ces deux décennies : le Comité européen des Droits sociaux (CEDS).

Cela peut contribuer – ou du moins c'est ce que nous espérons – non seulement à bien comprendre et mieux faire connaître une procédure internationale de protection des droits de l'homme (et notamment des droits sociaux) qui n'a suscité un intérêt sérieux par la doctrine juridique qu'au moment de sa mise en place et des premières expériences de son application par le CEDS[8], mais aussi à donner des éléments concrets de réflexion sur les questions – plus générales – concernant la justiciabilité des droits sociaux, ainsi que sur le potentiel et les limites des mécanismes internationaux de contrôle et protection de cette catégorie de droits de l'homme, à une époque où le besoin de ce contrôle et de cette protection est – comme on l'a noté – fortement ressenti et répandu, au niveau national, européen et mondial.

II. LE SYSTÈME CONVENTIONNEL DE LA CHARTE SOCIALE, EN BREF

Une analyse qui permette de bien comprendre la nature spécifique et les différents aspects de la procédure de réclamations collectives, en tant qu'instrument de protection internationale des droits sociaux, nécessite d'abord de rappeler brièvement le contexte conventionnel dans lequel la procédure s'inscrit, c'est-à-dire le système de la Charte sociale européenne : un système, en fait, complexe et articulé, qui a connu des évolutions importantes au fil du temps.

Quand elle a été signée, en 1961, la Charte sociale européenne faisait en quelque sorte figure de fille cadette de la famille des traités relatifs aux droits de l'homme adoptés au sein du Conseil de l'Europe, sa sœur aînée étant la Convention européenne des droits de l'homme. En fait, à l'instar de la Convention

[8] Voir F. SUDRE, « Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *R.G.D.I.P.*, 1996/3, pp 715-739 ; R.R. CHURCHILL, U. KHALIQ, « The Collective Complaint Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights », European Journal of International Law, 2004/15, pp. 417-456 ; Ph. ALSTON, « Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System », *in* B. DE BURCA, B. DE WITTE (dir.), *Social Rights in Europe*, OUP, Oxford, 2005, pp. 45-68 ; H. CULLEN, « The collective complaints system of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights », *Human Rights Law Review*, 2009/9, pp. 61-93. Voir aussi, plus récemment, J.-M. BELORGEY, « La Carta social europea y el Comité europeo de derechos sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas », *in* M. TEROL BECERRA et L. JIMENA QUESADA (dir.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant, Valencia, 2014, pp. 231-248 ; K. LUKAS, « The Collective Complaints Procedure of the European Social Charter », *Legal Issues of Economic Integration* (Kluwer Law Online), 2014/41, pp. 275-288 ; R. PRIORE, « Les systèmes de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne : la procédure de réclamations collectives », *in* M. D'AMICO, G. GUIGLIA (dir.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century - La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 159-170.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

européenne des droits de l'homme, la Charte sociale résulte de la décision prise par le Conseil de l'Europe de se doter d'un instrument conventionnel qui confèrerait une force contraignante aux droits consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par les Nations Unies en décembre 1948. Comme cela a été le cas pour les Etats membres de l'ONU, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont eux aussi choisi de mettre en place deux traités distincts portant, l'un, sur les droits civils et politiques, à savoir la Convention des droits de l'homme de 1950, et, l'autre, sur les droits économiques et sociaux, à savoir la Charte sociale européenne, adoptée onze ans plus tard[9].

Bien qu'elle fût en vigueur depuis la moitié des années 60, la Charte est longtemps restée un instrument assez obscur et dénué de réelle efficacité. Ce n'est qu'à la fin des années 80 et début 90, à la fin de la Guerre froide, lorsqu'un premier Etat d'Europe centrale – la Hongrie – a adhéré au Conseil de l'Europe, que l'Organisation a décidé de « relancer » la Charte sociale. Ce processus de relance et les réformes qui l'ont caractérisé se sont traduites par la signature de trois protocoles : en 1988, le premier Protocole a ajouté de nouveaux droits ; ensuite a été signé, en 1991, le Protocole d'amendement visant à améliorer le mécanisme de contrôle (qui a renforcé les compétences de l'organe de contrôle, le Comité européen des Droits sociaux, ainsi que la participation des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales à la procédure de rapports) ; et en 1995 un Protocole additionnel – et facultatif – a mis en place le système de réclamations collectives.

Enfin, la clé de voûte de ce processus de refonte a été l'adoption, en 1996, de la Charte sociale « révisée », qui a inclus dans un seul instrument tous les droits déjà inscrits dans la Charte de 1961 et dans le Protocole de 1988, mettant à jour certains d'entre eux et ajoutant plusieurs droits complètement nouveaux. Cette Charte (révisée) est soumise elle-même au système de contrôle déjà établi par la Charte de 1961, tel que renforcé par le Protocole d'amendement de 1991, ainsi que par le Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives, qui est resté – même dans le système de la Charte révisée – facultatif[10].

[9] Sur la Charte de 1961 voir G. BARILE, « La Carta sociale europea e il diritto internazionale », *Rivista di diitto internazionale*, 1961/44, pp. 629-644 ; H. WIEBRINGHAUS, « La Charte sociale européenne », *A.F.D.I.*, 1963/9, pp. 709-721 ; N. VALTICOS, « La Charte sociale européenne : sa structure, son contenu, le contrôle de son application », *Droit social*, 1963/26, pp. 466-482 ; D.J. HARRIS, « The European Social Charter », *International and Comparative Law Quarterly*, 1964/13, pp. 1076-1087.

[10] Sur le système de la Charte sociale « révisée », en général, voir, entre autres : J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC (dir.), *La Charte Sociale Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; D.J. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, 2ème ed., Transnational Publishers, Ardsley, N.Y, 2001 ; A. ŠWIĄTKOWSKI, *The Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law International, Alphen a/d Rijn, 2007 ; O. DE SCHUTTER (dir.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010 ; M. MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Karelactio, Porvoo, 2010, O. DÖRR, « European Social Charter », *in* S. SCHMAHL et M. BREUER (dir.), *The Council of Europe: Its Laws and Policies*, OUP, Oxford, 2017, pp. 507-541 ; N.G. BRUUN *et al.* (dir.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford, 2017 ; K. LUKAS, « The European Social Charter », *in*

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Du point de vue de la participation des Etats, le résultat de ce processus de réforme a été le suivant : sur les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, 43 sont parties à la Charte de 1961 ou à la Charte révisée (seuls le Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin et la Suisse n'ont ratifié aucun de ces traités). 34 Etats sont parties à la Charte révisée et 9 Etats sont parties à la Charte de 1961, car ils ont signé mais pas encore ratifié la Charte révisée[11].

Pour ce qui concerne le Protocole facultatif prévoyant un système de réclamations collectives, il a été ratifié – à ce jour – par 15 Etats (France, Grèce, Portugal, Italie, Belgique, Bulgarie, Irlande, Finlande, Pays Bas, Suède, Croatie, Norvège, Slovénie, Chypre, et République tchèque).

En plus, une autre source de diversification des engagements des Etats – et de non-uniformité conventionnelle – vient du mécanisme « à la carte » qui caractérise le système de la Charte sociale, tant celle de 1961 que la Charte révisée de 1996. En fait, en raison du large éventail de droits et de domaines d'intérêts sociaux et économiques couverts par ce traité, la Charte sociale est fondée sur un système d'acceptation qui permet aux Etats de choisir, dans une certaine mesure, les dispositions qu'ils souhaitent accepter comme obligations en vertu du droit international. Par conséquent, tout en les encourageant à accepter progressivement l'ensemble des dispositions, la Charte permet aux Etats, au moment de la ratification, d'adapter leurs engagements au niveau de la protection de droits sociaux acquis dans leur pays, dans la loi et/ou en pratique.

Ce système « à la carte » a cependant ses limites. Comme prévu dans la Partie III de la Charte révisée (article A, paragraphe 1), les Parties contractantes s'engagent à se considérer liés juridiquement par un nombre minimum de dispositions. Parmi ces dispositions il doit y avoir, au minimum, six des neuf articles du « noyau dur » de la Charte, ainsi qu'un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés de la Charte, choisis par l'Etat, pourvu que le total d'articles ou de paragraphes numérotés ne soit pas inférieur à 16 articles (sur 31) ou à 63 paragraphes numérotés de la Charte révisée[12].

Du point de vue du contenu substantiel – et si l'on se réfère à la version « révisée » – on peut bien dire que la Charte sociale constitue aujourd'hui, au niveau international et européen, l'instrument juridique dédié à la protection des droits sociaux le plus étendu et le plus complet qui soit. Les 31 articles de fond de la Charte offrent en effet un large éventail de droits individuels et collectifs, qui recouvrent de multiples domaines sociaux. Parmi ces droits, ceux en matière

C. BINDER et al. (dir.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 127-141.

[11] Il s'agit de la Croatie, la République tchèque, la Danemark, l'Allemagne, l'Islande, le Luxembourg, la Pologne, l'Espagne, et le Royaume Uni.

[12] Le même vaut – *mutatis mutandis* – pour la Charte de 1961. En vertu de l'article 20 de cette Charte, les Etats se trouvent dans l'obligation d'accepter au moins 5 des 7 articles du « noyau dur » (articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19) ainsi qu'un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés, sous réserve que le nombre total ne soit pas inférieur à 10 articles (sur 19) ou 45 paragraphes numérotés.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

d'emploi – qui comprennent le droit au travail et à l'emploi, les droits garantis sur le lieu de travail et le droit à des conditions de travail décentes en termes de rémunération, de durée de travail, de congés et de protection contre le licenciement, de même que les droits collectifs des travailleurs de s'organiser, de négocier collectivement, de constituer des syndicats et d'y adhérer – forment certainement l'un des piliers principaux de la Charte. La protection sociale en est un autre. La Charte aborde tous les aspects de la protection sociale. Elle prévoit le droit à la sécurité sociale dans ses différentes branches – pensions, couverture maladie, allocations de chômage, assurance contre les accidents du travail et prestations familiales – et garantit à ceux qui sont dans le besoin un droit opposable à l'assistance sociale et médicale.

Mais la Charte sociale va bien au-delà des droits en matière d'emploi, de législation du travail et de protection sociale ; elle offre une approche globale à ce que l'on nomme désormais « *societal issues* ». Nous nous référons, par exemple, au droit à la protection de la santé, au droit au logement, à la protection de la famille, à la protection et l'éducation des enfants et des adolescents, au droit des personnes handicapées à être intégrées dans la société et à prendre part à la vie de la collectivité, au droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale (qui fait obligation aux Etats de mettre en place une approche globale et coordonnée en matière de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale). Et il convient de souligner que la Charte garantit tous les droits précités sans discrimination entre les personnes. La non-discrimination n'est pas seulement garantie en matière d'emploi et entre les femmes et les hommes ; elle constitue un principe fondamental qui s'applique à tous les droits de la Charte sociale européenne. Ainsi, aux termes de l'article E, la Charte s'applique sans distinction aucune fondée sur la race, le sexe, l'âge, la couleur de peau, la langue, la religion, les opinions, l'ascendance nationale, l'origine sociale, l'état de santé ou l'appartenance à une minorité nationale. Et il résulte de l'article E que cette liste de motifs n'a pas été conçue comme étant exhaustive.

On peut donc affirmer que du point de vue des personnes protégées la Charte, plus que tout autre instrument normatif international (et européen), répond aux besoins sociaux essentiels des individus dans leur vie quotidienne, et que le dénominateur commun à toutes ses dispositions est le postulat selon lequel les êtres humains doivent être en droit de bénéficier de conditions de vie décentes en tant que membres de la communauté organisée dans laquelle ils vivent (conditions qui soient de nature à leur permettre non seulement de survivre, mais de vivre dans la dignité). Parallèlement, du point de vue des engagements politiques et juridiques que les Etats parties sont tenus de prendre, l'on peut dire que la Charte sociale européenne, plus que tout autre instrument international, pousse les Etats à se doter d'un système public de « *welfare* » et de protection sociale moderne et efficace.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

III. OBJECTIF ORIGINAL ET NATURE DOUBLEMENT COLLECTIVE DE LA PROCÉDURE ÉTABLIE PAR LE PROTOCOLE DE 1995

Par ailleurs, la Charte ne se limite pas à une « déclaration de droits » ni à un simple catalogue de droits que les Etats annoncent vouloir défendre ou qu'ils cherchent à promouvoir. Elle prévoit également un mécanisme de contrôle spécifique visant à garantir le respect des obligations souscrites par les Etats parties. Ce mécanisme, ancré dans le cadre institutionnel du Conseil de l'Europe, est principalement axé sur le rôle joué par le Comité européen des Droits sociaux[13], et s'articule principalement autour de deux procédures de contrôle distinctes.

L'une est une « procédure de rapports » classique : les Etats parties soumettent régulièrement un rapport concernant la mise en œuvre de la Charte dans leur législation et leur pratique courante ; ces rapports sont examinés par le Comité européen des Droits sociaux (CEDS), qui décide si les situations nationales qui y sont exposées sont conformes à la Charte[14].

L'autre est ce que l'on appelle la « procédure de réclamations collectives », qui donne aux partenaires sociaux et organisations non gouvernementales la possibilité de s'adresser directement au CEDS afin qu'il statue sur l'éventuelle violation de la Charte dans les pays concernés.

Comme on l'a déjà mentionné, cette procédure s'applique, aujourd'hui, seulement aux 15 Etats européens qui sont parties au Protocole de 1995 et peut seulement concerner le respect par ces Etats des obligations découlant de dispositions de la Charte sociale (révisée ou de 1961) que chacun d'entre eux a acceptées.

Comme il ressort du *Rapport explicatif* du Protocole de 1995, l'objectif essentiel poursuivi par l'institution de la procédure de réclamations collectives était d'accroître l'efficacité, la rapidité et l'impact des activités de contrôle de

[13] Le Comité européen des Droits sociaux est un collège de quinze experts (pour la plupart des juristes, mais il peut s'agir aussi d'économistes, ou de statisticiens, ou d'experts en politiques sociales) particulièrement compétents dans le domaine des droits sociaux et dans les matières couvertes par la Chartes sociale Ils sont élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour un mandat de six ans, renouvelable une fois. Les quinze membres du Comité sont – et doivent être – indépendants et impartiaux. Les devoirs d'indépendance et d'impartialité des membres du Comité sont bien fixés dans le Règlement du Comité, aux articles 3-6 (le Règlement est disponible à l'adresse https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/rules).

[14] Dans le système de rapports prévu à l'origine, les Etats parties étaient censés soumettre tous les deux ans un rapport national sur l'application des dispositions acceptées de la Charte. Lorsque divers pays d'Europe centrale et orientale ont rejoint le Conseil de l'Europe, et après l'adoption de la Charte révisée en 1996, la charge de travail, tant pour les Etats tenus d'établir leur rapport que pour le Comité européen des Droits sociaux amené à les examiner, a poussé le Comité des Ministres à modifier le système de rapports : depuis l'année 2007, les Etats parties ont donc l'obligation de présenter chaque année un rapport qui ne doit plus porter que sur l'une des quatre parties (ou « groupes thématiques ») entre lesquelles ont été subdivisées les dispositions de la Charte, à savoir « emploi, formation et égalité des chances » (groupe 1), « santé, sécurité sociale et protection sociale » (groupe 2), « droits liés au travail » (groupe 3), et « enfants, familles, migrants » (groupe 4).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'application de la Charte sociale, en dotant aussi le système d'un mécanisme de contrôle quasi-juridictionnel qui l'aligne au plus près sur la Convention européenne des droits de l'homme, par rapport à laquelle la Charte est considérée comme le pendant sur le plan des droits sociaux et économiques fondamentaux. La procédure devait en outre permettre « de renforcer la participation des partenaires sociaux et des organisations non gouvernementales […]. L'intérêt accru que ces derniers devraient ainsi porter à la Charte ne pourra être que bénéfique pour le fonctionnement de l'ensemble du mécanisme »[15].

Il faut aussi noter que l'idée d'instaurer un système de réclamations collectives s'inspire, en partie, de la procédure de contrôle instituée, en 1951, au sein de l'Organisation international du travail pour garantir le respect des principes de la liberté syndicale et de la négociation collective, procédure ancrée dans le cadre institutionnel de l'OIT et axée sur le rôle joué par le Comité de la liberté syndicale (*Rapport explicatif*, paragraphe 1)[16].

Il y a toutefois des différences majeures entre les deux procédures, du point de vue tant de la nature et de la composition de l'organe de contrôle, que du type de fonctions exercée par les deux organes (Comité de la liberté syndicale, d'une parte, et Comité européen des Droits sociaux, de l'autre).

Alors que, d'un côté, le Comité européen des Droits sociaux est un organe composé exclusivement par des membres indépendants et impartiaux élus par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de l'autre côté le Comité de la liberté syndicale est composé – en cohérence avec la nature tripartite de l'OIT – de trois représentants des gouvernements, trois représentants des employeurs et trois représentants des travailleurs, plus un président indépendant.

En outre, alors que les fonctions essentielles du Comité de la liberté syndicale sont d'instaurer un dialogue avec le pays concerné et – le cas échéant – des contacts directes avec les responsables gouvernementaux et les partenaires sociaux par le biais du dialogue, ainsi que de formuler des recommandations sur la façon de remédier à une situation problématique du point de vue de la liberté syndicale ou de la négociation collective, la fonction du Comité européen des droits sociaux dans le cadre de la procédure de réclamations collectives est (comme on le verra mieux plus loin), beaucoup plus « juridictionnelle » (dans le sens du droit international), car il doit statuer « sur le point de savoir si la Partie contractante mise en cause a ou non assuré d'une manière satisfaisante

[15] « Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », Strasbourg, 9 novembre 1995, paragraphe 2, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb627.

[16] En effet, ce Comité a été institué afin d'examiner les plaintes déposées par des organisations de travailleurs ou d'employeurs contre un Etat Membre de l'OIT concernant la violation des principes protégés par les Conventions n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, et n° 98 sur le droit d'organisation et la négociation collective. Sur le Comité de la liberté syndicale, voir B. GERNIGON, « La protection de la liberté syndicale par l'OIT : une expérience de cinquante années », *R.B.D.I.*, 2000/1, pp. 12-25.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'application de la disposition de la Charte visée par la réclamation » (article 8 du Protocole de 1995), ainsi que contrôler le suivi de ses décisions, pour constater s'il y a eu ou non mise en conformité de la situation examinée avec la Charte.

L'aspect commun entre les deux procédures – et pour lequel on peut dire que le Protocole de 1995 s'est en effet inspiré du système de l'OIT – consiste donc, pour l'essentiel, dans la nature collective des réclamations sur lesquelles l'organe de contrôle est appelé à exercer ses fonctions.

Dans le cas du Protocole à la Charte sociale, cette nature collective de la procédure se manifeste d'abord sous l'angle de la qualité pour agir devant le CEDS. Comme on l'a mentionné, seules certaines entités collectives ont d'ailleurs le droit de déposer des réclamations portant sur la Charte.

En vertu de l'article 1 du Protocole de 1995, il s'agit, plus précisément, des organisations internationales de travailleurs ou d'employeurs (partenaires sociaux internationaux), des organisations internationales non gouvernementales (OING) dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, et des partenaires sociaux nationaux.

En pratique, pour ce qui est des partenaires sociaux *internationaux*, il s'agit de deux organisations d'employeurs (l'*Organisation internationale des employeurs* et *Business Europe*), et d'une organisation de travailleurs (la *Confédération européenne des syndicats*).

Pour ce qui concerne les OING, celles-ci doivent être non seulement dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, mais aussi inscrites sur une liste spécifique établie par le Comité gouvernemental[17]. Actuellement (à compter du 1er janvier 2020), 62 OING sont inscrites sur cette liste. L'inscription dure quatre ans et elle est renouvelable[18].

Quant aux partenaires sociaux *nationaux*, le Protocole se réfère aux « organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause par la réclamation » : les partenaires sociaux nationaux peuvent donc déposer des réclamations exclusivement à l'encontre de l'Etat partie au Protocole dont ils relèvent.

En outre, tout Etat partie au Protocole pourrait reconnaître le droit à des organisations non gouvernementales *nationales* (ONG) représentatives, relevant de sa juridiction, de faire à son encontre des réclamations. Toutefois, jusqu'à

[17] A l'exception de cette responsabilité, cet organe – le Comité gouvernemental, composé de fonctionnaires ministériels des Etats ayant ratifié la Charte (version de 1961 et version révisée) – n'intervient pas dans la procédure de réclamations collectives. Le Comité gouvernemental joue en revanche un rôle assez important dans la procédure de rapports. Dans ce cadre, en vertu du Protocole d'amendement de 1991, il est chargé d'élaborer, sur la base de considérations de politique sociale et économique, une sélection motivée des situations qui devraient, à son avis, faire l'objet de recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à l'adresse de chaque Partie contractante concernée.

[18] Voir le lien vers la liste des OING autorisées à soumettre des réclamations collectives, https://rm.coe.int/gc-2019-18-rev-bil-list-ingos-16-12-2019/16809947ba.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

présent, uniquement la Finlande, sur 15 Etats, a reconnu un tel droit aux ONG nationales.

L'attribution de la qualité pour agir seulement à certaines entités collectives implique que la procédure de réclamations prévue dans le système de la Charte sociale, à la différence de la situation qui prévaut au sujet des requêtes introduites à la Cour européenne des droits de l'homme, n'est pas ouverte aux requêtes individuelles. Les individus – les personnes physiques – ne peuvent pas saisir le Comité européen des droits sociaux, même s'ils allèguent avoir été victimes d'une violation de la Charte commise par un Etat partie au Protocole dont ils sont ressortissants ou relèvent de la juridiction.

Cette impossibilité met bien en évidence l'autre aspect essentiel impliqué par la nature collective des réclamations sur lesquelles le CEDS est appelé à se prononcer. On se réfère ici précisément au fait qu'une réclamation « ne peut soulever que des questions touchant à la non-conformité du droit ou de la pratique d'un Etat au regard d'une disposition de la Charte, et *non pas soumettre des situations individuelles* »[19].

Cela signifie que la procédure ne peut pas être utilisée pour soumettre au Comité des cas individuels de violation des droits sociaux, ou pour lui faire établir la violation des droits des particuliers ainsi que l'obligation de l'Etat de remédier à la violation subie par des victimes individuellement identifiées[20].

On peut donc dire que le caractère collectif de la procédure se manifeste non seulement dans la qualité pour agir devant le Comité – qui est reconnue seulement à des entités collectives –, mais aussi dans la finalité des réclamations, qui consiste à obtenir une évaluation juridique non pas d'un cas individuel, mais plutôt d'une situation spécifique caractérisée par des éléments « d'importance collective » pour une généralité de sujets ; évaluation à réaliser sous l'angle exclusif de l'intérêt objectif à une application satisfaisante, par l'Etat concerné, des dispositions de la Charte sociale, et non pas sous l'angle de l'intérêt subjectif des

[19] « Rapport explicatif », cit., paragraphe 31.

[20] La contrariété de cet usage avec la raison d'être et la finalité de la procédure de réclamations collectives a été clarifiée par le CEDS, la première fois, dans sa décision sur la recevabilité de la réclamation n. 29/2005, *SAIGI-Syndicat des Hauts Fonctionnaires c. France*. Dans cette réclamation, le syndicat français dénonçait une prétendue violation de l'article 5 de la Charté révisée (dédié au droit de constituer des syndicats et d'adhérer à des syndicats existants) en fondant ses griefs exclusivement sur une série d'atteintes aux droits du président et du secrétaire général du syndicat réclamant ; atteintes qui auraient eu lieu en raison des sanctions prises à leur encontre et du non-respect de leur droit à un procès équitable et à un recours effectif, et de leur liberté syndicale (au sens des articles 6, 13 et 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme). Le CEDS a observé « que la réclamation met en cause, non des règles en vigueur dans un Etat, mais la manière dont ces règles ont été appliquées dans un cas singulier pendant une procédure qui a duré 8 ans devant des juridictions administratives et pénales ainsi que devant des instances disciplinaires. Cela, dans le cas présent, n'est pas du ressort du Comité ». Et, par ce motif, le Comité a déclaré la réclamation irrecevable (*SAIGI-Syndicat des Hauts Fonctionnaires c. France*., réclamation n° 29/2005, décision sur la recevabilité du 14 juin 2005, §§ 8-9).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

victimes à la garantie de leurs droits individuels éventuellement violés au motif d'une application insatisfaisante de la Charte[21].

Par ailleurs, le caractère « non individualisé » de la procédure envisagée par le Protocole du 1995 comporte d'autres conséquences importantes concernant la particularité du système des réclamations collectives.

Ce caractère justifie notamment le fait qu'une réclamation puisse être introduite sans que l'organisation réclamante soit nécessairement victime de la violation contestée et, surtout, sans que les voies de recours internes soient épuisées, même lorsque ces dernières existent[22].

En outre, le caractère tout à fait unique des réclamations – collectives et « non individualisées » – ayant pour objet l'application de la Charte sociale rend improbable, en pratique, que la même question faisant l'objet d'une réclamation devant le CEDS ait déjà été soumise à une autre instance internationale (ou qu'elle soit en cours d'examen devant une telle instance). En tout état de cause, le Rapport explicatif du Protocole, précise que « il a été convenu qu'une réclamation pourra être déclarée recevable même si une affaire semblable a déjà été soumise à une autre instance nationale ou internationale » ; ce que le Comité a effectivement eu l'occasion de réaffirmer et de mettre en pratique[23].

---

[21] Bien entendu, cela ne signifie pas – comme le CEDS l'a noté – que la situation spécifique faisant objet d'une réclamation collective ne puisse pas être illustrée par des cas particuliers. Voir à ce propos la décision sur la recevabilité de la réclamation *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Irlande*, n° 42/2007, du 16 octobre 2007. Dans cet affaire – qui concernait un problème de discrimination dans l'accès au système de voyage gratuit des personnes bénéficiant d'une pension de vieillesse qui ne résident pas de manière permanente en Irlande, et dans lequel l'organisation réclamante se référait surtout au cas d'une certaine Madame Waddington –, le Gouvernement irlandais faisait valoir que la réclamation semblait défendre les droits d'un individu en particulier, ce qui aurait été contraire à l'objectif du système de réclamations collectives. Le Comité, en déclarant la réclamation recevable, a observé, en revanche, « qu'il ressort très clairement de la réclamation qu'elle revêt un *caractère général* : elle porte sur *l'application qui est faite par l'Irlande, d'une manière générale*, des dispositions en cause de la Charte. *Le fait d'illustrer par des cas particuliers les problèmes ainsi abordés ne remet rien en cause sur ce plan* » (§ 11) (italiques ajoutés).

[22] Ce dernier point est non seulement expressément mentionné dans le *Rapport explicatif* du Protocole, mais il a aussi été réitéré plusieurs fois par le CEDS. Voir, par exemple, *Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. France*, réclamation n° 26/2004, décision sur la recevabilité du 7 décembre 2004. Dans cette affaire, le syndicat alléguait une violation de l'article 5 de la Charte révisée, sur le droit syndical, au motif que la législation et la règlementation nationale française n'auraient pas garanti de moyens légaux d'action collective pour ce qui concerne les élections au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER). Le Gouvernement français, dans ses objections concernant la recevabilité, observait « que le SAGES a contesté les faits de la cause devant le tribunal administratif de Paris, qui a l'a débouté le 20 juin 2003, et que la Cour administrative d'appel de Paris a rejeté le 9 mars 2004 le recours qu'il avait ensuite formé. Il souligne cependant que l'organisation auteur de la réclamation n'a pas épuisé les voies de recours internes, précisant que la possibilité d'un pourvoi devant le Conseil d'Etat sur des points de droit n'a pas été utilisée » (§ 11). Le Comité, en rejetant cette objection d'irrecevabilité, a rappelé que « ni le Protocole ni le règlement n'exigent l'épuisement des voies de recours internes. Il est naturel que le Comité tienne pleinement compte de l'interprétation que font les juridictions nationales du droit interne. Pour autant, le Protocole ne subordonne pas le maintien d'une réclamation collective à l'invocation ou à l'épuisement des voies de recours internes » (§ 12).

[23] Voir *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, réclamation n° 90/2013, décision sur la recevabilité du 1 juillet 2013. Dans cette affaire – concernant l'interdiction aux étrangers en situation

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

IV. LES ENJEUX PRINCIPAUX DE LA RECEVABILITÉ DES RÉCLAMATIONS COLLECTIVES : LA CONDITION DU CARACTÈRE REPRÉSENTATIF DES SYNDICATS NATIONAUX

Si l'on considère les particularités concernant la qualité pour agir, ainsi que l'objet et la finalité de la procédure, on peut saisir les enjeux principaux en matière de recevabilité des réclamations collectives.

En dehors du fait que la procédure n'est pas ouverte aux requêtes individuelles (ou portant sur des situations individualisées), comme nous l'avons déjà dit, ces enjeux concernent surtout – dans la pratique du Comité européen des Droits sociaux – certaines caractéristiques « subjectives » des entités collectives habilitées à introduire une réclamation.

Des problèmes se posent, par exemple, pour les partenaires sociaux nationaux, auxquels se réfère l'alinéa *c)* de l'article 1 du Protocole de 1995. Aux termes de cette disposition, le droit de faire des réclamations est reconnu aux « organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de la Partie contractante mise en cause par la réclamation ».

Les entités en question doivent donc consister en un *syndicat* national de travailleurs *représentatif* (ou en une organisation nationale patronale représentative).

Pour ce qui est de la « qualité de syndicat », elle n'est pas définie ni dans la Charte sociale, ni dans le Protocole, ni dans le *Rapport explicatif* de celui-ci. Aux fins de la procédure de réclamations collectives, le CEDS, pour établir cette qualité, fait normalement référence à l'ordre juridique interne de l'Etat concerné,

irrégulière de bénéficier de certains services publics essentiels, des soins nécessaires d'un point de vue médical, et d'une assistance juridique – l'objection du Gouvernement se référait (entre autre) au fait que l'objet de la réclamation était aussi abordé dans deux dossiers traités par un autre organe international, notamment le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. En rejetant l'objection, le Comité a rappelé que « le rapport explicatif du Protocole élaboré par les Etats membres du Conseil de l'Europe, et en particulier son paragraphe 31, disposent qu'une réclamation pourra être déclarée recevable même si une affaire semblable a déjà été soumise à une autre instance nationale ou internationale. En vertu de cette disposition, le Comité se considère habilité à examiner la présente réclamation, à la lumière également des exemples produits par l'organisation réclamante » (§ 13).
Le Comité a mis en application le même principe pour ce qui concerne aussi les relations entre la procédure de réclamations collectives et l'autre procédure de contrôle prévue par la Charte sociale, c'est-à-dire la procédure d'examen des rapports des Etats. A cet égard le CEDS a précisé, dès sa première décision, que «[l]es principes juridiques *res judicata* et *non bis in idem* … sont sans application dans les relations entre les deux procédures de contrôle » (*Commission Internationale de Juristes (CIJ) c. Portugal*, réclamation n° 1/1998, décision sur la recevabilité du 10 mars 1999, § 13), en ajoutant « [n]i le fait que le Comité ait déjà examiné cette situation à l'occasion de la procédure d'examen des rapports nationaux, ni le fait qu'il sera appelé à l'examiner à nouveau au cours des cycles ultérieurs de contrôle ne sauraient par eux-mêmes entraîner l'irrecevabilité d'une réclamation collective concernant la même disposition de la Charte et la même Partie contractante » (*ibid*. § 10 ; voir aussi *Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd c. France*, réclamation n° 92/2013, décision sur la recevabilité du 2 juillet 2013, § 10, et *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. République tchèque,* réclamation n° 104/2014, décision sur la recevabilité du 30 juin 2014, § 9).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

lorsque cet ordre juridique prévoit une obligation d'enregistrement ou un modèle d'organisation spécifique pour les syndicats.

Mais il est aussi possible que dans l'ordre juridique d'un Etat partie au Protocole il n'existe pas d'obligation d'enregistrement, ni aucun modèle d'organisation spécifique pour les syndicats. C'est le cas, par exemple, de l'Italie où les syndicats ne sont pas dotés de personnalité juridique : ils disposent d'un statut d'associations « non reconnues » soumis au droit commun (articles 36 à 38 du Code civil italien), toutes ces associations ayant, en principe, la capacité de négocier et conclure des conventions collectives, de mener des actions collectives et d'ester en justice.

Dans ces situations, le CEDS établit la qualité de syndicat en se basant essentiellement sur les activités exercées par l'organisation réclamante, qui doivent relever de prérogatives typiquement syndicales, et non pas sur l'appellation ou la forme de l'organisation.

Cela ressort clairement de la comparaison entre deux décisions sur la recevabilité, l'une dans la réclamation *Associazione Nazionale Giudici di Pace (ANGdP) c. Italie*, et l'autre dans la réclamation *Movimento per la libertà della psicanalisi c. Italie*.

Dans la première affaire, le Comité a noté que l'ANGdP – dont la mission consiste à "définir les fonctions et les prérogatives des *Giudici di Pace* dans le système judiciaire, protéger la réputation et les intérêts de la catégorie des *Giudici di Pace*, promouvoir la formation professionnelle et formuler des propositions visant à garantir les ressources et les équipements nécessaires pour le bon fonctionnement de l'Office des *Giudici di Pace* – a effectivement « entrepris des démarches, entre autres, auprès du Ministère de la Justice et du Conseil supérieur de la magistrature au sujet des conditions de travail de ses membres, y compris de leur manque de protection sociale, et a effectivement également appelé à des grèves »[24]. Le Comité a donc constaté « que l'ANGdP exerce des fonctions qui peuvent être considérées comme des prérogatives syndicales, et qu'elle peut donc être considérée comme un syndicat aux fins de la présente réclamation »[25].

Par contre, dans la réclamation *Movimento per la libertà della psicanalisi c. Italie*, le Comité, en notant que les activités du « Mouvement » concernaient principalement la formation des psychanalystes et les activités de sensibilisation, ainsi que les activités culturelles, a conclu pour l'irrecevabilité, au motif que « le Mouvement n'a pas entrepris d'activités susceptibles de constituer des activités syndicales telles que participer à une négociation collective, appeler à la grève, intenter des poursuites judiciaires contre les employeurs et/ou au nom de

[24] *Associazione Nazionale Giudici di Pace c. Italie*, réclamation n° 102/2013, décision sur la recevabilité du 2 décembre 2014, § 8
[25] *Ibid*. § 10.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ses membres, en menant des actions pour soutenir ou améliorer les conditions de travail de ses membres, etc. »[26].

Des problèmes différents découlent de l'autre condition exigée par l'alinéa *c)* de l'article 1 du Protocole pour l'habilitation à déposer une réclamation collective : c'est-à-dire que les organisations nationales des travailleurs (ou des employeurs) soient aussi « représentatives ».

A ce propos le *Rapport explicatif* observe que la condition de la « représentativité » de l'organisation a été introduite « pour assurer l'efficacité de la procédure », « compte tenu du fait que dans certains Etats les organisations syndicales sont très nombreuses », en ajoutant que le CEDS, afin d'apprécier le respect de cette condition, devrait prendre en considération, « en l'absence de critères existant au niveau national, des éléments tels que le nombre d'adhérents et le rôle effectif joué dans les négociations sur le plan national »[27].

L'approche du CEDS pour l'appréciation de cette condition a été, au fil du temps, précisée et a tendu – spécialement dans la première période de fonctionnement de la procédure – à élaborer une notion autonome de représentativité, capable d'englober un éventail très large de situations différentes.

D'abord, le Comité a voulu clarifier que la représentativité des syndicats, aux fins de la procédure de réclamations collectives, n'est pas une notion qui coïncide *nécessairement* avec la notion de représentativité qu'on peut éventuellement trouver au niveau du droit ou de la pratique interne de l'Etat concerné par la réclamation[28]. En d'autres mots : si d'une part, le fait qu'un syndicat soit représentatif au niveau national pour la négociation collective a une importance presque décisive, selon le Comité, pour apprécier sa représentativité aux fins de la procédure de réclamations collectives, en revanche d'autre part, un syndicat qui n'est pas considéré comme représentatif au niveau national peut quand même être considéré comme représentatif aux fins de cette procédure, si d'autres conditions sont d'ailleurs remplies[29].

Parmi les conditions qui sont prise en compte par le CEDS pour apprécier – cas par cas, et sur la base de la situation globale telle qu'elle résulte du dossier – si un syndicat est représentatif figurent notamment: le fait qu'un syndicat représente la grande majorité des professionnels du secteur d'activité concerné ;

[26] *Movimento per la liberta' della psicanalisi-associazione culturale italiana c. Italie*, réclamation n° 122/2016, décision sur la recevabilité du 24 mars 2017, §11. La même approche a récemment conduit le Comité à déclarer irrecevable une autre réclamation contre l'Italie, déposée par une association nationale de médecins (*Associazione Medici Liberi c. Italie*, réclamation n° 177/2019, décision sur la recevabilité du 6 décembre 2019, §§ 10-11).

[27] « Rapport explicatif », cit., paragraphe 23.

[28] Voir, par exemple, *Syndicat national des Professions du Tourisme c. France*, réclamation n° 6/1999, décision sur la recevabilité du 10 février 2000, §§ 6 et 7 ; et pour les organisations patronales *Bedriftsforbundet c. Norvège*, réclamation n° 103/2013, décision sur la recevabilité du 14 mai 2014, § 13.

[29] Voir, dans ce sens, *Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italie*, réclamation n°146/2017, décision du 12 septembre 2017, § 6.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

le fait que le syndicat puisse négocier des conventions collectives ; le fait qu'un syndicat exerce, dans une zone géographique où il est implanté, des activités de défense des intérêts matériels et moraux de travailleurs d'un secteur dont il regroupe un nombre suffisant (dans des conditions d'indépendance par rapport aux autorités d'emploi)[30].

Or, s'il est vrai que le Comité utilise normalement une approche très flexible et « englobante » à l'appréciation de la représentativité, il est tout aussi vrai qu'il y a des situations dans lesquelles l'organisation syndicale réclamante peut être considérée dépourvue de cette qualité, aux fins de la procédure de réclamations collectives.

Cela s'est avéré récemment à l'occasion de l'examen de la réclamation n°174/2019, *Syndicat CGT YTO France c. France*.

La CGT YTO est un syndicat français d'entreprise (qui défend les intérêts des salariés de l'entreprise YTO France SAS basée à Saint-Dizier, Haute-Marne), qui est affilié à – ou mieux, selon ses statuts, « partie intégrante » de – la Confédération générale du travail (CGT), une fédération syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel. La CGT YTO alléguait dans sa réclamation que certaines modifications législatives adoptées en France, modifiant les dispositions relatives à la réparation financière des licenciements sans motif valable, auraient constitué une violation de l'article 24 de la Charte révisée, concernant le droit à la protection en cas de licenciement. Des allégations tout à fait similaires étaient aussi à la base d'une autre réclamation déjà déposée, dans les mois précédents, par la CGT (réclamation déclarée recevable par le Comité)[31].

Le CEDS a déclaré la réclamation irrecevable, en observant :

« un syndicat dont l'activité opérationnelle est limitée à une seule entreprise, tout en étant affilié à un syndicat de niveau supérieur, *ne sera généralement pas considéré comme représentatif* au sens de l'article 1 §c du Protocole. Cela s'applique *a fortiori* lorsqu'une réclamation similaire a déjà été déposée par un syndicat dont la représentation nationale est bien établie, auquel l'organisation réclamante est affiliée et dont elle fait 'partie intégrante'. Par conséquent, le Comité considère que la CGT YTO France, quoique représentative au niveau de l'entreprise conformément au droit interne, ne dispose pas d'une représentativité aux fins de la procédure de réclamations collectives »[32].

---

[30] Voir : *Confédération Française de l'Encadrement « CFE-CGC » c. France*, réclamation n° 9/2000, décision sur la recevabilité du 7 novembre 2000, §§ 6-7 ; *STTK ry et Tehy ry c. Finlande*, réclamation n° 10/2000, décision sur la recevabilité du 12 février 2001, § 6 ; *Syndicat occitan de l'éducation c. France*, réclamation n° 23/2003, décision sur la recevabilité du 13 février 2004, § 5. Les mêmes conditions sont prises en compte pour les organisations d'employeurs (*Confédération des entreprises suédoises c. Suède* Réclamation n° 12/2002, décision sur la recevabilité du 19 juin 2002, § 5).

[31] *Confédération Générale du Travail (CGT) c. France*, réclamation n° 171/2018, décision sur la recevabilité du 3 juillet 2019.

[32] *Syndicat CGT YTO France c. France,* réclamation n° 174/2019, décision sur la recevabilité du 28 janvier 2020, §§ 16-17.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Cependant, l'appréciation de la « représentativité » du syndicat effectuée par le Comité dans cette réclamation a été différente par rapport à celle que le Comité a portée dans une situation similaire à la précédente (et presque contemporaine de celle-ci), dans laquelle le CEDS a décidé, au contraire, pour la recevabilité de la réclamation.

En fait, dans l'affaire n° 175/2019, *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France*, une réclamation ayant exactement le même objet que la réclamation n° 174/2019 avait été déposée par un syndicat exerçant des activités de défense des intérêts des travailleurs du secteur de la métallurgie dans la zone géographique de la Meuse, affilié à la Confédération française démocratique du travail (CFDT) (une organisation précédemment considérée par le CEDS comme représentative aux fins de la procédure de réclamations collectives).

Dans ce cas, le Comité a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement français sur la condition de représentativité du syndicat réclamant, en constatant que l'organisation syndicale en question était un syndicat reconnu comme représentatif au niveau de la branche de la métallurgie au sein du département de la Meuse, et que l'affiliation à la CFDT n'aurait pas constitué en soi-même un obstacle à la représentativité, en rappelant – sur ce dernier aspect – qu'il avait déjà considéré (dans la décision sur la recevabilité d'une réclamation précédente[33]) « qu'une branche (régionale) d'un syndicat de niveau national était un syndicat représentatif au sens de l'article 1 §c du Protocole ».[34]

Si on compare les deux décisions, on peut donc s'apercevoir que l'élément faisant obstacle à la représentativité d'un syndicat, aux fins de la procédure de réclamations collectives, consiste non pas tant – selon le CEDS – dans le fait que le syndicat soit affilié, d'une façon plus ou moins étroite, à une organisation syndicale nationale d'un niveau supérieur, mais plutôt dans le fait que le syndicat soit un « syndicat d'entreprise », c'est-à-dire que son propre champ d'action syndicale, concernant une seule entreprise, soit trop limité et partiel pour le faire considérer comme « représentatif » au sens de l'article 1 alinéa *c)* du Protocole.

[33] *U.I.L. Scuola - Sicilia c. Italie*, réclamation n° 113/2014, décision sur la recevabilité et sur des mesures immédiates du 9 septembre 2015.
[34] *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse c. France*, réclamation n° 175/2019, décision sur la recevabilité du 28 janvier 2020, §§ 15-17.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

V. [SUITE] LA « QUALIFICATION PARTICULIÈRE » DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

Pour passer à l'autre catégorie principale d'entités habilitées à introduire une réclamation collective – c'est-à-dire les organisations internationales non gouvernementales (OING) – on a déjà dit qu'elles doivent être dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, et être inscrites sur la liste spécifique établie par le Comité gouvernemental. L'article 3 du Protocole de 1995 prévoit toutefois que ces OING ne peuvent présenter des réclamations « que dans les domaines pour lesquels elles ont été reconnues particulièrement qualifiées ».

La « qualification particulière » de l'OING dans le domaine concerné par la réclamation constitue donc une condition de recevabilité de la réclamation elle-même. En théorie, ceci veut dire qu'une réclamation portant, par exemple, sur le respect des personnes âgées vivant en institution, au sens de l'article 23 de la Charte sociale, qui était déposée par une OING spécialisée dans le domaine de la protection et du bien-être des enfants, devrait être déclaré irrecevable. Il en serait de même pour une réclamation déposée par une OING spécialisée dans les domaines relatifs à la santé en matière de sexualité et de procréation qui devait porter sur le droit des travailleurs à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur, aux termes de l'article 25 de la Charte révisée.

Il faut par ailleurs noter que, dans la pratique du CEDS, l'appréciation de cette condition n'a jamais conduit à une décision d'irrecevabilité des réclamations introduites par des OING, même en présence d'objections soulevées par le gouvernement de l'Etat concerné par la réclamation.

La raison pourrait découler du fait que les OING réclamantes ont toujours déposé, jusqu'à maintenant, des réclamations portant sur des domaines dans lesquelles elles étaient toutes apparemment spécialisées. Cependant, il faut aussi noter que le Comité n'a jamais considéré nécessaire effectuer un examen approfondi de la « qualification particulière » des OING, en se basant plutôt simplement sur les indications – souvent générales et vagues – résultant de leurs statuts quant à l'objet et aux objectifs de l'organisation, ou sur l'ensemble des activités menées, qui – prises dans leurs globalité – illustreraient une compétence générale de l'organisation en matière de droits de l'homme ou de politiques sociales[35].

[35] Parmi les nombreuses décisions du CEDS illustrant cette approche : *Conseil quaker pour les affaires européennes (QCEA) c. Grèce*, réclamation n° 8/2000, décision sur la recevabilité du 28 juin 2000, § 8 ; *Organisation mondiale contre la torture (OMCT) c. Grèce*, réclamation n° 17/2003, décision sur la recevabilité du 9 décembre 2003, § 6 ; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) c. Croatie*, réclamation n° 45/2007, décision sur la recevabilité du 1er avril 2008, § 5 ; *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, réclamation n° 41/2007, décision sur la recevabilité du 26 juin 2007, § 6 ; *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Irlande*, réclamation n° 42/2007, décision sur la recevabilité du 16 octobre 2007, §§ 7-9.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En d'autres mots, l'impression est que le CEDS, une fois que l'organisation (dotée du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe) a été aussi autorisée, en général, à soumettre des réclamations collectives, en vertu de son inscription dans la liste établie par le Comité gouvernemental, tend à la considérer presqu'automatiquement habilitée à introduire une réclamation ayant pour objet les droits protégés par la Charte sociale, quel que soit le domaine spécifique touché par la réclamation ou la « qualification particulière » effective de l'organisation.

En dernier lieu, pour ce qui concerne les ONG *nationales* – en rappelant qu'à ce jour un seul Etat, la Finlande, a accepté la possibilité que des ONG nationales fassent des réclamations collectives – le Protocole de 1995 prévoit cumulativement trois conditions d'importance pour la recevabilité. Les ONG nationales doivent être « représentatives » et « particulièrement qualifiées dans les matières régies par la Charte » globalement considérées (Article 3), en outre elles ne peuvent présenter des réclamations que dans « les domaines pour lesquels elles ont été reconnues particulièrement qualifiées » (article 4).

Dans l'examen de ces conditions, comme d'ailleurs de celles applicables aux OING, le CEDS a suivi une approche souple. En effet, en considérant d'une manière générale l'objet ou les objectifs de l'ONG en question, ou ses activités, le Comité s'est borné à rechercher s'il en résultait un lien avec les matières régies par les dispositions de la Charte évoquées dans la réclamation, sans approfondir si l'organisation était particulièrement qualifiée dans la matière spécifique faisant l'objet de la réclamation, ou – encore moins – dans le domaine global des droits sociaux. Et, pour ce qui concerne la « représentativité » (qualité, en vérité, difficile à préciser et appliquer par référence à une ONG), le Comité a seulement précisé qu'il s'agirait – comme il l'a dit, *mutatis mutandis*, pour la représentativité des syndicats – d'une « notion autonome » et donc d'une qualité à apprécier au cas par cas, en tenant compte *inter alia* de l'objet social et du champ d'activités de l'ONG en question[36].

[36] Voir, par exemple, *Association centrale des soignants en Finlande c. Finlande*, réclamation n° 70/2011, décision sur la recevabilité du 7 décembre 2011, § 6, ou *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 107/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 6 septembre 2016, §§ 28-30. Un cas emblématique de l'approche du CEDS à l'appréciation de la représentativité et aussi de la compétence particulière des ONG nationales est celui de la décision sur la recevabilité de la réclamation n° 163/2018, dans lequel trois ONG finlandaises (*ATTAC ry*, *Globaali sosiaalityö ry* et *Maan ystävät ry*) ont allégué que la Finlande, pour négocier l'Accord économique et commercial global (« l'AECG »), aurait mis en péril le respect de droits garantis par la Charte sociale européenne et la capacité de l'Etat finlandais à remplir ses obligations au titre de celle-ci. En rejetant les objections d'irrecevabilité soulevées par le gouvernement finlandais concernant la compétence et la représentativité de ces organisations, le Comité a observé : « que, sur un plan général, les trois organisations ont chacune des missions, des objectifs et des activités qui concernent, à certains égards, les valeurs et les droits protégés par la Charte et son champ d'application. Des questions telles que la justice sociale et l'égalité, la protection et les mesures visant à créer un environnement sain, la défense de normes de travail équitables dans le contexte de la libéralisation du commerce sont au cœur du système de garanties qu'offre la Charte et touchent à l'application de toute une série de dispositions spécifiques de cet instrument. Le Comité estime sur ce point que les organisations réclamantes peuvent être considérées comme des organisations représentatives au sens de l'article 2 du Protocole. S'agissant de la compétence particulière des organisations réclamantes relative à la réclamation au sens de l'article 3 du Protocole, le Comité note, en se référant à ce qui précède, que leurs domaines

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

De toute façon, le résultat de cette approche par le CEDS a été qu'à ce jour, en ce qui concerne soit la « qualification » soit la « représentativité » d'une ONG nationale (finlandaise), il n'y a jamais eu, en pratique – dans les sept réclamations déposées jusqu'à maintenant par des ONG finlandaises –, aucune appréciation négative, ni par conséquent aucune déclaration d'irrecevabilité au motif de l'absence d'une de ces conditions.

VI. [SUITE] LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ LIÉES À L'OBJET ET À LA SUBSTANCE DES RÉCLAMATIONS

Nous en venons maintenant aux conditions de recevabilité liées à l'objet des réclamations, c'est-à-dire qu'elles doivent « porter sur une disposition de la Charte acceptée par la Partie contractante mise en cause et indiquer dans quelle mesure cette dernière n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'application de cette disposition » (article 4 du Protocole).

A ce propos, on a déjà dit que, en raison de la nature collective de la procédure, l'application insatisfaisante de le Charte alléguée par une réclamation ne peut pas consister en des cas individuels de violation des droits sociaux et que, par conséquent, les réclamations introduites pour faire établir au CEDS la violation des droits des particuliers, ainsi que l'obligation de l'Etat de remédier à la violation subie par des victimes individuellement identifiées, sont à considérer comme irrecevables[37].

Deux conditions supplémentaires de recevabilité découlent, par ailleurs, de la partie de l'article 4 du Protocole mentionnée ci-dessus. La première, plutôt évidente, est que la réclamation porte sur des dispositions de la Charte qui aient été acceptées par l'Etat mis en cause. Elle est évidemment liée au système « à la carte » qui caractérise la Charte et qui permet aux Etats parties de choisir, dans une certaine mesure, les dispositions auxquelles ils se considèrent comme juridiquement liés[38]. Si donc la réclamation allègue la violation par un Etat partie à la Charte de dispositions que cet Etat n'a pas acceptées, la réclamation doit être déclarée irrecevable[39].

---

d'activités, y compris leur activité de campagne, ont une incidence directe sur la protection des droits sociaux et plus particulièrement, qu'elles possèdent des connaissances et une expertise sur la manière dont, par exemple, l'économie mondiale, les questions environnementales et les accords commerciaux internationaux peuvent influer sur la mise en œuvre de certains droits sociaux. Par conséquent, le Comité constate que les organisations réclamantes sont particulièrement qualifiées au sens de l'article 3 du Protocole, aux fins de la présente réclamation » (*ATTAC ry, Globaali sosiaalityö ry et Maan ystävät ry c. Finlande*, réclamation n° 163/2018, décision sur la recevabilité du 22 janvier 2019, §§ 12-13). Par ailleurs, cette réclamation a été quand même déclarée irrecevable au motif que les organisations réclamantes n'auraient pas précisé le lien de leurs allégations avec les diverses dispositions de la Charte invoquées, ni en quoi la Finlande n'aurait pas assuré de manière satisfaisante l'application de ces différentes dispositions (§§ 14-16).

[37] *Supra*, paragraphe 3, note 20.

[38] *Supra*, paragraphe 2.

[39] Voir, dans ce sens, l'une des premières décisions du CEDS sur la recevabilité d'une réclamation : *Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP) c. Grèce*, réclamation n° 3/1999, décision sur la recevabilité du 13 octobre 1999.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

L'autre condition prévoit que la réclamation soit suffisamment fondée et motivée, dans le sens qu'elle devrait indiquer de façon suffisamment claire et appropriée en quoi et dans quelle mesure l'Etat en cause n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'application des dispositions de la Charte invoquées.

A ce propos on doit observer que le CEDS a été, jusqu'il y a quelques années, peu exigeant dans l'appréciation de cette condition au stade de la recevabilité[40], en se contentant normalement de noter si la situation évoquée par la partie réclamante tombait potentiellement (et parfois aussi indirectement) dans le champ d'application des dispositions invoquées, et préférant plutôt examiner le prétendu caractère manifestement mal fondé ou dépourvu de substance de la réclamation au stade du bien-fondé et non pas de la recevabilité[41].

Cependant, dans les deux dernières années, il y des signes d'une approche plus attentive et stricte du Comité dans l'examen de la condition de recevabilité relative au caractère suffisamment fondé et motivé de la réclamation. La preuve en est l'adoption de deux décisions récentes, où le CEDS a déclaré l'irrecevabilité au motif que les organisations réclamantes n'auraient pas précisé suffisamment le lien de leurs allégations avec les diverses dispositions de la Charte invoquées, ni en quoi l'Etat en cause n'aurait pas assuré de manière satisfaisante l'application de ces dispositions[42].

Il faut d'ailleurs préciser que dans les cas où une réclamation devait porter sur deux ou plusieurs dispositions dont une ou certaines n'ont pas été acceptées par l'Etat en cause, la réclamation pourrait être déclarée quand même partiellement recevable, au titre de la disposition ou des dispositions que l'Etat a effectivement accepté (ce qui peut aussi être indirectement déduit des certaines décisions du Comité ; voir par exemple : *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, réclamation n° 41/2007, décision sur la recevabilité du 26 juin 2007, §§ 8-10 ; *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. République tchèque*, réclamation n° 104/2014, décision sur la recevabilité du 30 juin 2014, § 10).

Un problème différent de recevabilité, toujours lié à la portée des engagements juridiques en vigueur à l'égard de l'Etat en cause, peut exceptionnellement se poser quand la réclamation porte sur des dispositions de la Charte de 1961, tandis que l'Etat concerné n'est plus partie à cette Charte mais est devenu partie à la Charte révisée de 1996. Dans ce genre de cas aussi la réclamation est considérée comme étant irrecevable (voir *Fédération panhellénique des pensionnés des télécommunications du groupe OTE (FPP-OTE) c. Grèce*, réclamation n° 156/2017, décision sur la recevabilité du 22 mars 2018, § 5).

[40] Jusqu'en 2018, on peut trouver une seule décision d'irrecevabilité basée sur le manque de cette condition : *Syndicat national des dermato-vénérologues (SNDV) c. France*, réclamation n° 28/2004, décision sur la recevabilité du 13 juin 2005, § 8.

[41] Voir, par exemple, dans ce sens *Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP) c. Italie* Réclamation n° 4/1999, décision sur la recevabilité du 10 février 2000, § 12 ; *Groupe européen des femmes diplômées des universités c. Belgique*, réclamation 124/2016, décision sur la recevabilité du 4 juillet 2017, §§ 6-9.

[42] *ATTAC ry, Globaali sosiaalityö ry et Maan ystävät ry c. Finlande*, réclamation n° 163/2018, décision sur la recevabilité du 22 janvier 2019, §§ 14-16 ; *Sindacato Autonomo Europeo Scuola ed Ecologia (SAESE) c. Italie*, réclamation n° 166/2018, décision sur la recevabilité du 18 mars 2019, § 11.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

VII. LES RÈGLES DU CONTENTIEUX, L'INTERVENTION DE TIERS ET L'INDICATION DE MESURES IMMÉDIATES

Ayant évoqué les particularités liées au caractère collectif des réclamations, ainsi qu'à leur spécificité, du point de vue de la recevabilité des réclamations, il est maintenant intéressant de considérer les traits essentiels du déroulement de la procédure de contrôle.

Le mécanisme de contrôle des réclamations collectives consiste en une procédure à caractère typiquement juridictionnel, caractérisée par le principe du contradictoire et par une forme qui est, la plupart du temps, exclusivement écrite.

En fait, lorsqu'une réclamation a été déclarée recevable[43], le CEDS demande à l'Etat mis en cause de soumettre, par écrit, dans un délai qu'il fixe, un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation. Il invite ensuite l'organisation auteur de la réclamation à soumettre, dans le même délai, une réplique à ce mémoire, et – finalement – le Comité invite l'Etat à présenter une nouvelle réplique. Après la présentation de cette réplique, la procédure écrite se considère, en principe, terminée[44].

Au cours de la procédure écrite, plusieurs formes d'intervention par des entités qui ne sont pas parties à la réclamation sont possibles.

D'abord, il s'agit des partenaires sociaux internationaux mentionnés à l'article 1 du Protocole de 1995, lesquels sont invités à soumettre des observations sur toute réclamation, que celle-ci ait été déposée par des ONG (internationales ou nationales) ou par des organisations nationales d'employés ou d'employeurs[45]. Il peut aussi s'agir de l'intervention des autres Etats ayant accepté la procédure de réclamations collectives.

Il convient toutefois de noter que, dans la pratique, les interventions par d'autres Etats ayant accepté la procédure de réclamations collectives sont très rares[46]. Au contraire, les interventions de la part des partenaires sociaux susmentionnés – ou mieux par l'un surtout de ces partenaires, la Confédération européenne des syndicats (CES) – sont plus courantes[47].

---

[43] Il y a lieu de préciser que le stade de la recevabilité est, lui aussi, caractérisé par la règle du contradictoire. En application de l'article 29 du Règlement du CEDS, le Président du Comité demande normalement « à l'Etat défendeur de présenter par écrit, dans un délai qu'il aura fixé, des observations sur la recevabilité de la réclamation » (paragraphe 1), et il demande ensuite « également à l'organisation auteur de la réclamation de répondre dans les mêmes conditions aux observations de l'Etat défendeur » (paragraphe 3).

[44] Cependant, même après la clôture de la procédure écrite, le Comité peut exceptionnellement accepter, sur la base d'une demande motivée, que les parties à la réclamation présentent des pièces supplémentaires en respectant le caractère contradictoire de la procédure (voir l'article 31, paragraphe 4, du Règlement du CEDS).

[45] Article 7, paragraphes 1 et 2, du Protocole de 1995 et aussi article 32 du Règlement du CEDS.

[46] A titre d'exemple, on peut mentionner les observations soumises par la Finlande concernant deux réclamations déposées contre la France (*Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. France*, réclamation n° 39/2006 ; *Confédération Française de l'Encadrement «CFE-CGC» c. France*, réclamation n° 56/2009).

[47] A la fin de 2019 on pouvait en effet compter 37 observations transmises par la CES concernant 44 réclamations collectives. L'Organisation internationale des employeurs (OIE) a formulé des observations

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Il convient de préciser aussi que ni dans le cas des autres Etats parties au Protocole ni dans celui des partenaires sociaux internationaux le fait d'intervenir en soumettant des observations n'a pour effet de les rendre partie à la procédure, et la décision du CEDS ne peut avoir des répercussions juridiques directes pour des Etats autres que celui qui est mis en cause par la réclamation. Il s'agit simplement d'observations sur la réclamation, dont le Comité devra tenir compte dans son appréciation et dans la décision finale, et qui peuvent aussi être des observations *ad adiuvandum*, c'est-à-dire pour apporter le soutien de l'intervenant aux allégations d'une des parties à la procédure.

Cette dernière connotation – *ad adiuvandum* – devrait en revanche être exclue dans l'autre typologie d'intervention, qui n'est pas mentionnée expressément par le Protocole de 1995, mais que le CEDS a prévue dans son Règlement et utilisé souvent dans sa pratique plus récente. En fait, d'après l'Article 32A du Règlement (« Appel à observations ») : « 1. Sur proposition du Rapporteur, le Président peut inviter toute organisation, institution ou personne à communiquer des observations. 2. Toute observation reçue par le Comité en application du paragraphe 1 ci-dessus est communiquée à l'Etat défendeur et à l'organisation auteur de la réclamation ».

L'objectif du Comité qui sous-tend cet « appel » est évidemment d'avoir plus d'information et d'éléments de réflexion provenant d'entités (nationales ou internationales) compétentes, spécialisées dans la matière de la réclamation, ou qui connaissent bien la situation nationale faisant l'objet de la réclamation, pour arriver à prendre une décision « en toute connaissance de cause » (en d'autres mots, une sorte de *amicus curiae*), et non pas de renforcer les allégations des parties, ou de l'une de ces parties[48]. Pour ce motif le Règlement du CEDS, tout en disposant que les observations reçues sont communiquées aux parties, n'exige pas que ces observations soient soumises au principe du contradictoire, ou que les parties soumettent des répliques aux observations reçues.

dans 7 réclamations, tandis que Business Europe a formulé des observations dans une seule réclamation, celle contre la Suède concernant la célèbre et controversée « Loi Laval » (*Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, réclamation n° 85/2012).

[48] Avec cette perspective – et à titre d'exemple –, les entités (internationales ou nationales) suivantes ont été invitées à présenter des observations : le Bureau du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés dans la réclamation *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation n° 69/2011 ; le Défenseur français des droits dans les réclamations *Comité européen d'action spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur milieu de vie (EUROCEF) c. France*, réclamation n° 114/2015 et *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. France*, réclamation n° 119/2015 ; EQUINET dans *Groupe européen des femmes diplômées des universités (UWE/GEFDU) c. Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Slovénie et Suède*, réclamations nos 124/2016 à 138/2016 ; le Centre interfédéral belge pour l'égalité des chances (UNIA) et le Délégué général de la communauté française aux droits de l'enfant dans *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) et Inclusion Europe c. Belgique*, réclamation n°141/2017 ; le Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible dans la réclamation n° 157/2017 *Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) et Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. République tchèque*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Cependant, il peut parfois arriver qu'une entité invitée par le Comité à soumettre des observations conformément à l'article 32A du Règlement apporte un soutien explicite à l'une des parties à la procédure (normalement à l'organisation réclamante). Dans des cas pareils, le CEDS demande effectivement aux parties de soumettre une réplique aux observations de l'entité en question[49].

Un autre instrument – non prévu par le Protocole de 1995 – dont le CEDS a voulu se doter pour faire de la procédure de réclamations collectives un moyen efficace de protection effective des droits sociaux de l'homme est celui des « mesures immédiates ».

D'après l'article 36 du Règlement du CEDS (qui a été introduit dans le Règlement en 2011), « A toute phase de la procédure, le Comité peut, soit à la demande d'une partie, soit sur sa propre initiative, indiquer aux parties toute mesure immédiate dont l'adoption est nécessaire, afin d'éviter que les personnes concernées ne subissent des dommages ou préjudices irréparables » (paragraphe 1)[50].

Il est assez évident que le CEDS, en introduisant cet instrument des « mesures immédiates » s'est inspiré des « mesures provisoires » dont à l'article 39 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme[51], et surtout de l'utilisation que la Cour a fait de ces mesures en tant qu'instrument d'urgence qui, selon la pratique constante de la Cour, ne s'applique que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable.

La raison d'être et, au même temps, le but de l'indication de mesures provisoires est donc exclusivement d'éviter que, dans le contexte d'une situation soumise à

[49] Voir, par exemple, la réplique du Gouvernement belge aux observations soumises par le Centre interfédéral pour l'égalité des chances (UNIA) dans *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) et Inclusion Europe c. Belgique*, réclamation n°141/2017, ou la réplique du Gouvernement de la République Tchèque aux observations soumises par « LUMOS Czech Republic » dans la réclamation n° 157/2017 *Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) et Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. République tchèque*.

[50] Ce texte est le résultat d'un amendement apporté en 2019 à la version de 2011, qui prévoyait : « *Dès l'adoption de la décision sur la recevabilité* d'une réclamation collective, ou à tout moment ultérieur pendant le déroulement de la procédure, avant ou après l'adoption de la décision sur le bien-fondé, le Comité peut, soit à la demande d'une partie, soit sur sa propre initiative, indiquer aux parties toute mesure immédiate dont l'adoption paraît nécessaire, afin d'éviter un risque de dommage grave irréparable *et d'assurer le respect effectif des droits reconnus dans la Charte sociale européenne* » (les italiques mettent en exergue les différences – importantes – entre ce texte et celui de 2109 qui est actuellement en vigueur). Du point de vue procédural, une fois déposée une réclamation, et même avant de statuer sur sa recevabilité, le Comité peut donc « à toute phase de la procédure » décider d'indiquer des mesures immédiates. Cette décision peut être prise par le Comité soit sur sa propre initiative, soit à la demande d'une partie, qui est - normalement - l'organisation réclamante. Dans ce dernier cas, qui est le seul qui s'est effectivement produit à ce jour, la demande de mesures immédiates est soumise au principe du contradictoire. Précisément, selon le paragraphe 2 de l'article 36 du Règlement, « la demande doit en préciser les motifs, les conséquences probables si la demande n'est pas accordée, ainsi que les mesures demandées. Une copie de la demande est immédiatement transmise à l'Etat défendeur. Le Président fixe à l'Etat défendeur une date pour présenter un mémoire sur la demande de mesures immédiates ».

[51] Selon cet article : « 1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'attention du CEDS au moyen d'une réclamation collective, des personnes puissent subir, ou continuent à subir, des préjudices graves portés à des biens essentiels, dont la perte – bien que temporaire – ne peut pas être considérée comme réparable : des conséquences préjudicielles graves pour des biens essentiels à la vie et à la dignité humaine qui sont aussi protégés par des droits fondamentaux (biens tels que la santé, la nourriture, un logement ou l'habillement). Par contre, ni le risque d'un simple préjudice à des droits reconnus dans la Charte sociale, ni des nécessités liées au bon déroulement ou à l'effectivité de la procédure ne sont déterminants, en soi, pour la décision du Comité d'indiquer des mesures provisoires.

C'est ce qui ressort clairement des quelques cas dans lesquels le CEDS a décidé de l'indication de mesures immédiates. Par exemple, dans une réclamation concernant le respect des droits des adultes sans-papiers à de la nourriture, à des vêtements et à un logement, le Comité a invité le Gouvernement des Pays-Bas à «[p]rendre toutes dispositions possibles pour éviter qu'il ne soit porté atteinte, de manière grave et irréparable, à l'intégrité de personnes exposées à un risque imminent de dénuement, en mettant en œuvre une approche coordonnée au plan national et municipal qui fasse en sorte que leurs besoins essentiels (logement, habillement, nourriture) soient satisfaits »[52]. Ou, dans une autre réclamation concernant la situation du logement des Roms et des Sintis en Italie, le CEDS a invité le Gouvernement italien à « [p]rendre toutes dispositions pour mettre fin aux risques de dommage grave et irréparable causé aux personnes expulsées visées par la présente réclamation, en particulier : – s'assurer que les personnes expulsées ne restent pas sans-abri ; – s'assurer que les personnes expulsées ne soient pas relogées dans des conditions de vie inacceptables »[53]. Ou encore, dans une réclamation concernant la situation des Gens du Voyage en Belgique, à la suite d'une vaste opération menée par les forces de police, le Comité a invité le Gouvernement à prendre « toutes dispositions possibles pour éviter qu'il ne soit porté atteinte, de manière grave et irréparable, à l'intégrité des personnes appartenant à la communauté des Gens du voyage exposées à un risque immédiat d'être privées de leurs droits sociaux fondamentaux, en particulier : – s'assurer que les personnes dont les caravanes ont été saisies ne restent pas sans-abri ou ne soient pas forcés de vivre dans des conditions de vie inacceptables ; – veiller à ce que toutes les personnes touchées aient un accès adéquat à l'eau, aux installations sanitaires, à l'électricité, à l'assistance médicale et sociale nécessaire ainsi qu'à l'aide juridique, en tenant compte particulièrement des besoins des groupes vulnérables concernés (notamment les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées) »[54].

[52] *Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, réclamation n° 90/2013, décision sur des mesures immédiates du 25 octobre 2013.
[53] *Amnesty International c. Italie*, réclamation n°178/2019, décision sur la recevabilité et sur des mesures immédiates du 4 juillet 2019.
[54] *Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) c. Belgique*, réclamation n°185/2019, décision sur la recevabilité et sur des mesures immédiates du 14 mai 2020.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Considérant le but pour lequel elles ont été introduites dans la procédure et la façon dont elles ont été appliquées par le CEDS, la limite des mesures immédiates consiste non pas tellement en ce qu'elles « ne cadre[nt] pas bien avec le caractère de la procédure de réclamations collectives »[55], mais plutôt en la faiblesse de l'instrument par rapport à l'objectif poursuivi. En fait, même si le Règlement prévoit que le Comité « peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre d'une mesure immédiate » (article 36, paragraphe 3)[56], la décision du CEDS sur des mesures immédiates n'a, en pratique, aucun suivi procédural : le Comité n'a jamais demandé jusqu'à présent à l'Etat partie de rendre compte de la mise en œuvre d'une mesure immédiate ; il ne peut pas constater – ni semble avoir la compétence pour le faire – un défaut d'exécution d'une telle mesure, ni dans la décision sur le bien-fondé ni dans l'examen des rapports de suivi ultérieurs.

L'indication de mesures immédiates reste, partant, une simple recommandation – une sorte d'alerte – adressée au Gouvernement de l'Etat partie, dans l'espoir que celui-ci ou toute autorité publique compétente évite que les personnes concernées par la réclamation ne subissent des préjudices graves et irréparables pour des biens essentiels à la vie et à la dignité humaine. Et, bien sûr, son intérêt consiste aussi en la mise en exergue et la publicité, dans le cadre du système européen de protection des droits de l'homme, d'une situation de risque sérieux pour les droits fondamentaux de ces personnes.

[55] Ce point est mentionné dans le rapport *Améliorer la protection des droits sociaux en Europe*, Volume I, cit., paragraphe 107. Le rapport continue comme suit : « En raison de la nature de la réclamation collective, de telles 'mesures immédiates' sont générales et peuvent avoir de conséquences d'une grande portée. Ainsi, alors que les mesures portant sur des situations individuelles relèvent normalement des pouvoirs discrétionnaires des autorités compétentes, par exemple d'un ministre ou d'une instance exécutive, il en va différemment pour supprimer des mesures générales, ce qui peut même nécessiter la suspension, par le gouvernement, de lois votées par le parlement. Cela serait constitutionnellement impossible dans de nombreux pays ». En vérité, ces remarques critiques ne semblent pas être particulièrement appropriés, s'ils sont adressés spécifiquement à l'instrument des mesures immédiates, tel qu'utilisé par le CEDS. D'abord, le Comité se borne à fixer d'une façon générale les « effets protecteurs » que les mesures à prendre doivent produire, sans jamais indiquer ni le contenu spécifique ni – encore moins – la forme ou la nature juridique interne des actes par lesquels l'Etat devra sortir ces effets. L'Etat a donc une marge d'appréciation extrêmement large à cet égard et pourra décider d'intervenir moyennant des dispositions de portée générale – si ceci est nécessaire et quand il est possible – ou bien moyennant des mesures plus spécifiques et individuelles, par dérogation – le cas échéant et s'il est nécessaire – à d'éventuels régimes générales. Deuxièmement, le problème consistant en l'éventualité pour l'Etat d'adopter ou de supprimer, le cas échéant, des mesures générales ne peut pas être considéré comme typique des seules mesures immédiates, ou en contradiction avec la nature collective de la procédure de réclamations. Au contraire, cette éventualité est tout à fait normale dans le cadre d'un mécanisme de protection des droits de l'homme qui sert à s'occuper non pas de cas individuels, mais plutôt de situations caractérisées par des éléments « d'importance collective » pour une généralité de sujets. Cette éventualité est donc tout à fait acceptable aussi dans la mesure où elle se pose pour donner un suivi à l'indication de mesures immédiates dans le contexte d'une telle procédure.

[56] En fait, dans les décisions sur le mesures immédiates, le Comité – outre à indiquer de façon générale le type de mesures que le Gouvernement est invité à prendre – demande aussi toujours au Gouvernement d'« assurer que soit portée à la connaissance de toutes les autorités publiques compétentes la présente décision et informer le Comité sans délai des mesures prises en application de celle-ci » (voir, par exemple, *Amnesty International c. Italie*, réclamation n°178/2019, décision sur la recevabilité et sur des mesures immédiates du 4 juillet 2019).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Du point de vue du déroulement procédural, il y a d'au moins un aspect qui mérite encore d'être souligné. Comme nous l'avons déjà mentionné, la procédure de réclamations collectives se déroule la plupart du temps uniquement par écrit. Cependant, le Protocole de 1995 prévoit que, dans le cadre de l'examen d'une réclamation, le CEDS « peut organiser une audition avec les représentants des parties »[57].

L'inclusion dans le Protocole de la possibilité pour le Comité d'organiser une audition est l'une des composantes qui fait ressortir le caractère contentieux et judiciaire de cette procédure de contrôle, et peut évidemment avoir plusieurs fins utiles. D'abord, elle permet soit à l'organisation réclamante soit à l'Etat concerné de clarifier et préciser leurs arguments respectifs ; en outre, elle offre la possibilité d'un dialogue direct entre le Comité et les parties ; troisièmement, en permettant une discussion publique sur l'objet de la réclamation, elle peut s'avérer un moyen de donner de la « publicité européenne » ultérieure à une situation nationale préoccupante sous l'angle du respect des droits sociaux.

Il faut toutefois noter que le CEDS ne fait usage que rarement de la possibilité que lui est offerte par le Protocole : en effet, sur environ 150 réclamations examinées jusqu'à ce jour, on ne peut compter que 9 auditions publiques[58]. Ainsi, il est compréhensible que certains Etats aient signalé en matière de critique le fait que la procédure devant le Comité « devrait être davantage contradictoire et faire plus de place à l'oralité des débats »[59].

VIII. LES DÉCISIONS SUR LE BIEN-FONDÉ, LE SUIVI PAR LE COMITÉ DES MINISTRES, ET LES CONSTATS DU CEDS SUR LES SUITES DONNÉES AUX DÉCISIONS DE VIOLATION

L'acte par lequel se termine la procédure contentieuse examinée jusqu'ici consiste en l'adoption par le CEDS d'une « décision sur le bien-fondé », par laquelle le Comité peut conclure soit à la violation par l'Etat concerné des dispositions de la Charte invoquées par la partie réclamante, soit à la non-violation de ces dispositions.

[57] Article 7, paragraphe 4, du Protocole. Le Règlement du CEDS, à l'article 33, précise qu'une audition : « peut être organisée à la demande d'une des parties ou à l'initiative du Comité. En cas de demande d'une des parties, il appartient au Comité de décider ou non d'y donner suite » (paragraphe 1). Encore : « L'audition est publique à moins que le Président n'en décide autrement. Les Etats et les organisations visées par l'article 7 du Protocole qui ont fait connaître qu'ils souhaitaient intervenir à l'appui d'une réclamation ou en vue de son rejet sont invités à participer à l'audition » (paragraphes 3 et 4).

[58] 9 octobre 2000 : *Eurofedop c. France*, réclamation n° 2/1999, *Eurofedop c. Italie*, réclamation n° 4/1999 et *Eurofedop c. Portugal*, réclamation n° 5/1999 ; 11 juin 2001 : *CFE-CGC c. France*, réclamation n° 9/2000 ; 31 mars 2003 : *Confederation of Swedish Enterprise c. Suède*, réclamation n° 12/2002 ; 29 septembre 2003 : *Autism -Europe c. France*, réclamation n° 13/2002 ; 11 octobre 2004 : *Centre européen des droits des Roms c. Grèce*, réclamation n° 15/2003 ; 27 juin 2007: *ATD Quart monde c. France*, réclamation no 33/2006 et *FEANTSA c. France*, réclamation n° 39/2006 ; 21 juin 2010 : *COHRE c. Italie*, réclamation n° 58/2009 ; 7 septembre 2015: *CGIL c. Italie*, réclamation n° 91/2013 ; et 20 octobre 2016 : *GSEE c. Grèce*, réclamation n° 111/2014.

[59] *Améliorer la protection des droits sociaux en Europe*, Volume II, cit., paragraphe 126.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Chaque décision est adoptée par le CEDS à la suite d'une ou plusieurs délibérations sur un projet de décision préparé et proposé par le Rapporteur, c'est-à-dire par un membre du Comité spécifiquement désigné par le Président dès l'enregistrement de la réclamation.

Comme on peut s'en apercevoir en lisant le texte des décisions du CEDS, chaque décision est le résultat d'une analyse et d'une appréciation approfondie de la situation faisant l'objet de la réclamation ; analyse et appréciation menées sur la base de l'ensemble des informations en fait et en droit qui sont à la disposition du Comité et qui peuvent avoir une incidence sur l'application des dispositions en cause et sur la mise en œuvre de droits protégés par la Charte sociale.

En cas de violation, le Comité ne se borne pas à indiquer synthétiquement, dans le dispositif, en quoi consiste la violation, mais il explique extensivement, dans les motifs de la décision (qui figurent dans la partie de la décision appelée « Appréciation du Comité ») les raisons pour lesquelles, dans la situation spécifique faisant l'objet de la réclamation, l'Etat n'aurait pas assuré une application satisfaisante de la Charte et des droits protégés par les dispositions de celle-ci, à la lumière de l'interprétation la plus appropriée de ce que ces dispositions auraient exigée dans la situation en question. Lorsqu'il l'estime nécessaire, le Comité peut aussi arriver à qualifier la situation en cause de « violation aggravée » de la Charte sociale[60].

[60] Le Comité a conclu à la « violation aggravée » dans deux décisions concernant la discrimination et l'expulsion des Roms de leurs logement, en Italie et en France. Dans la première décision, le CEDS a dit qu'il y a violation aggravée de la Charte lorsque sont remplis les critères suivants : d'une part, prise de mesures violant les droits de l'homme visant et touchant expressément des groupes vulnérables ; d'autre part, passivité des pouvoirs publics qui non seulement ne prennent pas de mesures appropriées à l'encontre des auteurs de ces violations, mais concourent à cette violence (*Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italie*, réclamation n° 58/2009, décision sur le bien-fondé du 25 juin 2010, § 76). Dans l'autre décision, le Comité a précisé que les violations aggravées « ne concernent pas seulement les individus qui en sont victimes ou la relation de ceux-ci avec l'Etat défendeur. Elles mettent en cause l'intérêt de la collectivité toute entière et les normes fondamentales communes des Etats membres du Conseil de l'Europe que sont les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit. La situation exige donc une attention urgente de la part de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe : le Comité les invite à rendre publique sa décision sur le bien-fondé dès sa notification aux parties et au Comité des Ministres » (*Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. France*, réclamation n° 63/2010, décision sur le bien-fondé du 28 juin 2011, § 54). La conséquence principale d'une violation aggravée est donc la demande du Comité d'une publicité immédiate de la décision sur le bien-fondé. En outre, en ce qui concerne le Gouvernement défendeur, le constat de violations aggravées impliquerait, d'après le CEDS, non seulement l'adoption de mesures de réparation adéquates, mais également l'obligation d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition (*ibid*., § 54).
Pendant plusieurs années, le CEDS, en accédant à la demande des parties réclamantes, a aussi inséré dans certaines décisions de violation une invitation finale au Comité des Ministres à recommander à l'Etat en cause de procéder au remboursement des frais de procédure supportées par l'organisation réclamante (voir, à titre d'exemple *Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. Irlande*, réclamation n° 100/2013, décision sur le bien-fondé du 1er décembre 2015, conclusion). Cependant, comme l'a fait remarquer le Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) dans son Rapport, « la proposition tendant à autoriser le remboursement aux organisations réclamantes des frais raisonnablement engagés dans le cadre des procédures n'a pas obtenu, pour l'heure, l'appui des Etats membres, qui ont souligné que le Protocole additionnel de 1995 ne le prévoyait pas » (*Améliorer la protection des droits sociaux en Europe*, Volume

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans cet effort d'analyse et d'appréciation, le Comité fait souvent preuve d'une liberté de réorganisation[61] et de requalification[62] des griefs de la partie réclamante, et – surtout – d'une interprétation systématique des dispositions concernées, ainsi que d'une interprétation systémique et téléologique de la Charte tout entière, considérée en tant qu'instrument vivant, dont les contenus et les implications doivent être compris et réalisés aussi bien en tenant compte de l'évolution de la réalité et des situations nouvelles, afin de répondre aux exigences actuelles de protection des droits sociaux[63], que de manière cohérente et en phase avec l'évolution des normes et des standards internationaux relatifs aux droits de l'homme dans le domaine en question[64]. Il tient compte en outre « de la nécessité juridique de se conformer aux règles impératives du droit international général (*jus cogens*) »[65].

II, cit., paragraphe 139). C'est pourquoi le CEDS, tout en continuant « à considérer que le remboursement des frais est en principe justifié et approprié dans certaines circonstances et constitue un moyen important pour que la procédure de réclamations puisse réaliser les objectifs et obtenir les effets escomptés qui ont initialement conduit les Etats membres du Conseil de l'Europe à l'adopter » (*Groupe européen des femmes diplômées des universités (UWE) c. Suède*, décision sur le bien-fondé du 6 décembre 2019, § 215), a décidé dans les dernières réclamations de ne pas donner suite aux demandes d'indemnisation des organisations réclamantes, en adoptant le libellé suivant : « Le Comité décide de ne pas faire de recommandation au Comité des Ministres en ce qui concerne la demande de l'organisation réclamante relative au paiement de … euros en compensation des frais de justice encourus dans le cadre de la procédure. Il renvoie à cet égard à la position adoptée dans le passé par le Comité des Ministres (voir la Résolution CM/ResChS(2016)4 dans l'affaire Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. Irlande, réclamation n° 100/2013) et à la lettre du Président du Comité adressée au Comité des Ministres en date du 3 février 2017 dans laquelle le Président a annoncé que le Comité s'abstiendrait provisoirement de faire des recommandations au Comité des Ministres concernant le remboursement des frais » (*ibid*. § 214).

[61] Voir, par exemple, *The Central Association of Carers in Finland c. Finlande*, réclamation n°71/2011, décision sur le bien-fondé du 4 décembre 2012 : « L'organisation réclamante allègue d'une violation des articles 13, 14, 16 et 23 de la Charte en usant, pour ce faire, du même argument. Le Comité décide d'examiner cette affaire dans l'ordre des dispositions les plus pertinentes pour la présente réclamation, à savoir les articles 23, 14,13 et 16 » (§ 18).

[62] « Dans le cadre de l'examen des allégations, le Comité a considéré que la substance des arguments formulés en ce qui concerne l'article 12 §2 se réfère plutôt aux dispositions de l'article 12 §3. Sur cette base, en application du Règlement, le Comité a requalifié la réclamation » (*Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 66/2011, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012, § 6). Ou encore : « Avec ces prémisses, il y a lieu de procéder à la requalification du grief relatif aux articles 20 et E (modalités discriminatoires de gestion de la carrière, y compris la promotion, des fonctionnaires demeurés dans les corps de reclassement) afin de les analyser tous les deux sur le terrain de l'article 1 §2 de la Charte » (*Syndicat de Défense des Fonctionnaires c. France*, réclamation collective n° 73/2011, décision sur le bien-fondé du 12 septembre 2012, § 45).

[63] Voir, par exemple, *Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme c. Grèce*, réclamation n° 30/2005, décision sur le bien-fondé du 6 décembre 2006, § 194, et *Transgender Europe et ILGA-Europe c. République tchèque*, décision sur le bien-fondé du 15 mai 2018, § 75.

[64] *Fédération européenne des associations nationales de travail avec les sans-abri (FEANTSA) c. France*, réclamation n° 39/2006, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2007, 64 ; *Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) et Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. République tchèque*, réclamation n° 157/2017, décision sur le bien-fondé du Juin 2020, § 133.

[65] *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation n° 69/2011, décision sur le bien-fondé du 23 octobre 2012, § 33.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les décisions, qui du point de vue rédactionnel sont très proche d'un véritable arrêt judiciaire (tel qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme), sont adoptées à la majorité des membres du Comité, et il est aussi prévu par la Règlement du CEDS que des éventuelles « opinions séparés » soient jointes à la décision[66].

Si l'adoption de la décision sur le bien-fondé clôt la phase contentieuse de la procédure, moyennant une constatation définitive de violation – ou de non-violation – de la Charte sociale, elle ne met pas fin, toutefois, à la procédure de contrôle ouverte par la présentation d'une réclamation collective.

Avant de proposer quelques réflexions sur la nature juridique et les effets des décisions du CEDS, il convient donc d'examiner brièvement quel est le suivi de l'adoption d'une décision sur le bienfondé.

D'après l'article 8 §2 du Protocole de 1995, la décision sur le bien-fondé du CEDS est immédiatement transmise au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et communiquée aux parties à la réclamation, c'est-à-dire : organisation(s) réclamante(s), et Etat(s) défendeur(s). Elle n'est toutefois rendue publique – ni transmise à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – qu'après l'adoption par le Comité des Ministres de la résolution concernant la réclamation, ou au plus tard quatre mois après sa transmission à ce dernier.

L'article 9 du Protocole prévoit que le Comité des Ministres, sur la base de la décision du CEDS, adopte une résolution à la majorité des votants ; mais il prévoit aussi que, *en cas de constat de violation*, le Comité des Ministres adopte, à la majorité des deux tiers de votants, « une recommandation à l'adresse de la Partie contractante mise en cause ».

Cependant, il faut noter que dans la pratique les choses sont assez différentes. En effet, en dépit du fait que dans la grande majorité les décisions du CEDS sont des constats de violation, le Comité des Ministres n'a adopté qu'une seule fois, sur plus de vingt ans, une recommandation à l'égard de l'Etat partie concerné par un constat négatif[67]. Dans la quasi-totalité des cas le Comité des Ministres adopte plutôt une résolution un peu vague dans laquelle, vu les informations communiquées par la délégation de l'Etat concerné, il se borne à prendre note de l'intention de cet Etat de mettre la situation en conformité avec la Charte. Parfois, et notamment lorsque l'Etat concerné, avec le soutien de quelques autres Etats, montre qu'il conteste résolument le constat de violation du CEDS, le Comité de

[66] Article 35, paragraphe 1, du Règlement. Il peut s'agir soit d'opinions séparées dissidentes (voir, par exemple, *Confédération générale grecque du travail (GSEE) c. Grèce*, Réclamation n° 111/2014, décision sur le bien-fondé du 23 mars 2017, opinion séparée dissidente de Petros Stangos), soit d'opinions séparées concordantes (voir, par exemple, *Transgender Europe et ILGA-Europe c. République tchèque*, réclamation n° 117/2015, décision sur le bien-fondé du 15 mai 2018, opinion séparée concordante de Karin Lukas).

[67] Voir la Recommandation RecChs(2001)1 adoptée par le Comité des Ministres le 31 janvier 2001 lors de la 738ème des Délégués des Ministres en ce qui concerne la réclamation n° 6/1999, *Syndicat national des professions du tourisme c. France*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Ministres, tout en appelant cet Etat à l'informer de toute développement possible sur la situation faisant l'objet du constat de violation, prend aussi note des préoccupations exprimées par le Gouvernement, démontrant ainsi ne pas partager pleinement la décision du CEDS[68].

Quel que soit le degré d'approbation et de soutien par le Comité des Ministres d'un constat de violation adopté par le CEDS[69], l'aspect important dans le suivi des décisions sur le bienfondé des réclamations collectives est que l'Etat concerné par une décision négative est tenu, dans tous les cas, de donner des informations – ou mieux, de faire des rapports détaillés – sur les mesures qu'il a prises pour donner suite à la décision du Comité européen des Droits sociaux. Et c'est précisément au CEDS que ces informations doivent être données et c'est à lui qu'il appartient de constater, *in fine*, si la situation a été mise en conformité ou non avec la Charte sociale.

C'est ce qui ressort tant du Protocole de 1995, que – surtout – de la manière dont le Protocole a été évolutivement appliqué par le Comité des Ministres.

L'article 10 du Protocole prévoit, en effet, que l'Etat mis en cause donne « des indications sur les mesures qu'[il] aura prises pour donner effet à la recommandation du Comité des Ministres dans le prochain rapport qu'[il] adressera au Secrétaire Général en application de l'article 21 de la Charte », c'est-à-dire dans le premier rapport qu'il va soumettre dans le cadre de la procédure des rapports[70].

---

[68] L'exemple de la Résolution ResChS(2015)4 du Comité des Ministres du 15 avril 2015, concernant la réclamation n°86/2012, *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Pays Bas* est à ce titre très illustratif. Dans ce cas, dans lequel le Comité européen des Droits sociaux avait conclu à l'unanimité à la violation, entre autres, des articles 13 et 31 de la Charte sociale révisée, au motif de la violation par les Pays-Bas du droit à l'assistance sociale et médicale et du droit au logement des migrants en situation irrégulière, le Comité des Ministres a déclaré ce qui suit : « [le Comité des Ministres] [v]u les informations communiquées par la délégation des Pays-Bas le 16 septembre 2014, 1. prend note du rapport du CEDS et en particulier des préoccupations communiquées par le Gouvernement néerlandais (voir l'annexe à la résolution) ; 2. rappelle que les pouvoirs confiés au CEDS sont profondément enracinés dans la Charte elle-même et reconnaît que la décision du CEDS soulève des questions complexes à cet égard et en ce qui concerne l'obligation des Etats parties de respecter la Charte ; 3. rappelle la limitation du champ d'application de la Charte sociale européenne (révisée), prévue au paragraphe 1 de l'annexe à la Charte ; 4. appelle de ses vœux que les Pays-Bas l'informent de tout développement possible sur cette question ». (Sur la question complexe de la limitation du champ d'application de la Charte sociale, ainsi que de l'application exceptionnelle de certaines dispositions de la Charte aussi aux étrangers de Pays non européens et aux migrants en situation irrégulière, qu'il me soit permis de faire référence à G. PALMISANO, « Overcoming the limits of the European Social Charter in terms of persons protected: the case of third State nationals and irregular migrants », *in* M. D'AMICO, G. GUIGLIA (dir.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century - La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, cit., pp. 171-191.

[69] Comme il est dit clairement dans le *Rapport explicatif* du Protocole, le Comité des Ministres, dans sa décision, « ne peut pas remettre en cause l'appréciation juridique donnée par le [CEDS]. Toutefois, la décision qu'il prend (résolution ou recommandation) peut être basée sur des considérations de politique sociale et économique » (paragraphe 46).

[70] *Supra* paragraphe 2. A propos de cette procédure de suivi des recommandations du Comité des Ministres concernant les décisions de violation adoptées par le CEDS, le *Rapport explicatif* du Protocole de 1995 souligne : « Lorsque le Comité des Ministres a adopté une recommandation, il est important qu'un suivi

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Or, il faut tout d'abord noter que le texte de cet article se réfère explicitement aux seuls cas de *recommandations* du Comité des Ministres adressées à un Etat partie aux termes de l'article 9 du Protocole. Cependant, cette disposition a été appliquée, dès le début, de manière extensive par le Comité des Ministres, de façon à couvrir aussi tous les cas de *résolutions* générales et vagues dont nous avons parlé ci-dessus, adoptées (par consensus) par le Comité des Ministres sur la base de toute décision transmise par le CEDS.

Dans tous les cas de décisions de violation adoptées par le CEDS et transmises au Comité des Ministres, l'Etat concerné est donc tenu à soumettre périodiquement à l'appréciation du CEDS un rapport contenant les informations sur les mesures qu'il a éventuellement prises pour mettre la situation en conformité avec la Charte ; et le CEDS, en exerçant sa compétence aux termes de ce qui est prévu pour l'examen des rapports nationaux, apprécie si la situation a été effectivement mise en conformité « avec le contenu des obligations découlant de la Charte »[71], en incluant son appréciation dans les Conclusions qu'il adopte et publie chaque année dans le cadre de la procédure de rapports.

Si le Comité conclut à la mise en conformité, le contrôle sur les mesures prises pour donner suite à la décision de violation s'achève ; si, en revanche, le Comité conclut à la non-conformité, la procédure de contrôle continue, et l'Etat devra soumettre au Comité les informations sur ces mesures dans le prochain rapport concernant la disposition ou les dispositions de la Charte dont la violation a été identifiée dans la décision sur le bien-fondé de la réclamation collective.

Il faut d'ailleurs mettre en exergue le fait que la compétence du CEDS de contrôler et apprécier le suivi de ses décisions de violation, prévue à l'article 10 du Protocole de 1995, a été encore valorisé par une Décision du Comité des Ministres de l'avril 2014[72]. Par cette Décision, le Comité des Ministres, afin aussi de simplifier le système de rapports nationaux pour les Etats qui ont accepté la procédure de réclamations collectives (actuellement 15 Etats, comme on l'a dit), a en effet voulu séparer le contrôle sur le suivi des décisions de violation de l'examen des rapport nationaux. A partir de 2015, tous les deux ans, à la place d'un rapport thématique 'ordinaire', ces quinze Etats – divisée en deux groupes alternés – transmettent donc un rapport 'simplifié', dans lequel ils expliquent *exclusivement* les mesures prises pour donner suite aux décisions de violation adoptées par le CEDS dans les réclamations collectives qui les concernent. Et le

soit assuré. A l'instar de ce qui est prévu par d'autres mécanismes internationaux de contrôle (Convention européenne des Droits de l'Homme ; OIT ; Comité des droits de l'homme, etc.), l'article 10 demande que l'Etat mis en cause donne des informations sur les mesures qu'il a prises pour donner effet à la recommandation du Comité des Ministres » (paragraphe 49).

[71]Article C de la Charte révisée, qui reproduit, à cet égard, l'article 24 de la Charte de 1961, telle qu'amendée par le Protocol de Turin de 1991.

[72] Décision adoptée par le Comité des Ministres à la 1196ème réunion des Délégués des Ministres les 2 et 3 avril 2014, intitulée « Méthodes de rationalisation et d'amélioration du système de rapports et de monitoring de la Charte sociale européenne », CM(2014)26.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CEDS adopte et publie, tous les ans, des « Constats » (de 'mise en conformité' ou de 'non-mise en conformité') relatifs aux suites respectivement données, par chaque Etat du groupe en question, aux décisions de violation qui le concernent[73].

IX. CARACTÈRE JURIDICTIONNEL ET PORTÉE JURIDIQUE DES DÉCISIONS SUR LE BIEN-FONDÉ

A la lumière du système de suivi concernant les décisions de violation adoptées par le CEDS, on peut essayer de proposer quelques réflexions sur la nature juridique et l'importance effective de ces décisions, ainsi que, de manière plus générale, sur la valeur de la procédure de réclamations collectives en tant qu'instrument international pour la protection des droits sociaux.

Sous l'angle d'une analyse juridique formaliste, il est même trop évident que, malgré le caractère contentieux de la procédure devant le CEDS, malgré un processus scrupuleusement contradictoire, malgré la structure et le contenu des décisions, caractérisées par une exposition et une analyse minutieuse de tous les aspects de fait et de droit, par une appréciation très argumentée et des dispositifs clairs et précis, les décisions sur le bien-fondé des réclamations collectives ne sont pas des « arrêts » d'une cour internationale, c'est-à-dire des actes auxquels l'Etat en cause s'est engagé, sur le plan juridique international, à se conformer. Il n'y a, en effet, ni dans le Protocole de 1995, ni dans la Charte sociale révisée, aucune disposition qui soit identique ou analogue à l'article 46 de la Convention européenne de Droits de l'Homme, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14 (ou à l'article 53 de l'ancienne Convention de 1950). Les Etats parties au Protocole de 1995 ne se sont pas formellement engagés à se conformer aux décisions du CEDS dans les réclamations auxquels ils sont parties.

On peut aussi exprimer cela, si l'on veut, en disant que le CEDS, quand il adopte une décision sur le bien-fondé d'une réclamation collective, n'exerce pas une fonction *stricto sensu* juridictionnelle ou judiciaire (mais seulement quasi-juridictionnelle), et que ses décisions n'ont pas l'autorité ou la qualité juridique de la chose jugée (à savoir la force obligatoire du jugement)[74].

[73] Voir, par exemple, les « Constats 2019 » du Comité européen des Droits sociaux sur les suites données par la Croatie, le Chypre, la République tchèque, le Pays Bas, la Norvège, la Slovénie, et la Suède relatives aux décisions rendues dans le cadre de la procédure de réclamations collective (https://rm.coe.int/follow-up-cc-2019-fr-constats-20019-sur-le-suivi-des-reclamations-coll/16809cf9a4).

[74] C'est du moins ce qu'on doit conclure si l'on partage l'ordre d'idées proposé par exemple par C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *A.F.D.I.*, 2000/46, p. 58, H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *in* Société Française de Droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 163, ou par Y. KERBRAT, « Aspects de droit international général dans la pratique des comités établis au sein des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme 2008-2009 », *A.F.D.I.*, 2009/55, p. 559 (« [l]a nature d'un organe dépend de la fonction qui lui est dévolue : il est juridictionnel si celle-ci est de trancher un différend par une décision obligatoire et sur la base du droit », p. 561).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Si on met de côté les définitions et le qualifications théoriques générales, et si l'on considère cette absence de caractère contraignant du point de vue des caractéristiques sur le plan spécifique du système juridique international, cette absence signifie essentiellement que si les autorités et les fonctionnaires étatiques quels qu'ils soient (qu'ils exercent des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, et qu'ils soient organes du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat)[75] ne mettaient pas en œuvre ce qui est requis pour se conformer à une décision de violation du CEDS concernant l'Etat dont il sont organes, cela ne constituerait pas, en soi, la violation d'une obligation internationale assumée par cet Etat envers les autres Etats parties au Protocole dans le cadre institutionnel du Conseil de l'Europe et ne constitue donc pas une violation de laquelle puisse découler, en tant que conséquence juridique négative, l'adoption par le Comité des Ministres de mesures (sanctions) concernant, par exemple, la suspension du droit de représentation au Conseil de l'Europe de l'Etat concerné, voire l'exclusion de cet Etat de l'Organisation.

Or, sans vouloir ni minimiser ni exagérer l'importance des effets du type indiqué ci-dessus, découlant du caractère contraignant des arrêts adoptés par les cours internationales qui s'occupent de la protection des droits de l'homme (du point de vue soit de l'efficacité préventive/dissuasive rattachable à ce caractère, soit de la garantie d'une mise en œuvre effective des obligations internationales concernant les droits de l'homme)[76], il faut observer que l'absence de caractère contraignant des décisions sur le bien-fondé prises par le CEDS – élément qui distingue formellement ces décisions des arrêts d'une cour internationale telle que par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme, et qui les rapproche plutôt des « constatations » typiques de certains organes onusiens de contrôle, tel que le Comité des droits de l'homme –, est toutefois compensé par le fait que les Etats parties au Protocole se sentent tout de même substantiellement engagés à

[75] Nous nous référons ici apparemment à la terminologie utilisée dans l'article 4 du « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat » de la Commission de Droit International des Nations Unies, afin d'établir l'attribution d'un comportement internationalement illicite à l'Etat (le texte de la disposition et le commentaire y relatif est disponible à l'adresse https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf, voir notamment les pages 83-96).

[76] Qu'il nous soit permis de reprendre ici, à ce propos, les considérations de Olivier Delas, Manon Thouvenot et Valérie Bergeron-Boutin, qui se réfèrent aux décisions du Comité des Droits de l'Homme : « il convient … de relativiser l'importance de l'autorité relative de chose jugée pour asseoir une distinction entre les décisions du Comité et celles de ses homologues, par rapport aux arrêts de juridictions internationales. En effet, qu'il s'agisse de quasi-juridictions ou de juridictions, que leur décision ait ou n'ait pas l'autorité relative de chose jugée, ces institutions évoluent dans une société qui demeure westphalienne, où la volonté de l'Etat demeure incontournable. Ainsi, si les arrêts de la Cour EDH font autorité en matière de protection des droits de la personne, il n'en demeure pas moins que certains d'entre eux sont en but au refus des Etats de les mettre en œuvre. Cette coopération des Etats est indispensable et elle se manifeste dans le système européen de protection des droits de la personne par la procédure de suivi de mise en œuvre des arrêts, qui est confiée à un organe politico-diplomatique, le Comité des ministres. […] Tout comme ses homologues judiciaires, seul un processus de négociation et de coopération indispensable avec les Etats permettra au Comité des DH de s'assurer que ces derniers donnent suite à ses décisions (O. DELAS, M. THOUVENOT et V. BERGERON-BOUTIN, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des Droits de l'Homme », *Revue québécoise de droit international*, 2017/30.2, pp. 49-50).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

adopter des mesures pour donner suite à la décision du Comité et se conformer de cette manière, dans la situation spécifique faisant objet d'une réclamation collective, aux prescriptions de la Charte sociale, telle qu'elles ont été établies par le CEDS dans sa décision. Ils se sentent d'ailleurs engagés au point qu'ils ont accepté l'obligation (juridique formelle) de soumettre périodiquement à l'appréciation du CEDS, comme on l'a dit, un rapport contenant les informations sur les mesures qui ont été prises pour donner suite à la décision du Comité et mettre la situation en conformité avec la Charte.

On doit aussi ajouter que dans leurs rapports sur les suites données aux décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives, les Etats concernés, même dans les cas où ils font état d'objections contre l'appréciation faite par le Comité (et contestent, devant le Comité des Ministres, la décision de violation), ne mettent pourtant jamais en discussion leur obligation de donner un suivi à ces décisions, et de mettre en conformité la situation nationale avec la Charte sociale, en accord avec les indications formulées par le CEDS dans la décision de violation.

Pour rester toujours dans la perspective d'une analyse juridique formaliste, on peut donc dire que si au niveau international les décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives n'ont pas un caractère contraignant (car les Etats concernés ne sont pas obligés de se conformer à ces décisions), elles ne sont néanmoins pas dépourvues de tout effet juridique : en fait, de l'adoption d'une décision de violation découle, d'une part, l'obligation de l'Etat concerné de rendre compte au CEDS des mesures qui ont été prises pour donner suite à la décision et mettre la situation en conformité avec la Charte, et – d'autre part – la possible « sanction » constituée par une recommandation du Comité des Ministres adressée à l'Etat qui ne s'efforce pas de mettre en conformité la situation avec la Charte, selon les indications résultant de la décision du CEDS.

En outre, s'il est vrai qu'aux termes du Protocole de 1995 les Etat parties n'ont pas voulu doter les décisions du CEDS sur le bien-fondé de réclamations collectives de *l'autorité de la chose jugée*, c'est-à-dire de la force juridiquement obligatoire du jugement (« *materielle Rechstkraft* »), il est également vrai qu'ils ont voulu attribuer à ces décisions *le caractère formel de la chose jugée* (« *formelle Rechtskraft* »), c'est-à-dire la propriété attachée à la décision rendue qui devient inattaquable eu égard à son contenu ; ce qui implique qu'elle ne peut plus être modifiée, ni par un autre organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel, ni par un organe ou institution « politique », tel que le Comité des Ministres. En fait, le Protocole ne prévoit aucune forme d'appel ou de révision à l'égard des décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives, et le *Rapport explicatif* précise sans ambiguïté que le Comité des Ministres « ne peut pas remettre en cause l'appréciation juridique donnée par le [CEDS] ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Et il faut aussi rappeler que les Parties contractantes au Protocole ont décidé d'attribuer au CEDS une compétence *exclusive* pour contrôler si l'Etat mis en cause par une réclamation collective a ou non assuré d'une manière satisfaisante l'application de la disposition ou des différentes dispositions de la Charte visées par la réclamation : les décisions sur le bien-fondé du CEDS sont donc le seul instrument que ces Etats ont accepté, et considèrent comme admissible, pour obtenir au niveau international une appréciation juridique de réclamations ou de différends mettant en cause, dans une situation concrète et spécifique, le respect des obligations en matière de droits sociaux découlant de l'application de la Charte sociale européenne[77].

En conclusion, pour exprimer *en positif* la portée juridique internationale des décisions sur le bien-fondé du CEDS, on peut dire qu'il s'agit d'actes de nature juridictionnelle concernant l'appréciation du respect de la Charte sociale européenne mis en cause par une réclamation collective ; actes que les Etats parties au Protocole ont doté d'une force déclaratoire inattaquable, et auxquels les Etats concernés par une réclamation sont obligé de donner suite en soumettant au contrôle du CEDS les mesures qui ont été prises à cet effet[78].

Cela est, en effet, beaucoup plus pertinent et significatif, à nos yeux, que de se contenter de dire, de façon négative, que ces décisions, au niveau juridique international, ne sont pas des arrêts et qu'elles ne sont pas dotées de la force obligatoire du jugement.

X. LA VALEUR INTERPRÉTATIVE DE LA JURISPRUDENCE DU CEDS DÉCOULANT DES DÉCISIONS SUR LE BIEN-FONDÉ

Ne pas se contenter de la simple constatation de la force non obligatoire des décisions sur le bien-fondé – pour considérer plutôt la nature et les caractéristiques de ces décisions dans le contexte essentiellement juridictionnel dans lequel elles se situent – permet de mieux comprendre aussi leur importance juridique au-delà de l'appréciation et du règlement du cas particulier faisant l'objet d'une réclamation donnée, notamment pour ce qui concerne, de manière plus générale, l'identification du contenu et l'interprétation des obligations étatiques établies par les dispositions de la Charte sociale européenne.

[77] C'est ce qui ressort clairement de l'article 12 du Protocole de 1995 (et de l'Annexe à la Partie III de la Charte révisée) : « Il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la partie IV de la Charte et par les dispositions du présent Protocole ».

[78] Il s'agit donc d'une conclusion apparemment très proche, *mutatis mutandis*, de celle que Olivier Delas, Manon Thouvenot et Valérie Bergeron-Boutin ont déjà proposée dans leur étude, bien argumentée, sur les décisions du Comité des Droits de l'Homme (« Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des Droits de l'Homme », cit., pp. 38-41).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En fait il est, d'une part, exact que les Etats parties au Protocole de 1995 (et donc aussi leurs organes juridictionnels internes, ou tout autre autorité ou organe étatique) ne sont pas juridiquement obligés de donner application aux dispositions de la Charte sociale en se conformant à l'interprétation et aux contenus spécifiques établis par le CEDS dans l'appréciation formulée et les décisions adoptées dans le cadre de la procédure de réclamations collectives[79].

Mais, d'autre part, la compétence exclusive de contrôle *juridique* sur la Charte sociale que les Etats parties au système de la Charte ont confié au CEDS, le fait que la procédure de réclamations collectives permet de mettre les prescriptions normatives abstraites de la Charte sociale à l'épreuve de la réalité, de les tester dans des situations concrètes et particulières, la manière très juridictionnelle par laquelle le Comité exerce sa fonction de contrôle dans le cadre cette procédure, le niveau de précision et la qualité juridique des décisions sur le bien-fondé, le fait que les Etats concernés par des décisions sur le bien-fondé se sentent effectivement engagés – comme on l'a dit – à s'efforcer de s'y conformer en ce qui concerne la situation concrète mise en cause par une réclamation, tout cela contribue évidemment à donner une valeur interprétative très élevée aux décisions du CEDS[80].

[79] Ce qui vaut *a fortiori*, évidemment, pour les autres Etats parties à la Charte sociale qui ne sont pas parties au Protocole (ainsi que pour les juges et les autres organes de ces Etats).
Par ailleurs, l'inexistence, au niveau du droit international, d'une obligation des Etats parties à un traité de se conformer aux « prononcés » d'organes conventionnels d'experts institués en vertu du traité, aux fins de l'interprétation d de ce même traité, a été récemment mise en évidence par la Commission du Droit International des Nations Unies (CDI), dans le « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs » (disponible à l'adresse https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/1_11_2018.pdf). D'après la CDI, ces prononcés ne peuvent pas être considérés, en eux-mêmes, comme étant « l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes » et donc ils n'ont pas la valeur juridique de moyens d'interprétation authentiques du traité, comme c'est le cas des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure : « [l]es décisions et autres déclarations de juridictions internationales et d'organes conventionnels d'experts peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques si elles reflètent ou suscitent de tels accords ultérieurs et une telle pratique ultérieure des parties elles-mêmes ou si elles s'y réfèrent » (Commentaire à la Conclusion 11, paragraphe 11, voir aussi la Conclusion 13 et son Commentaire).

[80] A ce propos, il convient de rappeler ce que la Cour européenne des droits de l'homme a voulu mettre en exergue en répliquant à l'objections du Royaume-Uni selon laquelle « les avis du CEDS ne sont pas une source de droit faisant autorité car cet organe, en dépit de l'indépendance et de l'expertise de ses membres, n'a pas selon lui un statut judiciaire ou quasi judiciaire mais a pour rôle de faire rapport au Comité des Ministres ». La Cour a fait observer que « la compétence du CEDS est définie dans le Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne (ou « Protocole de Turin », Série des traités européens n° 142), à savoir "apprécie[r], d'un point de vue juridique, la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales avec le contenu des obligations découlant de la Charte". Il est vrai que ce protocole n'est pas entré en vigueur car plusieurs Etats parties à la Charte, dont le Royaume-Uni, ne l'ont pas ratifié. *Cependant, la valeur interprétative des avis du CEDS apparaît généralement admise par les Etats et par le Comité des Ministres*. *Elle est en tout cas reconnue par la Cour, qui a tenu compte à maintes reprises des interprétations de la Charte données par le CEDS et des avis de celui-ci sur le respect par les Etats de diverses dispositions de ce texte* (voir, par exemple, Demir et Baykara, précité, et Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, no 28602/95, § 39, CEDH 2006-II, affaire concernant un syndicat où la Cour a décrit le CEDS comme *un organe « particulièrement qualifié » dans ce domaine*) » (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, n° 31045/10, arrêt du 8 avril 2014, § 94, italiques ajoutés).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Plus exactement, les décisions sur le bien-fondé – bien que n'ayant pas l'autorité formelle de la chose interprétée – ont la capacité effective de clarifier, préciser et compléter le contenu et les implications des obligations étatiques prévues les dispositions de la Charte sociale. En d'autres mots : bien qu'il ne soit pas interdit aux Etats parties de la Charte (y compris ceux qui sont parties aussi au Protocole de 1995) de ne pas prendre en compte l'interprétation et l'application des dispositions de la Charte telles que données par le CEDS dans ses décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives quand ils – c'est-à-dire leurs organes, y compris les juges – sont confrontés à la mise en œuvre ou à la réalisation juridictionnelle interne des dispositions de la Charte sociale, ni de les appliquer en attachant à ces dispositions un sens ou des implications différents par rapport à ceux qui sont établis dans la jurisprudence du CEDS, telle que consolidée dans ses décisions sur les réclamations collectives, il est quand même tout-à-fait normal que cette jurisprudence consolidée constitue le repère fondamental, dans tous les Etats parties au système de la Charte sociale européenne, pour la mise en œuvre et l'application (y compris la réalisation juridictionnelle) des dispositions de la Charte[81].

D'ailleurs, cette autorité interprétative substantielle des décisions sur le bien-fondé est démontrée par quelques exemples significatifs de décisions récentes d'organes juridictionnels nationaux d'Etats parties à la Charte sociale qui, dans leur utilisation de la Charte sociale européenne, ont fait une référence explicite aux décisions du CEDS, en donnant aux dispositions de la Charte justement le

[81] *Mutatis mutandis* on pourrait donc dire de la valeur interprétative de la jurisprudence du CEDS ce que la Cour internationale de Justice a reconnu être (dans l'arrêt *Ahmadou Sadio Diallo*) la valeur juridique des organes quasi-juridictionnels de contrôle sur les droits de l'homme, tels que le Comité des Droits de l'Homme ou la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Il vaut la peine de mentionner ici les passages les plus saillants du discours de la Cour de La Haye : « [66. …] Le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des Etats parties au premier Protocole facultatif, ainsi que dans le cadre de ses « Observations générales ». *Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international ; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles*. 67. De même, *lorsque la Cour est appelée, comme en l'espèce, à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'homme, elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause*. En l'espèce, l'interprétation de l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine qui est retenue ci-dessus est conforme à la jurisprudence de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée par l'article 30 de ladite Charte » (*Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, [2010] CIJ rec 639, §§ 66-67, italiques ajoutés).
En faveur de la valeur juridique d'autorité interprétative substantielle des obligations étatiques, qui serait propre aux prononcés des organes quasi-juridictionnels de contrôle sur les droits de l'homme, voir les arguments convaincants de D. SHELTON, « The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies », *in* HESTERMEYER et al. (dir.), *Coexistence, cooperation and solidarity, Liber amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 553-560.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

contenu spécifique et la portée que le Comité avait déjà eu l'occasion de préciser dans ses décisions. Et il s'agit de juges, tribunaux ou cours (y comprises des cours constitutionnelles) appartenant non seulement à des Etats parties au Protocole sur les réclamations collectives, mais aussi à des Etats qui n'ont pas accepté ce Protocole[82].

[82] A titre d'exemple, on peut mentionner les cas suivants. En Belgique : Cour constitutionnelle, arrêt du 27 juillet 2017, n° 101/2017, se référant à la jurisprudence du CEDS (notamment *Confédération française de l'Encadrement -CFE-CGC c. France*, réclamation n° 16/2003, décision sur le bien-fondé du 12 octobre 2004) pour déterminer le contenu et les implications du droit de grève établi par l'article 6 §4 de la Charte ; Cour du Travail de Bruxelles, arrêt du 13 mai 2015, n°2013/AB/614, se référant à *Conférence des Eglises européennes c. Pays-Bas*, réclamation n° 90/2013, décision sur le bien-fondé du 1er juillet 2014, et *à Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abris (FEANTSA) c. Pays-Bas*, réclamation n° 86/2012, décision sur le bien-fondé du 2 juillet 2014, pour affirmer l'existence d'une obligation de fournir une assistance d'urgence couvrant l'hébergement, la nourriture, les vêtements, ainsi que les soins médicaux d'urgence, en faveur des migrants qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire, aux termes de l'article 13 de la Charte.
A la même décision du 1er juillet 2014, concernant la réclamation n° 90/2013 (*Conférence des Eglises européennes c. Pays-Bas*), ont fait aussi référence, au Pays-Bas, la Chambre centrale d'Appel (ECLI: NLCRVB 2014:4178, décision du 17 décembre 2014) et le Tribunal de district de La Haye (affaire n° AWB 14/8686, décision du 23 décembre 2014) pour établir la portée des obligations découlant de l'article 13 et 31 de la Charte (ECLI: NLCRVB 2014:4178, décision du 17 décembre 2014).
En Italie, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 194/2018 du 26 septembre 2018, a fait une référence explicite à la jurisprudence du CEDS (*Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016) pour affirmer que, en cas de licenciement sans motif valable, tout plafonnement qui avait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi, ni suffisamment dissuasives, serait – conformément à la jurisprudence du CEDS – contraire à l'article 24 de la Charte, sur le droit à la protection en cas de licenciement.
En France, deux conseils de prud'hommes (Cons. Prud'h. Troyes 13-12-2018 n° 18/00036, Cons. Prud'h. Lyon 21-12-2018 n° 18/01238) se sont basés sur la même jurisprudence du CEDS (*Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 106/2014) pour conclure à la contrariété avec la Charte sociale européenne (article 24) du barème d'indemnités pour licenciement abusif instauré par les « ordonnances Macron » (ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017).
C'est encore à la jurisprudence du CEDS concernant l'article 24 de la Charte qu'a fait une référence explicite, en Grèce, le Tribunal de première instance du Pirée, arrêt n° 3220/2017, en affirmant que d'après cette disposition de la Charte sociale, telle qu'interprétée par le CEDS, pour qu'un licenciement soit qualifié licite, il doit être fondé sur une cause valable qui, une fois invoquée devant le tribunal, doit être prouvée par l'employeur. Le Tribunal du Pirée a voulu aussi souligner expressément, en ligne avec la position déjà prise par d'autres Tribunaux grecs (arrêt 37/2013 du Tribunal de première instance de Chios ; arrêt 90/2013 du Tribunal de première instance de Ksanthi ; arrêt 494/2013 du Tribunal de première instance de Patras) « l'autorité interprétative » des décisions du CEDS.
En Espagne, un Pays qui n'est pas partie au Protocole de 1995 prévoyant le système des réclamations collectives, le Juge de l'ordre social n° 2 de Barcelone (arrêt n° 412 du 19 novembre 2013) a écarté une législation nationale permettant de licencier des travailleurs pendant leur période probatoire, sans préavis ni indemnité, à cause de la contrariété de cette législation avec l'article 4 §4 de la Charte sociale tel qu'interprété par le CEDS dans ses décisions concernant les mesures imposées à la Grèce par la « Troika » (*GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, réclamation n° 65/2011, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012). Plusieurs autres tribunaux du travail espagnols se sont alignés sur ce jugement. Dans le même esprit, des arrêts des hautes Cours régionales d'Espagne ont récemment appliqué l'article 4 §4 de la Charte, en reconnaissant que la jurisprudence du CEDS doit être prise en compte en tant que « interprétation authentique » des dispositions de la Charte (voir notamment Tribunal supérieur de justice des Canaries, Las Palmas de Grande Canarie, Salle ordre Social, arrêts 30/2016 du 28 janvier 2016, Rec. 581/2015 ; 252/2016 du 30 mars 2016, Rec. 989/2015 ; 342/2016 du 18 avril. 2016, Rec. 110/2016 ; 1300/2016 du 31 janvier 2017).
En Allemagne, un autre Pays qui n'est pas partie au Protocole de 1995, La Cour Constitutionnelle a fait elle aussi une référence explicite à la jurisprudence du CEDS concernant les mesures imposées à la Grèce

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Bref, dans les cas où les obligations concernant les droits sociaux imposées par les dispositions de la Charte sociale ont fait l'objet de décisions sur le bien-fondé, ces obligations aboutissent à prendre – aux yeux des Etats parties (et de leurs organes internes, surtout juridictionnels) – le contenu et les implications qui ont été établis par le CEDS dans sa jurisprudence relative aux réclamations collectives[83].

Et en effet, on constate une telle situation dans plusieurs domaines couverts par des dispositions de la Charte sociale, où le CEDS a bâti, moyennant ses décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives, un important corps de jurisprudence qui a clarifié le sens, les implications et les incidences réelles des droits énoncés dans la Charte sur des sujets complexes, tels que : le respect du droit des travailleurs à un préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi, ainsi que du droit à la sécurité sociale, en temps de « mesures d'austérité »[84] ; le droit des employés licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate et suffisamment dissuasive[85] ; la prise en charge éducative et formative des enfants

par la « Troika » (*GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, réclamation n° 65/2011) pour affirmer, conformément à cette jurisprudence (§ 20 de la décision du CEDS), que l' article 1§ 1 de la Charte, sur le droit au travail, concerne la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi, mais ne concerne pas les dispositifs protecteurs du droit du travail et/ou de la sécurité sociale (voir BVerfG, Beschluss des Ersten Senats BvL 7/14, Ordonnance du 6 juin 2018).

[83] A ce propos on peut voir aussi les arguments déjà avancés par U. KHALIQ, R.R. CHURCHILL, « The European Committee of Social Rights. Putting Flesh on the Bare Bones of the European Social Charter », *in Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Langford ed., Cambridge, 2008, pp. 428-452. On ajouterait qu'à produire cette autorité interprétative générale des décisions sur le bien-fondé de réclamations collectives (qui va au-delà de l'appréciation de la situation spécifique mise en cause par une réclamation) contribue aussi la conscience des Etats parties à la Charte qu'une application des dispositions de la Charte qui soit non conforme à la jurisprudence du CEDS risquerait de provoquer la « sanction indirecte » consistant en une conclusion de non-conformité adoptée par le CEDS dans le cadre de la procédure de rapport (voir *supra*), ou en une décision de violation dans le cas d'une éventuelle réclamation collective concernant une situation analogue à celle qui a déjà formé l'objet d'une décision sur le bien-fondé du Comité (valeur de précédente).

[84] *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 65/2011, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012 ; *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*, réclamation n° 66/2011, décision sur le bien-fondé du 23 mai 2012 ; *Fédération des pensionnés salariés de Grèce (IKA –ETAM) c. Grèce*, réclamation n° 76/2012, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012 ; *Fédération panhellénique des pensionnés des services publics c. Grèce*, réclamation n° 77/2012, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012 ; *Syndicat des pensionnés des Chemins de fer électriques d'Athènes-Pirée (I.S.A.P.) c. Grèce*, réclamation n° 78/2012, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012 ; *Fédération panhellénique des pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI.) c. Grèce*, réclamation n° 79/2012, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012 ; *Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE) c. Grèce*, réclamation n° 80/2012, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012 ; *Confédération générale grecque du travail (GSEE) c. Grèce*, réclamation n° 111/2014, décision sur le bien-fondé du 23 mars 2017.

[85] *Finnish Society of Social Rights c. Finlande*, réclamation n° 106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016 ; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*, réclamation n° 158/2017, du 11 septembre 2019.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

autistes, ainsi que des enfants atteints d'un handicap mental ou intellectuel[86] ; la prohibition de tout châtiment corporel infligé aux enfants à la maison ou à l'école[87] ; la réalisation sans discrimination des droits sociaux des Roms[88] ; le droit à l'assistance médicale et sociale et à l'hébergement d'urgence des mineurs étrangers non accompagnés et des migrants qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire[89] ; le droit à une rémunération égale pour un travail égal ou semblable ou comparable entre les femmes et les hommes[90] ; le droit syndical des militaires et des policiers[91].

[86] *Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. France*, réclamation n° 13/2002, décision sur le bien-fondé du 4 novembre 2003 ; *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, réclamation n° 41/2007, décision sur le bien-fondé du 3 juin 2008 ; *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. Belgique*, réclamation n° 75/2011, décision sur le bien-fondé du 18 mars 2013 ; *Action Européenne des Handicapés (AEH) c. France*, réclamation n°81/2012, décision sur le bien-fondé du 11 septembre 2013 *; Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Belgique*, réclamation n° 109/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 16 octobre 2017.

[87] Voir les décisions sur le bien-fondé adoptées le 7 décembre 2004 sur les réclamations (du n° 17/2003 jusqu'au n° 21/2003) déposées par *Organisation mondiale contre la torture (OMCT)* contre cinq Etats parties au Protocole de 1995, ainsi que les décisions sur le bien-fondé adoptées entre septembre 2014 et janvier 2015 sur les réclamations (du n° 92/2013 jusqu'au n° 98/2013) déposées par *Association pour la protection des enfants (APPROACH)* contre sept Etats parties au Protocole de 1995.

[88] *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Grèce*, réclamation n° 15/2003, décision sur le bien-fondé du 8 décembre 2004 ; *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Bulgarie*, réclamation n° 31/2005, décision sur le bien-fondé du 18 octobre 2006 ; *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) c. Italie*, réclamation n° 27/2004, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2005 ; *Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. France*, réclamation n° 51/2008, décision sur le bien-fondé du 19 octobre 2009 ; *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italie*, réclamation n° 58/2009, décision sur le bien-fondé du 25 juin 2010 ; *Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. Portugal*, réclamation n° 61/2010, décision sur le bien-fondé du 2 novembre 2011 ; *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. France*, réclamation n° 63/2012, décision sur le bien-fondé du 28 juin 2011 ; *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. France*, réclamation n° 64/2011, décision sur le bien-fondé du 24 janvier 2012 ; *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. Irlande*, réclamation n° 100/2013, décision sur le bien-fondé du 1er décembre 2015 ; *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. République tchèque,* réclamation n° 104/2014, décision sur le bien-fondé du 17 mai 2016 ; *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. France, réclamation n° 119/2015*, décisions sur le bien-fondé du 5 décembre 2017 ; *Equal Rights Trust c. Bulgarie*, réclamation nº 121/2016, décisions sur le bien-fondé du 16 octobre 2018 ; *Centre européen des Droits des Roms (CEDR) c. Bulgarie*, réclamation n° 151/2017, décision sur le bien-fondé du 5 décembre 2018.

[89] *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 octobre 2009 ; *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgique*, réclamation n° 69/2011, décision sur le bien-fondé du 23 octobre 2012 ; *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Pays Bas*, réclamation n° 86/2012, décision sur le bien-fondé du 2 juillet 2014 *; Conférence des Eglises européennes (CEC) c. Pays-Bas*, réclamation n° 90/2013, décision sur le bien-fondé du 1er juillet 2014 ; *Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. France*, réclamation n° 114/2015, décision sur le bien-fondé du 24 janvier 2018.

[90] Voir les 15 décisions sur le bien-fondé adoptées le 6 décembre 2019 sur les réclamations (du n° 124/2016 jusqu'au n° 138/2016) déposées contre tous les Etats parties au Protocole de 1995 par le *Groupe européen des femmes diplômées des universités (UWE)*.

[91] *Conseil Européen des Syndicats de Police c. Portugal*, réclamation° 11/2001, décision sur le bien-fondé du 21 mai 2012 ; *Confédération européenne de Police (EUROCOP) c. Irlande*, réclamation n° 83/2012, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 2 décembre 2013 ; *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) c. France*, réclamation n° 101/2013, décision sur le bien-fondé du 27 janvier

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

XI. EFFECTIVITÉ ET EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE DE RÉCLAMATIONS COLLECTIVES ET DES DÉCISIONS DU CEDS EN TANT QU'INSTRUMENTS DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

Ce qui précède concerne la valeur et la portée juridiques des décisions sur le bien-fondé du CEDS. Il est toutefois nécessaire de s'interroger aussi brièvement sur *l'effectivité* du contrôle quasi-juridictionnel mis en œuvre par le CEDS dans le cadre de la procédure de réclamations collectives, c'est-à-dire sur la capacité de ce contrôle d'avoir un impact effectif sur la situation faisant l'objet d'une réclamation, dans le sens de la réalisation d'un meilleur respect des droits sociaux par l'Etat concerné par la réclamation.

De ce point de vue, on ne peut certes pas dire que la procédure de réclamations collectives conduit toujours – ou la plupart du temps – à la résolution du problème et à la mise en conformité pleine et rapide de la situation de l'Etat avec ce que la Charte sociale exige en termes de respect des droit sociaux.

En fait, force est de constater que certaines violations des droits inscrits dans la Charte perdurent depuis plusieurs années sans qu'il n'y soit remédié ; il est des situations de blocage qui, malgré des constats répétés de violations, ne suscitent de la part des Etats concernés ni réaction ni mesure correctrice. Et les « Constats » annuels du CEDS, relatifs aux suites données par les Etats aux décisions de violation qui le concernent, le montrent suffisamment.

Malgré cela, on peut toutefois aussi constater de nombreux exemples d'Etats qui, spontanément, compte tenu des conclusions que le CEDS a formulées dans la décision sur une réclamation collective, prennent rapidement des mesures et des initiatives pour remédier à la situation ou l'améliorer, afin de la mettre en conformité avec la Charte. Et, dans la plupart des cas, la circonstance que le Comité ait été saisi d'une réclamation collective, et qu'il ait adopté une décision de violation, semble avoir un poids important sur la décision de l'Etat de mettre en œuvre des changements positifs dans la situation d'application insatisfaisante des droits sociaux mise en évidence par les organisations réclamantes.

Le fait que, après une décision de violation adopté par le CEDS, l'évolution de la situation continue de rester sous le contrôle du Comité – auquel l'Etat concerné doit transmettre, comme on l'a dit, un rapport explicatif des mesures prises pour donner suite à la décision du CEDS – contribue évidemment à faire en sorte que les Etats destinataires des décisions de violation ne restent pas inactifs, mais qu'ils s'engagent effectivement à prendre des mesures pour mettre

2016 ; *Organisation européenne des associations militaires (EUROMIL) c. Irlande*, réclamation n° 112/2014, décision sur le bien-fondé du 12 septembre 2017 ; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*, réclamation n° 140/2016, décisions sur le bien-fondé du 22 janvier 2019 ; *Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL–CFS) et Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF) c. Italie*, réclamation n° 143/2017, décision sur le bien-fondé du 3 juillet 2019.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

en conformité la situation avec le respect des droits sociaux protégés par la Charte sociale. Mais il y a d'autres facteurs qui, à notre avis, contribuent encore plus à faire de la procédure de réclamations collectives un instrument efficace dans la perspective d'une réalisation effective des droits protégés par la Charte sociale.

Ces facteurs sont, d'une part, le fait que cette procédure ouvre la porte de la Charte sociale à la société civile et au monde des travailleurs, aux syndicats et aux ONG. Cela signifie que le système européen de protection des droits sociaux s'ouvre à ses véritables bénéficiaires, qui sont intéressés – bien plus que les Etats et les gouvernements – à la mise en œuvre et à la jouissance effective de ces droits. Et, d'autre part, il y a le bien connu « facteur publicité », c'est-à-dire le fait que tant les réclamations déposées que toutes les autres pièces et les documents produits au cours de la procédure, ainsi que les décisions de violation adoptées par le CEDS, sont tous des actes publiés, facilement accessibles et dotés du retentissement public attaché aux événements qui se constatent dans le cadre et sous l'égide du Conseil de l'Europe[92].

Ces deux éléments – la nature, propre aux organisations réclamantes, d'entités collectives constituant expressions importantes de la société civile organisée et du monde organisé des travailleurs, et la publicité/divulgation de la procédure de contrôle et des décisions du CEDS – entrent évidemment en synergie, en produisant un moyen de pression sociale efficace afin d'obtenir des gouvernants, des législateurs et des autres autorités nationales une modification de leur comportement, conformément aux prescriptions de la Charte sociale et aux indications du CEDS.

Au contraire, ce qui constitue un élément de faiblesse – du point de vue de l'efficacité de la procédure – consiste en l'insuffisant poids politique international que les décisions du CEDS parviennent à obtenir à cause de l'accueil mitigé, pour ainsi dire, qu'elles reçoivent généralement de la part du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et des représentants des Etats au sein de ce Comité. En d'autres termes, le Comité des Ministres ne joue pas, dans la pratique, le rôle actif que le Protocole de 1995 lui a conféré. Plus précisément, le Comité des Ministres ne fait presque jamais usage du pouvoir/devoir qui lui est conféré par l'article 9 §1 du Protocole d'adresser une recommandation à l'Etat partie mis en cause dans une décision du CEDS constatant une violation de la Charte. Et les Etats membres du

[92] A propos de l'importance de l'« action de publicité » en tant que principale garantie d'efficacité de l'exécution des obligations internationales des Etats, qu'il nous suffit de rappeler les mots de Jean Charpentier : « On ne saurait trop insister sur le rôle de la publicité dans l'application du droit international. Son action est évidemment liée à celle de l'opinion publique, qu'elle est chargée d'alerter pour qu'à son tour celle-ci obtienne des gouvernants une modification de leur comportement. Son efficacité est donc subordonnée à la fois à la sensibilité de l'opinion publique aux problèmes internationaux, qui peut seule la pousser à intervenir, et à l'existence de structures démocratiques qui lui donnent les moyens juridiques d'obliger les gouvernants à tenir compte de ses interventions. [… L]a divulgation du manquement compte peut-être plus que sa constatation » (J. CHARPENTIER, « Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats », *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1983-IV, vol. 182, pp. 221-222).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Conseil de l'Europe interviennent très rarement au Comité des Ministres pour inviter ou exhorter un autre Etat membre à prendre en compte et donner suite à une décision sur le bien-fondé du Comité européen des Droits sociaux.

En vue de conférer au système de protection prévu par la Charte une plus grande efficacité, il serait donc souhaitable que le Comité des Ministres se montre plus sensible au fait que la Charte sociale européenne et son organe de contrôle, le CEDS, constituent le bien commun de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, et qu'il appartient à ceux-ci d'unir leurs efforts pour que la Charte et les décisions du CEDS soient effectivement respectées.

La pression exercée par les pairs entre les Etats parties, ainsi que par l'organe principal du Conseil de l'Europe, serait en effet primordiale, a notre avis, pour renforcer l'efficacité du système de réclamations collectives.

XII. CONSIDÉRATIONS FINALES SUR LA LIMITE INTRINSÈQUE D'UNE PROCÉDURE QUI, EN MATIÈRE DE DROITS SOCIAUX, NE PRÉVOIT PAS DE RECOURS INDIVIDUELS

Enfin, il y a une limite intrinsèque d'efficacité d'une procédure qui, en raison de sa nature doublement collective[93], n'est pas conçue pour, ni n'a comme but de traiter de situations individuelles de violation des droits des particuliers ; les décisions du CEDS n'ont donc pas la capacité d'obtenir que les Etats remédient aux violations de droits subies par des victimes individuellement identifiées.

C'est là, en effet, la grande différence entre la procédure de réclamations collectives et les systèmes de protection des droits de l'homme prévoyant des plaintes ou des recours individuels à des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels internationaux – systèmes particulièrement actifs, comme on le sait, dans le domaine de la protection des droits civiles et politiques (par exemple, les recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, ou les communications individuelles au Comité des droits de l'homme), mais présents aussi dans le champ des droits économiques et sociaux, comme c'est le cas du Protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[94], et du Protocole « de San Salvador » additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme[95], qui reconnaît la possibilité de requêtes individuelles en cas de violation du droit d'association syndicale ou du droit à l'éducation.

[93] *Supra* paragraphe 3.

[94] « Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », du 10 décembre 2008, entré en vigueur le 5 mai 2013. 24 Etats parties du Pacte sont aujourd'hui parties aussi au Protocole.

[95] « Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights "Protocol of San Salvador" », adopté à San Salvador le 17 novembre 1988, entré en vigueur le 16 novembre 1999.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Il faut toutefois se demander si cette limite intrinsèque à la procédure de réclamations prévue dans le système de la Charte sociale constitue réellement un problème majeur dans la perspective d'une protection efficace des droits sociaux.

A ce propos il convient de considérer deux aspects qui, dans le système de la Charte sociale européenne, rendent la nature exclusivement collective – et non individuelle – des situations pouvant faire l'objet d'une réclamation moins insuffisante qu'il n'y pouvait paraitre.

Le premier aspect est que, dans la Charte sociale, la grande majorité des dispositions en matière des droits sociaux sont formulées en termes d'engagement et d'obligations de l'Etat, plutôt qu'en termes de droits subjectifs des individus. Il est donc peu probable que des individus particuliers puissent se présenter, et être reconnus par l'organe compétent du contrôle, en tant que sujets directement lésés dans leurs droits (*alias*, victimes d'une violation), à cause d'un comportement étatique non conforme aux prescriptions de la Charte.

L'autre aspect est que la protection des droits des particuliers par des organes internationaux, pour être effective, a besoin, plus encore que le contrôle de l'exécution des obligations des Etats, de compter sur la force juridique contraignante des actes qui constatent la violation de l'Etat, et qui obligent l'Etat et ses organes à rétablir les particuliers dans leurs droits, et/ou à leur donner une satisfaction équitable. Ce qui caractérise, en effet, les systèmes instituant des véritables cours internationales des droits de l'homme (tels que la Convention européenne ou la Convention interaméricaine des droits de l'homme), mais pas – comme on l'a dit – la Charte sociale européenne et son organe de contrôle, le Comité européen des Droits sociaux (de la même manière que les deux Pactes internationaux sur les droits de l'homme et les organes de contrôle établis par ces deux Pactes). En d'autres termes, le manque de force juridique contraignante des décisions du CEDS, prévu dans le système de la Charte sociale, rendrait, de toute façon, ni pleinement effectif ni pleinement efficace un éventuel système de protection prévoyant des réclamations (ou des plaintes) individuelles.

C'est donc pour ces raisons que l'absence d'un système capable de traiter des violations des droits sociaux subies par des individus particuliers ne constitue pas, a notre avis, une limite majeure dans la perspective d'une garantie effective des droits consacrés dans la Charte. Ou, pour mieux dire : considérant le contenu des dispositions de la Charte sociale, ainsi que la nature de son organe de contrôle et la portée juridique non contraignante de ses décisions, il aurait été moins efficace, du point de vue d'une protection effective des droits sociaux, s'il avait été institué – en tant que système quasi-juridictionnel de contrôle – un mécanisme de recours individuels, à la place de la procédure existante de réclamations collectives.

Pour confirmer cela, il convient d'ajouter une autre considération.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

S'il est vrai qu'un système non-juridictionnel de recours individuels a le potentiel de pousser l'Etat concerné à rétablir la jouissance des droits du particulier-victime de la violation, et à réparer les préjudices subis par celui-ci, avec des effets limités à la situation individuelle faisant l'objet du recours, il est toutefois également vrai qu'un tel système peut très difficilement produire l'effet positif qui compte le plus du point de vue de la garantie de la réalisation par l'Etat des droits couverts par la Charte sociale : c'est-à-dire, résoudre les problèmes, les obstacles et les carences systémiques et structurelles, qui empêchent une jouissance générale, pleine et effective, des droits sociaux.

En revanche, la procédure de réclamations collectives, comme elle a été prévue dans le Protocole de 1995 et appliquée dans la pratique du CEDS, est conçue précisément pour dénoncer, détecter et résoudre des problèmes systémiques et structurels, relatifs à une situation spécifique, ainsi que pour pousser les Etats concernés à résoudre ces problèmes sous le contrôle continu du CEDS, au bénéfice non seulement des éventuelles victimes de la violation spécifique de la Charte qui est à la base de la réclamation, mais aussi de l'ensemble de la collectivité intéressée à la réalisation des droits sociaux concernés par la réclamation.

Bien entendu, ce qui précède ne change rien au fait qu'il serait quand même utile et approprié d'avoir, au niveau européen, un mécanisme – si possible de nature juridictionnelle – compétent pour connaitre des réclamations/recours des individus particuliers qui allèguent la violation de leurs droits sociaux par l'Etat dont ils relèvent ; un mécanisme modelé évidemment sur l'exemple et l'expérience des recours à la Cour européenne des droits de l'homme (pré ou post réforme du Protocole 11 à la Convention européenne).

Mais cela sans pour autant perdre ou éliminer la procédure de réclamations collectives prévue par le Protocole à la Charte sociale, qui en effet, dans ses deux décennies de vie, s'est avérée être – comme on l'a dit – un instrument approprié et efficace pour la protection et la réalisation des droits sociaux en Europe, et qui devrait non seulement continuer à fonctionner, mais aussi être davantage renforcé et utilisé. Ce qui ressort, entre autres, du fait que tant le Secrétaire général[96] et le Comité des Ministres[97] du Conseil de l'Europe, que les Etats parties au Protocole de 1995[98], et même les services de la Commission européenne (dans le cadre de

[96] Voir le Rapport du Secrétaire Général 2019 pour la session ministérielle d'Helsinki, 16-17 mai 2019, « Relever les défis à venir - Renforcer le Conseil de l'Europe », https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168093af02, pp. 39-41.

[97] Décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée lors de la 129ème Session (Helsinki, mai 2019), CM/Del/Dec(2019)129/2a, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809477f1, déjà mentionnée *supra* note 7.

[98] Voir l'« Appel des représentantes des 15 Etats parties à la Charte sociale européenne ayant accepté le Protocole additionnel de 1995 et la procédure de réclamations collectives à renforcer la protection des droits sociaux en Europe », qui a été lancé à la suite du séminaire intitulé "Renforcer la protection des droits sociaux en Europe pour plus d'unité et d'égalité", organisé dans le cadre de la présidence française du

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

leur travail sur la mise en œuvre du « Socle européen des droits sociaux »)[99], ont encore récemment estimé nécessaire d'insister pour que cette procédure soit acceptée par les Etats européens qui ne l'ont pas encore fait.

RÉSUMÉ

Dans le cadre du système conventionnel de la Charte sociale européenne, la procédure de réclamations collectives a été établie, en 1995, en tant que mécanisme optionnel de contrôle quasi-juridictionnel du respect des droits sociaux par les Etats parties à la Charte. Au cours des dernières années, l'importance et l'utilisation de cette procédure ont augmenté considérablement, en concordance avec la survenue des graves crises économiques et sociale qui ont eu des retombées négatives sur la jouissance effective des droits sociaux en Europe.

Le présent article étudie et clarifie les caractéristiques spéciales de cette procédure, considérée comme un instrument *sui generis* de protection internationale des droits sociaux, au vu de l'application évolutive qui en a été faite par le Comité européen des droits sociaux (CEDS), l'organe compétent pour contrôler le respect et la mise en œuvre de la Charte sociale par les Etats parties.

L'analyse se concentre tant sur le caractère collectif de la procédure et sur les implications de ce caractère collectif pour la recevabilité des réclamations, que sur les règles du contentieux et les particularités procédurales de ce mécanisme de contrôle quasi-juridictionnel (y compris le suivi des décisions du CEDS devant le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe).

Ensuite, on aborde – d'une part – la question de la portée et de la valeur juridique des décisions sur le bien-fondé des réclamations collectives, et – d'autre part – celle de l'efficacité de la procédure en tant qu'instrument de protection effective des droits sociaux. A cet égard, l'article propose enfin des réflexions critiques sur la limite supposée d'efficacité inhérente à la nature collective d'une procédure internationale qui n'a pas été conçue pour traiter de situations individuelles de violation des droits des particuliers.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2019 (texte disponible à l'adresse https://rm.coe.int/appel-des-representants-des-15-etats-parties-a-la-charte-sociale-europ/1680983871).

[99] Voir le document de travail des services de la Commission qui accompagne la Communication intitulée « Suivi de la mise en œuvre du Socle européen des droits sociaux » (mentionné par O. DE SCHUTTER, « Le Socle européen des droits sociaux et le rôle de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique de l'Union européenne », cit. *supra* note 3, à la p. 44), où on lit « La mise en œuvre du Socle peut être renforcée par la ratification des conventions pertinentes de l'OIT, de la Charte sociale européenne révisée de 1996 et de son Protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ABSTRACT

Within the framework of the human rights treaty system of the European Social Charter, the collective complaints procedure was created in 1995 as an optional quasi-jurisdictional monitoring mechanism specific for the protection of social rights. In recent years, the importance and use of this procedure has increased considerably, in the context of a number of serious economic and social crises which are impacting negatively on the effective enjoyment of social rights in Europe.

The present article explores and clarifies the specific features of the collective complaints procedure, intended as a sui generis instrument for the international protection of social rights in the light of its evolutive application by the European Committee of Social Rights (ECSR), the monitoring body of the European Social Charter.

The analysis focuses in particular on the collective nature of the mechanism (and its implications from the standpoint of the admissibility of complaints), on the adversarial character of the procedure, and on the particularities of the follow-up to findings of violation adopted by the ECSR. The crucial issues concerning the legal value and effects of the ECSR's decisions on the merits of collective complaints, on the one hand, and the effectiveness of the collective complaints procedure as a means for the protection of social rights, on the other hand, are also addressed. Lastly, the article proposes some tentative reflections on the supposed limitations on the effectiveness of a procedure which was not conceived to deal with individual situations of human rights violations.

RESUMEN

En el marco del sistema derivado de la Carta Social Europea, el procedimiento de reclamaciones colectivas fue creado en 1995 como un mecanismo facultativo para el control cuasi jurisdiccional del respeto de los derechos sociales por los Estados Partes de la Carta. En los últimos años, la importancia y el uso de este procedimiento han aumentado considerablemente, en consonancia con la aparición de graves crisis económicas y sociales que han tenido un impacto negativo en el disfrute efectivo de los derechos sociales en Europa.

Este artículo estudia y aclara las características especiales de este procedimiento, que se considera un instrumento *sui generis* de protección internacional de los derechos sociales, habida cuenta de la interpretación evolutiva desarrollada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el órgano encargado de vigilar el respeto y la aplicación de la Carta Social por los Estados Partes.

El análisis se centra en el carácter colectivo del procedimiento y en las implicaciones que este carácter colectivo tiene en la admisibilidad de las reclamaciones, así como en las normas del contencioso y en las peculiaridades procesales de este mecanismo de

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

seguimiento cuasi jurisdiccional (incluido el seguimiento de las decisiones del CEDS ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa).

A continuación, se examina la cuestión del alcance y el valor jurídico de las decisiones sobre el fondo de las reclamaciones colectivas, por un lado, y la eficacia del procedimiento como instrumento eficaz de protección efectiva de los derechos sociales, por el otro. A este respecto, el artículo propone por último reflexiones críticas sobre el supuesto límite de eficacia inherente al carácter colectivo de un procedimiento internacional que no estaba diseñado para hacer frente a situaciones individuales de violación de los derechos de particulares.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

NOTE

LA NATURE EQUIVOQUE DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DES ETATS EN MATIERE DE REINSTALLATION DES REFUGIES : L'EXEMPLE FRANÇAIS

Delphine BURRIEZ

Maître de conférences, Université Paris 2 Panthéon Assas

En février 2020, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (ci-après « HCR ») alertait les Etats quant à l'« écart considérable [qui] subsiste entre les besoins de réinstallation des réfugiés et à la mise à disposition de places par les gouvernements à travers le monde ». Si la réinstallation « n'est pas la solution adaptée à tous les réfugiés », elle constitue « une mesure de protection qui sauve la vie des personnes les plus exposées au danger », précisait l'agence onusienne[1]. Depuis plusieurs années, la réinstallation des réfugiés a pris une part considérable dans les débats nationaux et internationaux et est souvent présentée par les Etats, notamment européens, comme la piste privilégiée pour développer les voies d'entrée légale sur leur territoire.

La réinstallation (« resettlement » en anglais) est définie par le HCR comme le « transfert des réfugiés du pays où ils ont sollicité l'asile vers un autre Etat, qui a accepté de les accueillir sur son territoire »[2]. Elle est considérée comme une solution durable en matière de protection des réfugiés, c'est-à-dire « un moyen visant à remédier, de manière définitive et satisfaisante, à la situation des réfugiés, afin de leur permettre une vie normale »[3]. Solution durable car – c'est une particularité de la réinstallation par rapport aux autres modes d'entrée légale sur le territoire (visas humanitaires ou programme d'assistance humanitaire[4]) – le réfugié réinstallé de son premier pays d'asile vers un pays tiers se voit accorder automatiquement et immédiatement le statut de réfugié par ce dernier. Il est normalement assuré dès son départ de bénéficier de la protection de l'Etat et n'est

[1] Voir ONU, Info, https://news.un.org/fr/story/2020/02/1061252.
[2] Glossaire du HCR, p. 104 (https://www.unhcr.org/fr/4ad2f5d638e.pdf).
[3] *Ibidem*, p. 104.
[4] Sur les différences entre ces mécanismes, voir par exemple l'étude de l'European Union Agency for Fundamental Rights de février 2015 et intitulée « Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection : a toolbox », notamment p. 5 et suivants.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pas tenu, une fois arrivé légalement sur le territoire, d'introduire une demande d'asile. Ainsi, la réinstallation fait sauter deux « verrous » en matière migratoire, celui de l'accès au territoire en sécurisant le parcours du migrant et celui de la régularité du séjour qui est acquise à travers le statut de réfugié. La réinstallation participe aussi d'un objectif de « répartition internationale des charges et des responsabilités » en matière de protection des réfugiés. En permettant le transfert de réfugiés d'un pays de premier asile vers un pays tiers, elle allège la charge pesant sur le premier. L'étude des mouvements migratoires montre combien cette charge peut être lourde pour les Etats qui concentrent l'essentiel des arrivées des personnes ayant fui leur pays et qui sont, pour la plupart, des Etats encore en développement. Dans son rapport pour l'année 2020, le HCR estime les besoins de réinstallation à hauteur de 1,44 millions de personnes dont 667 432 en Afrique, 150 000 en Ouganda, 105 200 en Ethiopie et 420 000 en Europe (en Turquie)[5]. La réinstallation a été inscrite dans les instruments internationaux adoptés en matière migratoire, comme la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants[6] et le Pacte mondial sur les réfugiés[7], tous deux adoptés par l'Assemblée générale des Nations unies, respectivement le 19 septembre 2016 et le 17 décembre 2018. Mais la réinstallation fait aussi l'objet de critiques, qui ne visent pas le mécanisme en lui-même – dont personne ne conteste les avantages – mais le contexte dans lequel il s'insère. La réinstallation vient en effet trop souvent à l'appui des politiques de « non-entrée » ou d'« externalisation » portées par de nombreux Etats et qui visent à bloquer l'arrivée des demandeurs d'asile sur leur territoire en renforçant le contrôle des frontières par les Etats tiers[8]. Cette association réinstallation/diminution du flux migratoire donne une coloration beaucoup moins noble au dispositif de réinstallation : il apparaît souvent comme un élément de négociation à l'égard des Etats tiers (d'origine ou de transit) à qui il est demandé de participer à la diminution des flux migratoires. La Déclaration UE-Turquie en est l'exemple topique. Fortement critiquée, elle énonce bien un principe de réinstallation des réfugiés syriens vers l'Union européenne mais celui-ci est associé au renvoi systématique vers la Turquie de tout migrant en situation irrégulière qui tente d'atteindre les îles grecques, contrepartie symbolisée par la formule « 1 pour 1 ». On mentionnera également la position des Pays-Bas dans le

[5] Voir le rapport du HCR « UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2020 », juillet 2019, pp. 62-63 (https://www.unhcr.org/5d1384047.pdf).
[6] Déclaration de New York sur les réfugiés et les migrants, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 19 septembre 2016, A/RES/71/1, §§ 77-78.
[7] Pacte mondial sur les réfugiés, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 2018, A/RES/73/151, §§ 90-93.
[8] Voir dans ce sens, M. TISSIER-RAFFIN, « Réinstallation – Admission humanitaire : solutions d'avenir pour protéger les réfugiés ou cheval de Troie du droit international des réfugiés ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 2018-13 (mis en ligne le 5 janvier 2018). On notera, à cet égard, que les outils d'« externalisation » ne sont pas nouveaux dans la politique des Etats, mais n'ont pas toujours été associés à des politiques de lutte contre l'immigration irrégulière aussi brutales (voir notre article, D. BURRIEZ, « Le migrant, ce « non-conformiste international » (Louis Varlez) », in *Les Grandes pages du droit international, vol. 6, L'étranger*, Paris, Pedone, pp. 133-161).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

cadre du premier Forum mondial pour les réfugiés qui envisage une augmentation du nombre de places de réinstallation sur le territoire, uniquement « if in the future European migration cooperation with transit countries and countries in regions of origin reduces the influx into the NL ».

Aussi et surtout, la réinstallation déçoit. Malgré les nombreux appels lancés par le HCR, le nombre de personnes bénéficiant effectivement d'une réinstallation vers un pays tiers est très en deçà des besoins des personnes exilées. Durant l'année 2019, un peu plus de 100 000 réfugiés ont fait l'objet d'une réinstallation[9], dont 63 726 via le HCR, alors que les besoins étaient estimés à un peu plus d'un million de réfugiés. Plusieurs éléments permettent d'expliquer ces chiffres. Premièrement, l'accès aux personnes déplacées n'est pas toujours possible si bien que l'identification des personnes éligibles à la réinstallation et la mise en œuvre de la procédure de réinstallation sont entravées. Ce processus nécessite en effet la coopération de l'Etat de premier asile mais aussi l'existence de conditions sécuritaires suffisantes pour opérer sur le territoire. Sur le premier point, il est à noter que la coopération avec l'Etat de premier asile est d'autant plus difficile que l'Etat ne reconnaît pas la qualité de réfugié. Tel est le cas du Liban, de la Tanzanie et la Jordanie qui ne sont pas parties à la Convention de Genève de 1951 mais sur le territoire desquels les besoins en matière de réinstallation sont importants[10]. Sur le second point, La Libye illustre bien les conséquences de l'instabilité du pays sur la mise en œuvre des programmes de réinstallation des réfugiés. Certains centres de rétention ne sont pas accessibles par le personnel humanitaire et l'aggravation du conflit a même conduit à la fermeture du centre du HCR à Tripoli au début du mois de mars 2020. Deuxièmement, et surtout, c'est la faible participation des Etats susceptibles d'accueillir les réfugiés qui explique le bilan décevant de la réinstallation. Comme le souligne le HCR, « [a]ucun pays n'est juridiquement contraint de réinstaller des réfugiés et le fait d'accepter des réfugiés constitue une manifestation de générosité de la part des gouvernements »[11]. La réinstallation repose ainsi sur la « générosité » des Etats qui « s'engagent » à offrir, ponctuellement, sur une base annuelle ou biannuelle, un nombre de « places » au titre de la réinstallation. Force est de constater que ces « promesses » étatiques, même si elles sont globalement en augmentation, ne sont pas à la hauteur de l'enjeu. Lors du premier Forum mondial sur les réfugiés qui s'est déroulé les 17 et 18 décembre 2019[12], plusieurs Etats, notamment européens, ont formulé des « engagements » (en anglais « pledges » ou « commitments ») mais quelques exemples suffisent à montrer leur insuffisance au regard des besoins actuels et à venir (lesquels devraient certainement s'accroitre du fait de la

[9] HCR, « Global trends. Forced displacement in 2019 », p. 2.
[10] Voir le rapport précité du HCR « UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2020 », p.5.
[11] Extraits tirés du site internet du HCR (https://www.unhcr.org/fr-fr/partenariats-dans-le-cadre-des-reinstallations.html).
[12] Les engagements pris lors du Forum mondial sur les réfugiés sont répertoriés par le HCR : https://globalcompactrefugees.org/channel/pledges-contributions.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pandémie de la Covid-19) : la Belgique s'est engagé à hauteur de 1 000 réfugiés pour 2020, l'Allemagne de 5 500 réfugiés pour 2020, l'Italie de 700 réfugiés pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2021, les Pays-Bas de 3 000 réfugiés pour 2020, la Norvège de 3 000 réfugiés pour 2020 et la Roumanie de 200 réfugiés pour 2020-2021. La « générosité » des Etats développés tardant à se faire connaître, des solutions reposant sur la coopération d'autres Etats ont été trouvées, comme le mécanisme d'évacuation d'urgence des réfugiés de Libye vers le Niger, dans l'attente de leur réinstallation définitive dans un Etat tiers. En 2019, c'est un partenariat analogue avec Rwanda qui a été mis en place avec l'appui du HCR.

Depuis quelques années, la France semble vouloir jouer un rôle moteur en matière de réinstallation et se place régulièrement en tête des pays contributeurs. Contrairement à certains Etats (comme la Suède par exemple), elle n'a pas une longue tradition en matière de réinstallation des réfugiés. C'est la crise migratoire et l'afflux de réfugiés syriens qui marqueront véritablement le début de la pratique française[13], jusqu'à ce que la France devienne l'un des principaux acteurs de la réinstallation des réfugiés. En 2018, la France a ainsi été classée 4ème pays de réinstallation des réfugiés par le HCR, derrière les Etats-Unis, le Canada et le Royaume-Uni. En 2019, elle a été dépassée par l'Allemagne qui a procédé à la réinstallation de quelques 4622 réfugiés. Et c'est un engagement à hauteur de 10 000 réfugiés pour la période 2020-2021 qu'a pris la France dans le cadre du premier Forum mondial sur les réfugiés s'alignant sur le Royaume-Uni (5 000 réfugiés pour 2020). A l'heure où les Etats-Unis ont décidé de diminuer de manière importante la voilure de leur programme de réinstallation, la France poursuit ses efforts et semble vouloir devenir moteur au sein d'une Europe largement affaiblie sur le volet migratoire. La réinstallation est ainsi devenue une véritable composante de la politique migratoire française, tant dans les discours que dans les faits, ce qui justifie que l'on s'y intéresse davantage. Cette nouvelle politique se manifeste par des « engagements »[14] pris par l'exécutif (souvent par le Président de la République) de procéder à la réinstallation d'un nombre défini de réfugiés sur le territoire français, dont la nature au regard du droit international mérite d'être discutée.

La liste de ces engagements n'est pas facile à établir et l'analyse a nécessité de croiser différentes sources : communiqué de presse[15], réponse à une question

[13] En 2011, le HCR qualifiait la France de nouveau pays de réinstallation (HCR, Manuel de la réinstallation, juillet 2011, p. 72, https://www.unhcr.org/fr/5162da949.pdf). A partir de 2012, la France a également développé une politique de visas humanitaires à l'égard des syriens et irakiens. Comme vu plus haut, les visas humanitaires permettent aux étrangers d'entrer légalement en France afin d'y introduire leur demande d'asile (à la différence de la réinstallation).

[14] Les termes d'« engagement » et de « promesse » désignent les actes ou comportements pris sans préjudice de leur nature juridique qui sera discutée plus loin.

[15] Voir par exemple le communiqué de presse du Ministère de l'intérieur du 17 décembre 2019 (https://mobile.interieur.gouv.fr/Le-ministre/Communiques/La-reinstallation-des-refugies).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

parlementaire[16], rapport institutionnel national ou international ou même circulaire[17]. Comme mentionné précédemment, les déclarations en matière de réinstallation sont relativement récentes. Si la France a conclu en 2008 un accord-cadre de coopération avec le HCR qui évoque en son article 5 un « programme de réinstallation des réfugiés », celui-ci prévoit uniquement que la France « examinera les dossiers de réfugiés dont la réinstallation sur le territoire national est envisagée », le nombre de ces soumissions étant fixé à « une centaine de dossiers par an »[18]. Cette disposition ne constitue pas un engagement à procéder à la réinstallation des réfugiés mais simplement à étudier les dossiers de réinstallation qui sont soumis par le HCR. Ce n'est qu'à partir de 2013 que la France, souvent par la voix du Président de la République, s'engage publiquement à l'égard de l'admission d'un certain nombre de réfugiés sur le territoire français. Il est à noter que les déclarations ne précisent pas toujours clairement s'il s'agit d'admettre des étrangers sur le territoire national au titre de la réinstallation (avec octroi dès l'arrivée de la protection internationale) ou de l'admission humanitaire (qui nécessite le dépôt d'une demande d'asile sur le sol français)[19]. Avec toute la prudence requise donc, il nous semble possible d'établir la liste suivante des engagements pris par la France en matière de réinstallation des réfugiés :

- l'engagement pris par la France en octobre 2013[20], réitéré en 2014[21], de procéder à la réinstallation de 500 réfugiés syriens ;

- l'engagement pris par la France dans le cadre des conclusions du Conseil de l'Union européenne du 20 juillet 2015 de procéder à la réinstallation de 2375 réfugiés syriens[22] ;

[16] Voir par exemple la réponse à la question n°11137 du député Fabien Gouttefarde, publiée au JO le 17 décembre 2019, p. 11011(http://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-11137QE.htm).
[17] Voir par exemple la circulaire du 12 novembre 2019 du ministre de l'intérieur et du ministre chargé de la ville et du logement qui comporte en annexe une présentation des différents programmes de réinstallations.
[18] Article 5.1 et 5.3 de l'Accord-cadre de coopération entre le Gouvernement de la République Française et le Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, signé le 4 février 2008.
[19] Parfois, les apparences sont trompeuses. Il apparaît à la lecture de la circulaire précitée que les étrangers arrivant sur le territoire national dans le cadre du « programme de réinstallation » fondé sur l'article 5 de l'Accord-cadre conclu entre la France et le HCR doivent mettre en œuvre la procédure de demande d'asile en France (voir dans ce sens, circulaire précitée, Annexe 8, p. 1). Il ne s'agirait donc pas, malgré les termes mêmes de l'article 5, d'un programme de réinstallation. La même incertitude plane sur les « missions de solidarité » réalisées par la France suite aux débarquements de migrants des navires de sauvetage en mer.
[20] Engagement pris le 16 octobre 2013 après une rencontre avec le Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés. Voir la question n°42965 de la députée Odile Saugues, publiée au JO le 19 novembre 2013, p. 11978 (http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-42965QE.htm).
[21] Voir la réponse à la question n°61336 du député Guy Delcourt, publiée au JO le 5 août 2014, p. 6648 (http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-61336QE.htm). En décembre 2018, ce sont 1200 réfugiés syriens qui ont ainsi été réinstallés en France entre 2014 et 2015.
[22] Conclusions du Conseil de l'Union européenne du 20 juillet 2015, 11130/15.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

- l'engagement pris par la France en 2016 de procéder à la réinstallation de 6 000 réfugiés depuis la Turquie dans le cadre de la Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016[23] ;

- l'engagement de la France en 2017 de procéder à la réinstallation de 2 000 réfugiés depuis le Liban[24] ;

- l'engagement de la France en 2017 de procéder à la réinstallation de 10 000 réfugiés sur 2 ans depuis la Turquie, le Liban, le Niger et le Tchad[25] ;

- l'engagement pris par la France en octobre 2018 d'accueillir 100 femmes yézidies et leur famille, victimes de l'organisation Etat islamique et résidant dans les camps de réfugiés du Kurdistan irakien[26] ;

- l'engagement de la France en décembre 2019 de procéder à la réinstallation de 10 000 réfugiés sur 2 ans[27] ;

Cette liste illustre la diversité des promesses en ce qui concerne tant leur forme, leur contenu et que le contexte dans lequel elles ont été formulées, si bien que l'analyse de leur nature au regard du droit international nécessite une approche au cas par cas. Cette analyse s'articulera autour de trois éléments : l'imputabilité de l'engagement à la France ou à l'Union européenne (I), sa nature unilatérale ou concertée (II) et, enfin, sa nature juridique (III).

I. DES ENGAGEMENTS ÉTATIQUES OU EUROPÉENS ?

Si on reprend la liste précédente, deux engagements de la France en matière de réinstallation suscitent des interrogations quant à leur imputation à l'Etat ou à l'Union européenne : l'engagement pris dans le cadre des conclusions du Conseil de l'Union européenne du 20 juillet 2015 et celui pris dans le cadre de la Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016. Dans ces deux hypothèses en effet, les promesses françaises ont été énoncées à travers un organe de l'Union européenne, le Conseil de l'Union européenne dans le premier cas et le Conseil européen dans le second. Les autres engagements de la France en matière de réinstallation sont quant à eux détachés du cadre institutionnel européen si bien qu'ils doivent être considérés comme des engagements étatiques[28].

[23] Voir le Rapport d'information n° 38 (2016-2017) de M. Michel Billout fait au nom de la mission d'information, déposé le 14 octobre 2016 et intitulé « Accord UE-Turquie du 18 mars 2016 : une réponse fragile, ambiguë et partielle à la question migratoire » (p. 40). Ce sont 3657 réfugiés qui ont fait l'objet d'une réinstallation dans le cadre des conclusions du Conseil de 2015 et de la Déclaration UE-Turquie.

[24] Voir l'étude réalisée par le Point de contact français du Réseau européen des migrations en juin 2016 et intitulée « Programmes de réinstallation et d'admission humanitaire en France. Qu'est-ce qui fonctionne ? », p.6 (étude disponible sur le site du Ministère de l'intérieur).

[25] Voir la réponse à la question n°11137 du député Fabien Gouttefarde précitée. Au 30 septembre 2019, 8 871 personnes ont fait l'objet d'une réinstallation en France.

[26] Voir OFPRA, *Rapport annuel 2019 « A l'écoute du monde »*, p. 11.

[27] Voir le communiqué de presse du Ministère de l'intérieur du 17 décembre 2019 (https://mobile.interieur.gouv.fr/Le-ministre/Communiques/La-reinstallation-des-refugies).

[28] Enoncés par le Président de la République, leur imputation à l'Etat français ne fait pas de doute.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La Déclaration UE-Turquie a montré qu'un acte avec l'apparence (eu égard à sa forme et à son contenu) d'un acte imputable à l'Union européenne peut en réalité cacher un acte imputable aux Etats, collectivement. On se souvient en effet que la Cour de Justice de l'Union européenne, saisie d'un recours en annulation contre cette déclaration, avait refusé de la qualifier d'acte du Conseil européen, estimant qu'elle avait été adoptée par les Etats, certes au sein d'une réunion du Conseil européen, mais en leur seule qualité d'Etat[29]. Si le raisonnement de la juridiction et la conclusion à laquelle elle est parvenue ont été largement critiqués[30], il n'en reste pas moins que la chose doit être entendue : lors de la réunion du 8 mars 2016, le Conseil européen est intervenu qu'en tant que simple « organe commun » des Etats et la déclaration doit donc être considérée comme un acte collectif imputable aux Etats et non comme un acte imputable à l'organisation internationale personnifiée[31]. A l'inverse de la Déclaration UE-Turquie, les conclusions du Conseil de l'Union européenne du 20 juillet 2015 n'ont suscité que peu d'intérêt de la part de la doctrine alors, pourtant, qu'elles suscitent des interrogations analogues. Elles ont été adoptées suite aux conclusions du Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, lesquelles constatent l'existence d'un accord entre les Etats au sujet de la réinstallation de 20 000 réfugiés sur le territoire européen « au moyen de mécanismes multilatéraux et nationaux »[32]. Conformément à la répartition des rôles entre le Conseil européen qui « définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et justice »[33] et le Conseil de l'Union européenne qui met en œuvre ces orientations, ce sont les conclusions de ce dernier qui concrétisent le programme de réinstallation initié par premier, en prévoyant notamment les places de réinstallations pour chaque Etat de l'Union européenne. Ces engagements sont-ils imputables au Conseil ? Ou doivent-ils être interprétés comme des engagements formulés certes au sein du Conseil mais par les Etats en leur seule qualité d'Etat ?

Les « conclusions du Conseil » sont des instruments non prévus par les traités, ce qui les rend difficiles à appréhender. Le recours en annulation introduit par la Commission à l'encontre des conclusions du Conseil sur la conférence mondiale des radiocommunications de 2015 de l'Union internationale des télécommunications est particulièrement éclairant sur ce point[34]. En l'espèce, si la Cour de Justice

[29] Voir Tribunal UE, ordonnance du 28 février 2017, *NF/Conseil européen*, aff. T-192/16 (particulièrement §§61-70) et CJUE, ordonnance du 12 septembre 2018, *NF, NG ET NM/Conseil européen*, aff. jointes C-208 à C-210/17 P.

[30] Voir par exemple A. Guérin, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 2019-16, mis en ligne le 01 juillet 2019.

[31] Sur la notion d'organe commun, voir C. SANTULLI, « Retour à la théorie de l'organe commun : réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'ONU », *R.G.D.I.P.*, vol. 116, 2012, n° 3, pp. 565-578.

[32] Conclusions du Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, §4, EUCO 22/15.

[33] Article 68 du TFUE.

[34] CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Commission c. Conseil*, aff. C-687/15.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de l'Union européenne a pris pour acquis l'imputabilité de cet acte au Conseil et donc à l'Union européenne, les conclusions de l'avocat général avaient soulevé plusieurs interrogations sur ce point. Ce dernier évoquait ainsi un « profond désaccord » entre les Etats membres en ce qui concerne, notamment[35], « la question de savoir si l'acte attaqué constitue un acte de l'Union »[36]. Malgré ce constat, il ne fait « aucun doute », pour l'avocat général, que « l'acte attaqué constitue un acte d'une institution de l'Union, à savoir du Conseil, ainsi que cela ressort du titre même dudit acte »[37]. La rapidité du raisonnement et la faiblesse de l'argument de pure forme s'expliquent en l'espèce certainement par le fait que ni la Commission ni le Conseil ne contestaient l'imputation de l'acte à celui-ci. Quoiqu'il en soit, cette affaire montre que les positions prises dans le cadre des conclusions du Conseil ne sont pas nécessairement imputables à ce dernier. En ce qui concerne les conclusions du 20 juillet 2015, plusieurs éléments inclinent d'ailleurs à retenir la qualification d'acte collectif des Etats plutôt que celle d'acte de l'Union européenne. Premièrement, le choix même de recourir à des « conclusions » plutôt qu'à une décision du Conseil laisse à penser que les Etats n'ont pas souhaité se placer dans une formation « classique » du Conseil[38]. Deuxièmement, les conclusions sont intitulées « Conclusions des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil » et non « Conclusions du Conseil ». Elles sont expressément formulées par les « représentants des gouvernements des Etats membres » et non par le « Conseil ». Ce sont les premiers, et non le second, qui « prennent note », « constatent », « saluent », « se félicitent », « mesurent » et finalement « conviennent ». Par opposition, dans les conclusions du Conseil sur la conférence mondiale des radiocommunications précédemment mentionnées, c'est bien « le Conseil de l'Union européenne » qui « rappelle », « prend acte », « approuve » et « invite les Etats membres »[39]. Ainsi, les conclusions du Conseil du 20 juillet 2015 paraissent devoir, au regard tant de leur contenu que des circonstances de leur adoption[40], être imputées aux Etats et non à l'Union européenne. Comme dans le cadre de la Déclaration UE-Turquie (même si l'interprétation est toutefois plus contestable dans ce cas), l'organe de l'organisation internationale personnifiée a été utilisé comme simple forum de concertation entre les Etats membres, si bien que les actes

[35] Le second point concerne la nature juridique et contraignante de l'acte, sur lequel nous reviendrons.
[36] Conclusions de l'avocat général, §71.
[37] Conclusions de l'avocat général, §72.
[38] Par opposition, en matière de relocalisation, le Conseil a adopté plusieurs décisions (la Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce et la Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce), dont il ne fait pas de doute qu'elles sont imputables à l'Union européenne. Ces décisions ont pour base juridique l'article 78§3 du TFUE qui permet au Conseil d'adopter des mesures provisoires lorsque « un ou plusieurs Etats membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers ».
[39] CJUE, arrêt du 25 octobre 2017, *Commission c. Conseil*, précitée, §16.
[40] Tribunal de l'UE, ordonnance du 28 février 2017, *NF/Conseil européen*, précitée, §45.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

adoptés en son sein ne peuvent être rattachés qu'à ces derniers. Il s'agit d'engagements unilatéraux pris collectivement au sein d'une instance européenne. On le voit, la réinstallation des réfugiés peine à s'inscrire dans la méthode communautaire, nouvelle preuve (s'il en faut) de la résistance de la logique intergouvernementale en matière migratoire[41]. La dimension européenne des programmes de réinstallation repose essentiellement sur la participation financière de l'Union européenne aux réinstallations réalisées par les Etats membres. On notera ainsi que le FAMI (Fonds asile migration et intégration) de l'Union européenne prévoit un financement à hauteur de 6 000 ou 10 000 euros par personne réinstallée[42] sur le territoire européen et qu'il prend à sa charge les frais des missions de réinstallations envoyées sur le territoire du pays de premier asile[43]. A défaut d'instruments intégrés en matière de réinstallation, l'Union européenne vient inciter les Etats à formuler leurs engagements. Le nouveau Pacte européen sur les migrations et l'asile présenté par la Commission en septembre dernier ne modifie pas de manière substantielle cette répartition des rôles entre l'Union et les Etats. Celui-ci ne fait qu'encourager l'adoption de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n°516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2016[44].

La Proposition de Règlement prévoit certes que le Conseil établit, sur proposition de la Commission, un plan de réinstallation annuel de l'Union déterminant « le nombre total maximum de personnes à réinstaller, ainsi que

[41] Voir de manière générale, R. MEHDI, « La politique migratoire de l'Union à l'épreuve des crises », *Les cahiers de la fonction publique*, Berger Levrault, 2017 et plus spécialement à propos de la Déclaration UE-Turquie, A. GUERIN, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », précité. On peut se demander si l'utilisation de la voie intergouvernementale en matière de réinstallation contrevient à la répartition des compétences entre les Etats et l'Union européenne telle que fixée par le TFUE. L'espace de liberté, de sécurité et de justice, auquel se rattache la question de la réinstallation des réfugiés sur le territoire européen, constitue une compétence partagée (article 4§2j) au sein de laquelle « les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne » (article 2§2 TFUE). Puisqu'aucun engagement imputable à l'Union européenne n'a encore été pris en matière de réinstallation, on peut considérer que les Etats peuvent exercer librement leur compétence.

[42] Le règlement portant création du FAMI fixe le forfait en matière de réinstallation à 6 000 euros par personne. Mais ce montant monte à 10 000 euros lorsque la personne réinstallée répond aux « priorités communes de l'Union » fixées par ledit règlement. Celles-ci visent notamment les réfugiés iraquiens en Syrie, au Liban et en Jordanie, les réfugiés iraquiens en Turquie ou encore les réfugiés syriens dans la région (voir article 17 et l'annexe III du règlement (UE) n°516/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création du Fonds « Asile, migration et intégration », modifiant la décision 2008/381/CE du Conseil et abrogeant les décisions n°573/2007/CE et n°575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil et la décision 2007/435/CE du Conseil). On ne manquera pas de voir dans cette incitation financière un moyen pour l'Union européenne de garder un contrôle sur les politiques de réinstallation des Etats membres.

[43] Pour la France et pour l'année 2019, cette prise en charge s'élève à 5895 000 euros pour les missions de réinstallations des syriens effectuées au Moyen-Orient et 275 000 euros pour celles effectuées au Niger et au Tchad (voir OFPRA, *Rapport annuel 2019*, précité, p. 77).

[44] Recommandation de la Commission européenne du 23 septembre 2020 « sur les voi s légales d'accès à une protection dans l'UE : promouvoir la réinstallation, l'admission humanitaire et d'autres voies complémentaires », §12.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

le nombre de personnes devant être réinstallées par chaque Etat membre dans le cadre de ce total », mais il est entendu que les quotas étatiques sont purement volontaires.

II. DES ENGAGEMENTS UNILATÉRAUX OU CONCERTÉS ?

Apprécier la nature unilatérale ou concertée des engagements pris par la France en matière de réinstallation des réfugiés conduit à s'interroger sur les destinataires de ces engagements. En effet, un comportement est unilatéral lorsqu'il régit les rapports – dont on ne sait pas encore s'ils sont juridiques ou non – entre son auteur et un ou plusieurs sujets tiers n'ayant pas participé à sa formation. A l'inverse, l'acte doit être qualifié de « concerté » lorsque le ou les sujets au(x)quel(s) il s'adresse a/ont participé à son élaboration[45]. Ayant pour objet la réinstallation des réfugiés sur le territoire national depuis un Etat tiers, on peut considérer que les engagements pris en matière de réinstallation s'adressent à cet Etat. Si on considère l'Etat de premier accueil des réfugiés comme le destinataire de l'engagement étatique, ce dernier sera unilatéral si l'Etat n'a pas participé à sa formation et concerté s'il en est le co-auteur. L'étude des engagements de la France montre que l'unilatéralité est la règle, l'acte concerté avec l'Etat tiers l'exception. Hormis la Déclaration UE-Turquie, les prises de position françaises en matière de réinstallation ne s'insèrent dans aucun cadre concerté avec les Etats de premier asile. Si elles sont parfois adoptées suite à des rencontres officielles entre chefs d'Etats (comme au Liban en avril 2016), elles ne font l'objet que d'une déclaration unilatérale. Egalement, elles ne se rattachent à aucun accord préexistant entre les Etats, dont elles pourraient constituer l'acte de mise en œuvre. Dit autrement, elles sont autonomes de tout processus conventionnel. L'institutionnalisation des rapports internationaux en matière de protection des réfugiés n'a, pour l'instant, pas modifié cette situation. Le Forum mondial pour les réfugiés, prévu par le Pacte mondial du même nom avec une périodicité de quatre ans[46], permet seulement aux Etats d'« annoncer » des « engagements concrets et des contributions pour l'atteinte

[45] Les adjectifs unilatéral/concerté renvoient ici aux relations entre l'Etat de réinstallation et l'Etat de premier asile du réfugié, et non à celles qui peuvent s'établir entre des Etats qui ont décidé de formuler collectivement leur engagement à l'égard de l'Etat de premier asile. La nature d'un comportement étatique peut s'apprécier différemment selon la perspective choisie. Un accord entre plusieurs Etats peut ainsi constituer une promesse unilatérale (collective) pour les Etats tiers n'ayant pas participé à sa formation (c'est une hypothèse que l'on retrouvera d'ailleurs avec les engagements formulés à travers les institutions de l'Union européenne). Voir dans ce sens, J.-P. JACQUÉ, « A propos de la promesse unilatérale », in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 327-345, spéc. p. 331 : « le caractère unilatéral d'un acte ne découle nullement du fait qu'il soit imputable à un sujet de droit international. Un acte unilatéral est un acte hétéronormateur, c'est-à-dire une manifestation de volonté par laquelle un ou plusieurs sujets de droit créent des normes applicables à des tiers. Or, le bénéficiaire de la promesse devient titulaire d'un droit alors même qu'il n'a pas été appelé à participer à l'élaboration de l'acte qui crée ce droit. Pour le destinataire de la promesse, que cette dernière résulte d'un traité ou d'une déclaration d'un seul Etat, l'acte vient d'un seul côté, *unus latus*, puisque le droit dont il deviendra titulaire ne procède pas de sa volonté, mais de celle d'un ou de plusieurs autres Etats ».

[46] Pacte mondial sur les réfugiés, précité, § 17.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

des objectifs du Pacte »[47]. Il s'agit donc bien de prises de positions unilatérales et étatiques, qui sont simplement « réceptionnées » par un forum international. Il n'en résulte pas l'adoption d'actes concertés entre les Etats.

Cette première analyse n'épuise pas la question du caractère unilatéral ou concerté des engagements de la France, car un autre destinataire doit être envisagé : le HCR. En effet, le mandat de cette organisation internationale comporte la protection internationale des réfugiés et la recherche de solutions permanentes à leurs problèmes[48] et fonde les initiatives du HCR en matière de réinstallation qui, on le rappelle, remplit ce double objectif[49]. Les engagements de la France pourraient ainsi être interprétés comme s'adressant à cette organisation internationale[50]. On notera à cet égard que l'engagement pris par François Hollande d'accueillir 500 réfugiés syriens réinstallés en 2014 est intervenu suite à une visite du Haut-Commissaire pour les réfugiés. De la même manière, peut-on lire dans un communiqué du Ministère de l'Intérieur qu'« [e]n octobre 2017, le Président de la République s'est engagé **auprès du Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR)** à accueillir 10 000 réfugiés réinstallés sur la période 2018-2019 »[51]. Les déclarations françaises en matière de réinstallation s'inscrivent d'ailleurs dans des relations de plus en plus institutionnalisées avec le HCR. Cela ne tient pas tant à l'Accord-cadre conclu entre la France et le HCR en 2008, dont on a vu qu'il ne contient pas de réelle obligation pour l'Etat en matière de réinstallation (si ce n'est celle d'étudier la centaine de dossiers soumis par le HCR chaque année[52]), qu'aux conférences annuelles tripartites réunissant le HCR, les Etats et les ONG. Aujourd'hui, cette institutionnalisation est renforcée par la « Stratégie triennale » (2019-2021) mise au point par le HCR avec les « Etats et les parties prenantes concernées » et qui doit faire l'objet d'un suivi dans le cadre du Forum mondial et des réunions officielles de haut niveau prévus par le Pacte mondial sur les réfugies[53]. Il ne fait pas de doute que ces instruments permettent au HCR de faciliter la discussion sur les besoins en matière de réinstallation afin d'obtenir des engagements étatiques en ce sens. Mais de cette institutionnalisation ne résulte pas l'adoption d'acte (déclaration, communiqué, annonce) conjoint entre l'Etat et le HCR, si bien que la logique reste celle de l'unilatéralité.

[47] *Ibidem*.
[48] Chapitre 1 du Statut du HCR.
[49] Voir dans ce sens, *HCR*, Manuel de réinstallation, précité, p. 3.
[50] Rien ne s'oppose à ce qu'un acte (y compris juridique) s'adresse à une organisation internationale (voir dans ce sens, D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des Etats comme éléments de formation du droit international*, thèse soutenue le 3 décembre 2018 à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, § 219).
[51] Communiqué du 17 octobre 2019 du ministère de l'intérieur (https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Asile/La-reinstallation/Programme-de-reinstallation-des-refugies-syriens-et-subsahariens-9-484-personnes-accueillies-au-30-novembre-2019), souligné par nous.
[52] Il est par conséquent difficile de considérer les déclarations unilatérales françaises comme des actes d'exécution de cet accord.
[53] Pacte mondial sur les réfugiés, précité, § 91 et §§ 101-107.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

III. DES ENGAGEMENTS POLITIQUES OU JURIDIQUES ?

Déterminer la nature juridique – et donc contraignante – des engagements pris par la France permet de conclure l'examen de leur nature sur le plan du droit international. Si ces déclarations emportent des effets juridiques, elles devront être qualifiées, selon les hypothèses dégagées plus haut, d'actes juridiques unilatéraux de la France[54] ou d'accords internationaux (hypothèse limitée à la Déclaration UE-Turquie). Dans le cas contraire, seront en cause soit de simples engagements politiques unilatéraux soit des actes concertés non conventionnels. Conformément aux solutions classiques en la matière, il convient – pour déterminer la nature juridique de ces engagements – de rechercher l'intention de l'Etat d'être juridiquement lié par l'obligation de procéder à la réinstallation d'un nombre déterminé de réfugiés. On sait que la forme de l'acte importe peu en droit international[55] et qu'il faut recourir à d'autres critères, pas toujours clairement établis, comme le contenu, le but de l'acte ou les conditions de son adoption et de sa mise en œuvre. Il convient ici de distinguer selon que l'acte imputable à la France est unilatéral ou concerté, les éléments d'appréciation n'étant pas en tout point identiques.

A. Les engagements unilatéraux

La nature unilatérale des engagements de l'Etat impose la prudence lorsqu'il s'agit de leur attribuer des effets juridiques. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*, « lorsque des Etats font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose »[56]. Dans cette affaire, la Cour a distingué deux critères cumulatifs permettant de distinguer les actes unilatéraux qui créent des obligations juridiques de ceux qui n'en créent pas. Le premier tient à la publicité que l'Etat a souhaité donner à son engagement. En l'espèce, la Cour avait pu relever que les déclarations françaises étaient du « domaine public »[57], ce qui permettait de considérer que « le gouvernement français a signifié par là à tous les Etats du monde (…) son intention de mettre fin effectivement à ces essais »[58]. Les déclarations unilatérales de la France en matière de réinstallation font généralement l'objet d'une

[54] Actes unilatéraux dont résulte une obligation nouvelle pour l'Etat car, comme vu précédemment, aucune autre règle de droit international positif n'impose à la France de procéder à la réinstallation de réfugiés.
[55] Voir à propos des actes unilatéraux, CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, §48 et à propos des actes concertés (CIJ, arrêt du 19 décembre 1978, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, §96). A cet égard, la circonstance que l'engagement pris par la France en juillet 2015 ait pris la forme de « conclusions du Conseil de l'Union européenne », acte considéré comme ne produisant pas d'effets juridiques car non prévu par les textes, n'est pas déterminant. Devant la CJUE, le Conseil a d'ailleurs pu affirmer « qu'il adopte parfois, sous la forme de conclusions, certains actes produisant ou destinés à produire un effet juridique » (CJUE, 25 octobre 2017, *Commission c. Conseil*, aff. C-687/15, précité, §33).
[56] CIJ, arrêt du 20 décembre 1974, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), §47.
[57] *Ibidem*, §33.
[58] *Ibidem*, §53.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

énonciation par le Président de la République assortie d'un communiqué de presse écrit, si bien que l'on peut considérer le critère comme satisfait. La publicité des engagements est renforcée lorsqu'ils interviennent dans un cadre institutionnel, qu'il soit européen ou international. Ainsi, les conclusions du Conseil de l'Union européenne de juillet 2015 ou encore le compte-rendu du Forum mondial sur les réfugiés attestent publiquement, « à tous les Etats du monde », des engagements pris par la France en matière de réinstallation. Ceci illustre d'ailleurs tout l'intérêt que peut revêtir l'institutionnalisation des rapports entre les Etats en matière migratoire.

Le second critère identifié par la Cour de La Haye concerne l'intention de l'Etat de générer des effets juridiques. Sur ce point, deux éléments nous paraissent devoir retenir l'attention : le contenu des déclarations et les modalités de leurs mises en œuvre. Les déclarations unilatérales françaises empruntent au vocabulaire juridique des termes comme « s'engage » ou « promet », qui laissent à penser que l'Etat a l'intention de se lier juridiquement à une obligation de réinstallation. Les conclusions du Conseil de l'Union européenne de juillet 2015 en donnent l'illustration la plus directe. Conformément à celles-ci, les Etats « conviennent de réinstaller (…) des personnes ayant manifestement besoin d'une protection internationale ». Par contraste, plus loin dans les conclusions, les Etats « constatent » et « notent ». Et les déclarations sont suffisamment précises pour exprimer une intention de générer une obligation juridique : elles précisent le nombre de places de réinstallation consenties par la France (en annexe du texte en ce qui concerne les conclusions du Conseil). Il aurait été en effet difficile de retenir la volonté de l'Etat de se lier à une obligation de réinstallation, si ce dernier n'avait pas fixé dans sa déclaration le contenu précis de cette obligation : une déclaration unilatérale « ne peut créer des obligations juridiques que si elle a un objet clair et précis »[59]. Mais un élément manque dans les engagements français, qui jette un doute sérieux sur leur nature juridique : la mention du destinataire de l'obligation de réinstallation. Car lorsque l'Etat s'engage juridiquement à procéder à la réinstallation de réfugiés, il souscrit une obligation juridique vis-à-vis d'un destinataire, que nous avons identifié comme étant l'Etat de premier asile ou le HCR. Le fait que les déclarations unilatérales ne précisent pas leur destinataire impose de redoubler de prudence lorsqu'il s'agit de leur attribuer des effets juridiques. Leur objet – la réinstallation des réfugiés – n'induit pas, par lui-même, un destinataire identifiable. Et ces déclarations ne s'inscrivent pas toujours dans des discussions bilatérales susceptibles d'identifier un destinataire au regard du contexte de leur adoption. Le silence des déclarations françaises sur ce point incline, selon nous, à exclure l'intention de la France de générer une obligation internationale et

[59] CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Rwanda), §50. Voir dans ce sens, M. Kamto, « La volonté de l'Etat en droit international », *RCADI*, 2007, vol. 310, pp. 9- 428, spéc. p. 109 : « [l]e degré de clarté et de précision des termes utilisés permettant de déterminer la portée juridique de l'engagement contenu dans la déclaration devrait donc constituer un des critères de la juridicité de l'acte dans la mesure où il permet de dégager plus sûrement l'intention de l'Etat ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de modifier les rapports juridiques qu'elle entretient avec d'autres sujets de droit international. Dans le cadre d'une promesse unilatérale adoptée collectivement (comme les conclusions du Conseil de 2015), il n'est pas exclu que les Etats membres aient entendu se lier juridiquement entre eux sans pour autant se lier à l'égard de l'Etat tiers. La Commission rejette toutefois cette hypothèse en qualifiant les engagements des Etats européens de « volontaires », par opposition aux « obligations » qui s'imposent aux Etats en matière de relocalisation[60]. Ainsi, aux yeux des institutions européennes, aucun effet juridique n'est attaché à ces déclarations, que ce soit entre les Etats membres ou à l'égard des Etats tiers. L'étude des modalités de mise en œuvre des engagements unilatéraux pris par la France en matière de réinstallation confirme cette interprétation. Ces déclarations ne suscitent guère de réactions de la part des Etats tiers[61], qui pourraient en réclamer la mise en œuvre ou contester leur inobservation. Lorsque tel est le cas, la réaction ne mobilise pas le droit mais le politique comme le montre la décision prise par le Niger de suspendre les évacuations depuis la Libye entre mars et mai 2018, afin de pousser les Etats européens à procéder à davantage de réinstallations depuis son territoire.

B. Les engagements concertés

Conformément aux conclusions précédentes, seule la Déclaration UE-Turquie peut être considérée comme un acte concerté entre les Etats membres de l'Union européenne d'une part et le destinataire de l'engagement de réinstallation d'autre part. La nature juridique de cette déclaration a suscité des divergences d'interprétation qui n'ont pas été tranchées par la Cour de Justice, l'absence d'imputabilité de l'acte à l'Union européenne l'ayant conduite à rejeter sa compétence. A nouveau, on se tournera vers le contenu de la déclaration et les conditions de sa mise en œuvre pour déterminer l'intention des parties.

Il est à noter que la Déclaration ne précise pas si elle est ou non porteuse d'effets juridiques[62]. Les termes utilisés tendent à reconnaître l'existence de véritables engagements juridiques : les parties « ont quant à eux décidé » et « sont convenues des points d'action complémentaires suivants (…) » : interception et renvoi des migrants vers la Turquie, réinstallation « 1 pour 1 »…Toutefois, comme vu précédemment, seul un engagement précis quant à son objet peut permettre de reconnaître l'intention des Etats d'être liés juridiquement. Ce n'est

[60] Voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil intitulée « Premier rapport sur la relocalisation et la réinstallation », 16 mars 2016, COM/2016/0165, pt. 3.2 : « [c]ontrairement aux obligations prévues par les deux programmes de relocalisation, les engagements pris par les Etats membres dans le cadre du programme de réinstallation du 20 juillet 2015 sont des engagements volontaires ».

[61] Ceci exclut toute rencontre d'une promesse et d'une acceptation, susceptible de générer un lien conventionnel entre deux Etats. Ceci exclut également le recours à l'estoppel qui repose sur « la représentation que le tiers s'est fait de bonne foi de la volonté de l'auteur » et qui l'a incité à modifier sa position (J.-P. JACQUÉ, « A propos de la promesse unilatérale », précité, pp. 335-339).

[62] Par opposition, le « Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU » adopté le 2 octobre 2016, soit quelques mois après la Déclaration UE-Turquie, indique que « [t]he JWF is not intended to create legal rights or obligations under international law ».

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pas la mention du destinataire qui fait défaut, la déclaration s'adressant expressément à la Turquie, mais celle des engagements chiffrés des Etats. En effet, on ne trouve pas, dans la Déclaration UE-Turquie, d'indications relatives au nombre de places de réinstallation auxquelles les Etats ont consenti. Ce n'est que plus tard que la France évoquera le nombre de 6000 réinstallations depuis la Turquie. Plus encore, la Déclaration renvoie expressément aux conclusions du Conseil en tant que cadre de référence pour la mise en œuvre du programme de réinstallation : « les réinstallations prévues par ce mécanisme seront, dans un premier temps, mises en œuvre en honorant les engagements pris par les Etats membres dans les conclusions des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil le 20 juillet 2015, 18 000 places de réinstallation étant encore disponibles dans ce contexte »[63]. Et lorsque les engagements prévus par lesdites conclusions seront atteints – engagements dont il nous semble falloir exclure la nature juridique – il est renvoyé à « un arrangement volontaire similaire »[64]. On comprend donc que si la Déclaration prévoit le principe d'un programme de réinstallation « 1 :1 », elle ne contient pas d'engagements chiffrés des Etats en la matière. Et on peut douter que les Etats aient entendu s'engager juridiquement sur un programme permettant un transfert de réfugiés depuis la Turquie sans en fixer la limite. Un nouvel indice en faveur de l'absence de dimension juridique associée à ces engagements réside dans le fait que les réinstallations ont en pratique été réalisées par les Etats sans réelle prise en compte du rapport « 1 :1 » énoncé dans la Déclaration. Ainsi que le note à plusieurs reprises la Commission européenne, « le nombre de syriens réinstallés dépasse largement le nombre de personnes renvoyées en application de la Déclaration UE-Turquie »[65]. Ainsi, la Déclaration du 18 mars 2016 n'est pas considérée comme fixant un cadre rigide en matière de réinstallation des réfugiés mais comme ayant une dimension essentiellement programmatoire. Difficile, en conséquence, de considérer que les parties ont entendu attacher des effets juridiques aux énoncés relatifs au programme de réinstallation[66]. L'absence de portée juridique des engagements français – et des Etats-membres de l'Union européenne pour ce qui concerne les actes collectifs – montre les réticences de l'Etat à se lier juridiquement à des obligations en matière d'admission des réfugiés sur son territoire. L'échec de

[63] Point 2 de la Déclaration.
[64] *Ibidem*.
[65] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil intitulée « Deuxième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », 15 juin 2016, COM/2016/0349, pt. 3. Voir dans le même sens, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil intitulée « Troisième rapport sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la déclaration UE-Turquie », 28 septembre 2016, COM/2016/0634, pt. 3 : « le rythme des réinstallations est considérablement plus soutenu que celui des renvois à partir des îles grecques ».
[66] Ceci ne signifie pas qu'aucun des énoncés de la Déclaration n'a de portée juridique. Certains s'inscrivent en effet dans un contexte différent, comme ceux relatifs à la réadmission des migrants de la Grèce vers la Turquie. Voir pour des études plus générales de la Déclaration, A. GUERIN, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », précité, §§25 et 46 et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'emprise de la soft law en droit des migrations en Europe », in M. BENLOLO-CARABOT (dir.), *L'Union européenne et les migrations*, à paraître.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

la proposition de règlement de la Commission visant à introduire dans la législation européenne, à l'instar de la relocalisation, un cadre juridique en matière de réinstallation permet de s'en convaincre. Le recours à des engagements purement politiques dans le cadre de la politique migratoire de l'Union européenne suscite d'ailleurs de vives inquiétudes au regard des équilibres institutionnels qu'ils permettent de contourner et des droits fondamentaux qu'ils conduisent à affaiblir[67].

En matière de réinstallation des réfugiés, la France, comme bon nombre d'Etats, privilégie l'unilatéralité et le caractère politique des engagements, qui échappent à la méthode communautaire. Cette pratique contraste avec un autre domaine de la politique migratoire, celui de la réadmission des étrangers qui repose sur la conclusion, par la France ou l'Union européenne, de nombreux accords internationaux avec les Etats tiers. Comment ne pas voir dans ce contraste l'expression des rapports de force existants en matière migratoire ? D'un côté, la réadmission, qui permet aux Etats européens de renvoyer les étrangers dans un pays tiers, justifie la concertation et la juridicisation des rapports internationaux ; de l'autre la réinstallation, qui permet à des réfugiés d'être admis sur le territoire européen, se satisfait de simples déclarations d'intention le plus souvent unilatérales. Plus encore, lorsque l'engagement en matière de réinstallation s'intègre dans un instrument concerté, c'est surtout en tant qu'élément de négociation permettant de renforcer les mécanismes de réadmission, à l'instar de la Déclaration UE-Turquie[68]. La conjoncture actuelle étant peu propice au développement d'instruments juridiques en matière migratoire, au niveau européen (avec le nouveau Pacte européen sur les migrations et l'asile) comme au niveau des Nations unies (avec le Pacte sur les réfugiés), la réinstallation des réfugiés pourrait devoir se contenter encore pendant longtemps de simples promesses politiques.

[67] Voir dans ce sens, M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « L'emprise de la soft law en droit des migrations en Europe », précité.

[68] La Commission européenne l'affirme d'ailleurs sans détour : « [t]ous [les Etats de l'Union européenne] reconnaissaient que la réinstallation peut, dans certaines circonstances, servir de moyen de pression dans les dialogues de fond et politiques avec les pays tiers, éventuellement par le biais de stratégies ciblées et personnalisées » (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre de l'Union pour la réinstallation et modifiant le règlement (UE) n°516/2014 du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2016, COM/2016/0468).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Denis ALLAND

Avec les notes de

Louis BALMOND, Philippe BOU-NADER, Emmanuel BOURDONCLE, Claire CRÉPET DAIGREMONT, Maxime DANTZLINGER, Jean-Baptiste DUDANT, Thibaut FLEURY GRAFF, Mathilde FRAPPIER, Mira HAMAD, Nicolas HAUPAIS, Romain LE BŒUF, Emilie LEGRIS, Aurélia LELARGE, Alexis MARIE, Charles-Maurice MAZUY, Hélène RASPAIL

SOMMAIRE

ARABIE SAOUDITE – KOWEIT : Reprise de production conjointe dans la « zone neutre » : l'unité dans la division (n° 2020/3-4.40, M.H.) ; BANGLADESH : Possibilité d'une île pour les réfugiés Rohingyas - suite (n° 2020/3-4.41, T.F.G.) ; EGYPTE - ETHIOPIE – SOUDAN : Remplissage unilatéral du barrage sur le Nil – Qualification de menace existentielle (n° 2020/3-4.42, J.-B.D.) ; ETATS-UNIS : Une « vision » de la paix entre Israël et la Palestine (n° 2020/3-4.43, R.L.B.) ; ETATS-UNIS : Retrait des Etats-Unis du Traité « Ciel ouvert » (n° 2020/3-4.44, L.B.) ; ETATS-UNIS – COUR PENALE INTERNATIONALE : Nouvelles sanctions contre le personnel de la CPI enquêtant sur des affaires impliquant des ressortissants étatsuniens (n° 2020/3-4.45, J.-B.D.) ; ETATS-UNIS-SYRIE : Nouvelles sanctions américaines contre la Syrie (n° 2020/3-4.46, A.L.) ; FRANCE – ISRAEL : Réactions françaises au plan d'annexion de la Cisjordanie (n° 2020/3-4.47, T.F.G.) ; FRANCE - COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE : Qualité de l'air - Manquement constaté par la Cour de Justice de l'Union européenne (n° 2020/3-4.48, CL.C.D.) ; LIBYE – RUSSIE – SYRIE : Recours à des mercenaires du groupe Wagner (n° 2020/3-4.49, N.H.) ; INDE – REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE : Tensions frontalières (n° 2020/3-4.50, E.L.) ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES – HAUT COMMISSARIAT DES DROITS DE L'HOMME – ISRAEL : Liste des entreprises exerçant des activités en territoire palestinien occupé publiée par le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies (n° 2020/3-4.51, T.F.G.) ; ORGANISATION DES NATIONS UNIES – REPU-BLIQUE CENTRAFRICAINE : Assouplissement de l'embargo sur les armes (n° 2020/3-4.52, T.F.G.) ; ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE – BLOCAGE DE L'ORGANE D'APPEL : Création d'un mécanisme arbitral d'appel provisoire multipartite (n° 2020/3-4.53, CL.C.D.) ; PAPOUASIE-NOUVELLE-GUINEE : Marche vers l'indépendance de Bougainville ? Suites du référendum tenu du 23 novembre au 7 décembre 2019 (n° 2020/3-4.54, H.R.) ; REPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA : Persistance de la crise sous influences étrangères - Analyse des conduites visant le gouvernement Maduro (n° 2020/3-4.55, M.F.) ; REPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN : L'accord sur le nucléaire, un mort bien vivant ? (n° 2020/3-4.56, E.B.) ; REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE : Discours du président Xi à la 75e session de l'Assemblée Générale des Nations Unies (n° 2020/3-4.57, C.-M.M.) ; SYRIE : Signature d'un contrat pétrolier entre une société américaine et les Forces Démocratiques Syriennes (n° 2020/3-4.58, M.H. & Ph. B.-N.) ; UKRAINE : Adhésion au Deuxième Protocole de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 (n° 2020/3-4.59, M.D.) ; UNION EUROPEENNE : Crise sanitaire et restrictions aux déplacements internationaux (n° 2020/3-4.60, T.F.G.) ; UNION EUROPEENNE - LIBYE : Fin de la mission militaire « SOPHIA » - Création de la mission militaire « IRINI » (n° 2020/3-4.61, A.M.).

R.G.D.I.P. 2020-3-4

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ARABIE SAOUDITE – KOWEÏT

Reprise de production conjointe dans la « zone neutre » : l'unité dans la division

2020/3-4.40 – L'Arabie Saoudite et le Koweït ont signé le 24 décembre 2019 un accord actant la reprise de la production de deux gisements pétrolifères *Al Khafji* (« offshore ») et *Wafra* (« onshore ») dans la « zone divisée » ou « zone neutre » (*https://www.lefigaro.fr/flash-eco/l-arabie-saoudite-et-le-koweit-vont-reprendre-la-production-dans-deux-gisements-petroliferes-20191223*). Les deux sites pompaient environ 500 000 barils par jour avant la suspension de l'exploitation en 2014 (*https://www.hartenergy.com/ exclusives/new-terms-govern-al-khafji-joint-saudi-kuwait-oil-field-31328*). L'interruption de ces activités pendant environ cinq ans est la conséquence de plusieurs désaccords portant sur l'exploitation de la zone neutre, dont un relatif au renouvellement de certaines concessions (*https://www.offshore-technology.com/features/thawed-relations-hit-strange-times-inside-the-saudi-kuwait-neutral-zone/*).

Cette zone suscite plusieurs questions en raison de l'imprécision des termes souvent employés pour la qualifier. Son statut est le fruit d'une histoire complexe. Il est possible de le faire remonter à l'accord anglo-ottoman de juillet 1913 reconnaissant (*de facto*) le protectorat britannique sur le Koweït et qui prévoit que le gouvernement ottoman « will abstain from establishing garrisons there or engaging in any military action there without having agreed with the Government of His Britannic Majesty beforehand », sur une zone limitée (dont la « zone neutre »). Certains auteurs font remonter le caractère « neutre » de la zone à cette clause (Talaat El Ghoneimy M., « The legal status of the Saudi-Kuwaiti neutral zone », in *The international and comparative law quarterly*, vol. 15, n. 3, juillet 1966, p. 692). Il faudra attendre la conclusion du protocole d'Uqair de 1922 pour plus de précisions quant au régime applicable à la zone. Cette accord intervient au lendemain de la Première Guerre mondiale, à un moment crucial de l'établissement des deux Etats. Le Koweït peinait à se défendre face à l'Emirat de Najd (auquel succédera l'Arabie saoudite) aux visées expansionnistes menées par Ibn Saoud, père fondateur de l'Etat saoudien moderne. Les relations tendues entre le Najd et le Koweït culmineront en 1919, lorsque le Najd déclare vouloir annexer le Koweït, et donneront lieu à une guerre se traduisant par des affrontements sporadiques entre 1919 et 1920.

C'est dans ces circonstances que la Grande Bretagne a envoyé un agent, Sir Percy Cox, pour négocier plusieurs affaires, dont le litige qui oppose le Najd et le Koweït. Le Koweït n'a pas participé directement aux négociations, ce qui explique plus aisément la perte par ce dernier d'environ deux-tiers de son territoire au terme de ces différents montages diplomatiques (F. Al Nakib, « The lost 'two-thirds' : Kuwait's territorial decline between 1913 and 1922 », in *Journal of Arabian Studies*, p. 19-37). Ces négociations portaient essentiellement sur la délimitation des frontières. Le Najd insistera sur des frontières « tribales » – donc flexibles – contrairement à Sir Percy Cox, qui souhaitait des frontières stables et définies. Un compromis est alors proposé par ce dernier : des frontières définies entre le Koweit et le Najd, et une zone « neutre ». Ce compromis n'est pas anodin. Le représentant du Najd aurait dit à Sir Percy Cox qu'il tenait beaucoup à cette zone neutre « because we think oil exists there », ce à quoi aurait répondu Sir Percy Cox « That is exactly why I have made it a neutral zone. Each side shall have a half sphere » (Talaat El Ghoneimy M., « The legal status of the Saudi-

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Kuwaiti neutral zone », précit. p. 696). Le protocole d'Uqair a défini la zone neutre et a prévu que « sur ce territoire, ils auront des droits égaux jusqu'au moment où un nouvel accord y relatif [*sic*] sera conclu entre le Najd et le Koweït en faisant appel aux bons offices du Gouvernement britannique. » (Nations Unies, *« Recueil des traités »*, vol. 1750, II-1083 *https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201750/II-183.pdf*). Cet accord est alors à l'intersection du régime du condominium, et des arrangements provisoires – tels que les accords de développement conjoint – fréquents en matière de zones contestées. La zone n'était donc nullement « neutre », dans la mesure où elle était l'objet et l'assiette de *deux* souverainetés.

Quant au caractère provisoire de l'accord, il a été confirmé par la conclusion d'un second accord le 7 juillet 1965, motivé par les découvertes de gisements pétroliers importants dans la région (« Kuwait-Saudi Arabia Agreement to Partition the Neutral Zone », in *International Legal Materials*, vol. 4, No. 6, novembre 1965, pp. 1134-1138 – *https://www.jstor.org/stable/20689992?seq=1*). Cet accord a été conclu « because it [le protocole d'Uqair] did not regulate the exercise of those rights [les droits égaux prévus par le protocole d'Uqair] and as that state of affairs was of a provisional nature which entailed serious practical difficulties » (Préambule de l'accord de 1965).

Source: https://www.ft.com/content/b1d19c06-9a69-11e8-88de-49c908b1f264

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Cet accord est « hybride » dans la mesure où il prévoit à la fois une délimitation de la zone tout en réaffirmant son partage. L'article II de l'accord envisage la division de la zone en deux parties égales : une région au nord désormais « annexée » par le Koweït, et une autre au Sud par l'Arabie saoudite. Cette division concerne « the rights of administration, legislation and defence over that part » (article III). L'accord prévoit toutefois le partage de « the shared natural ressources […] existing at present or that shall exist » dans la « zone neutre », désormais « zone divisée » (article IV).

L'accord est surtout intéressant en matière de ressources maritimes : il permet aux deux Etats « d'annexer » la mer territoriale longeant leurs parts respectives de la zone divisée, dans les limites de 6MM de la côte de fonds marins et de leur sous-sol (article VII). Au delà des 6MM, ils bénéficient de « equal rights in the submerged zone […] by means of shared exploitation unless the two parties agree otherwise » (article VIII).

Cette clause, aussi originale qu'ambitieuse, n'a pas été sans soulever de problèmes. Les deux Etats exploitent le gisement pétrolier *Al Khafji* depuis les années soixante, situé au-delà des 6 milles, donc partagé. Il s'agit toutefois de l'extension du gisement *Safaniya* – un des plus grands au monde (*https://www.hartenergy.com/exclusives/new-terms-govern-al-khafji-joint-saudi-kuwait-oil-field-31328*) – situé dans les 6 milles de l'Arabie saoudite et exploité unilatéralement par cette dernière. La proximité de ces deux champs a été à l'origine de plusieurs litiges entre concessionnaires ainsi qu'entre Etats (A. Razavi, *Continental shelf delimitation and related maritime issues in the Persian Gulf*, Martinus Nijhoff Publ., 1997, pp. 222-223). Cet exemple montre la fragilité de tout accord complexe de ce genre – excessivement « artificiel » en l'espèce – face aux éléments de la nature. Le morcellement de la souveraineté opéré par l'accord est également source de tensions entre ces deux Etats qui n'ont pas forcément le même poids sur la scène régionale mais dont les revenus dépendent en grande partie de cette ressource. Un accord complémentaire a été conclu le 2 juillet 2000 « relatif à la zone submergée adjacente à la zone divisée » (disponible en ligne : *https://www.un.org/depts/los/legislationandtreaties/ pdffiles/ treaties/sau-kwt2000sa.pdf*). Cet accord est à l'image de l'accord de 1965 – « hybride » – puisqu'il délimite la zone submergée adjacente à la zone neutre (ils n'hésitent pas à employer le terme « frontière » par exemple) tout en réitérant leur système de « copropriété » sur les ressources naturelles.

L'accord de 2019 ne fait que confirmer les acquis de ces divers accords. Il s'aligne sur le statut accordé à la zone, en mêlant des lexiques *a priori* contradictoires : par exemple, son article 1er fait référence à la « pleine souveraineté » des deux Etats, mais rappelle que les ressources naturelles situées dans la « zone divisée » sont communes aux deux Etats. « L'obsession des frontières » – expression empruntée au géographe Michel Foucher – ou de la division tout au moins, qui se ressent dans les divers accords passés par les deux Etats, ne peut cacher la réalité d'un partage qui va au-delà de l'exploitation de ressources naturelles communes.

La production, qui a repris en mars 2020 pour *Al Khafji*, sera suspendue à partir de juin 2020 pour une durée d'un mois, conformément à la décision des pays de l'OPEP de réduire collectivement leurs productions (*https://www.lemonde.fr/planete/live/2020/04/12/coronavirus-en-direct-un-dimanche-de-paques-sous-pression-pour-le-personnel-soignant_6036363_3244.html*), en raison de la chute spectaculaire des prix du pétrole en avril 2020 (*https://www.lorientlejour.com/article/1218918/koweit-et-arabie-saoudite-cessent-la-production-dans-une-zone-neutre.html*).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Annexe
Accord annexe à l'accord sur la division de la zone neutre et de la convention de division de la zone submergée adjacente à la zone divisée conclu entre l'Arabie saoudite et le Koweït le 14 décembre 2019 (Traduction libre de l'arabe à partir de la version publiée au journal officiel koweïtien)

Article 1 - La ligne d'équidistance séparant la zone neutre et adoptée dans le présent accord est considérée comme faisant partie des frontières internationales entre la zone du Royaume d'Arabie saoudite et la zone de l'Etat du Koweït. L'Arabie saoudite exerce sa pleine souveraineté sur sa zone située au sud de cette ligne et le Koweït exerce sa pleine souveraineté sur sa zone située au nord de la ligne.

La ligne de division de la zone submergée est considérée comme frontière maritime séparant les zones maritimes saoudiennes des zones maritimes koweitiennes. L'Arabie saoudite exerce sa pleine souveraineté sur sa mer territoriale et ses droits souverains et compétences sur la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental situés au sud de cette ligne, conformément au droit international, et le Koweït exerce sa pleine souveraineté sur sa mer territoriale et ses droits souverains et compétences sur la zone contiguë, la zone économique exclusive et le plateau continental situés au nord de cette ligne, conformément au droit international.

Les ressources naturelles situées dans la zone divisée et dans la zone submergée divisée demeurent la propriété des deux parties à parts égales, et chacune des parties respectent les droits de l'autre aux ressources naturelles communes présentes ou futures.

Article 2 - 1. La frontière terrestre entre le Royaume d'Arabie saoudite et l'Etat du Koweït suit une trajectoire rectiligne qui lie les points frontaliers dont les coordonnées géographiques sont indiquées à l'annexe (1).

2. La frontière maritime entre le Royaume d'Arabie saoudite et l'Etat du Koweït a pour point de départ le point terrestre (Z) et suit une trajectoire rectiligne qui lie les points maritimes (1) jusqu'à (4) dont les coordonnées géographiques sont indiquées à l'annexe (2), et s'étend du point (4) jusqu'à la fin de la frontière maritime entre le Royaume d'Arabie saoudite et l'Etat du Koweït à l'est.

Les frontières terrestre et maritime susmentionnées sont clairement exposées sur la carte jointe au présent accord (annexe 3). Les annexes (1), (2) et (3) font partie intégrante du présent accord.

Article 3 - Chacune des parties accepte de permettre aux compagnies qui veillent sur les intérêts de l'autre partie d'être présentes dans la zone sur laquelle elle est souveraine dans la zone divisée, ou sur laquelle elle a des droits souverains dans la zone submergée divisée, et d'effectuer toutes les opérations d'exploration, de forages, d'excavation et d'exploitation des ressources hydrocarboniques, conformément aux concessions obtenues auprès d'une des parties, et ce par le biais d'une exploitation conjointe, à travers des opérations conjointes, à moins que les deux parties s'accordent sur un autre mode d'exploitation des ressources communes.

Chacune des parties s'engage à respecter ces concessions, et à offrir dans la zone soumise à sa souveraineté les facilités nécessaires aux compagnies qui veillent sur les intérêts de l'autre partie, afin d'exercer ses droits et d'honorer ses obligations, dans les limites des lois en vigueur dans la zone soumise à sa souveraineté ou ses droits.

Chacune des parties a le droit de remplacer la compagnie qui veille sur ses intérêts dans le cadre de l'exploitation des ressources communes dans la zone divisée et dans la zone submergée divisée par une autre compagnie, à condition de ne pas porter atteinte aux droits de l'autre partie.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Article 4 - Les parties acceptent que les opérations conjointes dans les champs Al Khafji et Wafra aient un droit de possession ou d'exploitation sans entraves ou taxes, et non un droit d'appropriation des espaces nécessaires, dans les limites du raisonnable, pour poursuivre leurs activités.

Article 5 - Le présent accord fait partie intégrante de l'accord de division et de l'accord de division de la zone submergée divisée.

Article 6 - Le présent accord entre en vigueur à partir du dernier échange entre les deux parties – à travers les canaux diplomatiques – confirmant la ratification selon la procédure interne nécessaire à son entrée en vigueur.

Le présent accord a été conclu dans la ville de Koweït le mardi 27 *Rabi' Al Akhar* 1441 H correspondant au 24 décembre 2019 G, en deux exemplaires identiques, en langue arabe.

M.H.

BANGLADESH

Possibilité d'une île pour les réfugiés Rohingyas (suite)

2020/3-4.41 – De la CIJ à la CPI (voir cette *Revue,* « Chronique de jurisprudence internationale », n° 2020/1, pp. 149-154 et pp. 183-186), le sort réservé aux Rohingyas par la Birmanie et le Bangladesh nourrit ces derniers temps le contentieux international interétatique et pénal. Les conditions d' « accueil » prévues par le Bangladesh pour les Rohingyas fuyant la Birmanie et venant s'y réfugier illustrent les traitements qu'ils subissent, et pourront venir nourrir utilement ces instances. Le Bangladesh en effet a mis à exécution le projet qu'il avait dévoilé il y a un peu plus de deux ans, et dont nous nous étions alors fait l'écho dans cette même *Chronique* (cette « Chronique », n° 2018/4) : les installer sur l'« île qui flotte » (« *Bhasan Char* » en bengali), formée il y a vingt ans par les alluvions de la rivière Meghna (B. Philip, « Le Bangladesh veut envoyer 100 000 Rohingya sur une île », *Le Monde* du 8 août 2018). Le temps de construire les bâtiments (dont on trouvera un saisissant aperçu vidéo dans ce reportage de *DW News* du 3 septembre 2019 : *https://tinyurl.com/BhashanChar*) destinés à l'hébergement de ces réfugiés, et de trouver un prétexte permettant de contourner les réticences des organisations internationales spécialisées telles que le HCR (prétexte tenant à la crise sanitaire et la nécessité d'une quarantaine), la possibilité est devenue réalité : début mai 2020, quelques dizaines de réfugiés ont été interceptés en mer et débarqués sur l'île (G. Delacroix, « Des réfugiés rohingya internés sur une île submersible du golfe du Bengale », *Le Monde* du 5 mai 2020). Ils sont en outre plusieurs centaines à l'avoir été dans les jours suivants (« Bangladesh : all Rohingya found at sea will be taken to Bhashar Chan Island », *Radio Free Asia,* May 7th, 2020).

Tant le HCR (https://tinyurl.com/HCRRohingya2), que de nombreuses ONG telles Human Rights Watch (https://tinyurl.com/HRWRohingya) ou Amnesty International (*https://tinyurl.com/AIRohingyas*) avaient critiqué le projet bangladais, au nom des droits de l'homme les plus élémentaires, protégés par des conventions dont le Bangladesh est signataire (Pactes de 1966, Convention contre la torture, Convention des droits de l'enfant…). Sa réalisation ne pouvait dès lors qu'attirer les mêmes critiques : Human Rights Watch dénonce une « détention » sans fondement légal – deux mois après leur transfert sur l'île, les réfugiés en « quarantaine » y sont toujours –, la séparation des familles, l'absence de soins médicaux appropriés, etc. (HRW, « Bangladesh : move Rohingya from Dangerous Silt Island », July 9, 2020). Le HCR pour sa part a regretté la

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

décision de transférer les réfugiés sur l'île, alors même qu'il dispose de toutes les capacités opérationnelles nécessaires, y compris au dépistage de la Covid-19, dans les camps de Cox Bazar, lieu principal de séjour des réfugiés rohyngia au Bangladesh (Humanyum Kabir Bhuiyan, « UNHCR opposes Rohingya transfers to Bhashan Char », Dhaka Tribune, May 5th, 2020 et UNHCR, « The Refugee Brief », 8 May 2020). Il faut noter toutefois que la critique ne peut porter que sur les obligations bangladaises en matière de droits de l'Homme. En effet, n'étant pas signataire de la Convention de Genève de 1951, le Bangladesh n'est pas tenu par les obligations qu'elle contient concernant les conditions d'éligibilité au statut de réfugié, et le contenu de celui-ci.

T.F.G.

EGYPTE – ETHIOPIE – SOUDAN

Remplissage unilatéral du barrage de la Renaissance sur le Nil – Qualification de menace existentielle

2020/3-4.42 – Le 21 juillet 2020, l'Ethiopie a annoncé avoir atteint son objectif en remplissant le Grand Barrage Ethiopien de la Renaissance (*GERD* sous son acronyme anglais) à hauteur de 4,9 milliards de mètres cubes d'eau (*https://www.france24.com/fr/20200721-barrage-sur-le-nil-le-niveau-de-remplissage-du-r%C3%A9servoir-pour-la-premi%C3%A8re-ann%C3%A9e-est-atteint*). Ce chiffre, *a priori* colossal, est à mettre en perspective avec la capacité maximale de ce qui devrait être le plus grand barrage du continent africain une fois que les travaux seront complètement achevés : l'Ethiopie pourrait effectivement stocker près de 79 milliards de mètres cubes d'eau. Officiellement, l'ouvrage hydraulique a été rempli « naturellement », grâce à la saison des pluies, afin de ne pas réduire le débit du Nil.

Rappelons que le barrage se situe « sur le Nil bleu, dans l'Etat régional du Benishangul – Gumaz, non loin de la frontière avec le Soudan » et qu'il est source de tensions dans la région depuis son annonce en avril 2011 (cette « Chronique », n° 2018/2.31). Un différend oppose l'Ethiopie à l'Egypte et le Soudan, ces deux derniers étant liés à tenir une position commune concernant le partage des ressources du Nil en vertu de l'article 5(2) de l'Accord bilatéral sur les eaux du Nil de 1959. Les autres Etats bénéficiant du fleuve, comme l'Ouganda ou le Rwanda, ne s'y opposent pas avec la même virulence. Certains d'entre eux sont même convenus d'un partage des eaux avec l'Ethiopie en 2010 lors de la conclusion d'un Traité qui n'a jamais été publié (*https://www.france24.com/fr/20100514-afrique-est-nil-partage-eaux-accord-entebbe-ouganta-fleuve-bassin-boycott-soudan-egypte*).

Malgré la conclusion d'un Accord de déclaration de principes signé en 2015 avec l'Ethiopie, l'Egypte et le Soudan maintiennent leur opposition au projet de barrage (*https://www.sis.gov.eg/Story/121609?lang=en-us*). Cet instrument devait servir à la rédaction d'un traité futur reposant sur l'ensemble des principes qui y sont énoncés. Parmi ces principes, on y trouvait celui de coopérer en vue de préparer le premier remplissage du barrage (principe n°5).

Le 26 juin 2020, l'Ethiopie a pourtant exprimé sa volonté de remplir unilatéralement l'ouvrage en raison de l'importance qu'il représente pour le développement du pays. Ce choix est justifié par l'impossibilité de trouver un accord qui devait faire suite à celui de 2015 ainsi que par la volonté éthiopienne de ne pas repousser son calendrier de remplissage. L'Ethiopie a cependant tenté de rassurer ses voisins en affirmant que ce

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

remplissage, puisqu'opéré pendant la saison des pluies, n'aurait pas d'incidence négative sur le débit du Nil (lettre au Président du Conseil de sécurité, S/2020/623). Une telle déclaration témoigne de l'intention de respecter la règle coutumière de ne pas causer de dommages significatifs aux Etats riverains, règle par ailleurs consacrée dans la déclaration de 2015 (principe n° III).

En réponse, l'Egypte s'y est opposée en saisissant le Conseil de sécurité et en invoquant son droit à la vie afin d'inciter à l'adoption de mesures empêchant l'Ethiopie d'agir unilatéralement (S/2020/617, p. 6). Et ce, même si le Ministre de l'Irrigation dudit Etat a fini par admettre que ce remplissage du barrage ne portait effectivement pas atteinte à leur part du Nil (*https://www.egypttoday.com/Article/1/90088/First-filling-of-GERD-does-not-harm-Egypt%E2%80%99s-Nile-share*).

Avant de revenir sur les discours de ces Etats, et plus particulièrement sur cette référence au droit à la vie et au développement, il faut évoquer l'état des négociations au mois de juillet 2020. A la lumière d'une littérature abondante sur le sujet, il apparaît inutile de revenir sur l'incidence des traités conclus par les Parties au XXème siècle (v. la note précitée, ou encore G. Le Floch, « Le difficile partage des eaux du Nil », *AFDI* (2010), pp. 471-496).

Processus de négociation – En vertu du Xème principe de la Déclaration précitée, les parties peuvent recourir à la médiation lorsqu'un différend concernant l'interprétation ou l'application dudit accord survient. C'est pourquoi la Banque Mondiale et les Etats-Unis d'Amérique ont eu une place importante dans les négociations depuis 2019, alors que les Etats riverains ne parvenaient pas à trouver un terrain d'entente concernant trois points, toujours d'actualité. L'Ethiopie refuse d'être liée par un accord contraignant juridiquement ; les parties ne s'entendent pas sur le mode de règlement des différends à retenir ; l'Egypte et le Soudan cherchent des garanties leur permettant de bénéficier du barrage lors des périodes de sécheresse accrues.

La médiation a permis la rédaction d'un projet de traité le 31 janvier 2020, qui n'a été signé que par l'Egypte. Celle-ci déplore l'échec des négociations alors qu'elle estimait que l'accord « équilibrait et préservait le droit au développement de l'Etat éthiopien ainsi que le droit à la vie de l'Egypte » (*http://english.ahram.org.eg/NewsContent/1/64/364608/Egypt/Politics-/GERD-deal-balances-Ethiopias-right-to-development-.aspx*). C'est dans ces circonstances que le remplissage unilatéral du barrage a été annoncé le 26 juin 2020. Dans la lettre écrite au Président du Conseil de sécurité et accompagnant cette annonce, on apprend que depuis l'établissement du projet de traité précité, les négociations se sont concentrées sur un document intitulé « Règles et directives pour la mise en eau et l'exploitation annuelle du Grand barrage éthiopien de la Renaissance » (S/2020/623, p. 2, disponible en annexe de la lettre). Le caractère contraignant du document est démenti par l'Ethiopie, qui refuse la prétention soudanaise à être assujettie à des obligations juridiques pour une durée indéterminée, sans possibilité de modification.

Le différend trouve son principal nœud de contention dans la prétention égyptienne et soudanaise suivante : l'obligation éthiopienne de conclure un accord juridiquement contraignant afin d'éviter que l'utilisation du barrage constitue une menace existentielle aux Etats riverains. L'Ethiopie rétorque en invoquant son droit d'utiliser le Nil Bleu, qui « ne peut être soumis à l'autorisation du Soudan ni de l'Egypte, ni à une quelconque justification qui tendrait à remettre en cause le droit souverain de l'Ethiopie d'utiliser ses ressources naturelles » (*ibid*, p. 3).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Avant d'approfondir les questions juridiques que soulèvent ces déclarations, il faut évoquer l'intervention de l'Union africaine et du Conseil de sécurité. Le 26 juin 2020, le Président de l'Afrique du sud, en sa qualité de Président de l'Union africaine, a organisé une vidéo-conférence réunissant l'Egypte, l'Ethiopie, le Soudan ainsi que d'autres chefs d'Etats africains (S/2020/606). S'ensuivirent plusieurs semaines de négociations sous médiation de l'Union africaine, qui ont pris fin le 14 juillet de la même année sans parvenir à un accord (*aljazeera.com/news/2020/07/dam-talks-egypt-ethiopia-sudan-deal-2007 14061336713.html*). Parallèlement, le Conseil de sécurité s'est réuni le 29 juin à la demande du représentant égyptien. Ce dernier a justifié ce recours exceptionnel à l'organe politique des Nations Unies en affirmant vouloir « empêcher une nouvelle escalade et veiller à ce que des actions unilatérales ne compromettent pas les efforts de parvenir à un accord sur le GERD, sur le respect des droits et des intérêts des Etats riverains en aval, ou, plus important encore, la vie de près de 150 millions de citoyens égyptiens et soudanais » (*un.org/press/fr/2020/sc14232.doc.htm*). L'Ethiopie récuse l'intervention du Conseil, privilégiant un règlement régional du différend, arguant que le barrage « est un projet de développement qui ne peut en aucun cas être considéré comme une menace sécuritaire » (*ibid.*). Dit autrement, le représentant éthiopien tente de convaincre le Conseil que la situation sur le Nil ne constitue pas une menace à la paix et à la sécurité internationales qui justifierait de prendre des mesures dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Les autres membres du Conseil de sécurité se sont contentés d'inviter les parties aux différends « à trouver un accord mutuellement bénéfique », et de poursuivre les négociations alors que « 90% des problèmes techniques ont déjà été résolus » (*ibid.*). Il a été choisi d'ignorer le projet de résolution égyptien « qui encourage les trois Etats à parvenir à un accord dans un délai de deux semaines et à ne prendre aucune mesure unilatérale à l'égard du GERD ».

Si les aspects techniques du différend ont effectivement été résolus, il reste que ce sont les points relatifs à la *vie* de l'Etat éthiopien d'une part, et à la *survie* des Etats égyptien et soudanais d'autre part, qui paralysent les négociations. Il convient de revenir sur ces discours rappelant une vieille théorie, celle des droits et devoirs fondamentaux des Etats.

Droit à la vie et droit au développement des Etats – Lors de son intervention au Conseil de sécurité, le représentant Egyptien n'a pas hésité à faire une déclaration évoquant une certaine conception vattelienne du droit international : « Si nous sommes résolument attachés au droit de l'Éthiopie au développement, notamment par l'utilisation de nos ressources hydriques partagées, nous pensons aussi qu'il ne serait que justice que l'Éthiopie respecte le droit à la vie de l'Egypte » (S/2020/617). Ce discours rappelle largement, dans une version revisitée, le droit de conservation de soi de l'Etat (invoqué par l'Egypte) ainsi que le droit au perfectionnement (invoqué par l'Ethiopie et identifié par l'Egypte) que Vattel aborde dans son *Droit des gens* et qui sont au cœur de la théorie des droits fondamentaux des Etats (v. Livre II, ch. II)). Rappelons que ce lexique n'est pas nouveau, puisqu'il est emprunté par le Président Al-Sissi depuis son discours d'investiture en 2014 (*aa.com.tr/en/politics/egypts-inaugurated-sisi-says-to-seek-reconciliation/152767*).

On remarque deux choses : un lien est fait avec la vie de l'Etat même lorsqu'on ne parle que de son développement ; il existe enfin une différence terminologique avec la conception vattélienne. L'Ethiopie semble effectivement considérer que le développement de son économie, garanti par le barrage, est nécessaire à sa survie. Elle l'a affirmé très clairement devant le Conseil de sécurité : « l'accès à ses ressources en eau n'est pas une

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

question de choix, mais une nécessité *existentielle* ; le GERD étant "la pièce centrale" de ses aspirations au développement » (nous soulignons).

Ensuite, on ne parle plus de droit de conservation de soi de l'Etat, ou de droit au perfectionnement, mais de droit à la vie et au développement. Cela évoque des droits détenus, non pas par les Etats directement, mais par les individus. Le droit à la vie est consacré à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) auquel l'Egypte, l'Ethiopie et le Soudan sont parties. Le droit au développement, bien que contesté, trouve sa source dans la Déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale le 4 décembre 1986 avec le vote affirmatif des trois Etats. L'Ethiopie affirme même que la « recherche du progrès social et d'un meilleur niveau de vie pour notre peuple » est « conforme avec l'esprit de la Charte des Nations Unies et aux objectifs de développement durable que nous aspirons tous à atteindre d'ici à 2030 » (p. 27, S/2020/636).

Si l'on peut y voir une référence à la théorie des droits fondamentaux des Etats dont le redéploiement fédéraliste ou étatiste est remis en question, il faut cependant remarquer qu'elle fait l'objet d'une adaptation en l'espèce. La théorie ne semble plus purement étatiste, personnifiant l'Etat afin de lui conférer des droits au même titre que les individus. L'Ethiopie ne fait effectivement référence à un droit au développement que dans la mesure où elle cherche à garantir une « vie digne à plus de 65 millions de personnes plongées dans l'obscurité » (p. 26, *ibid.*). Elle va jusqu'à affirmer que ce projet de barrage est un « projet du peuple » (p. 27, *ibid.*). L'Egypte ne fait jamais référence à sa survie indépendamment de celle de sa population : « Une nouvelle menace pourrait attenter à l'existence même de la seule source de subsistance de plus de 100 millions d'égyptiens : le Grand barrage éthiopien de la Renaissance […] pourrait mettre en danger la sécurité et la survie même d'une nation entière en mettant en péril ses moyens d'existence » (S/2020/617, p. 2).

Peut-on considérer qu'il s'agit-là d'un droit fondamental de l'Etat dans la mesure où la population fait partie de ses éléments constitutifs en vertu de l'article premier de la Convention sur les droits et devoirs Etats adoptée à Montevideo le 26 décembre 1933 ? Doit-on plutôt y voir un droit détenu par procuration par l'Etat, en vertu du droit à la vie et du droit au développement que détiennent les individus ? Ou alors doit-on y voir simplement pour les Etats l'exécution de leur obligation positive de garantir le droit à la vie des individus (en vertu, par exemple, de l'article 2 du PIDCP) ainsi que leur droit au développement (en vertu de l'article 3 de la Déclaration de 1986 précitée, de l'esprit de la Charte des Nations Unies auquel l'Ethiopie fait référence plus haut ou encore des objectifs de développement durable) ?

Quoiqu'il en soit, se pose la question de savoir ce que permet cette référence à de tels droits. Notons d'emblée que l'Egypte a définitivement mis de côté la possibilité de recourir à la force contre l'Ethiopie, alors qu'elle n'hésite pas à maintenir cette possibilité concernant la situation en Libye en vertu de son « droit à la sécurité nationale » (*egyptindependent.com/egypts-sisi-rules-out-military-action-over-gerd-dispute-with-ethiopia/ et la lettre adressée au président du Conseil de sécurité, S/2020/196*). Il est donc intéressant de voir ici qu'une menace qualifiée d'existentielle ne permet pas, selon l'Egypte, de faire *tout* ce qui est nécessaire. Cela témoigne d'une volonté d'agir dans le cadre du droit international et non pas en-dehors.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Ce qu'exigent le Soudan et l'Egypte va plus loin que ce que demandait, sans succès, la Bolivie à la Cour internationale de Justice : une obligation coutumière de négocier de bonne foi (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (Bolivie c. Chili), arrêt, C.I.J. *Recueil* 2018, p. 507). Davantage qu'une obligation de négocier, l'Egypte et le Soudan tentent d'imposer un accord juridiquement contraignant à l'Ethiopie en insistant sur la menace existentielle que le barrage est susceptible de représenter pour leur population. Si l'on ne nie pas le caractère flexible de ce qui peut constituer une menace existentielle, plusieurs facteurs démontrent la dépendance vitale de l'Egypte vis-à-vis du Nil. 70% de son approvisionnement en eau douce provient du Nil et 90% de sa population se concentre autour du fleuve. Malgré ce regroupement démographique autour d'une source d'eau abondante, les égyptiens sont en situation de « stress hydrique » croissant. On estime que d'ici 2030, chaque personne aura accès, par an, à moins de 500 mètres cubes d'eau alors que le seuil minimal est fixé à 1000 mètres cubes (*tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/10/18/le-secteur-de-l-eau-en-egypte*). Ce différend opposant quelques Etats du Nil met en lumière la question de savoir s'il est possible d'obtenir la création d'une règle juridique lorsque l'existence d'Etats est en jeu. Le « droit fondamental à la survie de l'Etat » auquel la Cour internationale de Justice faisait référence dans son avis de 1996 fait-il uniquement référence au droit de légitime défense, ou inclut-il la possibilité créatrice qui vient d'être énoncée ? Quand bien même l'Ethiopie parviendrait à un traité avec l'Egypte et le Soudan, il serait difficile de répondre avec certitude à cette question sans une référence explicite à ce droit dans ladite convention.

Il est difficile de présager l'avenir, mais remarquons que le préambule de l'Accord de 2015 affirme être : « [m]indful of the rising demand of the Arab Republic of Egypt, the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Republic of Sudan on their trans boundary water resource, and cognizant of the significance of the River Nile as the source of livelihood and the significant resource to the development of the people of Egypt, Ethiopia and Sudan ». Cette référence, dans un passage servant à l'interprétation de l'objet et du but d'une convention internationale, rappelle le vieil argumentaire des auteurs défendant les droits fondamentaux des Etats comme des postulats sur lesquels le droit international positif s'appuie. On peut néanmoins s'interroger sur une réclamation reposant sur le droit à la vie d'un Etat afin d'obtenir un cadre juridique. D'abord parce que cette théorie a été rejetée à cause des abus qu'elle a entraîné, et surtout parce qu'il existe déjà des règles juridiques coutumières permettant de préserver l'Etat de dommages lors de l'utilisation du Nil. Deux de ses règles ont d'ailleurs été rappelés dans la Déclaration de principes de 2015 : la prévention des dommages significatifs (principe n° III) et l'utilisation raisonnable et équitable du fleuve (principe n° IV).

Les négociations ont malgré tout repris le 21 juillet 2020, suivies d'une déclaration éthiopienne réitérant leur refus de signer un accord juridiquement contraignant : « We are not looking for what they call a binding agreement, we are looking for a kind of an agreement that we can review whenever the need arises » (*https://egyptindependent.com/video-ethiopia-says-it-does-not-want-binding-gerd-agreement-with-egypt-sudan/*).

J.B.D.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ETATS-UNIS

Une « vision » de la paix entre Israël et la Palestine

2020/3-4.43 – Le Président des Etats-Unis a rendu public le 28 janvier 2020 un document intitulé « Peace to Prosperity – A Vision to Improve the Lives of the Palestinian and Israeli People » (voir « Proche-Orient : Trump dévoile son plan de paix et présente une “solution à deux Etats” », LeFigaro.fr, 28 janvier 2019). Le document a été dévoilé en présence du Premier ministre israélien Benyamin Netanyahou. Long de 181 pages (annexes comprises), le document adopte une mise en page résolument moderne qui rompt avec les sobres usages de la diplomatie. Présenté par les Américains comme le « Deal du siècle », il a provoqué de vives réactions, le plus souvent négatives (« Le Deal du siècle ou la fin d'un espoir », LesEchos.fr, 28 janvier 2020). Les critiques touchent aussi bien au mode d'élaboration du document qu'à son contenu (v. aussi cette « Chronique », infra n° 2020/3-4.48).

Le document est le résultat d'un travail de trois années conduit sous la direction de Jared Kushner, Haut conseiller du Président Trump et époux de l'une de ses filles. M. Kushner était assisté de David Friedman (ancien avocat du Président américain et désormais ambassadeur des Etats-Unis en Israël), de Jason Greenblatt (ancien vice-président du groupe « the Trump organisation », qui fédère l'ensemble des entités économiques dirigées par Donald Trump) et de Dina Powell (qui avait déjà officié au sein de l'administration de G. W. Bush avant de quitter l'administration). Ces deux derniers se retireront du projet, en janvier 2018 pour Dina Powell (deux jours après la reconnaissance de Jérusalem comme capitale d'Israël par Donald Trump) et en septembre 2019 pour Jason Greenblatt (progressivement devenu sceptique à l'égard du projet). Ce dernier sera remplacé par Avi Berkowitz, conseiller personnel de Jared Kushner au sein de la société immobilière « Kushner compagnies ».

La configuration de cette équipe a attiré au travail de lourds reproches, à la fois de partialité (Jared Kushner et David Friedman, notamment, entretenant des rapports ouverts avec les conservateurs israéliens) et d'incompétence (la plupart des personnes impliquées – à l'exception de Dina Powell – n'ayant aucune expérience diplomatique et étant issus des milieux de la promotion immobilière).

Le contenu du projet semble avoir fait l'objet d'une forte confidentialité. Peu d'informations ont filtré quant à la procédure d'élaboration elle-même : Jared Kushner et son équipe ont voyagé à plusieurs reprises en Israël en 2017 et ont rencontré des responsables politiques de plusieurs Etats de la région. Ils ont échangé avec d'anciens diplomates américains engagés dans les précédents plans de paix. Les Palestiniens quant à eux semblent n'avoir pris qu'une part très limitée dans un processus qu'ils ont dénoncé dès l'origine (voir « Un "deal du siècle" aux allures d'affaire israélo-israélienne », *LeFigaro.fr*, 28 janvier 2020).

Il faut dire que les relations entre la Palestine et l'administration du Président Trump se sont continuellement tendues depuis 2017. D'un côté, le gouvernement des Etats-Unis s'est signalé par une série d'initiatives particulièrement favorables à Israël (reconnaissance de l'annexion du plateau du Golan, position favorable à l'annexion d'une partie de la Cisjordanie, affirmation de la conformité des colonies au droit international ; sur ce dernier point, voir la note de Denis Alland, « Un adieu au droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et de ses

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

suites » cette Revue 2020, n° 1, p. 75-86) ; de l'autre, la Palestine a multiplié les initiatives multilatérales tendant à la reconnaissance de son statut étatique (signatures de traités et adhésion à plusieurs organisations, dont la Cour pénale internationale). L'apogée des tensions avait été atteint par le déplacement de l'ambassade américaine à Jérusalem, manœuvre qui a provoqué une saisine de la Cour internationale de Justice par la Palestine en septembre 2018 (voir cette « Chronique » n° 2018/1.8).

Le projet mêle des considérations de divers ordres qui laisseront parfois l'internationaliste perplexe quant à la nature exacte du document. Il alterne les propositions normatives (avec une alternance indistincte de « should », « would », « shall » et « will »), les jugements (historiques, moraux ou juridiques), les prédictions (telles que le doublement du produit intérieur brut palestinien, la baisse du chômage ou l'augmentation de l'espérance de vie), les interprétations théologiques et autres constats déroutants (« traditional Palestinian cuisine varies across regions and excites visitors »). Même si certains éléments laissent transparaître une forme d'ambition conventionnelle (p. ex. la classique formule : « Each appendix attached to this Vision is an intégral part of this Vision », Partie A, p. 11), le document ne prétend pas constituer par lui-même la solution du conflit israélo-palestinien. Les Etats-Unis se présentent uniquement comme des « facilitateurs » offrant un « detailed set of recommendations » aux parties. Le projet souligne clairement que « the final […] Israeli-Palestinian Peace Agreement, must be worked out directly between the parties ». Toutefois, et à l'instar des Quatorze points du Président Wilson en 1918, la question pourrait à terme être posée du caractère opposable des formules ainsi avancées sous l'autorité du Président américain.

Quant au fond, le projet se compose de deux parties, l'une consacrée aux questions politiques (« Political Framework », ci-après « Partie A »), l'autre aux questions économiques (« Economic Framework », ci-après « Partie B »).

Le cadre politique comporte vingt-deux sections abordant différents aspects du règlement de paix (questions territoriales, sécurité, réfugiés, *etc.*). Ce cadre politique couvre une trentaine de pages, auxquelles s'ajoutent quatre « appendices », dont deux cartes.

Le cadre économique comporte trois chapitres à la rhétorique ouvertement managériale (« Unleashing Economic Potential » ; « Empowering the Palestinian People » ; « Enhancing Palestinian Governance »). Cette partie consiste elle aussi en une trentaine de pages – dont beaucoup ne manqueront pas d'évoquer des diapositives de Conseil d'administration. Cette partie est complétée d'un appendice de près de 100 pages, très aérées et alternant les formats diapositive et les tableaux comptables.

Présenté par ses auteurs comme « the best, most realistic and most achievable outcome for the parties » (Partie A, p. 2), le projet apparaît dans son ensemble très déséquilibré (voir « Le plan de paix de Trump au Proche-Orient, alignement sans précédent sur les exigences d'Israël », *LeMonde.fr*, 29 janvier 2020). Il n'en comporte pas moins des avantages réels pour la Palestine : son statut étatique sera reconnu et elle bénéficiera d'un important soutien économique. Ces avantages emportent toutefois de très importantes contreparties, notamment sur le plan territorial (Partie A, Section 4, pp. 11 et s.). Le postulat de départ est le suivant : « the State of Israel and the United States do not believe the State of Israel is legally bound to provide the Palestinians with 100 percent of pre-1967 territory ». Il en résulte de nombreuses modifications, essentiellement favorables à l'Etat israélien (même si ce dernier est présenté comme ayant également accepté des

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

concessions significatives de ce point de vue). Le projet entérine l'annexion des colonies par Israël et aboutit à un découpage particulièrement complexe et propice à la perpétuation des tensions frontalières. Cet émiettement des territoires se veut compensé par une série d'infrastructures – notamment en matière de transports – destinée à lui donner une forme minimale de fonctionnalité. La barrière de sécurité érigée par Israël sera maintenue et alignée sur le nouveau tracé. Sur le plan maritime, Israël conservera la souveraineté sur les eaux territoriales, dans une formule ambiguë qui semble couvrir également les eaux situées au large de la Bande de Gaza. Enfin, et aux termes du projet, la ville de Jérusalem « restera » la capitale souveraine d'Israël, l'État hébreu devant en garantir l'accès aux pèlerins et touristes de toutes les religions.

La question de la sécurité est également envisagée d'un point de vue essentiellement favorable à Israël, le projet jugeant « unrealistic to ask the State of Israel to make security compromises » (Partie A, Section 7, p. 21). Si bien que « The State of Palestine shall be fully demilitarized and remain so ». La Palestine est ironiquement déchargée de l'obligation de supporter les coûts de sa défense, qui sera prise en charge par Israël :

> « Every country spends a very significant sum of money on its defense from external threats. The State of Palestine will not be burdened with such costs, because it will be shouldered by the State of Israel. This is a significant benefit for the economy of the State of Palestine ».

Sur le plan intérieur, Israël conservera en territoire Palestinien une « overriding security responsibility » lui permettant de se substituer aux forces de sécurité palestiniennes en cas de menace. La question de la sécurité à Gaza fait l'objet de dispositions spécifiques.

La question des réfugiés est également traitée dans une perspective favorable aux demandes israéliennes (Partie A, Section 16, p. 31). Tout droit au retour en Israël est écarté et les possibilités même de retour en territoire palestinien sont limitées. Le projet reporte la responsabilité de la situation des réfugiés sur les Etats voisins, qui se voient assigner « the moral responsibility to integrate them into their countries as the Jews were integrated into the State of Israel ». Le droit à indemnisation des réfugiés est reconnu dans son principe, mais limité dans sa concrétisation. En ce qui concerne les réfugiés palestiniens, l'indemnisation par Israël est écartée comme relevant d'une attente irréaliste. Les pertes subies semblent devoir trouver principalement leur réponse dans l'aide économique qui sera fournie à la Palestine dans le cadre du « Plan économique » figurant dans la seconde partie du projet. La création complémentaire d'un fonds destiné à offrir « some compensations » aux réfugiés palestiniens est néanmoins envisagée, quoique le dispositif apparaisse à la fois subsidiaire et hypothétique. En ce qui concerne les réfugiés de confession juive accueillis par Israël, le projet indique que la question de l'indemnisation de leurs pertes et des charges supportées par Israël pour leur accueil devra être envisagée après la conclusion définitive de l'Accord de paix. Les deux solutions, au vrai, sont également hypothétiques et insatisfaisantes : il n'en reste pas moins que l'asymétrie des dispositifs est ici encore révélatrice de la structure d'ensemble du projet.

Cette asymétrie se remarque encore dans le dispositif de libération des prisonniers (Partie A, Section 15, p. 26) : la libération des prisonniers israéliens est immédiate et inconditionnelle ; celle des prisonniers palestiniens est différée et conditionnée.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La reconnaissance de la Palestine par les Etats-Unis constitue la principale contrepartie politique du projet. Ce dernier établit une liste des critères qui devront être satisfaits en vue de cette reconnaissance (Partie A, Section 17, p. 33). Ces critères sont extensifs, d'autant que le dernier consiste en un renvoi au respect de « all other terms and conditions of the Vision ». Une fois ces conditions satisfaites, l'Etat palestinien sera reconnu et les Etats-Unis encourageront les autres Etats « to welcome the State of Palestine as a full member in international organizations ». Cette participation de la Palestine aux institutions internationales est toutefois limitée et la Palestine doit prendre l'engagement de ne pas rejoindre d'organisations susceptibles de lui permettre de continuer sa politique de « political and judicial warfare » à l'encontre d'Israël. La Palestine doit également, à titre de préalable aux négociations, mettre fin à toute action pendante devant la Cour internationale de Justice, la Cour pénale internationale et autres juridictions. Sous ces réserves, le nouvel État palestinien bénéficiera donc en principe d'un cadre international favorable à son développement. Les Etats-Unis prévoient la conclusion d'un accord de commerce bilatéral avec la Palestine et envisagent la création d'une zone de libre-échange entre la Palestine et la Jordanie. La Palestine est également encouragée à améliorer ses relations diplomatiques et commerciales avec les autres États de la région.

Les aspects proprement économiques du projet sont contenus dans un « Trump Economic Plan » présenté dans le cadre de la seconde partie du projet et développé dans son substantiel appendice. Comme évoqué précédemment, ce plan repose sur trois axes.

Le premier consiste à « libérer le potentiel économique du peuple palestinien » (« unleash the economic potential of the Palestinian people »). Il s'agit ici pour le nouvel Etat palestinien de développer la propriété et les droits contractuels, d'instaurer l'Etat de droit, d'adopter des mesures anticorruptions, les marchés de capitaux, un système fiscal favorable à la croissance et des tarifs douaniers favorables au commerce international. Le système juridique devra être favorable aux investissements et une justice indépendante devra assurer un environnement favorable à la croissance économique. Un fonds international sera chargé d'orienter les investissements et les réformes. Les plus critiques y reconnaîtront la recette classique de la réforme libérale imposée sous couvert de développement. D'autres s'amuseront de certaines dispositions par rapport à celles privilégiées par l'administration de Donald Trump en ce qui concerne les Etats-Unis (ouverture au commerce international, rôle des services publics…).

Le deuxième axe du projet, qui prévoit de donner l'initiative au peuple palestinien (« Empowering the Palestinian People »), comporte une dimension plus sociale et envisage des améliorations ambitieuses de la qualité de vie des Palestiniens, par exemple en termes de système éducatif ou de santé (au titre de l'ambition, on notera l'objectif de porter l'espérance de vie des Palestiniens de 74 à 80 ans, soit davantage que la durée de vie moyenne d'un citoyen américain).

Le troisième et dernier axe du dispositif économique vise à améliorer le système de gouvernement palestinien (« Enhancing Palestinian governance »). Le système institutionnel palestinien doit dans cette perspective évoluer dans une logique de transparence et de dématérialisation des relations avec les usagers. Les comptes publics doivent être équilibrés. Le système judiciaire doit être amélioré et renforcer l'indépendance de la Justice. De façon explicite, l'objet de cette réforme de la gouvernance doit être de satisfaire aux critères de la Banque mondiale en matière d'attractivité des investissements étrangers.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le projet prédit ainsi que « Billions of dollars of new investment will flow into various sectors of the Palestinian economy », de sorte à transformer la Cisjordanie et Gaza en un « center of opportunity » (Partie B, p. 1).

A de nombreux égards, le contenu du projet ne manquera pas d'apparaître en variance avec les recommandations des Nations Unies et les précédents processus de paix. Le processus d'Olso est à peine évoqué (Partie A, p. 3). Quant aux Nations Unies, le projet se borne à prendre acte des quelque 800 résolutions adoptées par l'organisation. Il assume toutefois ne pas être « a recitation of General Assembly, Security Council and other international resolutions on this topic because such resolutions have not and will not resolve the conflict » (Partie A, p. 5), si bien que la question de sa conformité au droit international n'a pas manqué d'être posée (voir la tribune « Le plan de paix de Donald Trump est un coup de force contre le droit international », *Le Monde.fr*, 12 février 2020).

Pour autant, certains aspects ne sont pas sans évoquer les logiques contemporaines de consolidation de la paix, telles qu'elles ont été promues par les Nations Unies ces dernières décennies. Dans la plus pure tradition du fonctionnalisme international, le projet imbrique les divers facteurs politiques, culturels et économiques dans la recherche d'une solution « holistique » à la violence (Partie A, p. 5). Certes, le primat donné aux questions économiques ne manquera pas d'être dénoncé comme l'expression d'une vision purement mercantile des problèmes du monde (voir « Trump has turned the Israel-Palestinian peace process into a real estate deal », *TheWashingtonPost.com*, 29 janvier 2020) : la réglementation de l'accès aux lieux saints de Jérusalem à travers la délivrance de licences touristiques à des agences de voyages est assurément un remarquable mélange des genres (« We envision that this area should be a world class tourist zone that should support Muslim tourism to Jerusalem and its holy sites », Partie A, p. 18). D'une manière plus générale, il est significatif que la paix n'apparaisse pas être l'objectif principal de la vision endossée par le Gouvernement américain. Il s'agit au mieux d'une étape intermédiaire vers un objectif formulé en termes de prospérité. La « Vision » du Président Trump propose ainsi un curieux mélange d'unilatéralisme versaillais et de dispositifs New Yorkais. Certains y verront l'expression d'un équilibre, d'autres une somme de problèmes à venir.

R.L.B.

ETATS-UNIS

Retrait des Etats-Unis du Traité « Ciel ouvert »

2020/3-4.44 - S'il ne lui est pas totalement imputable, l'administration actuelle des Etats-Unis contribue fortement au déclin du multilatéralisme en se soustrayant aux obligations auxquelles Washington a consenti en vertu d'engagements internationaux. Les motivations de ce qu'il faut bien qualifier de politique juridique extérieure, si tant est qu'elles puissent être réellement identifiées, sont triples : la volonté d'effacer l'œuvre de son prédécesseur B. Obama (comme le retrait de l'accord sur le nucléaire iranien, le 8 mai 2018), de manifester la totale indépendance des Etats-Unis dans les rapports internationaux face à des Etats adversaires ou des concurrents (comme le retrait de l'OMS le 29 mai 2020, considérée comme le jouet de la Chine à l'occasion de la Crise de la Covid-19) ou enfin de satisfaire des soutiens électoraux puissants, indispensables pour envisager une éventuelle réélection en novembre 2020 (comme le retrait de la signature du traité sur le commerce des armes annoncée par le président Trump lors d'une réunion, le 26 avril 2019, de la National

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Rifle Association, lobby des armes tout puissant aux Etats-Unis ; cette « Chronique » n° 2019/4.65, pp. 901 et s.). Cette attitude, traduction concrète des slogans qui fondent la politique étrangère américaine, *America Great Again* mais *America First,* s'inscrit désormais dans une stratégie préélectorale rendue plus difficile par la crise de la Covid 19 et ses conséquences économiques et sociales. Elle a trouvé une nouvelle cible avec le traité dit « Ciel ouvert » signé à Helsinki le 24 mars 1992 et entré en vigueur le 1er janvier 2002.

Si la décision de retrait relève toujours de la même politique tendant à limiter les engagements multilatéraux des Etats-Unis à la stricte mesure de leurs intérêts nationaux, au moins tels qu'ils sont perçus par l'Administration actuelle, l'attention portée au traité vénérable (moins cependant que la charte constitutive de l'Union Postale Universelle adoptée le 9 octobre 1874 et dont les Etats-Unis ont menacé de se retirer le 17 octobre 2018) qui en fait l'objet était pourtant toujours restée circonscrite à un cercle d'initiés. Plus encore, ironie de l'histoire, le Traité « Ciel ouvert » est fortement marqué par l'influence des Etats-Unis : le concept d'«observation aérienne mutuelle » a été proposé en 1955 par le président Eisenhower à l'URSS qui l'a refusé. Relancé par le président G. Bush en 1989, le traité fait l'objet de négociations entre les membres de l'OTAN et du Pacte de Varsovie (dissous en 1991) et il est signé à Helsinki le 24 mars 1992. Les Etats-Unis le ratifient en 1993. Ce traité s'inscrit dans le processus d'Helsinki né en 1975 avec la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe (CSCE), cadre paneuropéen rassemblant dans une conférence intergouvernementale classique 33 Etats européens, les Etats-Unis et le Canada (elle est devenue aujourd'hui l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe), ayant pour ambition de favoriser la création d'un « espace de sécurité commun ». Dans ce but, construire la confiance entre les Etats parties était indispensable et c'est bien l'objectif poursuivi par le traité « Ciel ouvert ». Il met en effet en place un programme de vols de surveillance non armés sur la totalité du territoire des Etats parties, donnant ainsi à tous, quelle que soit leur taille, un rôle direct dans la collecte d'informations au sujet des forces militaires et des activités qui y sont liées. Si les procédures très détaillées prévues par les annexes du traité ne permettent qu'une ouverture aérienne sous contrôle, « il n'en reste pas moins vrai [qu'il] fut à l'époque le symbole d'une ouverture politique remarquable, alors que les prémisses d'une révolution géopolitique apparaissaient sur le Vieux Continent » (A. Dumoulin, « Ciel ouvert : la fin de l'attente », *Annuaire Français des Relations Internationales,* 2003, p. 698). Ratifié par les Etats-Unis en 1993, il compte aujourd'hui 35 Etats parties.

L'annonce de la décision de retrait des Etats-Unis du traité « Ciel Ouvert » est venue du président D. Trump le 21 mai 2020, formellement confirmée le 22 mai par le Secrétaire d'Etat, M. Pompeo. La notification aux dépositaires, le Canada et la Hongrie, et aux autres Etats Parties, a ouvert un délai de six mois au terme duquel le retrait sera effectif. Les Etats-Unis ont ainsi exercé un droit prévu et organisé par l'article XV du traité. La cible expressément visée par le retrait est la Russie accusée de ne pas respecter ses obligations en vertu du Traité « Ciel ouvert ». Les justifications, au-delà des prises de position du Président et du Secrétaire d'Etat, ont, dans un premier temps, été présentées devant la Conférence « Ciel ouvert » des Etats Parties à Vienne, le 6 juillet 2020 (*https://www.state.gov/united-states-withdrawal-from-the-treaty-on-open-skies/*). Si certaines d'entre elles portent directement sur le non-respect du traité par Moscou, d'autres, plus générales, mettent en réalité en cause l'action extérieure menée par la Russie depuis plusieurs années. D'abord, selon les Etats-Unis, la Russie limite depuis longtemps les vols d'observation au-

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

dessus de son territoire durant certaines périodes ou sur certaines zones, comme depuis 2015 la limitation des distances de vol au-dessus de l'enclave russe de Kaliningrad, (où la Russie, en 2018, a modernisé ses bases de missiles à capacité nucléaire et d'autres installations militaires) ou plus récemment, son refus d'un segment de vol lors d'un exercice militaire majeur (TSENTR-2019) en septembre 2019 auquel la Chine a participé. (*https://icds.ee/en/what-did-russias-strategic-military-exercise-tsentr-2019-reveal/*). La Russie ensuite s'efforce, en limitant les vols de surveillance près de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud, de légitimer sa position selon laquelle il s'agit dans les deux cas d'Etats indépendants et non de territoires géorgiens occupés afin de forcer les pays tiers à reconnaître cet état de fait. C'est la même raison qui l'a conduite à proposer pour le ravitaillement des avions consacrés à « Ciel ouvert » un aéroport situé en Crimée, s'efforçant ainsi de conforter *de facto* la reconnaissance de son annexion illégale de la péninsule. Par ailleurs, les Etats Unis, se posant ainsi en protecteurs des intérêts de leurs Alliés, reprochent à Moscou d'avoir l'intention d'utiliser des images collectées à partir des vols « Ciel ouvert » pour améliorer le ciblage, par leurs missiles et armes cybernétiques, des infrastructures critiques européennes en violation de l'article IX. Dans le cas d'images d'infrastructures civiles leur utilisation violerait en effet l'article IX selon lequel les images « seront utilisées exclusivement pour la réalisation des objectifs du présent Traité ». Enfin, si l'on ajoute à ces griefs, les nombreuses actions hybrides et campagnes de désinformation menées par la Russie, on ne peut que constater qu'elle n'est plus attachée à la « sécurité coopérative » et qu'il existe un changement radical de l'environnement sécuritaire tel qu'il existait en 1992 : « au lieu d'une confiance croissante, nous avons une méfiance croissante » justifiant le retrait d'un traité fondé précisément sur le renforcement de la confiance.

Le Sous-secrétaire d'Etat à la Sécurité Internationale et la Non-prolifération, C. Ford, a complété cette analyse en apportant à ces justifications un éclairage particulier (cité par R. Weitz, T. Kolesnikova, « US Withdraw from the Open Sky Treaty » *https://valdaiclub.com/a/highlights/us-withdraws-from-the-open-skies-treaty/,* 11.08.2020*.)* Cette décision, selon lui, se justifie par une combinaison de circonstances. Les Etats-Unis en effet n'ont pas été « contrariés » (« annoyed ») par un manquement particulier aux dispositions du traité mais par une stratégie de « kaléidoscope changeant de différentes violations », allant de restrictions sur les vols de surveillance jusqu'à leur interdiction durant les jours fériés officiels en Russie. De plus, des vols ont été effectués, par exemple au-dessus de la Maison Blanche ou de la propriété du président Trump à Bedminster dans le New Jersey, non pas pour des missions de surveillance militaire mais pour provoquer (« goad ») les Etats-Unis. Pour les américains, la Russie agit comme si elle avait le droit d'appliquer ou de pas appliquer à sa guise le Traité Ciel ouvert, un traité qui lui permet de contrebalancer son infériorité technologique. En effet, ces derniers disposent d'une capacité d'observation spatiale que la Russie n'a pas et qu'elle s'efforce de compenser par une utilisation agressive des possibilités d'observation aérienne du traité « Ciel ouvert ». Elle en fait en pratique une arme contre les Etats-Unis et un outil pour faire avancer ses intérêts dans une compétition croissante entre superpuissances.

La décision prise par l'Administration des Etats-Unis a suscité de vives réactions sur le plan interne, précampagne présidentielle oblige, mais par contre beaucoup plus limitées sur le plan international, au moins pour deux raisons : le traité est sans doute un texte daté, notamment parce que les techniques d'observations ont considérablement évolué ; il n'est

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

sans doute qu'une étape de la lutte contre le multilatéralisme entreprise par le Président des Etats-Unis. La réaction de la Russie a donc été modérée, trouvant « très regrettable » la décision prise par les Etats-Unis et condamnant la « politique générale » de l'Administration Trump contre les traités de contrôle des armements. Alors qu'elle vient de mettre en service un nouvel avion d'observation destiné à Ciel ouvert. En 2019, le TupolevTu-214 ON a été spécialement créé pour mener des vols de surveillance au-dessus du territoire des Etats-Unis et du Canada, avec des équipements nouveaux offrant des informations plus précises et des images de meilleures qualité. Ce nouvel avion d'observation dépasse le potentiel aérien actuel des Etats-Unis, ils peuvent s'interroger sur l'intérêt pour eux de continuer à participer à un traité de contrôle des armements auxquels ils ne sont pas présents. Les Alliés des Etats -Unis, qui avaient été préalablement informés par Washington, ont eu aussi une réaction modérée. Quelle que soit leur position sur d'éventuelles violations, tous s'accordent à considérer qu'il n'y avait pas là des questions de nature à justifier le retrait : elles pouvaient se régler par la négociation, notamment dans le cadre des « petits groupes » d'Etats parties qui ont été constitués à cet effet depuis plusieurs années. Dès lors, à l'occasion de la Conférence des Etats parties, le 6 juillet 2020, aucun d'entre eux n'a évoqué un éventuel retrait, d'autant que les Etats-Unis eux-mêmes les ont appelé à rester, à remplir leurs obligations en vertu du traité et à s'abstenir de restreindre la durée des vols d'observation ou d'interdire les vols au-dessus de certains territoires. Le retrait des Etats-Unis posait néanmoins une difficulté, notamment aux petits Etats d'Europe centrale, membres de l'OTAN, qui allaient se voir privés des informations offertes par les vols d'observations assurés par les moyens aériens américains. Le Pentagone a répondu à cette inquiétude en affirmant « explorer toutes les options » pour éviter toute rupture de la fourniture d'images d'observation à leurs alliés du fait de leur retrait.

Sur le plan interne, sans surprise, les républicains ont approuvé la décision du président. Le sénateur T. Cotton (R-Arkansas) en offre une justification plus simple et plus radicale mais non dénuée de pertinence : selon lui, elle s'imposait car il est démontré que le Traité offre des capacités d'espionnage à la Russie sans aucun avantage pour les Etats-Unis en contrepartie. Pour ces derniers en effet, l'importance de la surveillance par les moyens aériens est très secondaire par rapport aux moyens satellitaires, d'autant que les avions qui s'y consacrent sont dépassés. Les deux appareils utilisés pour les vols Open Skies sont des dérivés du KC-135 qui a volé pour la première fois dans les années 1950. Dès lors, mieux vaut utiliser les sommes prévues pour leur mise à niveau, environ 250 millions de dollars, au développement des capacités d'observation spatiale pour lesquelles l'avance technologique des Etats-Unis est considérable. Enfin, l'argument selon lequel ils devraient demeurer dans le traité car il améliore le partage du renseignement entre les membres de l'OTAN, s'il est d'une « logique douteuse » (« Pourquoi continuer à participer à un traité qui ne profite pas aux Etats-Unis ? ») ne correspond pas à la réalité. Les alliés pourront bénéficier des canaux de partage de renseignements qui existent en dehors du dispositif « Ciel ouvert », voire se procurer auprès de sociétés commerciales d'imagerie par satellite, des images de la qualité de celles produites actuellement par Open Sky. La conclusion est claire : « le retrait nous permettrait de restreindre les vols d'espionnage russes au-dessus des installations militaires américaines les plus sensibles sans nuire à notre capacité à surveiller les leurs ».

Les démocrates, comme on pouvait s'y attendre, ont une toute autre lecture de la décision, mettant en évidence ses inconvénients diplomatiques et stratégiques. Ils

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

soulignent la nouvelle atteinte portée au multilatéralisme par l'Administration Trump et la menace à la confiance mutuelle qu'elle constitue. Le retrait leur apparaît en effet « dangereux et déstabilisant pour les relations des Etats-Unis avec leurs alliés ». C'est une véritable « gifle » à leur égard, qui crée un risque pour les forces américaines déployées en Europe (M. Hayden, ancien directeur de la CIA parlera de décision « insane ») et, plus généralement porte atteinte à la sécurité des Etats-Unis. Ils se retrouvent isolés avec un Traité qui continue sans eux, mais privés de l'instrument utile qu'il constituait pour tenir la Russie sous surveillance.

Que réserve l'avenir ? Beaucoup d'observateurs *(*voir par exemple, R. Weitz, Tamara Kolesnikova précité ou G. Gressel « How a US withdrawal from the Open Skies Treaty would benefit the Kremlin », *European Council on Foreign Relations*, 27 mai 2020, *https://www.ecfr.eu/article/commentary_how_a_us_withdrawal_from_the_open_skies_treaty_would_benefit_the Kremlin*) s'accordent à reconnaître que dans un avenir prévisible, les conséquences pratiques du retrait américain du Traité « Ciel Ouvert » seront mineures. La Russie en profitera sans doute pour se présenter, contrairement aux Etats-Unis, comme un défenseur du multilatéralisme et un partisan de la confiance avec les occidentaux et singulièrement avec les européens et soulignera une fois encore les divergences existantes entre les deux rives de l'Atlantique. Au-delà, elle pourrait choisir de rester dans le traité : elle se donnerait ainsi le « beau rôle » en soulignant *a contrario* son respect des engagements internationaux tout en continuant à bénéficier des avantages que le traité lui procure. La Russie en effet effectue plus de vols « Ciel ouvert » que n'importe quel autre pays et elle pourrait ainsi les poursuivre au-dessus des bases américaines en Europe. Le départ des Etats-Unis, lui faisant perdre à ses yeux beaucoup d'intérêts, elle pourrait tout aussi bien choisir de quitter aussi le traité ce qui entraînerait la disparition de celui-ci. Comme l'observait un diplomate de l'OTAN (cité *in* A. Mehta et J. Gould « *Trump administration prepares to leave Open Skies Treaty* » , 21mai 2020, *https://www. Defense news.com/global/europe/2020/05/21/trump-admin-to-withdraw-from-open-skies-treaty/*). Dans tous les cas, aucune de ces deux options ne serait bonne pour l'OTAN. Toutefois, si la Russie restait dans le Traité, cela en assurerait la survie et permettrait aux Etats-Unis d'y revenir. C'est la position défendue par l'équipe de J. Biden, pour autant que le traité continue d'exister.

Si un traité international doit à la fois satisfaire aux intérêts respectifs des Parties et servir une perspective commune, force est de constater que le traité « Ciel ouvert » ne répond plus que très imparfaitement à ces exigences. L'évolution technologique et les changements intervenus dans les rapports internationaux ont fait leur œuvre. Pourquoi la première puissance mondiale resterait-elle soumise à un traité qui ne présente pour elle qu'un intérêt très relatif, au nom du respect du multilatéralisme et de l'exigence de confiance dans les rapports internationaux qu'elle a contribué à saper ? Face à la méfiance généralisée qui préside aujourd'hui dans les relations internationales et en particulier à l'érosion qui frappe les processus de désarmement, tant universels que régionaux (voir J-F. Guilhaudis, « Diplomatie et 'débat' du désarmement », *Paix et Sécurité Européenne et Internationale* n°11*, http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=1978,* 7 mars 2019*)* la désintégration d'un accord soldant la guerre froide n'apparaît pas très surprenante. Plus significative sera assurément la position adoptée par l'Administration américaine du moment, le 5 février 2021, à l'égard du Traité New Start (pour *Strategic Arms Reduction Treaty*), lequel entré en vigueur en le 5 février 2001 viendra alors à expiration. Peut-être

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pourrait se manifester alors une justification plus profonde ne visant pas la Russie, mais l'intensification de la concurrence avec la Chine et la volonté de Washington de ne pas se lier les mains, face à un Etat qui pendant ce temps poursuit son opération de séduction en faveur du multilatéralisme. Semble le confirmer la signature par la Chine le 6 juillet 2020 du Traité sur le Commerce des armes, armes dont elle a été le 5ème plus grand exportateur entre 2014 et 2018. Elle aurait tort de s'en priver alors que les Etats-Unis, poursuivant leur « processus de déconstruction [du multilatéralisme] se placent hors de la gouvernance mondiale » (M. Kandel, Les Etats-Unis hors gouvernance mondiale ? *Annuaire Ramses* 2021, p. 231).

L.B.

ETATS-UNIS – COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Nouvelles sanctions contre le personnel de la CPI enquêtant sur des affaires impliquant des ressortissants étatsuniens

2020/3-4.45 – Alors que la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale a autorisé le 5 mars 2020 l'ouverture d'une enquête pour des crimes en lien avec la situation en République islamique d'Afghanistan (*icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1516&ln=fr*), et qu'une enquête en Palestine a été annoncée le 20 décembre 2019 (*icc-cpi.int/ palestine? ln=fr*), le Président des Etats-Unis a choisi de paralyser ces procédures en adoptant unilatéra lement diverses sanctions le 11 juin 2020 (*whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court/*).

En vertu de l'*International Emergency Economic Powers Act*, ainsi que du *National Emergencies Act*, le Président Donald Trump considère que l'« illegitimate assertions of jurisdictions over personnel of the United States and certain of its allies » menace la souveraineté des Etats-Unis ainsi que sa sécurité nationale. Après avoir souligné dans le préambule que les Etats-Unis ne sont pas parties au Statut de Rome, le Président constate que toute tentative d'enquêter sur son personnel sans son consentement constitue « an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States », puis déclare « a national emergency to deal with that threat ».

C'est en application de ces considérations que les mesures suivantes – s'ajoutant à la précédente suspension du visa de la Procureure général en avril 2019 – ont été adoptées : gel des avoirs des ressortissants étrangers assistant la Cour pénale de quelque manière que ce soit dans une enquête en cours contre un membre du personnel des Etats-Unis ou d'un de ses Etats alliés (Section 1) ; gel des avoirs de toute personne (aussi bien étrangère que ressortissante des Etats-Unis) fournissant des biens à finalité humanitaire à une personne qui a été sanctionnée/ciblée en vertu de la première section ; la fourniture de tels bien élevant, selon ce texte, un obstacle à faire face à la situation d'urgence nationale déclarée (Section 2) ; cette disposition est d'application extrêmement large et le motif avancé pour justifier la prohibition précitée étonne (on se demande notamment pourquoi il serait pertinent de « fournir de tels biens » dans le cadre de sanctions ciblées contre le personnel de la Cour) ; suspension des visas du personnel de la Cour ainsi que des membres de leur famille lorsque leur entrée serait contraire aux intérêts des Etats-Unis (Section 4). Ces mesures ont été critiquée par 67 des 123 Etats parties au Statut de Rome qui déplorent une atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de l'institution judiciaire (*reuters.com/article/us-*

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

warcrimes-afghanistan-trump/international-criminal-court-members-defend-it-in-face-of-u-s-sanctions-idUSKBN23U2XT).

Le communiqué de presse accompagnant la signature de l'*Executive Order* n° 13928 justifie les sanctions en insistant sur l'absence de consentement des Etats-Unis à la compétence de la Cour pénale internationale pour des faits commis en-dehors du territoire dudit Etat. Les Etats-Unis ne sont effectivement pas parties au Statut de Rome, ce qui suffirait à empêcher la Cour à se saisir des enquêtes en cours en Afghanistan (*whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-129/*). En vertu de l'article 12(2)(a) du Statut de Rome, la Cour a compétence si « [l]'Etat sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu » a « accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 ». En l'espèce, ce territoire étant celui de l'Afghanistan, l'enquête est licite en raison de l'adhésion dudit pays au Statut le 10 février 2003 (*https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/afghanistan.aspx*). Si l'article 12(2)(b) prévoit effectivement le cas où « [l]'Etat dont la personne accusée du crime est un ressortissant » doit avoir accepté la compétence de la Cour, celui des Etats-Unis n'est donc plus nécessaire.

Ce chef de compétence est reconnu dans une note étatsunienne du *Congressional Research Service*, datée au 30 juin 2020, dans laquelle il est reconnu que la Cour « may assert jurisdiction over individuals of a country not a party to the Rome Statute if the conduct occurred in the territory of a country (…) that is a party or has otherwise consented to ICC jurisdiction » (*p. 2, https://fas.org/sgp/crs/row/LSB10505.pdf*). La note indique cependant que dans le cas où la Procureure identifie un ressortissant des Etats-Unis comme étant l'auteur présumé d'un des crimes justifiant la compétence de la Cour, il pourra tenter de contester cette compétence en vertu de l'article 19 du Statut.

L'article 19(2) permet effectivement à « [l']accusé ou la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître » ainsi qu'à « [l']Etat qui est compétent à l'égard du crime considéré » de contester la compétence de la Cour. En-dehors de l'accusé, les Etats-Unis pourraient aussi questionner cette compétence en indiquant avoir « mené une enquête » concernant les crimes considérés par l'investigation de la Procureure. Dans ce cas précis, la Cour pénale ne pourrait pas exercer sa juridiction si les Etats-Unis ou l'Afghanistan l'avaient déjà exercé sur les mêmes faits. Cet argument a cependant été rejeté par la Chambre préliminaire le 20 novembre 2017 lorsqu'elle a constaté que « [t]he information available indicates that at this stage no national investigations or prosecutions have been conducted or are ongoing against those who appear most responsible for the crimes allegedly committed by members of the US armed forces » (§ 299 du jugement).

Difficile, donc, de justifier la licéité des sanctions adoptées par les Etats-Unis car la Cour pénale se contente d'agir dans le respect du Statut de Rome. Rappelons qu'en vertu du Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adopté en 2011, un Etat ne peut adopter de contremesures que s'il est *membre* de cette organisation internationale (article 52) et si cette organisation a réalisé un fait internationalement illicite (article 52). Force est de constater qu'aucune de ces conditions n'est remplie.

L'on doit mentionner enfin la signature d'un accord bilatéral relatif aux immunités (BIA sous son acronyme anglais) entre les Etats-Unis et l'Afghanistan, avant que ce dernier ait adhéré au statut (*http://www.iccnow.org/documents/CICCFS_BIAstatus_ current.pdf)*. Cet accord a pour objet d'assurer que les ressortissants états-uniens visés par une enquête de la CPI ne soit pas remis à cette juridiction, mais qu'ils soient plutôt renvoyés aux Etats-

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Unis. Autrement dit, il s'agit d'un accord ayant pour objet de faire échec à la compétence de la Cour, et dont la licéité est défendue en s'appuyant sur l'article 98 du Statut de Rome. Le second paragraphe dudit article stipule que « La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise ».

En l'occurrence, l'Afghanistan (Etat requis) contreviendrait à une obligation consentie auprès des Etats-Unis (Etat d'envoi) s'il remettait un ressortissant de ces derniers auprès de la Cour.

La conformité de ces traités avec le Statut de Rome est néanmoins discutée pour ce qui est des parties au Statut pour plusieurs raisons, la principale étant qu'un tel accord va à l'encontre de l'objet et du but du Statut : lutter contre l'impunité des crimes présentant une certaine gravité (*http://www.iccnow.org/documents/FS-BIAs_Q&A_current.pdf*).

J.-B.D.

ETATS-UNIS - SYRIE

Nouvelles sanctions américaines contre la Syrie

2020/3-4.46 – Le 17 juin dernier entrait en vigueur aux Etats-Unis le *Caesar civilian protection Act*. Cette loi, votée par le Congrès américain en décembre 2019, amendant le *Syria Human rights Accountability Act* de 2012 devrait, selon le secrétaire d'Etat américain M. Pompeo « favoriser une solution politique durable au conflit syrien » et constituerait « une étape importante sur la voie de la promotion de la responsabilisation des atrocités à grande échelle commises par Bachar Al Assad et son régime en Syrie » en le « privant de ressources financières ». En dépit des objectifs ambitieux affichés, le nouveau dispositif de sanctions, d'une rigueur et d'une ampleur considérables, n'est pas à l'abri des critiques. Outre les doutes que l'on peut formuler quant à leur fondement en droit international, c'est *l'efficacité* tant juridique que pratique et, de manière plus générale, l'idonéité de ces mesures qui fait débat.

Cette initiative s'inscrit dans une logique d'unilatéralisme partagée par certains Etats comme la Suisse (ordonnance 946.231.172.7 du conseil fédéral du 8 juin 2012) ou par l'Union européenne. Cette dernière a d'ailleurs renforcé son propre dispositif de sanctions à l'égard de la Syrie en prorogeant le règlement 36/2012 jusqu' en juin 2021. Les sanctions unilatérales apparaissent comme un pis-aller face à l'atonie du Conseil de sécurité de l'ONU dans la gestion de la crise syrienne. Systématiquement entravé par les vetos de la Russie et de la Chine depuis 2011, le Conseil n'a été en mesure d'adopter aucune sanction collective centralisée. Les résolutions qui n'ont pas été bloquées se contentent tout au plus d'encourager à la lutter contre les groupes terroristes opérant en Syrie, condamner les violations des droits de l'homme et évoquer le serpent de mer de la *responsabilité de protéger*, du moins dans son premier pilier, rappelant volontiers que « la responsabilité de protéger la population incombe au premier chef aux autorités syriennes » (résolution 2254 (2015)).

Cette nouvelle salve vient grossir le dispositif de sanctions américaines contre le régime baassiste dont les premiers instruments datent de 1979. Il s'est considérablement étoffé à partir de 2011 à la suite de la répression des manifestations populaires par les

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

autorités syriennes. En effet, dès le 29 avril 2011, soit un mois après le début du « printemps syrien », les Etats-Unis, sous la présidence de B. Obama, adoptaient des sanctions économiques visant des principales figures du régime. Le *Caesar Act*, de même que l'Executive order n° 13894 du 14 octobre 2019 ("*Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Syria*") ne sont que le dernier *opus* en la matière. On y trouve des mesures classiques, comparables à celles du dispositif de l'Union européenne, telles que gel des avoirs, embargo, restriction d'accès au territoire américain, en particulier contre les personnes physiques ou morales responsables ou complices de violations des droits de l'homme en Syrie dont la liste est complétée régulièrement par le Trésor américain (ce dernier notamment a récemment ajouté à la liste noire les personnes physiques et morales soupçonnées de dévoyer l'effort de reconstruction en exploitant les terrains laissés vacants du fait des déplacements massifs de population, et de procéder à des expropriations *de facto* pour « construire des propriétés luxueuses »).

Cependant la définition du champ d'application de ces mesures hétéroclites est particulièrement souple. *Ratione personae*, sont visées toutes les « entités étrangères » sans précision quant à leur nature juridique de sorte que sont concernés banques, entreprises, personnes physiques, organes étatiques syriens mais également, pourquoi pas, des Etats tiers. Ces « entités » ne sont qualifiées qu'à l'aide d'un critère subjectif de « soutien significatif » au gouvernement syrien ou de participation à des « transactions significatives » avec celui-ci. En visant toute personne, institution ou entreprise qui entraverait la paix en Syrie, ou qui soutiendrait l'effort de guerre syrien, le *Caesar Act* concerne indirectement la Russie et l'Iran mais pourrait également les viser directement.

La lecture du *Caesar Act* révèle une prétention à un effet délibérément extraterritorial de sanctions dites « secondaires » applicables aux opérateurs non américains en dehors du territoire des Etats-Unis dès lors qu'ils n'observent pas la législation américaine relative à la Syrie. Cette pratique n'est certes pas inédite dans le cadre de la politique extérieure des Etats-Unis, dont elle est devenue un instrument récurent depuis l'adoption en 1996 des lois Helms-Burton et d'Amato, relatives aux opérations avec Cuba, la Libye ou avec l'Iran ; il n'en demeure pas moins qu'il y a là encore une prétention des Etats-Unis à étendre leur compétence normative sans aucun fondement en droit international coutumier. Cette dilatation de l'ordre juridique américain dont le champ d'application couvrirait des activités réalisées à l'étranger, par des étrangers est en outre contraire aux règles du GATT telles qu'elles sont mises en œuvre par l'OMC. D'un point de vue logistique, elle exigerait des mécanismes de contrôle et d'application sans précédent.

Les sanctions américaines à l'égard de la Syrie s'inscrivent dans le cadre d'une politique erratique faite d'hésitations et de coups d'éclat à l'égard du conflit qui ronge le pays. En marge de la paralysie du Conseil de sécurité, les Etats-Unis s'étaient tenus à l'écart de toute tentative d'intervention dans le conflit syrien depuis 2011. Ils avaient, sous la présidence B. Obama, renoncé à procéder à des bombardements contre les infrastructures du régime en 2013, malgré les soupçons d'attaques chimiques perpétrées par les forces loyalistes contre la population civile. Ces attaques constituaient pourtant la ligne rouge fixée par le président américain, dont le dépassement devait conditionner une intervention armée. Il faut attendre la prise de contrôle de larges pans de territoire en Irak mais également au nord et à l'est de la Syrie par des groupes djihadistes et notamment l'enracinement dans cet espace du groupe Etat islamique (EI) à partir de 2014 pour que les Etats-Unis exhortent à la constitution d'une coalition internationale destinée à lutter contre

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

cette nouvelle menace née du conflit syrien. C'est dans ces circonstances que la communauté internationale assiste aux premières frappes américaines en territoire syrien le 23 septembre 2014. Celles-ci sont doublées du déploiement de forces américaines (2 000 hommes) soutenues par d'importants moyens aériens et navals. A partir d'octobre 2015 les Etats-Unis favorisent l'intervention indirecte en soutenant les *Forces démocratiques syriennes* (FDS) récemment créées, composées de syriens majoritairement Kurdes, en particulier des Unités de protection du peuple (YPG). Ce sont ces dernières qui ont fait reculer le groupe EI du nord-est de la Syrie. (R. Charvin, « A propos de la "question syrienne". Une étape de la politique étasunienne du "Grand Moyen Orient », *RGDIP*, 2018, p. 459 et s.). La gestion de la situation en Syrie par l'administration de D. Trump, ponctuée de frappes aériennes en réponse à des attaques chimiques (notamment en Avril 2017 à Idlib et Avril 2018 près de Damas) est principalement marquée par une volonté de désengagement militaire face à un conflit dans lequel les Etats-Unis ne peuvent escompter une victoire manifeste. Prétendant renouer avec la doctrine Monroe, le président D. Trump annonce le 19 décembre 2018 le retrait de troupes américaines, puis faisant volte-face décide le maintien d'un contingent réduit. En août, les Etats-Unis et la Turquie s'entendent sur la création d'une zone de « sécurité » gérée par un centre d'opérations conjointes américano-turc le long de la frontière turque et des provinces syriennes nord contrôlées par les YPG kurdes. C'est dans cet espace que le gouvernement turc entendait mener des « incursions » avec l'aval de son allié américain dont les conséquences s'avèreront désastreuses. Laissant ainsi la place à l'armée turque, les troupes américaines postées au nord se replient.

Le durcissement récent des sanctions américaine coïncide avec cette politique de désengagement opérationnel. La pression économique et financière prend le relai de la pression militaire. Le nouveau dispositif de sanctions met en place un véritable siège économique et financier. Il concerne en particulier les domaines stratégiques, du pétrole, de la construction, de l'aéronautique ou de la finance ; il prohibe toue transaction en dollar avec le régime ou avec les soutiens du régime et bloque l'accès au système financier américain. Sur le fondement du *Caesar Act*, l'administration américaine pourrait en outre adopter des sanctions contre la banque centrale syrienne s'il s'avère que cette dernière se livre au blanchiment d'argent. Le raisonnement affiché par le gouvernement américain consiste à pousser le gouvernement Syrien à cesser les hostilités, et négocier une sortie de crise Le *Caesar act* est dépeint par ses partisans comme un ensemble de mesures « ciblées » destinées uniquement à tarir les capacités de répression et de financement du régime Syrien (C. Edmonson, *The New York Times*, 16 décembre 2019). En ce sens la loi américaine est présentée comme une mesure destinée à faire respecter la résolution 2254 du CSNU et à permettre les travaux, jusque-là malheureux, du comité de représentants syriens chargé de la rédaction d'une nouvelle constitution.

La levée des sanctions exclut toute forme de compromis, elle est conditionnée par l'arrêt des bombardements sur ces cibles civiles, l'accès de l'aide humanitaire dans des zones rebelles, la libération de tous les prisonniers politiques, la condamnation des auteurs de crimes de guerre, le retour des populations déplacées. Ces exigences, jugées inacceptables par la Syrie qui proteste de sa souveraineté sur ces questions, laissent présager de leur pérennité. Conçues pour isoler la Syrie, les sanctions apparaissent comme un moyen de dissuasion à l'égard des Etats tiers qui souhaiteraient normaliser ou renouer des relations diplomatiques avec elle. Cette politique affecte notamment les Emirats arabes

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

unis qui avaient ré-ouvert leur ambassade à Damas en 2018. Elle heurte la politique de la Russie au Moyen-Orient et menace ses intérêts en territoire syrien notamment dans le port de Tartous, dans les mines de phosphate ou encore dans les champs de pétrole du nord-est.

Si l'adoption de sanctions est toujours controversée, il est vrai que le *Caesar Act* soulève des critiques tonitruantes. Elles relèveraient, selon les gouvernements syrien et iranien, du « terrorisme d'Etat ». Hassan Nasrallah, à la tête du Hesbollah Libanais affirme quant à lui que « le Caesar Act […] vise à affamer la Syrie ». La Chine et la Russie, pour leur part, manifestent leur hostilité constante à l'égard de toute sanction unilatérale, aussi bien celles des Etats-Unis que celles de l'Union européenne, y voyant les causes principales de l'effondrement économique et de la crise humanitaire en Syrie.

Mais au-delà du cercle des alliés du régime de Damas, des doutes s'expriment quant à l'efficacité de ces mesures pour infléchir le cours du conflit dont l'issue semble à présent irrémédiablement favorable au régime et aux forces loyalistes soutenues par la Russie. Certains craignent en outre que le *Caesar Act* ne retarde la fin des hostilités en entrant en contradiction avec les accords de Sotchi et d'Astana sur le cessez-le-feu, et renforce le lien entre la Syrie et l'Iran. De surcroît, rien dans le dispositif ne permet d'atteindre l'objectif candide affiché de mettre fin à l'impunité dont jouissent les loyalistes dans la répression de l'opposition. Le *Caesar Act* ne contient en effet sur ce point que des dispositions générales sur la collecte de preuves et la nécessité de poursuite des auteurs de violations des droits de l'homme dont certaines, selon le rapport du Secrétaire général des Nations Unies « pourraient constituer des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité » (S/2014/31).

Faute de s'inscrire dans une politique compréhensive et cohérente à l'égard de la Syrie, le *Caesar Act* risque d'affecter ceux-là même qu'il entend protéger. Il est certain que les sanctions resserreront l'étau sur une population civile déjà éprouvée à tous égards, largement poussée à l'exil par la situation économique, sécuritaire et humanitaire à laquelle s'ajoute une crise sanitaire en raison de la pandémie. Selon le bureau de la coordination des affaires humanitaires de l'ONU (OCHA Syria), 83% de la population syrienne vie sous le seuil de pauvreté dans une économie dévastée par neuf années de conflit et par les conséquences de l'effondrement de l'économie libanaise largement interdépendante avec l'économie syrienne ; certains syriens sont poussés à recourir à des mécanismes de survie délétères tels que le travail des enfants, les mariages forcés de mineurs ou la prostitution forcée (Situation Report No. 17 - As of 13 July 2020). Dans cette situation, déjà effroyable, l'impossibilité de réaliser des transactions en dollar affecte directement la population et l'industrie asphyxiées par une dévaluation sans précédant la Livre syrienne et une inflation galopante. Lors de l'adoption du *Caesar act,* la Livre avait notamment perdu 3 500 points face au dollar. (B. Barthe, *Le Monde*, 16 Juin 2020). Si en principe le dispositif de sanction prévoit des exemptions s'agissant de l'acheminement de l'aide humanitaire, en pratique les entreprises étrangères de même que les institutions bancaires s'abstiennent déjà de fournir médicaments ou équipements hospitalier à la Syrie par crainte de violer, involontairement, la législation américaine. Seule la création d'un instrument bancaire sur le modèle de Instex (Instrument in support or trade exchanges) permettrait, en contournant les sanctions américaines, les échanges de biens médicaux et agricoles à destination de la Syrie sans recourir au dollar.

Le *Caesar Act* est en outre entaché par le scandale que suscitent certaines exemptions accordées par l'administration américaine, en particulier la licence concédée en avril 2020 par le gouvernement de D. Trump à la société pétrolière américaine Delta Crescent Energy.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Echappant ainsi aux sanctions cette dernière a pu conclure un contrat avec l'« administration semi-autonome kurde » auto-proclamée dans le nord-est de la Syrie, relatif à l'exploitation et la commercialisation des ressources pétrolières dans la zone contrôlée par les forces démocratiques syriennes appuyées du reliquat des troupes américaines stratégiquement postées près des champs pétroliers. (L. Seligman, B. Lefebvre, *Politico*, 6 aout 2020). Si la qualité de cette autorité locale pour conclure un tel accord demeure douteuse, cette opération dans son ensemble, semble donner corps aux déclarations du représentant syrien à l'ONU Bashar al-Jaafari, selon lesquelles la création récente de la société Delta Crescent Energy ne serait qu'une nouvelle étape dans le pillage par les forces américaines des ressources naturelles de la Syrie. Si tel était le cas, les Etats-Unis pourraient s'être livrés à un crime de guerre et à la violation de la souveraineté de la Syrie sur ses ressources naturelles.

Les critiques les plus acerbes dénoncent une volonté de l'administration américaine de compromettre durablement toute possibilité de reconstruction politique, économique et diplomatique à l'issue du conflit, or la reconstruction était précisément l'un des objectifs de la résolution 2254 CSNU évoquée dans le *Caesar Act*.

A.L.

FRANCE – ISRAËL

Réactions françaises au plan d'annexion de la Cisjordanie

2020/3-4.47 – La contrariété au droit international de la colonisation israélienne de la Cisjordanie n'est plus à démontrer, et l'on sait qu'elle est encouragée, notamment et surtout, par les Etats-Unis, ainsi que l'illustre le « Plan de paix » dévoilé par ceux-ci début 2020 (*https://tinyurl.com/uspeaceplan ; v. cette « Chronique », supra n° 2020/3-4.43*). L'une des évolutions majeures de la position américaine de ces dernières années à ce propos est d'écarter des débats la question du respect du droit international, pour y préférer une prise en compte des seuls « faits » (voir D. Alland, « Un adieu au droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et ses suites », cette *Revue,* n°2020/1, pp. 75-86). Certains États tentent cependant, tant bien que mal, d'opposer à cette nouvelle politique américaine – qui fut également un enjeu des élections présidentielles à venir (voir I. Tharoor, « How the Democrats are shifting on Israel », *The Washington Post,* August 19, 2020) – une approche plus respectueuse des obligations internationales d'Israël. Tel est le cas, entre autres, de la France.

Le Président de la République française E. Macron a en effet demandé début juillet 2020 au Premier Ministre israélien Benjamin Netanyahu de renoncer à tout projet d'annexion, car « une telle mesure serait contraire au droit international et compromettrait la possibilité d'une solution à deux Etats comme l'établissement d'une paix juste et durable entre Israéliens et Palestiniens » (« Macron demande à Israël de renoncer à tout projet d'annexion de territoires palestiniens », *Le Figaro* du 10 juillet 2020). L'Allemagne (« Germany rejects Israel's West Bank annexation plans as illegal », *DW,* July 1st, 2020) et le Royaume-Uni (« Johnson warns Israel against plans to annex part of West Bank », *BBC News,* July 1st, 2020) ont, pour les mêmes raisons, adopté des positions similaires. Il faut noter également, cela est suffisamment rare pour être souligné, que l'Union européenne elle-même a, par la voix de son Haut Représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, exprimé les mêmes

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

réserves (« West Bank : annexation is not a solution », European Union External Action, July 8, 2020). Ces réactions s'inscrivent en outre dans une suite de déclarations identiques formulées par les mêmes protagonistes depuis la présentation du plan de paix américain (voir par ex. L. Harkov, « France threatens Israel ties over settlement annexation », *The Jerusalem Post,* April 23, 2020). Le Ministre français des Affaires étrangères a ainsi déclaré « qu'une décision [d'annexion] d'une telle gravité ne pourrait rester sans réponse » (« Le Drian : L'annexion en Cisjordanie aura un coût pour Israël », *The Times of Israel,* 25 juin 2020) : elle « affecterait », notamment, « les relations de l'Union européenne avec Israël » (« Nous sommes à un tournant dans l'histoire du conflit israelo-palestinien », Intervention à titre national de M. Nicolas de Rivière, Représentant permanent de la France auprès des Nations Unies au Conseil de Sécurité, 24 juin 2020).

Si elles ont le mérite de rappeler que le droit international s'oppose à l'annexion, ces positions révèlent cependant, également, la timidité de la réponse européenne au projet américano-israélien. Les chancelleries occidentales « s'accrochent à [leurs] principes tout en faisant profil bas » (G. Gendron, « Annexion en Cisjordanie : que peut la France ? », *Libération* du 27 juin 2020). Expression d'une « diplomatie incantatoire » (C. Chesnot, « L'annexion de la Cisjordanie, casse-tête diplomatique pour l'Union européenne », *France culture,* 2 juin 2020), ces déclarations sont aisées, faute de traductions concrètes, à qualifier de « formules du passé », qui « durent depuis 53 ans » et dont la répétition ne peut qu' « entraîner un nouvel échec », selon la réponse sans détours formulée par Benjamin Nétanyahou aux rappels européens (« Macron demande à Israël de renoncer à tout projet d'annexion de territoires palestiniens », préc.). Seuls de nouveaux compromis semblent ainsi pouvoir être à même de stopper le projet israélien : tel est le cas de l'accord entre Israël et les Émirats arabes unis qui prévoit, selon les Parties, une « renonciation », ou à tout le moins une « suspension », du projet d'annexion de certaines parties de la Cisjordanie (« Israël et les Emirats arabes unis annoncent une normalisation de leurs relations diplomatiques », *Le Monde* du 13 août 2020). Le droit, fut-il international, n'est jamais qu'un outil politique – encore faut-il en avoir une.

T.F.G.

FRANCE - COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Qualité de l'air - Manquement constaté par la Cour de Justice de l'Union européenne

2020/3-4.48 – Le 24 octobre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a constaté le manquement continu de la France à respecter depuis 2010 les obligations prescrites par la directive 2008/50/CE relative à la qualité de l'air ambiant, sans prononcer de condamnation (CJUE, 7ème ch., *Commission européenne c. République française*, aff. C-636/18, arrêt du 24 oct. 2019). La France est loin d'être seule concernée. Au total, seize Etats membres de l'Union font l'objet d'une procédure d'infraction pour manquement aux mêmes obligations. Parmi eux, la Commission européenne a engagé des procédures devant la Cour de justice sur le fondement de l'article 258 TFUE à l'encontre de la Pologne, de la Roumanie, de l'Espagne, de l'Italie et de l'Allemagne outre la France. La Pologne et la Roumanie ont déjà fait l'objet d'un constat de manquement (v. respectivement les arrêts rendues le 22 février 2018, aff. C-336/16 et le 30 avril 2020, aff. C-638/18). Un avis motivé

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

a été notifié à la Suède, à la Grèce et au Portugal. La Lettonie, l'Autriche, la Croatie, la République tchèque, la Bulgarie, le Luxembourg et la Slovaquie quant à eux en sont encore au premier stade de la procédure, celui de la mise en demeure.

La détermination des instances européennes à lutter contre les émissions de gaz polluants semble ainsi réelle alors que les Etats rencontrent toutes les difficultés à déployer des plans efficaces. S'agissant de la France, la « crise des gilets jaunes » de l'hiver 2019 a par exemple tristement illustré l'impopularité des mesures visant à augmenter la fiscalité du diesel. Le manquement concerne en effet le dépassement de valeurs limites posées par la directive de 2008 pour le dioxyde d'azote (NO_2) principalement émis par le trafic routier, en particulier par les véhicules diesel. Un grand nombre de zones et d'agglomérations françaises est concerné : Marseille, Toulon, Paris, Auvergne-Clermont-Ferrand, Montpellier, Toulouse Midi-Pyrénées, Reims Champagne-Ardenne, Grenoble Rhône-Alpes, Strasbourg, Lyon Rhône-Alpes, Vallée de l'Arve Rhône-Alpes et Nice. Il est précisément reproché à la France de n'avoir pas respecté deux dispositions de la directive de 2008 : son article 13 qui impose aux Etats membres de veiller à ce que les niveaux de divers gaz polluants dans l'air ambiant ne dépassent pas certains seuils et son article 23 qui précise que lorsque tel est toutefois le cas, les Etats membres doivent établir des plans relatifs à la qualité de l'air afin de mettre en œuvre les mesures appropriées de façon à ce que la période de dépassement soit la plus courte possible.

S'agissant du premier grief, le dépassement des valeurs limites fixées, qualifié en l'espèce de systématique et de persistant, suffit à la Cour pour constater l'infraction. L'amélioration globale de la qualité de l'air dans le pays, l'adoption de différents plans et la mise en œuvre de mesures diverses en vue de réduire la pollution de l'air ainsi que l'existence de difficultés structurelles n'ont pas convaincu. C'est en effet à une obligation de résultat et non de moyen que doivent se conformer les Etats membres pour satisfaire leurs obligations au titre de l'article 13 de la directive (v. pt. 38 du présent arrêt et CJUE, *ClientEarth*, aff. C-404/13, arrêt du 19 nov. 2014). Le constat de manquement revêt ainsi un caractère objectif : « il est sans pertinence que le manquement résulte de la volonté de l'Etat membre auquel il est imputable, de sa négligence ou bien encore de difficultés techniques ou structurelles auxquelles celui-ci aurait été confronté » (pt. 42). Au titre des obstacles à la mise en œuvre de mesures efficaces, la France invoquait notamment la libre circulation des marchandises, principe cardinal du droit de l'Union, qui l'aurait empêchée d'imposer des interdictions sectorielles de circuler. La Cour balaye l'argument en rappelant utilement que l'objectif de protection de l'environnement peut justifier une entrave au principe s'il n'existe pas de mesures moins restrictives disponibles (pt. 46).

S'agissant du second grief relatif à la mise en œuvre de plans visant à ce que la période de dépassement soit la plus courte possible, l'analyse de la Cour revêt un caractère plus subjectif de sorte que les arguments français reposant sur les difficultés rencontrées auraient pu être entendus par la Cour. La défense de la France a toutefois été jugée trop allusive. L'Etat invoquait l'ampleur des transformations structurelles nécessaires, la lourdeur et les coûts des investissements à réaliser, la croissance démographique dont découle l'augmentation du trafic routier, le temps nécessaire à la modernisation du parc automobile et à la modification des axes de circulation ainsi que la sensibilité de l'opinion publique (pt. 83). La Cour reconnaît que les Etats disposent d'une marge de manœuvre dans la détermination des mesures à mettre en œuvre (pt. 81) et que l'existence de contraintes peuvent être prises en compte dans l'évaluation du délai de dépassement le

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

plus court possible (pt. 86). Elle souhaite toutefois être convaincue par une analyse précise démontrant au cas par cas, zone par zone, que les mesures appropriées et efficaces ont été mises en œuvre. Or les difficultés invoquées par la France pour sa défense ne présentent aucun caractère exceptionnel ni spécifique.

Ainsi, l'interprétation retenue par la Cour de justice des obligations contenues dans la directive européenne en faveur de la lutte pour l'environnement apparaît particulièrement exigeante : de véritables obligations de résultat sont posées ; il ne suffit pas aux Etats membres d'adopter des mesures, celles-ci doivent en outre se révéler efficaces.

Dans son arrêt de 2014 *ClientEarth* (préc.), la Cour renvoyait aux juridictions nationales le soin de faire respecter les obligations posées par la directive de 2008. Sur ce point, le Conseil d'Etat français n'est pas en reste. Après avoir enjoint le gouvernement de mettre en œuvre les plans nécessaires à la réduction des émissions de gaz polluant dans plusieurs zones concernées conformément aux obligations de la directive transposées en droit français à l'article R221-1 du Code de l'environnement (v. CE, *Les amis de la terre France,* n°394254, arrêt du 12 juillet 2017), il a prononcé cet été une astreinte historique fixée à 10 millions d'euros par semestre pour non-exécution de cette décision (v. CE., Ass., *Les amis de la terre et autres*, arrêt du 10 juillet 2020, n°428409). Pour sa part, la Commission européenne poursuit également la bataille : une nouvelle procédure d'infraction a été ouverte contre la France en mai 2020 pour non-respect d'une autre directive : la directive (UE) 2016/2284 dite « PEN » (plafonds d'émissions nationaux) relative à la réduction des émissions nationales de certains polluants atmosphériques.

CL. C. D.

LIBYE – RUSSIE - SYRIE

Recours à des mercenaires du groupe Wagner

2020/3-4.49 – Le brouillard de la guerre s'épaissit par l'utilisation de plus en plus récurrentes et de plus en plus professionnalisée de groupes qui agissent assez largement dans l'ombre et qui peuvent constituer des relais des politiques étatiques. Les informations ne sont pas inexistantes, bien au contraire, mais elles sont floues, incertaines, aisément niables. En Syrie, plusieurs affaires ont ainsi éclaté. En juin 2017, apparait sur internet une vidéo attestant les atrocités commises par des membres du groupe Wagner, ces derniers s'acharnant sur le cadavre d'un homme qu'ils venaient d'exécuter. Une première personne a été identifiée alors mais une enquête du journal *Novaia Gazetta* parue le 20 novembre 2019 confirme l'identité des quatre bourreaux et leur affiliation au groupe Wagner. Ce serait des milliers de contractants qui auraient été déployés en Syrie. Poussés par le désœuvrement et la misère, ces réprouvés seraient particulièrement exposés, leurs pertes étant d'ailleurs particulièrement difficiles à évaluer, et leur faible encadrement ainsi que le profil socio-psychologique, les disposerait à des actions parfois irréfléchies et criminelles.

En Libye, l'implication de mercenaires appartenant au groupe Wagner est également régulièrement établie, sachant le recours aux services de « combattants privés » semble le fait de toutes les parties au conflit, les deux gouvernements rivaux et ceux qui soutiennent l'un ou l'autre, en particulier la Turquie. Le Groupe de travail des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires a, dans un rapport récent, normalement confidentiel mais dont la presse s'est fait l'écho, identifié formellement 122 mercenaires affiliés au groupe Wagner, sachant qu'il estime à un millier le nombre total le nombre de personnes officiant

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pour ce groupe. Certains seraient affectés sur des batteries antiaériennes. Lors d'une réunion du Conseil de sécurité du 19 mai 2020 (v. SC/14190), la Russie a dénoncé « les spéculations sur les prétendus mercenaires russes en Libye », provenant de sources incertaines et hostiles. Ces allégations seraient un moyen, pour les Etats occidentaux, d'attribuer à la Russie la responsabilité des « troubles » en Libye et de se défausser de leur propre responsabilité liée à l'intervention initiale de l'OTAN en 2011 qui a profondément déstabilisé le pays.

Quoi qu'il en soit, cette illisibilité partielle n'est pas la conséquence du recours aux mercenaires ; elle est sa raison d'être. Ce n'est certes pas un phénomène nouveau que des Etats fassent appel à des personnes ou des groupes, placés hors des structures officielles et agissant dans une zone d'ombre, et d'illustres arrêts de la Cour internationale de justice qui ont été rendus à propos de l'action d'Etats qui font sous-traiter leurs basses œuvres reviennent immanquablement l'attestent. Ce qui est nouveau, c'est la professionnalisation du phénomène, sa privatisation partielle en quelque sorte. Dans le cadre de Wagner par exemple, il ne fait guère de doutes que des liens étroits existent entre l'appareil d'Etat russe – mais lesquels ? quelle est leur intensité ? – et les mercenaires qui agissent en Syrie, dans le Donbass ou ailleurs. Ceux qui se sont essayés à l'exercice de démêler l'écheveau des liens juridiques, personnels entre la société et l'appareil d'Etat russe ont indiscutablement fait des découvertes intéressantes mais leur complexité crée une zone obscure au travers de laquelle il est impossible de voir distinctement (v. sur ce point A. Rabin, « Diplomats and Dividends : Who Really Controls the Wagner Group », site de la FRPI). Wagner, malgré le flou qui l'entoure, est une structure juridique, une société, dont le siège serait basé en Argentine, les sociétés militaires privées étant officiellement interdites en Russie. Mais il ne fait guère de doutes qu'elles agissent et pour le compte des intérêts russes. Le recours à ces structures privées combine de multiples avantages : il externalise les pertes, permet de mener des actions dont la légalité est douteuse. Il permet aussi de créer une grammaire de la conflictualité qui crée de l'ambiguïté, des situations d'entre-deux qui peuvent être exploités dans leurs relations mutuelles. Quelle aurait, par exemple, la situation si des soldats russes avaient été tués par des soldats états-uniens ? Une réaction aurait été nécessaire, alors qu'elle ne l'est pas quand ce sont des acteurs privés qui ont été atteints. Les corps ne sont souvent pas rapatriés et les familles sont soumises à un strict silence si elles veulent récupérer les indemnisations. Quoi qu'il en soit, les mercenaires de Wagner sont signalés sur des nombreux théâtres d'opération, sans qu'il soit toujours simple de démêler le vrai du faux, dans le Donbass, au Soudan, en Centrafrique, au Venezuela, au Mozambique et en Libye, au soutien des troupes du Maréchal Haftar, allié de la Russie. Leurs actions ne consistent pas toujours à combattre mais parfois à former ou à manipuler des processus politiques.

Si les informations auxquelles on a accès sont exactes, ce n'est d'ailleurs pas toujours l'Etat syrien lui-même qui aurait fait appel aux services de cette société, mais des sociétés d'exploitation pétrolière syriennes qui auraient fait appel à des tels services. Il s'agit cependant de sociétés entièrement contrôlées par l'Etat syrien et on ne conçoit pas, c'est une évidence, qu'il n'ait pas monté lui-même un tel assemblage. Le droit de la paix et de la sécurité connaît des tensions très vives qui posent la question d'une éventuelle adaptation aux réalités nouvelles. C'est en particulier la question du terrorisme qui provoque des volontés de relecture ou de réécriture du droit applicable. Le terrorisme est globalement un phénomène subi par l'Etat et la légitimité éventuelle de l'élargissement du

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

recours à la force résulte de la nécessité d'adapter le droit à une nouvelle réalité. La question du recours aux mercenaires, à des « soldats privés » est elle aussi porteuse de nombreuses incertitudes et pose de nombreuses difficultés. Globalement, le droit international n'a pas été configuré en intégrant cette réalité. Il est fondé sur l'idée que l'activité militaire doit être menée par des organes d'Etat. Mais ce sont les Etats qui troublent, pour des raisons souvent peu avouables et peu glorieuses, un droit qui peut les entraver.

Des crimes commis par les mercenaires

Les soldats de la Société Wagner ont été impliqués dans des scandales retentissants. Le 20 novembre dernier, a été confirmé que les atrocités commises sur un prisonnier, par des hommes armés, et parlant le russe, sont bien le fait d'individus travaillant pour son compte. La mise à mort, dans des conditions horribles, et le dépeçage ont été filmés et postés sur internet. La victime est un Syrien qui aurait été enrôlé de force dans l'armée et qui aurait tenté de déserter. La vidéo est apparue en juin 2017 mais ce n'est que deux ans plus tard que les personnes impliquées ont été identifiées, ainsi que leur affiliation.

Il ne s'agira pas de développer ici longuement les potentialités d'engagement de la responsabilité des différentes personnes impliquées dans le recours à la société Wagner pour des tels actes mais seulement celle. La solution dégagée par la Cour internationale de justice aboutit à distinguer trois situations : celle de la commission de faits illicites par les organes de l'Etat ou par des organes habilités à exercer des prérogatives de puissance publique, au sens des articles 4 et 5 du Projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, celle dans laquelle les actes commis l'ont été sous le contrôle effectif de l'Etat, celle dans laquelle le groupe est placé, de fait, sous sa totale dépendance. A ce titre, la jurisprudence, telle que formalisée dans les arrêts de la Cour internationale de justice du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires des Etats-Unis au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* et 27 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie c. Serbie)*, utilise un critère alternatif pour que les actes du groupe ou de la personne soit attribuable à l'Etat, celui de la totale dépendance, celui du contrôle effectif. La jurisprudence de la Cour s'avère donc particulièrement exigeante. Elle a suscité de fortes critiques puisqu'elle a pu apparaître comme une incitation faite aux Etats de mener des actions subversives, illégales au travers de groupes privés, formellement distincts. Il s'agit, précisément, d'organiser le flou, de brouiller les pistes, sachant que les « preuves » de la connivence entre ces groupes et l'Etat qui les manipule sont introuvables, voire carrément inexistantes. Certains auraient été favorables à un critère plus souple, celui du contrôle global, utilisé en particulier par le TPIY dans l'affaire *Tadic.* L'adoption de ce critère par la Cour ne va pas de soi au demeurant car le Tribunal ne l'a pas utilisé pour trancher une question de responsabilité de l'Etat. La jurisprudence de la Cour s'explique par le fait qu'elle prend l'attribution de faits illicites « au sérieux » et qu'il faut être certain que l'Etat soit très étroitement rattachable aux faits illicites commis par la personne ou le groupe. Et il convient de ne pas oublier que, dans les deux affaires emblématiques jugées par la Cour, les Etats mis en cause ont été jugés responsables de violations de normes de droit international, la non-ingérence dans les affaires internes, le défaut de prévention de violations commises par des groupes qui peuvent être incités par lui non à violer le droit international mais à le respecter. L'engagement de la responsabilité de l'Etat russe pourrait être envisagé, dès lors qu'un lien minimal, et non une totale dépendance, pourrait être établi entre le groupe Wagner et lui, liée à l'existence d'une obligation de *due diligence*

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

liée non à un contrôle territorial mais à un contrôle qu'un Etat est en mesure d'exercer sur un groupe, quel que soit le lieu sur lequel il opère. On le sait, l'obligation de « respecter et de faire respecter le droit international humanitaire », proclamée dans l'article 1er commun aux quatre conventions de Genève et dans le premier Protocole de 1977, est relative et dépend de la capacité d'un Etat à exercer une influence sur la situation. Il conviendrait alors de déterminer quelle a été l'action de ce dernier pour inciter le groupe à respecter, en particulier, les normes relatives aux droits de l'homme et au droit international humanitaire. Tout cela parait cependant bien incertain. Quant à la responsabilité pénale individuelle des membres de ces groupes devant la Cour pénale internationale, elle se heurte à toutes les difficultés qui permettent de l'établir et que nous ne développerons pas, sachant que Fédération de Russie et Syrie ne sont pas parties au Statut et qu'il est difficilement concevable que la Conseil de sécurité puisse lui déférer une situation en application de l'article 13 du Statut.

De l'interdiction d'utiliser des mercenaires

Il existe des normes spécifiques sur le mercenarisme et une définition « internationale » du mercenaire, issue de la Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires du 4 octobre 1989. Et selon cette dernière, le doute n'est guère permis : mercenaires, les supplétifs le sont bel et bien, sachant cependant qu'une analyse au cas par cas doit être réalisée. Au sens de l'article 1er, Le terme "mercenaire" s'entend de toute « personne […] spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé, [q]ui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants avant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie; [q]ui n'est ni ressortissante d'une partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une partie au conflit [q]ui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit; et [q]ui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ». Le principe du recours aux services étant de créer un brouillard entre l'Etat qui tire les ficelles et leur action sur le terrain [changer], il sera difficile de considérer qu'ils sont « en mission officielle ». Quant aux autres critères, si certains semblent parfaitement remplis, d'autres pourront prêter à discussion en fonction des circonstances de l'emploi des forces en cause. Quand il s'agit d'intervenir directement pour lutter contre les forces de l'Etat islamique, la qualification n'est guère douteuse. En revanche, lorsque les personnes recrutées le sont par une société commerciale pour la sécurisation des installations, il faut se poser la question de déterminer s'ils le sont « pour combattre dans un conflit armé » et « prendre part aux hostilités ». La réponse ne va pas de soi.

Les manquements des Etats concernés pourraient être de deux ordres. Il s'agit tout d'abord de déterminer si ces Etats respectent l'obligation fondamentale prévue à l'article 5 selon lequel « [l]es Etats parties s'engagent à ne pas recruter, utiliser, financer ou instruire de mercenaires et à interdire les activités de cette nature conformément aux dispositions de la présente Convention ». Par ailleurs, en vertu de l'article 2 « quiconque recrute, utilise, finance ou instruit des mercenaires […] commet une infraction au sens de la Convention », infraction que les Etats ont l'obligation de « réprime[r] […] par des peines appropriées ». D'après cet article, il pourrait être envisagé qu'un Etat qui reste passif face à du mercenariat professionnalisé engage sa responsabilité internationale.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Cela étant, les deux Etats les plus concernés par la question des mercenaires, Russie et Syrie, ne sont pas dans une situation juridique équivalente. La première n'est pas partie à la Convention de 1989. La seconde l'est, ce qui signifie qu'elle ne respecte pas le droit international en y recourant. L'engagement de la responsabilité renvoie là encore à de grandes incertitudes. La Convention, dans son article 17 § 1, prévoit un recours à la Cour internationale de justice dès lors qu'un différend entre deux Etats parties ne trouverait pas de règlement préalable. La Syrie a cependant, formulé une réserve, autorisée par le traité sur ce point.

Dans le cadre libyen, diverses résolutions du Conseil de sécurité ont été adoptées, précisément à cause de l'implication de Wagner dans diverses situations et de la Turquie. La résolution 2510 du 12 février 2020 « exige […] de tous les Etats membres notamment qu'ils se conforment pleinement à l'embargo sur les armes imposé par la résolution 1970 (2011) telle que modifiée par les résolutions ultérieures et en particulier de cesser d'apporter toute forme d'appui aux mercenaires armés et d'opérer leur retrait total, et exige également de tous les Etats Membres qu'ils s'abstiennent d'intervenir dans le conflit ou de prendre des mesures de nature à l'exacerber ». Dans les débats qui mènent à l'adoption de la résolution, les Etats-Unis mentionnent « des mercenaires étrangers, notamment du Groupe Wagner lié au Kremlin » (S/PV/8722, p. 6). Quant au représentant du gouvernement « officiel » de la Libye, il dénonce l'appel fait par le Maréchal Haftar à des groupes soudanais qui tentent d'entraver l'exploitation pétrolière. La Russie, directement mise en cause on le voit, fait référence aux « combattants terroristes étrangers » auxquels la Libye sert de refuge. Elle voulait précisément éviter de recourir à une terminologie qui pourrait sans doute se retourner contre elle et s'est abstenue lors du vote, sans véritablement formuler clairement les raisons de son attitude. Le recours aux mercenaires est condamné, certes, mais sans que soient levées les incertitudes sur l'objet « mercenaires ». Il n'est pas certain que toutes les membres du Conseil visent les mêmes personnes…

N.H.

INDE – RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

Tensions frontalières

2020/3-4.50 – Comme on le sait, la Chine et l'Inde partagent une frontière de près de 4000 km, dont les zones montagneuses de l'Himalaya font l'objet d'un différend depuis la fin des années cinquante. En octobre 1962, la Chine a attaqué les territoires indiens dans les régions frontalières de l'Aksai Chin et de l'Arunachal Pradesh. Les forces armées indiennes ont été rapidement défaites par les troupes chinoises. Le 21 novembre 1962, la Chine a décrété unilatéralement un cessez-le-feu. Elle a conservé la région de l'Aksai Chin – que l'Inde revendique – et a cédé à l'Inde l'Arunachal Pradesh – qu'elle continue de revendiquer (Cyrille Beyer, « 1962, la guerre sino-indienne à l'origine du conflit actuel », *Rédaction Ina, Histoire et conflits*, 10 juillet 2020).

Le mois de mai 2020 a vu un regain des tensions frontalières entre les deux Etats, trois ans après le conflit qui s'était déroulé durant deux mois et demi dans la région du Sikkim, près du Bhoutan (« Tensions frontalières entre la Chine et l'Inde dans l'Himalaya », *Le Monde,* 28 mai 2020). Le 5 mai, des soldats chinois ont protesté contre la construction d'une route militaire indienne près du lac Pangong Tso, revendiquant une parcelle de territoire indien qui n'avait encore jamais fait l'objet de contestations. Les deux Etats se reprochent en effet des incursions illégales et la construction d'infrastructures (routes,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ponts) dans la région du Ladakh, susceptibles, en outre, de favoriser la mobilité des troupes en cas d'affrontement armé :

> « L'Inde accuse la Chine de procéder à des incursions illégales chez elle. La Chine, elle, reproche à l'Inde de violer le *statu quo* de 1962 en menant actuellement des travaux – une route et un pont – du côté de Daulat Beg Oldie, dernier village avant l'accès au col de Karakoram. Ces infrastructures découlent de l'initiative unilatérale prise par l'Inde dans la région sous l'œil courroucé de la Chine, en août 2019. Dans le cadre de la prise de contrôle de l'Etat du Jammu-et-Cachemire, le gouvernement Modi a scindé la région pour donner naissance à deux "territoires de l'Union" directement administrés par Delhi. C'est ainsi que le 31 octobre 2019, le Ladakh, un territoire perché en altitude et grand comme deux fois la Belgique, avec une population de 274 000 habitants à grande majorité bouddhiste, s'est retrouvé détaché du Cachemire, à majorité musulmane. L'ambition de l'Inde est de le réunifier un jour avec l'Aksai Chin, la partie du Ladakh annexée au Tibet par Pékin en 1962, et dont l'intérêt est de donner un accès par le sud à la province reculée du Xinjiang » (*Le Monde*, précit.).

Dans ce cadre, des affrontements ont eu lieu mi-mai, dans la région du Sikkim à l'est de l'Inde. Des dizaines de militaires des deux camps ont été blessés (« Chine – Inde : cinq minutes pour comprendre le conflit frontalier entre les deux pays », *Le Parisien*, 17 juin 2020 ; « Tensions entre l'Inde et la Chine : L'armée des deux camps déployée en grand nombre à la frontière », *20 minutes avec AFP*, 26 juin 2020 ; « Regain de tensions frontalières entre la Chine et l'Inde », *Le courrier stratégique*, 29 mai 2020 ; « Trois soldats indiens tués à la frontière avec la Chine après une "confrontation violente" », *Le Monde avec AFP*, 16 mai 2020).

L'escalade de la violence a atteint son apogée dans la nuit du 15 au 16 juin. Des confrontations « au corps-à-corps » ont conduit à dresser un bilan meurtrier de ces affrontements, pour la première fois depuis 1975 (« Tensions à la frontière entre la Chine et l'Inde, trois soldats tués », *Le Huffington Post avec AFP*, 16 juin 2020 ; « Trois soldats indiens tués à la frontière avec la Chine après une "confrontation violente" », *Le Monde avec AFP*, 16 juin 2020 ; « Chine – Inde : cinq minutes pour comprendre le conflit frontalier entre les deux pays », *Le Parisien*, 17 juin 2020 : « [l]e bilan des victimes n'est même pas connu avec certitude. L'armée indienne a annoncé 20 morts dans ses rangs et évoqué des « morts des deux côtés ». Pékin s'est contenté de parler de « morts et de blessés », sans plus de précisions »).

La recrudescence de ce conflit frontalier a conduit l'Organisation des Nations Unies à appeler à la « retenue », tandis que le Président des Etats-Unis d'Amérique offrait, le 27 mai, sa « médiation » (« Tensions militaires dans l'Himalaya entre l'Inde et la Chine, Trump propose sa médiation », *L'OBS avec AFP*, 28 mai 2020 ; « Tensions entre l'Inde et la Chine : Vingt soldats indiens tués, l'ONU appelle à la retenue » *20 minutes avec AFP*, 16 juin 2020). Fidèles à l'approche diplomatique qui prévaut depuis 1988, la Chine et l'Inde ont néanmoins affirmé vouloir résoudre pacifiquement ces difficultés et ont engagé, dès le début de la crise, des pourparlers afin de convenir d'un processus de désengagement militaire dans les zones disputées du Ladakh. Dans ce cadre, Pékin libérait, le 19 juin, dix soldats indiens capturés lors de l'affrontement meurtrier survenu trois jours auparavant (« Tensions entre l'Inde et la Chine : Pékin libère 10 soldats indiens », *20 minutes avec AFP*, 19 juin 2020).

Au début du mois de juillet, la presse internationale a salué l'apaisement entre les deux Etats : « [d]'après les autorités indiennes, la Chine a commencé à retirer ses troupes de la

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

frontière commune contestée dans l'Himalaya. Des soldats auraient été observés en train de démonter des tentes et d'autres équipements » (*Die Deutsche Welle*, 6 juillet 2020, *via Renseignor*, n°1136 du 12 juillet 2020. *V.* également : « L'Inde et la Chine convienne de « résoudre pacifiquement » les tensions frontalières », *FR 24 News*, 8 juin 2020).

Le regain de ce conflit presque centenaire suscite néanmoins l'inquiétude, dans la mesure où les territoires litigieux continuent de faire l'objet de revendications concurrentes. L'Inde ne renie pas ses prétentions sur la région de l'Aksai Chin et exige l'évacuation des troupes chinoises au bord du lac de Pangong, qu'elle considère comme relevant de sa souveraineté (*Radio Vatican,* 8 juillet 2020, *via Renseignor*, n° 1136 du 12 juillet 2020). De son côté, le ministère chinois des Affaires étrangères a souligné que l'Inde ne devait « pas se méprendre [ni] sous-estimer la ferme volonté de la Chine de défendre sa souveraineté territoriale » (« Tensions entre l'Inde et la Chine : Pékin libère 10 soldats indiens », *20 minutes avec AFP*, 19 juin 2020).

E.L.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES – HAUT COMMISSARIAT DES DROITS DE L'HOMME - ISRAËL

Liste des entreprises exerçant des activités en territoire palestinien occupé publiée par le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations unies

2020/3-4.51 - Qu'ont de commun les entreprises françaises Egis S.A. et Alstom S.A., les entreprises américaines AirBnB Inc. et Expedia Group Inc., ou encore l'entreprise néerlandaise Booking.com B.V. ? Toutes font partie, aux côtés de 107 autres, de la liste publiée le 28 février dernier par le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations unies, consacrée aux « entreprises impliquées dans les activités détaillées au § 96 de la mission indépendante (…) d'enquête sur les conséquences des colonies israéliennes en territoire palestinien occupé, incluant Jérusalem Est, sur les droits (…) du peuple palestinien » (A/HRC/43/71). Cette liste constitue une étape importante dans le long processus d'établissement des faits constitutifs de la colonisation par Israël des territoires palestiniens, et de mise en lumière des effets de cette colonisation, en particulier sur les droits économiques, sociaux et culturels des Palestiniens. Sa publication intervient, en outre, au cœur d'une période où l'appréhension du conflit israélo-palestinien semble signer, à bien des égards, un « adieu au droit international public » (v. la note de D. Alland, cette *Revue,* n°1/2020, p. 75 et s. ; adde cette « Chronique » n° 2020/1.15 et *supra* n° 2020/3-4.43 et n° 3-4.48). Cette publication était ainsi nécessaire – même si sa portée sera nécessairement limitée.

Dans son rapport de 2013 (A/HRC/22/63, *https://undocs.org/fr/A/HRC/22/63*), la « Mission internationale indépendante d'établissement des faits chargée d'étudier les effets des colonies de peuplement israéliennes sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels des Palestiniens dans le territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est », mise en place en 2012 (A/HRC/RES/19/17, *https://tinyurl.com/res1917*), notait que de nombreuses entreprises ont, « directement et indirectement, permis la construction et la croissance des colonies de peuplement, les ont facilitées et en ont profité ». En menant dans les colonies diverses activités – de destruction et construction de logements, de surveillance et de sécurité, de fourniture de services, etc. – ces entreprises ont, en outre et en toute connaissance de cause, contribué à « maintenir,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

développer et consolider » ces colonies (§§ 96-97 du rapport). En conséquence, la Mission recommandait aux « entreprises privées » de « mesurer l'impact que leurs activités ont sur les droits de l'homme » et de « prendre toutes les mesures nécessaires − y compris en mettant fin à leurs intérêts commerciaux dans les colonies de peuplement − pour s'assurer qu'elles n'ont pas d'effets néfastes sur les droits de l'homme du peuple palestinien, conformément au droit international, ainsi qu'aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » (§ 117). Selon le treizième de ces principes en effet, la responsabilité de respecter les droits de l'Homme qui incombe aux entreprises exige de celles-ci « qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent » et « qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences » (*https://tinyurl.com/principesdirecteurs*. Plus largement sur ce thème, voy. not. M. Ubéda-Saillard, « La responsabilité des entreprises en zone de conflit armé », *in L'entreprise multinationale et le droit international,* SFDI, Pedone 2017, pp. 449-474).

Passé plutôt inaperçu au-delà du cercle des initiés et des parties prenantes, ce rapport a néanmoins provoqué l'adoption par le Conseil des Droits de l'Homme d'une résolution appelant, notamment, à la création d'une « base de données » de toutes les entreprises concernées par ces activités (Résolution 31/36 du 20 avril 2016, A/HRC/RES/31/36, *https://tinyurl.com/res3136*). La constitution de cette liste n'a pas été sans mal, du fait, notamment, du peu de moyens alloués au Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme pour mener à bien cette mission (voy. not. « L'ONU examine 206 sociétés actives dans les colonies israéliennes », *Le Figaro* du 31 janvier 2018) et de l'opposition farouche des Etats-Unis, entre autres, à cette initiative (A. Gearan, « U.S. pushing to quash U.N. ''blacklist'' of firms doing business in Israeli Settlements *», The Wahington Post,* 21 août 2017). Il est heureux néanmoins qu'elle ait fini par voir le jour : aux côtés d'autres initiatives similaires, elle permet de rappeler l'illicéité de la colonisation des territoires palestiniens, et de mettre l'accent sur la diversité des acteurs qui y participent, l'Etat israélien n'étant pas seul dans cette entreprise.

« Hautement polémique », selon l'aveu de Michelle Bachelet elle-même (OHCHR, « UN rights office report on business activities related to settlements in the Occupied Palestinian Territories », 13 février 2020, *https://tinyurl.com/ohchrunlist*), la publication de cette liste apparaissait cependant d'autant plus nécessaire que le Président des Etats-Unis D.J. Trump multiplie depuis son arrivée au pouvoir les initiatives favorables à la colonisation israélienne : reconnaissance de Jérusalem comme capitale d'Israël et transfert dans la Ville Sainte de l'ambassade américaine (« Trump reconnaît Jérusalem comme capitale d'Israël, une décision historique et unilatérale », *Le Monde* du 6 décembre 2017), déclaration relative à l'absence d'incompatibilité *per se* entre le droit international et la colonisation israélienne en Cisjordanie (voy. cette *Revue,* n°1/2020, pp. 219-220 pour le texte de la Déclaration américaine en ce sens), reconnaissance de la souveraineté israélienne sur le Plateau syrien du Golan (M. Landler et D.M. Halbfinger, « Trump, with Netanyahu, formally recognizes Israel's authority over Golan Heights », *The New York Times,* 25 février 2019), ou encore, présentation, quelques jours avant la publication de la liste de l'ONU, d'un « Plan de paix » extrêmement favorable aux intérêts israéliens (« Trump dévoile son plan de paix salué par Israël mais rejeté par les Palestiniens », *La Croix* du

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

28 janvier 2020). Dans un tel contexte de défiance à l'égard du droit international – on rappellera si besoin que l'illicéité de l'entreprise israélienne de colonisation a été affirmée à maintes reprises par diverses instances, dont la CIJ en 2004 (CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé,* avis du 9 juillet 2004), et le Conseil de Sécurité en 2016 (résolution 2334 du 23 décembre 2016) – l'identification des entreprises impliquées dans la colonisation constitue un outil précieux de *name and shame* et de boycott des sociétés concernées, dans le prolongement d'initiatives approchantes menées, notamment, par certaines Etats membres de l'Union européenne (voy. not. H. Lovatt, « EU member states business advisories on Israeli settlements », *European council on Foreign relations,* 2 novembre 2016, accessible en ligne) et par l'Union elle-même (voy. « La justice européenne valide l'étiquetage pour les produits issus de "colonies israéliennes" », *Le Monde* du 12 novembre 2019 et cette « Chronique » n° 2020/1.15 précit.).

Il est permis, néanmoins, de douter de l'efficacité du procédé. Ne constituant pas, comme le texte accompagnant la publication de la liste le précise expressément, un processus « judiciaire ou quasi-judiciaire », n'appelant pas expressément au boycott des entreprises concernées, et dépourvue de portée juridique contraignante, cette liste est surtout un « rappel aux entreprises » de leurs responsabilités en matière de droits de l'Homme (« Israël : la liste de l'ONU vise à renforcer la responsabilité des entreprises », *Human Rights Watch,* 13 février 2020). En cela, elle n'est sans doute qu'un coup de binette dans un champ de bulldozers. Tout jardinier sait néanmoins que le binage, œuvre lente et patiente, finit un jour ou l'autre par porter ses fruits (« La liste des Nations unies des entreprises opérant dans les territoires palestiniens occupés est un pas vers la paix », *Le Monde* du 25 février 2020. Voy. aussi l'utilisation faite par la Gambie, dans sa requête introductive d'instance devant la CIJ contre le Myanmar, d'un rapport équivalent à celui ici sous examen pour nourrir sa démonstration du génocide des Rohingyas : CIJ, Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires, *République de Gambie c. République de l'Union du Myanmar,* 11 novembre 2019, not. §§ 6-15).

T.F.G.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES - RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE

Assouplissement de l'embargo sur les armes

2020/3-4.52 - En 2013 éclate la deuxième guerre civile centrafricaine, opposant notamment la coalition « Seleka » au président Bozizé puis, après la prise de Bangui par celles-ci et l'arrivée au pouvoir de Michel Djotodia, aux milices anti-musulmanes dites « anti-balaka ». Cette *Chronique* s'en est largement fait l'écho, ainsi que de l'intervention de la France en RCA, à travers la mise en place de l'opération « Sangaris ». Entre autres nombreuses mesures votées par la Conseil de Sécurité, dont la mise en place en 2014 de la « Mission multidimensionnelle intégrée des Nations unies pour la stabilisation en Centrafrique (MINUSCO, S/RES/2149 du 10 avril 2014), un embargo sur les armes a été instauré dès le 13 décembre 2013 (S/RES/2127 du 5 décembre 2013). La France y est très attachée (voy. not. C. Bensimon et A. Geneste, « Centrafrique : la France tente de mobiliser les Nations unies », *Le Monde* du 4 octobre 2013), et a obtenu jusqu'à présent le maintien de cet embargo, en dépit des protestations des autorités centrafricaines et russes, les premières étant liées aux secondes par un accord militaire (« La Russie et la Centrafrique signent un accord militaire », *Euronews,* 22 août 2018). Adoptée le 31 janvier

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

2020, la résolution 2507 (S/RES/2507) reconduit l'embargo pour six mois – mais poursuit néanmoins, sous la pression russe, son assouplissement (G. Grilhot et C. Nooten, « Centrafrique : à l'ONU, la France fait des concessions à la Russie sur l'embargo militaire », *Le Monde* du 3 février 2020).

Dès janvier 2019, l'ONU avait ouvert la voie à un tel assouplissement, à condition toutefois que des réformes soient entreprises dans un certain nombre de secteurs clefs – sécurité, désarmement, démobilisation…(S/RES/2454 du 31 janvier 2019). La signature, le 6 février 2019, d'un accord de paix (« Accord de paix en RCA : les principaux points à retenir », *RFI,* 9 février 2019), a permis des progrès fragiles mais significatifs (G. Grilhot, « En Centrafrique, l'accord de paix, malgré tout », *Le Monde* du 29 janvier 2020), grâce auxquels un premier assouplissement de l'embargo a été voté le 12 septembre 2019 (S/RES/2488) : cette résolution autorise en effet les « livraisons d'armes de calibre égal ou inférieur à 14,5 mm et de munitions et composants spécialement conçus pour ces armes, destinés aux forces de sécurité centrafricaines, dont les services publics civils chargés du maintien de l'ordre, et devant être utilisés exclusivement aux fins de la réforme du secteur de la sécurité ou de l'appui à celle-ci, dont le Comité aura préalablement reçu notification ». Salué en ce qu'il permet un armement minimum des forces centrafricains qui affrontent, sur le terrain, des milices qui s'arment aisément aux frontières du Tchad et du Soudan, ce premier assouplissement ne paraissait pas de nature cependant à « bouleverser la donne » (« Centrafrique : l'allègement de l'embargo sur les armes ne va pas bouleverser la donne », *Jeune Afrique,* 15 septembre 2019). Il en va de même du nouvel assouplissement voté le 31 janvier 2020, qui autorise pour sa part la livraison « de véhicules militaires terrestres non armés et de véhicules militaires terrestres montés d'armes de calibre égal ou inférieur à 14,5 mm » : si cette résolution constitue certainement une défaite pour la diplomatie française (L. Lagneau, « A l'ONU, la Russie a obtenu un léger assouplissement de l'embargo sur les armes imposé à la Centrafrique », *opex360.com,* 1er février 2020), qui souhaitait une prorogation sans allègement de l'embargo au-delà des prochaines élections en Centrafrique (prévues fin 2020 au mieux) et qui a dû concéder, pour éviter un véto russe, un allègement assorti d'un réexamen dans six mois, elle constitue davantage une victoire diplomatique de Moscou qu'une réelle avancée sur un terrain centrafricain encore bien instable (H. de Marie Heungroup, « In search of the State in the Central Africain Republic », *Crisis Group,* 13 mars 2020, *https://tinyurl.com/rcacrisisgroup).*

T.F.G.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE – BLOCAGE DE L'ORGANE D'APPEL

Création d'un mécanisme arbitral d'appel provisoire multipartite

2020/3-4.53 – Une solution, partielle et provisoire, au blocage du mécanisme de règlement des différends de l'OMC vient d'être trouvée. On sait que depuis juillet 2017, les Etats-Unis empêchent le renouvellement des membres de l'Organe d'appel de telle sorte que ce dernier n'est plus composé que d'un seul membre dont le mandat s'achève le 30 novembre 2020 (v. cette « Chronique » n° 2018/3.59 et n° 2019/2.40). Jusqu'à peu, l'Organe d'appel, obligé de statuer à trois, parvenait encore à rendre des décisions, les membres ayant achevé leur mandat étant autorisés à rester en fonction pour terminer les procédures en cours conformément à la controversée Règle 15 des *Procédures de travail*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Immanquablement, une telle situation ne pouvait tenir longtemps. Désormais, dès lors qu'une des parties à un différend fait appel du rapport du groupe spécial, la procédure est paralysée. L'ORD est en effet interdit d'adopter le rapport du groupe spécial tant que la procédure d'appel n'est pas achevée et celle-ci ne peut se tenir si une section d'au moins trois membres ne peut être constituée. Tel est par exemple actuellement le cas dans l'affaire DS 567 bloquée en raison de l'appel de l'Arabie saoudite dans un litige l'opposant au Qatar au sujet de droits de propriété intellectuelle.

Les négociations avec les Etats-Unis restant au point mort malgré les propositions de modification du fonctionnement de l'Organe d'appel présentées notamment par l'Union européenne, plusieurs membres de l'OMC ont décidé de créer un nouveau mécanisme d'appel, provisoire devant durer le temps que durera la crise et multipartite, applicable entre les seuls « Membres participants » c'est-à-dire ceux ayant accédé à l'arrangement. A peine une vingtaine pour le moment sur 164 Membres de l'OMC, ces derniers pourraient devenir plus nombreux, tout membre pouvant adhérer à tout moment par simple notification. L'initiative lancée à Davos en janvier 2020 aboutit à l'adoption d'un accord le 27 mars approuvé par le Conseil de l'Union européenne le 15 avril puis notifié à l'OMC le 30 avril. D'application immédiate, il peut être mis en œuvre pour tout différend futur ainsi que dans les procédures en cours à condition que le rapport intérimaire du groupe spécial n'ait pas encore été remis (v. pt 12 de l'« Arrangement multipartite concernant une procédure d'appel provisoire » − AMPA ou MPIA en anglais pour « *Multi-party interim appeal arbitration arrangement* » − publié dans le document de l'OMC du 30 avril 2020, JOB/DSB/1/add.12[1]).

Cet « Arrangement » prend appui sur le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends puisqu'il est fondé sur son article 25 qui prévoit la possibilité d'un « arbitrage rapide » comme « autre moyen de règlement des différends » pour statuer sur des « questions clairement définies par les deux parties ». Restée quasiment inusitée depuis la création de l'ORD en 1995, cette procédure lui donne vie en offrant opportunément une solution à tous les membres de l'OMC désireux de maintenir un double degré de juridiction pour le règlement de leurs différends commerciaux. L'arrangement prévoit que les parties à un différend donné souhaitant utiliser le nouveau mécanisme adoptent au cas par cas des « procédures convenues pour l'arbitrage au titre de l'article 25 du mémorandum d'accord » dont le modèle est présenté en annexe de l'arrangement. Celles-ci équivalent à l'accord mutuel sur le recours à l'arbitrage exigé à l'art. 25:2, seule exigence formelle nécessaire. Toute partie peut ensuite engager la procédure arbitrale d'appel si elle le souhaite. Pour ce faire, elle doit demander au groupe spécial de suspendre sa propre procédure après la remise du rapport final aux parties et dix jours au plus tard avant sa distribution aux autres Membres de l'OMC. L'accord de l'autre partie en faveur de la suspension est réputé acquis. Une déclaration d'appel est ensuite déposée au secrétariat de l'OMC au plus tard vingt jours après la suspension de la procédure de groupe spécial. Sauf désistement de l'appel, cette procédure ne reprendra alors pas.

La « procédure arbitrale d'appel provisoire » devant se tenir devant le tribunal arbitral est calquée sur celle de l'Organe d'appel. Elle se déroule devant un panel de trois membres choisis selon les mêmes exigences que dans le cadre de l'Organe d'appel au sein d'un groupe de dix – au lieu de sept – « arbitres d'appel permanents » préalablement constitué.

[1] Cet « Arrangement multipartite concernant une procédure d'appel provisoire » est reproduit *infra* « Document », pp. 793-798.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les arbitres ne peuvent connaître que de questions de droit et poursuivent la même mission de confirmer, modifier ou infirmer les constatations et conclusions juridiques du groupe spécial. Les Procédures de travail en appel, le calendrier et les Règles de conduite demeurent applicables avec ici aussi la possibilité de les adapter si nécessaire après consultation des parties (pt 11, annexe 1, arrangement préc.).

Il est néanmoins judicieusement tiré profit de la création de ce nouveau mécanisme pour mettre d'ores et déjà en place certains ajustements et améliorations révélés nécessaires pendant la crise, comme l'illustre l'augmentation de sept à dix membres permanents. Directement inspirées des propositions d'amendement du Mémorandum d'accord présentées par l'Union européenne sans les reprendre toutes, les modifications n'équivalent pas à une réforme d'ampleur (v. Commission européenne, communiqué de presse du 18 septembre 2018, IP/18/5786, et « *concept paper* » joint [*http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157331.htm*] et doc. WT/GC/W/752 et WT/GC/W/753 du 26 novembre 2018). Afin de favoriser la cohérence des décisions, il est par exemple recommandé aux dix arbitres de discuter régulièrement ensemble de leurs décisions (arrangement préc., annexe 1, pt 8). Pour permettre le prononcé rapide de la décision arbitrale, il leur est enjoint de n'examiner que les questions nécessaires à la résolution du différend et seulement celles soulevées par les parties (*ibid.,* pt 10). En outre, des « mesures organisationnelles appropriées pour rationaliser la procédure » peuvent être instaurées telles qu'un nombre limite de pages des mémoires, des limites de temps et de dates ainsi que des longueurs et un nombre d'audiences raccourcis (*ibid.,* pt 12). Des « mesures de fond » peuvent aussi être proposées – non pas imposées cette fois – aux parties comme l'exclusion des allégations fondées sur l'absence d'évaluation objective des faits (*ibid.,* pt 13).

Quant à la décision arbitrale, elle devient définitive et obligatoire pour les parties sans avoir à être adoptée par l'ORD auquel elle est seulement notifiée. Il s'agit d'une différence notable avec la procédure habituelle, dépourvue toutefois de réelle incidence puisque dans la procédure de droit commun, la règle du processus inversé rend automatique l'adoption des rapports par l'ORD. Le véritable pouvoir de décision revient donc en réalité au panel de trois membres. En outre, les constations et conclusions du rapport du groupe spécial restées inchangées sont reprises dans la décision arbitrale de telle sorte que l'absence d'adoption du rapport par l'ORD n'a pas de conséquence sur sa portée contraignante. Enfin les articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord consacrés à la mise en œuvre des recommandations et décisions sont applicables à la décision arbitrale conformément à l'article 25 du Mémorandum. Ainsi les procédures de surveillance de la mise en œuvre et de contre-mesures éventuelles, caractéristiques et atouts majeurs du règlement des différends à l'OMC, peuvent se dérouler dans les mêmes conditions que pour tout rapport adopté par l'ORD.

Lancée dès le mois de juin, la sélection des arbitres permanents a été effectuée rapidement et transmise à l'OMC dès la fin du mois de juillet. Conformément à l'annexe 2 de l'arrangement, un comité de présélection composé des plus hautes autorités administratives de l'OMC (son Directeur général, le Président de l'ORD et les Présidents des Conseils du commerce des marchandises, du commerce des services et des ADPIC et du Conseil général) a statué sur les candidatures présentées par chaque Membre participant. La liste a ensuite été arrêtée par consensus par les Membres participants. Quant au soutien administratif et juridique nécessaire, il est demandé à l'OMC de le fournir.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Ainsi opérationnel, le mécanisme est activé pour la première fois dans l'affaire DS 524 *Costa Rica – Mesures concernant l'importation d'avocats frais en provenance du Mexique* (v. doc WT/DS524/5 du 3 juin 2020). Conçu pour faire échec en urgence à la tentative de sabordement de l'Organe d'appel menée par les Etats-Unis, le mécanisme porté par l'Union européenne a été accepté, outre par elle, par plusieurs pays d'Amérique centrale et du Sud (Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Guatemala, Mexique, Uruguay) ainsi que par la Chine, Singapour, Hong Kong, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Islande, la Norvège, l'Ukraine et le Pakistan. Espérons pour la préservation du système de règlement des différends de l'OMC que d'autres viendront grossir les rangs. Il est heureux que la solution s'inscrive dans le cadre du Mémorandum d'accord, permettant ainsi une mise en œuvre d'une facilité inespérée puisqu'aucun nouveau traité n'a eu à être formalisé, et qu'elle ne soit conçue que comme une alternative temporaire. Les Membres concernés ont à plusieurs reprises réitéré leur souhait qu'une sortie de crise soit trouvée rapidement et l'Organe d'appel rétabli dans ses fonctions. La nouvelle procédure arbitrale d'appel pourrait néanmoins se révéler durable.

CL. C.D.

PAPOUASIE-NOUVELLE-GUINÉE

Marche vers l'indépendance de Bougainville ? Suites du référendum du 23 novembre au 7 décembre 2019

2020/3-4.54 – Après que sa population a très massivement voté en faveur de la sécession d'avec la Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'île de Bougainville deviendra-t-elle « le plus jeune Etat du monde » ? Ainsi titraient de nombreux journaux il y a un peu moins d'un an (*Courrier international*, 4 déc. 2019 ; *Les Echos*, 11 déc. 2019 ; *Ouest-France*, 12 déc. 2019). La marche vers l'indépendance de cette province – il s'agit en réalité d'un territoire regroupant la grande île de Bougainville mais aussi l'île Buka et d'autres petites îles environnantes – a largement été annoncée à l'issue du référendum qui s'est tenu du 23 novembre au 7 décembre 2019, dont les résultats étaient sans appel. Plus de 98% du corps électoral consulté s'est en effet prononcé en faveur de la séparation d'avec l'Etat central. Ancienne colonie britannique, cet ensemble insulaire artificiellement recomposé est passé, après la seconde guerre mondiale, sous régime de tutelle onusien de l'Australie, avec laquelle il conserve toujours des liens importants. Membre du Commonwealth britannique, la Papouasie-Nouvelle-Guinée connaît depuis l'origine des difficultés de maintien voire d'affermissement originel de son intégrité territoriale. Dès 1975 en effet, date officielle de son indépendance, Bougainville voulut en bénéficier de son côté. Cette tentative fut cependant vite matée par le gouvernement central au profit de quelques concessions, notamment une répartition plus juste des revenus d'importantes mines de cuivre. Car au cœur de la discorde figurait une répartition jugée inéquitable de ces ressources minérales locales. L'organisation décentralisée permettant à chaque province d'assurer une relative autonomie, surtout sur le plan économique, ne permettra pas d'apaiser ces velléités indépendantistes qui rejailliront un peu plus tard. En 1988, l'Armée révolutionnaire de Bougainville proclame une indépendance contre laquelle le gouvernement central luttera fermement, donnant lieu à une guerre civile sanglante de plus de dix ans. En 2001, l'accord de paix de Bougainville met en place, en échange d'un désarmement de l'Armée révolutionnaire, une autonomie encore plus importante avec l'instauration d'un gouvernement régional et promet la tenue d'un référendum sur l'indépendance avant 2020.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le Secrétaire général de l'ONU Antonio Guterres s'est félicité de la bonne tenue de ce référendum, dans le cadre d'une observation onusienne de la mise en œuvre du plan de paix (11 déc. 2019, SG/SM/199910). Initialement, cette supervision avait été confiée par les belligérants à un Groupe de surveillance de la paix composé de civils et de militaires australiens, fidjiens, néo-zélandais et vanuatans. Quant à lui, le Conseil de sécurité n'a jamais adopté de résolution sur la question, mais son président a fait une déclaration, le 22 avril 1998, « prenant note de l'évolution du conflit de Bougainville », accueillant « avec satisfaction la création » du Groupe précité et, notant que l'accord de Lincoln (autre nom de l'accord de paix Bougainville) « appel[ait] l'Organisation des Nations Unies à jouer un rôle », « demand[a] au Secrétaire général d'étudier » les modalités « d'une telle implication » (CS, Déclaration du président du Conseil de sécurité, 22 avril 1998, S/PRST/1998/10). Sur la base de ce mandat, le Secrétaire général mit ainsi en place un Bureau politique des Nations Unies à Bougainville afin d'aider à la détermination des modalités de réalisation de l'accord de paix, remplacé ensuite par une Mission d'observation des Nations Unies à Bougainville (MONUB) qui en surveillera la bonne exécution.

En revanche, les regards onusiens braqués sur le référendum n'ont rien à voir avec la réalisation d'un processus d'autodétermination en vertu du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Classiquement, c'est le territoire initialement sous tutelle qui seul et d'un bloc a pu en bénéficier, au jour de l'indépendance de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, suivant le principe de l'*uti possidetis juris*. Ce droit ne joue qu'une fois et les collectivités enfermées dans ce nouvel Etat n'ont à leur tour pas pu s'en prévaloir, à l'instar de la province de Bougainville. La pratique des Etats européens en matière de droit international de l'indépendance a cependant évolué au crépuscule du dernier millénaire, favorisant l'indépendance du Kosovo qui ne pouvait pourtant bénéficier du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cet assentiment de la communauté internationale a plus récemment bénéficié au Soudan du Sud, dont la sécession d'avec le Soudan de Karthoum ne pouvait non plus relever de ce régime spécifique propre aux territoires non autonomes. Cette attitude ne semble toutefois pas être suffisamment constante pour conclure à une évolution de la coutume en matière de droit à l'autodétermination. Un tel appui serait donc purement discrétionnaire et rien ne semble aller en ce sens du côté des îles du Pacifique. La recherche par Bougainville d'une maîtrise de ses ressources naturelles et sa volonté de lutte contre les atteintes environnementales de grandes firmes telle le groupe anglo-australien Rio Tinto ne sont apparemment pas des motifs suffisants de soutien pour les Etats tiers…

Le droit international reste ainsi indifférent à ce processus purement interne, hormis au titre du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'accord de paix ne prévoyant qu'un référendum non obligatoire, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, dont l'intégrité territoriale est en jeu, est donc libre du résultat qu'elle entendra donner à cette consultation populaire. Son résultat doit à présent être soumis pour ratification au Parlement papou-néo-guinéen, sans quoi il restera lettre morte. Depuis près d'un an, rien n'indique que cette nouvelle étape vers l'indépendance ait été réalisée. Force est de conclure que la naissance d'un nouvel Etat dans le Pacifique n'est ni imminente ni même certaine.

H.R.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA

Persistance de la crise sous influences étrangères - Analyse des conduites visant le gouvernement Maduro

2020/3-4.55 – Le 14 avril 2013, Nicolás Maduro est élu président de la République bolivarienne du Venezuela de justesse, après avoir assuré l'intérim à la suite du décès de son prédécesseur et mentor politique, Hugo Chávez. Le 6 décembre 2015, sur fond de crise économique et sociale provoquée par la chute brutale des cours du pétrole, la coalition d'opposition au chavisme, appelée Table de l'Unité démocratique (« *Mesa de la Unidad Democrática* », ci-après « MUD »), remporte les élections législatives en obtenant 112 des 167 sièges de députés que compte l'Assemblée nationale du Venezuela. C'est le début d'une longue crise politique au cours de laquelle chaque camp s'accusera de coup d'Etat (pour un récapitulatif des événements jusqu'en octobre 2017, v. « The political crisis in Venezuela », compte rendu élaboré par le service de recherche du Parlement européen, *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608791/EPRS_BRI(2017)608791_EN.pdf*). L'opposition (la MUD) tentera d'obtenir la révocation par référendum puis le départ sous la pression des manifestations populaires du président Nicolás Maduro. Le 1er mai 2017, ce dernier convoque une assemblée nationale constituante chargée de rédiger une nouvelle constitution, sous les contestations de la MUD. Cette assemblée constituante, ainsi que le Tribunal suprême de Justice, tous deux fidèles au président Maduro, valident la tenue d'élections présidentielles anticipées et la non-participation au scrutin de plusieurs partis d'opposition. En conséquence, le 20 mai 2018, Nicolás Maduro est largement réélu président de la République pour un mandat de six ans, avec un taux de participation bien moins élevé que cinq ans plutôt. Son nouveau mandat doit débuter le 10 janvier 2019. Le 5 janvier 2019, Juan Guaidó, député du parti Volonté populaire (« *Voluntad Popular* »), qui appartient à la MUD, est élu président de l'Assemblée nationale. C'est en cette qualité que, le 23 janvier 2019, Guaidó s'autoproclame président de la République par intérim, invoquant l'irrégularité du second mandat présidentiel de Maduro et la Constitution du Venezuela qui transfère les pouvoirs au président de l'Assemblée nationale en cas de vacance de la présidence de la République. Le gouvernement de Guaidó sera rapidement reconnu par plus de 50 Etats, dont les Etats-Unis d'Amérique, le Brésil, la Colombie, et 19 Etats membres de l'Union européenne (v. cette « Chronique » n° 2019/3.60). Pour autant, le gouvernement Maduro, toujours soutenu par l'Afrique du Sud, la Chine, Cuba, l'Iran, la Russie et la Turquie, va continuer d'exercer effectivement le pouvoir au Venezuela et d'avoir le soutien de l'armée.

La reconnaissance ou la non-reconnaissance d'un gouvernement est un acte unilatéral de l'Etat qui l'effectue. Elle n'affecte en rien la reconnaissance de l'Etat, ici le Venezuela. Mais elle affirme, pour le compte de l'Etat qui l'effectue, l'identité de celui qu'il considère désormais comme le gouvernement représentant internationalement l'Etat et avec lequel il va établir des rapports intersubjectifs. Que la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'un gouvernement soit soumise par l'Etat qui l'effectue à des conditions n'est pas nouveau ; en la matière, il n'y a pas de pratique homogène (v. J. Combacau, *Droit international public*¸12e éd., LGDJ, 2016, pp. 302-304). Pourtant, la pratique à l'égard de la situation vénézuélienne surprend. La reconnaissance d'un gouvernement intervient habituellement à la suite d'un changement révolutionnaire de gouvernement et non lorsqu'un gouvernement arrive ou se maintien au pouvoir selon les formes prévues par l'ordre juridique interne. Il n'est pas question ici d'un changement de régime, mais d'un

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

conflit interne relatif à l'interprétation et à l'application de la Constitution vénézuélienne. Par ailleurs, s'il existe bien deux entités qui revendiquent concurremment la qualité de gouvernement de l'Etat du Venezuela, s'appuyant toutes deux sur la Constitution en vigueur, l'une de ces entités exerce une maîtrise quasi totale sur les institutions et le territoire ; l'autre s'appuie exclusivement sur le soutien d'un organe élu démocratiquement, l'Assemblée nationale du Venezuela. Ainsi, la reconnaissance du gouvernement Guaidó s'appuie sur la légitimité démocratique comme seule condition pertinente, en excluant toute considération d'effectivité, au risque d'apparaître comme une reconnaissance prématurée. Cela entraine un risque de violation du principe de non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale du Venezuela par la reconnaissance du gouvernement Guaidó, ou symétriquement, par la non-reconnaissance du gouvernement Maduro.

Par ailleurs, des dissensions au sein de la coalition d'opposition sont apparues. Le 5 janvier 2020, le député Luis Parra, récemment exclu du parti Justice d'abord (« *Primero Justicia* »), qui appartient à la MUD, est élu président de l'Assemblée nationale par des députés dissidents de l'opposition et des députés chavistes. Quelques heures plus tard, Juan Guaidó est réélu à la même fonction, hors des murs de l'Assemblée nationale, par une majorité de députés de l'opposition qui lui sont restés fidèles. Ces dissensions au sein de la coalition d'opposition se sont renforcées avec la crise sanitaire liée à la Covid-19, une partie de l'opposition appelant au dialogue, et avec l'annonce faite par le Conseil national électoral que les prochaines élections législatives se tiendront le 6 décembre 2020. Alors que les principaux partis d'opposition ont décidé de boycotter le scrutin, considérant que sa transparence ne sera pas assurée, une partie de l'opposition a peur de perdre toute visibilité au sein des institutions vénézuéliennes. Le gouvernement Maduro a contribué à ces dissensions en négociant avec certains membres de l'opposition au cours de l'été et en graciant, le 31 août dernier, une centaine d'opposants poursuivis ou condamnés pour des délits politiques (*Le Monde,* 2 septembre 2020).

Affaibli sur la scène politique vénézuélienne, n'exerçant pas le pouvoir effectif, Juan Guaidó continue d'être reconnu par de nombreux États en tant que chef de l'État légitime du Venezuela. C'est dans ce contexte qu'est intervenue une série de conduites, que la présente note se propose d'évoquer. En effet, pour chacune de ces conduites, l'imputation à un ou plusieurs États étrangers et la conformité aux règles du droit international méritent d'être interrogées. D'autant que ces conduites interviennent alors que le Venezuela se trouve confronté à la pandémie Covid-19.

1°) Premièrement, le 26 mars 2020, William Barr, Procureur général des Etats-Unis d'Amérique, annonce que des procureurs fédéraux ont mis en accusation Nicolás Maduro et plusieurs membres de son gouvernement pour narco-terrorisme et trafic de drogue (v. le communiqué de presse, *https://www.justice.gov/opa/pr/nicol-s-maduro-moros-and-14-current-and-former-venezuelan-officials-charged-narco-terrorism*). Une récompense de 15 millions de dollars pour toute information pouvant conduire à l'arrestation ou à la condamnation de Maduro est offerte. Selon l'acte d'accusation, Maduro dirigerait depuis vingt ans le « Cartel des Soleils ». Cette organisation criminelle regroupant des hauts gradés de l'armée vénézuélienne collaborerait avec les FARC et laisserait transiter par le territoire vénézuélien la cocaïne de la Colombie voisine à destination des Etats-Unis. Nicolás Maduro serait responsable de l'importation de milliers de tonnes de cocaïne sur le territoire américain qu'il aurait volontairement utilisé comme une arme en vue de saper la santé et le bien-être de la nation américaine. Sans évoquer la véracité des faits allégués, un

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

tel acte d'accusation surprend au regard du droit international. Il est bien établi que les conduites des organes de l'Etat, quelles que soient leur fonction et leur position hiérarchique, engagent celui-ci. L'acte d'accusation émis par un procureur fédéral est sans aucun doute imputable aux Etats-Unis. Quant à la licéité internationale d'un tel acte, l'égalité souveraine des Etats implique qu'un État souverain s'abstienne d'exercer sa compétence pénale à l'égard des représentants d'un autre Etat souverain. En particulier, en vertu du droit international coutumier, le chef de l'Etat, tout comme le chef de gouvernement et le ministre des Affaires étrangères, bénéficie d'une immunité de juridiction pénale absolue pendant la durée de ses fonctions, sans distinction entre les actes accomplis à titre officiel ou à titre privé, et entre les actes accomplis avant son entrée en fonction ou durant ses fonctions. Cela fut rappelé par la Cour internationale de Justice pour le ministre des Affaires étrangères (arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, § 55). Dans le communiqué du Département de la Justice américain référencé plus haut, il n'est pourtant fait aucune mention d'une quelconque immunité. Au moins trois raisons peuvent expliquer ce choix des autorités américaines.

D'abord, les Etats-Unis ne reconnaissent plus le gouvernement Maduro comme le gouvernement du Venezuela. Il faut toutefois rappeler que les immunités dont bénéficient certains agents et organes de l'État ne sont pas attachées à leur personne, mais à leur fonction (v. J. Combacau, *Droit international public* précit. p. 254). Nicolás Maduro et ses co-accusés exercent effectivement des fonctions gouvernementales pour le compte de l'Etat du Venezuela. Refuser de leur accorder l'immunité, c'est restreindre la liberté d'action de l'Etat vénézuélien. Dit autrement, les immunités découlent de la reconnaissance de l'Etat étranger, et non de la reconnaissance de son gouvernement.

Ensuite, les Etats-Unis peuvent s'appuyer sur la nature des crimes poursuivis qui justifierait la levée de l'immunité. En effet, les travaux en cours à la CDI sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat témoignent d'une pratique tendant à refuser le bénéfice des immunités, y compris aux organes les plus élevés de l'Etat, lorsqu'ils sont poursuivis pour des actes particulièrement graves (v. dans cette *Revue*, Hervé Ascensio et Béatrice I. Bonafé, « L'absence d'immunité des agents de l'Etat en cas de crime international : pourquoi en débattre encore ? », 2018-4, pp. 821-850). En 2002, la Cour internationale de Justice n'avait pas encore constaté l'existence en droit international coutumier d'une exception à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale des ministres des Affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité (arrêt du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, § 58). Au-delà, les crimes mentionnés par le Département de la justice américain et reprochés à Maduro ne sont pas qualifiés de crimes « internationaux », crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, mais de crimes au regard de la loi pénale américaine. Cette loi est applicable aux faits allégués parce qu'ils présentent un rattachement territorial ou personnel avec les Etats-Unis et non parce qu'ils sont de nature exceptionnelle. Enfin, les Etats-Unis peuvent avancer que l'acte d'accusation constitue une contre-mesure : il ne s'agit pas tant de poursuivre effectivement que de faire pression sur Maduro afin qu'il quitte volontairement le pouvoir. Une telle pression, exercée en violation du droit coutumier des immunités, ne peut être justifiée qu'à condition que les autorités

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

américaines identifient un fait internationalement illicite initial, imputable au Venezuela, et qui atteint les Etats-Unis en tant qu'Etat lésé.

La simple émission de l'acte d'accusation constitue probablement une violation de l'immunité de juridiction pénale dont jouit Nicolás Maduro en tant que chef d'État en exercice. Certes il faudrait avoir accès à l'acte d'accusation afin de s'assurer de son caractère exécutoire mais il n'en reste pas moins que par sa nature et son objet même celui-ci a vocation à permettre l'arrestation du chef d'Etat vénézuélien. L'importance de la récompense promise va en ce sens. Il est donc possible de faire le parallèle avec le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (arrêt du 14 février 2002 précité, § 70). Pour l'heure, les Etats-Unis n'ont pas donné suite à cet acte d'accusation en territoire vénézuélien. La rhétorique employée est cependant remarquable : Maduro et son entourage sont accusés de narco « terrorisme », d'utilisation de la cocaïne comme d'une « arme » à l'encontre de la nation américaine. Un internationaliste perçoit en filigrane la notion d'attaque armée ou d'agression qui conditionne une réaction en légitime défense. D'ailleurs, cet acte d'accusation n'est pas sans rappeler celui adopté en 1988 par le Département de la Justice américain, pour trafic de drogue, à l'encontre du général Manuel Noriega, qui dirigeait alors *de facto* le Panama, non pas en tant que président, mais en tant que commandant en chef des forces de défense. Là encore, les Etats-Unis affirmaient ne plus reconnaître le gouvernement Noriega. Finalement, le 20 décembre 1989, les Etats-Unis lancèrent une intervention militaire contre le Panama, dénommée opération « *Just Cause* », en invoquant notamment la légitime défense et la lutte contre le trafic de drogue. Cette invasion du Panama par les forces armées américaines fut considérée comme « *une violation flagrante du droit international* » par l'Assemblée générale de l'ONU dans une résolution 44/240 adoptée le 29 décembre 1989. Noriega fut arrêté avant d'être jugé puis condamné aux Etats-Unis. Quant à l'acte d'accusation émis à l'encontre de Maduro, on relèvera que quelques jours après, le président Donald Trump a autorisé le déploiement de forces militaires aérienne et navale dans les Caraïbes, au large des côtes vénézuéliennes. A cet égard, on rappelle que l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies n'interdit pas seulement le recours à la force dans les relations entre Etats, mais aussi la menace au recours à la force, dès lors qu'une telle menace apparait suffisamment crédible. L'acte d'accusation, suivi du déploiement de force militaire au large des côtes vénézuéliennes, est aussi susceptible de violer le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures. La Cour internationale de Justice a rappelé la nature coutumière du principe et précisé que l'ingérence illicite suppose, outre l'intervention dans une matière relevant de la compétence nationale de l'Etat, un élément de contrainte (CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, § 202 et § 205).

2°) Deuxièmement, le 3 mai 2020 à l'aube, des embarcations en provenance de la Colombie approchent les côtes vénézuéliennes, le long de la baie de Macuto, à une trentaine de kilomètres au nord de la capitale Caracas. A leur bord, des dizaines d'hommes lourdement armés, pour la plupart des officiers déserteurs de l'armée vénézuélienne, et deux mercenaires américains anciens des Forces spéciales des Etats-Unis. C'est le début de l'opération Gideon (« *Operación Gedeón*»), qui est immédiatement revendiquée par Jordan Goudreau, ressortissant américain, lui aussi ancien membre des Forces spéciales, et dirigeant d'une entreprise de conseil en sécurité basée en Floride. Selon J. Goudreau, qui affirme avoir dirigé l'opération, celle-ci avait un objectif clair : renverser le

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

gouvernement Maduro. Mais les commandos du 3 mai sont rapidement neutralisés par l'armée vénézuélienne. Le 4 mai, un autre commando est intercepté. L'opération aboutira à huit morts et une soixantaine d'arrestations (*Le Monde,* 5 mai 2020 et 20 mai 2020). Le gouvernement Maduro a qualifié l'opération « *d'agression mercenaire et terroriste organisée depuis le territoire de la République de Colombie et planifiée par des agents des Etats-Unis* » (*http://vicepresidencia.gob.ve/comunicado-venezuela-denuncia-nueva-agresion-mercenaria-y-terrorista-organizada-desde-colombia-y-planificada-por-agentes-de-eeuu/*). Les Etats-Unis, la Colombie et Juan Guaidó ont nié tout lien avec l'opération.

Au regard du droit international, une telle opération pourrait violer l'interdiction fondamentale du recours à la force consacrée à l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies. Dans la résolution 3314 du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrée à la définition de l'agression, l'article 3(g) renvoie expressément à « *l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité* » suffisante. Compte tenu de la dimension de l'opération Gideon et de son échec apparent, on peut douter qu'elle atteigne le degré de gravité requis pour constituer une agression ou plus largement un recours à la force contraire à l'article 2 §4. En revanche, s'il est parfois difficile de situer l'intervention illicite dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un Etat, le soutien apporté par une puissance étrangère à des groupes armés cherchant à renverser le gouvernement effectif d'un autre Etat est un cas d'école d'une telle intervention (v. AGNU, Résolution 2625 du 24 octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*). Le gouvernement Maduro allègue en plus la violation des résolutions 42/9 du Conseil des droits de l'homme et 74/138 de l'Assemblée générale des Nations sur l'*Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*. Toutefois, de telles résolutions n'ont pas de portée obligatoire. Elles rappellent les obligations que les Etats membres de l'ONU supportent en vertu de la Charte et du droit international coutumier. Ayant identifié des faits illicites potentiels, il faut vérifier leur imputabilité à un sujet de droit international (pour une autre analyse à partir de l'opération Gideon, v. *http://opiniojuris.org/2020/05/12/thinking-about-use-of-force-in-the-aftermath-of-operation-gideon/)*.

Concernant les liens éventuels entre les participants à l'opération Gideon et le gouvernement Guaidó, un contrat signé le 16 octobre 2019 entre J. Goudreau et J. Guaidó, pour plus de 212 millions de dollars, portant sur *la planification et l'exécution d'une opération pour capturer / arrêter / éliminer Nicolás Maduro* a été publié (*The Washington* Post, 7 mai 2020). Pour le camp Guaidó, il s'agit d'un projet abandonné qui n'a rien à voir avec l'opération Gideon. En toute hypothèse, les principes de non-recours à la force et de non-ingérence s'appliquent entre Etats souverains, et non au sein d'un même Etat entre forces politiques opposées. Du point de vue du droit international, le plus pertinent est d'établir les liens éventuels entre l'opération Gidéon et des Etats étrangers. Les participants à l'opération Gideon apparaissent à première vue comme de simples particuliers ; peu importe que certains aient appartenu aux forces armées américaines par le passé. On pense alors à l'article 8 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (annexe de la résolution 56/83 de l'AGNU en date du 12 décembre 2001). Selon cet article 8, est attribuable à l'Etat le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant en fait sur les

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

directives ou sous le contrôle de l'Etat. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), la Cour internationale de Justice a considéré que l'État doit avoir exercé un contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles des violations se seraient produites pour que le comportement puisse lui être attribué (arrêt du 27 juin 1986, § 115). Le degré de contrôle requis de la part de l'Etat est donc particulièrement élevé. Dans l'affaire *Nicaragua*¸ la Cour avait d'ailleurs conclu que malgré leur participation à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *Contras*, les Etats-Unis n'exerçaient pas un contrôle effectif permettant de leur imputer certaines actions du groupe d'opposition au gouvernement sandiniste. Dans le même temps, la Cour avait considéré que le soutien militaire et financier apporté par les organes des Etats-Unis au *Contras* constituait une intervention illicite du gouvernement américain dans les affaires intérieures du Nicaragua (*ibid.*, §116).

A la suite de l'opération Gideon, le gouvernement Maduro a lui évoqué une autre affaire, celle de la Baie des Cochons à Cuba en 1962. L'objectif de l'opération était alors de renverser le gouvernement de Fidel Castro. Les 1 500 participants, des exilés cubains, avaient tous été recrutés, entrainés, et armés par la CIA. C'est la CIA qui avait entièrement planifié l'opération au cours de laquelle elle fournit soutien logistique et appui aérien. *A posteriori* on pourrait donc avancer que les exilés cubains se trouvaient dans une relation de totale dépendance vis-à-vis des Etats-Unis, que les Etats-Unis exerçaient sur eux un contrôle effectif, et partant, que leurs comportements étaient imputables aux Etats-Unis. Il faut cependant en revenir aux faits de l'opération Gideon. A l'égard des Etats-Unis, les preuves de leur implication dans la planification, le financement ou l'équipement de l'opération manquent. La « mise à prix » de Maduro évoquée plus haut est certainement insuffisante et sans commune mesure avec le soutien américain mis en cause dans l'affaire *Nicaragua*. On est loin d'avoir la preuve d'un contrôle effectif des mercenaires et plus simplement d'un soutien suffisant pour constituer une intervention illicite. Quant à la Colombie, l'opération fut lancée depuis le territoire colombien ; les participants se sont vraisemblablement entrainés dans des camps en territoire colombien dont l'existence serait connue des autorités ; la police colombienne avait d'ailleurs arrêté quelques semaines avant l'opération Gideon, lors d'un contrôle de routine, un véhicule transportant un véritable arsenal. La passivité des autorités colombiennes n'équivaut cependant pas à un soutien et encore moins à un contrôle effectif des rebelles vénézuéliens et mercenaires américains. Pour conclure sur l'opération Gideon, l'allégation d'agression nous semble intenable en raison du manque de gravité de l'opération et de l'absence d'un contrôle effectif exercé sur les mercenaires par un Etat étranger. De même, l'allégation d'ingérence nous semble peu crédible sans preuve d'un soutien militaire et financier apporté aux mercenaires par un Etat étranger.

3°) Troisièmement, le 2 juillet 2020, la Haute Cour britannique a bloqué le rapatriement de près de 31 tonnes d'or, soit l'équivalent de près d'un milliard de dollars, mis en dépôt dans les coffres de la Banque d'Angleterre (*BBC News*, 2 juillet 2020). La Banque centrale vénézuélienne, organe du gouvernement Maduro, avait demandé ce rapatriement afin de financer la lutte contre la Covid-19. Devant le juge britannique, elle arguait, d'une part, que reconnaître Juan Guaidó comme chef du gouvernement serait une intervention illicite dans les affaires intérieures du Venezuela. D'autre part, que les autorités britanniques continuaient *de facto* de reconnaître le gouvernement Maduro dès

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

lors qu'elles ont envoyé un ambassadeur auprès de ce gouvernement à Caracas et qu'elles reçoivent auprès d'elles un ambassadeur accrédité par le gouvernement Maduro. Au contraire, ces mêmes autorités britanniques n'ont pas accordé de statut diplomatique au représentant à Londres de Juan Guaidó. L'argumentation s'appuyait donc sur la continuation des relations diplomatiques avec le gouvernement Maduro comme reconnaissance tacite de celui-ci, ce qui est généralement admis (v. J. Combacau, *Droit international public* précit., p. 304). Au cours de la procédure, le juge britannique saisi demanda au *Foreign Secretary* une déclaration écrite identifiant qui était reconnu par le gouvernement britannique comme chef d'Etat ou de gouvernement du Venezuela. Les services du *Foreign Secretary* se contentèrent de renvoyer à la déclaration effectuée par le ministre des affaires étrangères en février 2019 reconnaissant Guaidó comme le « *président du Venezuela par intérim jusqu'à ce que des élections présidentielles crédibles puissent être organisées* ». Le juge saisi va s'en contenter : il affirme être lié par la déclaration « *non équivoque* » du gouvernement britannique. Il rappelle en effet que la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'un gouvernement étranger est une compétence de l'exécutif que le judiciaire est tenu de suivre (c'est la « *one-voice doctrine* »). Le juge ajoute qu'il ne peut y avoir deux gouvernements pour un seul Etat : il n'est donc pas possible de considérer que Guaidó est président *de jure* et Maduro président *de facto* du Venezuela. En conséquence, le juge refuse le rapatriement de l'or au Venezuela dès lors qu'il a été demandé par la Banque centrale « Maduro ». On voit ici apparaitre les limites d'une reconnaissance de gouvernement détachée de toute considération d'effectivité : si le gouvernement Guaidó se trouve conforté par la décision du juge britannique, cette dernière aboutit à garder l'or vénézuélien sous coffre en pleine pandémie. La Banque centrale « Maduro » a fait appel de la décision de la Haute Cour.

Une telle décision est-elle susceptible de violer les obligations internationales du Royaume-Uni ? S'il n'existe pas de règle conventionnelle pertinente en vigueur entre le Royaume-Uni et le Venezuela, c'est bien vers le principe coutumier de non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale qu'il faut se tourner. La demande d'une banque centrale de rapatriement de l'or appartenant à l'Etat afin que le gouvernement mette en œuvre une politique sanitaire relève *a priori* de la compétence nationale de l'Etat. Mais il faut encore un élément de contrainte pour que l'intervention soit illicite. Or, la contrainte n'est pas forcément de nature militaire, mais peut aussi être de nature économique (v. AGNU, Résolution 2625 du 24 octobre 1970, précitée). On relève que le refus britannique s'ajoute à celui du Fonds monétaire international qui a rejeté en mars 2020 deux demandes d'assistance financières de cinq puis un milliard de dollars en vue de lutter contre l'épidémie de Covid-19. Dans un communiqué, le FMI a indiqué ne pas pouvoir prendre en considération les demandes d'un gouvernement dont la reconnaissance par la communauté internationale n'est pas claire. On rappellera que l'octroi d'une assistance financière n'est pas un droit pour les Etats membres du FMI, dont fait partie le Venezuela, mais qu'il suppose l'accord de l'organisation, qui fonctionne selon un système de pondération des voix et dont le premier contributeur est les Etats-Unis d'Amérique. Le gouvernement Maduro est ainsi confronté à une grave crise de liquidités en pleine crise sanitaire liée à la Covid-19, une crise qui s'ajoute à la crise économique et humanitaire que subit la population vénézuélienne depuis plusieurs années. Dans un rapport publié le 4 juillet 2019, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme relevait déjà que la situation sanitaire au Venezuela était désastreuse, les hôpitaux manquant de personnel, de fournitures, de médicaments et d'électricité

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

(*https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&Lang ID =E*). La Covid-19 qui frappe durement l'Amérique latine, devenue la région la plus touchée de la planète (*Le Monde,* 14 août 2020), ne peut qu'aggraver encore la situation. On pourrait même envisager de confronter le refus britannique aux obligations du Royaume-Uni en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. En vertu du droit à la vie, consacré à l'article 2 §1 de la Convention, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (v. le Guide sur l'article 1er de la Convention : *https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_FRA.pdf*). Mais si la notion de « juridiction » de l'Etat au sens de la Convention dépasse celle de « territoire » de l'Etat, c'est seulement à titre exceptionnel lorsque l'Etat exerce un contrôle sur les personnes ou le territoire concernés (v. le Guide sur l'article 2 de la Convention *: https://www.echr.coe.int/ Documents/Guide_Art_1_FRA.pdf*).

4°) Quatrièmement, le 20 mai 2020, lors d'une allocution télévisée, Nicolás Maduro annonce que cinq pétroliers iraniens sont en route vers le Venezuela afin de le ravitailler en essence et qu'une fois que ces pétroliers pénétreront dans la zone économique exclusive du Venezuela, ils seront escortés par des navires et aéronefs des forces armées vénézué liennes (*https://francais.rt.com/international/75264-caracas-teheran-se-disent-prets-a-tout-en-cas-action-americaine-petroliers*). On rappelle que les Etats-Unis ont déployé d'importantes forces aériennes et navales au large des côtes vénézuéliennes. Depuis 2019, le gouvernement américain a décidé d'appliquer une « *pression maximale* » sur le « *régime illégitime de l'ancien président Maduro* » en adoptant des « *sanctions* » visant spécifiquement les exportations de pétrole (*https://www.state.gov/venezuela-related-sanctions/* ; v. cette « Chronique » n° 2018/1.10 et n° 2019/4.68). Toute entreprise intervenant dans le secteur pétrolier vénézuélien et tout navire transportant ou vendant du pétrole brut depuis le Venezuela peut être visé. Les entreprises n'auront alors plus accès au système financier américain et leurs avoirs aux Etats-Unis seront gelés. On retrouve ici la problématique générale de la portée extraterritoriale des « sanctions » adoptées unilatéralement par un État économiquement puissant. Les activités sanctionnées n'ont pas forcément de lien de rattachement territorial ou personnel avec les Etats-Unis. En 2019, ces « sanctions » des Etats-Unis ont visé des entreprises pétrolières cubaines ; en 2020, elles ont été étendues à des entreprises pétrolières russes. Elles viennent s'ajouter aux sanctions déjà nombreuses adoptées par les Etats-Unis depuis le début de la crise politique en 2015 (*https://fas.org/sgp/crs/row/IF10715.pdf*) mais aussi par l'Union européenne à partir de la Décision (PESC) 2017/2074 du Conseil du 13 novembre 2017 (*https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/venezuela/*). La licéité internationale de ces « sanctions » comme leur utilité a déjà fait l'objet d'analyses dans cette chronique (v. « Etat des lieux des "sanctions" récemment adoptées par les Etats-Unis », n° 2018/1.10, pp. 146-152 ; « Nouvelles sanctions économiques et condamnations par les Nations Unies », n° 2019/4.68). Le rapport précité du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, publié le 4 juillet 2019, souligne que les dernières sanctions économiques imposées au Venezuela, en limitant ses exportations de pétrole, exacerbent les effets de la crise économique préexistante. Depuis 2014, l'économie vénézuélienne s'est contractée de plus de moitié ; en 2019, la consommation des ménages a chuté de 35%, alors que l'inflation est toujours galopante (*https://www.focus-economics.com/countries/ venezuela/ news/gdp/new-central-bank-data-reveals-the-crisis-is-only-worsening*). En raison de cette crise, plus de 5 millions de Vénézuéliens auraient déjà immigré, majoritairement dans les Etats latino-américains voisins, Colombie en tête, et plus de 817 000 Vénézuéliens auraient

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

demandé l'asile (l'ensemble de ces données est accessible sur la plateforme de coordination pour les réfugiés et migrants originaires du Venezuela : *https://r4v.info/en/situations/platform*).

En pratique, la production de pétrole est en diminution constante depuis 2015. Les stocks de brut sont aujourd'hui au maximum et ne peuvent plus être exportés. Ainsi, en juin 2020, plus aucune plateforme n'était en activité, contre 22 un an plus tôt, et plus d'une centaine en 1998 (*Le Monde*, 4 juillet 2020). Les exportations de pétrole brut sont pourtant vitales pour l'économie du Venezuela, qui produit peu de biens de consommation qu'il faut donc importer ... ce qui suppose des liquidités. Par ailleurs, le Venezuela manque de pétrole raffiné. C'est pourquoi il s'est tourné pour son approvisionnement vers l'Iran, autre Etat visé par des « *sanctions* » et une « *politique de pression maximale* » américaines (*https://www.state.gov/iran-sanctions/*). C'est dans ce contexte qu'intervient l'annonce télévisée du 20 mai 2020. Du point de vue du droit international général, la liberté de navigation et la liberté de survol prévalent en haute mer comme dans la zone économique exclusive (v. les articles 58, 87 et 92 de la Convention de Montego Bay). Ces libertés applicables au-delà de la mer territoriale ont valeur coutumière ; il importe donc peu que les États-Unis, l'Iran et le Venezuela n'aient pas ratifié la Convention de Montego Bay. Le voyage des pétroliers iraniens comme leur accompagnement par des navires et aéronefs de guerre vénézuéliens n'a donc rien d'illicite. Il en va de même de la présence de navires et d'aéronefs de guerre américains au large des côtes vénézuéliennes. En revanche, si ces navires et aéronefs de guerre américains venaient à intercepter les pétroliers iraniens, il y aurait là une violation du droit international. Comme il ne s'agit pas de navires de guerre ou de navires utilisés exclusivement pour un service public non commercial, les pétroliers iraniens ne bénéficient d'aucune immunité (articles 95 et 96 de la Convention de Montego Bay). Pour autant, les Etats-Unis ne peuvent ici alléguer sérieusement la piraterie, seule activité susceptible de faire obstacle à la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon et de permettre la saisie d'un navire en haute mer (articles 101 et 105 de la Convention de Montego Bay). Plus encore, les États-Unis ne peuvent pas s'appuyer sur une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies en application du chapitre VII de la Charte. L'adoption d'une telle résolution, qui autoriserait tout État membre de l'ONU à mettre en œuvre un blocus décidé conformément à l'article 42 de la Charte, n'est pas crédible : le gouvernement Maduro conserve le soutien de la Russie et de la Chine, deux membres permanents du Conseil de sécurité qui disposent à ce titre d'un droit de véto. De fait, il semble que la seule réaction de l'administration américaine à la déclaration télévisée de Maduro fut d'affirmer que les entreprises iraniennes propriétaires des pétroliers à destination du Venezuela seraient sanctionnées. Mais on peut douter que de telles entreprises ne figurent pas déjà parmi celles sanctionnées par les Etats-Unis.

M.F.

RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN

L'accord sur le nucléaire, un mort bien vivant ?

2020/3-4.56 - Le 9 mars 2020, la présentation, par le directeur de l'AIEA, Rafael Mariano Grossi, de son rapport sur l'application par l'Iran de ses obligations concernant la mise en œuvre du Plan d'action global conjoint (JCPOA), devant le conseil des gouverneurs de l'agence à Vienne, a constitué une nouvelle étape du feuilleton de

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'application toujours plus difficile de cet accord dans un contexte de tensions croissantes entre les Etats-Unis et l'Iran. Signé à Vienne en juillet 2015 et ayant pris une valeur juridiquement contraignante par le biais de la résolution 2231 adoptée le 20 juillet 2015 par le Conseil de sécurité des Nations Unies (voir cette « Chronique », 2015/3, p. 649 et 2015/4, p. 807), le *Joint Comprehensive Plan Of Action (JCPoA)* voit son existence menacée depuis l'arrivée au pouvoir de Donald Trump en 2017 qui a annoncé le retrait américain de cet accord en mai 2018 (voir cette « Chronique » n° 2017/4.78 et n° 2018/3.58). Cette décision a grandement fragilisé un plan conçu sur une base transactionnelle qui devait permettre à l'Iran de voir les sanctions internationales être allégées tandis que le pays soumettait ses activités nucléaires à une large surveillance internationale visant à écarter tout soupçon d'un possible usage militaire. L'incapacité des parties restantes à préserver cet équilibre conventionnel menace depuis la survie de cet accord tandis que les États-Unis, en conséquence de leur retrait, ont rétabli diverses sanctions à l'égard de l'Iran (voir cette « Chronique » n° 2018/4.78 et n° 2019/1.9). Face à la politique de « pression maximale » américaine, l'Iran s'est lancé depuis mai 2019 dans une prise de distance progressive à l'égard de ses obligations au titre du JCPoA.

Début juillet 2019, les autorités iraniennes ont annoncé ne plus respecter la limite à 300 kg imposée par l'accord à ses réserves d'uranium enrichi ainsi que le plafond l'empêchant d'enrichir l'uranium à un degré de pureté supérieur à 3,67 %. Elles se sont ensuite émancipées des dispositions relatives à l'encadrement des activités de recherche et de développement avant de reprendre les activités d'enrichissement d'uranium sur le site de Fordo en dépit de l'interdiction formelle posée par l'accord. Depuis le début de l'année 2020, l'Iran poursuit cette politique de violations successives et graduées du JCPoA comme le montre la décision prise en janvier de renoncer à se conformer aux limites opérationnelles concernant le programme nucléaire, notamment en ce qui concerne le nombre et la modernité des centrifugeuses. Les rapports de l'AIEA en mars 2020 sont donc venus confirmer la réalité des manquements iraniens à cet accord qui font peser à nouveau le risque de voir le pays se rapprocher d'une capacité nucléaire militaire (voir « L'Iran mis en cause pour non-respect de ses engagements nucléaires », *Le Monde*, 4 avril 2020). En dépit de ces agissements, les ambigüités concernant la volonté iranienne de préserver l'accord demeurent. En effet, cette politique semble avoir pour objectif premier de mettre une certaine pression sur les signataires restants afin qu'ils se conforment également au JCPoA et poursuivent la politique d'assouplissement de sanctions. En ce sens, les mesures prises par l'Iran peuvent s'analyser comme s'inscrivant dans la nature transactionnelle de cet accord. Surtout ces mesures ont suscité diverses réactions qui soulignent en creux le caractère paradoxal du retrait américain comme des violations iraniennes.

Ces derniers développements illustrent pour le moment la diversité des procédures d'application du droit international. Ils mettent en avant, d'un côté, des mécanismes conventionnels visant à préserver l'application de l'accord international ; de l'autre, le possible recours aux sanctions en cas de violation de ce même accord international afin d'en faire subsister les obligations en dépit des ambigüités liées à sa nature juridique.

Ainsi, malgré les déboires liés à la difficile mise en place d'Instex, mécanisme devant permettre le maintien des échanges commerciaux entre les Etats de l'UE et l'Iran en dépit des sanctions américaines (voir cette « Chronique » n° 2018/4.79 et n° 2020/1.1), les parties européennes à cet accord (Allemagne, France et Royaume-Uni) tentent de préserver la survie de cet accord en recourant au mécanisme de règlements des différends (MRD)

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

qu'il prévoit à son paragraphe 36. Annoncé le 14 janvier 2020, ce déclenchement du MRD entend trancher la question de la nature transactionnelle de l'accord. En effet, l'Iran défend la légalité de son désengagement croissant au regard de l'incapacité des parties restantes à l'accord, et en premier lieu européennes, à lui garantir les contreparties économiques et commerciales prévues par le JCPoA. A l'inverse, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni rejettent cette interprétation estimant avoir respecté les obligations que leur imposait cet accord et rappelant qu'aucune disposition de celui-ci n'impose d'obligation de compenser économiquement le retrait de l'une des parties. Seul l'épuisement des voies de recours prévus par ce paragraphe 36 permettrait à l'Iran de suspendre la mise en œuvre de ses engagements sans violer la résolution 2231 du Conseil de sécurité. Si le déclenchement de ce mécanisme a suscité les protestations de la Russie et de l'Iran, la manœuvre européenne vise explicitement à maintenir un cadre de dialogue avec l'Iran et n'entend pas ainsi conduire au « *snapback* », c'est-à-dire le mécanisme de rétablissement des sanctions par le Conseil de sécurité des Nations Unies (voir « Nucléaire iranien : les Européens sur une ligne de crête », *Le Monde*, 15 janvier 2020). En effet, le mécanisme prévu par le JCPoA s'articule autour d'une procédure par étape dont les délais peuvent être étendus par consensus afin de préserver une large souplesse dans son application. Il consiste en la saisie de la Commission conjointe prévue par l'accord dont le coordinateur est le Haut-représentant de l'Union européenne et qui réunit les ministres des États signataires (voir « The Dispute Resolution Mechanism that Could Lead to the Snap Back of Iranian Sanctions », *Kluwer Arbitration blog*, 16 février 2020). Celle-ci s'est ainsi réunie le 26 février et a confirmé son rôle d'instance de dialogue visant à assurer la mise en œuvre de l'accord.

Au-delà du difficile dialogue politique entre les parties du JCPoA afin d'assurer la poursuite de sa mise en œuvre, une récente initiative fait peser une lourde menace sur sa survie tout en illustrant l'ambigüité de la position de l'administration Trump à l'égard de cet accord comme de la nature juridique de celui-ci (voir « Les Etats-Unis intensifient leur campagne contre l'Iran », *Le Monde*, 2 mai 2020). En effet, les Etats-Unis envisagent de recourir au « *snapback* » prévu par le paragraphe 11 de la résolution 2231 et non par l'accord lui-même. Cette disposition permet à tout « Etat participant » de notifier au Conseil de sécurité une violation des engagements par une autre partie ce qui conduit alors à la mise au vote d'une résolution devant confirmer la levée des sanctions, la non-adoption de cette résolution amenant alors un rétablissement automatique des sanctions prises par le Conseil avant l'adoption du JCPoA. Dans la mesure où la résolution 2231 désigne nommément les Etats-Unis comme « participant » et n'a fait l'objet d'aucune modification à la suite de leur retrait, ces derniers seraient ainsi fondés à recourir à ce mécanisme. Salué lors de son adoption, le procédé par lequel le JCPoA a acquis une valeur contraignante, via une résolution du Conseil de sécurité approuvant le Plan d'action, trouve ici ses limites. Dans le même temps, les opposants démocrates à Donald Trump n'ont pas manqué de relever la contradiction d'une telle position qui tend à se considérer comme « participant » à un accord dont les Etats-Unis se sont pourtant retirés. Ainsi, entre la poursuite du Mécanisme de règlements des différends et les prochaines échéances au Conseil de sécurité, l'accord sur le nucléaire iranien continue d'exister malgré ses violations répétées. Cette survie, toujours plus incertaine, illustre toute la créativité et la diversité des rapports conventionnels ainsi que l'articulation subtile du politique et du juridique sur le plan des relations internationales (voir « The 'dynamic of action and reaction' and the implementation of the Iran nuclear deal », *Questions of International Law*, 29 février 2020).

E.B.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

Discours du président Xi à la 75e session de l'Assemblée Générale des Nations Unies

2020/3-4.57 - La 75e session de l'Assemblée générale des Nations Unies s'est déroulée du 15 au 29 septembre 2020. Le 22 septembre était particulièrement attendu car débutait à cette date le débat général des « Réunions de haut niveau ». Ce débat donne l'opportunité aux Etats Membres d'exprimer leurs points de vue sur les grandes questions internationales. Après le rapport du Secrétaire général des Nations Unies, les chefs d'Etat pouvaient se prononcer. Au vu des circonstances, les interventions étaient pré-enregistrées (Décision de l'Assemblée générale, 74/562, 22 juillet 2020,"High-level meetings of the General Assembly in September 2020"). Les premiers intervenants furent Jair Messias Bolsonaro, président du Brésil, Donald Trump, président des Etats-Unis d'Amérique, Recep Tayyip Erdoğan, président de la république de Turquie et Xi Jinping, président de la Chine.

De la Chine était pressentie une défense face aux accusations de certains Etats, menés par le locataire de la Maison Blanche, d'avoir été à l'origine de la pandémie actuelle – « le virus chinois » – et d'en endosser la responsabilité (c.-à-d. de compenser financièrement ; en ce sens v. S. Szurek, « La Chine est juridiquement responsable de la pandémie », Le Monde du 14 mai 2020). La précédente épidémie de SARS en 2002-2003 a soulevé une interrogation similaire (J. D. Reader, The Case against China Establishing International Liability for China's Response to the 2002-2003 SARS Epidemic, *Colum. J. Asian L.* 519, 2005-2006, pp. 520-570), sans cependant sortir du cadre régional. L'échelle est aujourd'hui toute autre ce qui devait nécessairement entraîner une réaction proportionnée.

Le discours américain fut belliciste, accusateur et centré sur les réussites de leur politique récente. Xi Jinping ne s'est pas laissé prendre au jeu, donnant un discours empreint d'Humanité, de respect du droit international et de responsabilité, tant individuelle que collective.

Plusieurs thèmes peuvent être soulignés. Même si la Chine rejette implicitement la responsabilité pour la pandémie ("Any attempt of politicizing the issue or stigmatization must be rejected"), Xi Jinping prévoit que le vaccin, s'il est trouvé par les chinois, sera un bien public mondial et sera envoyé en priorité aux pays en développement. 2 milliards d'euros d'assistance sur 2 ans sont également prévues pour la coopération internationale. Il rappelle l'obligation de solidarité entre les Etats du fait du caractère interconnecté du monde actuel, la nécessité d'un développement durable des Etats, développés comme en développement, et le rôle essentiel du droit international et des organisations internationales dans les relations internationales (OMS, OMC, UN). Enfin la Chine réaffirme son soutien à l'accord de Paris (ratifié le 3 septembre 2016) et se fixe des objectifs : son pic de pollution en 2030 et une neutralité carbone en 2060. Avec ces déclarations résolument tournées vers l'unité et l'avenir, tout en soutenant les pays en développement, l'Empire du Milieu se positionne comme prétendant au leadership mondial face au repli autarcique des Etats-Unis ("The baton of history has been passed to our generation"). Mais Xi Jinping précise : "We will never seek hegemony, expansion, or sphere of influence. We have no intention to fight either a Cold War or a hot war with any country. We will continue to narrow differences and resolve disputes with others through dialogue and negotiation".

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Une nouvelle vision du monde est proposée, dans laquelle la compétition entre les Etats doit rester positive et saine, respectant le droit international et les standards moraux. Pour cela, la gouvernance mondiale nécessite des améliorations. Elle doit être basée sur une vaste consultation, une coopération conjointe et un partage des avantages afin de garantir que tous les pays jouissent de l'égalité des droits et des chances et suivent les mêmes règles. Faut-il y voir une volonté de réformer le Conseil de sécurité ? En tout cas, un retour en arrière n'est plus possible : "Burying one's head in the sand like an ostrich in the face of economic globalization or trying to fight it with Don Quixote's lance goes against the trend of history. Let this be clear: The world will never return to isolation".

Coup de communication bien rôdé ou déclaration sincère de bonnes intentions ? La réponse ne peut évidemment être manichéenne et tient des deux. La majeure partie de la déclaration ne remplit pas les critères pour contraindre la Chine, en particulier le passage sur la réduction des émissions de CO2. Sur ce point en particulier, le vocabulaire ne permet pas d'y voir une obligation – même si l'objectif est clair et précis – et le comportement général de la Chine ne fait que le confirmer (art. 1 & 7, Commission du Droit International, Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créer des obligations juridiques et commentaires y relatifs, 2006 et CIJ, 20 décembre 1974 *Essais nucléaires*). Cependant la question se pose pour les vaccins. Xi Jinping utilise des termes contraignants et, depuis le début de la crise, la Chine a multiplié les envois d'aides (https://www.lemonde.fr/international/article/2020/03/20/coronavirus-face-aux-critiques-la-diplomatie-chinoise-a-l-offensive_6033795_3210.html) et a accepté de collaborer avec l'OMS (https://www.who.int/news-room/detail/07-07-2020-who-experts-to-travel-to-china). L'ensemble du processus a été très médiatisé et la déclaration a eu lieu devant la communauté internationale.

Le rôle souhaité par la Chine et l'image donnée doivent être mis en parallèle avec ses actions. La situation des ouïgours est préoccupante. Le Parlement européen a appelé à des mesures (Résolution du Parlement européen du 19 décembre 2019 sur la situation des Ouïghours en Chine (2019/2945 (RSP)), mais la 44e session du Conseil des droits de l'homme (30 juin au 17 juillet 2020) a vu deux déclarations opposées sur la situation (Contre, 22 pays : https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/190708_joint_statement_xinjiang.pdf ; soutenant la Chine, 47 pays : http://www.china-un.ch/eng/hom/t1794034.htm). Le Statut spécial de Hong-Kong est contesté par l'Etat central et donne lieu à de nombreuses manifestations et à un communiqué des experts du Haut-commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies (*https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26006&LangID=E*). Le conflit en mer de Chine méridionale continue et Pékin conteste toujours la sentence arbitrale de la Cour Permanente d'Arbitrage face aux Philippines (CPA, sentence 2013-19, 12 juillet 2016). Enfin, la guerre commerciale avec les Etats-Unis est d'une brûlante actualité et la Chine soutient l'OMC afin d'amener à terme l'ensemble des procédures en cours (DS543: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China ; DS544: United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products ; DS562: United States — Safeguard Measure on Imports of Crystalline Silicon Photovoltaic Products ; DS563: United States — Certain Measures Related to Renewable Energy ; DS565: United States — Tariff Measures on Certain Goods from China II ; DS587: United States — Tariff measures on certain goods from China III).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Pour autant, sur l'ensemble de ces situations, les Etats du monde sont partagés. Par exemple, la question de la nouvelle route de la soie ne voit une réelle opposition que des Etats-Unis. Et si la Chine cherchait finalement à tenir les promesses contenues dans cette déclaration pour s'imposer comme nouveau leader mondial ?

C.-M. M.

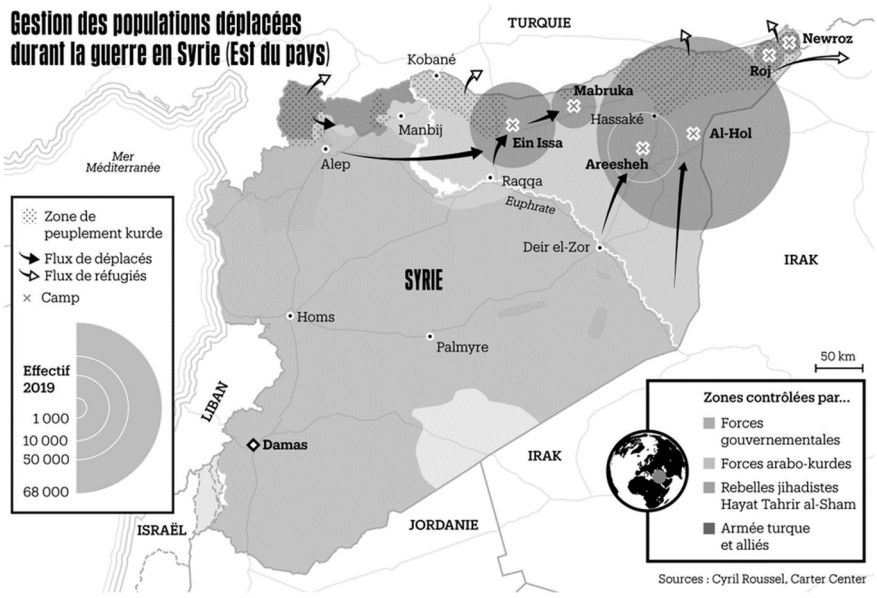
SYRIE

Signature d'un contrat pétrolier entre une société américaine et les Forces Démocratiques Syriennes

2020/3-4.58 - Le ministère syrien des affaires étrangères a annoncé le 2 août 2020 qu'une société pétrolière basée aux Etats-Unis, Delta Crescent Energy LLC, avait signé un « accord » (la presse anglo-saxonne avait employé le terme « agreement ») d'exploitation avec des rebelles kurdes au Nord-Est syrien (*https://www.reuters.com/article/us-syria-oil-usa/syria-says-us-oil-firm-signed-deal-with-kurdish-led-rebels-idUSKBN24Y0FD*), identifiés comme étant les Forces Démocratiques Syriennes (FDS, dans ce qui suit) et plus particulièrement leur « organe politique » le Conseil Démocratique Syrien (CDS, dans ce qui suit). Le CDS se définit comme étant en charge de gérer l'administration autonome du Nord-Est syrien. Selon la même annonce, cet accord concerne l'exploitation de certains puits pétroliers dans la région. Le ministère syrien affirmait que cet accord visait à voler (« steal ») le pétrole syrien. Plus tôt, le 6 août 2020, un Sénateur républicain Lindsey Graham, et le Secrétaire d'Etat américain Mike Pompeo avaient fait référence à un futur contrat entre une société américaine et les FDS lors d'une séance de questions au *Senate Foreign Relations Committee*. Selon le Sénateur Lindsey Graham, le Général FDS Mazloum Abdi l'aurait informé de la conclusion dudit contrat, qui aurait pour but de « moderniser les puits pétroliers au Nord-Est syrien » et aurait demandé à Mike Pompeo si l'administration Trump soutenait cette initiative. Mike Pompeo a affirmé ensuite durant cette même séance de questions que l'administration américaine soutenait ce projet et a même ajouté que le « deal took a little longer […] than we had hoped, and now we're in implementation », indiquant donc que l'administration américaine soutenait activement l'accord et laissant penser qu'elle avait peut-être assumé un rôle plus important dans la conclusion de cet accord. Un des fondateurs de la société concernée, cité anonymement dans la presse internationale, affirmait aussi que le contrat en question était « in line with President Donald Trump's long-standing goal of securing control over oil fields in the region ». De telles affirmations sont en accord avec certains propos tenus par le Président Donald Trump, cités à de nombreuses reprises par la presse internationale affirmant que l'armée américaine allait se retirer de Syrie, sauf dans certaines localités « where they have oil ». Le ministère de la défense américain a été d'ailleurs obligé de préciser plus tard que les revenus des puits pétroliers iraient aux FDS. Damas a rapidement qualifié ce contrat de tentative de « steal Syria's oil under the sponsorship and support of the American administration » et a affirmé qu'il était « null and void and has no legal basis » (*https://edition.cnn.com/2020/08/05/politics/syria-secretive-oil-contract-delta-force-ambassador/index.html*). La signature d'un tel contrat avec la branche politique d'un groupe armé ayant des visées sécessionnistes – contrat visiblement soutenu par l'administration américaine – pose de nombreux problèmes juridiques : Ce contrat d'exploitation est-il une violation de la souveraineté de la Syrie et, en particulier, de son intégrité territoriale, par l'Etat de nationalité de la société concernée ? Dans l'affirmative,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

les faits potentiellement reprochés à la société américaine en question peuvent-ils être imputés à l'Etat américain ? Quel est le statut des FDS en droit international ? Enfin, la société concernée a-t-elle le droit de signer un contrat d'exploitation avec une telle autorité ?



Source: https://www.liberation.fr/debats/2019/10/02/ les-camps-syriens-bombes-a-retardement-jihadistes_1755023

Violation de la souveraineté de la Syrie - On opposera ici souveraineté territoriale et droit des peuples à « l'autodétermination économique ». Il faut tout d'abord rappeler que l'article 1er commun aux deux Pactes internationaux de 1966 prévoit que « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles [...] En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ». Ces dispositions ont très certainement ouvert la voie à l'affirmation du « droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé » (résolution 1803 (XXVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962). Les résolutions 3201 (S-VI) (1er mai 1974) et 3218 ((XXIX) du 12 décembre 1974) ont repris le principe mais en le tournant cette fois-ci au profit de l'Etat. Ainsi, elles proclamaient respectivement « la souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques » et « [que] chaque Etat détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer ». La souveraineté des peuples a donc rapidement été supplantée par la souveraineté des Etats, créant ainsi un régime « transitoire » au lendemain de la décolonisation. Cette affaire

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

prouve d'une certaine façon que la question ne se limite pas à la décolonisation et qu'il est tout à fait possible d'imaginer encore aujourd'hui des heurts entre l'exploitation des ressources naturelles d'une région et l'exercice du droit à l'autodétermination. A ce titre, Sabine Lavorel cite l'exemple théorique « des Etats souverains dont les ressources naturelles sont exploitées par une entreprise, un Etat étranger ou encore un groupe rebelle – au détriment des intérêts de la population et de l'Etat sur le territoire duquel se trouve les ressources naturelles », ainsi qu'un deuxième cas assez proche du premier – dans la mesure où il concerne un Etat souverain – où « l'exploitation de ces ressources se fait […] soit au détriment d'un peuple autochtone discriminé au sein de l'Etat, soit au détriment de l'ensemble du peuple national floué par un gouvernement rentier et/ou corrompu ». Elle poursuit ses développements en précisant que dans ces deux cas « la souveraineté économique de l'Etat contrarie […] la mise en œuvre, par ces peuples, de leur droit à l'autodétermination – au risque parfois d'exacerber l'expression de ce droit et de générer des revendications sécessionnistes (légitimes ou non) ». (S. Lavorel, « Exploitation des ressources naturelles et droit des peuples à l'autodétermination économique », *in* M. Ailincai & S. Lavorel (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme,* Pedone, 2013, pp. 35- 69). Il faut constater que la Syrie est actuellement à cheval entre les deux hypothèses citées, puisqu'il s'agit bien d'un groupe rebelle et d'une société étrangère qui exploitent les ressources naturelles dans un Etat souverain, mais il faut aussi admettre que les Kurdes – qui représentent plus de 10% de la population syrienne et sont de ce fait la minorité la plus importante de ce pays – ont historiquement fait l'objet de discriminations institutionnalisées par le régime syrien et les régimes baathistes de manière plus générale. Le Professeur Crawford a tranché ce problème en considérant que « even if, as I suspect, the question of permanent sovereignty in relation to independent States is a right of States rather than peoples, in the context of colonial self-determination it seems clearly to be a peoples' right » (J. Crawford, *The Right of Peoples*, Oxford University Press, 1992, p. 172). Il ressort donc de ces différentes interprétations que l'argument tiré de la souveraineté permanente des peuples sur leurs ressources naturelles a très peu de chances d'aboutir dans le présent cas. Le droit du peuple syrien – comprenant les Kurdes syriens et ce malgré les discriminations dont ils sont objet – de disposer librement de ses ressources naturelles s'épuise donc dans la souveraineté dite économique de l'Etat syrien. Est-ce pour autant une violation de la souveraineté territoriale de la Syrie ? Le problème pour les Kurdes syriens ne se situe pas tant sur le terrain – international – de la souveraineté territoriale que sur celui de la capacité de ces groupes – qui se situent sur le plan infra-étatique – à conclure des accords de ce genre. En dépit de leur autonomie de fait, ils demeurent sous la juridiction de l'Etat syrien et de ses lois qui pénalisent très probablement ce genre d'accord, ce qui explique leur qualification de l'accord de « nul, non avenu et sans fondement juridique » (« null and void and has no legal basis »). En ce qui concerne la responsabilité éventuelle des Etats-Unis – qui dépend de questions d'imputabilité (voir *infra*) – celle-ci pourrait – dans le meilleur des mondes possibles – être engagée pour violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de la Syrie, et non pour violation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, comme l'a rappelé la Cour internationale de justice en 2005 dans l'affaire des activités militaires sur le territoire du Congo (« rien dans ces résolutions de l'Assemblée générale [précitées] ne laisse entendre qu'elles soient applicables au cas particulier du pillage et de l'exploitation de certaines ressources naturelles par des membres de l'armée d'un Etat intervenant

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

militairement sur le territoire d'un autre Etat », (CIJ, 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo*, § 244).

Un organe de fait de l'Etat américain ? - La proximité des fondateurs de Delta Crescent Energy LLC à l'establishment militaro-diplomatique américain force l'observateur à se poser la question de savoir si cette société n'est pas un organe de fait de l'État américain. En effet, trois citoyens américains auraient fondé cette société :

- James Cain, un ancien ambassadeur des Etats-Unis auprès du Danemark sous l'administration George W. Bush ;

- James Reese, un officier à la retraite de l'unité d'élite Delta Force et qui fonda et dirigea une société privée de sécurité, TigerSwan, à qui furent accordés de nombreux contrats par le Département d'Etat américain, dont en particulier en Syrie ; et

- John Dorrier, un professionnel du secteur pétrolier avec une certaine expérience dans le marché syrien du pétrole.

Le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du Droit International de 2001 [Projet d'Articles de 2001, dans ce qui suit] dispose dans son article 4, alinéa 2 que le terme organe de l'État « comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat. » Or, la société Delta Crescent Energy LLC est une société privée, supposément fondée par des capitaux privés et ne peut donc pas être considérée, en droit interne américain, comme une société d'Etat ou un organe fédéral américain (voir la définition du terme « agency » au 5 USC § 551 : *https://guides.law.fsu.edu/ld.php?content_id=2901284*). Néanmoins, l'article 5 du Projet d'Articles de 2001 précise que « le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international. » Cette dernière disposition fut guidée par le souci d'assurer une certaine prévisibilité des relations internationales en renforçant le principe de bonne foi. Or, des sources citées par CNN affirmaient que la société fut fondée exclusivement pour ce contrat et que ses fondateurs avaient « worked intensely with State Department officials for more than a year ». D'autres sources ajoutaient que le Département d'Etat américain et le Pentagone « have officially sought to distance themselves from the project » mais que « behind the scenes the State Department was active in making the deal happen. » De plus, en avril 2020, l'OFAC (Office of Foreign Assets Control du Département du Trésor américain) avait exempté Delta Crescent Energy LLC du régime américain des sanctions opposables aux sociétés ayant des activités en lien avec la Syrie. Malgré tout, l'ensemble de ces données ne permet pas de conclure que la société est un organe de fait de l'Etat américain puisqu'elle n'agit pas en Syrie avec des « prérogatives de puissance publique ». La conclusion d'un contrat pétrolier par une société privée, peu importe la localité concernée ou la nature de la seconde partie au contrat, n'est en effet pas suffisante pour qualifier cette société d'organe exerçant des prérogatives de puissance publique. La conclusion dudit contrat et son soutien apparent par Washington posent néanmoins la question de savoir si les Etats-Unis ne soutiendraient pas indirectement – *via* cette société – un mouvement de sécession. Le Sénateur Lindsey Graham affirmait d'ailleurs que « Conceptually it makes sense that we should, instead of just writing checks, help people help themselves. »

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Un soutien à une sécession ? - Les FDS ont émergé dans les régions dites kurdes de Syrie en 2015 avec le soutien massif et déterminant de Washington et d'autres Etats d'Europe de l'Ouest (https://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-moyen-orient/syrie-qui-sont-les-fds-l-alliance-anti-daesh-en-marche-pour-reprendre-raqqa_1847783.html). Ces forces, malgré leur qualificatif de « syriennes », qui insinuerait qu'elles sont arabes, sont en fait quasi-unanimement constituées d'Unités de défense du peuple kurde (YPG), des groupes paramilitaires entièrement kurdes avec une idéologie pouvant être qualifiée de « gauchiste » aux accents sécessionnistes prononcés (*https://www.lexpress.fr/actualite/monde/proche-moyen-orient/syrie-qui-sont-les-fds-l-alliance-anti-daesh-en-marche-pour-reprendre-raqqa_1847783.html*). Dans son avis sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* du 22 juillet 2010, la Cour internationale de justice affirmait que le principe de l'intégrité territoriale a une portée limitée à la seule sphère des relations interétatiques, laissant entendre – sans entièrement l'assumer – qu'elle n'empêche pas la sécession. C'est assez révélateur du regard que porte le droit international sur les sécessions : il s'agit d'affaires internes qui font barrière à toute forme d'ingérence. Il faut toutefois prévoir une réserve considérable qui est la potentielle internationalisation d'un conflit sécessionniste. L'entrée en jeu d'un Etat étranger au conflit sous n'importe quelle forme, accompagnée d'un recours à la force armée devrait en principe relever du domaine de l'ingérence. Plus généralement, la question posée dans ce cas est celle de savoir si les Etats-Unis ont le droit de soutenir un groupe armé non-étatique. Or, en 1986 la Cour internationale de justice affirmait nettement dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qu'elle « ne voit pas de raison de refuser d'admettre qu'en droit international coutumier la prohibition de l'agression armée puisse s'appliquer à l'envoi par un Etat de bandes armées sur le territoire d'un autre Etat si cette opération est telle, par ses dimensions et ses effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée et non de simple incident de frontière si elle avait été le fait de forces armées régulières. Mais la Cour ne pense pas que la notion d'agression armée puisse recouvrir non seulement l'action de bandes armées dans le cas où cette action revêt une ampleur particulière, mais aussi une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre. On peut voir dans une telle assistance une menace ou un emploi de la force, ou l'équivalent d'une intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'autres Etats. » (§ 194). Or, si ces groupes kurdes n'ont pas été « envoyés » par Washington en Syrie – les combattants constituants la quasi-totalité de leur personnel étant des locaux –, ils jouissent bien de « fourniture d'armements ou d'assistance logistique » (*https://www.lemonde.fr/international/article/2017/05/10/ washington-arme-les-kurdes-syriens-pour-mener-l-assaut-contre-rakka_5125323_3210.html*) qui, selon la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, pourraient constituer une intervention par les Américains dans les affaires intérieures de la Syrie.

L'obligation de ne pas reconnaître une situation créée par l'emploi illicite de la force peut également être discutée dans le présent cas. La résolution 58/83 du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale des Nations Unies conforte cette règle, prévoyant à l'article 41 de son annexe intitulé « responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » qu'« aucun Etat ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 [qui renvoie aux « violations graves de normes impératives du droit international général -une violation étant grave « si elle dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation »], ni prêter aide ou assistance ou maintien de cette situation ». La formulation de ce texte –

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

certes non obligatoire mais qui converge dans le sens d'autres textes et déclarations internationaux – est particulièrement intéressante puisqu'il fait référence à une « situation » de manière générale, sans aucune considération particulière quant aux personnes qui en sont directement responsables et qui peuvent très bien être privées. Appliquée à ce cas, il serait possible d'imaginer – *a fortiori* − qu'en encourageant et en facilitant activement la conclusion de cet accord, les Etats-Unis auraient violé cette obligation. Un tel raisonnement pourrait également être adopté contre les éventuels États acheteurs de pétrole produit dans le cadre de cet accord.

M.H. & PH.B.-N.

UKRAINE

Adhésion au Deuxième Protocole de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954

2020/3-4.59 - Procédure de ratification du Deuxième protocole – Le Parlement ukrainien, Verkhovna Rada, a adopté le 30 avril 2020 un projet de loi sur la ratification du Deuxième Protocole à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 [*https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/585-IX*]. Avec 322 voix et aucun vote négatif, certains députés présents ne se sont pas pour autant prononcés démontrant un certain désintérêt pour ce projet de loi survenant 21 ans après l'adoption de l'instrument international (la France l'a ratifié en 2017, v. cette « Chronique », n° 2017/2/36). Le projet de loi avait été présenté le 4 février 2020 par le Président de l'Ukraine, Volodymyr Zelensky, [*http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=68039&pf35401=519517*] en vertu de la procédure constitutionnelle ukrainienne sur la ratification des traités internationaux (Constitution de l'Ukraine, art. 9 ; Law of Ukraine On the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine, art. 193.1 et 203). Ce désintérêt pour le texte dénote ainsi avec ses deux prédécesseurs, la Convention de 1954 et son Premier Protocole, que l'Ukraine avait ratifiés au niveau international dès le 6 février 1957 [*https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_157*]. Si la Convention, le Protocole de 1954 et le Protocole de 1999 entrent normalement en vigueur pour l'État concerné trois mois après le dépôt de l'instrument d'adhésion, le cas ukrainien entre dans le cadre de l'article 44 du Deuxième protocole qui prévoit l'entrée en vigueur immédiate en cas de conflit armé international, de conflit de caractère non international ou d'occupation.

Applicabilité du Deuxième Protocole à la situation conflictuelle en Crimée – En 2014, la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol étaient annexées par la Russie. Cette annexion s'est effectuée en violation du droit international, l'Ukraine s'est alors référée au *Mémorandum de Budapest* du 5 décembre 1994 par lequel les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la Russie s'étaient engagés à respecter l'indépendance et la souveraineté de l'Ukraine en échange de son statut d'Etat non nucléaire (*Mémorandum d'assurances de sécurité dans le cadre de l'adhésion de l'Ukraine au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires* (Ukraine, Fédération de Russie, Royaume-Uni de Grande- Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), Budapest, 5 décembre 1994, art. 1, *UNTS* n° 52241). Depuis, le système des Nations Unies signale en permanence les violations des droits de l'homme dans la Crimée occupée (par ex., ONU, *Assemblée générale*, Résolution A/Res/74/168 : « Situation des droits de l'homme dans la République autonome de Crimée et la ville de Sébastopol, Ukraine », 18 décembre 2019).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les accusations étant rejetées systématiquement, la Crimée est pour la Russie un sujet clos. Néanmoins, les institutions internationales s'alignent sur le caractère illicite de l'occupation russe. Le Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale confirme depuis 2016 que l'occupation de la Crimée par la Russie rend le droit des conflits armés applicable. Sur la base des déclarations de l'Ukraine sur la reconnaissance de la compétence de la CPI en vertu de l'article 12(3) du Statut de Rome, le rapport de 2019 sur les activités d'examen préliminaire [*https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE-FRA.pdf*] soulignait que des fonctionnaires des autorités d'occupation russes auraient commis des crimes de guerre dans la République autonome de Crimée temporairement occupée. A ainsi été qualifiée de crime de guerre la saisie des biens de l'ennemi qui ne sont pas impérativement requis par les nécessités de la guerre, en ce qui concerne les biens privés et culturels. Sous le même angle, les positions de l'Assemblée générale des Nations Unies (ONU, *Assemblée générale*, Résolution 68/262 : *Intégrité territoriale de l'Ukraine*, 27 mars 2014) ou encore de l'UNESCO restent similaires et continuent d'insister sur le fait que la Crimée est ukrainienne et que l'occupation est illégale (UNESCO, *Conseil* exécutif, 199ème session, Paris, 4 mars 2016, 199 EX/5 (I) : Suivi des décisions et résolutions adoptées par le Conseil exécutif et la Conférence générale à leurs sessions antérieures, pp. 25-27). L'ensemble des clauses du *Deuxième Protocole* sont dès lors applicables notamment l'article 9 relatif à la protection des biens culturels en territoire occupé.

Atteintes à l'encontre des éléments du patrimoine culturel situés en Crimée – D'après le suivi opéré par l'UNESCO et les informations fournies par la délégation permanente ukrainienne, l'expropriation des biens culturels d'Ukraine dans le territoire sous occupation est une pratique quotidienne depuis le 17 octobre 2015. C'est à partir de cette date que le Gouvernement de la Fédération de Russie faisait classer en tant que « sites culturels d'importance fédérale » 220 lieux ou monuments culturels situés sur le territoire occupé de la République autonome de Crimée et de la ville de Sébastopol. Le décret avalisait ainsi l'inscription des sites dans le Registre du patrimoine culturel de la Russie [*http://sevmuseum.ru/wp-content/uploads/2016/12/2073-РАСПОРЯЖЕНИЕ-Правительства-РФ-от-17.10.2015-N-2073-p.pdf*]. La liste comprend, par exemple, la forteresse de Sudak, le Palais du Khan à Bakhchisarai, la forteresse et l'ancienne ville fortifiée Çufut Qale ou encore les forteresses génoises de Feodosia… La pratique du Gouvernement russe en matière de protection du patrimoine culturel cultive tout à la fois une affirmation de leur souveraineté sur le territoire criméen et la maîtrise de la gestion du patrimoine culturel *in situ.* Or la presse a révélé de nombreuses violations aux conventions de l'UNESCO, qu'il s'agisse d'une simple violation du régime de conservation d'un site classé au patrimoine mondial de l'UNESCO (à savoir l'exécution de travaux de construction sur « La cité antique de Chersonèse Taurique et sa chôra ») ou d'autres atteintes constitutives d'infractions internationales. L'art. 9 du Deuxième Protocole énonce :

> toute Partie occupant totalement ou partiellement le territoire d'une autre Partie interdit et empêche, en ce qui concerne le territoire occupé :
>
> a. toute exportation, autre déplacement ou transfert de propriété illicites de biens culturels ;
> b. toute fouille archéologique, à moins qu'elle ne soit absolument indispensable aux fins de sauvegarde, d'enregistrement ou de conservation de biens culturels ;
>
> c. toute transformation, ou changement d'utilisation, de biens culturels visant à dissimuler ou à détruire des éléments de témoignage de caractère culturel, historique ou scientifique.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

2. Toute fouille archéologique ou transformation ou changement d'utilisation de biens culturels d'un territoire occupé doit s'effectuer, à moins que les circonstances ne le permettent pas, en étroite coopération avec les autorités nationales compétentes dudit territoire.

Un des apports majeurs du Deuxième Protocole concerne le trafic illicite de biens culturels provenant d'un territoire occupé. Un écho est ainsi fait à la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (1970). Les rapports de la délégation permanente de l'Ukraine à l'UNESCO faisaient déjà état en 2016 de déplacements de pièces des musées de Crimée transportées vers Simféropol (des collections de Sudak, du musée Central de Tauride) ou au musée de l'Ermitage à Saint-Pétersbourg (des collections uniques du Musée de Chersonèse ainsi que les peintures d'Aïvazovsky du Musée de Feodosia) (UNESCO, *Conseil exécutif*, 199ème session, Paris, 4 mars 2016, 199 EX/5 (I) : Suivi des décisions et résolutions adoptées par le conseil exécutif et la conférence générale à leurs sessions antérieures). De tels actes peuvent être qualifiés de déplacement et transfert de propriété illicites de biens culturels au sens de l'art. 9.1.a. Aussi, sous l'égide du paragraphe b., la négligence des autorités d'occupation dans la conservation et la protection du patrimoine culturel pose un problème grave pour la sauvegarde des objets d'archéologie et des trésors uniques de la nature de la péninsule. Tel est le cas en 2015 de la destruction de l'une des tours de la forteresse Sudak inscrite sur la liste indicative des sites du patrimoine mondial.

Portée de l'adhésion ukrainienne concernant la protection des éléments du patrimoine culturel situés en Crimée – L'adhésion de l'Ukraine ne semble pas prioritairement orientée vers une logique répressive. L'Ukraine tout comme la Russie sont parties à la Convention de la Haye de 1954 ou encore de la Convention de 1970 comprenant des obligations à la charge des puissances occupantes. Cette nouvelle ratification d'un instrument en matière de protection du patrimoine culturel est un « coup d'épée dans l'eau » de ce point de vue. Aussi, deux obstacles de taille vont planer au-dessus d'une portée efficace de la ratification.

Premièrement, en vertu de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), le traité ne peut régir des faits ou situations antérieures à son entrée en vigueur. L'Ukraine ne pourra donc décemment pas se prévaloir des actes illicites précédemment invoqués (sauf à démontrer l'existence d'une violation continue) sur la base du Deuxième Protocole. Tout au plus, l'effet relatif des traités (art. 34 de la Convention de Vienne) implique la non-subordination d'un Etat tiers aux obligations et droits d'une convention sans son consentement. La Russie n'est pas partie au texte concerné et ne saurait se voir opposer les prescriptions afférentes.

Deuxièmement, la justiciabilité des différends portant sur les atteintes au patrimoine culturel situé en Crimée pose quelques questions. Concernant les poursuites répressives internationales, la Russie seulement signataire du Statut de Rome, a retiré sa signature en novembre 2016, elle n'est en principe pas engagée à l'égard du texte. A la suite de l'enquête préliminaire, le Bureau avait estimé que les événements, qui se sont déroulés en Crimée et dans l'est du pays, échappent à la compétence *ratione temporis* de la Cour (la période envisagée allant du 21 novembre 2013 au 22 février 2014). La question pourrait être indirectement traitée par la Cour Internationale de Justice, qui a admis sa compétence dans le contentieux russo-ukrainien sur l'application des conventions

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

internationales pour la répression du financement du terrorisme et sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIJ, 8 novembre 2019, *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, exceptions préliminaires, Ukraine c. Fédération de Russie). La question de l'« annihilation culturelle » (comprenant la dégradation du patrimoine culturel des communautés ukrainiennes et tatares de Crimée) est néanmoins traitée sous l'égide de fondements juridiques différents (§ 88). Une autre saisine sur la protection des biens culturels *stricto sensu* reste hypothétique, les Etats intéressés n'acceptant pas la compétence de la juridiction pour traiter de ces questions. Contrairement, au différend susvisé où les Etats avaient accepté la compétence sur la base des clauses insérées dans les instruments conventionnels, les conventions de l'UNESCO n'ont pas les mêmes modes rédactionnels.

Finalement, les législateurs ukrainiens ont ratifié un important document international qui peut aider à contrer les exactions commises à l'encontre du patrimoine historique et culturel situé en Crimée. Toutefois, les instances ukrainiennes ne pourront pas se prévaloir aussi facilement des mécanismes juridiques du texte. Par exemple, l'obtention de la protection renforcée pour certains monuments comme le Palais de Bakhchysarai (inscrit sur la liste indicative du patrimoine mondial de l'UNESCO en 2003) devra répondre à des conditions cumulatives (art. 10 du Deuxième Protocole). La ratification devra donc être accompagnée d'une législation pour criminaliser les violations interdites par la convention internationale. Cela permettrait d'organiser des procédures judiciaires appropriées et de les utiliser comme preuve des violations par la Russie du patrimoine culturel de l'Ukraine au niveau politique et judiciaire international. L'essentiel est donc inscrit dans la note explicative accompagnant la ratification [*http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68039*]. Elle insiste sur les objectifs principaux du projet de loi n°0036, à savoir la possibilité offerte à l'Ukraine de demander le concours technique de l'UNESCO de lui fournir une assistance technique pour l'organisation de la protection adéquate de ses valeurs culturelles et des éléments patrimoniaux. Des mesures préparatoires, préventives ou organisationnelles en cas d'urgence pourront ainsi être mises en œuvre et des mesures supplémentaires pourront être envisagées pour l'organisation de la surveillance et de la protection des lieux en territoire occupé.

M.D.

UNION EUROPÉENNE

Crise sanitaire et restrictions aux déplacements internationaux

2020/3-4.60 - La crise sanitaire confronte avec une particulière vigueur les deux approches traditionnelles des relations internationales que sont l'unilatéralisme et le multilatéralisme. Elle démontre que la tentation unilatérale est, même pour les quelques-uns qui se prévalent encore du multilatéralisme, irrésistible, mais que ce dernier peut apparaître, dans un second temps, comme une nécessité raisonnable pour recouvrer un minimum de prévisibilité et de stabilité à l'échelle interétatique. La crise constitue ainsi un miroir grossissant – car résumé, en l'état, sur quelques mois – des logiques qui animent la société internationale face à une situation donnée. La question des restrictions aux déplacements internationaux mises en place par les Etats, singulièrement au sein de l'Union européenne, en offre une illustration saisissante.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le droit international et la doctrine, juridique comme scientifique, sont assez limpides quant aux restrictions aux déplacements internationaux en cas de pandémie : elles doivent être évitées, et sont, en toute hypothèse, largement inefficaces. L'article 43 du Règlement Sanitaire International (RSI) prévoit ainsi que les mesures adoptées par les Etats pour protéger la santé publique « ne doivent pas être plus restrictives pour le trafic international ni plus intrusives ou invasives pour les personnes que les autres mesures raisonnablement applicables qui permettraient d'assurer le niveau approprié de protection de la santé ». L'Etat qui, néanmoins, applique des mesures qui « entravent de manière importante le trafic international » doit fournir à l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) « les raisons de santé publique et les informations scientifiques qui la justifient » (art. 43 § 3 RSI). Face à leur multiplication, l'OMS rappelait aux Etats, dès la fin février, que ces mesures « retardent peut-être l'importation de nouveaux cas [de Covid-19], mais n'empêchent pas l'importation de la maladie ». En conséquence, l'Organisation « recommande de ne pas appliquer de mesures restrictives aux déplacements et au commerce » internationaux (WHO, « Coronavirus disease 2019 (Covid-19), Situation Report – 39, 28 February 2020). La doctrine juridique, y compris spécialisée en matière de santé, est du même avis (voir par ex. W. Yu, J. Keralis, « Controlling Covid-19 : the folly of international travel restrictions », *Health and Human Rights Journal,* April 6, 2020, et les références citées par les auteurs). C'est peu dire cependant que ces autorités ont été peu entendues. Au-delà de la décision américaine de se retirer de l'OMS (« Les Etats-Unis lancent officiellement la procédure pour quitter l'OMS », *Le Monde* du 8 juillet 2020) – quand le sage montre la lune, l'imbécile… – la quasi-totalité des Etats ont en effet imposé des mesures restrictives des déplacements internationaux de passagers et de marchandises. Ainsi, entre la mi-avril et la mi-mai, au plus fort de la « première vague », 100% des Etats de destinations de déplacements internationaux imposaient des restrictions à ces derniers, ces restrictions prenant la forme, pour 45% d'entre elles, de fermetures totales ou partielles des frontières (voir les saisissants et très complets rapports périodiques de l'Organisation mondiale du Tourisme : UNWTO, « Covid-19 related travel restrictions. A global review for tourism », disponibles à l'adresse : *https://www.unwto.org/covid-19-travel-restrictions*). Les Etats membres de l'Union européenne ont ainsi, et eux aussi, opté pour de telles mesures, qui ont cependant été assez rapidement assouplies concernant les déplacements intra-européens (pour le détail des mesures pays par pays, voir *https://ec.europa.eu/transport/coronavirus-response_en*).

En dépit de quelques affirmations contraires qui ne convainquent guère (voir par ex. B. Mason Meier, R. Habibi, Y. Tony Yang, « Travel restrictions violate international law », *Science,* Vol. 367, No. 6485, 2020, p. 1436), il est compliqué d'affirmer que ces mesures violent en elle-même et de manière générale « le droit international ». Le RSI comme d'autres instruments internationaux, notamment ceux de l'OMC, n'interdisent pas de telles mesures, qu'ils se contentent de soumettre à des exigences de proportionnalité au regard des objectifs visés. Nul doute que cela donnera lieu à de vastes débats dans les prétoires (M. Thépot, « Les multinationales envisagent de poursuivre les Etats pour leurs pertes liées au Covid-19 », *Marianne* n°1223, 21 août 2020), mais la contrariété au droit international n'est pas plus évidente ici qu'elle ne l'est, par ailleurs, au droit international des droits de l'Homme, dès lors qu'aucun droit de circulation international n'existe et que les droits existants pouvant être concernés par les restrictions aux déplacements internationaux – droit à la liberté, droit de mener une vie familiale normale, notamment – sont susceptibles de restrictions aux mêmes conditions de proportionnalité (S. Touzé,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

« La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation », *Le Blog du Club des Juristes,* 22 avril 2020). Peut-être faut-il seulement réserver ici le cas de l'obligation de non-refoulement, telle qu'elle est consacrée par le droit international des droits de l'Homme et des réfugiés, que pourrait violer un refus d'entrée opposé au titre des restrictions sanitaire à un ressortissant étranger craignant la torture ou des traitements inhumains et dégradants en cas de retour dans son Etat d'origine (voir HCDH, OIM, HCR et OMS « Les droits et la santé des réfugiés, des migrants et des apatrides doivent être protégés dans le cadre des efforts de lutte contre le Covid-19 », Communiqué de presse conjoint, 30 mars 2020 et UNHCR, « Key legal considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the Covid-19 reponse », 16 March 2020).

Au-delà, donc, de la seule question de la conformité de ces mesures restrictives au droit international, c'est, surtout, ce qu'elles révèlent des réflexes étatiques qui fascine. Les mesures adoptées témoignent du « repli unilatéraliste » des Etats face à une menace identifiée, assez largement à tort, comme « extérieure ». Les recommandations des instances spécialisées ont été ignorées face à l'ampleur de la pandémie et aux demandes de la population, à tel point que la crise illustre assurément « la faillite du multilatéralisme d'en haut » (J. Fernandez cité *in* G. Minassian et M. Semo, « Le multilatéralisme à l'épreuve du coronavirus », *Le Monde* du 24 avril 2020). Il n'est pas improbable cependant et c'est tout aussi intéressant, que ces institutions puissent être à nouveau écoutées. Le cas de l'Union européenne est ici particulièrement illustratif, qui a vu les Etats céder rapidement et de manière désordonnée à la tentation des mesures restrictives, dans un cadre pourtant particulièrement rétif à ce type de mesures (S. Barbou des Places, « Covid-19 : le renforcement des contrôles aux frontières Schengen » et « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne à l'épreuve du Covid-19 », *Le Blog du Club des Juristes,* 12 mai 2020), avant cependant d'envisager – non sans difficultés il est vrai – une levée multilatérale et concertée de celles-ci (Union européenne, « Réaction commune de l'UE face à la pandémie de Covid-19 », *https://europa.eu/european-union/coronavirus-response_fr*). La pandémie peut-être vue, en ce sens, comme un « *wake-up call for multilateralism* » (« Covid-19. Joint Declaration of the Alliance for Multilateralism », 16 April 2020) qu'éprouvera sans guère de doute la « deuxième vague » qui vient à l'heure où ces lignes sont écrites

T.F.G.

UNION EUROPÉENNE - LIBYE

Fin de la mission militaire « SOPHIA » - Création de la mission militaire « IRINI »

2020/3-4.61 - Lorsque « Sophia » s'efface au profit d'« Irini », l'ineffectivité des obligations « humanitaires » devient une condition du respect des obligations « sécuritaires ». Le 31 mars 2020, le Conseil de l'Union européenne (UE) a adopté deux décisions au titre de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC). La première met fin à l'opération militaire « Sophia » créée en 2015 afin de « démanteler le modèle économique des réseaux de trafic de clandestins et de traite des êtres humains dans la partie sud de la Méditerranée » (Décision du Conseil (PESC) 2020/471 du 31 mars 2020 abrogeant la décision 2015/778, *JOUE*, 1er mai 2020, L. 101/3). La seconde porte création de l'opération militaire de gestion de crise « IRINI » visant à prévenir le trafic d'armes à destination de la Libye (Décision du Conseil (PESC), 2020/472 du 31 mars 2020 relative

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

à une opération militaire de l'Union européenne en Méditerranée (EUNAVFOR MED IRINI, *JOUE*, 1er mai 2020, L 101/4).

La concomitance de ces deux décisions est la manifestation de l'absence de solidarité des Etats membres à l'égard des flux migratoires bien davantage qu'elle n'est le signe d'une évolution du prisme à travers lequel l'UE aborde le conflit libyen. La « faillite » de l'Etat libyen depuis la chute du régime de Mouammar Kadhafi en 2011 a en effet eu pour conséquence d'ouvrir une nouvelle route migratoire – celle de la méditerranée centrale à destination de l'Italie – vers l'Union européenne, par ailleurs de plus en plus sollicitée au sud-ouest à la faveur notamment du conflit syrien. En 2015, le Conseil de l'Union européenne avait ainsi mis en place l'opération militaire « Sophia » (Décision du Conseil (PESC) 2015/778 du 18 mai 2015, *JOUE*, 19 mai 2015, L 122/31). Placée sous commandement italien, elle avait pour objet d'« éviter toute nouvelle perte de vies humaines en mer » en empêchant « les flux migratoires illégaux » (Décision 2015/778 préc., par. 3). L'Union européenne avait à ce titre obtenu l'adoption par le Conseil de sécurité de la Résolution 2240 (2015) autorisant les Etats et les organisations régionales à inspecter les navires en haute mer ou au large des côtes libyennes soupçonnés d'être utilisés pour le trafic de migrants en provenance de Libye (Résolution 2240 (2015, 9 octobre 2015, S/RES/2240 (2015) ; Décision du Comité politique et de sécurité (PESC) 2016/118 du 20 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de la résolution 2240 (2015) du Conseil de sécurité par l'EUNAVFOR MED opération SOPHIA, *JOUE*, 29 janvier 2016, L 23/63). Bien que le but de l'opération n'était pas de secourir des naufragés – le Conseil précise toutefois dès l'origine qu'elle doit être menée dans le respect des conventions sur la sauvegarde de la vie en mer (SOLAS) de 1974 et sur la recherche et le sauvetage maritimes de 1979 et de la convention de Genève de 1951 – elle aurait permis de sauver quarante-cinq mille personnes entre juin 2015 et juin 2019 (selon les chiffres énoncés par le Contre-amiral O. Bodhuin, commandant-adjoint de l'opération, lors de son audition par la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat le 26 juin 2019 ; compte-rendu disponible sur le site senat.fr).

Quelle que soit son efficacité (relative) en termes de réduction des flux migratoires, d'une part, et de poursuites contre les trafiquants, d'autre part, c'est cette faible contribution au sauvetage des migrants qui aura raison d'elle. A la faveur de l'arrivée au pouvoir du gouvernement de coalition réunissant le Mouvement cinq étoiles et la Ligue et sur fond de différend entre Etats membres quant à la notion de « ports sûrs » devant accueillir les rescapés, l'Italie demande la suppression de l'opération « Sophia ». Le compromis trouvé n'est que temporaire et offre un nouveau témoignage des conséquences délétères de la répartition des demandeurs d'asile telle qu'elle est organisée par le controversé « Règlement Dublin III » : le 29 mars 2019, « Sophia » est reconduite pour six mois mais elle est privée de sa composante maritime « pour des raisons opérationnelles » (Communiqué de presse du Conseil de l'UE, 29 mars 2019). Depuis lors, la lutte contre les passeurs s'effectue uniquement par la voie aérienne et par la formation des garde-côtes libyens. Malgré le départ de la Ligue de la coalition gouvernementale italienne, notamment du ministre de l'Intérieur Matteo Salvini, la dorénavant impossible entente des dirigeants européens en matière de politique migratoire et d'asile empêchera une nouvelle reconduction de l'opération « Sophia ». Les Etats membres décident donc son abrogation. Seule a pu être maintenue la mission secondaire qui lui avait été confiée en septembre 2016 consistant en la mise en œuvre de la Résolution 2292 (2016) du Conseil

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de sécurité adoptée le 14 juin 2016 (S/RES/2292 (2016)). Cette dernière renforce l'embargo onusien en autorisant, en haute mer au large des côtes libyennes, les inspections à bord des navires soupçonnés de transporter des armes ou du matériel connexe à destination ou en provenance de la Libye (Comité politique et sécurité (PESC) 2016/1637 du 6 septembre 2016, *JOUE*, 10 septembre 2016, L 243/14). Le consensus entre Etats membres exigeait toutefois de prendre la plus grande distance à l'égard de l'opération « Sophia ». Son nom de code doit être oublié et l'opération « Irini » naît d'une décision propre qui lui donne donc pour « mission principale » de mettre en œuvre l'embargo sur les armes en provenance ou à destination de la Libye (Décision 2020/472 préc., Art. 2).

Trois autres tâches « secondaires » ou « complémentaires » lui sont confiées. L'article 3 prévoit que l'opération « Irini » doit contribuer à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité visant les exportations illicites de pétroles en provenance de Libye. L'article 4 reprend la mission de développement des capacités et de formation des garde-côtes libyens. Enfin, maigre concession accordée aux Etats qui souhaitaient le maintien de l'opération « Sophia », l'article 5 prévoit que l'opération militaire « apporte un appui à la détection et à la surveillance des réseaux de trafic de migrants et de traite des êtres humains grâce à la collecte d'informations et à l'organisation de patrouilles réalisées par des moyens aériens au-dessus de la haute mer, dans la zone d'opération arrêtée ». La crainte que le déploiement d'une opération militaire navale en méditerranée accroisse les flux migratoires pourrait ainsi être contreproductive puisqu'il faudra dorénavant s'en remettre uniquement aux garde-côtes libyens pour démanteler ces puissants réseaux de passeurs. Plus encore, l'existence même de l'opération « Irini », dans toutes ses composantes, dépend du nombre de sauvetages qu'elle permettra malgré tout d'effectuer. En effet, afin d'obtenir le vote de l'Autriche et de la Hongrie notamment, il a été décidé que l'autorisation de l'opération fera l'objet d'une évaluation tous les quatre mois et qu'elle ne pourra pas être prolongée « si, sur la base d'éléments de preuve étayés recueillis suivant les critères fixés dans le plan d'opération, il apparaît que le déploiement de moyens maritimes de l'opération produit un appel d'air sur les migrations » (Décision 2020/472 préc., Art. 8, § 3). On ne saurait mieux inciter les commandants des navires à s'abstenir de tout excès de zèle dans le respect des obligations internationales relatives aux sauvetages en mer. L'embarrassante question du débarquement dans un « port sûr » est à ce titre contournée puisque si d'aventure des migrants venaient à être secourus, ils seraient pris en charge par l'Etat du pavillon selon le ministre des affaires étrangères italien, Luigi Di Maio (*Le Monde*, 19 février 2020). La conséquence ne s'est pas fait attendre : Malte est aussitôt revenue sur sa promesse de mettre à la disposition de l'opération l'équipage militaire chargé d'effectuer les contrôles à bord des navires soupçonnés de trafic d'armes et a prévenu qu'elle opposera son veto aux dépenses engagées pour le débarquement des migrants (M. Vella, « Malta vetoes Irini spending after withdrawing from EU naval mission », *Maltatoday.com.mt*). Mais il faut également préciser que cette mise en œuvre européenne de l'embargo onusien n'a rien de neutre. La réaction de Malte s'explique aussi par le fait qu'une telle opération, déployée en méditerranée centrale, nuit davantage au Gouvernement d'Union Nationale (GNA) de Tripoli, soutenu par la Turquie, qu'à celui de Tobrouk. Le premier a ainsi envoyé une lettre de protestation le 22 avril 2020 au Conseil de sécurité alors que, lors de la réunion de celui-ci le 2 juin, la Russie, soutien du second, a menacé de bloquer le renouvellement de la Résolution 2292 (2016) – que l'opération « Irini » met en œuvre – après que la frégate française Jean Bart eût intercepté un pétrolier battant pavillon gabonais (Ph. Rater, « Europe tries to reassure Russia over Libya arms

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

embargo mission », *AFP*, 3 juin 2020). Le *Jean Bart* étant par la suite revenu à Toulon, l'opération s'était alors retrouvée pendant plusieurs jours sans moyen naval alors qu'il avait déjà fallu attendre un mois – le temps d'assurer la génération des forces – pour qu'elle devienne opérationnelle (L. Lagneau, « Libye : Où sont les navires de l'opération navale européenne Irini ? », www.opex360.com, consulté le 3 juin 2020). Ce n'est que le 4 juin qu'elle a pu retrouver une composante navale avec l'arrivée de la frégate grecque *Spetsai* (EUNAVFOR MED OPERATION IRINI, « Operation Irini : welcome to the Greek vessel Spetsai », communique de presse du 4 juin 2020) qui vient s'ajouter aux trois avions de surveillance luxembourgeois, polonais et allemand. Les dissensions géopolitiques entre États membres conjugués à leurs divergences fondamentales en matière migratoire compromettent ainsi la réalisation d'une mission qui, en elle-même, relève de la gageure (UN Support Mission In Libya, « Statement on continued violations of arms embargo in Libya », communiqué de presse du 25 janvier 2020, disponible sur le site de l'UNSMIL). A croire qu'« Irini » n'est pas née sous la plus reluisante des étoiles.

A.M.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

Niki ALOUPI, Julien CAZALA, Rémi CÈBE,
Claire CREPET DAIGREMONT, Julie FERRERO, Hélène RASPAIL,
Muriel SOGNIGBE SANGBANA, Julie TAVERNIER, Rémy PROUVÈZE

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT DE LA MER

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE
Sentence sur le fond du 21 mai 2020, *Affaire de l'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)* 653

B. DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL 662

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Arrêts du 14 juillet 2020, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) et Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)* 662

C. DROIT DE L'OMC

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
Rapport de l'Organe d'appel du 9 juin 2020, *Australie – Emballage neutre du tabac* (DS435 et DS441) 667

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Avis consultatif du 29 mai 2020 (Grande Chambre), *Avis relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, demande n° P16-2019-001 671

Arrêt du 18 juin 2020 (Grande Chambre), satisfaction équitable, *Molla Sali c. Grèce,* req. n°20452/14 673

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Arrêt du 25 juin 2020 (Grande Chambre), *S.M. c. Croatie*, req. n°60561/14 677
Arrêt du 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n°9347/14 679
Arrêt du 25 juin 2020, *Ghoumid et al. c. France*, req. nos 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16 681
Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 30 septembre 2020, *Arménie c. Azerbaïdjan*, demande n°42521/20 et Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 6 octobre 2020, *Arménie c. Turquie*, demande n° 43517/20 682

COUR DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST
Arrêt du 25 juin 2020, *Amnesty International Togo et autres c. République du Togo,* EWC/CCJ/APP/61/18, ECW/CCJ/JUD/09/20 684

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 6 mars 2020, *Lidercon S.L. v. Peru* (ARB/17/9) 686
Sentence du 3 avril 2020, *Itisaluna Iraq LLC and others v. Iraq* (ARB/17/10) 689
Sentence du 6 avril 2020, *Lotus Holding Anonim Sirketi v. Turkmenistan* (ARB/17/30) 690
Sentence du 13 mai 2020, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Guatemala*, (ARB/10/23) 692

COMITÉ AD HOC CIRDI
Décision sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence du 26 aout 2020, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain* (ARB/15/38) 693

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC (CNUDCI)
Sentence partielle sur la juridiction du 15 juillet 2020, *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic,* (ICSID-UNCT/18/3) 694

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE
Sentence finale du 11 mai 2020, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburg (Germany) v. Czech Republic* (PCA n° 2017-15) 697

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Comoros" du 16 septembre 2020 (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) 699

TRIBUNAL SPECIAL POUR LE LIBAN
Judgment du 18 août 2020, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra* (STL-11-01/T/TC) 702

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES
Jugement n° 2020-985 702

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT DE LA MER

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence sur le fond du 21 mai 2020, *Affaire de l'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*

(V. Golitsyn, président ; J.-H. Paik ; P. Robinson ; F. Francioni ; P.S. Rao arbitres)

Liberté de navigation (article 87) – compétence exclusive de l'Etat du pavillon (article 92.1) – nature de la compétence de l'Etat du pavillon – juridiction pénale de l'Etat du pavillon (article 97.1) – incident de navigation – navigation dans la ZEE – consentement de l'Etat du pavillon – immunité des militaires à bord des navires privés – bonne foi/abus de droit – nationalité des navires – question incidente – demandes reconventionnelles

Très attendue depuis plusieurs années (voir TIDM, demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015 et CPA, demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 29 avril 2016, cette Chronique, *Revue,* 2016-1 et 2016-3 respectivement, pp. 145-148 et pp. 655-658 respectivement, nos obs.), la sentence rendue sur le fond le 21 mai 2020 à propos de *l'incident de l'Enrica Lexie* ne fut publiée sur le site de la CPA que le 10 aout 2020 (le dispositif quant à lui était déjà publié depuis le 2 juillet 2020), après examen par les Parties des informations confidentielles que celle-ci pouvait contenir.

L'intitulé « incident *Enrica Lexie* » et le fait que le navire se trouvait dans la zone économique exclusive (ci-après ZEE) indienne au moment des faits à l'origine du différend aurait pu initialement laisser l'impression d'une affaire relativement simple tout à la fois juridiquement et factuellement et, dès lors, d'une « victoire » facile pour l'Italie : le navire était italien, les militaires à bord également, le navire bénéficiait de la liberté de navigation qui s'applique en ZEE comme en haute mer, l'Inde a violé ladite liberté. CQFD. Or, outre une complexité indéniable des faits eux-mêmes et de leur chronologie (les positions des parties divergent notamment quant à tous les événements qui ont précédé les tirs de sommation ayant tué les pêcheurs indiens, mais également quant à la chronologie des événements qui en ont suivi ; voir §§ 87-117 ; 118-216 ; 541-564), la demande de l'Inde d'appeler l'affaire plutôt « incident *Saint Antony* » (le nom du navire indien à bord duquel se trouvaient les pêcheurs tués ; § 4) révèle toute la subtilité juridique d'un différend bien moins évident qu'il en aurait pu avoir l'air *prima facie*. Bien que le tribunal arbitral ait décidé pour des raisons de commodité de continuer à nommer l'affaire « *Enrica Lexie* » (§ 5), il a souvent fait sien l'argument de l'Inde, se focalisant en réalité sur l'incident *Saint Antony.* Se livrant à un fin exercice d'équilibriste, frôlant parfois l'hypocrisie tellement celui-ci est réussi, le tribunal arbitral rend une sentence qui permet en théorie aux deux parties de se considérer comme victorieuses (ou inversement perdantes). C'est bien l'Inde qui voit la plupart de ses arguments validés par le tribunal, à l'unique – mais guère anodine – exception de celui relatif à l'immunité des militaires italiens. Or, c'est précisément ladite immunité – bien que constituant selon le tribunal une *simple question incidente* et non *l'objet au cœur du litige* comme le prétendait l'Inde – qui permet à la balance de se pencher de nouveau du côté de l'Italie, alors même que la totalité de ses autres prétentions, fondées elles sur la Convention de Montego Bay contrairement aux immunités qui trouvent leur fondement dans le droit international général, sont rejetées.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Et il ne s'agit là que d'un parmi les nombreux paradoxes truffant la sentence. Si se prononcer sur l'incident *Saint Antony* dans l'affaire *Enrica Lexie* n'en est en définitive pas vraiment un, force est de constater que le raisonnent du tribunal est parfois paradoxal et les conclusions auxquelles certaines de ses analyses aboutissent peuvent sembler peu ou mal fondées, voire sur certains points contradictoires entre elles. Elles adoptent une approche assez restrictive de la notion d'incident de navigation en haute mer, tout en prônant en théorie (car en l'espèce l'application que le tribunal en fait demeure tout à fait restreinte) une vision très extensive de la liberté de navigation et de son corollaire, à savoir le monopole de l'Etat du pavillon dans cet espace. Par ailleurs, la conception du navire en tant qu'ensemble organisé se voit potentiellement restreinte dans l'analyse du tribunal, alors que la notion de la nationalité du navire battant le pavillon d'un Etat fait l'objet d'une extension aussi importante que regrettable. Le raisonnement du tribunal demeure particulièrement succinct lorsqu'il s'agit de justifier ces différentes approches, qui pourtant n'allaient guère de soi eu égard aux textes et aux précédents jurisprudentiels. Quoiqu'il en soit, cette affaire passionnante permet de revenir presque un siècle plus tard sur les célèbres enseignements de *Lotus* et de s'interroger sur les évolutions du droit de la mer et du droit international général depuis l'abordage en haute mer impliquant le *S.S. Lotus* français et le *Boz Kourt* turc. Que l'on puisse regretter certaines contradictions ou ellipses dans le raisonnement du tribunal, il n'en demeure pas moins que la sentence du 21 mai 2020 soulève pléthore de questions juridiques d'une importance remarquable, d'un point de vue aussi bien procédural que substantiel.

Quant à la procédure, dans la mesure où le tribunal est compétent en vertu de l'article 288 paragraphe 1 « pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention », la première exception d'incompétence soulevée par l'Inde concerne sans surprise l'objet même du différend. Si selon l'Italie, « *the "real issue in the case" and "object of the claim" is the determination of which State is entitled, under the Convention, to exercise jurisdiction over the incident of 15 February 2012 and "over the two marines in relation to the incident"* » (§ 223), l'Inde avance quant à elle que *« "the core issue, the real subject matter of the dispute" is the question whether the Marines are entitled to immunity from criminal proceedings arising out of the "Enrica Lexie" incident.* » (§ 226). La divergence est de taille : le tribunal ne saurait être compétent que suivant la position italienne, puisque celle de l'Inde signifie que le différend n'est plus relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention de Montego Bay. Le tribunal, citant l'affaire de *la mer de Chine méridionale,* commence par observer qu'afin de déterminer la nature du différend il doit « *on an objective basis (…) "isolate the real issue in the case" […] and "identify the object of the claim"* » (§ 231). Après avoir passé en revue les formulations retenues par les parties dans la procédure écrite et dans les plaidoiries devant lui, il note que leurs prétentions contradictoires concernent la question de savoir quel Etat doit exercer sa compétence sur l'incident impliquant l'*Enrica Lexie* et le *Saint Antony* (§§ 235 et 243) et non uniquement celle de l'immunité (§ 242). « *The dispute may raise, but it is not limited to, the question of immunity of the Marines* » (§ 243), puisque « *on Italy's case, it was conceivable that the dispute between the Parties would be decided without a determination on the question of immunity* » (§ 239) − certes, mais c'est en définitive cette question qui permettra *in fine* de résoudre le différend, après avoir pourtant écarté tous les arguments italiens fondés sur la Convention…

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

L'on retrouve le même argument indien s'agissant non plus de la compétence globale du tribunal, mais plus concrètement de la question de savoir si ce dernier est compétent pour se prononcer sur la demande liée à l'immunité des fusiliers italiens (§§ 733 et s.). L'Italie invoque notamment pour justifier ladite compétence les articles 2, paragraphe 3 ; 56, paragraphe 2 et 58, paragraphe 2 de la Convention, dans la mesure où ils opèrent tous trois des renvois aux « autres règles du droit international » permettant ainsi de « *import immunity* » (§ 734). Après avoir observé qu'aucun de ces articles n'est pertinent ou applicable en l'espèce (§ 798 ; il écarte de même les articles 95 et 96 qui visent l'immunité des navires et non des personnes, § 799 ; et l'article 297, par. 1, dès lors que le différend ne tombe pas dans son champ d'application, § 802), le tribunal se tourne vers « toute autre justification » susceptible de lui permettre d'exercer sa compétence quant à la question de l'immunité des militaires italiens (§ 803). Sans craindre la contradiction avec son argument précédent selon lequel il est concevable de résoudre le différend sans se prononcer sur la question de l'immunité (§ 239), le tribunal note que « *the question (…) arises as to whether the issue of the entitlement to exercise jurisdiction over the incident of 15 February 2012 could be satisfactorily answered without addressing the question of the immunity of the Marines* » (§ 805). Dans la mesure où cette question constitue l'un des (nombreux, souligne toutefois le tribunal) aspects du différend, qui plus est d'une grande importance (§ 806) et où l'immunité juridictionnelle fonctionne comme une *exception* au droit par ailleurs existant d'exercer sa compétence, la question de savoir si cette exception s'applique en l'espèce fait partie intégrante de l'affaire confiée au tribunal. En somme, « *the Arbitral Tribunal could not provide a complete answer to the question as to which Party may exercise jurisdiction without incidentally examining whether the Marines enjoy immunity* » (§ 808) – il n'était donc pas si « concevable » après tout que le différend soit réglé sans recours à cet aspect... C'est toutefois en raison de sa nature de *question incidente* (§§ 809 et 811) que la demande italienne relative à l'immunité des militaires tombe dans le champ d'application du tribunal. Pourtant, celui-ci n'apporte aucune précision quant aux critères permettant de qualifier une demande d'incidente (sur ces conditions voir l'opinion dissidente du juge Robinson, not. §§ 42-49 ; le juge qualifie la conclusion de la majorité quant à la nature incidente de la demande de « *baseless »,* § 50 ; cf. opinion individuelle et dissidente de l'arbitre Rao §§ 29-59) et ne se réfère guère à d'autres affaires récentes (plus récentes en tout cas que celle *concernant certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise* que cite le tribunal !) qui ont soulevé la question des demandes accessoires, alors même que la plus récente d'entre elles comptait elle aussi parmi les membres du tribunal arbitral les juges Golitsyn et Paik (voir CPA, *Affaire relative aux droits des Etats côtiers dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de la Russie)*, sentence sur les exceptions préliminaires du 21 février 2020, cette Chronique, *Revue,* 2020-2, nos obs., pp. 371-378, not. 374 ; cf. CPA, *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni),* sentence du 18 mars 2015, cette Chronique, *Revue*, 2016-1, obs. L. TRIGEAUD, pp. 138-143). C'est pourtant fort de cette conclusion bien faible sur sa compétence que le tribunal pourra se prononcer sur le fond concernant l'immunité des militaires italiens.

Le reste des questions procédurales semblent bien moins controversées. Outre l'obligation de procéder à des échanges de vues (§§ 246-247), le tribunal se penche d'une part sur la question de la recevabilité de la demande additionnelle de l'Italie concernant l'incompatibilité avec la Convention d'une loi de 1976 sur les zones maritimes indiennes et notamment sur les pouvoirs de police de l'Inde dans la ZEE (§ 246 et §§ 352-361) et d'autre

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

part sur celle de la recevabilité des demandes reconventionnelles de l'Inde (§§ 249-256). Quant à la première, qui aurait pu par ailleurs s'avérer passionnante relativement aux conséquences de la non-conformité éventuelle d'une législation nationale antérieure à la Convention de Montego Bay à celle-ci, le tribunal la contourne facilement, dans un raisonnement qui dépasse les aspects procéduraux pour toucher le fond. Il montre en effet que cette incompatibilité alléguée, soulevée par l'Italie non pas de manière autonome indépendamment des événements du 15 février 2012, mais parce qu'elle considère que les mesures indiennes ont été adoptées en ZEE sur son fondement (§ 355), est en définitive sans lien avec l'affaire dès lors qu'il n'est pas prouvé que le comportement indien fut réellement fondé sur cette loi (§ 361). Ce dernier est justifié par l'Inde en invoquant plutôt deux chefs de compétence : territoriale (fondé sur la théorie des effets et applicable par analogie aux engins en dépit de l'abandon de la théorie de la territorialité du navire) et personnelle passive. La première étant rapidement admise (trop rapidement d'ailleurs, puisque la compétence exercée par l'Etat du pavillon à l'égard des navires privés de sa nationalité est plutôt qualifiée par la doctrine de « personnelle » et non de territoriale…) comme base juridique « valable » pour l'exercice de la compétence indienne sur l'incident *Enrica Lexie* (§§ 363-367), le tribunal renonce à se prononcer sur la « *validity* » (*sic*) du second chef de compétence invoqué (§ 369). Ce qui est bien dommage étant donné son importance récurrente face aux enjeux actuels du droit de la mer contemporain. Quant à la seconde, elle ne posait guère de problème, dans la mesure où l'Italie ne contestait pas la compétence du tribunal (§ 253), fondée sur un principe général bien établi en droit du contentieux international (§ 256), en tant que pouvoir inhérent même lorsque les demandes reconventionnelles ne sont pas expressément mentionnées par les Règles de Procédure (§ 254).

Pour ce qui est du fond, l'Italie invoque pour commencer quatre violations de la Convention résultant du comportement indien : celle de la liberté de navigation en haute mer (article 87, paragraphe 1,a) ; celle de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon en haute mer (article 92, paragraphe 1) ; celle de la juridiction pénale de l'Etat du pavillon ou de l'Etat de nationalité de l'auteur en matière d'abordage ou en ce qui concerne tout autre incident de navigation maritime (article 97, paragraphe 1) et celle de l'obligation de coopérer à la répression de la piraterie combinée à l'abus de droit (article 100 et article 300, puisque selon la jurisprudence constante du TIDM l'article 300 sur la bonne foi et l'abus de droit ne peut être invoqué de manière autonome, mais seulement en rapport avec un autre article de la Convention). Les trois premières, à l'évidence liées entre elles, offraient au tribunal une occasion en or pour apporter des clarifications aussi importantes que nécessaires en matière de monopole de l'Etat du pavillon dans les espaces maritimes internationaux ou hybrides (*i.e.,* la haute mer et, par le biais de l'article 58, la ZEE), et ce d'autant plus que la sentence intervenait un an après l'arrêt *Norstar* du TIDM qui se penchait déjà sur la question et qui avait soulevé plusieurs critiques et controverses (voir TIDM, Affaire du *navire « Norstar » (Panama c. Italie),* arrêt du 10 avril 2019, cette Chronique, *Revue,* 2019-2, pp. 475-480, nos obs.). Mais l'occasion ne fut malheureusement pas pleinement saisie.

Les premières violations adressées par le tribunal furent celles de la liberté de navigation et de son corollaire, versant négatif de ladite liberté, à savoir la compétence exclusive de l'Etat du pavillon lorsque le navire se trouve en haute mer ou dans la ZEE. Les positions des parties (étayées par nombre d'arguments solides et intéressants) divergeaient non seulement quant au contexte factuel du changement de cap de l'Enrica Lexie et de son arrivée au port de Kochi (§§ 382-434), mais également quant au contenu et

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'étendue des deux principes en question (§§ 435-462 et 506-520 respectivement), ce qui, combiné à l'incertitude générale les entourant, rendait plus cruciale encore l'analyse du tribunal. Celle-ci examine tout d'abord le *concept* de la liberté de navigation. En citant *Lotus* (§ 467), le tribunal rappelle que l'article 92 codifie une règle bien établie du droit coutumier. Il cite ensuite *Norstar* (§ 468) pour affirmer que la liberté de navigation est violée par « *any act of interference with navigation of foreign ships or any exercise of jurisdiction over such ships on the high seas (…) unless justified by the Convention or other international treaties* ». Il précise que cette « *interference may take physical or non-physical forms* » (§ 469). Cette précision, réitérant la position du TIDM, est fondamentale puisqu'elle signifie que même une ingérence non-matérielle « *whose effect is that of instilling fear (…), or causing hindrance (…)*», suffit pour violer la liberté de navigation (§ 472).

L'Italie estime qu'en l'espèce cette violation s'est manifestée de trois manières, à savoir par « *directing the Enrica Lexie to proceed to Kochi while it was navigating beyond India's territorial sea, by interdicting it, and by escorting it to Kochi* » (§ 474). Une ingérence donc non-matérielle (le fait de donner des instructions au navire lorsque celui-ci se trouve dans la ZEE), mais qui constitue selon l'Italie un exercice de juridiction vis-à-vis de l'Enrica Lexie, et deux ingérences matérielles, à savoir l'arraisonnement et le fait d'escorter le navire vers le port. Or, le tribunal n'est pas convaincu par les faits tels que présentés par l'Italie. Il considère au contraire que le capitaine du navire ne s'est pas senti obligé de se diriger vers Kochi à la suite de la *simple demande* dans ce sens du Centre de coordination et de sauvetage de Mumbai, mais qu'il a librement décidé de ce faire (§ 475-482). Il rejette également l'argument italien selon lequel cette *demande,* mentionnant l'arraisonnement des deux navires pirates suspectés, fut en réalité une ruse indienne visant à manipuler le capitaine pour qu'il change de cap (§§ 483-489). Après avoir défini l'arraisonnement en tant que « *a State's action of stopping, searching, and arresting foreign flag vessels and crew* » (§ 491), le tribunal conclut par ailleurs qu'aucune opération d'une telle nature n'a eu lieu dans la ZEE indienne (§§ 494-495). Enfin, bien que l'Enrica Lexie fût accompagné par un aéronef et un navire des garde-côtes indiens depuis son changement de cap dans la ZEE et jusqu'à son arrivée au port de Kochi, l'examen des preuves conduit le tribunal à estimer qu'il ne s'agit pas là non plus d'une interférence interdite avec la liberté de navigation (§§ 504-505). En effet, il affirme que le fait de se faire escorter n'est pas systématiquement une violation de ladite liberté, mais que cela dépend « *on a variety of circumstances, including the form of the escort, its purpose, and the perception of those on board of the vessel which is being escorted* » (§ 497). Il écarte même, dans un *obiter dictum,* la nécessité invoquée par l'Italie – et communément admise – du consentement de l'Etat du pavillon en suggérant que « *there may be instances where the escort of a foreign vessel by a vessel of the coastal State without the express consent of the flag State is not contrary to the Convention, such as to ensure safety of passage through unknown sea lanes or to prevent environmental harm*» (§ 500). Dans son raisonnement global il semble de surcroit considérer que le consentement du capitaine pourrait suffire dans certaines hypothèses en l'absence de celui de l'Etat du pavillon, une espèce de validation de la théorie américaine du « *consensual boarding* », pourtant très contestée. En bref, l'Inde n'a pas violé l'article 87, paragraphe 1.

Mutatis mutandis, le tribunal rejette tous les arguments italiens relatifs à la violation de l'article 92. Et ce alors même que, inspiré du précédent de *Norstar,* il adopte une vision très extensive du concept du monopole de l'Etat du pavillon, incluant « non seulement

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'exercice de la *compétence d'exécution* en haute mer par des Etats autres que l'Etat du pavillon, mais aussi l'extension de leur *compétence normative* aux activités licites conduites en haute mer par des navires étrangers » (§§ 524-527, cf. affaire *Norstar* précité § 225). Cette approche ne fait pas l'unanimité, loin de là (cf. entre autres les diverses déclarations, opinions individuelles et opinions dissidentes dans l'affaire *Norstar*). L'auteur de ces lignes la trouve pleinement justifiée et conforme à la manière dont le terme « juridiction » (qui est d'ailleurs à l'origine du problème dès lors que la *jurisdiction* de la version anglaise n'est pas nécessairement synonyme à la *juridiction* en français) fut utilisé pour la première fois dans le projet d'articles de 1955 de la Convention sur la haute mer, entendu « *lato sensu*, incluant non seulement la fonction judiciaire mais toute forme de souveraineté ou autorité » (A/2934, p. 4). Mais ce n'est le cas ni de la totalité de la doctrine ni de l'ensemble des juges et arbitres internationaux. D'ailleurs cette approche très extensive semble pour partie contredite par la position adoptée plus loin par le tribunal lui-même concernant la « compétence concurrente » de l'Italie et l'Inde à propos de l'incident en cause, dans la mesure où l'Italie exerce sa compétence exclusive en tant qu'Etat du pavillon de l'Enrica Lexie et l'Inde la sienne en tant qu'Etat du pavillon du Saint Antony (§ 839). Sans davantage de précisions, le tribunal nous laisse nous débrouiller avec cette notion bien paradoxale d'une compétence exclusive, mais concurrente, mais exclusive… Il aurait dû alors en toute hypothèse consacrer une analyse bien plus conséquente à cette question cruciale et ne pas se contenter des trois trop lapidaires paragraphes sur le principe (§ 524), l'étymologie (§ 525) et les catégories (*prescriptive, adjudicative* et *enforcement* ; § 526) de la juridiction, paragraphes dont « *it follows* » (même si on ne voit pas vraiment comment ni pourquoi en lisant les paragraphes qui précèdent cette affirmation) *« that the principle of exclusive flag State jurisdiction under the Convention is violated when a State other than the flag State seeks to prescribe laws, rules, or regulations over a ship of the flag State, or applies or enforces such laws, rules, or regulations in respect of such a ship* » (§ 527). Quoiqu'il en soit, même avec une définition aussi large, le tribunal, reprenant ses arguments relatifs à la liberté de navigation, considère que les preuves apportées par l'Italie ne suffisent pas pour établir que le comportement indien ait violé sa compétence exclusive dans sa qualité d'Etat du pavillon (§§ 528-536).

Vient ensuite l'examen de la violation alléguée de l'article 97, paragraphe 1, selon lequel en cas d'abordage ou de tout autre incident de navigation maritime en haute mer qui engage la responsabilité pénale ou disciplinaire du capitaine ou de tout autre membre du personnel du navire, il ne peut être intenté de poursuites pénales ou disciplinaires que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'Etat du pavillon, soit de l'Etat dont l'intéressé a la nationalité. Le tribunal n'étudie malheureusement pas l'articulation entre cet article et l'article 92, alors qu'il a pu être soutenu que la simple existence de l'article 97 sert à démontrer que l'article 92 vise uniquement les pouvoirs opérationnels d'exécution et non les pouvoirs normatifs et, surtout, alors que le tribunal lui-même affirme à propos de l'article 97 qu'il met en place *« an exception to the otherwise prevailing rules on allocating jurisdiction (…) for a situation where the master or any other person in the service of a ship are at risk of facing penal proceedings before foreign courts in respect of navigational conduct on the high seas* » (§ 646). Or, l'on voit mal quels seraient ces « *otherwise prevailing rules on allocating jurisdiction* » si le monopole de l'Etat du pavillon en haute mer est aussi absolu que l'interprétation du tribunal le prétend. Si tel est le cas, l'article 97 n'est qu'une manifestation logique de l'article 92 et non une exception.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Quoiqu'il en soit de ce dernier point, la première question qui se pose dans l'examen de la violation alléguée est celle de savoir si la situation en cause constitue un « incident de navigation maritime ». Le tribunal interprète cette phrase selon les méthodes classiques de la Convention de Vienne sur le droit des traités (§§ 638-649) et conclut qu'il s'agit d'un « *event that (i) occurs in relation to the movement and manoeuvring of a ship; and (ii) which allegedly causes some form of serious damage or harm, including to the ships involved, their cargo, or the individuals on board* » (§ 650). Or, les événements du 15 février 2012 ne correspondent pas à cette définition. Bien qu'il y ait eu un risque d'abordage, dit le tribunal, aucun dommage n'a été causé par les manœuvres du navire (§ 652). En effet, contrairement à ce qui fut le cas pour l'affaire *Lotus,* il n'y a pas de lien causal entre la navigation de l'Enrica Lexie et la mort des pêcheurs indiens (§ 654). Dès lors, en l'absence d'un incident de navigation, l'article 97, paragraphe 1 n'est pas applicable. Cette dissociation entre événements survenant à bord du navire et navigation ne nous semble pas si évidente que le tribunal le prétend. Et ce d'autant plus que les tirs de sommation furent le résultat des soupçons de piraterie et que la piraterie est prévue dans la Convention de Montego Bay en tant qu'exception au monopole de l'Etat du pavillon et donc à l'aspect négatif de la liberté de *navigation*… mais, l'argument « lutte contre la piraterie » n'est mobilisé par le tribunal que sur certains points seulement, semblant oublié dans d'autres cas, selon sa convenance. Fort de sa conclusion, le tribunal décline d'examiner la question de savoir si les militaires italiens peuvent être considérés comme « tout autre membre du personnel du navire » (en anglais « *other persons in service of the ship* »), mais exprime un doute y relatif (§ 656), en laissant présager ainsi une vision restrictive du concept du navire en tant qu'ensemble organisé.

Quant à la violation, enfin, de l'article 100 en combinaison avec l'article 300, le tribunal note tout d'abord que l'article 100 ne prévoit aucune modalité concrète relative à l'obligation de coopération en cause (§ 722), qui peut être satisfaite de plusieurs manières différentes (§ 723). Le seuil de preuve pour accuser un Etat de violation de cette obligation de comportement étant alors relativement haut, le tribunal considère que l'Italie n'a pas apporté la preuve y relative (§ 727). Au contraire, l'Inde a apporté suffisamment d'informations pour confirmer qu'elle a entrepris des actions décisives en matière de prévention de la piraterie (§ 724).

Ayant ainsi rejeté toutes les prétentions italiennes directement fondées sur la Convention de Montego Bay, le tribunal se tourne ensuite vers la question de l'immunité. Si l'on a déjà exprimé notre étonnement quant à la manière dont cette demande *incidente* est la seule retenue contre l'Inde, le traitement sur le fond de la question n'a rien de très surprenant. Puisqu'il est établi que l'Inde avait en principe compétence en tant qu'Etat du pavillon du Saint Antony et en vertu de la théorie des effets (les tirs de sommation ont produit leurs effets à bord du Saint Antony ; § 840), le tribunal n'a plus qu'à se demander si l'immunité juridictionnelle des militaires italiens les soustrait à la compétence du juge indien (§ 841). Conformément à la coutume internationale, une telle immunité bénéficie aux organes de l'Etat pour les actes commis dans le cadre de leurs fonctions officielles (§ 843). Sans grande difficulté (voir *contra* opinion individuelle et dissidente de l'arbitre Rao §§ 60-80 ; cf. opinion dissidente du juge Robinson §§ 55-71), le tribunal conclut que tel était bel et bien le cas des fusiliers italiens, qui sont des « *State officials* » (§§ 848-855) ayant agi « *within the scope of their duties* » (§§ 856-862). La simplicité de l'affirmation a l'avantage de régler le sort de l'implication des militaires dans la lutte antipiraterie à bord des navires marchands et sera sans doute accueillie avec soulagement par le monde du

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

shipping international. Le tribunal rejette par ailleurs l'argument indien selon lequel la situation en cause tombait dans le champ d'application de la « *territorial tort exception* ». La nature coutumière de cette exception selon laquelle l'immunité ne joue pas si l'organe de l'Etat a agi sur le territoire de l'Etat étranger où il se trouvait sans le consentement de ce dernier ne fait pas l'unanimité (§ 868), mais en toute hypothèse le tribunal rappelle à juste titre que le navire n'est pas assimilé au territoire de l'Etat (§ 869). Cette fois-ci pas de paradoxe apparent dans le raisonnement du tribunal : le fait que le chef de compétence territoriale s'applique ne contredit guère le rejet de la thèse de la territorialité du navire. La compétence territoriale s'applique en effet *par analogie* et non par *fiction juridique,* cette dernière ayant désormais été universellement rejetée. Néanmoins, l'absence de paradoxe ne signifie pas que le raisonnement emporte la conviction, puisqu'il n'est guère expliqué en quoi le chef de compétence en cause est territorial par analogie (ce qui serait plutôt les cas à bord des navires de guerre et autres navires d'Etat) et non personnel découlant de la nationalité du navire, comme la majorité de la doctrine l'admet sans difficulté. Quoiqu'il en soit de la nature ambigüe de la compétence de l'Etat du pavillon, ayant conclu à l'immunité des militaires italiens, le tribunal décide que l'Inde doit mettre fin à toute poursuite pénale contre eux (§ 888), ce qui saurait suffire en termes de réparation, et – sans doute dans un souci d'apaisement et d'équilibre – prend note de l'engagement de l'Italie de poursuivre sa propre enquête criminelle (§ 889).

Par ailleurs, si l'on regrettait lors de notre premier commentaire relatif à l'incident *Enrica Lexie* l'absence de mention à l'article 59 de la Convention de Montego Bay intitulé « Base de règlement des conflits dans le cas où la Convention n'attribue ni droits ni juridiction à l'intérieur de la ZEE », qui aurait pu trouver dans cette affaire une application intéressante, il est ici invoqué par l'Italie, mais écarté par le tribunal puisque le différend en cause ne correspond pas selon lui à l'hypothèse couverte par cet article (§§ 904-910).

Quant aux demandes reconventionnelles indiennes, la première d'entre elles concerne la violation de l'article 56 sur les droits, juridiction et obligations de l'Etat côtier dans la ZEE. Le tribunal, convaincu que les militaires italiens ont agi car ils pensaient subir une attaque pirate (§ 952), conclut facilement (voir *contra* opinion dissidente commune des arbitres Rao et Robinson §§ 2-14) que leurs actions ne constituent pas une violation des droits souverains indiens (§§ 953-955). *Mutatis mutandis,* l'Italie (même si le tribunal ne le précise pas il faut comprendre ici que l'imputation à l'Etat italien est due à la nature d'organes d'Etat des militaires italiens et que c'est donc en sa qualité d'Etat consubstantiel à ses organes et non d'Etat du pavillon qu'elle pourrait voir sa responsabilité engagée) n'a pas violé l'article 58, paragraphe 3, qui impose aux Etats bénéficiant de la liberté de navigation dans la ZEE de tenir « dûment compte » des droits et des obligations de l'Etat côtier et de respecter les lois et règlements adoptés par celui-ci conformément aux dispositions de la Convention et aux autres règles du droit international. Après avoir défini la notion de « *due regard* » citant également le précédent *Chagos* (§§ 973-977), le tribunal conclut à sa non-violation par le comportement des fusiliers italiens (§ 981 ; voir *contra* opinion dissidente commune des arbitres Rao et Robinson §§ 15-21). Il en va de même pour l'article 88 sur l'affectation de la haute mer à des fins pacifiques, qui ne fut pas violé par l'Italie eu égard au fait que les tirs de sommation sont intervenus dans le cadre – en tout cas dans l'esprit des militaires italiens – de la lutte contre la piraterie et n'ont dès lors pas constitué un usage de la force *internationalement* illicite, sans préjudice de ce que le juge *national* appréciera quant à la légalité même du comportement des fusiliers (§§ 1065-1077).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

En revanche, après avoir rappelé ce qui peut constituer une violation de la liberté de navigation en haute mer et dans la ZEE, le tribunal considère que l'Italie a violé les articles 87, paragraphe 1, a) et 90 de la Convention, dans la mesure où les tirs de sommation ont causé le changement de cap du Saint Antony (§§ 1041-1043). Mais, afin d'arriver à cette conclusion et dès lors que le bénéficiaire de la liberté de navigation est l'Etat du pavillon et non le navire, le tribunal doit au préalable accepter que le Saint Antony eût la nationalité indienne. La question est épineuse, car il s'agit là d'un petit bateau de pêche non immatriculé. Or, si certains (rares) textes du droit de la mer semblent effectuer une dissociation entre le pavillon du navire et son immatriculation, le droit d'arborer un pavillon va en principe de pair avec l'inscription sur un registre étatique et c'est cet acte « formellement interne et matériellement international » de l'immatriculation qui permet le rattachement du navire à son Etat du pavillon par un lien de droit public, autrement dit par une nationalité. Les petits bateaux peuvent certes ne pas être immatriculés, mais en principe c'est car ils ne sont pas susceptibles de naviguer dans des espaces internationaux (faisant uniquement du cabotage national) et n'ont dès lors pas besoin d'une nationalité. En l'espèce, Saint Antony ne bat pas pavillon indien et n'est immatriculé, car exempté d'une immatriculation en vertu l'*Indian Merchant Shipping Act* de 1958. Néanmoins, le bateau appartient à un indien et est enregistré sous la *Tamil Nadu Marine Fishing Regulation Act* de 1983. Cela, combiné au fait qu'une autre loi indienne considère comme « *Indian vessels* » ceux appartenant à un national de l'Inde et « *registered under the Merchant Shipping Act, 1958, or under any other Central Act or any Provincial or State Act* » suffisent au tribunal, qui rappelle que la preuve de la nationalité des navires est une question de fait, pour considérer que le Saint Antony « *was an Indian vessel* » (1021-1025). Il est vrai que les Etats ont un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination des conditions d'attribution de leur nationalité aux navires, que celle-ci est internationalement opposable si elle existe en vertu du droit interne et que sa matérialité est prouvée comme tout autre fait. Or, si dès lors l'on comprend la logique du raisonnement, on regrette fortement son caractère hâtif. Le tribunal ne prend pas suffisamment de précautions dans son analyse car il n'a sans doute pas mesuré tous les enjeux potentiels d'une dissociation, aussi facilement assumée ici qu'en réalité peu évidente, entre immatriculation et nationalité/droit de battre pavillon. Il suffit à ce titre de penser à toutes les embarcations de fortune impliquées dans le trafic illicite des migrants. Sans pavillon et sans immatriculation, elles n'entrent dans le champ d'application ni de la liberté de navigation ni, surtout, de son corollaire, le monopole de l'Etat du pavillon. Considérer qu'un petit navire non immatriculé et sans pavillon puisse bénéficier de ces principes et rendre ainsi potentiellement impossible son arraisonnement sans consentement d'un hypothétique Etat du pavillon crée un précédent possiblement fâcheux. Dans la pratique, la question ne se posera peut être pas fréquemment, mais son seul potentiel nous semble assez dangereux, même si force est de constater qu'il n'est pas dénoué d'au moins un aspect positif : identifier un Etat du pavillon même sans immatriculation permet en même temps d'identifier un Etat responsable d'exercer sa juridiction et son contrôle à l'égard du navire et soumis aux obligations internationales prévues par les instruments du droit de la mer. Cela pourrait faciliter, en théorie à tout le moins, la lutte contre la pêche INN (illicite, non déclarée et non réglementée) et la pollution environnementale. Il n'en demeure pas moins que la dissociation opérée par le tribunal ne trouve grand appui ni dans la pratique ni dans les textes internationaux et que sa justification nous semble trop laconique pour être convaincante.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Quoiqu'il en soit, la violation par l'Italie de la liberté de navigation indienne est la seule parmi les demandes reconventionnelles retenue par le tribunal (ironique dans une affaire à l'origine de laquelle se trouve l'allégation italienne de la violation de sa propre liberté de navigation). Quant à la réparation en découlant, les parties ont convenu de régler la question à une phase ultérieure de la procédure (§ 1084). Le tribunal souhaite toutefois prendre d'ores et déjà position quant au fait que le dommage subi par l'Inde est double, aussi bien immatériel que matériel, nécessitant dès lors différentes formes de réparation (§§ 1085-1089). Il déclare par ailleurs qu'il demeure compétent si les parties souhaitent le saisir eu égard à la quantification de la réparation due à l'Inde (§ 1090). En attendant, le gouvernement indien, se conformant à la sentence arbitrale a demandé à la Cour Suprême de mettre fin à toute procédure contre les militaires italiens, même si la Cour a refusé, semble-t-il, de ce faire avant d'avoir entendu les familles des victimes (voir https://blog.ipleaders.in/conflict-international-law-indian-law-applicable-counter-piracy-analysis-enrica-lexie-incident/). L'Italie a également déclaré qu'elle allait se conformer au dispositif. En bref, les deux Etats ont favorablement accueilli cette sentence somme toute assez équilibrée. Mais si en tant que solution *diplomatique* celle-ci semble dès lors relativement réussie, elle nous paraît l'être bien moins d'un point de vue *juridique*.

NIKI ALOUPI

B. DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêts du 14 juillet 2020, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) et Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)*

Contentieux de la réformation – appel des décisions du Conseil de l'OACI – compétence *ratione materiae* – compétence et fond – atteinte fondamentale aux exigences d'une procédure équitable

Parmi les contentieux actuellement pendants devant la Cour, et à forte résonance politique, figure celui opposant l'Arabie Saoudite, le Bahreïn, l'Egypte et les Emirats arabes unis au Qatar, et qui trouve sa source dans la volonté des premiers, communément appelés le « quartet », d'isoler diplomatiquement le second, autant que de l'affecter économiquement. A la rupture, à proprement parler, des relations diplomatiques avec le Qatar, décidée en juin 2017 a ainsi succédé une série de mesures restrictives affectant les différentes voies de communication, notamment aériennes, avec ce même Etat. Tout aéronef immatriculé au Qatar se voyait interdire l'accès à l'espace aérien de chaque membre du « quartet », ne pouvant, plus précisément, « voler à destination ou en provenance de leurs aéroports ou survoler leur territoire, y compris les mers territoriales situées dans les régions d'information de vol correspondantes » (§ 21). D'autres restrictions frappaient les aéronefs non immatriculés au Qatar mais volant à destination ou en provenance de cet Etat, les soumettant à un régime d'autorisation préalable. Le tout était présenté en réponse au prétendu manquement des autorités qataries à leurs obligations découlant de l'Accord de Riyad de novembre 2013, et de ses instruments complémentaires (le mécanisme de mise en œuvre de

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'Accord du 17 avril 2014 et l'accord complémentaire du 16 novembre 2014), « ainsi qu'à d'autres obligations (…) du droit international » (§ 21). En substance, l'accusation développée par le quartet tout au long de ce qu'il est désormais coutume d'appeler la « crise du Golfe », pointait essentiellement le soutien apporté par le Qatar à divers groupes qualifiés de terroristes, parmi lesquels Al-Qaïda, Daech, le Hezbollah et la confrérie des Frères musulmans, notamment l'hébergement de certains de leurs membres et de leurs instruments de propagande – telle la chaîne d'information *Al Jazeera*. Le caractère pluridimensionnel de la crise et ses multiples résonnances politiques, diplomatiques et économiques conduiront le Qatar a saisir plusieurs *fora* : la Cour mondiale, au sujet donc du volet aérien – et après avoir porté ce dernier à la connaissance du Conseil de l'OACI –, mais également déjà en 2018, au titre de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (CIJ, *Qatar c. Emirats arabes unis*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 23 juillet 2018, cette Chronique, *Revue*, 2019-3, p. 745, obs. N. HAUPAIS), le Comité contre l'élimination de la discrimination raciale, les organes du système OMC, et même plus récemment l'engagement, par le truchement de la compagnie nationale Qatar Airways, d'une procédure arbitrale relative à l'atteinte portée à ses investissements (voir à ce sujet, V. DJANIC, « *Qatar Airways lodges Treaty-based arbitration cases against four middle eastern States* », *IA Reporter*, 22 juillet 2020, https://www.iareporter.com/articles/qatar-airways-lodges-treaty-based-arbitration-cases-against-four-middle-eastern-states/).

Pour en revenir aux seules questions aériennes, et à la procédure engagée devant la Cour, celles-ci présentent quelques originalités qui méritent plusieurs séries d'observations. La première tient au fait que l'arrêt du 14 juillet 2020 est intervenu après la décision de la Cour d'associer deux affaires qui se rapportent à un même ensemble de faits, en application de l'article 47 de son Règlement. Outre la jonction des instances proprement dite, cette dernière disposition aménage la faculté d'ordonner « une action commune au regard d'un ou plusieurs éléments de ces procédures ». Les instances demeurent, le cas échéant, disjointes et donnent lieu à une décision juridictionnelle qui leur est propre, mais leur rapprochement peut conduire, comme dans le cas d'espèce, à organiser des audiences conjointes (§ 16). La différence entre les deux procédures tenait ici au fait que l'Arabie Saoudite n'était pas partie à l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux, dit « accord de transit ». Pour cette même raison, deux plaintes distinctes avaient été introduites par le Qatar devant le Conseil de l'OACI, sur des fondements juridiques distincts. L'autre principale particularité de l'affaire commentée tient précisément à ce qu'elle aura conduit la Cour à agir en tant que juge d'appel des décisions rendues par une autre instance internationale, en l'occurrence le Conseil de l'OACI. Le contentieux international de la réformation se trouve aujourd'hui éparpillé au sein des quelques systèmes conventionnels (CEDH, CPI, OMC) qui aménagent une faculté d'appel des jugements. L'exercice d'une telle compétence d'appel a rarement été sollicité devant la Cour mondiale, même si la Cour permanente avait pu être saisie de la contestation de sentences rendues par les tribunaux arbitraux mixtes (voir notamment CPJI, *Pajzc, Csàky, Estheràzy*, 19 décembre 1936, *Rec. CPJI Série A/B*, n° 68). Dans l'arrêt commenté, la Cour fait d'ailleurs fréquemment référence au précédent de 1972 (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, arrêt du 18 août 1972), premier du genre à l'avoir vue statuer en appel d'une décision juridictionnelle du Conseil de l'OACI. L'expérience aura ainsi enfin pu se renouveler avec le recours introduit par les quatre Etats précédemment cités contre la décision (dite « décision A »)

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

rendue le 29 juin 2018, au terme d'une instance introduite contre eux par le Qatar sur le fondement de l'article 84 de la Convention de Chicago. Rappelons que cette dernière disposition attribue compétence au Conseil pour trancher les désaccords entre deux ou plusieurs Etats contractants au sujet de l'interprétation ou de l'application de la Convention. Devant la Cour, plusieurs griefs ont été formulés au soutien de la contestation de la décision. Leur examen est précisément l'objet de l'arrêt du 14 juillet dernier qui, par un jeu de miroirs, renvoie aux arguments déjà développés devant le Conseil, et rejeté par celui-ci. Ces mêmes arguments faisaient alors l'objet de deux exceptions préliminaires : la première cherchait à démontrer l'incompétence du Conseil au motif que le différend, ou plutôt le « véritable problème en cause entre les Parties », couvrait des questions dépassant le seul ressort de la Convention de Chicago, notamment celle de savoir si les restrictions visant l'aviation imposées au Qatar pouvaient être qualifiées de contre-mesures licites au regard du droit international. En somme, la ligne de défense revenait à plaider l'impossibilité de désolidariser le contentieux des mesures restrictives du contexte plus général dans lequel elles avaient été adoptées. La seconde exception tenait au non-respect par le demandeur de la condition préalable de négociation énoncée à l'article 84, le tout devant conduire le Conseil à se déclarer incompétent, ou à rejeter la requête qatarie au titre de son irrecevabilité. Que les arguments ici développés, et repris devant la Cour, pour contester la validité de la décision de 2018, aient trait à des questions de pure procédure importe, du reste, peu. Comme l'avait déjà confirmé le précédent de 1972, l'appel ouvert devant la Cour internationale de Justice porte sur toutes les décisions de nature juridictionnelle que serait susceptible d'adopter le Conseil : « du point de vue du contrôle de la légalité de l'action du Conseil (…), rien ne permet de distinguer le contrôle de la compétence et le contrôle du fond » (arrêt de la Cour du 18 août 1972 précité, § 26).

Tels qu'ils ont été formulés devant la Cour, les moyens d'appel reprennent ainsi les deux exceptions préliminaires et se nantissent d'un argument plus général tenant à la façon dont le Conseil les a examinés, le quartet y décelant une « atteinte fondamentale aux exigences d'une procédure équitable » fondée sur une accumulation d'irrégularités : défaut de motivation de la décision, absence de délibération collégiale avant son prononcé ou encore violation du principe d'égalité des armes. L'argument tiré de ces prétendues irrégularités est toutefois écarté par la Cour qui, laconique, renvoie essentiellement au raisonnement tenu dans l'arrêt de 1972. A l'époque, l'Inde avait déjà allégué des irrégularités de procédure qui devaient non seulement remettre en cause la validité de la décision, mais également affecter le raisonnement tenu par le Conseil sur le problème de sa compétence. La réponse apportée par la Cour en 1972 est ainsi reproduite à l'identique en 2020 : en plus de contester la fondamentalité des prétendues atteintes aux exigences d'une bonne procédure, la Haute juridiction estime que le problème de la compétence du Conseil constitue une « question juridique objective ». Dès lors, à supposer même que des irrégularités aient pu entacher la procédure, celles-ci ne sauraient remettre en cause la solution du Conseil au sujet de sa compétence, si elle est « correcte en droit » (§§ 122-123). A mieux y regarder, cet argument est pour le moins stupéfiant. L'on conçoit mal comment la Cour est amenée, dans son arrêt, à d'abord associer les décisions du Conseil relatives à la compétence et au fond au sein d'une même catégorie juridique (« les décisions juridictionnelles »), et leur appliquer ensuite un régime différencié au titre des vices qui seraient susceptibles de les frapper. Surtout, présenter les questions juridiques préliminaires, du type de celles relatives à la compétence et à la recevabilité, comme disposant d'un caractère proprement objectif pourrait induire en erreur même si l'on

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

retrouve ici l'expression d'une doctrine régulièrement convoquée au Palais de la paix, à laquelle on pourrait par exemple rattacher la nécessité de déterminer la compétence à la lumière « de tous les faits et de tous les arguments avancés par les parties », avec pour conséquence qu'il ne saurait exister de charge de la preuve en la matière (CIJ, *Affaire de la compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, arrêt du 4 décembre 1998, § 38 ; voir pour un examen critique de la question, C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2015, 2ème éd., spéc. pp. 138-139, 546-548), ou celle encore d'établir l'objet du litige sur une « base objective » (arrêt précité du 4 décembre 1998, § 30). Que l'on ne s'y trompe pas, cependant, les prétentions défendues par des parties en litige, y compris celles relatives à ce type de questions de procédure, se fondent toujours sur un intérêt juridique qui leur donne une coloration nécessairement subjective ; celui, en particulier, d'établir la compétence ou l'incompétence du juge, la recevabilité ou l'irrecevabilité de la requête, en vue d'obtenir ou de neutraliser le prononcé d'une décision au fond. Toutefois, la fonction du juge consistant à appliquer à ces différentes prétentions les règles du procès international, sans autre considération, conduit à objectiver le différend qui en résulte, à l'instar de ce qui se produit lors de l'examen au fond. Ainsi, la dimension objective de l'opération relève d'abord de la fonction de juger. Et exercer cette fonction au mépris des règles élémentaires du procès, et du droit à le voir équitablement administré, peut à l'évidence conduire à remettre en cause l'objectivité de la chose, c'est-à-dire l'intégrité de la réponse que le juge apporte au problème juridique concerné, fût-il de nature procédurale. Le raisonnement de la Cour utilisé en 1972, et encore mobilisé dans l'arrêt de 2020, peine, de ce point de vue, à convaincre. Seule, en définitive, la remise en cause de la fondamentalité de l'atteinte portée aux droits procéduraux s'avérait ici pertinente mais n'est, on l'a dit, qu'à peine effleurée dans l'arrêt. La chose apparaît d'autant plus troublante que la Cour remarque, dans une sorte de proposition conclusive formulée à la toute fin de l'arrêt, qu'elle serait « à même de statuer au mieux sur tout appel [de décisions rendues par le Conseil] dont elle serait saisie à l'avenir si la décision contestée cont[enait] les motifs de droit et de fait ayant conduit le Conseil à ses conclusions » (§ 125), condition qui, on l'aura compris, faisait ici défaut.

Le moyen d'appel tiré de la condition préalable de négociation qui figure à l'article 84 de la Convention de Chicago permet à la Cour, avant de le rejeter, de rappeler les principes directeurs qu'elle applique à ce type d'obligations procédurales (§§ 64-105 de l'arrêt, et spéc. §§ 89-90, 93 pour le rappel desdits principes). Le raisonnement ici déployé est d'un grand classicisme et n'appelle pas de remarques particulières. Plus intéressant s'avère être le développement consacré à la compétence matérielle du Conseil de l'OACI pour connaître du litige, et au fait de savoir si ce dernier concerne, ou non, l'interprétation ou l'application de la Convention de Chicago (§§ 41 et ss.). Les appelants le contestaient dans la mesure où la défense qu'ils développaient au soutien de la légalité des restrictions au trafic aérien demeurait fondée sur la théorie des contre-mesures, et plus précisément les « mesures adoptées en réaction aux manquements multiples, graves et persistants du Qatar à ses obligations internationales liées à des aspects essentiels de leur [propre] sûreté » – notamment les obligations relatives à la lutte contre le terrorisme –, soit sur des éléments excédant le périmètre d'application de la Convention de Chicago et la compétence *ratione materiae* du Conseil (§§ 42-43). Répondant à l'argument, la Cour est inévitablement amenée à rapporter les demandes formulées par le Qatar aux dispositions conventionnelles, afin de voir si elles sont susceptibles de déclencher leur application. Or, il ne fait, à ce sujet, aucun doute que les différents griefs mettant en cause les restrictions litigieuses relèvent bien du

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

champ de la Convention en ce qu'ils demandent notamment à la Cour d'établir « le non-respect [par le groupe des quatre Etats] de ses principes fondamentaux et de ses Annexes » (§ 47). Par ailleurs, et là réside tout l'intérêt de la réponse apportée par la Cour, le seul fait que le différend soit apparu « dans un contexte plus large », qui dépasserait le seul champ conventionnel, ne saurait remettre en cause la compétence ainsi établie. Il ne peut en être autrement dès lors que, comme il avait déjà pu être observé dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*, les différends juridiques entre Etats souverains qui lui sont soumis ne sont le plus souvent qu'« un élément d'un différend politique plus vaste et existant de longue date entre les Etats concernés » (CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, § 37). A cet argument de bon sens succède un autre, plus décisif encore, et que l'on peut résumer ainsi : si l'on admet que la compétence matérielle s'évalue à l'aune des conclusions en demande, il faut également en déduire que la nature des arguments développés en défense sera sans exercer une quelconque influence à son égard. La chose avait déjà pu se vérifier dans l'arrêt de 1972, la Cour remarquant que la solution inverse conduirait à laisser la partie défenderesse influencer directement la question de sa compétence, ce qu'elle ne pouvait admettre (arrêt précité, § 27). Enfin, et surtout, est clairement affirmée la faculté dont dispose l'organe, ici le Conseil de l'OACI, mais aussi, par analogie, tout juge, d'examiner des questions ne relevant pas de son champ de compétence matérielle aux fins de régler un désaccord qui, pour sa part, en relève bien (§ 61). Ce principe, établi de longue date dans le droit du procès international, s'applique à toutes les questions incidentes, entendues comme nécessaires au règlement du différend, et ici étendues aux contre-mesures comme moyen de défense au fond. La solution apparaît, du reste, en parfaite cohérence avec la jurisprudence de la Cour. Celle-ci n'avait-elle pas déjà affirmé, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, « le pouvoir inhérent [dont elle dispose et] qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige (…) » (CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, 20 décembre 1974, § 23) ? Plus tard, dans l'affaire du *Génocide,* elle fera observer que la compétence tirée d'une base conventionnelle, en l'occurrence la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, « n'a pas nécessairement pour conséquence que seule doive entrer en ligne de compte cette Convention » et qu'elle pourrait fort bien, en vue notamment de déterminer si les obligations conventionnelles ont été violées, « faire appel non seulement à la Convention proprement dite, mais aussi aux règles du droit international général qui régissent l'interprétation des traités et la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » (CIJ, *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, § 149). Il reste que si les contours ainsi fixés à la compétence d'un juge demeurent sans préjudice de la nature et de l'objet des questions qu'il pourrait, en vue de l'exercer, être amené à trancher, rien ne l'autorise, à l'inverse, à tenir compte du périmètre (plus large) des règles dont il est habilité à faire application au fond, aux fins d'étendre son domaine de compétence, et la matière ainsi soumise à son appréciation. Ce serait cette fois confondre le droit applicable à la compétence et celui applicable au fond.

Au demeurant, et en définitive, les trois moyens d'appel sont rejetés par la Cour, confirmant ainsi la compétence du Conseil de l'OACI pour connaître des requêtes qataries.

PIERRE-FRANÇOIS LAVAL

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

C. DROIT DE L'OMC

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

Rapport de l'Organe d'appel du 9 juin 2020, *Australie – Emballage neutre du tabac* (DS435 et DS441)

Lutte antitabac – santé publique – *amicus curiae* – obstacles techniques au commerce (OTC) – ADPIC – droits de propriété intellectuelle – marques – fonction des groupes spéciaux – tierces parties – questions de fait – questions de droit – bonne foi – rôle de l'Organe d'appel – allégations/arguments – droit de règlementer – pouvoir discrétionnaire – mesure restrictive – entrave injustifiable – nécessité – mesure de rechange – exceptions générales – norme internationale pertinente

En 2012 et 2013, cinq membres de l'OMC saisissaient l'Organe de règlement des différends d'une plainte visant certaines mesures mises en œuvre en Australie pour lutter contre les méfaits du tabac. Le vaste plan adopté en 2011 visait à augmenter les prix des produits du tabac, en interdire la publicité, réduire le tabagisme passif et prévoir l'emballage neutre des paquets, l'Australie étant le premier pays au monde à imposer cette dernière mesure. Dans cet ensemble, seuls les règlements imposant l'emballage neutre faisaient l'objet des recours, les autres prescriptions n'étant sans doute pas contestables sur le fondement des Accords OMC. Les parties plaignantes reprochaient à l'Australie de ne pas respecter plusieurs obligations de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (Accord sur les ADPIC). Formellement, cinq groupes spéciaux ont été établis suivant chacun la même composition et le même calendrier de travaux. L'affaire engagée par l'Ukraine fut rapidement réglée par accord mutuel. S'agissant des quatre autres, le Groupe spécial rendit son rapport le 28 juin 2018 (voir *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, rapport du Groupe spécial du 28 juin 2018, WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R). Constatant la conformité aux Accords OMC des mesures contestées, il ne fit aucune recommandation. Contrairement à Cuba et à l'Indonésie, le Honduras et la République dominicaine firent appel. La procédure put se tenir grâce au maintien en fonction des trois membres de l'Organe d'appel composant la section chargée de ces affaires malgré la fin officielle de leur mandat (sur la situation de blocage de l'Organe d'appel, voir « Chronique des faits internationaux », *Revue,* n°2018/3.59, n°2019/2.40 et ce numéro 2020/3-4.53). Dans le présent rapport remis le 9 juin 2020, l'Organe d'appel confirme les conclusions du Groupe spécial et l'absence de recommandation à adresser à l'Australie.

Cette affaire illustre la possibilité laissée aux Membres par le droit de l'OMC de mettre en œuvre des mesures restrictives au commerce dans le but de protéger la santé publique. Un tel enjeu a suscité un vif intérêt tant de la part d'autres Membres de l'OMC que de celle de plusieurs organisations internationales et de groupements divers représentants soit les intérêts de l'industrie du tabac soit ceux de la lutte contre le cancer. Près d'une quarantaine de Membres de l'OMC s'est ainsi constituée tierce partie, plusieurs ayant demandé et obtenu des droits « renforcés » incluant l'accès à certaines communications présentées par les parties et aux versions écrites finales de certaines déclarations des

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

parties. En sus, plusieurs dizaines de communications d'*amici curiae* ont été soumises par différents organismes au Groupe spécial : des représentants de l'industrie du tabac, de chambres de commerce, de défenseurs des droits de propriété intellectuelle, des organismes de lutte contre le cancer... Enfin, le Groupe spécial a adressé des demandes de renseignements factuels notamment à l'OMS, au Secrétariat de la FCTC (Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac signée le 21 mai 2003) et au Bureau international de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle). Au total, c'est un rapport de plus de mille pages (annexes non comprises) détaillant avec précision tous les aspects factuels et juridiques de l'affaire que remit le Groupe spécial. En résumé, le groupe d'expert constate que les mesures australiennes en cause n'étaient pas plus restrictives pour le commerce que nécessaire pour réaliser un objectif légitime conformément à la prescription de l'article 2.2 de l'Accord OTC et qu'aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC ou de la Convention de Paris de 1967 auquel il renvoie n'empêchait l'adoption de mesures imposant un emballage et une apparence neutres des produits du tabac. Il était notamment reproché un défaut de protection des marques, des restrictions à l'usage des signes équivalant à un refus d'enregistrement, des risques de confusion liés à la disparition de signes distinctifs entre les marques, un manque de protection effective contre la concurrence déloyale, une diminution de la protection des indications géographiques. Tous ces arguments furent rejetés.

L'Organe d'appel fut saisi d'une demande de réexamen des questions de droit relativement à trois dispositions : l'article 2.2 de l'Accord OTC interdisant les obstacles non nécessaires au commerce international et les articles 16:1 et 20 de l'Accord sur les ADPIC respectivement relatifs à l'interdiction de l'usage par les tiers de signes similaires risquant d'entraîner une confusion et aux prescriptions spéciales entravant de manière injustifiable l'usage d'une marque. L'applicabilité de l'Accord OTC à des mesures relatives aux marques n'a pas été contestée. Les parties plaignantes ne niaient pas non plus que l'Australie poursuivait un objectif légitime de santé publique, mais elles estimaient que les mesures en cause ne permettaient pas de contribuer à cet objectif et, à titre subsidiaire, que des mesures de rechange moins restrictives étaient raisonnablement disponibles. L'examen de la conformité d'une mesure à l'article 2.2 de l'Accord OTC nécessite la mise en œuvre d'un contrôle poussé se déroulant en plusieurs étapes. Premièrement, l'« analyse relationnelle » repose sur trois facteurs : le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause, le caractère restrictif pour le commerce de la mesure ainsi que la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif recherché par le Membre au moyen de la mesure. Deuxièmement, l'« analyse comparative » permet de déterminer si la mesure contestée est plus restrictive pour le commerce que nécessaire. Un tel examen présente des aspects éminemment factuels. En l'espèce, l'Organe d'appel a jugé que les reproches formulés à l'encontre de l'analyse portée par le Groupe spécial se rapportaient à l'appréciation des éléments de preuve, non à l'application aux faits de critères juridiques. L'Organe d'appel reconnaît qu'« il est parfois difficile de faire clairement la distinction entre les questions qui sont purement juridiques ou purement factuelles, ou celles qui sont des questions mixtes de droit et de fait. Cependant, dans la plupart des cas, une question sera *soit* une question d'application du droit aux faits, *soit* une question concernant l'évaluation objective des faits, mais non les deux » (§ 6.23, note omise). Souhaitant ne pas outrepasser son mandat limité à l'examen de questions de droit, il rejette la plupart des allégations formulées par les plaignantes considérant qu'elles relevaient de l'appréciation des faits.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

S'agissant précisément de la méthode d'appréciation des faits, les appelants avaient également formulé des griefs sur le fondement de l'article 11 du Mémorandum d'accord exigeant des groupes spéciaux qu'ils procèdent à une évaluation objective de la cause. Il est courant que de telles allégations soient formulées en appel. En l'espèce toutefois, « rien que la quantité des allégations des appelants au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord dans la présente procédure d'appel est sans précédent » note l'Organe d'appel (§ 6.48) qui rappelle pourtant la gravité de telles allégations. Comme le résume l'un de ses membres dans une opinion séparée : « les allégations en appel au titre de l'article 11 devraient uniquement être réservées aux rares cas – et admises dans ces seuls cas – où des groupes spéciaux commettent des erreurs "fondamentales" qui mettent en doute leur bonne foi » (§ 6.523). Conscient du risque que les allégations présentées au titre de cette disposition se muent en autant de tentatives de soumettre une nouvelle fois des arguments factuels, l'Organe d'appel insiste sur la nécessité de ne pas affaiblir le rôle du Groupe spécial « en tant que juge des faits et en tant qu'organe juridictionnel de première instance dans le cadre du règlement des différends de l'OMC » (§ 6.50). Il est doté d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. En l'espèce, la « myriade d'allégations et d'arguments formulés par les appelants » est examinée par l'Organe d'appel « conjointement par groupes sur la base des thèmes transversaux qui sous-tendent ces allégations » (§ 6.45). En effet, l'Organe d'appel reconnaît que « même si nous sommes tenus d'*examiner* chaque question en appel, conformément à l'article 17:12, nous avons le pouvoir discrétionnaire de ne pas nous *prononcer* sur le fond de certaines allégations lorsque cela n'est pas nécessaire pour régler le différend » (§ 6.52). De même, l'Organe d'appel rappelle que les groupes spéciaux n'ont pas besoin d'examiner tous les arguments présentés par les parties dans le cadre de leurs allégations (§ 6.311).

Sur le fond, les allégations des appelants sont rejetées au prix d'un contrôle tout de même minutieux, voire fastidieux, de la motivation, de l'adéquation, de l'impartialité et de la cohérence des explications données par le Groupe spécial. Certaines erreurs sont identifiées, mais sans incidence sur la conclusion finale (voir p. ex. § 6.258 et ss., § 6.521). S'agissant par exemple des mesures de rechange avancées par les parties plaignantes telles que le relèvement de l'âge minimum légal pour l'achat des produits du tabac ou de l'augmentation des taxes sur ces produits, l'Organe d'appel juge que le Groupe spécial a commis une erreur en estimant que « chaque mesure de rechange pouvait être considérée comme étant à même de réaliser une réduction globale "significative" du tabagisme en Australie, à un degré semblable ou comparable au degré atteint par les mesures [en cause], et que pourtant sa contribution ne serait pas équivalente parce qu'elle ne traitait pas les caractéristiques de conception de l'emballage du tabac que les mesures [en cause] cherchaient à traiter dans le contexte de la politique de lutte antitabac plus générale de l'Australie » (§ 6.521). Néanmoins ces mesures n'étaient pas moins restrictives pour le commerce et ne représentaient par conséquent pas une solution de rechange. De manière plus générale, l'Organe d'appel ne trouve rien à redire à l'examen de l'impact des mesures en cause dans le contexte de l'ensemble du plan anti-tabac mis en œuvre, examinant l'effet combiné de toutes les mesures adoptées.

S'agissant de l'interprétation des dispositions visées de l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel confirme que « l'article 16:1 n'établit pas le droit du titulaire d'une marque de faire usage de sa marque enregistrée. En fait, l'article 16:1 prévoit seulement le droit du titulaire d'une marque enregistrée d'empêcher certaines activités par les tiers

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

non autorisés dans les conditions énoncées dans la première phrase de l'article 16:1 » (§ 6.588) et que « la possibilité d'une réduction de la survenue d'un "risque de confusion" sur le marché ne constitue pas, en soi, une violation de l'article 16:1 car le respect par les Membres de l'obligation d'accorder le droit d'empêcher les atteintes aux droits de marque au titre de l'article 16:1 est indépendant du point de savoir si ces atteintes se produisent effectivement sur le marché. L'article 16:1 n'exige pas des Membres qu'ils s'abstiennent de prendre des mesures réglementaires qui peuvent affecter la capacité de maintenir le caractère distinctif de marques individuelles ou qu'ils ménagent une "possibilité minimale" de faire usage d'une marque pour protéger ce caractère distinctif » (§ 6.602).

Quant à l'article 20 interdisant que l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce ne soit entravée de manière injustifiable par des prescriptions spéciales, l'Organe d'appel distingue le critère à mettre en œuvre de celui de la nécessité : « l'expression "de manière injustifiable" (…) reflète le degré d'autonomie en matière de réglementation dont les Membres jouissent pour imposer des entraves à l'usage de marques au moyen de prescriptions spéciales. La référence à la notion de caractère justifiable et non à la nécessité à l'article 20 donne à penser que le degré de connexion entre l'entrave imposée à l'usage d'une marque et l'objectif recherché reflété par l'expression "de manière injustifiable" est plus faible qu'il ne l'aurait été si un terme exprimant la notion de "nécessité" avait été employé dans cette disposition. Par conséquent, un examen du point de savoir si l'usage d'une marque n'a pas été entravé "de manière injustifiable" ne devrait pas être assimilé au critère de la nécessité au sens de l'article XX du GATT de 1994 ou de l'article 2.2 de l'Accord OTC » (§ 6.647). Ainsi par exemple, le critère de la mesure la moins restrictive pour le commerce n'est-il pas pertinent dans le cadre de l'examen au titre de l'article 20 (§ 6.655). Le contrôle à effectuer demeure néanmoins poussé. Il ne suffit pas d'établir un « lien rationnel » entre les entraves imposées et les raisons poursuivies. L'Organe d'appel confirme en effet la nécessité de procéder à l'examen « i) de la nature et de l'étendue des entraves résultant des prescriptions spéciales, compte tenu de l'intérêt légitime du titulaire de la marque à faire usage de sa marque au cours d'opérations commerciales ; ii) des raisons de l'imposition des prescriptions spéciales ; et iii) de la manière dont les raisons de l'imposition des prescriptions spéciales étayent les entraves qui en résultent » (§ 6.651). En l'espèce, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont été satisfaits que les consommateurs puissent distinguer la source des produits malgré les prescriptions « de vaste portée » imposées (§ 6.675).

L'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac* confirme que les Accord de l'OMC reconnaissent aux Membres une marge de pouvoir discrétionnaire s'agissant de mesures restrictives pour le commerce poursuivant un objectif légitime d'intérêt général. Sur le plan juridique, la possibilité offerte ne résulte pas de la reconnaissance d'une exception comme dans le cadre du GATT (article XX), mais elle est contenue dans la norme elle-même, notamment aux articles 2.2 de l'Accord OTC et 20 de l'Accord sur les ADPIC qui définissent la latitude laissée aux Membres en interdisant les obstacles « non nécessaires » ou les entraves « injustifiées ». L'enjeu réside notamment dans la charge de la preuve puisqu'il revient à la partie invoquant une disposition d'apporter les éléments à l'appui de son allégation : la partie plaignante en l'espèce, la partie défenderesse si l'article XX du GATT avait été en cause. Notons également que dans la présente affaire, les mesures australiennes étaient conformes aux Directives adoptées dans le cadre de la FCTC (Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac) par les représentants de 180 pays,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

mais le Groupe spécial n'avait pas voulu considérer ces recommandations comme des « normes internationales pertinentes » ce qui aurait permis d'établir la présomption réfragable que la mesure ne créait pas un obstacle non nécessaire au commerce international (art. 2.5 Accord OTC).

Enfin, cette affaire illustre aussi l'effort de pédagogie accomplie par un Organe d'appel soucieux de préserver le rôle des groupes spéciaux ainsi que le sien et de contenir autant que possible la quantité exagérée d'allégations et d'arguments présentés souvent de manière infondée par les parties. Ces dernières alourdissent considérablement la tâche déjà fastidieuse incombant aux organes de règlement des différends de l'OMC. On sait que l'un des enjeux de la réforme du système de règlement des différends de l'OMC réside dans un allègement de ce travail qui permettrait un règlement plus rapide, et par conséquent plus légitime et plus efficace, des différends. Plus de huit ans ont été ici nécessaires à l'adoption des rapports par l'ORD.

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Avis consultatif du 29 mai 2020 (Grande Chambre), *Avis relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, demande n° P16-2019-001

Protocole n° 16 à la Convention – avis consultatif – compétence de la Cour – acceptation de la demande d'avis – examen des questions posées

La Cour EDH a rendu, le 29 mai 2020, son second avis consultatif en application du Protocole n° 16 à la Convention (le premier avis avait été rendu à la suite d'une demande introduite par la Cour de cassation : CourEDH (Grande Chambre), *Avis consultatif relatif à la 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*, 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001). Cet avis a été sollicité par la Cour constitutionnelle arménienne dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre M. Kocharyan, ancien Président de la République d'Arménie. Le 2 octobre 2019, soit un mois après l'introduction de la demande d'avis, le collège de cinq juges de la Grande Chambre avait accepté cette demande. Quatre questions étaient posées à la Cour: deux portant sur les notions de « droit » et de « loi » figurant respectivement à l'article 7 et aux articles 8 à 11 de la Convention ; une concernant la technique de la « législation par référence » et une autre relative aux critères à appliquer pour comparer, à la lumière du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission d'une infraction et la loi pénale telle que modifiée. Outre les développements sur la « législation par référence » et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, sur lesquels nous ne nous attarderons pas, la Cour apporte dans cet avis d'intéressantes précisions sur sa compétence au titre du Protocole n° 16, à la faveur de « deux spécificités » de la demande d'avis introduite par la Cour constitutionnelle arménienne (§ 41).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La première de ces spécificités réside dans le fait que certaines des questions posées sont « larges et très générales », alors que la Cour « a déduit de l'article 1 §§ 1 et 2 du Protocole n° 16 que les avis qu'elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent 'se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne' » (§ 44). A cet égard, la Cour rappelle qu'elle peut reformuler les questions posées (ce qu'elle a déjà fait à l'occasion du premier avis rendu au titre du Protocole n° 16 : CourEDH, *Avis consultatif relatif à la 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*, précité, §§ 27-33), ajoute qu'elle peut choisir de les joindre et surtout affirme qu'elle a la faculté, « une fois saisie d'une demande d'avis consultatif, (…) de s'abstenir de répondre à une ou plusieurs des questions posées » (§ 46). Les paragraphes 1 et 2 de l'article 2 du Protocole n° 16 disposent respectivement qu'« [u]n collège de cinq juges de la Grande Chambre se prononce sur l'acceptation de la demande d'avis consultatif au regard de l'article 1 » et que « [l]orsque le collège accepte la demande, la Grande Chambre rend un avis consultatif ». Pour rappel, les conditions prévues à l'article 1 sont les suivantes : la demande émanant d'une des plus hautes juridictions désignées par l'Etat partie doit porter « sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (art. 1, par. 1 P16) ; elle doit être formulée « dans le cadre d'une affaire pendante devant elle » (art. 1, par. 2 P16) et être motivée et accompagnée des éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante (art. 1, par. 3 P16). Aux yeux de la Cour, la compétence du collège pour décider d'accepter ou non la demande d'avis ne prive pas la Grande Chambre « de la possibilité d'utiliser tous les pouvoirs qui sont conférés à la Cour, notamment celui relatif à sa compétence (articles 19 et 32 de la Convention et, par analogie, article 48) » ni « d'apprécier si chacune des questions qui composent la demande satisfait aux conditions de l'article 1 du Protocole no 16 » (§ 47). Autrement dit, la décision du collège de cinq juges d'accepter la demande d'avis consultatif ne lie pas la Grande Chambre : cette dernière conserve la faculté de ne pas examiner certaines questions dès lors qu'elle considère que ces questions ne satisfont pas aux conditions énoncées à l'article 1er du Protocole n° 16. Il ne saurait donc être exclu, en dépit du fait que la demande ait été acceptée par le collège, que la Grande Chambre décide de ne pas examiner l'ensemble des questions posées (qu'il y en ait plusieurs ou une seule).

La demande d'avis consultatif, « par nature préjudicielle » (§ 48), présentait pour seconde spécificité d'avoir été formulée par la Cour constitutionnelle arménienne alors que cette dernière était elle-même saisie d'une question préjudicielle de constitutionnalité soulevée dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre M. Kocharyan, procédure « toujours pendante à un stade peu avancé devant la juridiction pénale de première instance » (§ 41). Ce « double renvoi » (§ 49), qui illustre la convergence possible des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, « ne fait pas obstacle à l'examen de la présente demande d'avis consultatif » (§ 49). La Grande Chambre prend néanmoins le soin de préciser que l'avis consultatif qu'elle s'apprête à rendre « doit permettre à la Cour constitutionnelle de trancher la question dont elle est saisie (…). Il appartiendra ensuite au tribunal de première instance d'appliquer aux faits concrets de la procédure dirigée contre M. Kocharyan la réponse qui aura été donnée par la Cour constitutionnelle. Pour la Cour, cette approche est conforme au principe de subsidiarité sur lequel est fondé le Protocole n° 16, de même au demeurant que la Convention elle-même » (§ 49).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La Cour en vient ensuite à l'examen des quatre questions posées par la Cour constitutionnelle. En l'absence de « lien direct entre les deux premières questions et la procédure en cours » (§ 53) et face à l'impossibilité de reformuler utilement lesdites questions (§ 55), la Cour juge qu'elles « ne satisfont pas aux conditions de l'article 1 du Protocole n° 16 » et qu'elle « ne peut donc y répondre » (§ 56).

En réponse à la troisième question, la Cour affirme que la technique de la « législation par référence » pour définir une infraction « n'est pas en soi incompatible avec les exigences de l'article 7 de la Convention », dès lors que sont garanties « la clarté et la prévisibilité d'une incrimination conçue sur ce modèle » (§ 74 et pt. 2 du dispositif). Enfin, en ce qui concerne la quatrième question, la Cour considère qu'il convient de recourir au « principe de concrétisation » afin déterminer si « une loi adoptée après la commission présumée d'une infraction est plus ou moins favorable à l'accusé que la loi qui était en vigueur au moment des faits allégués » (§ 92 et pt. 3 du dispositif).

Pour répondre à ces deux dernières questions, la Cour s'est notamment appuyée sur une étude de droit comparé montrant d'une part, que la majorité des Etats parties à la Convention recourent à la technique de la « législation par référence » en droit pénal (§ 32) et, d'autre part, que le « principe de concrétisation » est l'un des critères « couramment employés » afin de savoir si une loi postérieure est plus ou moins favorable à l'accusé (§ 37).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 18 juin 2020 (Grande Chambre), satisfaction équitable, *Molla Sali c. Grèce,* req. n°20452/14

Responsabilité internationale de l'Etat – fait illicite – dommage – lien de causalité – réparation – satisfaction équitable – autorité de la chose jugée – effet interprétatif

Rendu sur la question de la satisfaction équitable, cet arrêt de Grande Chambre aurait pu comporter l'intérêt non négligeable de clarifier la question de la détermination du dommage à réparer suite à un fait illicite en droit européen des droits de l'Homme : se distingue-t-elle du droit international de la responsabilité de l'Etat ? Quelles en sont précisément les spécificités ? Rien de limpide ne ressort cependant de cet arrêt qui soulève plus de questions qu'il n'en résout. Son intérêt principal s'avère être ainsi assez incident : la Grande Chambre semble affirmer l'existence d'une autorité de la chose interprétée attachée aux arrêts de la Cour opposable à tous les Etats parties à la Convention.

Une discrimination en matière successorale était à l'origine de l'affaire : en Grèce, Mme Molla Sali s'était vue appliquer la charia à la succession dont elle était bénéficiaire, non par application d'une loi étrangère en vertu d'une règle de droit international privé mais uniquement en raison de son appartenance à la minorité musulmane de Thrace, alors qu'elle et son défunt mari avaient la nationalité grecque, et contre la volonté testamentaire de ce dernier. La Grèce était en effet liée par une série de traités internationaux conclus avec la Turquie au début du XXème siècle prévoyant des dérogations au droit grec afin de protéger le particularisme religieux des musulmans grecs. La Cour de cassation finit par faire primer ces traités dans le cadre de la succession du mari de Mme Molla Sali et les juges du fond furent obligés d'appliquer la charia à la succession, en écartant le testament de son mari dont elle était l'unique bénéficiaire. La requérante fut en conséquence privée

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

des trois quarts de l'héritage qui aurait dû lui revenir en application du code civil grec. La Grande Chambre a conclu à une discrimination en matière de droit à la propriété (art. 14 combiné avec l'art. 1 du Protocole n°1). Alors que Mme Molla Sali était dans une situation comparable à celle d'une épouse bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur non musulman, elle a été traitée différemment en raison de la religion du testateur. Cette différence de traitement n'a été jugée ni objective ni raisonnable, nonobstant les obligations internationales pesant sur la Grèce. Deux des trois traités ne sont en effet plus en vigueur, ce que la Grèce avait déjà admis (CourEDH, *Serif c. Grèce*, 14 décembre 1999, req. n°38178/97, § 40). Quant au traité de Lausanne, il ne fait que garantir le particularisme religieux sans prévoir expressément l'application de la charia à la population musulmane (arrêt au principal, § 152). Il aurait dû en tout état de cause être interprété de manière à permettre le respect des engagements internationaux de la Grèce en matière de protection des droits humains et libertés fondamentales.

Restait ainsi à régler la question de la satisfaction équitable dont pouvait bénéficier Mme Molla Sali. Il n'existait plus aucune voie de recours permettant de revenir sur les arrêts définitifs des juridictions internes, même après un arrêt de la Cour EDH. Autrement dit, aucune *restitutio in integrum* n'était envisageable et seule demeurait, comme bien souvent, la possibilité de réparation par équivalent du dommage matériel subi par la requérante. Mais, sans que la Cour n'explicite ses motifs, elle a considéré que son évaluation n'était pas en état d'être opérée en même temps que ses conclusions au principal.

L'évaluation du dommage sur le fondement de l'article 41 de la Convention dans un arrêt séparé de Grande Chambre est relativement rare et aurait pu donner l'occasion de clarifier les principes utilisés par la Cour en la matière. D'autant qu'un certain temps s'est écoulé, permettant à la requérante de tenter de se prévaloir, en droit interne, de l'arrêt définitif rendu par la Cour. Cette occasion semble malheureusement ne pas avoir été pleinement saisie, la majorité des juges esquivant « certaines des questions les plus épineuses », à savoir : « les rapports entre la *restitutio in integrum* et l'indemnisation, le lien de causalité et le quantum de la réparation » (opinion partiellement dissidente commune aux juges Lemmens, Koskelo et Eicke, §§ 4-5).

Le volet moral du dommage est celui qui posait le moins de difficulté en l'espèce. La Cour y énonce ses propres principes d'évaluation. Le principe de la réparation pour dommage moral existe dès lors que le requérant a souffert d'un stress, d'un traumatisme généré par la violation de son droit, qui ne peut être réparé par la seule reconnaissance judiciaire de cette violation (arrêt, § 33). Elle rappelle qu'elle n'est pas une juridiction civile, statuant sur une responsabilité interne et des dommages-intérêts qui en découlent (*ibidem*). On comprend donc qu'elle agit exclusivement en tant que juridiction internationale, n'allouant une satisfaction équitable pour dommage moral qu'en tant que conséquence du fait internationalement illicite. La Cour précise seulement qu'elle évalue ce dommage selon « le principe de l'équité », en fonction de « la gravité » du préjudice subi. Sur cette base, l'application de ces principes au cas de l'espèce reste toutefois bien nébuleuse : il n'est est alloué que 10 000 euros à la requérante qui en demandait le triple, sans aucune espèce d'explication. La requérante arguait avoir subi une situation de stress en raison de toute cette procédure et de l'exposition publique dont elle a été l'objet en tant que femme, veuve et musulmane, luttant contre l'application de la charia. Ces éléments ne semblent pas avoir été déterminants pour la Cour. Est-ce à dire que la Grande Chambre

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

refuse de prendre en compte le stress induit non directement pas la violation du droit par l'Etat mais par la lutte judiciaire, interne et européenne, menée contre cette violation ? On ne l'espère pas, tant cette lutte est une conséquence directe du fait illicite initial, également imputable à l'Etat défaillant. En outre, sachant que la Cour, dans son évaluation du préjudice matériel, va réduire à quasi-néant l'effet de son arrêt au principal, Mme Molla Sali ne pouvant en définitive prétendre à satisfaction pour les biens qui lui étaient légués mais sont situés en Turquie, cette somme dérisoire est loin de sembler « équitable ».

La requérante demandait en effet remboursement de biens immobiliers situés en Grèce mais aussi en Turquie, ainsi que réparation d'un dommage moral et de ses frais et dépens. Ceci ne devrait pas étonner : il est fréquent que des biens d'une succession ne soient pas tous situés dans le même Etat et nombre d'entre eux, à l'instar de la Grèce mais aussi de la Turquie, adoptent la solution d'une loi successorale unique, celle de la résidence du défunt au moment du décès. L'intégralité de la succession était donc régie par la loi grecque, quelle que soit la localisation des biens, ce qu'admettait tant la Turquie que la Grèce.

Concernant les biens en Grèce, la requérante a ouvert une nouvelle procédure sur le fondement de l'arrêt au principal de la Cour EDH, toujours pendante en cassation. Mais la Cour précise qu'elle ne peut exiger des requérants qu'ils épuisent les recours internes « une seconde fois » pour se prononcer sur la réparation du dommage. Une problématique propre au contentieux du droit européen des droits de l'Homme est ici soulevée : alors qu'en droit international général, l'Etat reste libre de déterminer les moyens de la réparation du fait internationalement illicite, la Cour rappelle que ce principe lui est applicable *mais* indique systématiquement les mesures qui seraient propres à une réparation convenable. Or il est impossible d'identifier à la place de l'Etat mais surtout en avance quelles seront ces mesures : on ne sait si les juridictions accueilleront l'arrêt de la Cour comme un fait nouveau permettant de rouvrir une procédure et rétablir la personne dans son droit, ou bien si une telle *restitutio in integrum* sera en définitive impossible. La Cour décide donc d'une voie médiane, qui la place encore un peu plus en marge du droit du contentieux international : imposer à l'Etat une obligation d'indemnisation des biens à verser « dans un délai d'un an » si à ce moment la Grèce n'est pas parvenue à revenir sur les conséquences du fait illicite en rétablissant la requérante dans son droit de propriété. Affirmant toujours ne pas préciser aux Etats les modalités internes d'exécution ses arrêts, elle va pourtant jusqu'à préciser à la Grèce une obligation alternative, pour parer à toutes les éventualités engendrées par son ordre juridique interne.

Sur la question des biens turcs, l'arrêt donne encore plus matière à commentaire voire à critique, comme le montre l'opinion partiellement dissidente de trois juges (préc.). La Cour a d'abord considéré que les procédures en Turquie destinées à rétablir le droit de propriété de la requérante en vertu de l'arrêt définitif de la Cour ne relevaient pas de la juridiction de la Grèce (§§ 47-48 de l'arrêt). Si cela n'est pas contestable, la difficulté consiste à refuser de réparer un dommage qui s'est en partie réalisé sur le territoire d'un Etat tiers à l'instance mais dont le fait internationalement illicite qui en est à l'origine relève de la juridiction exclusive du défendeur, à savoir la Grèce. Les biens situés en Turquie font en effet partie de la succession réglée par la Grèce en vertu de ses lois. Pour ce faire, la Grande Chambre adopte un raisonnement plutôt curieux, consistant à dire que l'arrêt au principal ne réglait pas la question des biens situés en Turquie mais uniquement de ceux situés en Grèce. Comme le font remarquer les trois juges sur ce point dissidents, l'arrêt au principal reste silencieux sur cette question. On devrait donc considérer que ce

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

silence inclus les biens turcs dans son jugement (opinion préc., §§ 20-22). Il s'agit en effet d'une question de succession réglée en totalité par le droit grec, et seul le règlement de cette succession, mais dans sa totalité, a été considéré comme réalisant le fait internationalement illicite car portant au droit de propriété une atteinte discriminatoire. C'est donc une difficulté essentielle de lien de causalité entre ce fait illicite et le dommage (la perte de droits de propriété en Grèce mais aussi en Turquie) qui est ici réglée par la Cour sans positionnement de principe mais surtout de manière fort peu rigoureuse. Dans le cas de l'espèce, le lien de causalité entre fait illicite et dommage(s) était très fort car les juridictions turques n'ont réglé la succession qu'en *exequatur* du jugement grec. La Turquie admettait donc que la totalité des biens successoraux étaient soumis à l'unique règlement grec. Les juges dissidents notent au surplus que « les juridictions turques n'ont invoqué aucune disposition d'ordre public turc (susceptible de rompre le lien de causalité) pour motiver leur refus de donner effet au testament » et « ont jusqu'à présent fondé leur(s) décision(s) exclusivement et expressément sur le fait qu'ils s'estimaient "liés" par la Cour de cassation grecque ». L'affaire semble se rapprocher du cas *Pellegrini* (CourEDH, *Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001, req. n° 30882/96, *Rec.* 2001-VIII) puis *Avotins* où la Cour a conduit à étendre le champ d'application de l'article 6 à l'obligation de contrôler sur ce terrain les jugements étrangers au moment de leur *exequatur*, l'Etat en charge de cette exécution supportant sinon indirectement le coût d'une défaillance procédurale de l'Etat d'origine de la décision de justice (voir CourEDH (Grande Chambre), *Avotins c. Lettonie*, 23 mai 2016, req. n°17502/07, cette Chronique, *Revue*, 2016-3, pp. 665-667, nos obs.). Pour autant, elle s'en distingue nettement en ce que la Cour avait clairement reconnu une obligation procédurale pesant sur l'Etat de l'*exequatur*, ce qui n'est pas le cas en matière d'obligations substantielles heurtées du fait d'une décision de justice exécutée par la suite à l'étranger (en ce sens, opinion préc. §§ 55-56). Refusant que la Grèce répare un préjudice qui découle pourtant directement d'un fait illicite qu'elle a constaté, la Cour procède à une rupture du lien de causalité peu en phase avec le droit international de la responsabilité de l'Etat (voir, pour un rappel de la jurisprudence de droit international général sur la question, opinion préc. §§ 42-52), sans présenter ni *a fortiori* justifier l'émergence de nouveaux principes propres au droit européen des droits de l'Homme en la matière.

Ce raisonnement conduit alors la Cour à remettre quelque peu en cause l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée de ses arrêts. Elle considère en effet que la requérante aura tout loisir, afin de voir son préjudice intégralement réparé, d'introduire un recours à l'encontre de la Turquie. La Cour confirme donc que la Turquie pourrait être tenue en partie responsable de la violation de l'interdiction de discrimination en matière de droit de propriété du fait d'avoir simplement exécuté la succession telle que réglée par la Grèce. On voit mal comment les juridictions turques pourraient dénicher les discriminations à l'origine du règlement d'une succession à l'étranger et, s'ils y parvenaient néanmoins, comment ils pourraient s'opposer à l'application de la charia en Grèce sur des grecs musulmans. Il est assez clair que le fait illicite est au contraire totalement réalisé sous la juridiction grecque. La Cour semble en réalité se reporter sur l'obligation d'exécution de son arrêt définitif. Elle considère en effet que la requérante pourrait surtout se retourner contre la Turquie si ses juridictions ne tenaient « pas compte du fait que l'arrêt principal rendu par la Cour a conclu à la violation, par la Grèce, de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole no 1 et n'en tir[aient] pas les conséquences qui s'imposent eu égard à la qualité d'Etat contractant de la Turquie. » On peine à comprendre.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La difficulté de la connaissance par la Turquie d'un fait illicite causé par un acte interne étranger qu'elle doit exécuter serait réglée par la survenance d'un arrêt de la Cour, qui lui donnerait donc la mesure de son obligation. Cela conduirait tout à la fois à admettre que la Turquie ne peut sans cela être considérée comme responsable d'une partie de l'illicéité, et à donner une forme d'autorité de la chose jugée sur les tiers aux arrêts de la Cour. Plus raisonnablement, on pense lire dans cette dernière formule une intéressante affirmation de l'autorité de la chose *interprétée*. Quelque contestable que soit l'interprétation de la Convention ici adoptée par les juges de Strasbourg, elle serait opposable à tous les Etats parties. Il aurait toutefois été préférable qu'un principe aussi essentiel du droit européen des droits de l'Homme ne soit pas affirmé dans un arrêt aussi problématique.

HÉLÈNE RASPAIL

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 25 juin 2020 (Grande Chambre), *S.M. c. Croatie*, req. n°60561/14

Interdiction de l'esclavage et du travail forcé – traite des êtres humains – exploitation de la prostitution – prostitution forcée – Protocole de Palerme – Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains – interprétation de la Convention

L'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *S.M. c. Croatie* confirme l'arrêt rendu par la deuxième section deux ans plus tôt. Si la solution est identique sur le fond de l'affaire, la formation la plus solennelle de la Cour saisit l'occasion de ce renvoi demandé par le gouvernement croate pour approfondir le travail de clarification et de justification de sa jurisprudence relative à l'article 4 et surtout de l'extension significative de son champ d'application (voir cette Chronique, *Revue*, 2018-4, pp. 1009-1011, nos obs.).

La requérante invoquait la violation des articles 3, 4 et 8 de la Convention en raison du défaut de mise en œuvre effective des mécanismes pénaux existants pour réprimer les faits de traite des personnes dont elle fut victime. Elle alléguait en effet avoir été contrainte physiquement et psychologiquement de se livrer à des activités de prostitution par un homme qui lui aurait fourni les moyens matériels de cette activité, l'aurait mise en relation avec des clients et collecté une partie des sommes qui lui étaient versées à ce titre. Son emprise sur elle se manifestait par un recours à la violence à son encontre et un contrôle systématique de ses déplacements. Bien qu'elle ait pu déposer plainte et qu'une procédure pénale ait été déclenchée, elle aboutit à la relaxe de son bourreau, les tribunaux nationaux ayant conclu que le témoignage de la victime n'était pas suffisamment cohérent pour emporter la conviction. La Grande Chambre, comme la Chambre avant elle, considère que cette décision repose sur une enquête inadaptée et lacunaire au regard des faits allégués et en déduit une violation de l'article 4 dans son volet procédural. Le renvoi de l'affaire a permis au gouvernement de réagir à ce qu'il percevait comme une extension sans fondement de l'objet du litige par le bais de plusieurs exceptions préliminaires, toutes rejetées par la grande formation de jugement. Au contraire, plusieurs tiers intervenants ont saisi cette opportunité pour militer en faveur d'une clarification et d'un développement de la jurisprudence européenne relative à la traite des êtres humains et à la prostitution forcée, voire à la prostitution en tant que telle, à propos de laquelle la Cour avait soigneusement évité de se prononcer dans l'arrêt *V.T. c. France* (CourEDH, arrêt du 11 septembre 2007, *V.T. c. France*, req. n°37194/02). Consciente de la nécessité d'éclairer certaines zones d'ombre de sa propre jurisprudence et du potentiel de l'espèce à cet égard, la Grande

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Chambre consacre l'essentiel de son raisonnement à un exposé didactique de synthèse de sa jurisprudence visant à la définition et à la catégorisation des traitements prohibés par l'article 4 ainsi qu'à la justification des ajouts réalisés au fil du temps. Si le constat de violation a été adopté à l'unanimité des juges, une partie de ceux-ci se désolidarisent toutefois de la méthode employée et regrettent, à l'instar du gouvernement, une telle instrumentalisation de l'affaire qui aurait pu être tranchée « sur la base de motifs plus restreints » (voir l'opinion concordante commune aux juges O'Leary et Ravarani).

Pour construire son raisonnement, la Cour s'attarde en effet d'abord longuement sur la portée de l'article 4. Cette première étape lui permet de définir successivement l'esclavage, le travail forcé et la servitude à partir des instruments internationaux pertinents pour pallier l'absence de définition dans le texte conventionnel. L'esclavage est ainsi conçu à partir de la Convention de 1927 relative à l'esclavage comme « l'état ou [la] condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » (§ 280). La notion de servitude est, elle, appréhendée à partir de la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage est résumée comme « une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte » (§ 280). Elle confirme ensuite une logique de gradation entre les traitements visés puisqu'elle considère que la servitude est une forme aggravée de travail forcé ou obligatoire, à l'instar de ses conclusions dans l'arrêt *C.N. et V. c. France* (CourEDH, arrêt du 11 octobre 2012, req. n°67724/09, §§ 89-91). Enfin, le travail forcé ou obligatoire correspond, conformément à la Convention n°29 de l'OIT à « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré » (§ 281), ce qui lui permet ensuite de préciser le sens chacune de ces composantes. Forte de la clarification nécessaire de ce cadre initial, la Cour y inclut ensuite la notion de traite des êtres humains, à partir des avancées réalisées dans l'arrêt *Rantsev* (CourEDH, arrêt du 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n°25965/04). Elle endosse une fois encore les éléments constitutifs de la définition internationale du phénomène (§§ 290-297). Toutefois, pour légitimer *a posteriori* cette extension matérielle de la portée de l'article 4, elle recourt à une combinaison d'arguments systémiques (le « principe d'interprétation harmonieuse de la Convention et des autres instruments du droit international », § 290), évolutifs et téléologiques (§ 292), qui lui permettent en outre de retenir une conception large de la traite, déconnectée de la dimension transnationale qu'exige le Protocole de Palerme (§ 294). Enfin, la Cour entend soumettre à la même méthode l'exploitation de la prostitution qui, elle, n'avait pas bénéficié des mêmes évolutions jurisprudentielles. Sur la question, soulevée par les tiers intervenant, de la compatibilité de l'activité prostitutionnelle avec l'article 3 de la Convention, elle évite encore de se prononcer, prenant acte de l'existence d'approches différentes selon le système juridique et confirme la position adoptée dans *V.T. c. France.* Elle maintient comme frontière le principe selon lequel « la prostitution était incompatible avec la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle était contrainte » et assimile donc cette cinquième composante de l'article 4 au phénomène de prostitution forcée (§ 302), espérant probablement clore ainsi le débat relatif à la prostitution.

La reconstruction, ou *a minima* la réorganisation, du contenu de l'article 4 conduit ensuite la Cour à préciser les obligations positives qu'il impose aux Etats. Rappelant le caractère absolu de l'article 4, elle y calque le régime applicable aux articles 2 et 3 et le triptyque des obligations de protection, d'instauration d'un système législatif et

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

administratif répressif et d'enquête qu'il comprend. Si, comme l'avait déjà relevé la chambre, les deux premières obligations substantielles sont respectées en l'espèce par la Croatie, c'est la dernière obligation, procédurale, qui fait ici défaut. Là encore, la Cour se livre à une clarification sous forme d'inventaire des caractéristiques que doit revêtir l'enquête exigée (§§ 311-316), et précise qu'elle exerce sur ces aspects un degré de contrôle particulièrement élevé (§ 317). C'est en effet sur cette base que la Cour pousse plus loin son immixtion dans l'enquête interne, déjà critiquée par le juge Koskelo sous l'arrêt de chambre, et considère que les autorités nationales auraient dû tenir compte de la vulnérabilité de la requérante pour tempérer les incohérences de son récit mais encore mais encore qu'elles ont négligé des pistes essentielles. La Grande Chambre de la CourEDH semble endosser ici le rôle de l'enquêteur et estime que les voisins auraient dû être auditionnés, que les relations entre la victime et son persécuteur auraient dû être éclairées à partir de leurs échanges sur le réseau Facebook et que d'autres personnes de leur entourage auraient dû être entendues. Si cette substitution de la Cour aux autorités de police croates interroge quant à la subsidiarité du mécanisme de protection européen, il ne fait aucun doute que c'est avant tout sur la dimension pédagogique des motifs de l'arrêt que la juridiction a concentré ses efforts. Il semble donc qu'elle se soit bel et bien saisit de l'espèce pour en faire un véritable « vecteur jurisprudentiel élargi » au service du développement de la protection offerte par l'article 4 de la Convention.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n°9347/14

Mineurs non accompagnés – expulsions collectives – migration – rétention administrative – rattachement arbitraire à un adulte – renvoi vers un Etat non membre – vie familiale – privation de liberté – recours effectif

L'affaire concerne le renvoi de deux mineurs non accompagnés par les autorités françaises depuis Mayotte vers les Comores. L'arrêt rendu le 25 juin, dont la sévérité est à la hauteur de la gravité des manquements mis en évidence, condamne le détournement de la pratique du mineur accompagnant et réaffirme les exigences minimales de traitement des enfants placés dans ces situations.

Les deux premiers requérants, âgés de 3 et 5 ans à l'époque des faits, avaient été placés depuis les Comores sur une embarcation de fortune par leur grand-mère chez laquelle ils vivaient pour rejoindre leur père, le troisième requérant, résidant régulièrement à Mayotte. Le groupe de migrants fut interpellé par les autorités françaises, placé en rétention quelques heures dans des locaux de gendarmerie puis renvoyé vers les Comores sans que le père, informé de la présence de ses enfants, ne puisse faire suspendre ou annuler la procédure ni ne soit autorisé à entrer en contact avec eux. Les enfants, qui avaient voyagé seuls, furent placés en rétention avec des adultes sans accompagnement spécifique et rattachés administrativement à l'un des adultes présents, dont les liens avec eux furent contestés par le père, et seulement mentionnés sur son arrêté de reconduite à la frontière.

Le cœur de l'arrêt se situe sur le terrain de l'article 3, dont la Cour conclut à la violation à partir d'une pluralité de moyens. D'abord, elle stigmatise la pratique du rattachement administratif arbitraire à laquelle se sont livrées, et se livraient habituellement selon les tiers intervenants, les autorités françaises à Mayotte pour régulariser le renvoi de mineurs

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

non accompagnés. Elle considère à cet égard que la vulnérabilité des jeunes enfants et l'importance de leur rattachement à un adulte dans la gestion des flux migratoires fait peser sur l'Etat la charge de déterminer avec « une particulière vigilance » (§ 61), la nature des liens qui unissent les protagonistes. Quant à leurs conditions de rétention, ensuite, s'appuyant encore sur la vulnérabilité des jeunes enfants livrés à eux-mêmes et « complètement démunis » (§ 66) elle affirme que l'article 3 impose à l'Etat des obligations positives de protection qui n'ont pas été respectées en l'espèce. Elle précise à cet égard que le seul fait de les détenir séparément de leur famille, avec des majeurs, et sans adulte désigné pour s'en occuper atteint le seuil de gravité exigé par l'article 3, quelle que soit la durée du traitement ou même les conditions matérielles de la rétention (§ 66). Enfin, à ces premiers constats s'ajoute le manque de préparation et d'encadrement du renvoi, impliquant la solitude des requérants durant le voyage mais aussi l'absence de dispositif d'accueil, notamment de prise de contact avec leur famille aux Comores pour assurer leur prise en charge. Ce « refoulement » a généré selon la Cour « un sentiment d'extrême angoisse et a constitué un manque flagrant d'humanité envers leur personne, eu égard à leur âge et à leur situation de mineurs non accompagnés » (§ 69), caractérisant ainsi la violation de l'article 3 de la Convention.

Si la Cour n'admet pas la violation de ce même article à l'égard du père auquel elle concède toutefois la qualité de victime, elle multiplie néanmoins à partir de ce point de départ les constats de violation et les condamnations fermes de la procédure française. Elle reconnaît d'abord la violation de l'article 5 en ses premier et quatrième paragraphes en raison du vide juridique dans lequel se sont trouvés les requérants, placés en rétention en vue d'une expulsion que ne permettait pas le droit interne en vigueur et sans possibilité de recours. Ensuite, si la séparation des requérants aurait pu être compatible avec l'article 8 de la Convention si elle avait reposé sur une base légale, les circonstances de l'espèce la conduisent à constater la violation de cet article en l'absence de mesure régulièrement adoptée et faute pour les autorités d'avoir cherché à respecter l'intérêt supérieur des enfants. En outre la juridiction considère, dans la mesure où la situation des deux enfants n'a pas fait l'objet d'une individualisation et que leur sort a été lié arbitrairement à celui des adultes avec lesquels ils avaient voyagé, qu'ils ont fait l'objet d'une expulsion collective en violation de l'article 4 du Protocole 4. Enfin, l'absence de caractère suspensif des recours engagés par le père, le manque de célérité de la procédure administrative actionnée et l'impossibilité générale de former un recours effectif pour faire valoir leurs griefs emportent quant à eux violation de l'article 13 combiné à l'article 8 de la Convention et à l'article 4 du Protocole 4.

Les requérants invoquaient encore l'article 46 et demandaient à la Cour d'édicter des mesures générales au regard de la situation des mineurs isolés à Mayotte, dénoncée également par la CIMADE, le GISTI, la LDH et la CNCDH dans leurs tierces interventions. Néanmoins, prenant acte des « évolutions législatives et jurisprudentielles positives » (§ 168) survenues depuis en droit français, la Cour s'abstient de la formulation de telles injonctions et place sa confiance dans le soin qu'apporteront les autorités nationales à mettre en application ces améliorations.

JULIE FERRERO

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 25 juin 2020, *Ghoumid et al. c. France*, req. nos 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16

Déchéance de nationalité – terrorisme – vie privée – identité – vie familiale – article 8 – article 4 P7 – *non bis in idem* – procédure pénale – sanction – droit de séjour sur le territoire – garanties procédurales – arbitraire – réserve – apatridie

L'affaire a été soumise à la Cour par cinq français binationaux suite au prononcé de la déchéance de leur nationalité française en 2015 par décret du premier ministre en raison de leur condamnation, en 2007, pour des faits de participation à une association de malfaiteurs dans un contexte terroriste. La gravité des faits reprochés aux requérants et la sensibilité du contexte français en 2015 font l'objet d'une prise en considération significative par la Cour et conditionnent l'examen qu'elle réalise des mesures litigieuses.

Le premier grief des requérants porte sur la prétendue violation de leur droit à la vie privée du fait de la perte de leur nationalité. Si l'article 8 peut trouver à s'appliquer sous son volet vie familiale, cette dimension a été considérée comme irrecevable dans la mesure où la décision contestée n'emporte pas obligation de quitter le territoire. Néanmoins, la Cour a déjà admis (voir par ex. CourEDH, arrêt du 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n°53124/09) que la nationalité peut être liée à l'identité sociale de la personne et tomber par conséquent dans le champ de la protection offerte par l'article 8. Si le juge français se refusait jusque-là à admettre l'invocabilité de l'atteinte à la vie privée dans ces cas de figure, l'arrêt rendu à l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé par les requérants opère un revirement à cet égard. Le juge administratif réalise ainsi un contrôle du respect de ce droit sous cet angle qu'il conclut par un constat de proportionnalité de l'atteinte en raison de la gravité des crimes commis. La Cour, quant à elle, exerce son contrôle à partir d'un double critère. Elle examine d'abord si l'atteinte résulte d'une décision arbitraire, c'est-à-dire si elle repose sur une base légale adéquate, offre des garanties procédurales suffisantes, si les requérants ont eu accès à un contrôle juridictionnel de la mesure et si les autorités ont fait preuve de la promptitude et de la diligence nécessaires. Les trois premières exigences étant satisfaites en l'espèce, c'est à propos de la promptitude et de la diligence des autorités françaises que la Cour développe son raisonnement. Les requérants alléguaient en effet qu'un laps de temps trop long, d'une dizaine d'années, s'était écoulé entre leur condamnation et la déchéance de nationalité. Si la Cour relève l'ampleur du délai entre ces évènements, elle semble admettre un infléchissement du critère classique en raison à la fois de la gravité des faits reprochés au requérants mais aussi des attaques terroristes qu'a subi l'Etat français en 2015, justifiant pour elle la volonté du gouvernement de durcir sa réaction. Elle considère ainsi que « dans les circonstances particulières de l'espèce » (§ 45) ce délai n'entache pas la décision contestée d'arbitraire et admet une première modulation de ses modalités de contrôle face au phénomène terroriste. Le second critère, relatif aux conséquences de la mesure sur la vie privée des requérant est quant à lui plus rapidement évacué puisque, bien que le droit de séjour des requérant soit « fragilisé » par la perte de nationalité (§ 49), aucune mesure d'éloignement n'a été prononcée à la date du jugement. La Cour fait preuve de compréhension à l'égard des arguments avancés par le gouvernement et adhère notamment à l'incompatibilité de la violence terroriste non seulement avec la démocratie mais encore avec toute loyauté à l'égard de l'Etat français et ses valeurs (§ 50), écartant ainsi la violation de l'article 8.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le second grief invoqué réside dans la violation de l'article 4 du Protocole 7 en ce que la déchéance de nationalité serait constitutive d'une peine déguisée se superposant à la condamnation initiale, en contradiction avec le principe *non bis in idem.* Le gouvernement conteste naturellement cette analyse et invoque en outre la réserve française à l'article 4 du Protocole 7 selon laquelle « seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens [de l'article 4] du présent Protocole ». A ce propos, les requérants demandent à la Cour d'écarter cette réserve au motif qu'elle viderait l'article de sa substance et contredirait donc son objet et son but, condition de validité de telles modulations conventionnelles. Si l'exercice d'un contrôle de la validité de la réserve aurait été intéressant d'un point de vue juridique, la Cour ne le juge pas nécessaire en l'espèce et s'en dispense. Elle considère en effet que le grief est irrecevable parce qu'il n'entre pas dans le champ d'application de l'article invoqué, dans la mesure où la déchéance de nationalité n'est pas une sanction pénale. Pour parvenir à cette conclusion elle fait application du test « Engel » (CourEDH, arrêt du 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, § 82), initialement conçu pour qualifier la « matière pénale » et déterminer l'applicabilité de l'article 6 de la Convention mais dont elle a étendu l'utilisation à l'article 4 du Protocole 7 dans l'affaire *A. et B.* (Cour EDH (Grande Chambre), arrêt du 15 novembre 2016, *A. et B. c. Norvège*, req. n^{os}24130/11 et 29758/11, § 107). En vertu ce test, la détermination du caractère pénal de la mesure repose sur la conjonction de plusieurs critères : sa qualification juridique en droit interne, sa nature et le degré de sévérité de la sanction. Les deux premiers critères ne posent pas de difficulté particulière aux yeux de la Cour, quoiqu'elle admette la « coloration punitive » de la déchéance de nationalité (§ 71). Quant au troisième critère, la Cour admet le « caractère sérieux » et l'« impact » de la mesure en cause. Elle considère néanmoins que cette sévérité doit être « significativement relativisée » eut égard à la gravité des comportements à l'origine de la déchéance de nationalité et conclut dès lors au défaut de caractère pénal de la mesure et à l'irrecevabilité du moyen soulevé en conséquence. La Cour opère ainsi un infléchissement supplémentaire de son contrôle des droits et libertés et entérine ainsi une véritable adaptation du catalogue conventionnel face à la violence terroriste que la Grande chambre aura peut-être l'occasion de préciser ou de réformer dans les mois à venir si la demande de renvoi en cours est favorablement accueillie.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 30 septembre 2020, *Arménie c. Azerbaïdjan*, demande n°42521/20 et Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 6 octobre 2020, *Arménie c. Turquie*, demande n° 43517/20

Requête interétatique – mesure provisoire – conflit armé – protection des populations – Etats impliqués dans le conflit – droit à la vie – article 2 – interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – article 3

La reprise violente du conflit historique opposant l'Arménie à l'Azerbaïdjan à propos de la région autonome du Haut-Karabakh a donné lieu à plusieurs jours de combats sanglants et à une saisine quasi-immédiate de la Cour par l'Arménie, elle-même à l'origine d'une succession de décisions de la part de la juridiction. Si la communauté internationale a presque unanimement appelé les parties à un cessez-le feu, la Turquie, allié traditionnel

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de l'Azerbaïdjan, assume un rôle plus ambigu dans le conflit et soutient son partenaire historique. C'est dans ce contexte que l'Arménie a d'abord saisi la Cour d'une requête interétatique contre l'Azerbaïdjan le 27 septembre 2020 au lendemain de la reprise des hostilités, avant de la saisir de nouveau une semaine plus tard à l'encontre de la Turquie le 4 octobre 2020. Ces nouvelles requêtes confirment l'augmentation exponentielle du contentieux interétatique devant le juge de Strasbourg, dont le volume a doublé au cours des 15 dernières années, avec une nette accélération depuis 2018. Les deux saisines ont été assorties de demande de mesure provisoire auxquelles la Cour a fait droit.

Dans sa demande du 27 septembre, l'Arménie priait la Cour d'indiquer au gouvernement azerbaïdjanais de faire cesser les attaques militaires contre les populations civiles et les attaques aveugles. Dans sa décision du 30 septembre 2020, la Cour fait droit à sa demande mais ordonne, comme à son habitude, aux deux parties de respecter les droits des populations civiles garantis au titre de la Convention et de l'informer des mesures prises pour s'acquitter de leurs obligations. Dans sa demande du 4 octobre, l'Arménie sollicitait cette fois l'intervention d'urgence de la Cour à l'encontre la Turquie en raison de son implication dans le conflit. Dans sa décision du 6 octobre, la Cour se prononce une nouvelle fois à titre conservatoire mais élargit comme le suggérait le demandeur le cercle des protagonistes. Elle vise à présent « tous les Etats directement ou indirectement impliqués dans le conflit, y compris la Turquie » qu'elle enjoint « de s'abstenir de tout acte qui contribuerait à des violations des droits que la Convention garantit aux civils et de respecter leurs obligations au titre de la Convention ». Si cette configuration est singulière, cette originalité est encore renforcée par la réaction turque et la réponse de la Cour. Sans surprise, le Ministère des affaires étrangère turc a rapidement fait connaître son mécontentement, notamment dans une déclaration du jour même fustigeant la décision prétendument infondée de la Cour qui porterait un coup « à sa crédibilité et sa réputation ». Dès le lendemain, le gouvernement a demandé à la Cour de reconsidérer sa décision et de lever la mesure provisoire ordonnée à son égard qui, après avoir néanmoins examiné ses objections, a refusé de modifier sa décision.

Si ces péripéties judiciaires n'ont pas encore connu de nouveaux développements à l'heure où ces lignes sont écrites, elles sont néanmoins déjà riches d'enseignements quant à la procédure d'urgence dans le contentieux interétatique devant la Cour européenne. D'abord, elles démontrent qu'une mesure conservatoire peut être contestée par l'Etat défendeur suivant, semble-t-il, la même procédure. Cette incursion du débat contradictoire au stade préliminaire n'est pas en soi surprenante, la procédure conservatoire devant la CIJ, par exemple, permet une telle discussion, mais elle était jusqu'ici inédite devant la Cour européenne. Elles corroborent ensuite la mutation qualitative du contentieux interétatique dont les prémices pouvaient déjà être observés dans le différend opposant l'Ukraine à la Russie depuis 2014 et toujours pendant devant la Cour. D'abord, le recours au mécanisme interétatique, pendant longtemps utilisé de manière extrêmement résiduelle dans le système européen, semble devenir un réflexe pour les Etats membres et ce, dès la survenance du différend, comme en témoignent les saisines récurrentes contre la Fédération de Russie entre 2014 et 2018 mais aussi, pour la seule année en cours, de la Lettonie, des Pays-Bas et du Liechtenstein. Ensuite, le recours aux mesures provisoires dans ce contexte, déjà utilisées à la demande de l'Ukraine en 2014 donc, atteste d'un développement supplémentaire et d'une véritable appropriation de ces mécanismes procéduraux par les Etats. Il faut rappeler à cet égard que l'essor des mesures

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

conservatoires dans le contentieux international est relativement récent puisque la CIJ n'a admis leur caractère obligatoire qu'en 2001 à l'occasion de l'arrêt *Lagrand* (CIJ, Affaire *Lagrand (Allemagne c. États-Unis),* arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Rec.* 2001, p. 466) et que la Cour européenne lui a emboité le pas quelques années plus tard (Cour EDH, 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 et 46951/99). Depuis lors, cet instrument a connu un succès grandissant devant la Cour de La Haye, dont témoigne l'augmentation significative du nombre d'ordonnances rendues à ce titre au cours des dernières années. Il est donc logique que ce mouvement, avec quelques années de retard, atteigne à présent Strasbourg.

JULIE FERRERO

COUR DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST

Arrêt du 25 juin 2020, *Amnesty International Togo et autres c. République du Togo,* EWC/CCJ/APP/61/18, ECW/CCJ/JUD/09/20

Conditions de saisine – qualité de victime – liberté d'expression – clauses de restriction – clauses de dérogation.

Le contentieux des droits de l'Homme devant la Cour de Justice de la CEDEAO connait un développement important, à la faveur de ses conditions de saisine généreuses. Contrairement aux juridictions régionales et aux organes de protection des droits de l'Homme, la recevabilité de la saisine devant la CJCEDEAO n'est pas soumise à l'épuisement préalable des voies de recours internes, et sa compétence *ratione materiae* ne se limite pas à un seul texte mais à toutes les conventions relatives aux droits de l'Homme ratifiées par l'Etat membre défendeur. L'accès ainsi facilité au juge communautaire de l'Afrique de l'Ouest est toutefois encadré *ratione personae* par une condition tenant à la qualité de victime dont les contours ont été précisés par la Cour dans l'affaire qui nous occupe, et dont le fond traite de la liberté d'expression.

Les faits en cause remontent à août 2017. Plusieurs manifestations éclatent au Togo pour demander la limitation du mandat présidentiel à deux ans, mais sont réprimées et l'accès à Internet est par la suite bloqué. Les requérants, sept organisations non gouvernementales de défense des droits de l'Homme intervenant au Togo et une journaliste, blogueuse et activiste togolaise saisissent alors la Cour aux fins de lui faire constater les limitations de l'accès à Internet constitutives, à leurs yeux, de violations de la liberté d'expression.

Au titre des exceptions préliminaires et de la recevabilité de la requête, l'Etat défendeur conteste la qualité pour agir des requérants. Il affirme, en effet, que les requérants ne remplissent pas l'une des conditions essentielles pour saisir la Cour communautaire : la qualité de victime. D'une part il estime que les requérants du premier au septième ne sont pas des personnes physiques et donc ne peuvent prétendre à la qualité de victime, et d'autre part que le huitième requérant n'a pas indiqué en quelle qualité il agissait devant la Cour.

La qualité de victime est au cœur des conditions de saisine de la Cour communautaire d'Abuja ; ce qui n'est pas le cas devant la Cour ADHP d'Arusha. Les conditions de saisine de la Cour communautaire relativement au contentieux des droits de l'Homme relèvent de l'article 10 (d) du Protocole (A/P.1/91) tel qu'amendé par l'article 4 du Protocole additionnel (A/SP.1/01/05) du 19 janvier 2005. Il énonce que : « [p]euvent saisir la Cour :

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

(…) « toute personne victime de violations des droits de l'Homme (…) ». L'on peut en déduire que le prétoire de la Cour est ouvert à toute victime de violation des droits de l'Homme dans un Etat membre de la Communauté, qu'elle soit une personne physique ou une personne morale. La Cour l'a clairement affirmé dans un certain nombre d'arrêts dont l'affaire du 9 mai 2011, (*Center for Democracy and Development, et Center for Defence of Human Rights and Democracy, c. Mamadou Tandja et République du Niger*, ECW/CCJ/JUD/05/11, par. 27). La Cour y revient sur la notion de « personne victime » en affirmant qu'elle peut être saisie par des personnes physiques ou morales dotées, au regard de leur législation nationale, de la capacité juridique et qui, en outre, justifient de leur qualité de victime. L'accès de plein droit de toute « personne » à la Cour est conditionné par l'exigence de la qualité de victime, comme c'est le cas devant la Cour EDH (art. 34 CEDH).

La victime s'entend de « toute personne pouvant se prévaloir d'un préjudice ou d'une atteinte aux droits et aux libertés qui lui sont reconnus » (J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international*, Bruylant, 2011, p. 131). Au regard de sa jurisprudence, la Cour de la CEDEAO semble reprendre à son compte cette définition de la victime. L'existence d'un préjudice du fait de la violation d'un droit reconnu détermine la qualité de victime. Pour justifier l'intérêt à agir du requérant, le préjudice doit être réel et avoir un lien direct avec la victime. La Cour procède ainsi à un examen *in concreto* du préjudice allégué qui doit exister, être actuel et direct. Le requérant recevable devant la Cour est celui qui a subi directement un préjudice du fait de la violation d'un droit qui lui est reconnu. L'intérêt à agir des personnes morales qui saisissent la Cour est établi si elles ont subi directement un préjudice du fait d'une violation des droits reconnus (voir affaire *Dexter Oil c. République du Libéria*, 6 février 2019, ECW/CCJ/JUD/ 03/19) ou si elles ont été mandatées par les victimes (voir affaire *SERAP c. République fédérale du Nigéria*, 14 décembre 2012, ECW/CCJ/JUD/18/12 ; et affaire *CDD et CDHRD c. Mamadou Tandja et République du Niger*, 9 mai 2011, ECW/CCJ/JUD/05/11).

Au-delà de la qualité d'agir des ONG requérantes, l'exception préliminaire du défendeur soulève la question de savoir si les personnes morales sont titulaires de droits reconnus par la Charte. En s'appuyant sur son argumentation au paragraphe 72 de l'affaire *Dexter Oil c. République du Libéria* précitée, la Cour a indiqué en l'espèce que, tout comme les personnes humaines, les personnes morales ont des droits fondamentaux nécessaires à leur existence. Elles peuvent ainsi jouir de la liberté d'expression et ester en justice pour la protéger si elle est violée.

Bien que n'étant pas des personnes physiques, les sept ONG requérantes ont la qualité pour agir devant la Cour en tant que victimes lorsque les droits qui leur sont garantis sont soit violés, soit menacés sans aucune justification légale (§ 35). S'agissant du huitième requérant qui est une personne physique, la Cour a mis en avant sa qualité de victime en relevant le préjudice qu'il a subi dans l'exercice de sa fonction de journaliste. En somme, la Cour confirme bien ici que la qualité de victime tant d'une personne physique que d'une personne morale tient à l'existence de droits reconnus et au préjudice lié à la violation dudit droit.

Pour établir qu'il y a violation de la liberté d'expression par l'Etat togolais, la Cour a rattaché l'accès à Internet à la liberté d'expression, le premier n'étant pas expressément prévu dans la Charte. Elle en a fait à la fois un droit dérivé et un élément constitutif de la liberté d'expression nécessitant, au même titre que ce dernier, la protection de l'Etat.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La liberté d'expression est garantie à l'article 9 de la CADHP en ces termes : « 1. Toute personne a droit à l'information. 2. Toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements. ». Elle fait partie de ces droits et libertés dont la jouissance et l'exercice sont assortis de clauses de limitation conventionnelles. Les clauses de limitation ou de restriction *ab initio* permettent à l'Etat d'encadrer l'exercice des droits et libertés auxquelles elles sont assorties. Faute de clauses de dérogation dans la Charte (voir sur la question : F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, Paris, PUF, 1993, pp. 257 et ss.), les clauses de limitation ont été interprétées par une partie de la doctrine comme permettant aux États de suspendre discrétionnairement les libertés reconnues (voir R. ERGEC, *Les droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 24.). Comme la Com. ADHP avant elle (voir Communication *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, 31 octobre 1998, comm. N° 105/93, 128/94, 130/94, and 152/96), la CJCEDEAO est restée dans l'application stricte des restrictions autorisées à l'article 9 de la Charte. Rejetant l'argumentation de l'Etat défendeur tendant à justifier la coupure de l'accès à Internet par les manifestations qui ont secoué le pays et le risque de guerre civile auquel elles pouvaient déboucher, la Cour a estimé que les restrictions à la liberté d'expression autorisées par l'article 9 doivent trouver leur fondement dans la législation nationale. Faute d'avoir pu produire la preuve de l'existence d'une telle législation, l'Etat togolais a violé la liberté d'expression des requérants en bloquant l'accès à Internet. La Cour affirme ici le principe de légalité de la limitation des droits reconnus, une garantie élémentaire contre l'arbitraire et une des caractéristiques les plus essentielles de l'Etat de droit.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 6 mars 2020, *Lidercon S.L. v. Peru* (ARB/17/9)

(J. Paulsson, président ; F. G. de Cossio, H. Perezcano, arbitres)

Treaty claim / contract claim – traitement juste et équitable

La société demanderesse, de nationalité espagnole, a conclu en 2004 avec la municipalité de Lima, un contrat de concession d'une durée de 16 ans, aux termes duquel elle s'engageait à construire des centres de contrôle technique, et obtenait l'exclusivité des contrôles des véhicules automobiles pour l'ensemble de la municipalité. Bien que le contrat soit toujours en vigueur, le demandeur se plaint de la perte de l'exclusivité et du remplacement de la municipalité par le ministère des transports pour procéder à l'évaluation de ses activités. Ces remises en cause, que le demandeur assimile à une violation du traitement juste et équitable, résultent d'une loi de 2008 ainsi que d'une décision de justice locale indiquant que l'octroi de l'exclusivité est contraire au droit péruvien.

La loi de 2008 confère au ministère des transports la compétence pour conclure des accords en matière de contrôle technique des véhicules automobiles ainsi que pour contrôler les activités des opérateurs de ce marché. Le législateur précise également que

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

la loi l'emporte sur tous les accords ou réglementations contraires. Un différend s'engagea, sur le fondement du contrat de concession, devant un tribunal arbitral péruvien. Ce dernier adopta en 2011, une sentence par laquelle il consacrait le maintien des termes de la concession (exclusivité et contrôle par la municipalité de Lima). Mais cette sentence fut déclarée partiellement inexécutable par la cour supérieure de justice de Lima qui confirme en 2017 une décision de l'autorité de la concurrence péruvienne affirmant que le refus d'accorder des autorisations à des concurrents potentiels de Lidercon, pour respecter la clause d'exclusivité, constitue une barrière bureaucratique irrégulière et exclut la compétence de la municipalité de Lima pour superviser les activités de Lidercon. Cette longue procédure interne est dénoncée par l'investisseur qui estime que les autorités péruviennes ont violé le standard du traitement juste et équitable. L'affaire Lidercon permet d'illustrer la diversité des violations potentielles de ce standard. Les demandeurs accusent le Pérou de déni de justice et de mauvaise foi, défaut de transparence, et frustration des attentes légitimes.

Avant l'examen au fond, le tribunal doit évidemment se prononcer sur sa compétence dans la mesure où il serait aisé de voir dans la requête une *contract claim* plutôt qu'une *treaty claim.* L'analyse du tribunal est sommaire et convaincante. Il indique qu'il s'agit de rechercher si les agissements des autorités péruviennes en relation avec l'investisseur, sont des actes d'autorité souveraine qui vont au-delà de la capacité d'un simple contractant (§ 162). Reprenant les termes de la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire Vivendi (Comité *ad hoc* CIRDI, 3 juillet 2002, *Compania de Aguas del Aconquija S.A & Vivendi Universal c/ Argentine*, ARB/97/3, décision sur la demande d'annulation, § 96), le tribunal souligne qu'une allégation de violation d'un TBI et une allégation de violation d'un contrat sont des questions différentes auxquelles il convient de répondre en tenant compte de règles de droit applicables distinctes pour les deux types d'actions. Or ici, il ne fait guère de doute que le demandeur ne cherche pas à porter devant un tribunal CIRDI, la plainte qu'il a portée devant un tribunal arbitral interne, mais bien à obtenir réparation du préjudice né de la non-exécution de la sentence arbitrale rendue en sa faveur par ce tribunal interne en 2011. Le tribunal CIRDI est donc bien compétent (§ 164).

Le demandeur affirmait que ses attentes légitimes relatives au maintien de l'exclusivité dont il bénéficiait au titre du contrat de concession avaient été frustrées. On sait que la notion de protection des attentes légitimes de l'investisseur est régulièrement mobilisée dans le contentieux contemporain de l'investissement. Le tribunal rappelle certains points bien établis et souligne l'importance de l'environnement dans lequel est réalisé l'investissement. Il s'agit notamment de rappeler que l'activité de contrôle technique des véhicules automobiles était nouvelle au Pérou et l'investissement de Lidercon n'avait pas été réalisé dans un secteur d'activité habituel de la société (§ 188). Il était clair que de ce fait, la réglementation pourrait évoluer. Les parties au contrat de concession l'avaient clairement envisagé en insérant dans celui-ci une clause renvoyant à de possibles évolutions réglementaires ou législatives. Ainsi, il serait difficile pour les investisseurs d'affirmer qu'ils avaient des attentes légitimes de non-altération du régime encadrant le contrat. Ainsi que le souligne le tribunal : « *Public authorities may fail to accord fair and equitable treatment if they create legitimate expectations that they subsequently fail to meet. To be legitimate, however, an expectation must be of a nature to induce reasonable reliance* » (§ 196).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Il n'en reste pas moins que certaines circonstances auxquelles l'investisseur a été confronté peuvent interpeler. L'autorité péruvienne de la concurrence s'est prononcée à plusieurs reprises sur le contrat de concession. Elle a dans un premier temps considéré que l'exclusivité dont bénéficiait le concessionnaire devait être maintenue, malgré l'entrée en vigueur de la loi de 2008. Dans un second temps, elle est revenue sur cette décision pour affirmer que les refus d'octroi à des concurrents de Lidercon, d'autorisations d'ouverture de centres de contrôle technique à Lima, constituaient des barrières bureaucratiques irrégulières. Il aurait été envisageable de voir ici ce que l'on appelle l'effet "*roller-coaster*" d'une instabilité juridique (T. CIRDI, 19 janvier 2007, *PSEG Global Inc. et autre c/ Turquie,* ARB/02/5, § 250). Mais le tribunal ne voit dans ce qui s'apparente à un revirement de l'autorité de la concurrence qu'un « *familiar functioning of decision-making concerning different circumstances and at different moments in time* » (§ 248).

Le traitement de l'accusation de déni de justice est pleinement convaincant. Le tribunal affirme classiquement que son rôle ne consiste pas à contrôler la rectitude des tribunaux nationaux mais uniquement de s'assurer que les jugements ne sont pas de ceux qui ne pourraient être rendus par aucun tribunal raisonnable (§ 270). En l'espèce, rien ne démontre qu'ils choqueraient le sens de la justice.

L'intransigeance de l'investisseur espagnol pour obtenir l'exécution du contrat de concession a pu conduire à des revendications surprenantes. Ainsi, prétendant que seules les autorités municipales pouvaient opérer des inspections de ses activités, l'investisseur espagnol empêcha à plusieurs reprises à des agents du ministère des transports, pourtant investi de cette compétence par la loi de 2008, de procéder à des inspections. La défense sur ce point ne manque pas de piquant. L'investisseur invoque le bénéfice de l'article 46 de la Constitution péruvienne qui consacre le droit de résistance à l'oppression et dispose notamment que « [p]ersonne ne doit obéissance à un gouvernement usurpateur ou à toute personne qui assume une fonction publique en violation de la Constitution et de la loi. (…) Les actes de ceux qui usurpent une fonction publique sont nuls et non avenus ». Le tribunal arbitral ne retient évidemment pas la thèse du demandeur consistant à affirmer que le ministère des transports usurpe une fonction officielle en méconnaissance du contrat de concession, en menant, conformément à la loi, l'inspection des centres de contrôle technique des véhicules automobiles (§ 204). Ainsi, l'investisseur ne pouvait pas attendre légitimement que le contrat de concession soit isolé des évolutions législatives ou réglementaires, pas plus qu'il ne pouvait prétendre invoquer un droit constitutionnel de résistance pour refuser les inspections du ministère des transports (§ 206).

Le tribunal conclut ainsi que la responsabilité de l'Etat péruvien ne saurait être engagée vis-à-vis de Lidercon pour violation du TBI Espagne – Pérou. Il précise que dans la mesure où la loi de 2008 prévoit qu'elle n'empêche pas, sous réserve de respect du nouveau cadre légal, le maintien en vigueur des contrats en cours, le contrat de concession est toujours en vigueur. Il appartient aux parties, sans que le tribunal arbitral ait reçu mandat pour intervenir, de trouver les ajustements nécessaires pour concilier le contrat et la loi (§ 277).

JULIEN CAZALA

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence du 3 avril 2020, *Itisaluna Iraq LLC and others v. Iraq* (ARB/17/10)

(D. Bethlehem, président ; W. Peter, B. Stern, arbitres)

Accord sur les investissements de l'Organisation de la coopération islamique - consentement à l'arbitrage – clause de la nation la plus favorisée

La société jordanienne Itisaluna opèrant dans le secteur des télécommunications en Irak se plaint d'une expropriation irrégulière, d'une violation du traitement juste et équitable ainsi que du traitement national par cet Etat. La procédure est initiée sur le fondement de l'accord de promotion, de protection et de garantie des investissements de l'Organisation de la coopération islamique (OCI ; anciennement Organisation de la Conférence islamique) mais, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans cet accord, le demandeur entend également invoquer le bénéfice de certaines dispositions du TBI Japon – Irak.

L'Irak conteste avoir donné son consentement à l'arbitrage CIRDI. Le raisonnement défendu par la majorité du tribunal (le président Bethlehem et l'arbitre Stern) peut-être présenté de la manière suivante : 1) l'accord OCI comporte-t-il une offre d'arbitrage ? 2) Si c'est le cas, cette offre d'arbitrage renvoie-t-elle au CIRDI ? 3) Si ce n'est pas le cas, la clause de la nation la plus favorisée de l'accord OCI permet-elle aux demandeurs de bénéficier de l'offre d'arbitrage CIRDI figurant dans le TBI Japon – Irak ?

Le tribunal souligne constamment que l'article 17 de l'accord OCI n'est pas un modèle de clarté (notamment § 158). Rédigé en des termes très larges, il ne semble opérer aucune distinction entre différends interétatiques et différends investisseur – Etat. Il envisage la conciliation et l'arbitrage sans que l'articulation entre les deux procédures soit clairement exprimée. L'étude de la disposition, et plus largement de l'accord, est minutieuse et convaincante et le tribunal conclut qu'il y a bien une offre d'arbitrage (avec condition préalable de tentative de conciliation (§§ 183 et 190). Il est incontestable que l'accord en question ne renvoie pas au CIRDI. La 3ème question posée par le tribunal est donc critique : peut-on par application de la clause de la nation la plus favorisée bénéficier d'une offre d'arbitrage CIRDI figurant dans un TBI auquel est partie l'Etat d'accueil de l'investissement ? Depuis la décision *Maffezini* (T. CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini c/ Espagne*, ARB/97/7), la possibilité de mobiliser la clause de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends est, on le sait, très controversée. Dans le silence des traités, de nombreux tribunaux arbitraux, ou arbitres ont exprimé l'idée selon laquelle il y avait une présomption de non application de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions relatives au règlement des différends (voir notamment T. CIRDI, 21 juin 2011, *Impregilo S.p.A c/ Argentine*, ARB/07/17, sentence, opinion Stern, § 14). Les débats entourant cette décision ont entrainé la révision de nombreux traités d'investissement qui aujourd'hui précisent le plus souvent que la clause de la nation la plus favorisée n'est pas applicable aux dispositions relatives aux procédures de règlement des différends. C'est notamment le cas du TBI Japon – Irak. Le tribunal précise bien qu'il ne s'agît pas pour lui de répondre de manière théorique à la possibilité pour une clause de la nation la plus favorisée d'étendre les effets d'une offre d'arbitrage CIRDI, mais de rechercher si c'est le cas de la clause inscrite dans l'accord OCI (§ 196). Le postulat est convaincant, mais certains éléments du raisonnement étonnent. Le tribunal souligne que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'accord OCI a pour

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

particularité de ne pas être applicable aux accords conclus entre parties à l'accord OIC, mais uniquement aux accords conclus entre l'une d'elle et un tiers (ce qui autorise donc la discrimination entre parties à l'accord OCI tant que la moins bien traitée reçoit un traitement au moins aussi favorable que le plus favorisé des tiers). Il ajoute que le TBI Japon – Irak exclut les dispositions relatives au règlement des différends du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. Deux observations exactes mais dont on perçoit mal la pertinence lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la capacité pour la clause de la nation la plus favorisée de l'accord OCI de produire des effets en matière de règlement des différends. La justification du tribunal convainc peu. Il affirme que « *[w]hile these points are not* directly *engaged by the case at hand, they are, in the Tribunal's estimation, relevant to the Tribunal's appreciation as they shine a light on the intent, effect and limitation of the MFN clause, and what might be described as its public policy framework, on which the claimants are seeking to rely* » (§ 207). Peu convaincante, cette affirmation apporte en outre assez peu au raisonnement. Le tribunal mobilise en effet les limitations au jeu de la clause de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends qui avaient été identifiées par le tribunal *Maffezini* (décision précitée, § 63). La majorité considère qu'il ressort de considérations de politique publique (notamment l'obligation de conciliation, l'absence de référence au CIRDI dans la clause de règlement des différends OCI et la référence à la création, jamais effective, d'un organe de règlement des différends propre à l'accord) que les parties à cet accord ont entendu préserver la disposition relative au règlement des différends du jeu de la clause de la nation la plus favorisée (§ 220). Le tribunal rejette ainsi sa juridiction pour entendre le différend. Cette position est contestée par l'arbitre Peter (nommé par le demandeur) qui, dans une opinion dissidente, présentée dans le corps même de la sentence, souligne que la solution *Maffezini* insistait sur le fait que c'est surtout la clarté et la précision des dispositions relatives au règlement des différends qui limitent le jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Or en l'espèce, a été constamment soulignée l'imprécision et le caractère obscur de la disposition pertinente de l'accord OCI (§ 241). Il considère que l'accord propose le choix entre conciliation et arbitrage et que la clause de la nation la plus favorisée devait permettre de bénéficier de l'offre d'arbitrage CIRDI du TBI Japon – Irak.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 6 avril 2020, *Lotus Holding Anonim Sirketi v. Turkmenistan* (ARB/17/30)

(V. Lowe, président ; J. H. Boykin, B. Stern, arbitres)

Demande manifestement dénuée de fondement juridique – faillite – société mère / filiale

Le différend oppose la société turque Lotus Holding à la République du Turkménistan à propos d'une série de contrats conclus dans le secteur de l'énergie par Lotus Enerji, l'une de ses filiales. Le Turkménistan invoque l'article 41.5 du Règlement d'arbitrage CIRDI qui dispose qu'une « partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique ». Le tribunal rappelle que cette procédure sert les intérêts de l'administration de la justice des deux parties à la procédure en ce qu'elle peut éviter une perte de temps et des dépenses inutiles (§ 159).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le défaut manifeste de fondement juridique serait ici lié au fait que le Conseil d'administration du demandeur ne lui a pas donné pouvoir pour engager la procédure arbitrale ; le demandeur n'aurait pas de demande propre en ce qu'il n'est pas partie aux contrats litigieux ; la société Lotus Enerji a été déclarée en faillite et placée sous le contrôle de l'autorité turque des faillites qui n'a pas autorisé le demandeur a agir pour le compte de Lotus Enerji ; le demandeur ne respecterait pas les conditions posées par le TBI applicable et le traité sur la Charte de l'énergie. Le tribunal reprend ces différents éléments.

Le pouvoir pour initier la procédure est signé par le seul président du Conseil d'administration de Lotus holding, n'est pas notarié, contrairement à l'usage en Turquie et les documents produits par la suite sont postérieurs au dépôt de la requête arbitrale. L'absence de demande propre pose plus de difficultés. Le contentieux porte sur une série de cinq contrats conclus par une filiale du demandeur. Le traité sur la Charte de l'énergie exige que l'investissement protégé soit détenu ou contrôlé par le demandeur ; or, Lotus Enerji est sous le seul contrôle des autorités turques de faillite depuis novembre 2016, soit huit mois avant le dépôt de la requête arbitrale. Ces dernières n'ont pas donné au demandeur le pouvoir d'agir au nom de Lotus Enerji pour initier et poursuivre la procédure arbitrale qui pourrait ainsi être vue comme un contournement de la procédure de faillite en ce qu'elle empêcherait potentiellement de verser à l'inventaire de faillite, la réparation éventuelle pouvant être obtenue des autorités turkmènes (§ 198). Enfin, le TBI Turquie – Turkménistan conditionne le recours à l'arbitrage à une phase de négociations (6 mois) et d'examen du différend par les juridictions internes (1 an), or aucune de ces conditions n'aurait été respectée par le demandeur.

Le tribunal rappelle que la procédure de l'article 41.5 du règlement d'arbitrage CIRDI fait peser sur le défendeur un standard élevé de preuve du défaut de fondement juridique de la requête (§ 158). Il retient qu'il n'est pas contesté que seul Lotus Holding est demandeur à la procédure (§ 166), il n'est pas plus douteux que la procédure porte sur des sommes dues au titre de cinq contrats conclus entre Lotus Enerji et le Turkménistan (§ 170). A l'issue d'un examen dont la brièveté est justifiée par la nature de la procédure, le tribunal considère également que le demandeur ne démontre pas que les atteintes aux contrats seraient constitutives de violation du TBI applicable ou du traité sur la Charte de l'énergie (§ 171). Ainsi, il souligne l'évidence selon laquelle « *Parties to arbitral proceedings can only make claims in respect of their own rights* » (§ 174). Il ne s'agit pas de réintroduire la notion de voile social telle qu'on la connait dans le cadre des actions en protection diplomatique mais de souligner que le contrôle qu'opérait Lotus Holding sur Lotus Enerji aurait permis de décider le dépôt d'une requête arbitrale au nom de Lotus Enerji (si elle n'avait pas été en procédure de faillite) mais ne transformerait pas le préjudice de Lotus Enerji en préjudice de Lotus Holding. Le tribunal reconnait qu'une société mère peut dans certaines circonstances introduire des réclamations au titre de ses propres pertes résultant du traitement subi par une filiale (expropriation des actions d'une filiale détenue par un demandeur). Mais dans les circonstances de l'espèce, le demandeur ne présente aucune réclamation qui ne découle pas exclusivement des créances contractuelles appartenant à Lotus Enerji (§ 187).

Au regard de ces divers éléments, et compte tenu du fait que les demandes propres de Lotus Holding sont très peu étayées (§ 182), le tribunal conclut au caractère manifestement dénué de fondement juridique de la requête (§ 197).

JULIEN CAZALA

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 13 mai 2020, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Guatemala*, (ARB/10/23)

(V. Lowe, président ; S. Alexandrov, B. Stern, arbitres)

Res judicata – évaluation du préjudice – lien de causalité

La société américaine TECO opérait sur le marché de la fourniture d'électricité au Guatemala. Le prix auquel l'électricité était vendue devait être fixé pour une période de cinq ans par la Commission nationale de l'électricité. Un tribunal arbitral du CIRDI a constaté en 2013 que la fixation du prix pour la période 2008-2013 était irrégulière et avait accordé au demandeur un réparation de 21 millions de dollars pour la perte de revenus subie mais pas pour la perte de valeur de l'investissement qui avait été vendu en 2010 (T. CIRDI, 19 décembre 2013, *TECO Guatemala Holdings, LLC c/ Guatemala*, ARB/10/17, sentence). En 2016, un comité *ad hoc* du CIRDI prononça l'annulation partielle de la sentence en considérant que le tribunal avait irrégulièrement ignoré les éléments présentés par le demandeur relatifs à une perte de valeur (et non seulement de revenus) de l'investissement (Comité *ad hoc* CIRDI, 5 avril 2016, *TECO Guatemala Holdings, LLC c/ Guatemala*, ARB/10/23, décision sur la demande d'annulation). Cette question est de nouveau soumise à l'arbitrage d'un tribunal CIRDI qui rend en 2020 la sentence rapportée.

Il n'est pas surprenant, dans un tel contexte procédural, que le tribunal soit appelé à se prononcer sur ce qui est *res judicata*. Il rappelle que « *[t]he bar on re-opening questions already definitively decided is an important principle binding upon tribunals* » (§ 79) mais ajoute que cela n'est pas sans limite. Si la décision du premier tribunal CIRDI s'impose au présent tribunal en ce qui concerne la réparation de la perte de revenus, les développements relatifs à la perte de valeur de l'investissement ont quant à eux été annulés. Le tribunal est donc libre de se prononcer sur ce point sans considérer que les éléments relatifs à la perte de revenus doivent être simplement extrapolés pour évaluer la perte de valeur (§§ 81-82).

Le tribunal indique que l'analyse de la perte de valeur de l'investissement doit être menée en tenant compte de deux périodes distinctes. 2010-2013, c'est-à-dire la durée au cours de laquelle le prix d'achat irrégulièrement fixé restait applicable et depuis 2013 (§ 103). La perte de revenus au cours de la première période est certaine, dès lors, tout acheteur raisonnable avait intégré cet élément dans l'évaluation du prix d'achat de la société (§§ 86 et 105). Le tribunal estime que la violation de 2008 entraine une perte de valeur de l'investissement de 26.8 millions de dollars. En revanche, pour la période postérieure à 2013 la majorité du tribunal souligne qu'il n'est pas possible de présumer que les autorités guatémaltèques seraient en récidive de violation lors de la procédure de réévaluation des prix d'achat de l'électricité (§ 110). S'il y avait une nouvelle violation en 2013, la perte de valeur de l'investissement aurait été causée par celle-ci et non par la violation initiale de 2008.

La minorité fait entendre une voix dissonante. L'arbitre, non-identifié (« *one of us* » dit le tribunal, § 111), estime que la violation de 2008 fait croitre le risque de voir les autorités guatémaltèques agir de nouveau en violation de leurs obligations internationales, dépréciant ainsi la valeur de l'investissement. Dès lors, un acheteur rationnel intégrerait dans son évaluation de la valeur de l'investissement, le risque de récidive de la violation. La construction rappelle la manière dont peut être traitée, dans le cadre de l'OMC, la distinction entre législations impérative et dispositive (voir Rapport de l'Organe d'appel,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Etats-Unis - Loi antidumping de 1916, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, 28 août 2000, § 88). On sait, qu'une législation rendant possible (mais non obligatoire une violation du droit de l'OMC) est qualifiée de dispositive et ne peut en principe pas être contestée *per se*. Néanmoins, le simple fait de maintenir une loi dont le dispositif autorise un comportement interdit par l'OMC peut en soi amener les agents économiques à modifier leur comportement commercial d'une manière qui fausse les échanges. Il y aurait ici un effet de « refroidissement » des activités des opérateurs économiques (Rapport du groupe spécial, 22 décembre 1999, *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, § 7.81). La violation de 2008 pourrait avoir les mêmes effets. La comparaison n'est certes pas parfaite dans la mesure où dans le cadre de l'affaire de la section 301, la violation possible est clairement énoncée dans la loi alors que dans le cadre de l'affaire TECO, la violation possible résulte simplement de l'observation de la pratique antérieure des autorités guatémaltèques. Néanmoins, la construction retenue dans le cadre de l'OMC permet d'illustrer le fait que, même en l'absence d'une violation, un acte, ou un comportement de l'Etat peut avoir des conséquences économiques préjudiciables pour un opérateur. Il reste cependant difficilement contestable dans le cadre de l'affaire TECO, que le rapport de causalité apparaitrait bien difficile à établir entre la violation de 2008 et une perte de valeur de l'investissement résultant d'une violation de 2013 (§ 122). Il n'y a dès lors pas lieu d'aller au-delà de la réparation déjà indiquée.

JULIEN CAZALA

COMITÉ AD HOC CIRDI

Décision sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence du 26 aout 2020, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain* (ARB/15/38)

(C. Bull, président ; C. Ò hOisin, N. F. Piérola Castro, membres)

Recours en annulation – suspension de l'exécution de la sentence

L'Espagne demande devant un Comité *ad hoc* du CIRDI l'annulation de la sentence par laquelle elle a été condamnée à verser un peu plus de 40 millions d'euros à un investisseur allemand, opérant dans le secteur de l'énergie solaire, en réparation du préjudice subi du fait de violations du traité sur la Charte de l'énergie (T. CIRDI, 31 juillet 2019, *SolEs Badajoz GmbH c/ Espagne*, ARB/15/38, sentence ; cette chronique, *Revue*, 2019-4). Le recours en annulation de la sentence peut, conformément à l'article 54 du règlement d'arbitrage du CIRDI, s'accompagner d'une suspension provisoire de son exécution en l'attente de la constitution du Comité *ad hoc*. Une fois celui-ci constitué, il lui revient de se prononcer sur une demande de maintien de la suspension d'exécution.

Le Comité *ad hoc* estime que la suspension de l'exécution de la sentence doit être maintenue dans la mesure où il existe un véritable risque pour l'Espagne de ne pas récupérer les sommes versées à l'investisseur si la sentence venait à être exécutée puis annulée (§ 48). Les parties étaient en désaccord sur la manière dont doit être appréhendée une demande de maintien de la suspension de l'exécution. L'Espagne affirmait que le maintien de la suspension était la pratique normale dans le cadre de l'examen d'un recours en annulation tandis que l'investisseur défendait le caractère exceptionnel d'une telle mesure. La formule de la convention de Washington rejette toute forme de caractère automatique. L'article 52.5 dispose que « [l]e Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

se soit prononcé sur la demande en annulation ». Il appartient donc à l'Espagne de convaincre le Comité que les circonstances exigent un tel maintien de la suspension (§ 51). Plusieurs éléments sont examinés. Il s'agit tout d'abord d'articuler la demande de suspension avec la teneur de la demande d'annulation de la sentence. Le Comité *ad hoc* souligne qu'il ne s'agit pas de considérer que la demande de suspension est de droit, sauf si, la demande d'annulation apparait dénuée de tout fondement juridique (§ 56). Il est nécessaire d'évaluer le préjudice pouvant naitre de la suspension ou du défaut de suspension de l'exécution de la sentence pour chacune des parties. Il apparait au Comité que l'exécution de la sentence aurait de fortes chances de s'accompagner d'un versement de dividendes par l'investisseur à ses actionnaires (dividendes promis depuis 2012 et jamais versés, officiellement du fait des mesures contestées devant le tribunal CIRDI) (§ 64), or les actifs de l'investisseur sont eux-mêmes très limités. Le Comité *ad hoc* doit préciser que le bénéficiaire d'une sentence arbitrale est évidemment libre d'utiliser comme il l'entend les sommes obtenues en réparation du préjudice subi, mais la question ici n'est pas de savoir si la société a le droit de distribuer cette somme sous forme de dividendes (c'est évidemment le cas) mais si en cas d'annulation, cette dispersion de la somme permettrait un recouvrement au bénéfice de l'Espagne (§ 77). Il est tout aussi judicieux pour le Comité d'écarter l'argument selon lequel la récupération par l'Espagne des sommes versées, en cas d'annulation de la sentence, « *would impose a significant burden and expense on Spain that can be avoided with a stay of enforcement* » (§ 70). Il est évident qu'une telle considération n'est pas propre aux circonstances de l'espèce et pourrait, si elle était reconnue pertinente s'appliquer à toute procédure d'annulation d'une sentence et conduirait à reconnaitre un droit quasi-automatique à la suspension. Enfin, nouvelle illustration de la volonté des Etats d'invoquer le droit de l'Union européenne pour perturber une procédure arbitrale relative à un investissement, l'Espagne affirme que l'exécution de la sentence pourrait accroitre le conflit d'obligations entre droit de l'Union européenne (spécialement en matière d'aide d'État) et convention de Washington (§ 71). Il est incontestable qu'une suspension de l'exécution de la sentence ne saurait constituer un moyen adéquat pour régler l'éventuel conflit d'obligations internationales auquel l'Espagne serait confrontée (§ 75). C'est ainsi le risque, en cas d'annulation de la sentence de non recouvrement des sommes versées qui est décisif dans la mesure où, par contraste, le Comité considère que l'investisseur ne subirait aucun préjudice en cas de maintien de la suspension de l'exécution (§ 83).

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC (CNUDCI)
Sentence partielle sur la juridiction du 15 juillet 2020, *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic,* (ICSID-UNCT/18/3)

(D. P. Fernandez Arroyo, président ; C. Leathley, M. Kohen, arbitres)

Consentement à l'arbitrage – investissement indirect

La société Lajun, indirectement détenue par le demandeur (de nationalité jamaïcaine) a conclu avec la municipalité de Santo Domingo Norte, un contrat de concession relatif au traitement des ordures ménagères. Il allègue qu'en 2018, la municipalité a mis un terme à la concession au prétexte de violations de règles relatives à la protection de l'environnement et demande plus de 590 millions de dollars en réparation de ce qu'il

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

considère être une expropriation irrégulière. La requête arbitrale est fondée sur l'article XIII de l'annexe III de l'accord de libre-échange conclu en 1998 entre le CARICOM et la République dominicaine (DR-CAFTA). Le défendeur conteste la juridiction du tribunal arbitral aux motifs que cette disposition ne constituerait pas une offre d'arbitrage CNUDCI et que le traité ne couvrirait pas les investissements indirects.

La sentence partielle se concentre sur l'interprétation de l'article XIII dont le passage le plus pertinent peut être ici reproduit : « *1. Disputes between an investor of one Party and the other Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to the courts of that Party or to national or international arbitration. 2. Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute to an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law* ». Le défendeur affirme qu'il n'y a pas ici d'offre d'arbitrage mais uniquement une identification des différentes possibilités de règlement d'un différend entre un investisseur étranger et l'Etat d'accueil de son investissement. L'arbitrage international ne serait accessible qu'à la condition de conclure à cette fin un accord spécifique entre les parties au différend. L'analyse conduite par le tribunal se concentre sur la formule « *shall be submitted* » pour affirmer, en prenant largement appui sur divers dictionnaires, que cette formule, posant une obligation, constitue bien l'expression d'un consentement à l'arbitrage de la part des parties au traité, rendant ainsi possible la rencontre de deux consentements dissociés. On trouverait ici encore une expression de la construction, bien connue depuis la sentence *AAPL c/ Sri Lanka*. On sait que malgré son caractère audacieux en 1990, cette construction a été peu contestée devant les tribunaux d'investissement, alors même que nombre de clauses relatives au règlement des différends investisseur – Etat inscrites dans des TBI pouvaient manquer de clarté. Dans le cadre de l'affaire *Lee-Chin*, Marcelo Kohen (nommé par le défendeur) estime que la référence à l'arbitrage dans le DR-CAFTA ne permet pas le dépôt d'une requête arbitrale en l'absence d'un accord sur le recours à l'arbitrage entre les parties au différend. Un accord sur le *forum* devant lequel le différend sera porté devrait être conclu entre les parties (op. diss. de l'arbitre Kohen, § 4). Or, la majorité du tribunal considère que le traité comporte bien une offre d'arbitrage qui sera parfaite par le dépôt d'une requête arbitrale par un investisseur protégé (§ 125). Le fait que l'article XIII.2 n'indique pas expressément que l'investisseur est libre de choisir parmi les trois possibles procédures de règlement du différend (juridiction interne, arbitrage interne, arbitrage international) ne devrait pas conduire à considérer que le recours à l'une de ces procédures, et spécialement à l'arbitrage international, serait conditionné à la conclusion d'un accord spécifique entre les deux parties à un différend. Le tribunal insiste sur le fait que, seul l'investisseur peut initier une procédure arbitrale contre l'Etat d'accueil et non l'inverse (le traité précise que la procédure de règlement des différends ne sera mise en œuvre qu'en cas de différend portant sur la violation du traité, il est difficile d'envisager une action de l'Etat contre l'investisseur sur le fondement d'une clause contractuelle d'arbitrage), c'est donc à lui que revient le choix de la procédure : « *the Contracting Parties to the Treaty have built three doors through which an investor can pass (…). Since the only party who can pass through the doors is the investor (as the claimant formally instituting the dispute resolution proceeding), it is the investor who must choose the door to be used* »

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

(§ 134). L'arbitre dissident Kohen estime que l'absence de clause *fork in the road* dans le traité pourrait signifier, de manière déraisonnable, que les trois options pourraient être mise en œuvre. Il rejette une telle hypothèse et y voit une confirmation de l'exigence d'un accord spécifique entre les parties pour choisir la procédure de règlement des différends qui sera mise en œuvre ; si les parties se mettent d'accord sur une procédure, il ne serait pas nécessaire de se protéger contre des recours multiples par la voie d'une clause *fork in the road* (op. diss. de l'arbitre Kohen, § 9).

Le fait que l'article XIII.2 fasse état d'un « *special agreement* » entre les parties à un différend soumis à l'arbitrage international, ne serait pas une référence à la nécessité de conclure un compromis arbitral mais seulement de préciser que les parties peuvent convenir, par un accord spécifique, des modalités d'organisation de l'arbitrage (§ 173). Faute d'un tel accord, l'arbitrage sera organisé conformément au règlement de la CNUDCI (§ 186). La clause n'est donc pas pathologique et l'absence d'un accord spécifique n'entraverait pas la possibilité de recourir à l'arbitrage.

L'arbitre dissident Kohen soutient que la solution consacrée par la majorité du tribunal entrainerait une rupture d'égalité entre les parties au différend (sur cette question voir IDI, « Résolution - L'égalité des parties devant les tribunaux d'investissement », Session de La Haye, 2019). C'est un fait difficilement contestable mais le principe d'égalité des parties doit nécessairement s'inscrire dans les limites tracées par l'instrument qui fonde la juridiction du tribunal arbitral. Si, les parties à ce traité ont consenti à accorder une position privilégiée à l'investisseur, il paraitrait difficile pour le tribunal de la remettre en cause. L'article 2.1 de la résolution de l'IDI évoquée ne dit pas autre chose : « Sous réserve des termes de l'acte exprimant leur consentement interprété conformément au principe d'égalité des parties, l'Etat et l'investisseur sont tous deux fondés à intenter devant un tribunal une action se rapportant à un investissement ».

L'objection relative au caractère indirect de l'investissement est plus facilement écartée par le tribunal. Il est vrai que les traités d'investissement les plus récents peuvent exclure expressément les investissements indirects du champ de leur protection (voir notamment le modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Azerbaïdjan, 2016) mais le traité applicable à l'affaire *Lee-Chin* comporte une définition assez classique de l'investissement protégé, fondée sur la notion de biens sans qu'aucune référence ne soit faite au caractère direct ou indirect de l'investissement protégé. Le tribunal affirme donc, comme avaient pu le faire nombre de tribunaux avant lui, que les investissements indirects ne sauraient être exclus de la protection lorsque le traité ne contient aucune référence au caractère direct ou indirect de l'investissement (T. CIRDI, 30 décembre 2010, *CEMEX Caracas Investments B.V. et autres c/ Venezuela*, ARB/08/15, décision sur la juridiction, §§ 151-158).

Les objections soulevées par le défendeur étant rejetées, le tribunal se déclare compétent pour entendre l'affaire au fond.

JULIEN CAZALA

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence finale du 11 mai 2020, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburg (Germany) v. Czech Republic* (PCA n° 2017-15)

(P. Tercier, président ; S. A. Alexandrov, J.E. Kalicki, arbitres)

Contentieux intra-européen – siège social – abus de droit – procédure de faillite – expropriation – pleine et entière protection et sécurité

Au-delà de la nature intra-européenne du contentieux, qui est longuement et classiquement traitée par le tribunal (§§ 267-414), l'affaire *A.M.F.* est intéressante du fait de l'examen d'une procédure de faillite sous l'angle du droit de l'expropriation. Le demandeur a vu un de ses biens (aéronef) être saisi, inscrit à l'inventaire d'une faillite puis vendu avant que les juridictions tchèques reconnaissent que ce bien n'aurait pas dû l'être. Bien que le produit de la vente lui ait été versé, le demandeur estime que cette procédure a entrainé plusieurs violations du TBI Allemagne – République Tchèque.

Outre le classique argument portant sur le caractère intra-européen du différend, le défendeur tentait notamment d'affirmer que le tribunal n'était pas compétent *ratione personae* et que le demandeur s'était rendu coupable d'abus de droit en multipliant les procédures judiciaires internes et internationale. Quant à la compétence personnelle, le tribunal souligne que la notion de siège social, utilisée dans le traité pour identifier la nationalité d'une société, est une notion autonome, dont le sens peut différer de celui qu'une partie pourrait lui reconnaitre dans son ordre juridique interne (§ 440). Le tribunal considère qu'en droit international, le terme « siège » renvoie à la notion de siège effectif, c'est-à-dire le lieu de gestion et de contrôle effectifs des activités de la société (§ 441). Bien que les activités de la société apparaissent limitées, sa gestion est bien assurée depuis l'Allemagne, l'objection du défendeur est ainsi écartée (§ 446). On sait que la théorie de l'abus de droit a été mobilisée dans le cadre de l'affaire *Orascom c/ Algérie* du fait de la multiplication d'actions juridictionnelles, concernant les mêmes faits, initiées par les différents niveaux d'une même chaine de sociétés (T. CIRDI, 31 mai 2017, *Orascom TMT Investments S.à r.l. c/ Algérie*, ARB/12/35, sentence, § 543). Mais, ainsi que le souligne le tribunal, les faits à l'origine de l'affaire *A.M.F.* n'ont pas donné lieu à une multiplication de procédures arbitrales fondées sur des traités différents mais uniquement des recours internes renvoyant au droit interne et une procédure arbitrale reposant sur le droit international (§ 488). Or, ce cumul d'actions ne faisant pas l'objet d'une interdiction prévue par le traité (*clause fork in the road*), le tribunal conclut qu'il n'y a pas eu d'abus de droit de la part du demandeur (§ 490).

C'est surtout sur le fond que la sentence est intéressante dans son traitement de la procédure de faillite mise en œuvre en République Tchèque. Le demandeur considère que la procédure de faillite est constitutive d'une expropriation attribuable aux autorités tchèques, spécialement du fait de la saisie et de l'inclusion dans l'inventaire de faillite d'un aéronef appartenant au demandeur, puis de la vente de cet aéronef par le syndic de faillite (*bankruptcy trustee*). Même si l'on comprend aisément les possibles points de contact entre procédure de faillite et expropriation dans la mesure où dans les deux cas, il est possible de constater une perte de valeur d'un investissement, ces relations sont rarement évoquées dans le contentieux international de l'investissement. Il ne fait aucun doute que les actes des juridictions sont, en leur qualité d'organe de l'Etat, attribuables à celui-ci. La question est plus débattue concernant les agissements du syndic de faillite. L'article 5

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de la codification du droit de la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite énonce que « [l]e comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat (…), mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international ». Au regard du droit interne tchèque, il est logique de considérer que les syndics de faillite remplissent bien les conditions posées par cette règle codifiée. Leurs actes sont donc bien attribuables à l'Etat (§ 548). Le demandeur considère que les autorités tchèques n'ont pas apporté une protection suffisante à ses droits de propriété au cours de la procédure de faillite. Il s'agit d'affirmer que les juridictions tchèques en charge du contrôle de la procédure auraient eu connaissance de violations de la part du syndic de faillite sans les dénoncer et y mettre un terme (§ 597). Le tribunal arbitral considère qu'aucune preuve de violations du droit tchèque des faillites ne peut être rapporté par les demandeurs (§ 627). En l'absence de violations du droit interne des faillites, il n'est pas possible de considérer que la procédure est équivalente à une expropriation dans la mesure où le tribunal voit dans l'établissement et la conduite de bonne foi d'une procédure de faillite un exercice par l'Etat de ses *police powers*, notion dont on sait qu'elle permet d'échapper au droit de l'expropriation (§ 624). L'intérêt public essentiel ici protégé consiste en la protection des créanciers du failli. Surtout, le tribunal affirme que le placement sous séquestre de l'aéronef pendant la procédure de faillite ne peut être équivalente à une expropriation qu'à la condition d'avoir été conduite irrégulièrement, de mauvaise foi ou avec une intention d'exproprier (§ 628). Cette référence à l'intention qui n'est pas isolée dans la jurisprudence (T. ad hoc (CNUDCI), 15 juillet 2011, *Rupert Joseph Binder c/ République tchèque*, sentence finale, § 480) justifie une déclaration individuelle de l'arbitre Alexandrov qui affirme qu'il « *do not believe that the question whether there was an intent to expropriate is determinative* » (déclaration Alexandrov, p. 1). On le sait, et les notions d'expropriation rampante ou indirecte l'expriment constamment, l'expropriation est largement identifiée en raison des effets qu'une mesure (ou série de mesures) produit sur un investissement et non en raison de l'intention de l'auteur de ces mesures ; mais la consécration de la théorie des *police powers* vient atténuer, plus qu'écarter, la théorie des effets en ce qu'elle permet de tenir compte de l'objectif de la mesure. La sentence *A.M.F.* illustre la possibilité d'illustrer la théorie des *police powers* au-delà des finalités dans lesquelles elle est le plus souvent mobilisée (de la manière la plus évidente : protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité).

Le demandeur affirmait également avoir été victime d'une violation du standard de pleine et entière protection et sécurité. Il ne s'agit pas, contrairement à la vocation originelle de ce standard de se plaindre d'une atteinte physique portée par le défendeur à l'investisseur ou à son investissement mais d'affirmer que le standard vise également la protection juridique. On sait les tribunaux arbitraux divisés sur cette question. Dans le prolongement de l'affaire *Parkerings-Compagniet* (T. CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagniet AS c/ Lituanie*, ARB/05/8, sentence, § 360), le tribunal *A.M.F.* considère que le standard de pleine et entière protection et sécurité va au-delà de l'obligation de protection physique (§ 661). Bien que les décisions allant en ce sens soient chaque année, plus nombreuses, on maintient une certaine perplexité face à une telle construction qui, malgré les dénégations – fragiles – de certains tribunaux (T. CIRDI, 27 mars 2020, *Global Telecom Holding S.A.E c/ Canada*, ICSID/ARB/16/16, sentence, § 675) vient gommer la frontière entre pleine et entière protection et sécurité d'une part et

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

traitement juste et équitable d'autre part. Sur le fond, le tribunal ne constate aucune violation du standard de pleine et entière protection et sécurité, on ne sera donc pas étonné que ne soit pas constaté une violation du standard du traitement juste et équitable (§ 709).

Les demandes présentées par l'investisseur sont ainsi intégralement rejetées dans la mesure où le tribunal considère que le constat par les juridictions tchèques de la privation irrégulière de son aéronef, accompagné du versement du produit de la vente de celui-ci ne constitue pas une violation du TBI Allemagne – République tchèque.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Comoros" du 16 septembre 2020 (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)

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

Dans cette décision du 16 septembre 2020, la Chambre préliminaire I (ci-après la Chambre) revient sur l'affaire dite de la flottille pour Gaza qui a déjà donné lieu à plusieurs notules dans cette Chronique (voir, par exemple, la dernière en date, 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*, 2019-1, pp. 538-539, nos obs.). A la demande (une nouvelle fois) de l'Union des Comores en vertu de l'article 53, paragraphe 3 a) du Statut, la Chambre était appelée à examiner une décision du 2 décembre 2019 de la Procureure de ne pas enquêter (CPI, Notice of Prosecutor's Final Decision under rule 108(3), as revised and refiled in accordance with the Pre-Trial Chamber's request of 15 November 2018 and the Appeals Chamber's judgment of 2 September 2019, 2 décembre 2019, ICC-01/13-99). Il s'agissait plus précisément pour les juges de déterminer si la Procureure avait correctement réexaminé sa décision initiale de ne pas enquêter comme l'y « invitait » la Chambre dans une décision du 16 juillet 2015 (CPI, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation du 16 juillet 2015 (Pre-Trial Chamber I), ICC-01/13-34) et que lui « rappelait » la même Chambre dans une décision du 15 novembre 2018 (CPI, Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros", 15 novembre 2018, ICC-01/13-68).

Après un rappel de l'historique de la procédure – qui prend des airs de ping-pong judiciaire entre la Procureure et la Chambre préliminaire I dans une composition différente de celle ici saisie (§§ 1-11) –, la Chambre précise le droit applicable que sont les articles 17, paragraphe 1 d), 53, paragraphe 1 et 53, paragraphe 3 a) du Statut et la règle 108 du Règlement de Procédure et de Preuves. Les juges se penchent notamment sur les éléments

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pertinents pour cette procédure que sont le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, le standard de la « base raisonnable pour croire » que prévoit cet article, l'exigence de gravité posée par l'article 17, paragraphe 1 d) et l'étendue des pouvoirs de la Chambre à l'égard d'une décision de la Procureure de ne pas ouvrir une enquête (§ 13).

Concernant ce dernier point, la Chambre rappelle le cadre juridique (défini précédemment par la Chambre d'appel) dans lequel la Procureure se trouve face à la Chambre préliminaire lorsque cette dernière demande un réexamen de la décision de ne pas poursuivre. Celle-ci semble disposer ainsi de pouvoirs importants sur la Procureure qui demeure cependant maître de ses conclusions sur différents éléments à prendre en compte dans son examen et de la décision finale… mais selon l'interprétation du droit applicable et de la procédure de la Chambre et en suivant les éventuelles « consignes » que peut donner la Chambre sur les questions de fait et l'évaluation de la gravité (sans pour autant se substituer à la Procureur dans l'appréciation de ces éléments) (§ 23) et sous le contrôle (étendu) de la Chambre (§§ 24-25).

La Chambre en vient ensuite aux motifs d'appel soulevés par le Gouvernement des Comores et à leur analyse. Et, tout en précisant la marge de manœuvre de la Procureure face aux injonctions de la Chambre – de façon synthétique, si la Chambre peut donner des instructions sur les éléments à prendre en compte lors de l'examen de la gravité (suffisante ou non) des faits allégués, elle ne peut se substituer à la Procureure concernant la conclusion de cet examen, que ce soit directement (en disant à la Procureure ce qu'elle doit conclure) ou indirectement (en indiquant quel poids donner à tel ou tel élément ou facteur), ces instructions étant « inappropriées » d'après la Chambre d'appel (voir notamment §§ 50, 57-59, 76 et 88) –, la Chambre met à jour les différentes erreurs de la Procureure. A commencer par la détermination des personnes ou groupes sur qui se concentrerait l'enquête si celle-ci était ouverte, que l'Accusation appréhende en limitant de façon excessive, prématurée et sur une base erronée le cercle de ces personnes ou groupes aux seuls perpétrateurs physiques des faits visés (§§ 38-45).

Ensuite, si les juges ne peuvent pas obliger la Procureure à conclure qu'il y a une base raisonnable de croire que des actes criminels ont été commis, la Procureure est néanmoins liée par l'interprétation juridique de la Chambre du standard relatif aux « motifs raisonnables de croire » et doit tenir compte de la caractérisation juridique des faits, dans le cadre de la nature des crimes, dans son évaluation de la gravité des cas potentiels, (§ 59), ce que la Procureure n'a pas réussi à faire selon la Chambre (§§ 60-71).

De même, quant à l'impact des crimes allégués, si la Procureure est tenue de suivre les instructions de la Chambre de prendre en compte certains facteurs et/ou informations, elle n'est liée par celles-ci que dans la mesure où ces instructions ne préjugent pas des conclusions de la Procureure, c'est-à-dire en l'espèce ne lui demande pas de conclure que l'impact des crimes présumés était un indicateur de gravité suffisante (§ 76). Cependant, la Chambre considère que la Procureure – en n'ayant pas tenu compte de la préoccupation suscitée par les événements au niveau international, ni de l'incidence des crimes présumés commis sur les victimes directes et indirectes, et en retenant en revanche des éléments non pertinents pour l'évaluation de la gravité afin de déterminer le poids à accorder à l'incidence des crimes allégués – n'a pas véritablement reconsidéré sa décision (§§ 77-83).

Concernant la commission des crimes allégués, la Procureure est encore une fois tenue de revoir sa décision en appliquant le standard de preuve telle qu'interprétée par la Chambre. Toutefois, la Procureure n'est pas liée par les instructions de la Chambre lorsque

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

celles-ci lui demandent de tirer des conclusions factuelles particulières quant aux questions concernées (§ 88). Ce n'est pas pour autant que la Procureure a véritablement reconsidéré sa décision quant à la commission des crimes allégués en n'appliquant pas le standard des « motifs raisonnables de croire » tel qu'interprété par la Chambre (§§ 89-94).

Enfin, la Chambre considère que la Procureure a commis une erreur dans son évaluation globale de la gravité en appliquant l'exigence de gravité d'une manière incompatible avec son objet et son but (§ 95). La Chambre rappelle ici que l'exigence de gravité prévue à l'alinéa 17, paragraphe1 d) du Statut a une nature exclusive dans le sens où elle n'a pas pour but d'obliger la Cour à choisir les cas les plus graves, mais de l'obliger à ne pas poursuivre les cas de gravité marginale (§ 96). De plus, la gravité analysée est celle des affaires potentielles et non celle de la situation. A ce titre, le nombre d'affaires n'est pas pertinent (§ 98), la Chambre rappelant que certaines situations d'une gravité comparable ou moindre ont donné lieu à des actions devant la Cour (§ 99).

Par conséquent, il apparaît à la Chambre que la Procureure n'a pas véritablement reconsidéré sa décision de ne pas poursuivre dans cette situation (§ 102), notamment en ne respectant pas ou en ne suivant pas l'interprétation juridique du standard des « motifs raisonnables pour croire » de la Chambre (§§ 102-103) ou en abusant de sa marge d'appréciation (§ 104).

Et c'est là que la décision de la Chambre prend un tour relativement inattendu avec ce qui pourrait ressembler à un coup de théâtre digne des plus grands feuilletons à suspense car, malgré les nombreuses critiques faîtes par la Chambre à l'égard de la décision de ne pas poursuivre de la Procureure pour ses multiples erreurs, la Chambre décide au final de ne pas (re)demander à la Procureure de reconsidérer sa décision ! (§ 106)

Prudence exagérée ? Lassitude ? Ou renoncement ? Quoi qu'il en soit, la Chambre estime que le Statut et la jurisprudence de la Chambre d'appel ne sont pas suffisamment clairs, ni sur le point de savoir ce que la Chambre peut demander à la Procureure pour que celle-ci corrige ses erreurs en ce qui concerne les questions de droit et l'application du droit aux faits (§ 107), ni en ce qui concerne son évaluation des facteurs pertinents pour ce qui est de l'exigence de gravité (§ 110). La Chambre entend ici respecter la répartition des tâches et compétences posée par l'article 53, paragraphe 3 du Statut de la CPI (§ 111). Et, dans le doute, elle préfère s'abstenir de requérir un nouvel examen par la Procureure, qui pourrait, par exemple, la conduire à non seulement rappeler l'interprétation juridique à suivre, mais aussi comment l'appliquer aux faits (§ 108) alors que l'application du droit aux faits relève en principe des prérogatives de la Procureure et pas de la Chambre. Et ce, même si cela semble donner en fin de compte raison à la Procureure qui « (…) *has interpreted the Appeals Chamber's Judgment in a manner that undermines both the Chamber's power to direct the Prosecutor as to the correct interpretation of the law and its power to order the Prosecutor to take into account in the gravity assessment certain factors and/or information, thereby negating the effectiveness of the procedure under article 53(3)(a) of the Statute* », ce que la Chambre note avec préoccupation… (§111).

Aussi discutable ou quelque peu surprenante qu'elle puisse paraître dans sa conclusion, on pourrait croire que cette décision de la Chambre préliminaire met un point final (« Enfin ! » dirons certains) à ce que nous qualifions de saga judiciaire dans une précédente chronique (voir cette Chronique, *Revue*, 2019-2, nos obs. préc.). Il faudra peut-être attendre encore un peu pour cela, le Gouvernement des Comores ayant fait appel de la décision ici présentée moins d'une semaine après le prononcé de celle-ci (voir Application

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

on behalf of the Government of the Union of the Comoros for Leave to Appeal the "Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Comoros'" of 16 September 2020, 22 septembre 2020).

RÉMY PROUVÈZE

TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN
Judgment du 18 août 2020, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra* (STL-11-01/T/TC)

Tribunal spécial pour le Liban – juridiction internationalisée – terrorisme – jugement – condamnation – acquittement – procès *in abstentia* ou par défaut

La Chambre de première instance du Tribunal spécial pour le Liban a rendu le 18 août 2020 son jugement dans l'affaire *Ayyash et autres concernant* l'assassinat de l'ancien Premier ministre libanais Rafiq Hariri et des autres personnes tuées dans l'attentat du 14 février 2005.

Cette décision, particulièrement attendue (15 ans après les faits et 6 ans après le début du procès de l'affaire principale du Tribunal) et relativement longue (2682 pages !), fera sans nul doute l'objet de nombreux commentaires, les critiques – quant au gaspillage d'argent que le tribunal peut représenter (près d'un milliard d'euros), quant à l'absence des accusés à leur procès (les quatre accusés ont en effet été jugés *in abstentia* ou par défaut, la Chambre ayant conclu qu'ils étaient informés de l'acte d'accusation et qu'ils étaient en fuite ou introuvables), quant à la contribution du Tribunal ou de ce procès à la répression du terrorisme, *etc*. – ayant déjà commencé à apparaître bien avant le prononcé du jugement. On se contentera simplement ici de rappeler que, si la Chambre a jugé, à l'unanimité, Salim Jamil Ayyash coupable au-delà de tout doute raisonnable des chefs d'accusation de complot visant à commettre un acte de terrorisme, de perpétration d'un acte de terrorisme au moyen d'un engin explosif, d'homicide intentionnel de M. Hariri et des 21 autres victimes et de tentative d'homicide intentionnel des 226 personnes blessées dans l'explosion, elle a en revanche déclaré non coupables les autres accusés des autres chefs d'accusation de complicité. Reste maintenant à fixer et à prononcer la peine correspondante à cette reconnaissance de culpabilité, l'audience publique pour entendre à ce sujet les différentes parties étant prévue le 10 novembre 2020 et n'ayant donc pas encore eu lieu au moment où ces lignes sont écrites.

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES
Jugement n° 2020-985

Harcèlement sexuel – qualification, preuve et responsabilité

Il ne fait pas de doute que le harcèlement sexuel sévit dans les organisations internationales. S'il fallait encore s'en convaincre, l'enquête menée en novembre 2018 par la société Deloitte pour les organisations relevant du système des Nations Unies confirme que plusieurs dizaines de milliers de leurs employés rapportent avoir déjà été victimes de harcèlement sexuel sur leur lieu de travail durant les deux années précédentes

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

(voir Deloitte, *Safe Space Survey Report*, janvier 2019). Pourtant, les juridictions administratives internationales (ci-après JAI) n'ont eu que peu à en connaître, si l'on en juge par le faible nombre de jugements rendus au regard de l'ampleur du phénomène. Le jugement n° 2020-985 du Tribunal d'Appel des Nations Unies (ci-après TANU), qui a suscité cette chronique, est relatif à la contestation de représailles pour dénonciation de harcèlement sexuel, c'est-à-dire à la décision de ne pas retenir la candidature de la requérante a un poste de grade plus élevé car elle aurait eu pour motivation, selon la requérante, son refus de céder aux avances sexuelles de son supérieur hiérarchique, l'un des membres du panel d'évaluation des candidatures. Ce jugement, qui fera l'objet d'une analyse plus loin, est l'occasion d'examiner les raisons qui pourraient expliquer la faible judiciarisation du harcèlement sexuel subi par les fonctionnaires internationaux : i) la définition et la qualification du harcèlement sexuel ; ii) la preuve en la matière ; iii) les représailles pour dénonciation de harcèlement sexuel et la responsabilité de l'organisation ; et iv) la sanction et sa proportionnalité.

Une définition et une qualification ardues — Dans les années 80 et 90 du siècle dernier, les avances sexuelles d'un supérieur hiérarchique non désirées par les subordonné.e.s auxquelles elles étaient faites étaient souvent qualifiées de « droit » de « cuissage ». Le « droit » de « cuissage » désigne un privilège du seigneur féodal qui lui aurait donné le droit de passer la première nuit de noces avec une jeune mariée de la seigneurie. Selon A. Boureau, ce « droit » n'a cependant jamais existé (voir A. BOUREAU, *Le droit de cuissage, la fabrication d'un mythe XIII*^{ème} *– XX*^{ème} *siècle*, Paris, Albin Michel, 1995). Il aurait été forgé par la royauté pour se démarquer de la féodalité, en s'appuyant sur deux taxes bien réelles : le « formariage », dont devait s'acquitter le serf dont la fille se mariait en dehors de la seigneurie, et le « cullage », qui désignait un droit payé par de nouveaux mariés aux célibataires du village. La raison pour laquelle le harcèlement sexuel a été associé au « droit » de « cuissage » est à rechercher à notre sens dans la nécessité de rattacher le harcèlement sexuel à une définition connue, tant sa qualification est ardue et recouvre des réalités différentes. Compte tenu de la difficulté d'élaborer une qualification autonome, le harcèlement sexuel a également été rattaché à la notion de discrimination à l'égard des femmes fondée sur le sexe, ce qui a permis de poursuivre les auteurs et les employeurs sur la base d'une qualification connue, même si réductrice quand comparée à l'ampleur du phénomène (voir, pour les Etats-Unis, C. A. MACKINNON, et R. B. SIEGEL, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2004, et le *Title VII of the federal Civil Rights Act*). Et ce n'est que relativement récemment que les législateurs nationaux et les organisations internationales ont pris conscience de la nécessité d'agir et d'adopter des dispositions spécifiques pour lutter contre le harcèlement sexuel.

Comme illustré par la *Résolution du Conseil des communautés européennes du 29 mai 1990 concernant la protection de la dignité de la femme et de l'homme au travail* (90/C 157/02), le harcèlement sexuel a d'abord été défini par les organisations internationales comme le fait pour une personne – le plus souvent une femme –, ayant refusé les avances sexuelles de l'un de ses collègues – le plus souvent son supérieur hiérarchique, un homme –, de subir des représailles dans sa carrière, du fait de son refus. Selon cette définition, pour retenir la qualification de harcèlement sexuel, il fallait établir que des avances sexuelles, c'est-à-dire une proposition de relations sexuelles, avaient été faites à la victime, que cette dernière avait exprimé clairement un refus, et que ce refus avait eu des conséquences dommageables sur sa carrière (absence de promotion, élimination d'un

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

concours, non-renouvellement d'engagement, *etc*.). Si certaines organisations continuent à retenir cette définition, la plupart des organisations étudiées retiennent aujourd'hui une définition bien plus large, à l'instar de l'ONU ou de l'Union européenne (voir la Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 2018 (A/73/582) 73/148, et la Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2017 (2017/2897(RSP) (2018/C 346/25)).

Le harcèlement sexuel y est défini comme un comportement à connotation sexuelle non désiré par la personne à l'égard de laquelle il s'exerce et ayant pour but ou pour effet de l'atteindre dans sa dignité ou de créer un environnement de travail intimidant, hostile ou humiliant. Pour retenir la qualification de harcèlement sexuel, il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la victime a fait l'objet d'avances sexuelles ou a subi un préjudice de carrière, comme l'a rappelé le Tribunal de première instance de l'Union européenne (ci-après TPIUE) en estimant que « les conséquences matérielles d[u] comportement n'ont aucune importance » (voir arrêt du 5 décembre 2000, aff. T-136/98). Il faut en revanche démontrer un comportement de nature ou à connotation sexuelle non désiré, qui a eu pour effet d'atteindre la victime dans sa dignité ou de créer un environnement de travail hostile.

D'autres organisations, comme l'OIT, la Banque mondiale, la CPI, l'OTAN ou la FAO, ont opéré une synthèse des deux définitions rappelées ci-dessus et prévoient que le harcèlement sexuel englobe non seulement les comportements de nature sexuelle ou à connotation sexuelle non désirés, mais aussi les décisions ou actions ayant porté préjudice à la carrière de la victime présumée en raison du comportement en question. Certaines organisations, comme le FMI et l'OMS, précisent dans les règles applicables aux fonctionnaires que le harcèlement sexuel est particulièrement odieux ou plus offensant quand il est lié à des menaces ou des promesses relatives aux perspectives de carrière.

Les définitions étudiées précisent enfin que le harcèlement peut être le fait d'un supérieur hiérarchique ou d'un collègue, quel que soit le type d'engagement dont l'auteur présumé bénéficie, et de toute personne employée par l'organisation ou qui lui prête son concours, rejoignant en cela la définition des agents retenue dans l'avis consultatif de la CIJ du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (CIJ, *Recueil* 1949, p. 174). Il n'est d'ailleurs pas rare de trouver dans l'interprétation des définitions par les JAI une acception très large des auteurs et victimes de harcèlement sexuel, qui peuvent être de même genre ou de genre différent, des fonctionnaires internationaux, leurs collègues, des fonctionnaires d'une autre organisation ou d'un Etat, ou encore des tiers à l'organisation, dans le cadre du travail ou dans un contexte privé. Il suffit que les auteurs aient eu conscience, ou aient pu avoir conscience, que leur comportement n'était pas désiré et que les victimes aient donc manifesté leur refus, par quelque moyen que ce soit (voir à titre d'exemple les jugements n°2010-040, 2013-302 et 2014-407 du TANU et l'arrêt du TPIUE du 26 janvier 1995 dans l'aff. T-549/93).

Pour qualifier un comportement de harcèlement sexuel, il faut donc qu'il soit de nature ou à connotation sexuelle, que l'auteur des faits ait eu connaissance – au moins une connaissance que l'on peut présumer (*constructive knowledge*) – que son comportement était indésirable, et qu'il ait pour effet de créer un environnement de travail hostile.

Le premier élément constitutif du harcèlement sexuel étant l'adoption par un fonctionnaire d'un comportement de nature ou à connotation sexuelle, la question première posée aux juridictions est de déterminer si les faits de la cause permettent de conclure que

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

le comportement incriminé est bien de nature ou à connotation sexuelle. Comme la jurisprudence le montre, cette conclusion est souvent difficile. Pour qu'un comportement soit de nature sexuelle, il peut bien entendu être constitué par un acte sexuel proprement dit, comme embrasser, toucher, ou avoir des relations sexuelles avec la victime (voir notamment les jugements n° 2012-207, 2018-819, 2018-889 et 2019-972 du TANU et l'arrêt du TPIUE du 26 janvier 1995 dans l'aff. T-549/93). La qualification semble alors aisée, même si la preuve peut parfois être difficile à rapporter (voir *infra*). Un tel comportement peut également être constitué par des comportements qui ne sont pas, à proprement parler, des actes sexuels, mais qui sont des comportements physiques et verbaux à connotation sexuelle, comme le relève le TPIUE dans son arrêt rendu le 5 décembre 2000 dans l'affaire T-136/98, en citant un « coup de patte sur la fesse » donné par un supérieur hiérarchique à sa subordonnée, accompagné de l'affirmation « comme vous pourrez le constater, ma direction est très bien représentée par les femmes ». Pour estimer qu'un comportement a une nature sexuelle, il n'est pas nécessaire, selon la jurisprudence, d'établir que l'auteur des faits éprouvait un quelconque désir pour sa victime ou souhaitait entretenir des relations sexuelles avec elle, ou encore utilisait des termes à connotation sexuelle. Il peut suffire de démontrer que son comportement était « sexualisé ». Un tel comportement peut résulter : i) de messages électroniques au contenu sexualisé (voir jugement n° 2019-918 du TANU) ; ii) d'un message électronique d'un.e supérieur.e hiérarchique interrogeant un.e subordonné.e sur ses relations intimes avec une personne dénommée, manifestant une jalousie évidente (voir jugement n° 2013-280 du TANU) ; iii) du fait pour un soignant de recevoir une patiente mineure sans la présence d'une infirmière et portes fermées, en violation des règles applicables (jugement n° 2010-040 du TANU) ; v) du fait pour un fonctionnaire, qui devrait avoir particulièrement conscience des questions de discipline compte tenu de ses fonctions, d'adresser des messages électroniques qui sous-tendent un « intérêt sexuel », même s'ils sont relativement « innocents » (voir jugement n° 2017-761 du TANU) ; iv) du fait pour un supérieur de proposer à un.e subordonné.e de partager une chambre et de passer un week-end ensemble (voir jugement n° 2018-819 du TANU). Certes, comme l'a rappelé le Tribunal administratif de la Banque Mondiale (ci-après TABM), « toucher » une personne ou un « contact répété » ne peut être suffisant pour qualifier les faits de harcèlement sexuel. Le Tribunal estime ainsi que si la courtoisie ordinaire d'aider à mettre un manteau peut, certes, se transformer en acte intime et susciter une réprobation, « dans certaines cultures, en revanche, un baiser social – sur le côté du visage – peut être si superficiel qu'il est dépourvu du moindre intérêt personnel » et ne peut donc être qualifié de comportement de nature ou à connotation sexuelle ayant pour effet de créer un environnement hostile (voir *Decision* n° 197 – notre traduction). Le tribunal administratif du FMI (ci-après TAFMI) a estimé, dans la même veine, que la remarque faite à une subordonnée qu'elle devrait faire preuve de « charme » pour faire avancer ses aspirations professionnelles n'était pas constitutive de harcèlement sexuel, même si elle pouvait raisonnablement être perçue comme constitutive d'un environnement de travail hostile (voir le jugement n° 2015-3).

Le deuxième élément constitutif du harcèlement sexuel est que le comportement de nature ou à connotation sexuelle ait eu pour effet de créer un environnement de travail hostile. Il convient dans cette mesure de définir ce qui constitue un environnement de travail hostile. Il s'agit, selon la jurisprudence du TANU d'un environnement dans lequel la dignité d'un fonctionnaire n'est pas respectée ou qui affecte le moral et le bien-être des fonctionnaires, perturbe les fonctionnaires et a des conséquences négatives sur leur

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

performance au travail, les amène à ne plus exercer leurs fonctions, et est d'autant plus hostile qu'il émane d'un supérieur hiérarchique (voir les jugements n°s 2019-918, 2018-819, 2017-718 et 2017-761 du TANU). Le fait que le comportement en cause est celui d'un supérieur hiérarchique à l'égard d'un.e subordonné.e. peut suffire à rattacher le harcèlement à l'environnement de travail, même lorsque les faits se sont déroulés dans un contexte privé (voir jugement n° 2013-280 du TANU). Le TABM a quant à lui estimé que, si la définition du harcèlement ne demande pas que le comportement lui-même soit hostile ou abusif, les membres du personnel, en particulier les supérieurs hiérarchiques, sont tenus de contribuer à un environnement propice au travail, exempt de harcèlement sexuel, d'hostilité et d'intimidation. Ils ont également la responsabilité principale de donner le ton à un environnement de travail sain, ce qui inclut d'éviter même l'apparence d'une conduite inappropriée (voir *Decisions* n° 197, 476 et 498). D'autre part, comme l'ont rappelé le TAFMI (voir notamment le jugement n° 2015-3) et le TAOIT (voir notamment le jugement 3318), le fait que la victime présumée pouvait raisonnablement et objectivement avoir le sentiment que les actes en cause avaient pour effet de l'humilier ou de la rabaisser peut suffire pour caractériser l'hostilité d'un environnement de travail.

Le troisième élément constitutif du harcèlement sexuel est que l'auteur des faits ait eu connaissance – au moins une connaissance que l'on peut présumer (*constructive knowledge*) – que son comportement était indésirable. Le TANU (voir les jugement précités), comme le TAOIT (voir notamment le jugement 3142), estiment que le critère à retenir est que l'auteur présumé pouvait raisonnablement croire que ses avances n'étaient pas souhaitées par la victime. Il ne s'agit donc pas d'exiger une intention de l'auteur, comme l'ont rappelé le TAFMI (voir notamment le jugement n° 2015-3), le TAOIT (voir notamment les jugements n° 2524, 3233, 3318, 3692 et 4207) et le TPIUE (voir notamment l'arrêt rendu le 5 décembre 2000 dans l'affaire T-136/98), mais qu'il savait ou « raisonnablement aurait dû savoir » que la victime n'était pas consentante (voir jugement 3142 du TAOIT). Comme l'estime le TABM dans sa *Decision* n° 498, un fonctionnaire qui occupe un rang élevé dans la hiérarchie et qui a travaillé pendant de longues années pour l'institution est présumé savoir qu'un contact physique, en l'occurrence sur le postérieur d'un.e subordonné.e, n'est pas approprié et peut être considéré comme une « violation de son espace personnel » par ce.tte dernie.è.r.e., surtout lorsqu'il.elle est un fonctionnaire débutant au bénéfice d'un engagement de durée déterminée, car il n'a pas alors nécessairement la capacité de s'opposer à son supérieur. Un certain nombre de circonstances peuvent cependant amener, selon le TANU, à conclure que l'auteur n'avait pas connaissance que son comportement était indésirable, notamment en raison de cultures et d'expériences professionnelles différentes (voir le jugement n° 2013-291). Ces circonstances peuvent, par exemple, être relatives à une relation amicale préexistante au comportement reproché, au fait que la victime ne rompt pas le contact avec l'auteur après l'incident déclencheur de sa plainte, et que des contacts physiques sont intervenus entre auteur et victime, sans que cette dernière objecte et que lorsqu'elle objecte, l'auteur cesse immédiatement d'adopter le comportement incriminé (voir le jugement n° 2017-718 du TANU). Le TANU a indiqué dans une autre affaire que le fait qu'une relation amicale existe préalablement aux faits reprochés n'est pas une circonstance qui suffit à elle seule à ne pas conclure au harcèlement sexuel, notamment lorsque la victime a clairement exprimé qu'elle ne consentait pas aux actes commis par l'auteur (voir le jugement n° 2013-280). A l'instar d'autres JAI, le TPIUE précise qu'en présence d'actes sexuels (dans l'affaire en question : exhibitionnisme, masturbation, contrainte pour réaliser des actes sexuels),

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

« il n'est pas nécessaire que les victimes montrent clairement que le comportement était indésirable pour qu'il puisse être qualifié de harcèlement sexuel (…). Une telle exigence n'est requise que dans le cas où les faits reprochés ne portent que sur un simple intérêt sexuel. En l'espèce, le Tribunal considère que les faits retenus ne correspondent pas à une manière courante d'exprimer son intérêt sexuel et, par conséquent, qu'il n'était pas nécessaire que les victimes montrent clairement que le comportement du requérant était indésirable » et qu'en tout état de cause, « le fait de s'enfuir démontre déjà suffisamment que le comportement auquel la victime était forcée d'assister n'était pas désiré » (voir arrêt du 26 janvier 1995 dans l'affaire T-549/93). En revanche, comme le relève le TABM, lorsque les déclarations de la victime présumée varient et sont vagues, qu'elle n'a pas fui les lieux (un hôtel) et n'a pas exprimé clairement que l'auteur présumé des faits l'avait empêchée de fuir, il ne peut être conclu que le comportement incriminé était indésirable (voir *Decision* n° 244).

Le premier élément constitutif, le comportement de nature ou à connotation sexuelle, pourrait apparaître comme déterminant dans la reconnaissance et la sanction du harcèlement sexuel, le deuxième, la création d'un environnement de travail hostile, moins nécessaire à la qualification si les deux autres sont présents, et le troisième, la connaissance du caractère indésirable du comportement, se déduire du premier. Cependant, il ne ressort pas nettement à notre sens de la jurisprudence que les éléments constitutifs du harcèlement sont hiérarchisés et que le premier élément constitutif pourrait, à lui seul, emporter la conviction de l'organisation ou du juge. Les organisations et les victimes doivent donc s'attacher à démontrer que les trois éléments constitutifs sont réunis, lorsqu'elles cherchent à rapporter la preuve du comportement incriminé.

La preuve du harcèlement sexuel — A ce titre, nous renverrons principalement à notre précédente chronique (TAOIT, Jugement n° 4207, cette Chronique, *Revue,* 2020-2, pp. 429-434, nos obs.) consacrée aux standards de preuve. En matière de harcèlement sexuel, il convient de rappeler que le TAOIT semble appliquer un double standard de preuve : i) « au-delà de tout doute raisonnable » – *beyond reasonable doubt* –, applicable à la décision de l'organisation de reconnaître – ou non – la culpabilité de l'auteur présumé ; et ii) « probabilité au regard des preuves à charge et à décharge » – *balance of probabilites* ou *preponderance of evidence* –, applicable à la décision de l'organisation de reconnaître – ou non – la crédibilité de la plainte et de la victime (voir notamment ses jugements 3640, 3725 et 4207). Certes, d'autres analyses sont sans doute possibles, comme celle qui consisterait à dire qu'en matière de harcèlement sexuel, le standard est moins élevé que pour d'autres comportements sanctionnés en matière disciplinaire, tant pour l'examen de la culpabilité que pour celui de la crédibilité de la plainte. Cette analyse serait en partie fondée sur des jugements qui ont pour conséquence que lorsque la preuve d'un harcèlement repose sur les seules perceptions de la victime – ce qui est très fréquent –, cette dernière doit démontrer que la conduite contestée pouvait en toute objectivité être vue raisonnablement comme du harcèlement. L'examen de la jurisprudence du TABM est à cet égard très éclairant, notamment quand il rappelle que la qualification de harcèlement sexuel a pour conséquence la révocation disciplinaire de son auteur et que le standard de preuve, s'il n'est pas celui retenu par le TAOIT (voir cette Chronique, *Revue,* 2020-2, nos obs. préc.), doit cependant être exigeant, et donc celui de la preuve claire et convaincante – *clear and convincing evidence* – (voir *Decision*s n° 142, 143, 202, 243, 244, 366, 369 et 498). L'organisation concernée a la charge de la preuve justifiant de la sanction et la

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

victime celle de la preuve démontrant que sa plainte est crédible. L'évaluation des preuves implique nécessairement, selon ce même tribunal, l'examen de facteurs objectifs et subjectifs pour déterminer : i) si le comportement physique et « autre » (*sic*) de l'auteur a été perçu par la victime comme du harcèlement sexuel, compte dûment tenu du statut personnel de la victime, notamment de son âge, et de sa situation administrative ; et ii) si ce même comportement aurait été perçu, dans les mêmes circonstances, comme du harcèlement sexuel par une personne raisonnable. Le TANU, comme rappelé dans la chronique mentionnée ci-dessus partage cette même analyse.

Mais, en l'absence de preuves écrites ou formelles – ce qui est souvent le cas en matière de harcèlement sexuel –, comment déterminer si les affirmations de la victime et les dénégations de l'auteur sont crédibles, notamment lorsque les déclarations de la victime et de l'auteur sont fondamentalement opposées ? En l'absence de preuve matérielle, des « baisers sur la bouche donnés à l'intéressée contre son gré en l'absence de tout témoin, rend[ant] en l'espèce impossible la production d'une preuve de ce type », le TAOIT estime que l'un des moyens de s'assurer de la crédibilité de la plainte est de recueillir des documents établissant formellement l'existence d'incidents similaires imputables à l'auteur présumé (voir le jugement 3640, ainsi que le même analyse du TPIUE dans son jugement du 26 janvier 1995 dans l'aff. T-549/93). La jurisprudence du TANU montre que des témoignages anonymes (c'est-à-dire que le nom des témoins n'est pas révélé à l'auteur présumé) peuvent constituer des preuves valides – contrairement à ce que son prédécesseur, le Tribunal administratif des Nations Unies, avait estimé dans son jugement n°1246 du 22 juillet 2005 (voir section V : « *no accusation may be made on the basis of anonymous testimony, when the accused person requires identification in order to better prepare his defense* »). Il précise toutefois que l'appréciation de la crédibilité de la plainte ne peut être uniquement fondée sur des témoignages anonymes (voir les jugements n° 2010-087 et 2014-480). Dans sa *Decision* n° 244, le TABM a examiné les déclarations successives de la victime et de l'auteur présumés et a conclu que si la crédibilité de l'auteur était sujette à caution, compte tenu de ses mensonges, de son refus de coopérer avec les enquêteurs et de ses aveux relatifs à d'autres allégations que celle portant sur le harcèlement sexuel, cela n'avait pas pour effet de rendre crédible, mécaniquement, la plainte de la victime présumée. Le tribunal note toutefois que le fait de ne pas se plaindre immédiatement du comportement incriminé n'est pas un facteur décisif de l'absence de crédibilité de la plainte. Sa *Decision* n° 615, rendue en octobre 2019, est illustrative des principes rappelés ci-dessus. Le TABM a en effet estimé qu'il ne pouvait conclure au harcèlement sexuel dans ce cas, car la plainte de la victime présumée ne lui semblait pas crédible. Cette absence de crédibilité est établie selon le tribunal par le fait que la victime avait fait plusieurs déclarations indiquant son intérêt à avoir une relation amoureuse et sexuelle avec son supérieur hiérarchique, l'auteur présumé, et avait continué à entrer en contact avec lui après avoir adressé sa plainte pour harcèlement sexuel à l'organisation.

Représailles pour dénonciation du harcèlement sexuel et responsabilité de l'organisation — Comme c'est le cas en droit international général, le droit de la fonction publique internationale n'admet pas la légalité de « représailles » en l'absence de violation d'une obligation. En d'autres termes, si une sanction est légitime lorsqu'elle répond à une violation par un agent de ses obligations, des représailles ne sauraient être imposées à la victime d'un harcèlement sexuel qui s'en est plainte auprès de l'administration, que ces représailles aient pour origine l'auteur des faits reprochés ou l'administration. Comme le

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

rappelle le TAOIT dans son jugement 3142, « le fait de subordonner le renouvellement du contrat d'un fonctionnaire au résultat d'une enquête relative à l'allégation de harcèlement formulée par ce dernier tend à l'évidence à dissuader l'intéressé de présenter une réclamation, même si son allégation est fondée ». « Lorsqu'un comportement est tel qu'il correspond à tous les éléments de la définition du « harcèlement », (…) un fonctionnaire peut à bon droit porter plainte pour harcèlement. Et une décision de ne pas renouveler le contrat de ce fonctionnaire au motif qu'une plainte pour harcèlement, même formulée dans les règles, est rejetée parce que le contrevenant ne savait pas ou que raisonnablement il n'était pas censé savoir que son comportement était importun permet de déduire qu'il y a eu représailles ». Dans son jugement 3085, citant ses jugements 1376 et 2642, le TAOIT rappelle que « la personne se plaignant, de bonne foi, d'avoir été harcelée ne [d]oit pas [être] stigmatisée, ni [faire] l'objet de représailles » et conclut que le comportement incriminé en l'occurrence « constitue un acte de harcèlement sexuel qui ouvre droit pour la [victime] à des dommages-intérêts pour tort moral ».

Les représailles ne donnent cependant lieu à réparation que si la victime démontre l'illégalité du comportement de l'organisation, la réalité de son dommage et un lien de causalité directe entre sa dénonciation des comportements incriminés et la décision qu'elle conteste. Dans le jugement à l'origine de cette chronique (jugement n° 2020-985), le TANU a estimé qu'il n'était pas démontré que la décision de ne pas retenir la candidature de la requérante à un poste d'un grade plus élevé avait pour motivation le fait qu'elle avait repoussé les avances sexuelles de son supérieur hiérarchique, qui se trouvait être un membre du panel d'évaluation des candidatures. L'argument principal du TANU est que la plainte pour harcèlement sexuel de la requérante avait été soumise plus d'une année après la recommandation du panel, que les notes accordées à chaque candidat étaient documentées et que la variation significative entre ces notes suggérait qu'il était « improbable » que la recommandation soit le fruit d'une collusion des membres. On se rapportera également utilement aux *Decisions* n° 337, 401, 514 et 591 du TABM, aux jugements 1376 et 3085 du TAOIT, ainsi qu'aux arrêts du 1er juin 1994 du TPIUE dans l'aff. C-136/92, du 12 juillet 2012 dans l'aff. T-308/10 et du 13 juillet 2017 dans l'aff. T-607/16.

L'organisation peut donc se voir reprocher d'avoir donné effet à des représailles, car le devoir de sollicitude de l'organisation à l'égard de ses agents et la préservation de la relation de confiance entre l'organisation et ses agents, gages du bon accomplissement de sa mission, ont pour conséquence qu'elle a une responsabilité accrue se manifestant par l'obligation de réparer les dommages causés à son personnel par toute illégalité commise en sa qualité d'employeur (voir arrêts du TPIUE du 12 juillet 2012 dans l'aff. T-308/10 et du 13 juillet 2017 dans l'aff. T-607/16). Le TAOIT a ainsi estimé (voir ses jugements 1376, 2642, 2645, 2706, 3085 et 4207), comme le TAFMI (voir son jugement n° 2015-3), que l'organisation est responsable des torts causés à un membre de son personnel par son supérieur hiérarchique et qu'elle doit prendre en conséquence les mesures nécessaires pour protéger une victime de harcèlement, y compris des représailles à son encontre. Ces mesures sont nombreuses et font appel à des mécanismes complexes qui, pour certains, sont également applicables à d'autres allégations de fautes disciplinaires. L'exercice est difficile, mais ces mesures peuvent à notre sens être résumées ainsi :

i) une enquête rapide et approfondie, qui n'est pas judiciaire mais administrative, doit être conduite, par un enquêteur interne ou externe à l'organisation, mais qui doit, en tout état de cause, jouir d'une pleine indépendance. Cette enquête doit être impartiale et

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

équitable et ne pas compromettre la réputation de l'auteur et de la victime présumés. Elle doit également permettre à ces derniers d'être entendus pleinement. L'auteur présumé n'a cependant pas de droit à être présent lorsque des témoins sont entendus ni à les interroger lui-même. Cette enquête peut tenir compte de faits analogues précédents, même s'ils n'ont pas fait l'objet de plaintes dès lors que des preuves peuvent en être rapportées et que l'auteur présumé a pu les examiner. Aucune obligation n'est faite de transmettre les témoignages écrits à l'auteur présumé, à partir du moment où il a pu être informé de la teneur des documents et pleinement répondre aux allégations formulées à son encontre. L'enquête doit, en revanche, être rouverte si des faits nouveaux ou des circonstances exigent un complément d'enquête. L'auteur, même s'il a quitté l'organisation au moment où le rapport est remis à l'administration, comme la victime, doivent recevoir le rapport d'enquête, au besoin caviardé pour protéger les témoins ou en retirer des éléments confidentiels non pertinents. Si ce rapport ne lui est pas adressé, l'auteur présumé peut également être informé par l'enquêteur des éléments recueillis au cours de l'enquête et mis à même de contester utilement les accusations. On se rapportera utilement à tous ces titres aux jugements 2475, 2521, 2552, 2771, 2773, 3085, 3142, 3347, 3413, 3640 et 4207 du TAOIT, aux *Decisions* n°197, 207 et 244 du TABM, et à l'arrêt du TPIUE du 5 décembre 2000 dans l'affaire T-136-98 ;

ii) des mesures doivent être prises pour assurer à la victime un environnement sûr et « adéquat » (voir notamment les jugements 2524 et 2706 du TAOIT). La conséquence de ce principe est que si la plainte pour harcèlement est crédible, de bonne foi et fondée, selon le standard de preuve rappelé ci-dessus, l'absence de mesures prises par l'organisation pour répondre à la demande de protection de la victime présumée et/ou son retard inexplicable et déraisonnable à le faire entraînent la responsabilité de l'organisation et l'obligent à réparer le préjudice moral qui en résulte (voir notamment le jugement 4207 du TAOIT et l'arrêt du TPIUE du 13 juillet 2017 dans l'aff. T-607/16) ;

iii) la victime doit voir sa plainte traitée et être informée du sort de sa plainte dans un délai raisonnable. A défaut, notamment si le retard pris pour cette information ne peut être expliqué, l'organisation a une obligation de réparer les conséquences matérielles et le tort moral en résultant, même si l'annulation de la décision contestée peut constituer, en elle-même, une réparation adéquate du préjudice. Le TPIUE a ainsi estimé qu'« en matière de harcèlement sexuel, l'incertitude quant à la suite que l'administration entend réserver à une plainte est toujours préjudiciable, pour la dignité tant du plaignant que de la personne incriminée, et doit toujours être évitée, même dans le cas où, le comportement incriminé ayant entre-temps passé, il n'est plus question de protéger la victime contre sa répétition » (voir l'arrêt du TPIUE du 5 décembre 2000 dans l'aff. T-136-98).

Sanction et proportionnalité — Il n'est plus à démontrer qu'une organisation, investie du pouvoir disciplinaire, dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au choix de la sanction infligée à l'un de ses fonctionnaires à raison d'une faute commise par ce dernier. Toutefois, sa décision doit, dans tous les cas, respecter le principe de proportionnalité. Lorsque cela n'est pas le cas, notamment lorsque la sanction de révocation est appliquée à un fonctionnaire qui ne s'est pas rendu coupable de harcèlement sexuel, mais de fautes plus mineures, comme un manque de respect ou de courtoisie, les JAI considèrent que la sanction est disproportionnée (voir, pour un exemple, la *Decision* n° 369 du TABM). En revanche, lorsque les faits de harcèlement sexuel imputés au requérant sont, par leur nature et leur caractère répété, d'une gravité indéniable et que l'auteur des faits ne pouvait ignorer que son

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

comportement était ressenti par les victimes comme « inconvenant, offensant et gravement incommodant », la sanction de révocation n'est pas considérée par les JAI comme disproportionnée (voir, pour un exemple, le jugement 3640 du TAOIT). Le TANU a également rappelé l'importance de respecter la proportionnalité de la sanction (voir notamment ses jugements n° 2010-084 et 2019-918), en précisant cependant que la sanction de révocation n'était pas disproportionnée car « l'organisation a[vait] le droit et le devoir d'adopter une approche sévère à l'égard du harcèlement sexuel. Le message que les membres du personnel qui harcèlent sexuellement leurs collègues doivent s'attendre à perdre leur emploi doit être en conséquence diffusé clairement » (voir le jugement n° 2018-819, notre traduction).

A l'issue de cet examen de la jurisprudence des juridictions étudiées, force est de constater que les affaires relatives au harcèlement sexuel sont complexes. Cette complexité tient sûrement aux nombreuses exigences pesant sur : i) les victimes pour faire valoir et reconnaître leurs droits ; ii) les auteurs présumés pour se défendre pleinement ; et iii) les organisations, tenues de respecter leurs obligations vis-à-vis des victimes et des auteurs présumés et leur obligation, toujours plus prégnante, de justifier de leurs actions auprès des Etats membres et des citoyens. Cette complexité a pour conséquence une tentation croissante de requalifier les comportements constitutifs de harcèlement sexuel en manque de courtoisie ou de violation de la dignité due aux fonctionnaires. Il s'agit là d'une sorte de « correctionnalisation judiciaire » ; pratique qui a pour objet que des crimes, qui devraient être jugés par une cour d'assises sous la qualification de viol, sont qualifiés d'agressions sexuelles, donc de délits, pour être soumis à un tribunal correctionnel et réduire le nombre d'affaires soumises à des cours d'assises « encombrées » (voir le rapport du Comité de la réflexion sur la justice pénale, présidé par P. LÉGER, en 2009). Cette pratique a eu pour conséquence (voir http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/) de faire chuter le taux de condamnation pour viol par les cours d'assises françaises de 42% en 2006 à 36% en 2018.

En matière disciplinaire au sein des organisations internationales, la requalification du harcèlement sexuel en manquement aux devoirs de respect de la dignité et de courtoisie a, certes, pour objet de rendre plus aisée la poursuite de la faute et de favoriser la reconnaissance du traitement infligé, sa sanction et sa réparation. Mais elle a aussi pour conséquence, comme l'a notamment relevé le TABM dans son jugement n° 369, de conduire à l'application d'une sanction moins sévère que la révocation. Cette « requalification-correctionnalisation » a dès lors trois effets majeurs à notre sens. Le premier est de dissuader la victime de soumettre une plainte, car l'auteur du comportement incriminé pourrait ne pas être sanctionné pour harcèlement sexuel, mais pour une faute moins sévèrement sanctionnée. La victime peut se sentir flouée, voyant dénaturés le préjudice comme la portée du comportement subi, en contradiction avec l'intention des promoteurs des règles prohibant le harcèlement sexuel. Le deuxième effet, étroitement lié au premier, est que les tribunaux ont mécaniquement peu d'occasion de se prononcer sur des allégations de harcèlement sexuel, et cela pourrait être une explication du faible taux de judiciarisation évoqué en introduction. Le troisième effet, indubitablement lié aux deux autres, est que la prévention du harcèlement sexuel pourrait être rendue bien plus difficile par le caractère insuffisamment dissuasif des sanctions prononcées. Rien ne dit cependant que la prévention ne tient qu'au caractère dissuasif de la sanction, ni que des sanctions plus sévères ont un effet dissuasif accru par la menace qu'elles comportent. Faut-il dès lors penser avec Sénèque que « tant qu'il le peut, [le protecteur des lois, le dirigeant d'une cité doit] traite[r] les esprits par des paroles de

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

façon à persuader chacun de faire son devoir, à lui inspirer le désir du bien et de la justice, à faire naître la haine des vices et l'estime des vertus ; qu'il passe ensuite à un langage plus sévère pour avertir encore et réprimander ; qu'il en vienne en dernier lieu à des châtiments, et tout d'abord à des peines légères auxquelles on puisse même surseoir ; que les derniers supplices soient réservés aux criminels » (*De la colère*, 1, 6, 3).

RÉMI CÈBE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Julien CAZALA, Hélène RASPAIL et Baptiste TRANCHANT

SOMMAIRE

Cass. Crim., 2 septembre 2020, n° 18-84682 713
CA Paris, Pôle 5, chambre 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c. Monsieur Serafin García Armas & Madame Karina García Gruber*, n° RG 19/03588 718
CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 29 juillet 2020, n° 435812 728

Cass. Crim., 2 septembre 2020, n° 18-84682

[Immunité de juridiction pénale — Chef d'Etat en exercice — Exception — Torture — Communauté internationale — *Jus Cogens* — Droit d'accès à un tribunal (article 6 CEDH) / Immunity from Criminal Jurisdiction — Incumbent Head of State — Exception — Torture — International Community — Jus Cogens — Right to Access to a Court (article 6 ECHR)]

« Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.

2. MM. A... X... et B... Y... et les associations AFD International et La Voix libre ont déposé une plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction de Paris, le 26 novembre 2014, des chefs de torture et actes de barbarie, à l'encontre de M C... Z... , président de la République d'Egypte. Ils ont indiqué que ce dernier devait séjourner en France du 26 au 28 novembre 2014 dans le cadre d'une visite officielle.

3. M. X... a exposé qu'étant alors étudiant, il avait exprimé son opposition au coup d'Etat du 3 juillet 2013 et s'était retrouvé avec des milliers de manifestants sur la place Rabaa Al Adawiya au Caire. Le 27 juillet 2013, à 23 heures, les forces de l'ordre avaient lancé des explosifs lacrymogènes et avaient tiré à balles réelles atteignant souvent les victimes à la tête. M. X... avait été blessé et hospitalisé à la suite d'une importante hémorragie oculaire.

4. M. Y..., avocat, a expliqué qu'il avait été arrêté, alors qu'il faisait des investigations sur des violations des droits de l'homme, sur la place Tahrir, le 17 novembre 2013 ; il avait été entravé et emmené dans un poste de police improvisé, avait été entendu puis transféré dans le commissariat de Qasr le Nil où il avait été dénudé et torturé à plusieurs reprises.

5. Par ordonnance du 27 avril 2016, le juge d'instruction du tribunal de grande Instance de Paris a dit n'y avoir lieu à informer sur la plainte déposée par MM. X... et Y..., l'association AFD International et l'association La Voix libre, et a déclaré irrecevables les constitutions de parties civiles de ces associations.

6. L'avocat des parties civiles a interjeté appel de cette ordonnance.

Examen des moyens

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Sur le premier moyen

[…]

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

12. Le moyen est pris de la violation du droit international coutumier, des articles 3 et 15, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, 1er , 2, paragraphe 2, et 6, paragraphe 2, et 12 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2, 4, paragraphe 2, et 7 du Pacte international des droits civils et politiques, 2, 3, 85 et 86 du code de procédure pénale, ensemble violation des principes du droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers, défaut de motifs, manque de base légale ;

13. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce que la cour d'appel de Paris a déclaré irrecevables les plaintes avec constitution de partie civile de M. A... X... et de M. B... Y..., alors :

« 1°/ que le juge d'instruction a l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles, et que cette obligation n'est pas contraire, en son principe, à l'immunité de juridiction pénale des États étrangers et de leurs représentants ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevables les plaintes avec constitution de partie civile de M. X... et de M. Y..., que M. C... Z..., président de la République arabe d'Égypte, bénéficierait d'une immunité de la juridiction pénale française, la cour d'appel a violé les textes et principes visés au moyen ;

2°/ que la prohibition de la torture constitue un interdit fondamental en droit international ; que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevables les plaintes avec constitution de partie civile de M. X... et de M. Y..., que M. C... Z..., président de la République arabe d'Égypte, bénéficierait d'une immunité de la juridiction pénale française, quand l'interdiction de la torture en droit international public présente un caractère impératif qui constitue bien une « disposition internationale contraire » s'imposant aux parties concernées, la cour d'appel a violé les textes et principes visés au moyen ;

3°/ que le droit international impose aux États une obligation procédurale d'enquêter en cas d'actes de torture ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevables les plaintes avec constitution de partie civile de M. X... et de M. Y..., que M. C... Z..., président de la République arabe d'Égypte, bénéficierait d'une immunité de la juridiction pénale française, la cour d'appel a violé les textes et principes visés au moyen. »

Réponse de la Cour

Sur le moyen, pris en sa première branche

14. Pour déclarer irrecevables les constitutions de partie civile, l'arrêt rappelle que, selon l'article 689 du code de procédure pénale, les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre premier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsque la convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction.

15. Les juges ajoutent que, d'une part, selon l'article 689-1 du même code, en application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles, d'autre part, l'article 689-2 précise que, pour l'application de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, peut être poursuivie et jugée dans les conditions prévues à l'article 689-1 toute personne coupable de tortures au sens de l'article 1er de la convention.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

16. Ils précisent, en substance, que le droit coutumier international, dont s'est inspirée la convention de New York du 8 décembre 1969, accorde au chef d'Etat d'envoi, quand il se trouve à la tête d'une mission spéciale, des privilèges et immunités dans le pays de réception, et notamment l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat où il effectue une visite officielle.

17. La chambre de l'instruction juge que, dans ces conditions, le magistrat saisi ne pouvait valablement instruire sur les faits dénoncés à l'encontre de M. Z..., président de la République Arabe d'Egypte qui était en visite officielle en France les 26, 27 et 28 novembre 2014, la constitution de partie civile étant de ce fait irrecevable, en raison de l'immunité sus évoquée.

18. Elle conclut, qu'au vu de ces éléments, il y a lieu de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a déclaré irrecevables les constitutions de partie civile des deux associations, et de l'infirmer s'agissant du refus d'informer, les constitutions de partie civile de MM. X... et Y... étant également irrecevables.

19. C'est à tort que l'arrêt a estimé que les constitutions de partie civile de MM. X... et Y... devaient être déclarées irrecevables. D'une part, les faits dénoncés, à les supposer établis, étaient de nature à causer aux plaignants un préjudice personnel et direct, d'autre part, l'obligation d'instruire de la juridiction d'instruction, régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile, cesse si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à les supposer démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale.

20. L'arrêt n'encourt néanmoins pas la censure.

21. Si le juge d'instruction a généralement l'obligation d'informer sur tous les faits résultant de la plainte, sous toutes les qualifications possibles, et si cette obligation n'est pas contraire en son principe à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants, celle-ci trouve son fondement dans la seule nécessité pour le juge de ne pas retenir une immunité pénale avant d'avoir vérifié les conditions de son application dans le dossier dont il est saisi.

22. La Cour de cassation est en mesure de s'assurer que la plainte avec constitution de partie civile déposée à l'encontre de M. Z... est claire et précise dans ses imputations des faits dénoncés à la seule personne visée, à savoir le chef de l'Etat, de sorte qu'aucun acte d'information n'est nécessaire pour dire que le principe d'immunité pénale, reconnue par la coutume internationale au bénéfice des Etats et des chefs d'Etat en exercice, doit être retenu.
23. En conséquence, le moyen doit être écarté.

Sur le moyen, pris en ses autres branches

24. La coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger.

25. Il appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture.

26. En l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice.

27. Par ailleurs, le droit d'accès à un tribunal, tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas absolu et ne s'oppose pas à une limitation à ce droit, découlant de l'immunité des États étrangers et de leurs représentants, dès lors que cette limitation est consacrée par le droit international et ne va pas au-delà des règles généralement reconnues en matière d'immunité des États. En l'espèce, l'octroi de l'immunité, conformément au droit international, ne constitue pas une restriction disproportionnée au droit d'un particulier d'avoir accès à un tribunal.

28. Dès lors, le moyen doit être écarté.

29. Par ailleurs, l'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi »

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Dans un arrêt rendu le 2 septembre 2020, la Cour de cassation est à nouveau amenée à se prononcer sur les immunités dont bénéficient les chefs d'Etat en exercice devant les juridictions pénales étrangères en vertu du droit international coutumier. L'affaire trouve son origine dans une plainte visant le Président égyptien pour des faits de torture et d'actes de barbarie qui avait été déposée à Paris en novembre 2014, au moment où celui-ci effectuait une visite officielle en France. Elle donne l'occasion à la Cour de cassation de réaffirmer qu'un chef d'Etat étranger en exercice bénéficie d'une immunité qui s'oppose à ce qu'il puisse faire l'objet de poursuites devant le juge pénal français, quelle que soit la gravité du crime dénoncé en l'espèce. L'arrêt confirme ainsi la solution bien connue qui avait été retenue par la même Cour le 13 mars 2001 en l'affaire *Kadhafi* concernant, à l'époque, des faits de complicité dans un attentat terroriste (Cass. Crim., 13 mars 2001, n° 00-87215, *Publié au Bulletin*, cette *Revue*, 2001-2, p. 473 note F. Poirat ; *JDI*, 2002, p. 804, note C. Santulli ; *D.*, 2001, p. 2631, note J.-F. Roulot). Cette confirmation ne saurait surprendre. On sait en effet que quelques mois après l'adoption de l'arrêt *Kadhafi*, la solution que ce dernier consacrait s'était vu confortée par la Cour internationale de Justice qui, prenant appui sur la jurisprudence française, avait énoncé à son tour qu'un ministre des affaires étrangères, tout comme un chef d'Etat ou un chef de gouvernement en exercice, bénéficie « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger » et qu'elle n'était pas parvenue à identifier « l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité » (CIJ, 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, *Rec. CIJ*, p. 4, spéc. §§ 54 et 58).

La motivation retenue dans ce nouvel arrêt appelle toutefois quelques remarques. En effet, en déclarant dans la lignée de son arrêt *Kadhafi* qu'« [e]n l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers en exercice » (arrêt commenté, §26), la Cour de cassation laisse entendre que si le crime de torture n'en fait pas partie, il existerait bien des exceptions au principe de l'immunité de juridiction pénale des chefs d'Etat étrangers « en l'état du droit international ». En 2001, une telle formule pouvait déjà soulever des interrogations (v. F. Poirat, note précitée). Il en est toujours ainsi près de vingt ans après. Car comme cela vient d'être rappelé, la CIJ a désormais pris position sur le sujet en établissant dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* l'inexistence, en droit international coutumier, d'exception à l'immunité de juridiction pénale et à l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères, chefs de gouvernement et chefs d'Etat en fonction. Cette solution a, de plus, été reprise dans d'autres forums, par exemple au sein de la Commission du droit international. Dans le cadre des travaux menés par cette dernière sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, il s'avère ainsi que l'existence d'exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère en cas de crimes internationaux a fait l'objet de débats, parfois vifs, s'agissant des bénéficiaires d'une immunité *ratione materiae*. Mais s'agissant des bénéficiaires de l'immunité *ratione personae* comme les chefs d'Etat en exercice, il a été tenu pour acquis que ceux-ci ne sauraient être concernés par de telles exceptions, leur immunité restant « pleine et entière » (v. C. Escobar Hernández, *Sixième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État*, A/CN.4/722, 12 juin 2018, spéc. §14 : « Il convient de souligner (…) que les États ont accueilli favorablement la conclusion

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

voulant que les limites et exceptions à l'immunité ne s'appliquent qu'à l'immunité *ratione materiae*, l'immunité *ratione personae* restant pleine et entière »). Au regard du droit international coutumier, l'idée selon laquelle il existerait des exceptions à l'immunité des chefs d'Etat en exercice devant les juridictions pénales étrangères, qui se dégage en creux de la motivation de l'arrêt commenté, ne se vérifie donc pas. Or, il ne semble pas en être autrement en droit international conventionnel. Même le Statut de la Cour pénale internationale ne saurait être invoqué à ce sujet, car s'il prévoit bien en son article 27§2 que « [l]es immunités (…) n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence », seules les poursuites devant la Cour pénale internationale sont ici visées et non celles qui se dérouleraient devant les juridictions pénales d'un Etat étranger. En somme, la reconduction par la Cour de cassation de cette formule présente dans l'arrêt *Kadhafi* continue d'interroger et de provoquer la circonspection.

La rédaction de l'arrêt commenté innove aussi en comparaison de la précédente décision *Kadhafi*. En effet, après avoir rappelé le principe coutumier de l'immunité des chefs d'Etats en exercice devant les juridictions pénales internes étrangères, la Cour de cassation ajoute désormais qu' « [i]l appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe, lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture » (arrêt commenté, § 25). Il est certain que la « communauté internationale » ou les Etats qui la composent ont la capacité d'apporter des « limites » (dont on notera qu'elles sont envisagées à cet endroit de l'arrêt comme étant seulement « éventuelles ») aux immunités coutumièrement garanties aux dirigeants étatiques devant les juridictions pénales étrangères, que ce soit par la voie de traités ou par la formation de nouvelles coutumes (même si les Etats se sont jusqu'à présent abstenus de le faire). Il se dégage toutefois de cette affirmation une certaine conception des rapports entretenus par la Cour de cassation avec les règles coutumières internationales, qui mérite d'être relevé. La juridiction française décide ici de se retrancher totalement derrière la « communauté internationale » en ce qui concerne une éventuelle modification des coutumes relatives aux immunités, et de se cantonner pour sa part à un rôle de « pure » application des règles internationales existantes. Cela correspond bien à l'image du juge « bouche de la loi ». C'est toutefois passer sous silence le rôle que les juridictions internes peuvent aussi jouer, par leur pratique d'organes étatiques, dans l'évolution du droit international coutumier. Car on sait qu'au moment d'établir le contenu de ce droit, les juridictions internationales s'appuient souvent sur les décisions rendues par les juridictions internes, et que ces dernières ont pu être à l'initiative d'évolutions de certaines règles coutumières, le domaine des immunités étatiques l'illustrant tout particulièrement. En se présentant comme étant totalement extérieure au processus qui pourrait déboucher sur d'éventuelles limites aux immunités coutumières des dirigeant étatiques, la Cour de cassation se démarque ainsi d'autres juridictions internes qui appréhendent différemment leur office à l'égard de la coutume internationale. On pense évidemment ici aux juges italiens qui, s'agissant des immunités des Etats, ont opposé des principes constitutionnels fondamentaux à l'application de coutumes internationales, en relevant qu'ils pourraient participer par-là à une évolution « souhaitable » du droit international (Cour constitutionnelle (Italie), 22 octobre 2014, sentence n° 238, spéc. § 3.3 [trad. anglaise : https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf] ; cette *Revue*, 2014-4, Chronique de jurisprudence étrangère intéressant le droit international, p. 970, note R. Rivier).

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Par rapport à son arrêt *Khadafi*, la Cour de cassation vient également préciser dans cette nouvelle décision que l'application de l'immunité de juridiction pénale au bénéfice d'un chef d'Etat étranger ne se heurte pas au droit d'accès à un tribunal qui doit être garanti aux particuliers en vertu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette dernière disposition admet en effet des limites aux droits qu'elle énonce et la jurisprudence développée en la matière par la Cour EDH s'avère particulièrement conciliante avec les coutumes internationales. L'application des immunités des Etats étrangers et de leurs agents par les tribunaux nationaux est ainsi appréhendée comme une atteinte légitime et proportionnée à l'article 6 de la Convention par le juge européen dès lors qu'elle est prescrite par des « règles de droit international généralement reconnues » (concernant la compatibilité avec l'art. 6 CEDH de la reconnaissance par un tribunal interne de l'immunité à un Etat étranger, même en présence d'allégations de torture et « nonobstant le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture », voir : Cour EDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, spéc. §§ 56 et 61).

Pour finir, c'est un élément non discuté dans la décision commentée qui sera noté. La Cour de cassation ne s'arrête aucunement sur les conséquences que pourrait emporter la reconnaissance d'un caractère impératif à l'interdiction de la torture sur les immunités de juridiction pénale des dirigeants étrangers, alors que l'argument était invoqué dans les moyens présentés à l'appui du pourvoi. Cet argument aurait facilement pu être écarté par la juridiction française en adoptant un raisonnement analogue à celui retenu par la CIJ dans son arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, où une différence de nature a été opérée entre les normes de comportement – éventuellement revêtues d'un caractère impératif – qui interdisent la commission de certains crimes et les normes procédurales qui régissent les immunités, afin de nier, entre les premières et les secondes, la possible existence de conflits (CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, Allemagne c. Italie (Grèce, intervenant), *Rec. CIJ*, p. 99, spéc. § 93). Mais la Cour de cassation a préféré ignorer cet aspect du recours intenté devant elle. Se trouve ainsi confirmé la réserve exprimée avec constance par les autorités françaises, y compris juridictionnelles, à l'égard de la notion de *jus cogens*.

BAPTISTE TRANCHANT

CA Paris, Pôle 5, ch. 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c. Monsieur Serafin García Armas & Madame Karina García Gruber*, n° RG 19/03588

[Arbitrage — Investissement — Nationalité / Arbitration — Investment — Nationality]

« [...]

Sur le moyen principal d'annulation tiré de l'incompétence du tribunal arbitral (article 1520, 1° du code de procédure civile) :

19. A titre principal, le Venezuela sollicite l'annulation dans son ensemble de la Sentence sur la compétence. Il soutient que le tribunal arbitral était incompétent ratione materiae à raison de l'absence de justification de la titularité de la nationalité espagnole des Consorts García au moment de l'investissement prétendument réalisé.

[...]

Au fond :

36. Le Venezuela soutient que le TBI impose une condition de nationalité au moment de l'investissement, que la nationalité de l'investisseur au moment de la réalisation de son investissement fait partie intégrante de la définition de l'investissement, qu'en l'espèce les

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

investissements des consorts García faits en 2001 ne sont pas des investissements protégés au sens du TBI, car à cette date les consorts García n'avaient pas la nationalité espagnole, que par extension, les augmentations de capital de 2006 ne constituent pas plus des investissements protégés, ces investissements étant en outre frauduleux.

37. Le Venezuela fait encore valoir que le TBI s'applique aux "investissements directs étrangers", tel qu'ils ressortent de l'article 5 de l'Accord économique entre l'Espagne et le Venezuela, qui fait partie intégrante du Traité d'amitié applicable sur le fondement de l'Article XI.4.c du TBI, que cette notion est purement économique et que le centre des liens personnels, économiques, politiques et juridiques des consorts García étant tous au Venezuela, ils ne peuvent revendiquer un "investissement direct étranger". Le Venezuela soutient également que le tribunal arbitral a violé l'Article XI.4.b du TBI pour ne pas avoir appliqué les règles et principes de droit international et le droit vénézuélien, notamment en ne prenant pas en compte le fait que les investissements des consorts García n'apparaissent pas dans le Registre des Investissements Etrangers établi par la Superintendencia de Inversiones Extranjeras de Venezuela, ce qui démontrerait qu'ils ne se sont eux-mêmes jamais considérés comme des investisseurs étrangers.

38. Il conteste tout paiement des actions et soutient que les augmentations de capital postérieures ne peuvent pas constituer des investissements au sens du TBI. Il soutient que ce moyen est recevable dès lors que les consorts García ne s'étaient jamais prévalu de ce que les augmentations de capital constitueraient des investissements à part entière, avant l'annulation partielle de la sentence par la cour d'appel.

39. Enfin, le Venezuela soutient que la cour saisie du recours en annulation ne peut pas déclarer le Tribunal arbitral compétent pour une partie des investissements et pas pour les autres, la sentence ne faisant aucune distinction.

40. En réponse, les consorts García soutiennent que le TBI n'impose pas de condition de nationalité au moment de l'investissement, que le TBI renvoie à la notion d'investisseur, sans la limiter à un différend relatif à un investissement, que la notion d'investissement du TBI est très large, la date pertinente pour apprécier la nationalité des investisseurs n'étant pas la date des investissements, mais la date de la violation du Traité et la date d'introduction de l'arbitrage, que la cour ne peut rajouter un critère de temporalité qui n'est pas prévu par le Traité.

41. Ils exposent qu'ils avaient bien des investissements sur le territoire du Venezuela et qu'ils avaient la nationalité espagnole au moment de la violation du Traité en 2010 et de l'introduction de la requête en 2012, qu'il suffit en tout état de cause d'avoir la nationalité au moment où une partie des investissements a été réalisée, soit en 2003 pour Mme García et 2004 pour M. García, que la compétence du tribunal arbitral ne fait dès lors pas de doute.

[…]

43. Ils font valoir la réalité de leurs investissements et contestent l'argumentation du Venezuela selon laquelle les augmentations de capital de 2006 ne constitueraient pas des investissements protégés, ce moyen étant irrecevable pour avoir été soulevé pour la première fois devant la cour de renvoi et étant dénué de fondement. Ils rappellent l'article 1466 du code de procédure civile et, sur le fond, soutiennent que le TBI couvre « tout type d'actifs », qu'il se réfère explicitement, dans la définition de l'investissement, aux « actions », à « toute autre forme de participation en sociétés », ainsi qu'aux « droits provenant de tout type d'apports réalisés dans le but de créer une valeur économique », ce pourquoi il couvrirait aussi les augmentations de capital, dont ils justifient de la réalité, tant par témoignages que par la preuve de compensations financières. Ils soutiennent en tout état de cause que la simple détention d'actions suffit à les faire bénéficier du Traité pour tous leurs investissements postérieurs.

44. Ils demandent à titre subsidiaire que l'annulation, si elle était prononcée, ne porte que sur les investissements antérieurs à 2003.

Sur ce,

© Editions A. PEDONE

45. Il y a lieu de rappeler que le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. Il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, les arbitres sont saisis sur le fondement des stipulations d'un Traité bilatéral d'investissement.

46. Conformément aux dispositions des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, un Traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du Traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

47. Lorsqu'il s'agit d'un Traité offrant un arbitrage d'investissement, la compétence du tribunal arbitral tire sa source du consentement de l'Etat à être jugé au niveau international par un tribunal arbitral, sa compétence résultant de l'offre d'arbitrage proposée et étant circonscrite par les stipulations dudit Traité. L'applicabilité de la clause d'arbitrage dépend de la réunion des conditions posées par ce Traité.

48. En l'espèce, les conditions de l'offre d'arbitrage résultent des termes du Traité bilatéral de promotion et de protection réciproques des investissements hispano-vénézuéliens en date du 2 novembre 1995 (le TBI) lequel prévoit :

« article XI. Différends entre une Partie contractante et des investisseurs de l'autre Partie contractante : 1. Tout différend survenant entre un investisseur d'une Partie contractante et l'autre Partie contractante concernant l'exécution par celle-ci des obligations établies dans le présent Accord sera notifié par une notification écrite contenant une information détaillée, par l'investisseur à la Partie contractante d'accueil de l'investissement. Dans la mesure du possible, les parties au différend essaieront de régler ces différends au moyen d'un accord amiable.[...] 4. L'arbitrage sera fondé sur : a) Les dispositions du présent Accord et celles des autres accords conclus entre les Parties contractantes ; b) Les règles et principes de Droit international ; c) Le droit national de la Partie contractante sur le territoire de laquelle a été réalisé l'investissement, y compris les règles relatives aux conflits de Loi ».

49. Selon l'article 1 du TBI, pour l'application de cet accord : « 1. Le terme « investisseurs » désigne : a) Les personnes physiques qui ont la nationalité d'une des Parties contractantes en vertu de leur loi nationale et qui réalisent des investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante. (...) 2. Le terme « investissements » désigne tout type d'actifs, investis par des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante [...]. »

50. L'applicabilité de la clause d'arbitrage déduite du Traité dépend de la réalisation de l'ensemble des conditions requises par ce Traité sur la nationalité de l'investisseur et l'existence d'un investissement.

51. Il résulte des termes du TBI suivant leur sens ordinaire, sans qu'il soit nécessaire de les interpréter, que l'investissement protégé par le Traité est un actif investi par un investisseur de l'autre partie contractante, de sorte que l'investissement justifiant la compétence ratione materiae *du tribunal arbitral est celui réalisé par un investisseur qui détient la nationalité de l'autre partie contractante, en vertu de sa législation, à la date à laquelle il réalise cet investissement sur le territoire de l'autre partie.*

52. Il est avéré qu'en 2001, à la date à laquelle les consorts Gracia disent avoir réalisé des investissements au Venezuela pour la protection desquels ils ont engagé la procédure d'arbitrage prévue par le TBI, consistant en l'acquisition de parts sociales dans les entreprises Transporte Dole et Alimentos Frisa, sociétés vénézuéliennes qui appartenaient au groupe familial García, M. Serafín García et sa fille Karina García ne possédaient que la nationalité vénézuélienne et n'étaient pas de nationalité espagnole.

53. Or, le tribunal arbitral a retenu sa compétence au motif qu'il résulte des termes du TBI que « la nationalité de l'investisseur doit être vérifiée au moment où il accorde son consentement ou au début de l'arbitrage, et non au moment de la réalisation de l'investissement dont la protection est visée ».

54. Il s'est déclaré compétent en écartant toute condition de nationalité à la date de l'investissement, et en estimant que la seule condition pour obtenir la protection du TBI était

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de détenir la nationalité de l'Etat de l'investisseur à la date à laquelle s'est produite la prétendue violation du Traité ou à la date du début de l'arbitrage.

55. Il a en conséquence décidé que « les Demandeurs sont des « investisseurs » et les investissements réalisés par ces derniers sont des « investissements » selon les termes de l'article I du Traité », rejeté les objections sur la compétence présentées par la République bolivarienne du Venezuela et déclaré que ce Tribunal est compétent pour traiter cette procédure et régler le différend qui existe entre les Parties.

56. Or, les critères de compétence fixés par le TBI étant cumulatifs et indivisibles, le tribunal arbitral qui ne s'est pas livré à l'examen de sa compétence ratione materiae *conformément aux termes du Traité et de l'offre d'arbitrage, en ne vérifiant pas que la condition de nationalité des investisseurs était remplie au jour où les investissements étaient réalisés, s'est déclaré à tort compétent pour connaître de toutes les demandes des consorts García.*

57. En conséquence, la sentence du 15 décembre 2014 excluant tout élément de temporalité dans la détermination des investissements protégés, sans distinguer selon la date à laquelle ils ont été réalisés, doit être annulée dans son intégralité, sans qu'il y ait lieu pour la cour d'appel saisie du recours en annulation de distinguer selon la date à laquelle les investissements ont été réalisés.

[…]

PAR CES MOTIFS,

[…]

4. Annule dans son intégralité la sentence rendue à Paris le 15 décembre 2014 par le tribunal arbitral composé de MM. Tawil, Oramuno Blanco et Grebler. »

De manière classique, sur le fondement de l'article 1520.1° du Code de procédure civile une sentence rendue par un tribunal arbitral ayant établi son siège en France s'expose à une annulation si celui-ci « s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». En application de cette disposition, la Cour d'appel de Paris développe depuis quelques années une jurisprudence remarquée en matière d'arbitrage d'investissement. Cette juridiction avait été appelée à se prononcer sur le recours en annulation dirigée contre une sentence rendue le 15 décembre 2014 par un tribunal arbitral ayant son siège à Paris (CPA/CNUDCI, *Serafín García Armas et Karina García Gruber c/ Venezuela*, n° 2013-3, sentence sur la compétence, 15 décembre 2014 ; ci-après *García Armas*, sentence, 2014 ; la sentence a été rendue en espagnol, mais les citations utilisées dans cette chronique sont extraites d'une traduction française produite à l'occasion du recours en annulation). La Cour avait, dans un arrêt remarqué, procédé à une annulation partielle de cette sentence (CA Paris, 25 avril 2017, *République bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafín García Armas et Mme Karina García Gruber*, RG n° 15/01040 ; cette chronique, *RGDIP*, 2017, pp. 933-944, note J. Cazala). Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation au motif que « l'applicabilité de la clause d'arbitrage déduite du traité bilatéral dépend de la réalisation de l'ensemble des conditions requises par ce texte sur la nationalité de l'investisseur et l'existence d'un investissement, de sorte que la cour d'appel qui ne pouvait procéder à une annulation partielle de la sentence, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations » (Cass. 1ière civ., 13 février 2019, *Venezuela c. Serafín García Armas et Karina García Gruber*, n° 17-25851 ; *Cahiers de l'arbitrage*, 2019, p. 745, comm. Cl. Crépet-Daigremont). C'est donc sur renvoi après cassation que la chambre internationale de la Cour d'appel de Paris rend l'arrêt ici rapporté.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Nationalité à la date de réalisation de l'investissement. Les questions de nationalité sont au cœur de cette affaire. Les investisseurs de nationalité espagnole et vénézuélienne entendaient contester, sur le fondement du TBI Espagne – Venezuela, certaines mesures préjudiciables à leurs investissements, prises par les autorités de Caracas. Les traités sur le fondement desquels sont initiées des procédures arbitrales en matière d'investissement peuvent appréhender la question de la double nationalité de diverses manières. On sait que la Convention de Washington exclut toute possibilité pour un investisseur de saisir le CIRDI d'une requête arbitrale dirigée contre un État dont il a la nationalité (*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, art. 25.2*). Les administrateurs de la BIRD avaient précisé dans le rapport sur la convention de Washington que cette exclusion était impérative et ne pouvait être écartée, même si l'Etat partie au différend y consentait (*Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, § 29*). On ne trouve pas une telle exclusion dans l'affaire García Armas soumise à la Cour permanente d'arbitrage en application du règlement d'arbitrage CNUDCI.

Les nationalités multiples sont au cœur de nombreux contentieux contemporains en matière d'investissement. Il n'est pas nécessaire de revenir ici plus avant sur l'ensemble des débats relatifs à la prise en compte de la double nationalité (voir sur ce point notre commentaire du précédent arrêt de la Cour d'appel de Paris, cette chronique, *Revue*, 2017, pp. 933-944). Dans son arrêt du 25 avril 2017, la Cour d'appel de Paris s'était interrogée sur la date à laquelle la nationalité des demandeurs devait être appréciée. Il peut être ici rappelé que le tribunal arbitral avait considéré que la nationalité espagnole des demandeurs était établie à la date des faits reprochés au Venezuela (mai et juin 2010) ainsi qu'à la date du dépôt de la requête arbitrale auprès de la Cour permanente d'arbitrage (octobre 2012). Cela devait, selon la majorité du tribunal suffire à établir sa compétence *ratione personae*. Mais le Venezuela affirmait et fut rejoint sur ce point par l'arbitre dissident Oreamuno Blanco (*García Armas*, sentence, 2014, opinion dissidente R. Oreamuno Blanco, § 9) qu'il était également nécessaire afin de retenir la compétence d'établir que les demandeurs étaient de nationalité espagnole à la date de réalisation de leur investissement. Une telle position avait été expressément exclue par la majorité du tribunal qui affirmait qu'elle « ne considère pas comme [pertinent], aux effets de la présente Sentence sur la compétence, de s'enquérir de la nationalité des Demandeurs aux dates auxquelles ils ont effectué leurs investissements au Venezuela, du fait que ces dates ne constituent pas un facteur déterminant pour décider de l'application du [TBI] » (*García Armas*, sentence, 2014, § 214).

La thèse soutenue par le Venezuela retint l'attention de la Cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt du 25 avril 2017, indique se fonder sur la notion même d'investissement telle qu'elle est posée par le TBI applicable. Elle souligne que « l'investissement n'est pas un actif simplement "détenu" par un investisseur de l'autre partie contractante – ce qui exclurait toute référence à la date d'acquisition –, mais un actif "investi" par un investisseur de l'autre Partie contractante – ce qui renvoie nécessairement à une condition de nationalité de l'investisseur à la date de l'investissement ». Il est vrai que le libellé spécifique du TBI Espagne – Venezuela invite à retenir une conception dynamique (le fait de mobiliser du capital) et non simplement statique (la possession d'actifs) de l'investissement (sur cette distinction voir : T. CIRDI, 2 novembre 2012, *Standard*

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Chartered c/ Tanzanie, ARB/10/12, sentence, § 225). Celui-ci dispose que « [l]e terme "investissements" désigne tout type d'actifs, investis par des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante et, en particulier, bien que non exclusivement, les suivants […] ». Devraient ainsi coïncider dans le temps la possession de la nationalité d'une partie et la réalisation de l'investissement sur le territoire de l'autre partie. Toute autre aurait été la solution si, comme cela est parfois le cas, le TBI s'était contenté de faire état d'actifs détenus. Nous pouvons mentionner le TBI Venezuela – France qui retient que « [l]e terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et, plus particulièrement mais non exclusivement : […] » (*Accord entre le Gouvernement de la République française et le gouvernement de la République bolivarienne du Venezuela sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 2 juillet 2001, art. 1.1 : *JORF*, n°157, 9 juillet 2003, p. 11602). Après cassation, la Cour d'appel de Paris confirme la nécessité de tenir compte de la nationalité des demandeurs à la date de réalisation de l'investissement en affirmant que « la sentence du 15 décembre 2014 excluant tout élément de temporalité dans la détermination des investissements protégés, sans distinguer selon la date à laquelle ils ont été réalisés, doit être annulée dans son intégralité, sans qu'il y ait lieu pour la cour d'appel saisie du recours en annulation de distinguer selon la date à laquelle les investissements ont été réalisés » (CA Paris, 3 juin 2020, § 57).

Nationalité effective et dominante / date critique : une évolution ? Avec l'annulation de la sentence García Armas, la Cour d'appel de Paris contribue à un débat croissant en matière de conséquences de la double nationalité sur la compétence des tribunaux arbitraux. Ainsi, la Cour permanente d'arbitrage dans le cadre d'un autre différend opposant des membres de la famille García au Venezuela retient que la nationalité dominante des demandeurs est vénézuélienne (CPA, 13 décembre 2019, *Manuel García Armas et autres c/ Venezuela*, n° 2016-08, sentence sur la compétence, §§ 737 et 741) et qu'ils ne peuvent dès lors pas prétendre à la protection du traité bilatéral d'investissement Espagne – Venezuela. Il s'agit ici d'un simple *obiter dictum* dans la mesure où le tribunal considère que le TBI ne peut être invoqué par des binationaux hispano-vénézuéliens, et ce, quelle que soit leur nationalité dominante (*ibid.*, § 739). Doit être ici particulièrement souligné le fait que le TBI en question est parfaitement silencieux sur la question des nationalités multiples. Dans un tel contexte, le tribunal arbitral qui pourrait être appelé à se prononcer sur l'affaire García suite à l'annulation de la sentence de 2014 pourrait également se pencher sur les conséquences de la double-nationalité des demandeurs.

Il est de plus en plus fréquent que les traités d'investissement intègrent le principe selon lequel en cas de nationalités multiples, l'investisseur sera considéré être exclusivement un national de l'Etat dont il a la nationalité effective et dominante. La manière dont est appréciée cette notion peut interroger. Nous pouvons évoquer ici l'accord DR-CAFTA conclu entre six Etats d'Amérique centrale et les Etats-Unis sur le fondement duquel a été initiée une procédure arbitrale dans l'affaire *époux Ballantine*. L'article 10.28 de ce traité 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* ». Dans l'affaire *Ballantine* (CPA, 3 septembre 2019, *Michael Ballantine & Lisa Ballantine c. République dominicaine*, n° 2016-17, sentence finale ; ci-après *Ballantine*, sentence, 2019), il n'était pas contesté que les investisseurs, de nationalité

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

américaine avaient, après la réalisation de leur investissement en République dominicaine acquis la nationalité dominicaine. Dès lors, les demandeurs affirment qu'il convient pour le tribunal arbitral de se référer exclusivement à leur nationalité à la date de la constitution de l'investissement. A l'inverse, le défendeur affirme qu'il convient de se référer à la nationalité effective et dominante des demandeurs à la date des faits litigieux et à la date du dépôt de la requête arbitrale (*Ballantine*, sentence, 2019, § 516). Sans surprise, le tribunal retient cette position et affirme devoir déterminer quelle est à ces deux dates la nationalité effective et dominante des demandeurs. Le tribunal souligne, contrairement donc à ce qu'évoque (certes au regard d'un autre traité), la Cour d'appel dans l'affaire García, que la nationalité (effective et dominante) à la date de la constitution de l'investissement est sans pertinence (*Ballantine*, sentence, 2019, § 527), même s'il 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 tribunal défend en effet 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 paraitre anodine, le tribunal prend une option, non partagée par l'arbitre dissidente Marney 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* » (*Ballantine*, sentence, 2019, § 555). Les critères pertinents pour identifier la nationalité dominante sont classiques (V. *Dawood Rawat*, sentence, 2018, § 166). 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 États-Unis durant la période pertinente d'examen. Le deuxième critère serait l'attachement personnel à l'un ou l'autre des Etats ; critère qui parait bien difficile à établir. 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 (*Ballantine*, sentence, 2019, § 577). 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) Marney Cheek qui conteste le choix de la majorité du tribunal de ne rechercher la nationalité effective et dominante des demandeurs que sur une brève période de leur vie. Si elle reconnait 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.

En invitant à se concentrer sur la date de réalisation de l'investissement, le TBI Espagne – Venezuela éclaire ce que le tribunal Victor Pey Casado mentionne comme une « précision contraire du traité » lorsqu'il affirme que « la condition de nationalité au sens de l'API [le TBI Espagne – Chili] doit être établie à la date du consentement de l'investisseur à l'arbitrage. [...] Par ailleurs, les conditions d'application du traité, dont la condition de nationalité, doivent également être satisfaites, en l'absence de précision contraire du traité, à la date de la ou des violations alléguées, faute de quoi l'investisseur ne pourrait se prévaloir devant le tribunal arbitral mis en place en application du traité d'une violation de celui-ci » (T. CIRDI, 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et Fondation*

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

"President Allende" c/ Chili, ARB/98/2, sentence, § 414). Il serait excessif de voir dans la position de la Cour d'appel de Paris l'amorce d'une réévaluation de l'exigence de nationalité. Cette position repose en effet sur les termes assez spécifiques du TBI Espagne – Venezuela. Il est certain que dans un contexte de resserrement des conditions d'accès à l'arbitrage international d'investissement et de renégociation des traités d'investissement (v. T. El Ghadban, Ch.-M. Mazuy, A. Seregacnik (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'Etat ?*, Pedone, 2018, 194 pages), une généralisation de l'exigence de nationalité à la date de réalisation de l'investissement pourrait être envisagée.

Date de réalisation de l'investissement. Même si le tribunal arbitral devant lequel est renvoyée l'affaire, décidait de reconnaitre que la nationalité espagnole des demandeurs devait être établie à la date de la réalisation de l'investissement affecté par les mesures prises par les autorités de Caracas, l'incompétence du tribunal ne relèverait pas de l'évidence. En affirmant que les deux conditions de nationalité et de réalisation d'un investissement doivent être satisfaites (CA Paris, 3 juin 2020, § 50), il conviendra de déterminer de manière précise à quelle date a été constitué (ou reconstitué) l'investissement. Les débats s'annoncent particulièrement complexes dans la mesure où l'appréhension de l'unité ou de la divisibilité d'un investissement peut être difficile. Cette question est traditionnellement évoquée par des tribunaux d'investissement dans le contexte de la recherche d'une qualification d'expropriation (T. CIRDI, 30 octobre 2017, *Koch Minerals SÁRL (KOMSA), Koch Nitrogen International SÁRL (KNI) c/ Venezuela*, ARB/11/19, sentence, *RGDIP*, 2018, p. 489 ; T. CIRDI, 8 juillet 2016, *Philip Morris Brands sàrl, Philip Morris Products s.a. and Abal Hermanos s.a. c/ Uruguay*, ARB/10/7, sentence, *RGDIP*, 2016, p. 895). Mais elle peut également être mobilisée dans un contexte mêlant des questions de nationalité comme dans l'affaire *Jin Hae Seo* soumise au centre international d'arbitrage de Hong Kong, (HKIAC, 24 septembre 2019, *Jin Hae Seo c/ République de Corée*, HKIAC n° 18117, sentence finale). Le demandeur, coréen avait investi en Corée avant d'acquérir la nationalité américaine un an après l'entrée en vigueur de l'accord de libre-échange Corée – Etats-Unis sur le fondement duquel la procédure fut initiée. Le tribunal et les deux parties s'accordent pour considérer que pour cette raison, il n'est pas possible d'affirmer qu'il existait un investissement protégé à la date de l'entrée en vigueur de l'accord. Mais le traité prévoit également la possibilité de considérer qu'est un investissement protégé l'extension d'un investissement après l'entrée en vigueur de l'accord. La nature des opérations invoquées par le demandeur laissait peu de place au doute : le pavage et la fermeture du parking et le changement de la tapisserie dans une pièce d'un bien immobilier acquis par le demandeur semblaient difficilement qualifiables d'extension américaine d'un investissement initial coréen. Le TBI Espagne – Venezuela ne fait pas expressément référence à l'hypothèse de l'extension d'un investissement, mais on peut raisonnablement penser que la notion pourrait être mobilisée devant le tribunal arbitral. La finalité est évidente : opérer le départ entre les investissements réalisés au Venezuela en qualité de vénézuéliens et donc non couverts par le TBI Espagne – Venezuela et leurs éventuelles extensions réalisées alors que la nationalité Espagnole était détenue par les demandeurs, permet pour ces derniers de bénéficier de la protection du TBI. L'hypothèse est évoquée devant la Cour d'appel. Les demandeurs affirment « qu'il suffit en tout état de cause d'avoir la nationalité au moment où une partie des investissements a été réalisée, soit en 2003 pour Mme García et 2004 pour M. García, que la compétence du tribunal arbitral ne fait dès lors pas de doute » (CA Paris, 3 juin 2020,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

§ 41). Dans le même esprit est affirmé par les demandeurs que les augmentations de capital réalisées en 2006 constitueraient des investissements et qu'il n'est pas contesté qu'à cette date, les consorts García étaient bien de nationalité espagnole. Il ne revient évidemment pas à la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur une telle affirmation. Même si cette augmentation de capital pouvait être qualifiée d'investissement, il ne peut appartenir qu'à un tribunal arbitral de se prononcer. Tout aussi vaine est la prétention des consorts García de demander, « à titre subsidiaire, que l'annulation, si elle était prononcée, ne porte que sur les investissements antérieurs à 2003 » (CA Paris, 3 juin 2020, § 44) dans la mesure où, ainsi que le souligne la Cour d'appel, la sentence arbitrale n'opère aucune distinction selon la date à laquelle les investissements ont été réalisés par les consorts García (CA Paris, 3 juin 2020, § 57).

De retour devant un tribunal arbitral, il pourrait donc être pertinent de défendre la compétence du tribunal en invoquant les restructurations de l'investissement à la suite de l'acquisition par les demandeurs de la nationalité espagnole. L'examen apparait particulièrement délicat. Si la propriété des entreprises Alimentos Frisa et Transporte Dole, ainsi que la nationalité espagnole des consorts García, sont établies lors de la survenance des faits litigieux (2010) ainsi qu'à la date d'introduction de la requête arbitrale (2012), les nombreux mouvements d'actionnaires au sein de la famille García entre 1972 et 2006, rendent difficile la détermination de la date à laquelle des actifs ont été investis. Il apparaît notamment qu'un nombre significatif d'opérations d'achat de parts sociales a eu lieu en 2001. A cette date, M. García avait déjà acquis la nationalité vénézuélienne (depuis 1972) et ni l'Espagne ni le Venezuela ne reconnaissaient la double nationalité (l'Espagne le fera en 1978, le Venezuela en 2004). En 2001, Mme García était de nationalité exclusivement vénézuélienne (elle n'acquiert la nationalité espagnole qu'en 2003). Quelle que soit la solution retenue par le tribunal, il ne fait guère de doutes que d'intéressants développements relatifs au principe de continuité de la nationalité pourront y prospérer. Si ce principe a pu s'exprimer spécialement dans le contexte de l'exercice de la protection diplomatique (v. E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, PUF, Paris, 1990, 295 pages), il peut également présenter des défis importants dans le contentieux international de l'investissement, spécialement dans le contexte d'une restriction par les Etats des possibilités pour les investisseurs de les attraire devant des tribunaux arbitraux. Dans le contexte de l'affaire García, les entreprises créées et gérées par différents membres de cette famille opèrent toutes dans le même secteur économique et se sont parfois succédées les unes aux autres. L'une des difficultés pouvant dès lors surgir consistera à déterminer si la constitution de chaque nouvelle entreprise, ou toute nouvelle cession / acquisition de parts sociales entre les membres de la famille García peut être qualifiée de nouvel investissement. On sait que les restructurations opérées dans le seul but d'obtenir la protection du TBI pour un différend existant ou raisonnablement prévisible sont inefficaces en matière contentieuse (CPA, 17 décembre 2015, *Philip Morris Asia Ltd c. Australie*, n° 2012/2, sentence sur la compétence et la recevabilité, §§ 585-588), mais il serait difficile de conclure en ce sens dans le cadre de l'affaire García dans la mesure où les restructurations (dont la nature et l'ampleur restent à déterminer) datent de 2006 tandis que les faits litigieux ne se sont produits qu'en 2010.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Comportement des investisseurs. Il convient également selon le Venezuela de considérer les agissements des consorts García pour déterminer s'ils entendaient considérer leurs investissements comme étrangers. Si les éléments avancés par le Venezuela sont avérés, il serait difficile de reconnaitre le caractère étranger de l'investissement. En effet, le Venezuela soutient que « les investissements des consorts García n'apparaissent pas dans le Registre des Investissements Étrangers établi par la Superintendencia de Inversiones Extranjeras de Venezuela, ce qui démontrerait qu'ils ne se sont eux-mêmes jamais considérés comme des investisseurs étrangers » (CA Paris, 3 juin 2020, § 37). Une telle situation rappelle les faits de l'affaire Ballantine déjà évoquée. Dans l'examen de celle-ci, en parallèle d'une analyse visant à établir la nationalité effective et dominante des investisseurs, le tribunal avait souligné que les époux Ballantine, nés américains, avaient, après l'acquisition de la nationalité dominicaine décidé de soumettre leur investissement à la loi relative aux investissements nationaux et non étrangers. Cela finit de convaincre le tribunal que l'investissement ne pouvait bénéficier de la protection d'un accord international de protection des investissements étrangers (*Ballantine*, sentence, 2019, § 596).

Référence au CIRDI. Les parties s'étaient opposées devant la Cour permanente d'arbitrage sur les effets de la double nationalité des demandeurs. Le Venezuela soutenait que la référence au CIRDI (qui exclut toute action d'un investisseur contre un Etat dont il a la nationalité) comme l'un des mécanismes d'arbitrage accessibles aux investisseurs ressortissants de l'une ou l'autre partie au TBI Espagne – Venezuela de 1995 devait conduire à exclure les binationaux hispano-vénézuéliens de la possibilité d'initier une procédure arbitrale contre le Venezuela (*García Armas*, sentence, 2014, § 87.a). On peut trouver dans la jurisprudence arbitrale récente des décisions pouvant nourrir un tel raisonnement. Ainsi, dans l'affaire *Dawood Rawat* le tribunal arbitral a pu considérer que le TBI France – Maurice était inapplicable aux binationaux franco-mauriciens du fait de la référence expresse au CIRDI figurant à l'article 9 de celui-ci (CPA, 6 avril 2018, *Dawood Rawat c. République de Maurice*, PCA n° 2016-20, sentence sur la compétence, § 183 ; ci-après *Dawood Rawat*, sentence, 2018). Mais il convient de préciser que dans ce dernier TBI, la référence au CIRDI est exclusive de toute autre forum d'arbitrage. Il est dès lors logique que les conditions de recours à l'arbitrage CIRDI soient incorporées et rendent la protection inaccessible aux binationaux franco-mauriciens. On ne retrouve pas une telle construction dans le TBI Espagne – Venezuela qui vise certes l'arbitrage CIRDI mais prévoit également la possibilité de recourir à un arbitrage *ad hoc* conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI si le recours au CIRDI n'était pas disponible (TBI Espagne – Venezuela, 2 no-vembre 1995, art. XI.3). On retrouve une construction analogue dans une autre procédure arbitrale opposant les consorts García au Venezuela et dans le règlement de laquelle la Cour permanente d'arbitrage affirme que le TBI Espagne – Venezuela sur le fondement duquel la procédure a été initiée opère une hiérarchisation des diverses voies arbitrales (CPA, 13 décembre 2019, *Manuel García Armas et autres c/ Venezuela*, n° 2016-08, sentence sur la compétence, § 728).

Convention de Vienne. On mentionnera enfin, mais cela est si fréquent que la surprise n'est plus de mise, que la Cour d'appel de Paris mobilise, sans aucune référence à une quelconque expression coutumière de ces dispositions, les articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités pour indiquer les principes relatifs à l'interprétation du TBI Espagne – Venezuela (CA Paris, 3 juin 2020, § 46) alors que ce dernier État n'est pas partie à la convention de Vienne.

JULIEN CAZALA

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 29 juillet 2020, n° 435812

[Asile — Convention de Genève sur le statut des réfugiés — Directive de l'Union européenne — Transposition — Groupe social — Traite des êtres humains — Question prioritaire de constitutionnalité / Asylum — Geneva Convention on the Status of Refugees — European Union Directive — Transposition — Social Group — Human Trafficking — Preliminary Ruling on Constitutionality]

« Vu la procédure suivante :

Mme B... C... A... a demandé à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) de réexaminer sa demande d'asile après le rejet de sa demande initiale par une décision de la Cour nationale du droit d'asile du 11 juillet 2017 devenue définitive. Par une décision du 12 novembre 2018, le directeur général de l'OFPRA a rejeté sa demande. Par une décision n° 19009271 du 22 juillet 2019, la Cour nationale du droit d'asile a rejeté le recours de Mme A... tendant à l'annulation de cette décision et à ce que lui soit reconnue la qualité de réfugié ou, à défaut, accordé le bénéfice de la protection subsidiaire.

(...)

Considérant ce qui suit :

1. Mme B... C... A... a demandé à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) de réexaminer sa demande d'asile. Elle se pourvoit en cassation contre la décision du 22 juillet 2019 par laquelle la Cour nationale du droit d'asile a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision du 12 novembre 2018 du directeur général de l'OFPRA à ce que lui soit reconnue la qualité de réfugié ou, à défaut, accordé le bénéfice de la protection subsidiaire.

Sur la question prioritaire de constitutionnalité :

2. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : "Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)". Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

3. Aux termes de l'article L. 711-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : "La qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée." L'article L. 711-2 du même code dispose que : "Les actes de persécution et les motifs de persécution, au sens de la section A de l'article 1er de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, sont appréciés dans les conditions prévues aux paragraphes 1 et 2 de l'article 9 et au paragraphe 1 de l'article 10 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection./ S'agissant des motifs de persécution, les aspects liés au sexe, à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle sont dûment pris en considération aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe.(...)" Enfin, aux termes de l'article L. 712-1 du code de l'entrée

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

et du séjour des étrangers et du droit d'asile : "Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes : a) La peine de mort ou une exécution ; b) La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; c) S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international".

4. Mme A... demande, à l'appui du pourvoi en cassation qu'elle a formé contre la décision par laquelle la Cour nationale du droit d'asile a rejeté son recours, que soit renvoyée au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions citées ci-dessus du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en tant qu'elles font référence par le renvoi qu'elles opèrent à la convention de Genève et à la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011 à la notion de "groupe social" et à l'interprétation de cette notion par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Selon celle-ci les femmes nigérianes originaires de l'Etat d'Edo, victimes d'un réseau de traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, lorsqu'elles sont effectivement parvenues à s'extraire d'un tel réseau, partagent une histoire commune et une identité propre, perçues comme spécifiques par la société environnante dans leur pays, où elles sont frappées d'ostracisme pour avoir rompu leur serment sans s'acquitter de leur dette. Elles doivent, dans ces conditions, être regardées comme constituant un groupe social au sens des stipulations précitées de la convention de Genève.

5. D'une part, il résulte des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution que leur application ne peut conduire à saisir le Conseil constitutionnel que d'une question portant sur une disposition législative. Par suite, la question soulevée en tant que les articles L. 711-1 et L. 711-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile rappellent l'applicabilité de la convention de Genève n'est pas recevable.

6. D'autre part, en l'absence de mise en cause, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée sur des dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive de l'Union européenne, d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, une telle question n'est pas au nombre de celles qu'il appartient au Conseil d'Etat de transmettre au Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

7. En l'espèce, les dispositions de l'article L. 711-1 et du premier alinéa de l'article L. 711-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile renvoient pour les transposer aux dispositions précises et inconditionnelles de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011 relatives en particulier à la notion de "groupe social" sans mettre en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

8. Enfin, aucun principe ni aucune règle constitutionnelle ne sont, en tout état de cause, invoqués à l'encontre des autres dispositions des articles L. 711-2 et L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

9. Il résulte de tout ce qui précède que sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que les dispositions citées ci-dessus du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi.

(...)

DECIDE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par Mme A....

Article 2 : Le pourvoi de Mme A... n'est pas admis. »

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Une loi qui renvoie au droit international ne peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Ce principe, dégagé dans le précédent *Rujovic* (CE, 14 mai 2010, n° 312305), est ici rappelé par le Conseil d'Etat dans un arrêt qui, bien que fort prévisible, soulève encore quelques interrogations. Les cas de l'espèce se situaient tous deux dans le champ du contentieux du statut de réfugié, à propos d'une norme identique : l'article L.711-1 du Code de l'entrée, du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) en ce qu'il énonce que « [l]a qualité de réfugié est reconnue à toute personne (…) qui répond aux définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. » Le cas et la question posée sont cependant distincts : alors que l'affaire *Rujovic* était relative à la clause d'exclusion de l'article 1F de ladite Convention au regard des principes constitutionnels de la présomption d'innocence et du droit d'asile, les requérantes dans la présente affaire mettaient en cause non pas la norme conventionnelle en elle-même mais son interprétation par le juge français, jugée trop restrictive. Il s'agissait de l'un des motifs de protection à savoir le « groupe social » ; de ce fait, était aussi concerné par la demande de QPC l'article L.711-2 qui précise cette notion. Cette disposition législative ne fait cependant que transposer une directive du Parlement et du Conseil de l'Union européenne, ce qui conduira ici aussi les juges à renouveler une jurisprudence constante en la matière. Le Conseil d'Etat refusera en conséquence de transmettre la QPC. Il devra ainsi répondre au pourvoi formé par les requérantes à l'encontre de la décision de rejet de la CNDA. Les moyens n'étaient cependant pas suffisamment solides et ont tous été jugés irrecevables. C'est donc exclusivement sur le refus d'ouvrir la voie au contrôle de constitutionnalité que l'on s'attachera dans ce commentaire.

Dans l'absolu, on pourrait regretter qu'une occasion n'ait pas été donnée d'adopter une interprétation plus généreuse de la protection internationale dans le cas en cause : celui des femmes nigérianes originaires de l'Etat d'Edo victimes d'un réseau de prostitution. Alors que la CNDA, jugeant en grande formation, avait considéré que ces femmes pouvaient appartenir à un tel groupe social dès lors qu'elles avaient initié une démarche de distanciation du réseau – que l'on sait à la fois longue et difficile – (30 mars 2017, n° 16015058), la Haute juridiction a considéré que seules celles qui étaient effectivement parvenues à s'en extraire pouvaient en relever (CE, 16 octobre 2019, n° 418328, *Lebon*). La notion de groupe social au sens du droit des réfugiés implique en effet dans la jurisprudence française, suivant le droit de l'Union européenne, tant un volet « intrinsèque » qu' « extrinsèque » : ses membres doivent partager une caractéristique commune *et* être perçus comme différents par la société environnante (Directive « Qualification », art. 10 §1 d. ; pour la jurisprudence française, voy. CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 332491, *Lebon* ; au contraire, l'UNHCR donne une définition du groupe social aux critères alternatifs : *Principes directeurs sur la protection internationale : « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1 A)2° de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatif au Statut des réfugiés*). Si toutes les femmes victimes de traite partagent bien une histoire commune, au Nigéria leur stigmatisation n'existe assurément que lorsqu'elles sont sorties des réseaux de prostitution et non lorsqu'elles y prospèrent, bénéficiant du fait d'une certaine aisance financière acquise en grimpant les échelons et passant du rôle d'exploitée à celui d'exploitante, d'un statut social au contraire privilégié. Cependant, cette interprétation laisse sur le bord du droit d'asile toutes celles qui tentent de fuir un mécanisme d'exploitation sans encore y être tout à fait parvenues. D'un côté, les tenants de leur

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

protection considèrent qu'elles seraient, avec un statut protecteur, plus à même de mener cette lutte et de s'extraire durablement. Ainsi les requérantes soulevaient que ces limites prétoriennes à la protection les maintenaient dans cet état d'esclavage et étaient contraires au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine (CC, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, le déduisant du 1er alinéa du Préambule de la Constitution de 1946). De l'autre, les tenants d'une interprétation plus stricte craignent l'instrumentalisation de la protection internationale aux fins d'exploitation plus aisée de jeunes femmes bénéficiant d'un statut. Mais ces raisonnements, certes pragmatiques, n'ont rien de juridique. En droit, il faut simplement s'interroger sur la perception que pourrait avoir la société nigériane d'une femme *tentant* de s'extraire d'un réseau. Si elles partagent une caractéristique commune, sont-elles déjà perçues comme telles par la société nigériane ? Pour G. Odinet, rapporteur public dans la présente affaire, l'ostracisme ne pourrait avoir lieu qu'à la sortie effective du réseau. Avant cela, l'appartenance au groupe social « est encore trop potentielle – elle n'est pas objectivement réalisée » (Conclusions non publiées). En outre, encore faut-il que cette appartenance conduise à des craintes de persécution. Si la question soulevée mettait en avant une atteinte au principe de dignité, c'était relativement au maintien en situation d'esclavage *en France*. Or cette situation relève de la protection des droits de l'Homme contre les atteintes que l'on risque de subir sous juridiction française, et non de la protection du droit de l'asile contre des persécutions craintes dans l'Etat d'origine.

Sachant qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être renvoyée qu'à la triple condition de porter sur une disposition législative applicable au litige, de n'avoir pas déjà été déclarée conforme à la Constitution et d'avoir un caractère sérieux ou nouveau, on aurait donc pu douter de sa transmissibilité du fait de ce dernier critère. Mais le Conseil d'Etat s'opposera au renvoi en raison de la nature impropre des règles en cause. Le fait que la critique porte sur l'interprétation prétorienne de la règle n'était pas dirimant : « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (CC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple marié]*, n° 2012-39, cons. n° 2). C'est davantage leur imprégnation de droit « externe » qui constituait un obstacle radical.

L'article L.711-2 du CESEDA « se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive de l'Union européenne », il n'est pas question d'exercer à son encontre un contrôle de constitutionnalité. Le régime de faveur accordé aux normes de l'Union conduit à ce qu'elles ne soient pas indirectement remises en cause par une censure des lois de transposition, à moins que ne soit heurté un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », ainsi que le consacre une jurisprudence désormais bien connue, applicable au contrôle *a priori* (CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC, ; 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC ; 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC et pour le CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, n° 287110, *Lebon*) comme *a posteriori*. Dans ce dernier cas de figure, la jurisprudence a justement été élaborée en matière de droit de l'asile. Dans l'affaire *Daoudi*, le Conseil constitutionnel a refusé de contrôler la conformité au principe de dignité et à l'interdiction de la peine de mort du mécanisme d'exclusion de la protection subsidiaire de l'article L.712-2 du CESEDA, transposant la directive

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

« Qualification » du Parlement et du Conseil de l'UE, « en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (CC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, n° 2010-79 QPC). L'asile et l'immigration constituant une politique commune européenne depuis le traité d'Amsterdam de 1999, nombre de ses dispositions sont en réalité des reprises de directives de l'Union européenne et bénéficient de ce fait d'une forme d'immunité les protégeant du contrôle de constitutionnalité (voy., en matière de droit des étrangers, à propos du refus de transmission d'une QPC relative à l'art. L.626-1 du CESEDA transposant la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 *prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* : CE, 1ière et 6ième ch. réunies, 30 juin 2017, n° 407711 ; ou encore, en matière d'asile, à propos de l'art. L.723-16 relatif au réexamen qui se bornait à transposer la directive 2013/32 du Parlement et du Conseil de l'Union européenne dite directive « Procédures » : CE, 10ième et 9ième ch. réunies, 26 janvier 2018, n° 397611). Dans le cas de l'espèce, le principe de la protection de la dignité humaine étant protégé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui le consacre dès son premier article, on ne peut le considérer comme une particularité constitutionnelle française. La QPC est ainsi, de manière fort prévisible, repoussée.

Visant l'interprétation de l'article L.711-1 en ce qu'il renvoie à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, l'autre moyen à l'appui de la QPC soulevée par le présent pourvoi sera quant à lui écarté par application de la jurisprudence *Rujovic*. Cette précédente affaire était plus complexe : était aussi contestée la loi de ratification de la Convention de Genève, laquelle n'avait pas été considérée comme applicable au litige en raison de son caractère non normatif (v. Conclusions de J. Burguburu, *RFDA*, 2010, pp. 709 et s.) Quant à la disposition législative du CESEDA issue de la loi du 25 juillet 1952 portant création de l'OFPRA et qui renvoie à l'article 1 A (2) du traité international, son contrôle *a posteriori* par le Conseil constitutionnel n'a pas davantage été considéré comme admissible. Elle ne serait pas non plus une norme matériellement législative, ne faisant que répercuter le traité international. Il s'agirait dès lors d'une demande de contrôle de constitutionnalité du traité déguisée. Après avoir refusé d'exercer lui-même un tel contrôle (CE, sect., 8 juillet 2002, *Commune de Porta*), le juge administratif a refusé de déférer au Conseil constitutionnel une telle question. Suivant ce précédent, le Conseil d'Etat considère ici que la question soulevée n'est pas recevable car ne porte pas sur une disposition législative (cet arrêt, § 5).

On assiste donc à une forme de protection du traité international contre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Certes les conventions internationales ne peuvent primer la Constitution (CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran* et *Levacher*, n° 200286 et 200287, *Lebon*). Mais cette préférence constitutionnelle n'est pas davantage une supériorité hiérarchique que la primauté des traités sur les lois. Dans les deux cas, le traité reste une norme extérieure à la hiérarchie des normes françaises sur laquelle les règles internes ne peuvent fonder leur validité et qui ne trouve pas la source de sa propre validité dans notre Constitution. L'absence de contrôle de constitutionnalité d'une convention à laquelle la France est partie ne conduit donc pas à remettre en cause la suprématie de la Constitution, qui n'est jamais affectée par l'existence d'une norme internationale incompatible.

Le contrôle de constitutionnalité des traités est uniquement conçu comme « préventif » d'un obstacle à leur respect futur existant au sein de la norme française suprême. Il ne doit en revanche pas conduire à remettre en cause l'application en droit interne d'un

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

engagement liant la France sur le plan international (v. Conclusions sous l'arrêt *Rujovic* préc.) On doute cependant de l'effet d'un tel contrôle de constitutionnalité une fois le traité entré en vigueur en droit international envers la France, impropre à toute mesure d'abrogation interne. L'abrogation de la loi qui y renvoie ne règlerait aucunement le sort de l'acte international, toujours en vigueur pour la France. Son effet interne serait préservé en vertu de l'article 55 de la Constitution. A moins que le Conseil constitutionnel ne décide d'abroger son décret de publication ou bien d'ordonner le gel de son application par le juge interne, mais portant ainsi atteinte au principe *Pacta sunt servanda*.

En va-t-il de même de toute disposition législative renvoyant au droit international ? La présente affaire est l'occasion de revenir sur certaines questions laissées en suspens par la jurisprudence *Rujovic* ici appliquée. Certaines lois semblent certes n'avoir aucune utilité propre en droit français, qui assure de manière automatique la réception et la primauté d'application du droit international en droit interne. Mais que penser de lois qui, sans mentionner de quelconque traité international, en reprendraient en tout ou partie les stipulations ? Qu'aurait jugé le Conseil d'Etat si, au lieu de renvoyer à la Convention de Genève, le législateur avait discrètement transposé son article 1 dans le CESEDA ? Le juge devrait-il systématiquement vérifier que la loi n'est pas marquée du sceau de l'internationalité afin de ne pas mettre en cause de traité dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité ?

Quid également d'une loi qui introduirait les dispositions d'une loi uniforme internationalement définie ? Ne serait-elle pas de nature législative ? Elle aurait pourtant un effet qui lui serait propre car assurerait cette fois le respect de l'obligation de droit uniforme contenue dans le traité (voy. par ex. l'art. premier de la Convention portant loi uniforme sur la forme du testament international, Washington, 1973 : « *Chacune des Parties Contractantes s'engage à introduire dans sa législation, au plus tard dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, les règles sur le testament international formant l'Annexe à la présente Convention* », non respectée par la France qui n'a aucunement introduit de telle loi en droit interne ; mais si elle l'avait fait comme il se doit, quel aurait été le statut d'une telle législation au regard du contrôle de constitutionnalité ?).

Quant aux lois qui renvoient seulement aux dispositions substantielles d'une convention internationale, comme dans le cas de l'espèce, elles ont parfois un effet d'habilitation non négligeable qui interdit de les voir comme purement transparentes. C'était le cas de la loi de juillet 1952 qui a été adoptée afin de créer les institutions et habilitations nécessaires à l'application d'une Convention dans l'ordre juridique interne : un établissement public, l'OFPRA, destiné à reconnaître un statut dont le champ d'application est internationalement défini, et une juridiction d'appel (la Commission de recours pour les réfugiés, ancêtre de la CNDA). La loi qui renvoie au droit international peut donc aussi être destinée à donner pouvoir à un organe interne, qui ne peut être directement conféré par la convention internationale. Cet aspect a bien valeur législative et pourrait certainement faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Susceptible de conduire à l'abrogation des dispositions matériellement organiques qui en permettent le respect, ce type de contrôle conduirait ainsi à remettre en cause le respect par la France de ses engagements internationaux. Le souci de ne pas conduire à l'engagement de la responsabilité de la France en droit international est donc loin d'être un argument toujours prépondérant.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La loi de 1952 a en outre eu un effet normatif substantiel que la jurisprudence *Rujovic* avait totalement passé sous silence : elle renvoyait en effet à une convention que la France venait de signer mais n'a ratifiée qu'après la loi d'autorisation de 1954, soit deux ans plus tard. Deux années durant lesquelles la convention de Genève n'était pas en vigueur à l'égard de la France, alors que la loi y faisait une référence expresse. Deux années durant lesquelles les « définitions de l'article 1er de la convention » ont certainement eu valeur exclusivement législative et auraient donc pu être déférées en tant que telles au conseil constitutionnel par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité… à condition qu'un tel contrôle existât déjà.

HÉLÈNE RASPAIL

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

JURISPRUDENCE ETRANGERE INTERESSANT LE DROIT INTERNATIONAL

Sous la direction de

Raphaële RIVIER

avec les compte-rendus de

Emanuel CASTELLARIN, Julien CAZALA, Diana CORREA, Daniel DAMÁSIO BORGES, Saïda EL BOUDOUHI, Thibaut FLEURY GRAFF, Maria GRITSENKO, Yann KERBRAT, Hyun Jung KIM, Giuliana MARINO, Arnaud DE NANTEUIL, Marianna PASCHOU, Romain PIERI, Mingzhe ZHU[1•]

SOMMAIRE

I. Situation interne du droit coutumier

Canada. Cour suprême, 28 février 2020, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.* —. Doctrine de l'*Act of State* (non). Responsabilité civile des entreprises en vertu du droit international coutumier. Teneur et incorporation du droit international coutumier en droit interne. Invocabilité et effet (horizontal) du droit international coutumier et du *jus cogens* en droit interne 1

II. Situation interne des engagements conventionnels

Colombie. Cour Constitutionnelle, décision C-026/20 du 29 janvier 2020 —. Engagements conventionnels et contrôle de constitutionnalité des lois. (Non) Appartenance au bloc de constitutionalité des normes contenues dans les accords sur le commerce international ... 2

Brésil. Cour suprême, mesures provisoires des 2 et 16 mai 2020 (*habeas corpus* en faveur de diplomates vénézuéliens) —. Limites constitutionnelles au pouvoir du Président de la République en matière de politique étrangère tirées des engagements internationaux de l'Etat. Relations diplomatiques et expulsion de diplomates. Convention de Vienne sur le droit des relations diplomatiques. Pandémie mondiale 3

Etats-Unis. Cour suprême, 9 juillet 2020, *McGirt c. Oklahoma,* 9 juill. 2020, 591 U.S. 2020 —. Statut de « réserve indienne » d'une partie de l'Etat d'Oklahoma. Application aux traités conclus entre les Etats-Unis et les « Nations indiennes » du statut interne propres aux engagements conventionnels des Etats-Unis (*« supreme law of the land »*, liant Etats fédérés et gouvernement fédéral en l'absence de loi postérieure contraire) 4

• E. CASTELLARIN : professeur à l'Université de Strasbourg ; J. CAZALA : professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord ; 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 Valenciennees ; Th. FLEURY GRAFF : professeur à l'Université Paris Saclay (UVSQ) ; M. GRITSENKO : *Associate General Counsel – Litigation*, Veon, Armsterdam ; Y. KERBRAT : professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 - Iredies) ; 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) ; 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 ; M. ZHU : professeur associé à la *China University of Political Science & Law* et Chercheur senior à l'Université d'Anvers.

R.G.D.I.P. 2020-3-4

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Chine. Cour suprême populaire, 20 septembre 2019, (2018) Minzai Nº 368 —. Interprétation conforme de la loi nationale aux traités internationaux 5

Italie. Cour de cassation, première section pénale, 1 juillet 2020, n°19762 —. Applicabilité et effet direct des conventions de coopération en matière pénale. Convention de Palerme. Conditions d'exercice de la juridiction pénale (extraterritoriale) de l'Etat 6

Corée. Cour constitutionnelle, 27 décembre 2019, 2016heonma253 —. Identification d'un « traité » au sens du droit international et du droit interne. Statut interne des accords verbaux 7

III. Situation interne des actes des organisations internationales

Allemagne. Tribunal constitutionnel fédéral, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16 —. Contrôle des actes des institutions de l'Union européenne (BCE et CJUE). Représentation dualiste des rapports de systèmes. Dualisme constitutionnel. « Dialogue » des juges 8

Colombie. Cour Constitutionnelle, décision SU-081/2020 du 26 février 2020 —. Rapports entre le droit interne et le droit communautaire andin. Non appartenance au bloc de constitutionalité du droit communautaire et absence de supériorité à la loi. Application immédiate, directe et préférencielle du droit communautaire dans l'ordre juridique interne. Mécanisme du renvoi préjudiciel 9

Allemagne. Tribunal administratif de Berlin, 28 janvier 2020 (VG 4 K 135.19) —. Interprétation des décisions du Conseil de sécurité des Nations unies (sanctions ciblées dans le domaine de la lutte contre la prolifération nucléaire). Application d'un règlement européen en exécution des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies. Contrôle de proportionnalité et marge d'appréciation de l'autorité administrative 10

Brésil. Cour Suprême, mesure provisoire du 31 mars 2020 —. Campagne publicitaire du gouvernement fédéral dite « Le Brésil ne peut pas s'arrêter ». Interprétation de la Constitution par référence aux recommandations non contraignantes des organisations internationales (*soft law*). Organisation mondiale de la Santé, pandémie mondiale et mesures nationales de restriction 11

IV. Situation interne des décisions juridictionnelles internationales

Russie. Cour constitutionnelle, décision du 16 mars 2020 sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les révisions de la Constitution de la Fédération de Russie —. Représentation dualiste des rapports de système. Mise en œuvre interne des décisions des juridictions internationales conformes à la constitution 12

Italie. Cour de cassation, troisième section civile, 3 septembre 2019, n°21995 —. Exécution de l'arrêt de la Cour internationale de Justice relative à l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* 13

Italie. Cour de cassation, sections unies pénales, 3 mars 2020, n°8544 —. « Arrêts-pilotes » et « à portée générale » de la Cour européenne des droits de l'homme. Notion de « jurisprudence consolidée » 14

Royaume-uni. Cour suprême, 19 février 2020, *Micula and others c. Roumanie*, [2020] UKSC 5 —. Reconnaissance et exécution d'une sentence CIRDI. Droit des traités et conflit d'obligation dans l'ordre interne. Articulation entre droit de l'UE et droit des investissements. Principe du *comity* 15

Pays-Bas. Cour d'appel de la Haye, 18 février 2020, *Veteran Petroleum Limited, Youkos Petroleum Limited, Hulley enterprises limited c. Fédération de Russie*, n°200.197.079/01 —. Contrôle de la validité des sentences arbitrales. Interprétation des traités. Application provisoire 16

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

V. Responsabilité de l'Etat

Pays-Bas. Cour suprême (division du droit civil), 20 décembre 2019, *Etat des Pays-Bas (Ministère des affaires économiques et de politique climatique) c. Fondation Urgenda* (aff. 19/00135) —. Devoirs positifs de prévention de l'Etat et obligation de due diligence. Droit des changements climatiques (dont Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques), utilisation non-dommageable du territoire et *soft law*. Droit pour chacun de vivre dans un environnement sain en vertu de la CEDH. Principe de précaution 17

VI. Compétence de l'Etat

Allemagne. Tribunal constitutionnel fédéral, 19 mai 2020, 1 BvR 2835/17 —. Applicabilité des droits fondamentaux à l'action extraterritoriale de l'Etat. Services de renseignement. Principe de non intervention. Participation de l'Allemagne à la « communauté internationale » 18

Italie. Cour de cassation, première section pénale, 13 mai 2020, n°14868 —. Compétence territoriale de l'Etat en matière pénale et principe *ne bis in idem*. Détermination par le juge interne des coutumes et principes généraux du droit international 19

VII. Immunités des organisations internationales

Etats-Unis. Tribunal pour le district de Columbia, 14 février 2020, *Jam c. International Finance Corp.,* n° Civil Action n° 15-612 (JDB) —. Champ d'application spatial de l'immunité de juridiction des organisations internationales (lieu des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales 20

Colombie. Conseil d'Etat (section du contentieux, première chambre), arrêt du 26 juin 2020, No. 25000-23-15-000-2020-01338-01(AC), *Daisy Milena Gómez Otalvaro c. Organisation Panaméricaine de la Santé et Autres* —. Immunité de juridiction. Statut interne du droit international. Déclaration de pandémie internationale 21

VIII. Extradition, expulsion et droit asile

Royaume-uni. Cour suprême, 29 avril 2020, *AM (Zimbabwe) v Secretary of State for the Home Department*, [2020] UKSC 17 —. Expulsion d'un ressortissant étranger. Santé. Traitements inhumains ou dégradants. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 22

Grèce. Commission d'appel, décision n°4038/20 du 16 mars 2020 —. Irrecevabilité des demandes de protection internationale. Le concept de « pays tiers sûr ». Statut de réfugié. Crainte fondée d'être persécuté. Actes de persécution. Intervention militaire turque en Syrie 23

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

I. SITUATION INTERNE DU DROIT COUTUMIER

CANADA. Cour suprême, 28 février 2020, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.*[2] —. Doctrine de l'*Act of State* (non). Incorporation et teneur du droit international coutumier en droit interne. Responsabilité civile des entreprises en vertu du droit international coutumier. Invocabilité et effet (horizontal) de la coutume et du *jus cogens* à l'égard des particuliers 1

L'Erythrée entretient un système de conscription en application duquel les citoyens, à l'issue de leur scolarité, doivent effectuer un service national combinant entraînement militaire et travail quotidien, pour une durée indéterminée – de plusieurs années à plusieurs décennies. Les requérants ont été soumis à cette conscription dans le cadre de laquelle ils ont été contraints de travailler, entre 2008 et 2012, à la mine de Bisha, propriété d'une entreprise érythréenne dont l'actionnaire majoritaire était la société canadienne Nevsun. Ayant depuis trouvé refuge au Canada, ils agissaient en dommages-intérêts contre cette société, arguant que les conditions de leur emploi par Nevsun étaient constitutives de divers délits de droit canadien et de violations du droit international coutumier prohibant le travail forcé, l'esclavage, les traitements inhumains et dégradants, et les crimes contre l'humanité.

Nevsun opposait deux exceptions devant mener le juge à radier (*strike out*) ces demandes comme manifestement vaines : *(i)* la doctrine de l'*act of state*, traitant comme non-justiciables les prétentions touchant aux actes souverains d'un gouvernement étranger, et *(ii)* l'absence de toute chance raisonnable de succès des demandes fondées sur le droit international coutumier – il ne faisait aucun doute, selon Nevsun, que l'interdiction du travail forcé, l'esclavage, les traitements inhumains et dégradants et des crimes contre l'humanité ne sauraient ouvrir en droit canadien un droit à réparation, contre une entreprise qui plus est. La Cour suprême confirme la décision de la cour d'appel de rejeter ces exceptions, au terme d'une analyse libérale puisant beaucoup dans la doctrine et exprimant un vif désir que le juge canadien assume pleinement son rôle de mise en œuvre et de progrès du droit international coutumier et ainsi « *meaningfully contribute (...) to the 'choir' of domestic court judgments around the world shaping the 'substance of international law'* » (par. 72).

La première exception est tranchée nettement : la doctrine de l'*act of state*, propre à la *common law* britannique, est introuvable en droit positif canadien (pars. 28 et 44). Celui-ci connaît certes les deux principes sous-tendant ladite doctrine – les règles de conflit de lois et le *judicial restraint* – qui régissent la prise en compte du droit étranger par les juridictions canadiennes. Mais aucun des deux n'est un obstacle à la compétence du juge canadien pour connaître de la présente affaire, qui touche à la licéité du service national érythréen.

La majorité ne motive pas cette conclusion. Elle rappelle que si le juge, en vertu du *judicial restraint*, doit s'abstenir de rendre des décisions qui seraient juridiquement contraignantes pour les Etats étrangers, il demeure libre d'« *inquire into foreign law questions when doing so is necessary or incidental to the resolution of domestic legal controversies properly before the court* » (par. 47) – en témoigne la jurisprudence canadienne en matière d'extradition et de déportation, dans laquelle le juge n'évalue la loi étrangère avec la déférence exigée par la *comity* que si cette loi ne constitue pas une

[2] En attendant sa publication dans les *Canada Supreme Court Reports*, la décision est disponible à https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/18169/1/document.do.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de l'homme (par. 50). La majorité n'applique toutefois pas ce standard à l'espèce ; elle ne prend pas la peine de démontrer, ni même d'affirmer, que la licéité du service national érytréen en droit international serait une question accessoire aux demandes des requérants. Ce défaut de motivation est d'autant plus regrettable que le sujet semble avoir été débattu en délibéré, puisque la minorité (deux juges) estime au contraire que cette licéité est au cœur desdites demandes : une lecture attentive de la requête révèle qu'est centrale l'allégation suivant laquelle le service national érytréen serait un programme de travail forcé constitutif de crime contre l'humanité et qu'au fond les requérants recherchent la responsabilité de Nevsun en qualité de complice de ce crime – ils utilisent en fait Nevsun, selon la minorité, comme un outil pour contourner l'obstacle à la réparation des préjudices causés par ce crime qu'est l'immunité de juridiction de l'Erytrée (par. 310).

La seconde exception est plus disputée ; son traitement laisse voir une profonde opposition entre la majorité (cinq juges dont le président) et la minorité (quatre juges) quant à la teneur du droit international coutumier et son incorporation et invocabilité en droit canadien. Il s'agissait ici de déterminer, en premier examen, si l'action en responsabilité des requérants contre une entreprise pour des violations du droit international coutumier tel qu'incorporé en droit canadien était manifestement vouée à l'échec. La majorité procède en trois temps.

Elle affirme d'abord qu'en vertu de la doctrine de l' « adoption », bien établie en jurisprudence canadienne, le droit international coutumier fait partie intégrante, par incorporation automatique, du droit canadien, sauf disposition législative expressément contraire (pars. 86-94) ; ce dont il résulte que, sous cette réserve, le juge canadien ne peut que prendre acte du droit international coutumier comme droit, le cas échéant applicable au litige. Elle établit ensuite, en quelques paragraphes, que les interdictions du travail forcé, de l'esclavage, des traitements inhumains et dégradants, et des crimes contre l'humanité font bien partie du droit international coutumier, et sont même vues comme des normes de *jus cogens* (pars. 99-103). Nevsun objectait qu'à supposer même que ces interdictions coutumières invoquées par les requérants aient été incorporées en droit canadien, elles ne lui sont pas applicables puisqu'elle est une entreprise et non un Etat.

La position de Nevsun, regrette la Cour, méconnaît le droit international moderne, dont le centre de gravité, avec le foisonnement des droits de l'homme, s'est déplacé de l'Etat vers l'individu. S'appuyant exclusivement sur de la doctrine, la majorité relève que si certaines normes de droit coutumier sont de nature strictement interétatique (le droit des traités par exemple), d'autres prohibent un comportement quel qu'en soit l'auteur ; que nombre de droits de l'homme ne sont pas dirigés contre le seul Etat et peuvent être violés par des personnes privées ; et que dans la mesure où les personnes privées – catégorie dont il n'y a aucune raison de principe d'exclure les entreprises – peuvent voir leur responsabilité pénale internationale engagée, le bon sens commande qu'elles puissent également être reconnues civilement responsables de violations du droit international (pars. 105-112). Elle en conclut qu'il n'est pas évident (« *plain and obvious* ») – *i.e.* le standard d'évaluation de la vanité d'une demande au sens des deux exceptions d'irrecevabilité opposées par Nevsun – que les entreprises bénéficieraient en vertu du droit international coutumier d'une exonération générale de responsabilité, directe ou indirecte, pour des violations de ce droit (par. 113). Les normes coutumières invoquées par les requérants pourraient bien être applicables (« *may well apply* ») à Nevsun, d'autant qu'il

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

n'existerait aucune disposition législative canadienne l'en empêchant (par. 114). La Cour, s'en tenant à son *petitum*, ne va pas plus loin et laisse au juge du fond la tâche de déterminer si ces normes interdisant le travail forcé, l'esclavage, les traitements inhumains et dégradants et les crimes contre l'humanité sont d'une nature autre que strictement interétatique – sinon, il faudra se demander si la *common law* devrait évoluer pour assujettir les entreprises à ces normes (par. 113). Le désaccord de la minorité ne porte au fond que sur un point de la thèse de la majorité, mais il est de taille : l'(in)existence en droit international coutumier d'une règle de responsabilité directe des entreprises pour des violations des droits de l'homme, dont aucun précédent n'est disponible (par. 188). La critique est exhaustive. Quel que soit le raisonnement (inconnu) suivant lequel la majorité a pu déduire de l'existence incontestée d'une norme coutumière prohibitive celle, introuvable en pratique, d'une règle de responsabilité civile en cas de violation de cette norme, il est erroné. Serait-ce que les interdictions coutumières exigent de l'Etat qu'il prévoit une responsabilité civile des entreprises pour leur violation à l'égard des individus ? Pas en l'état du droit international général, qui laisse les Etats libres de la manière dont ils garantissent ces interdictions (par. 197). Les normes coutumières prohibitives comprendraient-elles une règle secondaire de responsabilité civile des entreprises envers les victimes de leur violation ? Là encore la pratique n'en offre aucun exemple (pars. 202-203). Ou bien l'incorporation en droit canadien transformerait-elle une interdiction coutumière faite à l'Etat, ou aux individus en matière pénale, en une règle de responsabilité civile ? Ce serait donner à la doctrine de l'adoption un effet horizontal qu'elle n'a pas et ne peut avoir (« *[o]ne wonders if the majority's view of the adoption of customary international law would amount to a new Bill of Horizontal Rights ; conceptually, these are very deep waters* » (par. 210) – sauf à ce que le Parlement, et lui seul, le décide (pars. 224-225).

Dans un troisième et dernier temps, se pose la question de savoir si la *common law* canadienne peut offrir, et au besoin développer, un recours (« *remedy* ») civil direct pour la violation par une entreprise de ces normes qu'elle a incorporées (une seconde option pour rendre cette violation réparable en droit interne était la reconnaissance par le juge de nouveaux délits de *common law* calqués sur les interdictions coutumières invoquées, mais la majorité la mentionne sans l'examiner). La majorité croit un tel développement non seulement nécessaire – *ubi jus, ibi remedium* – mais possible, de sorte que l'action en responsabilité civile des requérants à l'encontre de Nevsun n'est pas manifestement vaine. Là encore, c'est au juge du fond qu'il reviendra de déterminer quels recours, trouvés/créés en droit interne, sont appropriés – étant entendu que le recours recherché par les requérants consiste en des dommages-intérêts.

Les deux exceptions d'irrecevabilité ainsi rejetées, l'affaire est renvoyée au juge du fond dont la tâche, malgré les quelques pistes lancées par la Cour suprême, s'avère complexe : décider, sur le fondement du droit international lui-même ou peut-être du droit canadien, si les normes internationales invoquées sont applicables aux entreprises, et dans l'affirmative déterminer les recours civils adaptés aux droits et au comportement en cause, définir et mettre en œuvre les standards d'une responsabilité civile internationale ... Si les apports juridiques de la présente décision apparaissent, au-delà de la fenêtre qu'elle offre sur la vision canadienne du droit international, plutôt limités, le traitement au fond de ce contentieux promet un terrain d'analyse fertile pour l'internationaliste.

R. PIÉRI

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Nota. Sur la détermination par le juge interne du droit international coutumier et la méthode d'identification retenue, voy. *infra* n° 19, l'arrêt du 13 mai 2020 de la Cour de cassation italienne.

A propos du statut et des effets internes du droit international des immunités, voir *infra* n° 20 et n° 21.

II. SITUATION INTERNE DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS

Statut et rang des engagements conventionnels par rapport à la constitution

COLOMBIE. Cour constitutionnelle, décision C-026/20 du 29 janvier 2020[3] —. Engagements conventionnels et contrôle de constitutionnalité des lois. (non) Appartenance au bloc de constitutionalité des normes contenues dans les accords sur le commerce international 2

La Cour constitutionnelle était saisie de trois demandes d'inconstitutionnalité visant des normes contenues dans le Plan annuel de développement à raison, entre autres, de leur contrariété à l'Accord général sur le Commerce et les Tarifs Douaniers, à des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce et à la Décision 571 de 2003 de la Communauté Andine des Nations. En l'occurrence, les articles 274 et 275 du Plan annuel du développement prévoyaient une augmentation des tarifs à l'importation et des tarifs douaniers nationaux, en violation non seulement de la compétence du Sénat pour légiférer sur des matières propres au Gouvernement (comme celles des tarifs douaniers), mais aussi des engagements de la Colombie dans le domaine du commerce international.

Sur ce point spécifique du droit international, la Cour estime que les normes conventionnelles en matière de commerce international ne relèvent pas, en raison de leur nature et de leur contenu même, du bloc de constitutionnalité. La Cour fonde son appréciation sur sa jurisprudence aux termes de laquelle « le bloc de constitutionnalité est composé de normes et de principes qui, sans faire partie du texte de la Constitution, servent de référent pour le contrôle de constitutionnalité, agissant ainsi comme étant partie même de la Constitution. Ces normes du bloc de constitutionnalité sont (i) les traités internationaux portant sur des droits de l'homme et le droit international humanitaire, ce qui est entendu comme le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* […] ». Eu égard à leur contenu normatif, les accords économiques et l'accord sur l'intégration commerciale sont donc insusceptibles de servir de référent pour le contrôle de la constitutionnalité des normes nationales.

En général attachée à garantir le respect du droit international en droit interne, la Cour constitutionnelle est en l'occurrence limitée par ses propres attributions : dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, elle est impuissante à imposer le respect des engagements conventionnels de la Colombie en matière de commerce international, ces derniers ne relevant pas du bloc de constitutionnalité.

D. CORREA

[3] https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/C-026-20.htm

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

BRÉSIL. Cour suprême, mesures provisoires des 2 et 16 mai 2020 (*habeas corpus* en faveur de diplomates vénézuéliens)[4] —. Limites constitutionnelles au pouvoir du Président de la République en matière de politique étrangère tirées des engagements internationaux de l'Etat. Relations diplomatiques et expulsion de diplomates. Convention de Vienne sur le droit des relations diplomatiques. Pandémie mondiale 3

Par communiqué officiel du 28 avril 2020, le Ministre des Affaires étrangères brésilien informait l'ambassade du Vénézuéla au Brésil de la décision du gouvernement brésilien de rappeler le personnel diplomatique et consulaire brésilien au Venezuela, et fixait au 2 mai le départ définitif du territoire brésilien des agents consulaires et diplomatiques vénézueliens au Brésil. Cette décision intervint alors que le pays était traversé par un débat interne au sujet du changement radical de la politique étrangère brésilienne envers le Vénézuéla depuis l'arrivée au pouvoir du président Bolsonaro en 2019 – là où le parti travailliste et les anciens présidents Lula et Dilma Rousself avaient toujours soutenu le chavisme, le Brésil figure aujourd'hui parmi les Etats ayant reconnu l'opposant Juan Guaido comme président par intérim du Vénézuéla, tandis que la rhétorique enflammée du président brésilien actuel envers le gouvernement autoritaire de Nicolas Maduro rompt avec les traditionnelles prudence et modération de la diplomatie brésilienne. Elle déclencha une action d'*habeas corpus* d'un député fédéral travailliste en faveur des agents vénézuéliens.

Réaffirmant sa fonction, qui est de freiner les dérives autoritaires du chef du pouvoir exécutif, la Cour suprême brésilienne fait droit à cette action par une décision du 2 mai 2020 (confirmée par une décision ultérieure du 16 mai) : en vertu de la Constitution appréciée au regard des engagements internationaux du Brésil, il incombe au gouvernement brésilien de s'abstenir d'expulser les agents vénézuéliens jusqu'à la fin de l'état de « catastrophe publique » décrété en raison de la pandémie de la Covid-19.

La Cour reconnaît le rôle prééminent dévolu par la Constitution brésilienne au Président de la République en matière de politique étrangère. C'est à lui qu'il appartient d'entretenir des relations avec les Etats étrangers au nom de l'Etat et c'est ainsi auprès lui que les ambassadeurs des Etats étrangers sont accrédités. Le chef de l'exécutif brésilien était donc constitutionnellement fondé à décider du retrait du personnel diplomatique et consulaire vénézuélien en place au Brésil (décision entraînant la perte de leurs privilèges). Pour autant, même en matière de politique étrangère, les pouvoirs constitutionnels du Président ne sont pas absolus. Dans un Etat de droit, affirme la Cour, le Président de la République est soumis, comme toute autre autorité publique, aux limites imposées par la Constitution, les lois et les obligations internationales assumées par l'Etat brésilien.

Parmi ces engagements internationaux, figure la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dont l'article 9 impose qu'un « délai raisonnable » soit accordé à l'Etat accréditant pour rappeler son personnel diplomatique. Et cette notion de « délai raisonnable » doit être appréciée au regard du contexte, celui en l'occurrence de la pandémie mondiale de la Covid-19 – laquelle a amené les différents gouvernements à imposer de mesures de confinement et de distanciation sociale, restreignant le déplacement de personnes. Sur cette base, le délai prévu dans le communiqué officiel du Ministère des

[4] http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf et http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343128620&ext=.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Affaires étrangères est jugé déraisonnable. Relèvent aussi des engagements internationaux limitant le pouvoir constitutionnel du Président les traités en matière de droits de l'homme. Le délai imparti leur est contraire en tant qu'il met en danger la vie du personnel diplomatique et consulaire vénézuélien. Ce délai contrevient également aux lois brésiliennes pour cette même raison. Les agents diplomatiques et consulaires vénézuéliens ont donc le droit de rester au Brésil jusqu'à la fin de l'état de « catastrophe publique ».

D. DAMÁSIO BORGES

Nota. Pour une mise en œuvre du dualisme constitutionnel et de la supériorité de la Constitution appliqué aux actes et décisions de l'Union européenne, voy. *supra* n°7, Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne, décision du 5 mai 2020.
Sur la non appartenance au bloc de constitutionalité du droit communautaire andin et son absence de supériorité à la loi, voy. la décision du 26 février 2020 de la Cour constitutionnelle colombienne, *infra* n° 8.
Pour une interprétation de la Constitution par référence aux recommandations non contraignantes des organisations internationales (*soft law*), voy. *infra* n° 10, Brésil, Cour Suprême, mesure provisoire du 31 mars 2020.

Rang des engagements conventionnels par rapport à la loi

ETATS-UNIS. Cour suprême, 9 juillet 2020, *McGirt c. Oklahoma,* 9 juill. 2020, 591 U.S. 2020[5] —. Statut de « réserve indienne » d'une partie de l'Etat d'Oklahoma. Application aux traités conclus entre les Etats-Unis et les « Nations indiennes » du statut interne propre aux engagements internationaux des Etats-Unis – *« supreme law of the land* », liant Etats fédérés et gouvernement fédéral en l'absence de loi postérieure contraire 4

Le « destin du droit international » n'est pas toujours là où on l'attend. Alors que les Etats-Unis s'illustrent, depuis l'élection à leur tête de Donald J. Trump, par une politique extérieure méprisante pour leurs obligations internationales, la Cour suprême vient de rappeler pour sa part la force juridique des traités, et l'obligation de les respecter – y compris si les traités en question datent du XIXe siècle, qu'ils ont été conclus avec des « Nations indiennes », et qu'ils sont violés depuis une bonne centaine d'années. Telle est en effet la solution à laquelle est parvenue la plus haute juridiction américaine dans l'affaire *McGirt c. Oklahoma*, rendue à une majorité de 5 contre 4 et d'ores et déjà considérée comme l'une des décisions les plus importantes de l'histoire américaine concernant le statut juridique des terres occupées par les Nations indiennes.

A la fin des années 1990, M. McGirt, membre de la Nation Seminole d'Oklahoma – une tribu amérindienne reconnue comme telle par le Gouvernement fédéral – fut condamné par une cour pénale de l'Etat d'Oklahoma pour plusieurs crimes sexuels particulièrement graves, commis sur le territoire de la Nation Muscogee (Creek). M. McGirst n'a eu de cesse, toutefois, de contester la compétence des juridictions de l'Oklahoma pour connaître de son affaire, celle-ci relevant selon lui des juridictions fédérales. En effet, selon l'article 1153(a) du *Major Crimes Act* (MCA), « tout indien » qui commet « en territoire indien » certains crimes énumérés doit être poursuivi selon les lois et devant les juridictions « des Etats-Unis » – et non de l'Etat fédéré sur le territoire duquel le « territoire indien » est

[5] https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

situé. L'argument fut rejeté par les cours inférieures successivement saisies au motif que le lieu des crimes n'était plus, de longue date, « en territoire indien ». La question posée à la Cour Suprême était donc relativement simple : le territoire sur lequel M. McGirt avait commis ses forfaits doit-il être qualifié, ou non, de « territoire indien » au sens du *Major Crimes Act* ? La portée de la réponse est cependant autrement plus complexe, et se mesure tant à la taille du territoire concerné qu'à ses conséquences. D'une part, en effet, la Nation Muscogee (Creek) fait partie, aux côtés des Cherokee, des Choctaw, des Chickasaw et des Seminole, des « *Five Civilized Tribes* », auxquelles des terres ont été promises au XIXème siècle sur tout l'Est de l'Oklahoma – terres comprenant une partie de la ville de Tusla, la deuxième plus importante de cet Etat du Centre Sud des Etats-Unis : ce sont ainsi, au total, dix-neuf millions d'*acres* – soit plus de …sept millions d'hectares ! – habités par près de deux millions de personnes, qui sont concernées[6]. D'autre part et conséquemment, reconnaître cet espace comme « territoire indien », c'est reconnaître que plusieurs milliers – au moins … – de personnes ont été condamnées par le passé par des cours incompétentes : l'Oklahoma en effet s'estime compétent pour connaître de telles affaires depuis près d'un siècle.

La portée de sa décision n'a pas effrayé la Cour Suprême, soucieuse de ne pas « substituer l'histoire au droit » (« […] *substituting stories for statutes* […] », p. 21 de l'arrêt). Or ce droit est, en partie, international. Ce qui frappe dans la décision du 9 juillet, au-delà des éléments de droit pénal américain et de *Federal indian law* sur lesquels nous ne nous attarderons pas, est le poids accordé par la Cour aux traités conclus au XIXe siècle avec les Nations indiennes. Car c'est en vertu de plusieurs traités, conclus notamment en 1832, 1833 et 1856, que le gouvernement fédéral a « solennellement garanti » à la Nation Creek non seulement une partie de territoire située à l'Ouest du Mississippi, mais encore le droit de s'y gouverner seuls, sans interférence de quelque Etat fédéré que ce soit (voir, par exemple, l'article 14 du Traité du 4 avril 1832, 7 Stat. 366, accessible à l'adresse https://americanindian.si.edu/nk360/removal-muscogee/transcription-creek-treaty.html). « Obligatoire[s] pour les parties contractantes » (art. 15, *ibid.*), ces traités, outils de l'expansionnisme territorial américain au XIXème siècle, transforment assurément le statut juridique des Nations indiennes signataires. Ces dernières y renoncent à leur souveraineté originelle, au profit d'une forme conventionnelle et assez spécifique de « droit d'occupation » de certaines parties du territoire américain, alors définies comme « réserves indiennes »[7]. La nature des obligations ne doit pas cependant être confondue avec leur forme : les traités conclus avec les Nations indiennes obéissent dans l'ordre interne des Etats-Unis au régime juridique de tout engagement international des Etats-Unis. Ceux-ci ont valeur de « *supreme law of the land* » et lient Etats fédérés et gouvernement fédéral tant que le législateur américain ne décide pas *expressément* de les méconnaître en adoptant une loi postérieure qui leur est contraire (voy., par exemple, *Lone Wolf c. Hitchcock,* 187 U.S. 553 [1903]). Or, en l'espèce, la Cour n'a pu trouver de loi abolissant le statut de « réserve indienne » des terres accordées aux Creeks par les traités conclus avec eux au XIXème siècle. Dès lors que le Congrès « n'est jamais revenu sur sa reconnaissance du gouvernement tribal » (arrêt, p. 15), celui-ci perdure et, avec lui, le

[6] Voir les chiffres avancés par le Juge Roberts à la première page de son opinion dissidente, et la carte particulièrement illustrative proposée par J. HEALY et A. LIPTAK, « *Landmark Supreme Court Ruling Affirms Native American Rights in Oklahoma* », *The New York Times,* Jul. 9, 2020.

[7] Sur ce point, voy. nos développements *in Etat et territoire en droit international. L'exemple de la construction du territoire des Etats-Unis (1789-1914),* Paris, Pedone 2013, not. pp. 298 sq.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

statut particulier du territoire qu'il gouverne. Peu importe les évolutions législatives ultérieures – celle, notamment, qui a érigé l'Oklahoma au rang d'Etat de l'Union ou celle, encore, qui a permis l'« *allotment* », soit la substitution d'une multitude de propriétés privées à la propriété commune tribale de la terre (arrêt, pp. 8-13) – ou la pratique contraire aux traités et la « pression démographique » (arrêt, pp. 17-28) : on ne peut se fonder sur les faits pour interpréter le droit (arrêt, not. p. 21 et p. 23).

Cette décision de la Cour Suprême a de nombreux mérites. Elle permet de rappeler, dans une affaire aux conséquences importantes, la valeur juridique des traités conclus au XIXème siècle avec les Nations indiennes, et ce en dépit de leur violation répétée par les Etats fédérés. Elle va cependant au-delà de cette seule solution qui, au demeurant, n'est pas nouvelle (voy., par exemple, *South Dakota c. Bourland,* 508 U.S. 679 [1993]). Car la Cour, pour l'une des premières fois de son histoire, tranche en faveur de la Nation indienne concernée, plutôt qu'en faveur de l'Etat de l'Union partie au litige. Sa décision a ainsi pour effet de soustraire à la justice de l'Etat de l'Oklahoma une part non négligeable des infractions pénales – celles qu'énumère le *Major Crimes Act* et qui sont commises par des indiens, en territoire indien – alors même que ces infractions se réalisent sur « son » territoire. Ces infractions relèvent désormais – non sans difficultés[8] – des juridictions tribales ou fédérales, en fonction de leur nature. Plus largement encore, et c'est peut-être son apport principal pour ce qui nous intéresse, cette décision permet de rappeler les spécificités de l'organisation territoriale américaine : grâce à une combinaison subtile d'instruments constitutionnels et internationaux, plusieurs entités, de natures politiques différentes et aux compétences variables, cohabitent sur un même territoire. De ce point de vue, l'usage américain du droit international est – encore – remarquable.

TH. FLEURY GRAFF

CHINE. Cour suprême populaire, 20 septembre 2019, (2018) Minzai Nº 368 [中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法民再368号][9] —. Interprétation conforme de la loi nationale aux traités internationaux 5

Cet arrêt du 20 septembre 2019 complète, consolide et précise la pratique de la Cour suprême chinoise en matière d'instruments internationaux. Présentant un caractère transnational, l'affaire dont la Cour était saisie trouvait ses origines dans une collision entre deux navires étrangers dans la zone économique exclusive chinoise qui avait causé la fuite d'hydrocarbures. Le Bureau de secours de Shanghai réclamait réparation du dommage causé par la pollution et le remboursement des mesures de sauvegarde et des opérations d'assistance en mer qu'il avait diligentées. Amenée à déterminer la nature de l'opération du Bureau de secours, la Cour prend en compte à la fois le droit interne et les engagements internationaux de l'Etat : elle confirme la primauté des normes internationales sur les lois nationales, étendant ainsi aux relations entre autorités publiques et particuliers l'analyse qu'elle applique aux relations privées transnationales ; elle explicite, de façon inédite, la méthode d'interprétation des règles internationales et nationales.

[8] Voy., J. HEALY, « *A Historic Supreme Court Ruling Upends Courts in Oklahoma* », *The New York Times,* Aug. 3, 2020.
[9] http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=4d77f501e76243f99521ab0d00c17580

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

La Cour suprême suit la méthode d'interprétation retenue par la Convention de Vienne sur le droit des traités dont elle paraphrase l'article 31(1) en ces termes : la « Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute doit être interprétée dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Sur cette base, elle préconise une « méthode d'interprétation conforme » qui consiste à déterminer la signification du droit interne de manière à assurer sa conformité avec les obligations conventionnelles de l'Etat. La Cour observe en particulier que les chapitres de la Loi sur le commerce maritime relatifs à l'assistance et la collision y ont été introduits pour assurer la transposition en droit interne de la Convention de 1989 sur l'assistance et de la Convention de 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage. Par suite, ces instruments deviennent les références nécessaires pour appliquer des règles nationales changeantes.

Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence développée par la Cour suprême consistant à s'appuyer sur les traités internationaux liant la Chine pour préciser les termes des lois nationales – un exemple notable étant tiré du renvoi à la Convention de la biodiversité en 2016 dans un litige environnemental (Cour suprême populaire, 28 Janvier 2016, Minzai N° 47). Néanmoins, la Cour n'avait pas jusqu'alors élaboré une méthode et encore moins une règle d'interprétation conforme. Là où elle se contentait auparavant d'exiger des juges du fond l'application de la méthode d'interprétation conforme dans des matières déterminées, comme en droit du commerce international[10], elle affirme à présent en tant que principe général le besoin d'éviter la contradiction entre les instruments internationaux liant l'Etat et les législations qui les insèrent dans l'ordre interne. Reste ouvert le point de savoir si cette méthode a vocation à être généralisée à tous les contentieux, en particulier dans le contexte d'affaires purement internes. Cette question est d'autant plus cruciale que le législateur chinois tend progressivement à basculer de la doctrine de l'incorporation automatique des engagements internationaux à celle de leur transposition législative comme condition de leur autorité interne[11].

M. ZHU

Nota. A propos du rang et des effets internes des normes internationales relatives aux immunités, voir *infra* n° 20 et n° 21.

Sur le règlement dans l'ordre interne des conflits entre obligations conventionnelles incompatibles, à propos plus spécifiquement de l'articulation entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements, voy. *infra* n° 15, Cour suprême du Royaume-Uni, 19 février 2020, *Micula and others c. Roumanie*.

[10] Régulation relative aux litiges administratives concernant commerce international Fashi N° 27 (2002) (《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》法释[2002]27号。).

[11] La loi de protection environnementale modifiée en 2015 et le Code civil voté en 2020 ont ainsi abrogé la clause de la supériorité des règles internationales.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Effet direct et invocabilité des engagements conventionnels

ITALIE. Cour de cassation, première section pénale, 1 juillet 2020, n°19762[12] —. Effet et applicabilité directe des conventions de coopération en matière pénale. Convention de Palerme. Conditions d'exercice de la juridiction pénale (extraterritoriale) de l'Etat 6

Une convention internationale ratifiée par l'Italie est-elle susceptible de fonder directement, par effet de son incorporation interne, la juridiction pénale pour connaître de l'activité qu'elle prohibe ? La question était soulevée à propos de la Convention de Palerme relative à la prévention et à la répression de la criminalité organisée transnationale aux fins de la répression d'un crime de trafic d'armes entièrement commis en dehors du territoire italien par un navire étranger – un navire battant pavillon libanais qui s'était dirigé vers le port de Gêne après avoir délivré en Lybie des armements embarqués en Turquie.

L'article 15, § 4 de la Convention de Palerme permet en effet à ses Etats parties de prendre les mesures nécessaires afin d'établir leur juridiction pour connaître de crimes qui n'ont aucun rattachement avec leur territoire, lorsque le présumé responsable se trouve sur leur territoire et n'est pas extradé. Cet instrument ratifié par l'Italie n'ayant pas donné lieu à des mesures internes complémentaires de mise en œuvre, le juge italien devait dire si, tel qu'incorporé dans l'ordre interne (par effet de sa loi de ratification et d'exécution), il était constitutif d'une exception au principe de la territorialité de la loi pénale au sens de l'article 7 n°5 du Code pénal (qui fait renvoi aux exceptions établies par des conventions internationales), propre à établir la juridiction des tribunaux italiens. C'était en somme la question de l'effet direct de cette disposition conventionnelle qui était questionnée : son incorporation interne a-t-elle généré automatiquement les mesures qu'elle se borne à envisager, la rendant ainsi directement applicable dans l'ordre interne ?

Pour y répondre, la Cour scrute le rapport entre ladite disposition conventionnelle telle qu'interprétée (en conformité avec les règles d'interprétation de la Convention de Vienne, notamment l'article 31, § 1) – et donc son objet et son but – et la loi de ratification et d'exécution. Selon elle, la loi de ratification et l'ordre interne d'exécution se limitent à produire automatiquement dans l'ordre interne les dispositions nécessaires au respect de ses obligations internationales par l'Etat, lesquelles sont directement applicables dans la seule mesure où elles sont formulées comme telles. Or, l'article 15, § 4 de la Convention n'est pas d'applicabilité directe dès lors qu'il ne pose aucune obligation à la charge de l'Etat d'établir sa juridiction et de réprimer, mais aménage plutôt une simple faculté, présupposant ainsi que l'Etat manifeste la volonté d'exercer cette faculté par la mise en œuvre d'une activité législative.

La Cour aborde ici la problématique plus générale de l'effet direct des conventions de coopération en matière pénale. Il s'agit de textes qui, en raison de leur objet – uniformiser l'activité législative des Etats afin de garantir la répression efficace des crimes internationaux concernés –, s'adressent aux Etats et dont l'application par les juridictions nationales, et donc les effets vis-à-vis des sujets de droit interne, sont à priori soumis à l'adoption de dispositions internes ultérieures. Pour autant, la Cour n'érige pas en principe l'absence d'effets directs des dispositions contenues dans les conventions portant « loi

[12] http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/s_s_prima_sezione.page

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

uniforme », typiques en droit international privé, par lesquelles les Etats s'engagent à adopter une législation uniforme dans un domaine donné. Dans l'analyse de cet arrêt, on ne saurait négliger la spécificité de la disposition dont l'applicabilité directe était questionnée. A la différence d'autres dispositions conventionnelles, l'article 15, § 4 de la Convention de Palerme ne contient pas d'obligation de légiférer et d'établir sa juridiction. Il attribue à l'Etat une faculté. L'absence d'applicabilité directe de cette disposition, comme le dit la Cour, découle avant tout du fait que, selon la logique et la finalité de la disposition, l'adoption de mesures internes par les organes compétents est nécessaire afin que l'Etat se prévale de cette faculté. La Cour n'exclut donc pas que des dispositions contenues dans ce type de traités et formulées sous forme d'obligation à la charge des Etats puissent être considérées comme directement applicables – ce qu'elle a d'ailleurs déjà affirmé dans sa jurisprudence précédente, notamment en matière d'immigration.

G. MARINO

Nota. Sur l'applicabilité directe du droit communautaire andin en droit interne, voy. décision du 26 février 2020 de la Cour constitutionnelle colombienne, *infra* n° 9.
Sur l'invocabilité du droit international coutumier à l'encontre des entreprises privées (effet direct horizontal), voy. Cour suprême du Canada, 28 février 2020, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.*, *supra*, n°1.

Détermination des engagements conventionnels

CORÉE. Cour constitutionnelle, 27 décembre 2019, 2016heonma253[13] —. Identification d'un « traité » au sens du droit international et du droit interne. Statut interne des accords verbaux 7

Cette affaire présente la particularité de mettre en scène un accord verbal contre lequel était dirigée une pétition constitutionnelle, conduisant le juge constitutionnel coréen à se prononcer sur les critères d'identification des traités au sens du droit international et du droit national.

Relatif à l'exploitation par l'armée impériale japonaise pendant la Seconde Guerre Mondiale des « femmes de réconfort » coréennes, cet accord avait été conclu le 28 décembre 2015 au moyen d'une conférence de presse conjointe entre les Ministres des Affaires étrangères de la Corée et du Japon. Au cours de ladite conférence, le ministre japonais avait exprimé, au nom du gouvernement japonais, ses excuses aux anciennes femmes de réconfort. Il avait également annoncé la prise en charge par le Japon du financement de la fondation, à créer par le gouvernement coréen, destinée à restaurer l'honneur et la dignité des anciennes femmes de réconfort. Sur cette base, les deux ministres avaient ainsi affirmé que le problème des femmes de réconfort serait « définitivement et irréversiblement résolu », sous réserve de la mise en œuvre par le gouvernement japonais des mesures convenues. Le contenu de la conférence de presse a été publié sur les sites officiels des deux Ministères mais la version écrite japonaise ne correspondait pas aux déclarations orales faites lors de la conférence, notamment, s'agissant des mesures à mettre en œuvre aux fins du règlement.

[13] https://ecourt.ccourt.go.kr/coelec/websquare/websquare.html?w2xPath=/ui/coelec/dta/casesrch/EP4100_M01.xml&eventno=2016%ED%97%8C%EB%A7%88253&viewType=3&searchType=1

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les demandeurs – des victimes, anciennes « femmes de réconfort », et leurs descendants – invoquaient l'inconstitutionnalité de l'Accord de 2015, motif pris de sa contrariété à leur dignité et à leurs droits en tant qu'êtres humains. Ils dénonçaient en particulier les incertitudes résultant de la formule « définitivement et irréversiblement résolu » retenue par l'Accord. Si elle devait exprimer la renonciation du gouvernement coréen à exercer la protection diplomatique au profit des demandeurs contre le Japon, elle, et donc le gouvernement coréen, entraverait la réalisation du droit des demandeurs à réclamer une indemnisation, portant ainsi atteinte à leur droit de propriété. Et si elle devait avoir pour conséquence la disparition du droit des demandeurs de réclamer une indemnisation, cette formule, et donc le gouvernement coréen, violerait leur droit de propriété.

L'ensemble du raisonnement des demandeurs était articulé par l'idée que l'accord en cause avait valeur de traité en vertu du droit international, avec pour conséquence, par effet de la Constitution, de le situer à niveau équivalent à la loi au plan national – selon l'article 6 §1 de la Constitution coréenne, « les traités dûment conclus et promulgués en vertu de la Constitution » ont le même effet que les lois nationales de la Corée. La Cour constitutionnelle était donc appelée à se prononcer sur la nature de cet accord verbal afin de statuer sur sa qualité de traité en droit interne. Elle procède à un examen approfondi comprenant les aspects externes et internes de l'accord.

Les juges constitutionnels relèvent que cet accord oral s'éloigne de la forme habituelle des traités internationaux, et n'a pas été adopté selon la procédure conventionnelle ordinaire. Ils relèvent aussi que son mode d'adoption n'est pas davantage envisagé ou prévu par les droits internes coréen et japonais. Pour autant, cet aspect formel n'est pas, du point de vue de la Cour, un facteur décisif aux fins de la qualification de l'Accord. Celle-ci s'attache plutôt au contenu de l'accord et à l'intention des Etats qu'il exprime quant à sa nature juridique : les deux Etats ont-ils effectivement entendu créer des droits et des obligations spécifiques au moyen de cet Accord ? Selon son analyse, les engagements contenus dans l'Accord de 2015 sont de caractère abstrait et déclaratoire plutôt que de nature contraignante. L'Accord privilégie en effet des expressions comme « s'efforcer » ou « coopérer ». La Cour observe également la position ultérieure du Japon au sujet du problème des femmes de réconfort et prête une attention particulière à l'absence de coïncidence entre le contenu verbal de la conférence de presse et sa transcription écrite publiée sur le site du Ministère des affaires étrangères du Japon, qu'elle fait jouer comme preuve supplémentaire pour écarter l'intention des Etats de créer des droits et obligations par voie de cet accord. Par suite, l'Accord de 2015 n'est pas un traité aux yeux du juge constitutionnel mais un accord non-contraignant. La pétition constitutionnelle est donc irrecevable.

HYUN JUNG KIM

Nota. Pour l'interprétation des traités dans le contexte du contrôle de validité des sentences arbitrales internationales, voy. *infra* n°16, Cour d'appel de la Haye, 18 février 2020, *Veteran Petroleum Limited, Youkos Petroleum Limited, Hulley enterprises limited c. Fédération de Russie*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

III. SITUATION INTERNE DES ACTES DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

ALLEMAGNE. Tribunal constitutionnel fédéral, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16[14] —. Contrôle des actes des institutions de l'Union européenne (BCE et CJUE). Représentation dualiste des rapports de systèmes. Dualisme constitutionnel. « Dialogue » des juges 8

Par un jugement très retentissant traduit en anglais et en français, le deuxième sénat du Tribunal constitutionnel allemand s'est prononcé sur les décisions adoptées à partir de 2015 par le Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne sur le programme d'achats d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (*Public Sector Asset Purchase Programme*, PSPP). La légalité de ces décisions en droit de l'Union avait été constatée par la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion d'un arrêt rendu sur renvoi préjudiciel dans cette même affaire (11 décembre 2018, *Weiss*, C-493/17). Le Tribunal constitutionnel, saisi de plusieurs recours constitutionnels individuels, effectue son analyse à l'aune du droit constitutionnel national dans le cadre du contrôle *ultra vires* (fondé sur l'article 23, al. 1, de la Loi fondamentale, relatif à la participation à l'Union européenne) et du contrôle du respect de l'identité constitutionnelle allemande (fondé sur ce même article, combiné à l'article 20, al. 1 et 2, sur le caractère démocratique de la République fédérale, et à la clause d'éternité de l'article 79, al. 3).

Le Tribunal constitutionnel considère d'abord que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union a été rendu partiellement *ultra vires* : il est « méthodologiquement insoutenable » (points 123-153), si bien qu'il excède manifestement et d'une manière « structurellement significative » le mandat que l'article 19, § 1 du Traité sur l'Union européenne confie à la Cour (points 154-163). Il est reproché à la Cour de justice de l'Union d'avoir vidé de sens le contrôle de la proportionnalité du PSPP, dont les effets économiques (par-delà la politique monétaire) n'auraient pas été pris en compte, et d'avoir effectué un contrôle restreint de sa légalité, ce qui serait incohérent avec l'approche suivie dans d'autres domaines du droit de l'Union. Suivant une démarche dualiste bien connue (notamment depuis les affaires *Honeywell* de 2010 et OMT de 2014 et de 2016) mais jusqu'à présent jamais mise en œuvre, les actes des institutions de l'Union n'ont pas d'effet obligatoire dans l'ordre juridique allemand dans la mesure où ils sont *ultra vires*. Le Tribunal constitutionnel procède donc à sa propre analyse de la légalité des décisions de la Banque centrale Européenne au regard du droit de l'Union. Selon le Tribunal constitutionnel, ces décisions sont aussi *ultra vires*, en violation manifeste et « structurellement significative » du principe de proportionnalité et des articles 119 et 127 TFUE relatifs à la politique monétaire et à la politique économique (points 164-179). La Banque centrale n'aurait pas identifié et pondéré les effets économiques de ses décisions (sur les finances des Etats membres, sur le secteur bancaire, sur les ménages, sur les entreprises, sur l'action du Système européen de banques centrales), alors que ces effets doivent selon le Tribunal constitutionnel être mis balance avec l'objectif de politique monétaire poursuivi (obtention de taux d'inflation inférieurs à, mais proches de, 2%). En revanche, le Tribunal constitutionnel considère que les décisions de la Banque centrale européenne ne contreviennent pas à l'interdiction du financement monétaire établie à l'article 123, § 1 TFUE. Toutefois, l'interprétation retenue pour cette disposition est différente de celle de

[14] https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2020/05/rs20200505_2bvr085915fr.html.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

la Cour de justice de l'Union. Si la Banque centrale s'en écartait, cela porterait atteinte aux pouvoirs constitutionnellement protégés du Bundestag en matière budgétaire et serait donc contraire à l'identité constitutionnelle allemande (pts 180-221).

Sur la base de cette analyse, le Tribunal constitutionnel enjoint au gouvernement fédéral et au Bundestag d'agir pour que la Banque centrale procède à un examen du PSPP à l'aune du principe de proportionnalité (point 232). Elle interdit à tous les organes constitutionnels, autorités administratives et tribunaux allemands de mettre en œuvre des actes *ultra vires* (point 234). Cela implique que la Bundesbank, passé un délai de trois mois, ne peut plus participer au programme PSPP, sauf si le Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne adopte une nouvelle décision qui démontre clairement la proportionnalité du programme (point 235). La Banque centrale européenne n'a pas adopté de véritables décisions nouvelles, mais a publié des comptes rendus de réunions du Conseil des gouverneurs faisant état de débats sur la proportionnalité du PSPP et d'autres programmes. Le Bundestag et le gouvernement fédéral ont considéré cette démarche comme suffisante pour la mise en œuvre du jugement du 5 mai 2020. Certains requérants ont contesté cette appréciation devant le Tribunal constitutionnel, qui aura donc l'occasion de revenir sur la question.

Le jugement est en net décalage avec des solutions bien établies dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière d'indépendance et de mandat de la Banque centrale européenne, de financement monétaire, de proportionnalité et d'intensité du contrôle de légalité. Par-delà la participation à l'Union européenne, certains passages du jugement présentent un intérêt pour la conception allemande des rapports de systèmes ou de la participation à des institutions internationales (cf. article 24 de la Loi fondamentale). Pour la première fois, des actes des institutions de l'Union ont été considérés comme *ultra vires* par le Tribunal constitutionnel allemand. Cette position repose sur une conception particulièrement étendue du principe d'attribution qui mériterait des clarifications car ce qui est reproché à la Banque centrale européenne et à la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas l'incompétence *stricto sensu* pour l'adoption des actes litigieux, mais la manière dont elles ont exercé leurs compétences. Discutable pour les décisions de la Banque centrale européenne, la frontière entre la politique monétaire et la politique économique étant ténue, cette approche est encore plus critiquable en ce qui concerne l'arrêt de la Cour de justice de l'Union, d'autant plus que le Tribunal constitutionnel ne conteste pas la compétence de la Cour pour connaître de la légalité des actes des institutions de l'Union. Pour le Tribunal constitutionnel, l'arrêt *Weiss* « fournit en fait à la BCE la compétence de mener une politique économique autonome » (point 163), ce qui revient à admettre que chaque arrêt de la Cour de justice de l'Union concernant la base juridique d'actes d'institutions de l'Union peut être un acte *ultra vires* dans la mesure où il ne correspond pas à l'analyse du Tribunal constitutionnel. Toutefois, du point de vue du droit de l'Union et du droit international, l'inexécution d'une décision juridictionnelle obligatoire n'est qu'un manquement, comme l'ont rappelé implicitement la Cour de justice de l'Union européenne, dans un communiqué de presse du 8 mai, et la présidente de la Commission européenne, dans une déclaration du 10 mai.

E. CASTELLARIN

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

COLOMBIE. Cour Constitutionnelle, décision SU-081/2020 26 février 2020[15] —. Rapports entre droit interne et droit communautaire andin (mécanisme du renvoi préjudiciel). Non appartenance du droit communautaire andin au bloc de constitutionalité et absence de supériorité à la loi. Application immédiate, directe et préférentielle dans l'ordre interne 9

Saisie d'une action de *tutela*, la Cour constitutionnelle se prononce ici sur les rapports entre le droit de la communauté andine et le droit national. L'importance de cette affaire, mettant en cause une possible violation des normes communautaires qui font partie de l'ordre juridique colombien, la conduit à rendre une sentence dite « d'unification » destinée à harmoniser et consolider sa jurisprudence sur la question.

L'Autorité nationale de Télévision colombienne avait été condamnée dans le cadre un arbitrage local initié par une compagnie privée de média colombienne à rembourser à cette dernière des sommes indûment versées. Son recours en annulation de la sentence ayant été rejeté par le Conseil d'Etat, l'Autorité nationale, à court de recours, introduit une action de *tutela* contre la décision du Conseil d'Etat. Elle fait valoir, entre autres, que la haute Cour a manqué de tenir compte dans le cadre du contrôle de la validité de la sentence de ce que le Tribunal arbitral aurait failli à son devoir, en vertu de l'article 33 de la Décision 472 de 1999 de la Communauté andine, de solliciter du Tribunal de la Communauté andine l'interprétation préjudicielle des normes communautaires sur le service des télécommunications. S'appuyant sur la même Décision 472, la compagnie de média soutient elle que le renvoi préjudiciel n'était pas requis en l'espèce, le service de télévision étant explicitement exclu du régime du droit communautaire – il n'y avait donc pas de droit communautaire à appliquer à l'espèce et, par suite, pas d'interprétation de celui-ci à rechercher.

La Cour constitutionnelle rappelle que la Colombie est habilitée par les articles 9 et 227 de la Constitution à participer à des mécanismes d'intégration, dont l'objet est d'uniformiser certains sujets communs aux Etats ; ce qu'elle a fait en rejoignant la Communauté andine des Nations par adhésion à l'Accord de Carthagène. En vertu de cet Accord, qui prévoit une unification normative dans les domaines économiques, commerciaux, douaniers, industriels et financiers, les normes communautaires, incluant le droit dérivé de la Communauté andine (dont la Décision 472 de 1999), sont directement incorporées dans l'ordre juridique colombien où elles sont dotées d'une application préférentielle. Ce qui fait dire à la Cour constitutionnelle que ce droit communautaire andin constitue un droit « supranational », au sens où il est directement efficace et d'application immédiate dans l'ordre interne et qu'il prime sur des normes ordinaires de droit interne. Pour autant, précise la Cour, le droit communautaire n'a pas le même rang que la Constitution et n'est pas supérieur aux lois ordinaires internes. La Cour rappelle aussi à cette occasion sa propre jurisprudence en vertu de laquelle le droit communautaire ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité, dont relèvent seulement les traités concernant les droits de l'homme et le droit humanitaire.

Après cette explication de principe, la Cour s'attache au mécanisme du renvoi préjudiciel – consistant pour un juge national appelé à appliquer le droit communautaire à renvoyer au Tribunal de la Communauté andine afin de garantir l'interprétation correcte et uniforme de ce droit. Le caractère obligatoire de ce renvoi dépend de deux éléments cumulatifs. D'une part, le droit communautaire doit être appliqué à l'espèce, en totalité ou en partie ; d'autre part, la décision judiciaire à rendre ne doit pas être susceptible d'un recours en appel et donc émaner d'un tribunal qui se prononce en premier et dernier ressort.

[15] https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU081-20.htm

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les arbitres en droit colombien étant, par mandat constitutionnel (article 116 de la Constitution), considérés comme des juges de dernière instance lorsqu'ils exercent leur mission, ils doivent *mutatis mutandis* solliciter l'interprétation préjudicielle aux fins d'appliquer le droit communautaire. Le manquement d'un tribunal arbitral à un tel devoir de renvoi au juge communautaire est, en tant que violation du principe d'une procédure régulière, un motif d'annulation de la sentence arbitrale. En l'occurrence néanmoins, la Cour constitutionnelle estime que, le droit communautaire n'étant point applicable à l'espèce, il n'incombait pas au Tribunal arbitral de renvoyer au juge communautaire. Par suite, il n'y a pas lieu de protéger des droits procéduraux fondamentaux du requérant a travers de l'action de *tutela* engagée contre la décision du Conseil d'Etat.

D. CORREA

ALLEMAGNE. Tribunal administratif de Berlin, 28 janvier 2020 (VG 4 K 135.19)[16] —. Application d'un règlement européen en exécution des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies (sanctions ciblées dans le domaine de la lutte contre la prolifération nucléaire). Interprétation. Contrôle de proportionnalité et marge d'appréciation de l'autorité administrative 10

Le Tribunal administratif de Berlin entérine par cet arrêt une décision de la mairie de l'arrondissement central de Berlin ordonnant au requérant, une société privée gestionnaire d'un hôtel berlinois, la cessation de toute activité liée à l'utilisation de ce bâtiment appartenant à la République populaire démocratique de Corée. Procédant de l'identité du propriétaire du bâtiment hébergeant l'hôtel en question, auquel la location offrait des ressources économiques non négligeables, cette décision se fondait sur le Règlement (UE) 2017/1509 du Conseil concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée – dont l'article 20 (1)(c), donnant effet aux sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies en réponse à des essais nucléaires de la République démocratique de Corée[17], prohibe spécifiquement la participation « à toute activité liée à l'utilisation de biens immobiliers dont des personnes, des entités ou des organismes du gouvernement de la RPDC sont propriétaires, qu'ils louent ou sont d'une autre manière habilités à utiliser [...] »[18].

Retenant que la mairie d'arrondissement avait pu à bon droit ordonner au requérant de s'abstenir non seulement de l'exploitation de l'hôtel mais aussi de toute utilisation du bâtiment, alors même que le contrat de location avait pris fin en 2017 et qu'aucun paiement n'était plus effectué depuis lors au profit de la République populaire de Corée, le juge allemand retient une interprétation élargie de la résolution 1718 (2006) et du Règlement européen 2017/1509 : ils incluent des mesures restrictives ne relevant pas du seul secteur financier. S'appuyant sur le principe de l'effet utile, il juge en outre qu'il appartenait à la mairie d'arrondissement de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect dudit Règlement. Et, appréciant la proportionnalité de telles limitations à l'exercice de sa liberté professionnelle et de sa liberté d'entreprise par le requérant, il ne les tient pas pour arbitraires en tant qu'elles répondent à l'objectif du maintien de la paix et de la sécurité

[16] VG Berlin, Urt. *c.* 28.1.2020 – 4 K 135.19, *BeckRS* 2020, 408 (*consultable à* https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.887906.php).
[17] V*oir not.* S/RES/1718 (2006), suivie des S/RES/1874 (2009), S/RES/2087 (2013), S/RES/2094 (2013), S/RES/2270 (2016), S/RES/2321 (2016) et S/RES/2371 (2017).
[18] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1509&from=EN

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

internationales. En tout état de cause, conclut-il, étant fondée sur des décisions du Conseil de sécurité, l'interdiction s'impose aux Etats membres de l'Union européenne (en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations unies) et ne laisse par suite aucune marge d'appréciation à l'autorité administrative.

M. PASCHOU

BRÉSIL. Cour Suprême, mesure provisoire du 31 mars 2020[19] —. Pandémie mondiale et mesures nationales de restriction. Interprétation de la Constitution par référence aux recommandations non contraignantes des organisations internationales (*soft law*). 11

La relativisation par le chef d'Etat brésilien de l'ampleur de la crise sanitaire occasionnée par la pandémie de Covid-19 a conduit le gouvernement fédéral à défendre une politique privilégiant la continuité de l'activité économique, afin d'éviter le chômage et la misère, contre le confinement et la distanciation sociale. A l'inverse, de nombreux Etats fédérés et municipalités ont mis en place des dispositifs contraignants de restrictions (de déplacements et de réunions). La santé publique relevant en vertu de la Constitution brésilienne de 1988 de la compétence partagée entre l'Union fédérale, les Etats fédérés et les municipalités, ce désaccord sur les mesures à prendre pour faire face à la pandémie a généré un conflit au sein de l'Etat.

Après que la Cour Suprême a reconnu aux Etats fédérés et aux municipalités la compétence pour imposer des mesures de distanciation sociale, le gouvernement fédéral a lancé une campagne (dite « Le Brésil ne peut pas s'arrêter ») encourageant les brésiliens, à travers des messages publicitaires et des vidéos, à reprendre leurs activités économiques. Contestant cette défiance des mesures restrictives adoptées par les gouverneurs et les maires, le parti politique *Rede Sustentabilidade* (« Réseau Durable ») a entamé, avec succès, une action devant la Cour Suprême visant à interdire la campagne publicitaire.

Pour cette mesure provisoire d'interdiction, le juge Barroso s'est appuyé, entre autres arguments, sur les recommandations de l'Organisation mondiale de la Santé favorables au confinement. La décision se réfère aux rapports de l'Organisation mondiale de la Santé sur l'évolution de la pandémie dans le monde (notamment, le nombre de personnes contaminées et le nombre de morts) et transcrit la déclaration du Directeur général de l'Organisation du 25 mars 2020 recommandant aux Etats membres de prendre des mesures de distanciation sociale pour ralentir la propagation de la Covid-19 et réduire la pression sur les systèmes de santé. Le juge Barroso renvoie également à la position conforme des sociétés savantes et des universitaires, et observe que le principe de précaution implique, en tout état de cause, la mise en œuvre de mesures d'isolement social. Pour ces raisons, il juge la campagne publicitaire contraire au droit à la santé, tel que protégé par Constitution brésilienne, justifiant son interdiction.

Il est significatif que, alors que le chef d'Etat brésilien, à l'instar de son homologue états-unien, se montre hostile aux organisations multilatérales, les recommandations non obligatoires adoptées en leur sein servent l'interprétation par le juge suprême de la norme constitutionnelle brésilienne.

D. DAMÁSIO BORGES

[19] La mesure provisoire est disponible sur le lien internet suivant : https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

IV. SITUATION INTERNE DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES

Exécution et prise en considération des décisions judiciaires

RUSSIE. Cour constitutionnelle, décision du 16 mars 2020 N 1-3 sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les révisions de la Constitution de la Fédération de Russie (non en vigueur)[20] —. Représentation dualiste des rapports de système. Supériorité de la constitution. Mise en œuvre interne des décisions des juridictions internationales 12

La Loi sur les révisions apportées à la Constitution de la Russie comporte un volet intéressant la mise en œuvre du droit international sur le territoire russe. Signée par le Président de la Fédération de Russie le 14 mars 2020, après approbation par le Parlement russe, elle fût soumise au contrôle de la Cour Constitutionnelle russe qui conclut à sa constitutionnalité par cette décision du 16 mars 2020.

L'article 15, alinéa 4, de la Constitution de la Fédération de Russie prévoit l'autorité juridique du droit international dans l'ordre juridique interne et la primauté des engagements conventionnels sur la loi : « [l]es principes et normes universellement reconnues du droit international ainsi que les accords internationaux de la Fédération de Russie font partie intégrante de son système juridique. Si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international de la Fédération de Russie, les règles du traité international prévalent ». La Loi sur les révisions de la Constitution soumise au contrôle constitutionnel ne modifie pas cette disposition mais en introduit deux nouvelles qui sont liées, de l'avis de la Cour. Destinée à prendre place sous l'article 79 de la Constitution, l'une prévoit que « [l]es décisions des organes interétatiques adoptées sur le fondement des clauses des traités internationaux de la Fédération de Russie ne sauraient, dans leur interprétation non-conforme à la Constitution de la Fédération de Russie, donner lieu à exécution dans la Fédération de Russie ». L'autre enrichit l'article 125 de la Constitution d'un nouvel alinéa 5 qui habilite la Cour Constitutionnelle à statuer sur la possibilité d'exécuter les décisions des organes interétatiques visés à l'Article 79, ainsi que les décisions de cours étrangères ou de tribunaux arbitraux internationaux si ces décisions contredisent les principes de base de l'ordre public russe – dernière hypothèse qui évoque l'affaire *Yukos*.

Ces révisions constitutionnelles sont l'aboutissement d'une démarche de la Cour Constitutionnelle. Par décision du 14 juillet 2015, elle avait conclu que la Russie devait, à titre exceptionnel, s'abstenir du respect de ses obligations internationales résultant d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'une telle abstention était le seul moyen d'éviter une violation des principes et normes fondamentaux de la Constitution (voy. *Cette Revue*, 2015-4, pp. 825-828). Puis la Cour a fait usage du pouvoir qui lui a été reconnu ensuite par la révision en décembre 2015 de la Loi fédérale constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de bloquer l'exécution d'un jugement international, par exemple en déclarant non susceptible d'exécution l'arrêt rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Anchugov et Gladkov c Russie* (décision du 19 avril 2016, voy. *Cette Revue*, 2016-4, pp. 918-922).

[20] http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision459904.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Cette démarche témoigne d'un effort continu de la Cour (et du législateur russe) d'élaborer une vision dualiste de la mise en œuvre du droit international sur le territoire russe, nonobstant le régime *a priori* moniste retenu par l'article 15, alinéa 4, de la Constitution ; effort que prolonge la décision du 16 mars 2020. La Cour y affirme ne pas discerner de contradiction entre, d'une part, les nouveaux articles 79 et 125, alinéa 5, et, d'autre part, l'article 15, alinéa 4, de la Constitution. Selon elle, le mécanisme introduit par les révisions ne commande pas un refus par la Russie d'exécuter ses engagements conventionnels et les décisions des organes juridictionnels interétatiques pris sur leur fondement. Son objectif est d'aménager un moyen, acceptable du point de vue constitutionnel, de mettre en œuvre ces décisions par l'Etat tout en préservant la force juridique supérieure de la Constitution dans le système juridique russe (dont les traités internationaux constituent une composante).

L'optimisme du juge constitutionnel russe n'est pas été partagé par les interlocuteurs internationaux de la Russie et, en particulier, le Conseil de l'Europe. En juin 2020, la Commission de Venise a considéré que les révisions proposées, notamment l'article 79, exposaient la Russie à des violations de ses obligations en tant que partie à la Convention européenne des droits de l'homme, et que la mise en œuvre de ces révisions déterminerait leur effet sur le respect par la Russie de ses obligations[21]. La Loi fédérale sur les révisions de la Constitution de la Fédération de Russie a été approuvée par un référendum en date du 1er juillet 2020. Le 3 juillet 2020, le décret publiant la Constitution révisée a été signé par le Président russe.

M. GRITSENKO

ITALIE. Cour de cassation, troisième section civile, 3 septembre 2019, n°21995[22] —. Exécution de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* 13

L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice contre l'Italie dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* sont toujours, avec la sentence subséquente y relative de la Cour constitutionnelle italienne (voy. *Cette Revue*, 2014-4, pp. 970-974), l'actualité de la pratique des tribunaux italiens, comme ici de la Cour de cassation. Celle-ci était en l'espèce saisie d'un recours présenté par la société nationale des chemins de fer allemande contre un arrêt par lequel le Tribunal de Rome avait accueilli la demande d'opposition à exécution présentée par l'Autogestion régionale de Voitia contre la mesure par laquelle le juge de l'exécution avait exclu la saisie de biens allemands situés en Italie motif tiré de l'arrêt de la Cour internationale. Cette procédure d'exécution était initiée sur le fondement de l'arrêt du Tribunal grec de Livadia ayant condamné l'Allemagne à la réparation des dommages causés aux familles des victimes du massacre de Distomo. Au-delà des raisons formelles et procédurales qui la conduisent à rejeter le recours, la Cour de cassation considère nécessaire, en raison de l'unicité du cas, de relever l'erreur de droit qui frappait la mesure d'exécution et qui aurait donc conduit, en tout état de cause, à une validation de la décision objet du recours.

[21] Avis CDL-AD(2020)009-e du 18 juin 2020, accessible (en anglais) sur https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)009-e&fbclid=IwAR1JO8IojBv-7uxOyz9s14a-WK6mMVaGYrPTR1oHN-PGPp24WqO4UCusTRw

[22] http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Elle analyse à ce titre la portée de la décision de la Cour internationale dans l'ordre juridique italien : ayant été rendue dans le cadre d'un différend interétatique, cette décision n'est pas directement contraignante vis-à-vis des sujets et organes (y compris juridictionnels) étatiques qui ne sont soumis qu'au droit interne. Ce que confirme au demeurant, selon elle, l'adoption d'une loi de réception destinée à permettre la mise en œuvre de la décision internationale dans l'ordre juridique italien. Pour autant, l'application de cette loi dans le cas d'espèce est exclue dans la mesure où, afin de garantir le respect des principes internes en matière de procédure d'exécution, le législateur a limité au juge du fond, à l'exclusion du juge d'exécution, la possibilité de relever l'absence de juridiction. La Cour de cassation exclut également, et en tout état de cause, être tenue au respect de la décision de la Cour internationale par effet de la sentence de la Cour constitutionnelle ayant déclaré l'inconstitutionnalité, et donc l'inapplicabilité dans l'ordre interne, des immunités juridictionnelles pour les *delicta imperii*.

G. MARINO

ITALIE. Cour de cassation, sections unies pénales, 3 mars 2020, n°8544[23] —. « Arrêts-pilotes » et « à portée générale » de la Cour européenne des droits de l'homme. Notion de « jurisprudence consolidée » 14

Le 14 avril 2015, dans l'affaire *Contrada*, la Cour européenne des droits de l'homme déclarait l'Italie responsable de la violation de l'article 7 de la Convention (principe de légalité), pour avoir condamné le requérant à raison d'un crime de *concorso esterno in associazione mafiosa* alors que l'existence d'un tel crime n'était pas connaissable au moment de la commission des faits. Cinq ans après cette décision, les sections unies de la Cour de cassation étaient appelées à se prononcer sur cette question, maintenant récurrente, de la portée des décisions de la Cour de Strasbourg dans les ordres juridiques internes des Etats, en particulier de l'étendue des effets d'une condamnation au-delà de l'affaire spécifique dans laquelle elle a été prononcée.

La question de droit était plus spécifiquement de savoir si d'autres individus que des requérants dans la procédure européenne – seuls à bénéficier de l'autorité de la chose jugée – peuvent invoquer à leur profit une hypothèse de révision du procès introduite dans l'ordre interne en cas de condamnation de l'Italie par la Cour européenne, afin de contester leur condamnation au titre de la même incrimination. Et cela au motif que la Cour de Strasbourg aurait relevé une incompatibilité structurelle de l'ordre interne avec les engagements conventionnels. La Cour de cassation cherche ainsi à savoir si la décision rendue dans l'affaire *Contrada* présente les caractères qui permettent aux décisions européennes d'étendre leurs effets au-delà du cas décidé. Elle évoque les notions d'« arrêt-pilote » et d'arrêt « à portée générale » – qu'elle s'attache à définir et à distinguer, à la fois sur la base de la jurisprudence européenne et constitutionnelle, et dont la spécificité par rapport aux arrêts « ordinaires » consiste dans la constatation de carences structurelles de l'ordre interne –, ainsi que le concept d'origine interne de « jurisprudence consolidée » de la Cour européenne. La Cour constitutionnelle a posé en effet à plusieurs reprises le principe selon lequel, en dehors de l'obligation de mettre en œuvre les décisions de la Cour européenne sur le fondement de l'article 46 de la Convention, les interprétations de la Convention de la part

[23] http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de la Cour de Strasbourg, qu'elles soient ou non contenues dans des arrêts concernant l'Italie, ne lient les juges italiens qu'à condition d'être l'expression d'une pratique consolidée.

A l'issue de ces réflexions et de l'analyse des arguments sur la base desquels la Cour européenne a condamné l'Etat italien (centrale est notamment la prise en considération par les juges européens de la prévisibilité tant objective que subjective de l'incrimination), les sections unies refusent de faire relever la décision du 14 avril 2015 de la catégorie des arrêts-pilotes et des arrêts à portée générale, dans la mesure où cette décision ne permet pas d'affirmer en termes généralisés l'absence de prévisibilité de l'incrimination de *concorso esterno in associazione mafiosa*. Elles excluent, de plus, que cette décision exprime une jurisprudence consolidée en tant qu'elle ne reflète pas une orientation univoque à propos de l'accessibilité et de la prévisibilité du droit pénal. Ainsi, ses effets ne peuvent pas être invoqués par ceux qui, tout en étant dans la même situation, n'ont pas participé à la procédure européenne. Au-delà du retour sur la catégorisation des décisions de la Cour de Strasbourg en fonction de l'étendue de leurs effets, cet arrêt témoigne d'une divergence entre les juridictions italiennes et la juridiction internationale dans l'appréhension de certaines notions du droit pénal, spécialement lorsque sont en jeu des incriminations ayant une portée historique et sociale particulièrement significative dans l'ordre juridique italien – comme c'est le cas pour celles relatives à la répression du phénomène mafieux. Dans cette perspective, la Cour de cassation semble également avancer une critique substantielle des raisons ayant conduit à la condamnation de l'Italie, qui l'amène à écarter, en dernier recours, la possibilité d'utiliser l'arrêt aux fins d'une « *interpretazione convenzionalmente orientata* » du principe de légalité.

G. MARINO

Nota. Sur le contrôle par le juge interne des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, et les effets de leur inexécution par et pour l'Etat, voir Allemagne, Tribunal constitutionnel fédéral, 5 mai 2020 (*infra*, n° 8)

Exécution et contrôle de la validité des sentences arbitrales

ROYAUME UNI. Cour suprême, 19 février 2020, *Micula and others c. Roumanie*, [2020] UKSC 5[24] —. Reconnaissance et exécution d'une sentence CIRDI. Articulation droit de l'UE et droit des investissements. Conflit d'obligations conventionnelles dans l'ordre interne. Droit des traités. Principe du *comity* 15

L'affaire Micula illustre depuis des années les tensions entre droit de l'Union européenne et droit international des investissements. Les frères Micula, de nationalité suédoise, ont obtenu en 2013 d'un tribunal arbitral du CIRDI une sentence condamnant la Roumanie à leur verser plus de cent-soixante millions d'euros en réparation de violations du traité bilatéral d'investissement Suède-Roumanie (CIRDI ARB/05/20, *Ioan Micula et autres c. Roumanie*, sentence finale du 11 décembre 2013). Les tentatives d'exécution de la sentence échouèrent, notamment du fait de la volonté de la Roumanie et de la Commission européenne de s'y opposer en alléguant qu'une telle exécution serait en contradiction avec le droit européen relatif aux aides d'Etat (décision [UE] 2015/1470 du 30 mars 2015 concernant l'aide d'Etat SA. 38517 [2014/C] [ex 2014/NN]). Bien que cette décision de la Commission a été annulée par le Tribunal de l'Union européenne (18 juin

[24] https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0177-judgment.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

2019, *European Food SA et autres c. Commission européenne*, T-624/15, T-694/15, T-704/15), les difficultés persistèrent. La Commission européenne a interjeté appel de ce jugement devant la Cour de justice de l'Union (l'affaire est pendante).

Appelé à se prononcer dans le contexte spécifique du Brexit sur la demande d'exécution de la sentence présentée par les frères Micula, le juge britannique avait d'abord suspendu l'exécution de celle-ci en attente de l'issue de la procédure devant le Tribunal de l'Union européenne. Par son arrêt du 19 février 2020, la Cour suprême décide d'annuler la suspension de l'exécution. Il affirme que le principe de coopération loyale, posé par l'article 4.3 du Traité sur l'Union européenne ne saurait justifier le refus d'exécution d'une sentence arbitrale CIRDI en méconnaissance de l'article 54.1 de la Convention de Washington. La mise en balance de ces deux obligations pesant sur le Royaume Uni est délicate, mais l'analyse minutieuse conduite par la Cour suprême est particulièrement stimulante.

L'article 54.1 de la Convention de Washington dispose que « [c]haque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ». Une juridiction nationale ne pourrait suspendre une sentence CIRDI que pour des raisons procédurales et non, comme ce serait le cas dans cette affaire, pour des raisons de fond (§ 84). La Roumanie, la Suède, ainsi que le Royaume Uni ayant ratifié la Convention de Washington avant de devenir membres de l'Union européenne, cette disposition l'emporterait sur l'obligation de coopération loyale par le jeu de l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union. Ce dernier prévoit que « [l]es droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les Etats adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités ».

Les conditions d'application de l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union sont discutées. La Roumanie défendait que cette disposition n'était pas applicable aux situations intra-Union européenne mais uniquement aux traités appliqués dans les relations entre un Etat membre et un Etat tiers. La Cour suprême affirme elle que « *[w]hile it is correct that in order for article 351 TFEU to apply relevant obligations under the prior treaty must be owed to a non-member state, that does not impose an additional requirement that the particular dispute before the court must relate to extra-EU activities or transactions* » (§ 100). Or, la Cour suprême estime que les obligations découlant de l'article 54 de la Convention de Washington engagent un Etat partie (le Royaume Uni) à l'égard non seulement d'un investisseur ou de son Etat d'origine, mais aussi de l'ensemble des autres Etats parties à la Convention, qui peuvent être membres ou non de l'Union européenne (§ 104). La condition d'existence d'obligations vis-à-vis d'un tiers est ainsi satisfaite.

La Roumanie soutenait que le principe de coopération loyale inscrit à l'article 4.3 du Traité sur l'Union européenne imposait en tout état de cause à la juridiction britannique de suspendre l'exécution de la sentence dans l'attente d'une décision des juridictions de l'Union européenne concernant l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (§ 111). L'objectif étant ici d'éviter des décisions contradictoires entre juridictions interne et européenne. La Cour suprême justifie par trois points son refus de suivre ce

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

raisonnement : la question, dans le contexte de l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union, de l'existence ou de l'étendue d'une obligation découlant d'un traité conclu antérieurement à l'adhésion n'est pas réservée à l'examen des juridictions de l'Union ; les procédures en cours devant les juridictions de l'Union ne portent pas sur cette question – un tribunal belge a saisi la Cour d'une question préjudicielle au sujet de l'exécution de la sentence Micula mais la Belgique ayant ratifié la Convention de Washington après son adhésion à l'Union, l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union est inapplicable – ; la perspective de voir une juridiction de l'Union traiter la question est éloignée et incertaine. Le principe de coopération loyale ne commande donc pas de suspendre l'exécution de la sentence Micula au Royaume Uni, ce qui serait une violation tant du droit international que du droit interne britannique (§ 118).

A quoi pourrait s'exposer le Royaume-Uni en arbitrant en faveur de la Convention de Washington ? La Cour suprême reconnait qu'une procédure d'infraction pourrait être engagée par la Commission européenne, mais elle se montre sereine en affirmant que « *the principle of comity and the two-way application of the principle of sincere co-operation would be likely to lead the Court of Justice to leave the interpretation of the Convention, to which the EU is not a party, to the domestic courts of the United Kingdom as a Contracting State* » (§ 116). L'hostilité affichée par la Cour de justice à l'égard de l'arbitrage d'investissement symbolisée par l'arrêt Achmea (CJUE, 6 mars 2018, *République Slovaque c. Achmea*, C-284/16) invitait sans doute à un peu plus de prudence. Il n'est en revanche pas douteux que la décision de la Cour suprême ne peut que renforcer l'attractivité de l'ordre juridique britannique pour rechercher l'exécution de sentences arbitrales adoptées à l'occasion de différends intra-Union européenne.

J. CAZALA

PAYS-BAS. Cour d'appel de La Haye, 18 février 2020, *Veteran Petroleum Limited, Youkos Petroleum Limited, Hulley enterprises limited c. Fédération de Russie*, n°200.197.079/01[25] —. Contrôle de la validité et de l'annulation des sentences arbitrales. Interprétation des traités. Application provisoire 16

Le balancier de l'affaire Yukos poursuit son mouvement équilibré, d'une décision exceptionnelle à une autre. En 2014, une sentence arbitrale condamnait en effet la Russie à verser une indemnisation record aux actionnaires du groupe pétrolier russe (près de cinquante milliards de dollars) pour une violation du Traité sur la Charte de l'énergie. En 2018, cette sentence était annulée par la Cour de district de La Haye au motif que la Russie n'aurait pas exprimé son consentement à l'arbitrage en vertu du Traité. En 2020, c'est cette annulation qui était à son tour remise en cause par la Cour d'appel de La Haye, laquelle rétablissait donc les créanciers de la Russie dans leurs droits et ouvrait de nouveau la voie à l'exécution de la sentence. Cette controverse, qui peut donner l'impression d'une certaine insécurité juridique, se justifie en réalité par l'ambiguïté qui entoure le Traité sur la charte de l'énergie et, plus précisément, son application provisoire, qui se trouve au cœur du débat.

[25] https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Traduction non-officielle en anglais : https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-yukos-universal-limited-isle-of-man-v-the-russian-federation-judgment-of-the-hague-court-of-appeal-tuesday-18th-february-2020

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

On doit en effet rappeler que, si la Russie avait signé cet instrument, elle ne l'a jamais ratifié. Certaines de ses dispositions lui étaient pourtant opposables, le traité prévoyant son application provisoire dès la signature. Cette application provisoire, en vertu de l'article 45, est toutefois doublement encadrée : d'une part, elle ne joue que jusqu'à la ratification – or, en l'espèce, la Russie avait indiqué entre temps ne pas souhaiter ratifier le traité, de sorte que l'application provisoire pouvait être questionnée ; d'autre part, elle n'est possible vis-à-vis d'un Etat que « dans la mesure où » elle n'est pas contraire à la constitution ou aux lois et règlements de cet Etat. C'est surtout ce second aspect qui était très discuté et que se sont opposés, d'une part, la Cour de district de la Haye et, d'autre part, le Tribunal arbitral et la Cour d'appel. Cette dernière propose, dans sa décision de février 2020, une lecture assez nouvelle de l'article 45, comme une sorte de troisième voie entre les deux interprétations qui en avaient été retenues par le Tribunal arbitral et la Cour de district. Le premier avait en effet considéré que la limite de l'article 45 ne concernait que l'hypothèse dans laquelle le droit interne s'opposait à l'application provisoire des traités alors que la seconde avait considéré que cette limite jouait dès lors qu'une disposition du traité entrait en contradiction avec une norme de droit interne. Ce sont donc deux interprétations opposées – l'une très étroite, l'autre très large – de l'article 45 qui étaient jusque-là proposées.

Au regard du degré considérable d'incertitude entourant la signification exacte de l'article 45, la décision de la Cour d'appel était donc très largement attendue. En renversant la décision de première instance, elle constitue un petit séisme (un de plus) dans cette affaire au long cours mais présente aussi et surtout un très grand intérêt sur la manière dont le juge néerlandais appréhende le droit international. Celui-ci semble particulièrement soucieux de respecter les principes d'interprétation de la Convention de Vienne et d'ancrer en conséquence sa décision dans une logique de droit international bien plus que de droit interne.

La Cour d'appel insiste en effet très largement sur la priorité à accorder au sens ordinaire de la disposition, se distinguant ainsi à la fois de l'approche du Tribunal arbitral et de celle de la Cour de district (4.5.9). Elle met en particulier l'accent sur la formulation de cette disposition, qui prévoit l'application provisoire « dans la mesure » où elle n'est pas incompatible avec le droit national. Cette expression s'oppose, pour la Cour d'appel, à l'approche « tout ou rien » qui avait été celle du Tribunal arbitral : elle suppose au contraire de faire preuve de nuance (4.5.10). Le sens ordinaire est néanmoins assez clair pour la Cour : il s'agit de déterminer si le droit interne s'oppose ou non à l'application provisoire du traité mais tout en admettant que cette application provisoire puisse ne concerner qu'une partie du traité en question. Pour la Cour, ce qui importe est donc de déterminer si le droit interne accepte ou non le principe même de l'application provisoire des traités et non pas de confronter l'ensemble des dispositions de ce traité au droit interne pour déceler d'éventuelles incompatibilités.

Mais la Cour entend encore renforcer sa position en faisant application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne – ce qu'elle avait d'ailleurs fait en s'appuyant sur le sens ordinaire mais sans la mentionner explicitement alors. En particulier, la Cour tient à dégager le contexte ainsi que le but et l'objet de l'article 45 en vue de confirmer son interprétation (4.5.15). S'agissant du premier, il est constitué essentiellement par les autres dispositions du traité – notamment une autre disposition de l'article 45, qui permet aux Etats signataires de déclarer leur opposition à l'application provisoire du traité. Cette possibilité est toutefois, aux yeux de la Cour, totalement autonome et ne saurait influencer

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

la signification claire tirée du sens ordinaire (4.5.17). Il en va de même de l'article 32, qui permet aux parties de suspendre certains de leurs engagements dans le traité en cas de circonstances exceptionnelles mais il s'agit là d'une possibilité différente, soumise à des conditions particulières (4.5.21). La Cour d'appel estime à l'inverse que le contexte peut être établi en référence au Préambule, qui insiste sur la protection et la promotion des investissements (4.5.23) ainsi que sur l'obligation de garantir un climat de stabilité et de sécurité pour les investisseurs (4.5.25). La finalité de protection est donc évidente et c'est à la lumière de celle-ci qu'il faut lire la possibilité d'une application provisoire, laquelle vise précisément à assurer cette protection aussi rapidement que possible (4.5.26).

La Cour d'appel semble toutefois soucieuse de n'occulter aucun des moyens d'interprétation proposés par la Convention de Vienne. La pratique étatique est évoquée même si, étant inexistante, elle n'apportera pas de véritable nouveauté (4.5.32), ainsi que les travaux préparatoires qui viennent confirmer l'interprétation retenue même si cette confirmation est jugée superflue par la Cour elle-même (4.5.35). Elle en conclut donc que l'article 45 ne s'oppose à l'application provisoire du traité que pour les Etats dont le droit interne écarte lui-même cette possibilité (4.5.58).

Le reste de la décision, en bonne logique, est consacré à l'examen du droit russe pour conclure qu'il ne comporte aucune norme de nature à empêcher l'entrée en vigueur provisoire d'un traité. La Russie était donc tenue par la clause d'arbitrage et la compétence du Tribunal arbitral se trouvait en conséquence établie.

Cette décision constitue un bel exemple d'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne par une juridiction interne. Sans doute peut-on déceler un léger excès dans la justification de la Cour d'appel mais qui se comprend pleinement au regard de l'enjeu considérable de l'affaire. Cette justification soignée convainc au demeurant assez largement du fait que l'interprétation retenue par le juge d'appel de La Haye est la seule possible. Même si l'affaire est loin d'être finie, la sentence rendue en 2014 semble donc désormais difficile à remettre en cause et son exécution redevient une perspective envisageable.

A. DE NANTEUIL

V. RESPONSABILITÉ DE L'ETAT

PAYS-BAS. Cour suprême, Division du droit civil, 20 décembre 2019, *Etat des Pays-Bas (Ministère des affaires économiques et de politique climatique) c. Fondation Urgenda* (aff. 19/00135)[26] —. Devoirs positifs de prévention et obligation de due diligence. Droit des changements climatiques (dont Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques), utilisation non-dommageable du territoire et *soft law*. Droit pour chacun de vivre dans un environnement sain en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Principe de précaution 17

La Cour suprême des Pays-Bas a rendu le 20 décembre 2019 un arrêt très attendu dans l'affaire qui a opposé la fondation Urgenda à l'Etat néerlandais. Elle rejette le pourvoi formé par les Pays-Bas à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de La Haye en octobre 2018 (voy. Cette *Revue*, 2018, pp. 1086-1089), lequel avait confirmé le jugement par lequel le Tribunal d'arrondissement de La Haye avait condamné en 2015 les Pays-Bas pour le manque d'ambition de leur politique de lutte contre le réchauffement climatique.

[26] https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le Tribunal leur avait enjoint de réduire le volume des émissions de gaz à effet de serre (GES) d'au moins 25% avant la fin 2020 (voy. Cette *Revue*, 2015, pp. 855-857).

Pour rappel, pour confirmer la solution des juges de première instance, la Cour d'appel de La Haye s'était appuyée sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, portant respectivement sur le droit à la vie et le droit à la vie privée et au domicile. La Cour d'appel de La Haye avait rappelé à cette fin que la Cour européenne des droits de l'Homme a déduit de ces deux dispositions un droit pour chacun de vivre dans un environnement sain. Elle avait souligné, en outre, qu'en application de ces deux dispositions, les Etats sont non seulement tenus de s'abstenir d'atteintes aux droits mais également de prendre des mesures concrètes en vue de prévenir des atteintes aux droits garantis. Pour la Cour d'appel, cette obligation positive ne devait pas conduire pas à exiger l'impossible de la part de l'Etat, mais lui imposait de mener des actions raisonnables lorsqu'existe un risque imminent et réel d'une atteinte significative à ces droits. Soulignant que le réchauffement fait courir un risque réel pour les citoyens d'être confrontés à des pertes de vies humaines et/ou à des perturbations de leur vie familiale, elle était parvenue à la conclusion que la réduction de 20% des émissions d'ici 2020 par rapport à 1990 envisagée par le gouvernement néerlandais était insuffisante pour répondre à son devoir de prévention. Se fondant sur les travaux du GIEC et des organisations internationales elle retint, comme le Tribunal de première instance, qu'une réduction d'au minimum 25% était seule conforme à l'obligation de *due diligence* qu'imposent les articles 2 et 8 de la Convention européenne.

Dans son arrêt du 20 décembre 2019, la Cour suprême confirme le raisonnement suivi par la Cour d'appel et lui apporte des précisions et compléments très utiles. Elle rappelle tout d'abord que la Convention européenne ne consacre pas explicitement un droit à la protection de l'environnement, mais que cette protection est déduite des articles 2 et 8 dans les cas où la matérialisation des risques environnementaux peut avoir des conséquences directes sur la vie ou la vie privée et que ces conséquences sont importantes, et ce même lorsque la santé des personnes n'est pas directement menacée. En tel cas, selon la Cour suprême qui s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Etat a l'obligation de prendre des mesures raisonnables et appropriées pour protéger les individus contre la réalisation de tels risques, y compris lorsqu'existent des incertitudes scientifiques quant à la réalisation de ce risque ou les moyens d'y répondre. Cette solution est guidée selon la Cour suprême par le principe de précaution dont il doit être tenu compte pour l'appréciation de la réalisation des obligations positives des Etats.

A ce stade, se présentait une difficulté que le gouvernement néerlandais n'avait pas manqué de souligner. La Cour européenne faisant application de l'article 8 estime que l'atteinte au droit à la vie privée et au domicile n'est constituée que s'il existe un lien suffisamment direct entre la victime et le dommage à l'environnement. Pour qu'une violation soit constatée, le dommage doit affecter directement la vie privée ou familiale. La Cour européenne des droits de l'homme n'admet qu'avec beaucoup de réticence que le risque d'un dommage futur puisse conférer au requérant individuel la qualité de « victime ». Or, les risques induits par le réchauffement climatique ne sont pas individualisables et présentent fondamentalement un caractère collectif. Le gouvernement néerlandais arguait qu'en conséquence ils ne sont pas couverts par l'article 8. La Cour suprême apporte sur ce point une précision importante : les obligations positives qui pèsent sur les Etats en application de l'article 8 de la Convention sont pertinentes y compris

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

lorsque le risque de dommage que les Etats doivent prévenir affecte un groupe large de personnes, voire une population tout entière, et que ce risque ne se concrétisera que sur le long terme. La Cour relève à cet égard que les risques que fait peser le réchauffement sur la population et les résidents néerlandais sont « réels et directs ». Il est en effet établi que les changements climatiques font peser un danger à terme sur la vie et le bien-être des personnes résidant sur le territoire des Pays-Bas. L'élévation du niveau de la mer qui accompagnera le réchauffement pourrait en particulier rendre le territoire en partie inhabitable et toucher ainsi nombre de personnes vivant dans le pays. La circonstance que la concrétisation de ces risques s'étalera sur quelques décennies et ne touchera pas des personnes spécifiquement identifiées ou des groupes spécifiques n'a pas par conséquence de rendre inopérante la protection offerte par l'article 8. Au contraire, selon la Cour suprême il est conforme au principe de précaution, qui éclaire l'interprétation de l'article 8, de considérer que « *the mere existence of a sufficiently genuine possibility that this risk will materialise means that suitable measures must be taken* » (point 5.6.2).

Compte tenu de la gravité de ces risques, les Etats doivent agir en prenant des mesures raisonnables et appropriées, ce qui inclut l'adoption à la fois de mesures de réduction des émissions de GES et de mesures d'adaptation aux changements climatiques. Le fait que les changements climatiques soient un phénomène global n'a pas pour conséquence, comme l'avait déjà souligné la Cour d'appel dans cette affaire, de dispenser les Pays-Bas de devoir prendre individuellement de telles mesures. La Cour suprême le confirme en se référant à des sources variées qui convergent vers la nécessité que des mesures soient prises par chaque Etat à son niveau : les traités (en particulier, la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques), le droit coutumier (tout spécialement le principe de l'utilisation non-dommageable du territoire) mais également la *soft law*. La Cour suprême s'appuie aussi sur l'article 47 (1) du projet d'articles de la Commission de droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (point 5.7.6) qui énonce que, lorsque plusieurs Etats sont responsables pour le même fait international illicite, la responsabilité de chacun d'eux peut être invoquée par rapport à ce fait.

Restait, pour condamner l'Etat des Pays-Bas, à établir le niveau de réduction des gaz à effet serre que les Pays-Bas auraient dû atteindre avant fin 2020 pour respecter leur obligation de *due diligence*. Les parties étaient d'accord pour considérer comme pertinent l'objectif défini en 2018 par le GIEC d'une réduction des GES de 80 à 95% avant 2030 pour contenir l'augmentation de la température globale à moins de 2 degrés. Leurs positions différaient quant au niveau de réduction qu'il convenait d'atteindre avant fin 2020 pour que cette trajectoire soit respectée. Alors que la fondation Urgenda demandait une réduction de 25 %, le gouvernement néerlandais estimait que, tant le droit international que le droit communautaire, lui permettaient de s'en tenir à une réduction de 20%. Passant en revue nombre de rapports, recommandations et décisions adoptés dans le cadre de la Conférence des parties à la Convention de 1992 sur les changements climatiques ainsi qu'au sein de l'Union européenne, la Cour suprême établit qu'existe un large consensus au sein de la communauté internationale sur la nécessité d'une réduction d'au moins 25% des émissions de gaz à effet de serre par les pays développés afin de limiter le réchauffement climatique à un maximum de 1,5 ºC. Ce consensus éclaire le contenu des mesures de prévention et, partant, le niveau de réduction, auxquels les Pays-Bas sont tenus en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Rejetant, enfin, comme la Cour d'appel, l'argument des Pays-Bas selon lequel, en vertu de la séparation

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

des pouvoirs, il n'appartiendrait pas à un juge de se substituer au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif pour fixer lui-même le niveau de réduction adéquat de réduction des gaz à effet de serre, la Cour suprême indique que l'injonction adressée par le juge de première instance à l'Etat néerlandais, et confirmée en appel, laisse l'Etat libre de choisir les moyens lui permettant d'atteindre la réduction de 25%. Elle n'est donc pas contraire à la séparation des pouvoirs. En conséquence, l'arrêt d'appel est confirmé.

L'arrêt rendu par la Cour suprême des Pays-Bas présente sans doute un caractère plus symbolique que pratique en ce que les mesures qu'il appelle doivent être prises dans un délai trop court (avant fin 2020) pour qu'elles soient mises en œuvre de manière effective. Néanmoins le symbole est fort. L'arrêt constitue en effet un sérieux avertissement pour les autorités néerlandaises que les mesures qu'elles prendront pour lutter contre le réchauffement seront désormais décidées sous le contrôle du juge, au vu des consensus scientifiques qui se feront jour. Au-delà, cette décision restera dans l'histoire comme la première condamnation d'un Etat par une juridiction suprême en matière climatique. Gageons qu'elle inspirera les juges d'autres Etats.

Y. KERBRAT

VI. COMPÉTENCE DE L'ETAT

ALLEMAGNE. Tribunal constitutionnel fédéral, 19 mai 2020, 1 BvR 2835/17[27] —. Applicabilité des droits fondamentaux à l'action extraterritoriale de l'Etat. Services de renseignement. Principe de non intervention. Participation de l'Allemagne à la « communauté internationale » 18

Saisi d'un recours constitutionnel par l'ONG *Reporters sans frontières* et par sept individus, le premier sénat du Tribunal constitutionnel allemand affirme qu'il incombe aux services de renseignement allemands de respecter les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale aussi lorsqu'ils surveillent des télécommunications entre étrangers à l'étranger. En l'occurrence, il juge que plusieurs dispositions de la loi sur le Service fédéral de renseignement (version de 2016), concernant la collecte et le transfert de données et la coopération avec des services de renseignement étrangers, sont contraires au droit au secret de la correspondance et des télécommunications et à la liberté de la presse (articles 10, al. 1, et 5, al. 1, de la Loi fondamentale).

Cette conclusion est atteinte principalement sur la base de considérations de droit constitutionnel, au premier chef desquelles le constat que l'applicabilité des droits fondamentaux constitutionnellement garantis à l'action des pouvoirs publics allemands n'exige ni un rattachement territorial à l'Allemagne ni l'exercice de pouvoirs souverains (points 88-92). Cependant, cette affirmation est remarquablement confortée par des considérations de droit international : l'applicabilité des droits fondamentaux à l'action extraterritoriale de l'Etat allemand en ce qui concerne des étrangers ne constitue pas une violation du principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats, mais le résultat de la participation de l'Allemagne à la communauté internationale car la

[27] https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.html ; résumé en anglais : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-037.html.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

protection constitutionnelle des droits fondamentaux converge avec la protection internationale des individus en tant qu'êtres humains (points 93-103).

Malgré l'inconstitutionnalité des dispositions législatives litigieuses, le Tribunal constitutionnel ne remet pas en cause la compétence du législateur allemand pour régir la surveillance de télécommunications entre étrangers à l'étranger, dans la mesure où celle-ci relève des affaires étrangères de l'Allemagne. Cela implique la collecte d'informations utiles à la prise de décisions politiques ou à la détection de dangers tels que la position de l'Allemagne dans la communauté internationale peut en être affectée (points 121-131). Le fait que, en vertu du droit international, les services de renseignement allemands ne puissent pas adopter des actes de contrainte à l'étranger contribue au constat de la constitutionalité de principe de leur activité (point 165). Le transfert de données à des services de renseignement étrangers doit notamment être compatible avec les principes fondamentaux de l'Etat de droit, auxquels le Tribunal constitutionnel rattache certains aspects du droit international humanitaire (point 237). Enfin, l'ouverture du droit constitutionnel allemand au droit international (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) permet d'envisager la coopération avec des services de renseignement étrangers, pourvu qu'elle n'aboutisse pas au contournement des contraintes constitutionnelles pesant sur les services de renseignement allemands (point 245). Le législateur allemand dispose d'un délai jusqu'au 31 décembre 2021 pour adopter de nouvelles dispositions compatibles avec ces indications (point 331).

E. CASTELLARIN

ITALIE. Cour de cassation, première section pénale, 13 mai 2020, n°14868[28] —. Compétence territoriale. Principe *ne bis in idem.* Détermination par le juge interne des coutumes et principes généraux du droit international 19

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme sa propre jurisprudence ainsi que celle de la Cour constitutionnelle au sujet de l'existence du *ne bis in idem* en tant que norme coutumière ou (dans le langage de la Cour) « principe général du droit international ». L'enjeu est majeur et concret : déterminer s'il existe à la charge de chaque Etat, en dehors de tout engagement conventionnel, un principe international lui imposant de s'abstenir d'exercer la compétence pénale en vertu des règles internes la régissant lorsque l'individu accusé a été condamné pour des faits identiques par les juridictions d'un autre Etat.

Cette question était soulevée par un ressortissant de l'Albanie jugé coupable de meurtre aggravé par un tribunal albanais et condamné par les juridictions italiennes pour les mêmes faits (en tant qu'ils avaient été commis en Italie). Devant la Cour de cassation italienne, il contestait cette condamnation en invoquant le principe du *ne bis in idem* qui serait non seulement consacré dans l'ordre juridique européen mais également étendu aux Etats tiers. Confirmant l'inexistence d'un tel principe ainsi entendu, la Cour rejette le recours. Au soutien de sa décision, elle relève que la consécration par le droit international coutumier du *ne bis in idem* en tant que principe général impliquerait l'introduction d'une exception générale aux principes fondant la majorité des ordres juridiques modernes : ceux de la nature territoriale et obligatoire de la loi pénale. Ces principes trouvent leur justification dans l'absence d'uniformité dans l'exercice de la compétence pénale par les Etats. Dès lors, comme l'avait dit la Cour constitutionnelle dans sa décision n°58/1992,

[28] http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

compte tenu des différences qui continuent de caractériser les systèmes juridiques, le *ne bis in idem* est seulement à l'heure actuelle un objectif vers lequel tend l'ordre juridique international. S'il est consacré dans l'ordre juridique européen, en particulier sous l'article 50 de la Charte de Nice, il y est ancré dans la confiance réciproque entre les Etats membres de l'Union et procède du rapprochement entre leurs ordres juridiques. Son application à des situations impliquant des Etats tiers ne se justifie donc qu'en présence d'un lien avec le droit européen.

La Cour met ainsi en évidence les nuances dans la consécration internationale du *ne bis in idem*, distinguant le droit de l'Union européenne de la Convention européenne des droits de l'homme – qui en impose le respect seulement sur le plan interne – et aussi du droit international où il ne vaut qu'à titre conventionnel entre les Etats l'ayant accepté dans leur rapports réciproques. Du point de vue du rapport entre les juges internes et le droit international, elle contribue ce faisant à l'identification (négative dans ce cas) des principes relevant du droit international coutumier. Pour autant, sa méthode interroge. La Cour s'épargne une recherche des critères habituels d'identification de la coutume – notamment la pratique des autres Etats. Sa conclusion est fondée exclusivement sur la constatation théorique du manque des conditions qui justifieraient la consécration du *ne bis in idem* dans les rapports interétatiques, appuyée par la jurisprudence interne italienne ayant traité précédemment la question.

G. MARINO

Nota. Sur les conditions d'exercice de la juridiction pénale (extraterritoriale) de l'Etat, et l'effet direct des dispositions de la Convention de Palerme, voir Cour de cassation italienne, 1er juillet 2020 (*supra*, n° 6).

VII. IMMUNITÉS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

ETATS-UNIS. Tribunal des Etats-Unis pour le district de Columbia, 14 février 2020, *Jam c. International Finance Corp.,* n° Civil Action n° 15-612 (JDB)[29] —. Champ d'application spatial de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales (lieu des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales 20

Initié par des ressortissants indiens, ce litige met en cause le suivi par la Société financière internationale, une institution du groupe Banque mondiale, des activités d'une filiale de Tata Power à laquelle elle avait accordé un prêt aux fins de la construction d'une centrale électrique au charbon, et le contrôle du respect par celle-ci de ses obligations dans le domaine social et environnemental notamment. Il avait appelé un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 27 février 2019 décidant, sur la base d'une interprétation de l'*International Organizations Immunities Act* de 1945 (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), d'élargir aux organisations internationales le principe de l'immunité relative tout en prévoyant une série de conditions de nature à en rendre la mise en œuvre difficile (voir Cette *Revue*, 2019-4, pp. 1049-1052).

[29] https://www.courtlistener.com/opinion/4727571/jam-v-international-finance-corporation/

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

C'est précisément de l'application de ce nouveau principe dégagé par la Cour suprême à la même espèce qu'il est question dans l'arrêt rendu sur renvoi par le Tribunal des Etats-Unis du District de Columbia.

Ce dernier arrêt établit si les conditions fixées en 2019 par la Cour suprême à la nouvelle immunité relative des organisations internationales sont réunies. La première condition, analysée comme limite à l'immunité relative, est le caractère supplétif de celle-ci : la doctrine de l'immunité relative intervient dans les cas où un traité – notamment un accord de siège – ne prévoit pas une immunité absolue en faveur de l'organisation concernée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La deuxième condition, relative à la qualification même d'acte de gestion, la plus délicate à manier, n'a pas été examinée. Le Tribunal a en effet renversé l'ordre posé par la Cour suprême et choisi de commencer par l'examen de la troisième condition. Celle-ci se décompose en deux branches : avant de déterminer s'il est face à un acte de gestion ou un acte de puissance publique, le juge doit vérifier que l'activité en cause présente un « lien suffisant » avec les Etats-Unis et que le recours est bien fondé – « *must be based upon* » – sur l'activité elle-même ou sur des actes liés à celle-ci. Alors que l'on pouvait s'interroger, à la lecture de l'arrêt de la Cour suprême, sur la nature du « lien avec les Etats-Unis », le Tribunal affirme, en s'appuyant sur la jurisprudence américaine relative à l'immunité de l'Etat étranger, que l'activité visée doit avoir été menée ou accomplie – « *carried on or performed* » – sur le territoire américain. Par suite, l'essentiel de l'arrêt porte sur la question de savoir si les faits qui fondent le recours – « *the gravamen* » – ont eu lieu aux Etats-Unis. Le Tribunal y répond en deux temps.

Il consacre d'abord de longues pages à déterminer les faits exacts reprochés à la Société financière internationale. Lui reproche-t-on d'avoir autorisé, par l'intermédiaire de son Conseil d'administration siégeant à Washington, la signature d'un contrat de prêt en faveur de la société indienne ? Ou lui reproche-t-on des faits qui se sont déroulés en Inde après la signature du contrat ? Selon les plaignants, qui en appellent notamment au principe de causalité dit du « facteur déterminant » – *but for* –, c'est bien la signature du contrat lui-même qui a entraîné les manquements de la société indienne à ses obligations en matière environnementale et sociale. L'activité litigieuse aurait donc eu lieu aux Etats-Unis. La Société financière internationale, soutenue par le gouvernement américain à toutes les étapes de cette procédure, affirme au contraire que seuls doivent être pris en compte les actes qui ont directement causé le dommage. S'appuyant sur le droit américain de la responsabilité tel qu'appliqué notamment dans des affaires d'immunité de l'Etat, le Tribunal rejette l'analyse des plaignants sans toutefois entièrement embrasser celle de la défenderesse. Il souligne ainsi que la seule signature du contrat n'aurait pu constituer le fait dommageable que si la Société financière internationale n'avait pas imposé des obligations environnementales et sociales à la société bénéficiaire du prêt. Or, dans le cas d'espèce, le contrat de prêt comportait bien lesdites obligations. Le Tribunal en conclut que les faits dommageables sont constitués de l'absence même de mesures de contrôle des conditions environnementales et sociales dans lesquelles l'usine en question avait été conçue, construite et exploitée.

Le Tribunal s'attache ensuite à identifier le lieu de réalisation de l'absence de contrôle du respect des obligations environnementales et sociales mises à la charge de la société bénéficiaire. Que le siège de la Société financière internationale soit situé sur le territoire américain ne suffit pas à établir un « lien substantiel » avec les Etats-Unis. Encore faut-il

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

prouver que l'acte en cause, en l'occurrence une omission, a eu lieu aux Etats-Unis. Or le Tribunal considère que c'est le bureau de la Société financière internationale en Inde et non son siège aux Etats-Unis qui a omis de contrôler la conception et la mise en œuvre du projet. A défaut de personnalité juridique qui les rendrait juridiquement comparables aux filiales des sociétés transnationales, les bureaux locaux des organisations internationales se trouvent néanmoins dotés d'une remarquable autonomie qui permet d'isoler l'engagement de responsabilité sur le fondement de faits qui leur sont imputables. Ces faits ne pourraient être invoqués que devant les juridictions de l'Etat sur le territoire duquel ils se sont déroulés, à condition que celles-ci adoptent la même conception restrictive de l'immunité des organisations internationales.

Pour tempérer les effets de sa nouvelle jurisprudence, la Cour suprême suggérait, dans l'arrêt de 2019, que les banques de développement puissent être largement soustraites au nouveau régime d'immunité relative au motif que leurs activités de prêt pourraient ne pas être qualifiées d'actes de gestion. Cet arrêt d'application va encore plus loin dans la soustraction des activités des organisations internationales à la compétence des juges nationaux : le critère du lieu des faits dommageables permet d'accorder l'immunité aux organisations internationales pour toutes leurs activités opérationnelles qui se déroulent par nature en dehors du territoire américain, qu'elles soient de nature économique ou de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or, ce sont précisément ce type d'activités qui ont posé question ces dernières années. A quelques exceptions près, il semblerait que le juge américain ait fait sortir par la porte le régime de l'immunité absolue, pour finalement le faire revenir par la fenêtre. Bien que conceptuellement moins satisfaisante en raison des difficultés à transposer aux organisations internationales la typologie propre aux immunités des Etats – actes de gestion et actes de puissance publique –, cette jurisprudence n'est en réalité guère plus innovante que celle de la Cour européenne des droits de l'homme résultant notamment de l'arrêt *Waite and Kennedy c. Allemagne* de 1999. Elle ne trouvera à s'appliquer en grande partie qu'au seul cas de différends entre le siège de l'organisation et un salarié, celui des fournisseurs et autres partenaires commerciaux étant quant à lui couvert par la renonciation à l'immunité contenue dans les statuts de la Société financière internationale. En l'absence de renonciation équivalente dans les statuts d'une autre organisation, cette jurisprudence pourrait néanmoins aussi s'appliquer aux relations commerciales. La ressemblance entre les deux solutions trouve toutefois sa limite en ce que les juges américains ne semblent pas disposés à prendre en compte l'existence de modes alternatifs de règlement des différends comme condition du maintien de l'immunité. L'immunité relative des organisations internationales telle que conçue par la Cour européenne des droits de l'homme présente pourtant l'avantage d'être plus lisible en incitant les organisations internationales à se doter de mécanismes de règlement des différends pouvant répondre aux exigences du droit d'accès au juge. Quoi qu'il en soit, les juges américains ne sont pas les seuls à opter pour la transposition de la distinction entre actes de gestion et actes de puissance publique au régime de l'immunité des organisations internationales. Cette ligne semble avoir inspiré la Cour de justice de l'Union européenne qui a jugé en septembre 2020 que les contrats de fourniture conclus par l'OTAN constituent bien des actes de gestion (CJUE, *Supreme c. SHAPE*, 3 septembre 2020, C-189/19).

S. EL BOUDOUHI

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

COLOMBIE. Conseil d'Etat (section du contentieux, première chambre), arrêt du 26 juin 2020, No. 25000-23-15-000-2020-01338-01(AC), *Daisy Milena Gómez Otalvaro c. Organisation Panaméricaine de la Santé et Autres*[30] —. Immunité juridictionnelle. Statut interne du droit international. Déclaration de pandémie internationale 21

Le Conseil d'Etat était saisi d'un recours contre une décision rendue par le Tribunal administratif de Cundinamarca le 4 mai 2020. Tout en reconnaissant l'admissibilité de l'action de *tutela* de la requérante, le Tribunal administratif la rejetait au fond au motif que les actes dont elle tirait grief émanaient d'organisations de nature multilatérale, l'Organisation Panaméricaine de la Santé et l'Organisation mondiale de la Santé, et non d'entités de l'ordre national, comme requis par l'article 86 de la Constitution. Sur le fondement de cette disposition constitutionnelle, qui institue l'action de *tutela* destinée garantir de manière prioritaire et sommaire des droits fondamentaux constitutionnels, la requérante cherchait à protéger ses droits à la vie, la liberté, la santé et le travail, mais aussi de ceux de tous les citoyens, prétendument violés par la déclaration de pandémie internationale décrétée par l'Organisation mondiale de la Santé en raison du Covid-19. Elle réclamait plus précisément que le judiciaire colombien « ordonne à l'Organisation panaméricaine de la Santé et à l'Organisation mondiale de la Santé d'éliminer la déclaration de pandémie prononcée par l'Organisation mondiale de la Santé ; ordonne à l'Organisation mondiale de la Santé de rendre publique que la situation actuelle est liée à une guerre chimique provoquée par l'usage d'antibactériens qui contiennent des substances mortelles (comme le carbomère et triéthanolamine) ; ordonne à l'Organisation mondiale de la Santé de se prononcer en faveur de l'interdiction de l'usage d'antibactériens dans le monde ; informe la chancellerie colombienne du fait que l'Organisation mondiale de la Santé est entre les mains du *Clan del Golfo* depuis 2008 ; ordonne à l'Organisation panaméricaine de la Santé et à l'Organisation mondiale de la Santé de créer des protocoles internes pour éviter d'être instrumentalisées par des groupes terroristes et qu'un organisme soit enfin créé pour maintenir la paix en remplacement de l'Organisation des Nations unies ; enjoigne à l'Organisation panaméricaine de la Santé et à l'Organisation mondiale de la Santé d'ordonner au président colombien de veiller à ce que les leaders du *Clan del Golfo* soient jugés en raison de la guerre chimique créée à travers ces organisations ».

Le Conseil d'Etat révoque la décision du Tribunal administratif de Cundinamarca en tant que celui-ci aurait dû conclure à l'inadmissibilité de l'action de *tutela*. Sur le fondement de la nature internationale de l'Organisation mondiale de la Santé et de ses principaux objectifs, la haute Cour du contentieux administratif établit que cette organisation bénéficie d'une immunité de juridiction. Les actes et comportements qui lui sont imputables sont soustraits aux juges nationaux en vertu de l'article 105 de la Charte des Nations unies et de la loi nationale d'approbation des conventions sur des privilèges et immunités des Nations unies, des organisations spécialisées et de l'Organisation des Etats Américains (loi 62 de 1973). Par suite, par application de la loi colombienne et des normes internationales applicables en Colombie, aucun juge colombien n'est fondé à connaître et juger des actes provenant de sujets du droit international qui bénéficient d'une immunité juridictionnelle en vertu des engagements internationaux de la Colombie, incluant ceux de l'Organisation mondiale de la Santé.

D. CORREA

[30] http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-15-000-2020-01338-01(AC)

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

VIII. EXTRADITION, EXPULSION ET DROIT D'ASILE

ROYAUME-UNI. Cour suprême, 29 avril 2020, *AM (Zimbabwe) c. Secretary of State for the Home Department*, [2020] UKSC 17[31] —. Expulsion d'un ressortissant étranger. Santé. Traitements inhumains ou dégradants. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 22

La question soumise à la Cour suprême britannique est, selon ses dires, l'une des plus controversées que le droit international des droits de l'homme puisse générer : déterminer les conditions dans lesquelles un étranger malade peut, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, faire échec à une mesure d'expulsion. Le demandeur, ressortissant du Zimbabwe et malade du SIDA, était sous le coup d'une mesure d'expulsion du Royaume-Uni à la suite de l'exécution de diverses peines de prison pour vol et détention de stupéfiants. Après avoir invoqué en vain le bénéfice de l'article 8 (vie privée et familiale) de la Convention européenne, c'est sur le fondement de son article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) qu'il porte son recours devant la Cour suprême.

Ce changement de fondement juridique résulte directement d'une tentative de bénéficier d'une évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question. La jurisprudence britannique reposait jusqu'alors sur un arrêt rendu en 2005 par le comité judiciaire de la Chambre des Lords (*N. c. SSHD* [2005] UKHL 31), considérant qu'un étranger malade peut, en invoquant l'article 3, faire échec à la mesure d'expulsion qui le vise à la seule condition d'être au stade ultime de sa maladie. Cette position était conforme à celle retenue alors par la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle une mesure d'expulsion dirigée contre une personne malade constituait une violation de l'article 3 à la condition qu'elle soit proche de la mort. Ainsi, dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 3, non en raison de l'absence de traitement médical dans l'Etat vers lequel le demandeur serait expulsé, mais du fait de l'inhumanité que constituerait l'expulsion d'une personne au stade ultime de sa maladie (2 mai 1997, n° 30240/96). Cette position est confirmée en 2008 pour rejeter le recours dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni* : « [l]e fait qu'en cas d'expulsion de l'Etat contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3 » (Cour EDH, gde ch., 27 mai 2008, n° 26565/07, § 42). Cette approche étant en décalage avec l'esprit même de l'article 3 de la Convention, une évolution de la position de la Cour était attendue (voir Cour EDH, 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10, opinion partiellement concordante commune aux juges Tulkens, Jociené, Popovic, Karakas, Raimondi et Pinto de Albuquerque, § 6). Celle-ci est consacrée en ces termes en 2016 par un arrêt de grande chambre : constituent « un problème au regard de l'article 3 les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie » (Cour EDH, gde ch., 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10, § 183).

[31] https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0048-judgment.pdf

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Le réquérant appelait la Cour suprême à examiner son recours en tenant dument compte de cette évolution. Et la Cour suprême britannique affirme entendre suivre fidèlement la position des juges de Strasbourg. Cela ne relève pas de l'évidence et le juge britannique souligne que « *[o]ur refusal to follow a decision of the ECtHR, particularly of its Grand Chamber, is no longer regarded as, in effect, always inappropriate* » (§ 34). La Cour européenne des droits de l'homme laisse aux Etats membres du Conseil de l'Europe la compétence pour conduire une analyse réunissant les éléments pertinents afin d'établir que l'exécution de la mesure n'entrera pas en contradiction avec l'article 3. Il s'agit notamment de s'assurer de l'existence et de la disponibilité (géographique et financière) d'un traitement, ainsi que de tenir compte de la dépendance (et donc des possibilités d'accompagnement) pouvant résulter de la maladie. Ces éléments devraient faire l'objet de précisions dans le cadre d'un prochain arrêt des juges de Strasbourg (Cour EDH, gde ch., audience du 24 juin 2020, *Savran c. Danemark*, n° 57467/15).

Dans notre affaire, la Cour suprême décide de renvoyer l'examen au fond devant une cour administrative compétente en appel (*Upper Tribunal*) afin de s'assurer que les documents médicaux produits tiennent compte des exigences nouvelles nées de la réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 37).

J. CAZALA

GRÈCE. Commission d'appel, décision n°4038/20 du 16 mars 2020[32]—. Irrecevabilité des demandes de protection internationale. Concept de « pays tiers sûr ». Statut de réfugié. Crainte fondée d'être persécuté. Intervention militaire turque en Syrie .. 23

Saisie d'un recours contre une décision du Bureau régional d'asile de Lesbos concluant à l'irrecevabilité des demandes d'asile de deux ressortissants syriens d'origine kurde, issus de la ville de Kobané (*Ayn al-Arab*), la Commission d'appel y fait droit, motif pris de ce que la Turquie ne constitue pas un « pays tiers sûr »[33] pour les requérants – en raison notamment de l'intervention militaire turque en Syrie dans le cadre des opérations *Rameau d'olivier* (2018) et *Source de paix* (2019) et de leurs conséquences sur le plan humanitaire au nord-ouest de la Syrie, en particulier pour les kurdes de la région. Les demandes étant recevables, elle procède à l'examen du fond de l'affaire, à savoir la détermination du statut de réfugié.

Figure *inter alia* parmi les conditions d'octroi du statut de réfugié, telles qu'elles résultent de l'interprétation de l'article 1A (2) de la Convention de Genève de 1951 par l'article 13 de la loi n°4636/2019, la crainte réelle et avec raison de subir des atteintes constituant un acte de persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social. La notion d' « acte de persécution » n'étant pas définie par la Convention de Genève de manière exhaustive, la Commission d'appel la clarifie en se fondant sur d'autres notions et instruments du droit international –

[32] https://drive.google.com/file/d/1QV9aFiWclUQCcIWJVwHh2lDbvmmixpg2/view?fbclid=IwAR16szH5jO-p52S2jzjPC0qo1v3WZF91x_K8EnKcCtYSW3OmU6mv4kDODnQ
La Commission d'appel est l'organe administratif compétent pour connaître en deuxième instance des recours contre une décision administrative rejetant une demande de protection internationale (articles 4 et 7, § 5 de la loi n° 4375/2016). Formellement, ses décisions ne sont pas juridictionnelles.

[33] Voy. Article 38 de la Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, tel incorporé par l'art. 86 de la loi n° 4375/2016.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

notamment la notion de « menaces contre sa vie ou sa liberté » de l'article 33 de la Convention de Genève en combinaison ou en complément avec des traités de protection des droits de l'homme, tels que la Convention contre la torture, le Pacte international sur les droits civils et politiques, ainsi que les « Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des refugiés, au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié » de décembre 2011. Il en résulte qu'un acte suffisamment grave auquel se rattache une violation des droits de l'homme constitue un « acte de persécution ». Peut également être considéré comme « acte de persécution » un acte d'une gravité moindre ayant un caractère systématique et répété. En l'espèce, l'intervention militaire turque, la situation sécuritaire au nord de la Syrie et l'origine kurde des demandeurs sont autant d'éléments de nature à fonder la crainte des requérants de subir des atteintes graves et durables constitutives d'un « acte de persécution » au sens de la Convention de Genève de 1951. Le statut de refugié leur est ainsi reconnu.

M. PASCHOU

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notules de

Jean-Baptiste DUDANT, Basak ETKIN, Cécile GOUBAULT-LARRECQ, Raphaël MAUREL, Claire MERIC et Jennifer PRADES

NOTULES

KAMTO (MAURICE) et TYAGI (YOGESH) (DIR.). – *L'accès de l'individu à la justice internationale*, 1 Vol. broché de 540 p., 2019, Leiden (Brill – Coll. Publications de l'Académie de droit international de La Haye), ISBN : 978 90 04 41227 9 ... 4

L'imposant ouvrage proposé par l'Académie de droit international de La Haye rassemble onze contributions sur le thème de l'accès de l'individu à la justice internationale. Il s'inscrit dans la mouvance doctrinale, vieille d'une vingtaine d'années, envisageant la question du procès équitable essentiellement sous l'angle de l'accès aux tribunaux. Néanmoins, son objet ne répond pas de l'enjeu classique de la définition d'une obligation étatique de garantir l'accès aux tribunaux internes. Il lui préfère la question de l'identification d'un droit individuel d'accès aux instances internationales. De ce postulat découlent deux axes d'analyse, communs à l'ensemble des contributions : la définition, d'une part, de la notion de justice internationale et, d'autre part, des modalités de sa garantie. L'ouvrage s'articule alors en quatre temps. Après une présentation introductive de l'objet de l'étude (KAMTO et TYAGI), sont explorés les liens entre l'accès à la justice et la personnalité juridique (CHAEVA, GARRIDO-MUÑOZ, HOEFFNER, PASCUAL-VIVES), les évolutions de l'accès à la justice pénale internationale (FRISSO et SZABADOS, MARCHEGIANI, SAM) et le développement de nouveaux mécanismes de justice (TCHAOU SIPOWO, YAMASHITA). Tirant pleinement profit de leur indépendance académique, les auteurs proposent chacun un éclairage différent, parfois discordant, sur cette question de l'accès à la justice internationale.

S'agissant d'une part de la notion de justice, deux définitions coexistent. Dès l'introduction, la justice est tantôt assimilée à son aspect institutionnel incluant l'accès au juge et l'accès à la réparation (p. 53), tantôt à son aspect substantiel relatif à la clarté et à la stabilité du corpus juridique, nécessaires à la garantie de l'équité du jugement (pp. 58 et 131). Sur ce dernier aspect, les objectifs de la justice pénale internationale (pp. 342 et 460) et les finalités de la justice internationale plus généralement sont analysés afin d'en proposer une définition téléologique. La justice internationale viserait ainsi à assurer l'effectivité du droit international en tant que système (p. 343), ce qui suppose que les

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

normes juridiques y soient appliquées et interprétées (p. 413) de sorte à garantir la justesse et l'équité des décisions juridictionnelles (p. 298).

A ne pas s'y méprendre, de telles délimitations semblent n'être que le produit de choix arbitraires visant à poser le cadre des différentes études, avec pour conséquence de passer sous silence une question pourtant essentielle : celle de l'articulation entre ces formes et ces finalités de la justice internationale. En effet, un lien de correspondance entre ces deux catégories se dessine au fil des contributions. Différents mécanismes quasi-juridictionnels, internes et internationaux, sont analysés lorsqu'il est question de réparation (pp. 196, 268 et 413), alors que l'analyse du seul accès au juge se limite aux juridictions internationales (pp. 140 et 297). La juridictionnalisation, phénomène relativement récent dans l'ordre juridique international (p. 446), dépend toutefois de la confiance attribuée par les Etats à cette forme de justice (p. 56). Si elle est parfois perçue comme une condition nécessaire à la construction d'une paix durable (p. 374), elle souffre également de la rhétorique politique mettant en doute l'effectivité des méthodes juridictionnelles pour résoudre efficacement certains conflits (p. 439). La variabilité des formes de la justice internationale paraît alors contingente, non pas tant à quelques changements institutionnels ponctuels, mais bien davantage à certaines mouvances téléologiques guidant les volontés étatiques. L'étude de ce qui a pu être désigné comme un « changement structurel » du droit international (p. 142) aurait donc supposé à tout le moins l'analyse, malheureusement manquante, des finalités mouvantes de cette justice internationale.

S'agissant d'autre part des modalités d'accès à cette justice, les qualificatifs juridiques retenus divergent fortement. La qualification d'un « droit » d'accès dont seraient titulaires les personnes physiques a été tantôt admise (p. 298), tantôt rejetée (p. 424). Ce rejet a été expliqué par le fait que les individus ne bénéficient pas d'une personnalité juridique opposable *ex nihilo* en droit international (p. 16). Au contraire, lorsque la qualification de « droit » a été retenue et justifiée par la circonstance que des individus se voient reconnaître une telle personnalité juridique dans certains systèmes juridiques, cette personnalité n'est alors pas envisagée comme se trouvant au fondement de l'opposabilité d'un tel droit d'accès dans l'ordre international (p. 169). Cette position condamne alors ces auteurs à l'étude, ou à l'exposé fort regrettable, des conditions de recevabilité des requêtes et de compétence des juridictions (pp. 150, 175, 217, 414), s'écartant ainsi paradoxalement de toute éventuelle analyse ou définition juridique de ce « droit » d'accès.

Néanmoins, le droit international pénal laisse entrevoir quelques évolutions. La qualification traditionnelle de « protection » est dans certains textes remplacée par celle de « droits » des victimes (p. 357) sans qu'elles ne soient pour autant parties au litige (p. 298 ; v. en sens contraire p. 141). Eu égard à la question de l'accès au juge, ce mouvement est analysé comme le résultat d'une internationalisation croissante des juridictions pénales (p. 361) tenues d'appliquer et d'interpréter le droit international pénal en cohérence avec les exigences de droits de l'homme les obligeant. Une véritable dynamique systémique se dessine alors. En matière de réparation, les commissions de compensation et fonds d'indemnisation des victimes sont présentées comme « rempliss[a]nt cette obligation » secondaire incombant originellement aux Etats (p. 283). Elles supposent d'ailleurs une participation financière volontaire – et non obligatoire – des États – et non du seul responsable (pp. 355, 401 et 470). Il en ressort qu'un premier phénomène de détachement de la qualité de victime de celle de la qualification de responsable (p. 407) peut être observé. Il en découlerait un second phénomène de

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

détachement, cette fois de la titularité de l'obligation secondaire de celle de l'obligation primaire méconnue. Outre l'impératif de cohérence entre corpus juridiques internationaux, c'est véritablement l'objectif de lutte contre l'impunité qui paraîtrait guider ces évolutions juridiques. Bien que cette analyse soit en tant que telle absente de l'ouvrage proposé, elle en est bien le produit, les différentes contributions en constituant une base doctrinale solide et la trame, en filigrane, de la réflexion.

Mesurer l'impact de la construction empirique de l'ordre juridique international, dans lequel les possibilités d'accès à la justice croissent d'autant que les champs juridiques s'imbriquent, devient alors crucial. Les auteurs s'accordent d'ailleurs sur le caractère complémentaire des mécanismes de justice. Qu'il s'agisse de voir la justice internationale comme un complément de la justice interne (p. 16), et réciproquement (pp. 25 et 311), ou de relever la complémentarité des mécanismes de compensation et des mécanismes d'adjudication (pp. 271 et 365) ainsi que des mécanismes juridictionnels et des mécanismes alternatifs de règlement des différends (p. 474), peu de lacunes semblent subsister et l'effectivité du droit international en tant que système juridique en ressort d'autant renforcée. L'étude de l'influence sur l'accès de l'individu à la justice internationale de la construction de cet ordre juridique international, faisant défaut à l'ouvrage, aurait permis d'envisager ce fameux changement structurel du droit international en posant un œil sur la tendance y étant sous-jacente : la prévalence de la justice-substance sur la justice-institution, cette dernière n'étant que le simple auxiliaire technique de la première.

Dans cet ouvrage, l'Académie de droit international de La Haye dépasse donc les frontières classiques du débat doctrinal sur les garanties de justice, en soumettant l'accès à la justice internationale et non interne à l'étude. Elle peine néanmoins à pleinement réaliser l'originalité de cette entreprise en focalisant abondamment l'étude d'un soi-disant changement structurel du droit international sur certains de ses aspects institutionnels mouvants, quitte à perdre de vue ce qui, à la fois, s'y trouve au fondement et en constitue la finalité : un idéal de justice façonnant la structure de l'ordre juridique international et expliquant de manière cohérente ses mouvances.

CÉCILE GOUBAULT-LARRECQ

ROBERT-CUENDET (SABRINA) (DIR.). — *La protection des attentes légitimes en droit public*, 1 Vol. broché de 228 p., 2020, Rennes (Presses Universitaires de Rennes – Coll. L'Univers des Normes), ISBN : 978 27 53 57015 6 5

Cet ouvrage rassemble les contributions des participants au colloque organisé en 2018 par l'Université du Mans sur la protection des attentes légitimes en droit public. Ces contributions sont réparties en deux parties, l'une relative aux droits international, européen et comparé, l'autre au droit français. Malgré l'absence de définition commune de la notion d'attentes légitimes, celle-ci peut s'entendre d'un cadre d'action émanant de représentations étatiques. Avant toute chose, deux observations s'imposent quant à la cohérence d'ensemble de l'ouvrage. Premièrement, l'ouvrage propose une étude en *droit public*. Les plus orthodoxes pourront alors s'étonner d'y trouver une contribution sur « [l]a protection des attentes légitimes en *droit privé des contrats* ». Deuxièmement, plusieurs auteurs soulignent que la protection des attentes légitimes trouve ses racines dans des systèmes juridiques nationaux, tels tout particulièrement le droit anglais et le droit allemand (pp. 11, 91, 121 et 154). Or, si l'ouvrage propose une analyse de « [l]a protection

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

des *legitimate expectations* en droit administratif anglais », il ne s'y trouve aucune étude de la protection de la *Vertrauensschutz* en droit allemand. Malgré ces deux points de forme, l'ouvrage réunit des contributions dont l'apport et la pertinence scientifiques ne sauraient faire aucun doute. Outre la précision et la multiplicité des références mobilisées, ce sont avant tout les analyses qui en sont faites qui permettent à cet ouvrage de proposer une étude originale de la question encore peu explorée de la protection des attentes légitimes. Il en ressort que, si la protection des attentes légitimes est en prise avec une certaine polysémie, les modalités de cette protection dans chaque système juridique tendent à une même finalité.

Premièrement, la protection des attentes légitimes ne se matérialise pas de la même manière dans les différents systèmes juridiques, qu'il s'agisse du type de norme retenue ou du contenu de la règle édictée. D'une part, il n'existe pas de principe général de protection des attentes légitimes en droit international général (p. 38), en droit de l'Union européenne (p. 107) et en droit anglais (p. 128). Cela est pourtant bien moins certain en droit européen des droits de l'homme (p. 91) et en droit des contrats administratifs (p. 172). La qualification de standard y a d'ailleurs été préférée en droit des investissements (p. 69), en droit privé des contrats (p. 154), et même dans certaines hypothèses de droit international général (p. 51). En tout état de cause, l'absence de principe n'est pas synonyme d'absence d'effet juridique. Il existe à tout le moins un « lien juridique ténu » (p. 16) entre la personne nourrissant de ces attentes et la personne les lui ayant fait espérer. D'autre part, s'il est vrai que le contenu de la règle protectrice des attentes légitimes est mouvant selon les ordres juridiques (pp. 11 et 108), les auteurs s'accordent sur le fait que cette règle ne se confond pas avec d'autres notions et est ainsi pourvue d'une certaine « autonomie formelle » (pp. 42, 73, 197). Cette autonomie ne fait toutefois pas obstacle à ce que la protection des attentes légitimes fasse l'objet d'une « équivalence fonctionnelle » avec la protection de la sécurité juridique et de la confiance légitime (pp. 95, 121, 179). Si les attentes légitimes protègent des intérêts différents de ceux visés par la sécurité juridique et la confiance légitime, toutes s'inscrivent dans une logique équivalente de pondération d'un intérêt général et d'un intérêt particulier (pp. 27, 98, 208). Si plusieurs auteurs s'accordent à dire que la notion d'attentes légitimes est souple (p. 49), « ouverte » (p. 217), ou « caméléon » (p. 159), d'autres soulignent la nécessité d'en préciser la teneur (pp. 106 et 197). Cette précision, bien qu'elle ne soit pas directement apportée dans l'ouvrage, ressort des différentes contributions. L'Etat est libre de faire évoluer sa législation (p. 75) : il n'existe aucun droit à la permanence de l'ordre juridique (p. 189). La protection des attentes légitimes vient néanmoins tempérer cet état des choses (p. 177). Le cadre d'analyse est donc celui de la pondération de l'intérêt général de la mutabilité de l'ordonnancement juridique, et l'intérêt particulier du respect des attentes légitimes. Toutefois, l'intérêt particulier protégé au titre des attentes légitimes diffère de celui protégé au titre de la sécurité juridique et de la confiance légitime. Là où ces dernières protègent la cohérence de la mutation des normes juridiques (pp. 110 et 177), la protection des attentes légitime préserve la cohérence dans le comportement de l'Etat (pp. 75 et 218). Coexistent donc en matière d'attentes légitimes un intérêt général, d'ordre juridique, et un intérêt particulier, d'ordre factuel. Cette dualité pourrait alors expliquer, et fonder, la dichotomie observable entre le caractère objectif de la légitimité de la protection demandée, devant être légale (pp. 20, 70, 98, 111, 180), et le caractère subjectif de la légitimité des attentes, devant être raisonnables eu égard à la situation d'espèce (pp. 20,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

116, 135). Cela n'a pour autant pas été démontré. Aucun auteur n'ayant malheureusement analysé cette dichotomie, la coexistence entre les dimensions objective et subjective des attentes légitimes, que tous relèvent, demeure quelque peu obscure.

Deuxièmement, malgré ces incertitudes, la protection des attentes légitimes remplit la même fonction dans tous les systèmes juridiques. D'une part, d'un point de vue macro juridique, les attentes légitimes présentent une « dimension transversale » et une « dimension structurante » (p. 70). Aussi, en droit des investissements, la notion est mobilisée tant pour interpréter les clauses des traités d'investissement que pour guider les tribunaux dans l'emploi des précédents (p. 81). En droit européen des droits de l'homme, la notion est un élément-clé du droit à la protection de la propriété mais elle est également sous-jacente à l'interprétation de l'ensemble de la Convention (p. 95). D'autre part, d'un point de vue micro juridique, il est possible de trouver divers emplois de la notion. Si certains affirment que sa protection est seulement procédurale (p. 63), d'autres soutiennent qu'en émerge un droit matériel (p. 75). Ces deux affirmations ne sauraient se trouver sur le même plan : la première concerne l'objet, alors que la seconde porte sur les effets, de la protection des attentes légitimes. L'objet de la protection est effectivement procédural. Tantôt les attentes légitimes sont un critère de l'opposabilité d'une obligation à l'Etat. Tel est le cas en droit des investissements où les attentes permettent de caractériser une expropriation (p. 78), ainsi qu'en droit européen des droits de l'homme où elles sont un critère d'identification de l'existence d'un « bien » au sens de l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention (p. 92). Tantôt les attentes légitimes sont un critère de l'illicéité de l'acte étatique. Cela est le cas en droit des investissements où la frustration des attentes légitimes emporte automatiquement violation de l'obligation de traitement juste et équitable (p. 77), ainsi qu'en droit européen des droits de l'homme où elle est un facteur d'évaluation du caractère raisonnable et non disproportionné de l'atteinte portée au droit de propriété (p. 97). Aussi, la notion d'attentes légitimes présente une fonction interprétative (pp. 113 et 172), à la fois en tant que critère d'application et critère de violation du Droit en vigueur. Ce faisant, même si plusieurs auteurs en ont nié l'existence en droit positif (pp. 38, 107, 128), l'éventuelle émergence d'un principe de protection des attentes légitimes n'est pas dépourvue de pertinence. Les principes généraux de droit permettent, en effet, de guider l'interprétation du Droit (P. PALCHETTI, « The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules » *in* M. ANDENAS et a. (dir.), *General principles and the Coherence of International Law,* Brill, 2019, p. 49). S'il est vrai que les attentes légitimes ne sont pas protégées dans tous les systèmes nationaux (p. 91), l'émergence d'un principe de droit n'est pas subordonnée à un tel critère (R. RIVIER, *Droit international public*, P.U.F., 3e éd., 2017, p. 177). Bien plus significative est la fonction subsidiaire que remplit cette protection, pour combler un vide juridique (pp. 15, 121, 169, 173, 182), qui est caractéristique des principes généraux de droit (D. ALLAND, *Droit international public*, P.U.F., 2000, p. 297). Cette étude prospective, manquant au présent ouvrage, constituerait une piste de réflexion complémentaire, nécessaire pour résoudre la question en suspens de la norme protectrice des attentes légitimes.

CÉCILE GOUBAULT-LARRECQ

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

VIÑUALES (JORGE). — *The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, 1 vol. broché de 384 p., 2020, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 11 08 65288 9 6

Alors que les 70 ans de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ont été célébrés autant par la société civile que par la communauté scientifique, il s'en est fallu de peu pour que les 50 ans de la Déclaration des Nations Unies relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats passent inaperçus. Loin de se contenter de souffler les bougies d'une Déclaration trop souvent négligée, voire oubliée, l'ouvrage réunit les contributions d'importantes personnalités afin d'offrir une réflexion plus générale sur les principes fondamentaux du droit international.

Rédigé en réaction à la tendance de spécialisation dans l'étude du droit vis-à-vis de laquelle Jorge VIÑUALES partage son scepticisme, celui-ci affirme en introduction vouloir défendre une approche générale du droit international en remettant sur le devant de la scène juridique ces principes : pourquoi ont-ils émergé ? A quels besoins répondent-ils ? De vastes projets qui imposent préalablement de s'entendre sur la notion de « principe fondamental du droit international ».

Après avoir distingué les principes des règles juridiques en identifiant le degré d'abstraction et de généralité des premières par rapport aux secondes, Jorge VIÑUALES remarque que ces principes permettent de sauvegarder certaines valeurs auxquels on a généralement recours pour *identifier* les particularités d'un ordre juridique. En qualifiant ces valeurs de principes fondamentaux, l'on en revient à leur conférer une fonction ordonnatrice. Dit autrement, elles servent à décrire l'architecture du droit international et à y identifier les structures et institutions sur lesquels il repose.

Loin d'être pour autant des pierres figées dans le marbre, ces principes font l'objet d'une contestation soumettant leur contenu à certaines évolutions dont la rédaction de la Déclaration de 1970 ainsi que sa pratique postérieure témoigneraient. En propos introductifs, Georges ABI-SAAB rappelle que le système de la Déclaration sur les relations amicales incarne une volonté de quitter le « droit de la coexistence » au profit du « droit de la coopération » – selon la célèbre expression de Friedmann. Il est ensuite remarqué que malgré les développements positifs des principes énoncés dans la Déclaration, la logique nouvelle de coopération est aujourd'hui encore en concurrence avec la logique – égoïste – de coexistence.

Comme le rappellent Samuel MOYN et Umut ÖZSU, cette tension se retrouvait déjà dans les discussions qui ont précédé l'adoption de la résolution 2625 (XXV) par l'Assemblée générale entre les Etats libéraux, socialistes, et non-alignés. Le premier groupe souhaitant simplement réitérer les principes figurant dans la Charte, tandis que les pays non-alignés cherchaient à influencer une évolution du droit international qui leur était favorable. Avec, entre les deux, les particularités qu'imposaient le système soviétique. De telles oppositions étaient particulièrement flagrantes concernant les principes d'interdiction du recours à la force, du principe de non-intervention ou encore celui d'égalité souveraine (respectivement approfondis par Olivier CORTEN, Dire TLADI ainsi que Martti KOSKENNIEMI et Ville KARI).

Témoignant l'ambition de ne pas simplement commenter la Déclaration de 1970, la première partie de l'ouvrage étudie les principes qu'elle consacre, leurs développements ultérieurs ainsi que son influence sur ces développements. On y retrouve alors des

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

contributions portant sur des thèmes bien connus du droit international. En plus de ceux qui ont déjà été mentionnés, on peut ajouter les études relatives aux principes de règlement pacifique des différends (Shotaro HAMAMOTO), de coopération (Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Jason RUDALL), d'autodétermination (Marcelo G. KOHEN) et de bonne foi (Guillaume FUTHAZAR, Anne PETERS).

La seconde partie est l'occasion de s'interroger sur la fondamentalité d'autres principes, éludés par la Déclaration, mais qui en marqueraient l'approfondissement. Sont ainsi étudiés les principes imposant de respecter le droit international des droits de l'homme ou humanitaire, ou de prévenir les dommages environnementaux (respectivement abordés par Eibe RIEDEL, Bing Bing JIA ainsi que Leslie-Anne DUVIC-PAOLI et Jorge E. VIÑUALES). Bien que l'analyse s'éloigne formellement de la Déclaration de 1970, elle s'en rapproche au fond en démontrant que ces principes incarnent le développement du droit de la coopération. Le lien est évident lorsque Tullio TREVES étudie les libertés que le droit international accorde au sein de certaines aires communes (comme l'Antarctique ou l'Espace). Mais c'est tout aussi évident pour Jürgen KURTZ, Jorge E. VIÑUALES et Michael WAIBEL lorsqu'ils décrivent l'évolution des principes gouvernant l'économie mondiale permettant de s'adapter à l'interdépendance croissante des Etats depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

S'il est vrai que les différentes contributions sont susceptibles d'être lues indépendamment les unes des autres, le lecteur – adoptant la démarche de spécialisation critiquée par Jorge E. VIÑUALES – manquera l'opportunité de profiter de la cohérence de l'ensemble. Pierre-Marie DUPUY le souligne justement dans sa conclusion : le respect des sept principes énoncés dans la Déclaration demeurera fondamental aussi longtemps que « the international community of peoples remain structured around independent States, both competing and increasingly interdependent ». Surtout, le lecteur manquerait à l'appel des auteurs à favoriser le développement du droit de la coopération en approfondissant la portée des principes éludés par la Déclaration et qui sont étudiés dans la deuxième partie.

JEAN-BAPTISTE DUDANT

BARTELS (LORAND), PADDEU (FEDERICA). — *Exceptions in International Law*, 1 vol. broché de 432 p., 2020, Oxford (Oxford University Press), ISBN : 97 80 19 878932 1 7

Comment peut-on raisonnablement défendre l'importance particulière des exceptions en droit international, davantage qu'en droit interne ? Quelle est leur fonction ? Comment les distinguer ? Plus largement, en quoi un ouvrage entièrement dédié à ces questions était nécessaire ? Pour répondre, un rapide tour d'horizon des quelque vingtaine de contributions réunies par Lorand BARTELS et Federica PADDEU s'impose. Le livre, découpé en trois parties relatives à la théorie générale des exceptions ainsi qu'aux manifestations de droit international coutumier et conventionnel, défend leur fonction régulatrice.

En effet, la fragmentation des sources du droit international et leur absence de formalisme entraîneraient de nombreux conflits normatifs que seules les exceptions seraient susceptibles de résoudre en l'absence de législateur central. Dit autrement, c'est l'horizontalité des rapports entre entités souveraines, et les effets qui en découlent, qui aurait pour conséquence de rendre exceptionnel l'inexistence de ces mécanismes en droit international.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Les diverses contributions témoignent l'omniprésence des exceptions dans l'ensemble des branches incontournables de la matière : les droits de l'homme (Kimberley TRAPP), le droit de l'environnement (James HARRISON), le droit international pénal (Kai Ambos) ou encore le droit des investissements (Caroline HENCKELS) ainsi que le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (Oisin SUTTLE). Dès lors, la compréhension du sujet est présentée comme une condition préalable à toute étude de la science juridique internationale, que ce soit par le praticien ou par l'académicien.

Une telle étude spécifique ne saurait être entreprise sans des éléments de définition généraux. Le chapitre introductif de Lorand BARTELS et Federica PADDEU propose une synthèse bienvenue concernant les notions clefs. La règle y est définie comme une norme dont la réunion de ses conditions préalables entraîne un résultat spécifique. Dès qu'il existe une raison de ne pas appliquer ladite règle, soit parce que son application ne permet pas de respecter l'objet et but qu'elle poursuit soit parce qu'elle entre en conflit avec une autre règle, une exception devient nécessaire.

Reprenant la classification de Giovanni SARTOR, il conviendrait de distinguer les exceptions limitant le champ d'application de la règle de celles qui empêcheraient l'application de ladite règle pour des raisons particulières. Difficile cependant de recourir à ce modèle afin de distinguer l'exception *lato sensu* d'autres mécanismes similaires possédant néanmoins leurs particularités (tels que les dérogations, les exemptions ou les circonstances excluant l'illicéité). Jorge E. VIÑUALES précise qu'en-dehors des exceptions agissant sur le champ d'application d'une règle, il en existe certaines ayant pour objet d'exclure les effets juridiques que la réunion des conditions préalable à la règle devrait entraîner (les dérogations en sont un exemple). Il ajoute enfin que d'autres exceptions maintiennent le constat de la violation d'une règle, mais tentent de justifier ladite violation : le juriste reconnaîtra ici les excuses ou les circonstances excluant l'illicéité.

Davantage que d'étudier le fonctionnement des clauses d'exception dans un domaine donné du droit international, les auteurs s'interrogent sur la nature de certaines règles afin de remettre en cause leur caractère même de règle ou d'exception. Robert KOLB questionne ainsi la clause *rebus sic stantibus* : est-ce une règle existant parallèlement au principe *pacta sunt servanda* ; est-ce plutôt une exception au principe précité ; ou est-ce la règle, et *pacta sunt servanda* l'exception ? De façon analogue, Eleni METHYMAKI et Antonios TZANAKOPOULOS s'interrogent sur l'exceptionnalité des immunités de juridiction par rapport au principe de souveraineté territoriale et la compétence juridictionnelle qui en découle. Loin des querelles byzantines, ces qualifications ont une importance pratique sur laquelle les contributions insistent toujours. L'une des premières fonctions des exceptions étant de répartir la charge de la preuve entre les Etats parties au litige, la qualification de « règle » ou d' « exception » revêt dès lors une importance procédurale (Joost PAUWELYN).

S'il est vrai que la lecture d'un tel ouvrage est difficile pour les esprits les plus littéraires, celle-ci demeure néanmoins des plus stimulantes. Construit de manière à pouvoir lire ses chapitres indépendamment, une lecture de l'intégralité du livre permet d'observer et de saluer un ensemble cohérent où chaque contribution se répond et se construit sur les précédentes. Une telle approche systémique offre une compréhension générale des exceptions aux juristes qui s'y intéresseront. A en croire le postulat de départ du recueil, ils seront nombreux à répondre présent.

JEAN-BAPTISTE DUDANT

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CRÉPET DAIGREMONT (CLAIRE) et ANDRO (TIMOTHÉE) (DIR.). — *Grandes pages du droit international – L'étranger,* 1 vol. broché de 288 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00942 5 8

Issu de la journée d'études de l'Institut des hautes études internationales qui s'est tenue le 15 janvier 2019, le présent ouvrage est la sixième des publications des Grandes pages du droit international. Avec un regard rétrospectif mais moderne, les contributeurs revoient les écrits d'antan au sujet de « l'étranger » pour voir s'ils passeront le test du temps.

Pour commencer, la contribution du Professeur Naoki KANAYAMA sert d'introduction. Grâce à une approche très originale, il nous fait suivre, à travers l'affaire de Taïwan, l'histoire non seulement de Gustave BOISSONADE « conseiller étranger » au Japon mais aussi du Japon « pays étranger », cherchant à s'intégrer dans la communauté internationale occidentale.

Après cette ouverture, le volume est organisé autour de trois axes : concept, traitement, et procédure. La première section débute avec l'analyse du Professeur Andrea GATTINI sur la nationalité dans les travaux de Pasquale Stanislao MANCINI, qui est un passage obligatoire dans un ouvrage dédié à l'étranger, sachant que la notion d'étranger présuppose celle de nation et de national. A. GATTINI souligne l'utilité politique du concept de nation et le manque de fondement théorique chez MANCINI, qui, une fois l'Italie réunie, s'est tournée vers le droit international privé où il voyait une « utilité quotidienne ». Si les ambitions de MANCINI pour le droit international privé ont mené à l'émancipation conceptuelle de la matière, son dogmatisme a fait privilégier l'harmonisation plus que l'harmonie, selon A. GATTINI. Cette étude est suivie par celle d'Eric WYLER sur la notion d'étranger chez Guiseppe SPERDUTI, avec un respect minutieux de l'équilibre droit international public et privé. Après une première partie sur l'extranéité de l'étranger, E. WYLER aborde le traitement de l'étranger, avec son assomption en droit international privé et son dépassement en droit international public, avant d'examiner l'actualité de la pensée de SPERDUTI, et conclure avec l'extranéité entre les différents ordres juridiques concernés. Cette première section sur le concept clôture avec l'examen de Caroline CHAUX, au titre très parlant « L'Européen, un étranger pas comme les autres ? » sur les écrits de Pierre DUCLOS. Etudiant un article très optimiste de 1961 sur le développement de la citoyenneté européenne, C. CHAUX fait le bilan de l'évolution de cette catégorie juridique pour en cerner la teneur, d'une manière neutre, voire optimiste comme DUCLOS, au vue du droit positif et de l'actualité.

La deuxième section, la plus longue, intitulée « Le traitement », ouvre avec la recherche de la Professeure Niki ALOUPI sur le rapport entre l'extradition et l'asile. Contrairement aux autres contributions, celle de N. ALOUPI s'intéresse aux rapports d'une organisation, ceux de l'Institut de droit international de la fin du XIXème siècle, l'œuvre commun de plusieurs juristes comme Charles BROCHER et Louis RENAULT principalement, mais aussi de Frédéric MARTENS et Johann Caspar BLUNTSCHLI entre autres. Les travaux semblent modernes ou, comme le dit N. ALOUPI, sont « la preuve du caractère circulaire et répétitif de l'histoire ». L'étude suivante, quoique jugée « en contre-point du thème » de l'ouvrage par son auteure Hélène RASPAIL, commente les écrits de Hersch LAUTERPACHT et de Paul WEIS. H. RASPAIL traite de l'apatride (qui est, « le national d'aucun », contrairement à l'étranger « le national d'un autre Etat ») pour lier habilement ces deux juristes à travers leur expérience partagée, les deux ayant témoigné les dénationalisations adoptées envers les Juifs et sensibilisés dès lors à la question de l'apatridie. Après avoir démontré que la notion d'apatridie dépend d'une certaine approche

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de la notion de nationalité, H. RASPAIL illustre l'insuffisance de la lutte contre ce phénomène. L'examen du traitement de l'étranger continue avec la notion de migrant chez Louis VARLEZ, traitée par Delphine BURRIEZ. Mettant en valeur l'approche technique et pratique enrichie du parcours atypique de VARLEZ, D. BURRIEZ étudie le difficile équilibre entre la conciliation des « intérêts étatiques des pays d'émigration et d'immigration » d'un côté, et « la protection des intérêts des migrants » de l'autre. Poursuivant cette idée de protection de l'étranger, Franck Armel AFOUKOU se penche sur les travaux de Carlos CALVO, qui a lui-même été un étranger au cours de sa carrière de diplomate. F. A. AFOUKOU juge l'œuvre de CALVO parfois anachronique au vue des flux migratoires sans précédents de nos jours, et parfois subjective, entachée des intérêts de son pays. A son tour, Claire CREPET DAIGREMONT se base sur une découverte intéressante de Boris NOLDE, le fait qu'il y ait des dispositions relatives au statut non seulement des commerçants mais aussi de « tous les nationaux des Etats contractants », pour comparer le traitement des étrangers dans les anciens traités de commerce et dans ceux actuels. Clôturant la section sur le traitement des étrangers, Professeur Arnaud DE NANTEUIL commente de manière analytique un article d'Alfred VERDROSS au sujet de la propriété privée. A. DE NANTEUIL souligne que « considérée comme le prolongement de l'individu », la propriété a intéressé VERDROSS alors que le terme même était « en raison de sa connotation idéologique […] pratiquement absent du droit international ».

La dernière section porte sur la procédure et s'ouvre avec l'étude par Timothée ANDRO comparant de manière méticuleuse deux articles, un de Dionisio ANZILOTTI et un de Charles DE VISSCHER, au sujet de la responsabilité internationale de l'Etat. Les deux textes, séparés de deux décennies, « sont complémentaires aussi bien par leur approche que par leur contenu » : « doctrinal et théorique » d'un côté, « casuistique et factuel » de l'autre. Développant le sujet de la protection diplomatique entamé par T. ANDRO, Hadi AZARI consacre sa contribution à la doctrine des mains propres et aux travaux de Luis GARCIA-ARIAS. H. AZARI place la pensée de GARCIA-ARIAS dans la doctrine pour ensuite analyser en grand détail la jurisprudence qui a suivi, dégageant une alternative ; l'abus de procès. En dernier lieu, mais non pas des moindres, Hicham AL AYOUBI relate les questions juridiques au sujet des traités interétatiques d'indemnisation à travers l'ouvrage de Richard LILLICH. Rejoignant les propos sur la propriété privée, AL AYOUBI révèle cet outil méconnu grâce aux écrits de R. LILLICH et aux développements postérieurs.

Faute de conclusions traditionnelles, nous nous devons faire une tentative de bilan, certes mitigé : si certains grands auteurs paraissent optimistes au vue du droit international d'aujourd'hui (C. CHAUX), dans d'autres matières on témoigne d'un recul, les juristes d'autrefois étant en avance sur leurs temps (C. CREPET DAIGREMONT). Si la modernité des textes étudiés peut parfois agréablement surprendre (N. ALOUPI, A. DE NANTEUIL), il est décevant de constater que trop souvent les développements espérés ne se sont pas réalisés (H. RASPAIL, D. BURRIEZ).

Grâce à ses trois axes bien choisis, l'ouvrage offre donc un panorama complet sur le sujet. Suivant des thèmes primordiaux comme les sujets, les sources, la guerre et la paix, les espaces, et la justice, on ne peut qu'espérer que les *Grandes pages du droit international* soient une expérience durable. Ayant le grand mérite d'assembler professeurs et doctorants, le seul reproche que l'on peut faire au volume est d'être construit exclusivement autour des « pères » du droit international, au détriment de ses « mères ».

BAŞAK ETKIN

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

LERICHE (LUC) — L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international, 1 vol. broché de 262 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00939 5 9

L'ouvrage constitue la publication d'un mémoire de Master rédigé sous la direction de la Professeure Evelyne LAGRANGE et soutenu en 2018 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Dès l'introduction, l'auteur démontre sa maîtrise des enjeux théoriques induits par le sujet choisi. Après avoir rappelé l'origine de la *Déclaration*, il s'engage dans un délicat exercice visant à exposer la méthodologie qu'il entend déployée pour identifier les « répercussions juridiques de la *Déclaration* » (p. 33). Malgré quelques aller-retours conceptuels entre les notions de « valeur juridique » et d'« effets normatifs », le projet est présenté clairement : l'auteur n'entend pas se focaliser sur la valeur non contraignante de la *Déclaration* mais cherche à évaluer la mesure dans laquelle elle « déplo[ie] suffisamment d'effets juridiques permettant sa pleine mise en œuvre tant sur le plan interne qu'international » (p. 37). L'on pourrait discuter, sur le fond, l'absence de certaines subtilités parfois employées pour distinguer l'effet juridique de l'effectivité et d'autres notions voisines : le terme « ineffectivité » est employé (p. 36), puis l'auteur annonce la recherche de la « mise en œuvre » de la *Déclaration* (p. 35 et p. 37), de son « respect » (p. 39), et finalement de la « capacité normative de la *Déclaration* » (p. 40). Cependant, ces distinctions conceptuelles n'apporteraient pas nécessairement de plus-value à la recherche, qui est déjà particulièrement ambitieuse s'agissant d'un mémoire de fin de Master. Leur absence d'approfondissement n'est dès lors pas problématique.

Le plan de l'étude apparaît clairement et, sous une apparente simplicité, démontre la maturité scientifique de M. LERICHE : il s'agit d'étudier d'une part la manière dont les ordres juridiques internes « reçoivent » par eux-mêmes la *Déclaration* – bien que seule la recherche de la « soumission volontaire » de l'État soit initialement annoncée (p. 39) – et d'autre part la mesure dans laquelle le système des Nations Unies et les institutions internationales en général promeuvent le respect de la *Déclaration*, par divers moyens de « pression » juridique (p. 40). L'on pourrait à ce stade s'interroger sur le choix fait de concentrer la recherche menée en première partie sur seulement neuf États : le Botswana, le Kenya, les Philippines, la Bolivie, la Colombie, le Canada, la Suède, la Finlande et la Norvège. Le choix de cet « échantillon d'Etats judicieusement choisi » (préface d'E. LAGRANGE, p. 6), justifié en introduction, apparaît néanmoins difficilement contestable, même s'il conduit à évacuer le cas français dont le lecteur aurait pu apprécier l'analyse. L'on ne peut en tout cas que relever, dès ce stade, l'ambition de la recherche, qui revient finalement à mener une analyse de droit comparé de la réception de la *Déclaration* en première partie, puis de droit international général en seconde partie.

Le contenu de la première partie ne décevra pas le lecteur. Identifiant d'emblée le biais consistant à considérer qu'une intégration *de jure* signifie intégration *de facto*, Luc Leriche se plonge dans la pratique de chacun des Etats en abordant la transformation volontaire du cadre juridique interne sous l'impulsion de la *Déclaration* (chapitre 1) et sa transformation sous l'impulsion des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme (chapitre 2). Les développements du premier chapitre n'échappent pas toujours, notamment en première section, à la pratique de la juxtaposition des situations nationales des États observés, ce qui ne peut surprendre au regard du parti-pris. L'analyse est toutefois menée finement, et le lecteur suivra avec intérêt le cheminement d'un raisonnement prenant soin

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

de s'arrêter à chaque point méritant commentaire. Il regrettera que ce raisonnement implique ponctuellement de « continuer » la route pour aborder les autres États, sans plus approfondir certaines idées pourtant stimulantes (par exemple, sur le choix de la source conventionnelle dont l'analyse s'achève un peu abruptement au Canada, p. 59). Le très louable « souci d'exhaustivité » (p. 80) conduit ainsi, parfois, le lecteur à une légère frustration – peut-être partagée par l'auteur – de ne pas voir développées plus avant les situations énoncées, ce qui reste justifié par le cadre restreint imposé par l'exercice (par exemple pp. 74-75). L'aisance de l'auteur, qui circule sans peine d'un ordre juridique à l'autre, est notable, à l'instar de la dimension didactique de la présentation générale du raisonnement. Le second chapitre distingue, dans le même esprit, les systèmes régionaux interaméricain et africain de protection des droits de l'homme d'une part, européens d'autre part. Répondant au même schéma pédagogique que le premier chapitre, il intègre parfois des éléments plus ostensiblement critiques, lesquels sont sans doute permis par une analyse comparative plus aisée entre systèmes européens et autres systèmes régionaux (par exemple lorsqu'est dénoncée la jurisprudence « pusillanime » de la CEDH, pp. 111 et suivantes). Si l'on peut s'interroger sur l'intégration de l'Union européenne parmi les systèmes européens de protection des droits de l'homme, la démarche là aussi critique et prospective qui anime l'auteur (en particulier pp. 127-128) est tout à fait appréciable. Elle permet à M. LERICHE de conclure, manifestement à regret, qu'il « est difficile de croire que tant la CEDH que la CJUE n'ont pas entendu les arguments prônant la nécessité d'effectuer des changements dans leur approche de la question autochtone. Cependant, la préservation de la sécurité et de la stabilité du système européen semble avoir pris le pas sur son évolution. Or l'intégration de la *Déclaration* pourrait s'effectuer de manière graduelle au sein des mécanismes classiques de raisonnement des juges européens afin d'éviter toute remise en question de la cohérence des systèmes » (p. 129).

La seconde partie de l'ouvrage, consacrée à l'application de la *Déclaration* par le système des Nations Unies (chapitre 1) et à l'« établissement de garanties nouvelles sous l'impulsion de la *Déclaration* dans des domaines affectant particulièrement les peuples autochtones » (chapitre 2, p. 181), invite le lecteur à une réflexion sur les modes de formation du droit international. Fondés quasi-exclusivement sur une analyse minutieuse des décisions des différents comités chargés de la protection des droits de l'homme, les développements de la première section entretiennent la vision critique de l'auteur (par exemple pp. 154 et 156 sur le rôle du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones), qui transparaît assez volontiers (notamment p. 157 : « [h]eureusement pour les peuples autochtones, […]). Si la seconde section s'ouvre sur un exposé des relations entretenues par différentes institutions et différents programmes de l'ONU avec la *Déclaration*, les développements finaux sur le conditionnement des partenaires de la Banque Mondiale au respect des standards de la *Déclaration* (pp. 169 et ss.) attirent l'attention, l'auteur concluant que la Banque « se positionne progressivement comme un acteur central dans la sauvegarde des droits des peuples autochtones » (p. 179). Ces propos mènent logiquement le lecteur vers le dernier chapitre, dont la teneur est plus économique puisqu'il s'agit d'aborder l'OMC, l'OMPI et « dans une moindre mesure » (p. 181) l'UNESCO. S'aventurant jusqu'au droit des investissements, l'auteur, dont la pensée s'affine au fil de l'ouvrage, expose finalement que « malgré la teneur extrêmement protectrice du droit des investissements à l'égard des investisseurs, il nous semble que tant les États par le biais des traités bilatéraux d'investissement que les tribunaux internationaux d'arbitrage peuvent faire en sorte d'assujettir les investisseurs et par

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

extension, les entreprises multinationales, aux standards posés par la *Déclaration* » (p. 204). M. Leriche, engagé, défend globalement une vision optimiste de la situation de la prise en compte de la *Déclaration*, même s'il ne peut qu'admettre les limites des dispositifs évoqués, qu'il s'agisse des PCN (p. 211), du fait qu'une seule sentence arbitrale a pris en compte la *Déclaration* dans son raisonnement (p. 214) ou encore de la faiblesse de la sanction prononcée contre la Bolivie dans la sentence *South American Silver Mines* (p. 219). L'auteur n'en reste pas là et propose un certain nombre de solutions visant à faire en sorte que les tribunaux arbitraux s'approprient – et fassent appliquer – la *Déclaration* (pp. 220-224) : la rédaction de clauses de compétence plus larges, l'intégration dans les ordres juridiques étatiques de la *Déclaration* afin qu'elle relève du droit applicable, la participation des peuples autochtones en tant qu'*amici curiae*, ou encore une protection conventionnelle accrue. L'auteur conclut, finalement, que la source conventionnelle paraît la plus adaptée à l'affirmation de la protection de ces droits.

Comme le relève en conclusion LUC LERICHE, la valeur juridique non contraignante de la *Déclaration* n'est pas un obstacle à son application, dont il retire un bilan global « positif » (p. 225. Si l'on partage la première idée – la non-obligatoriété de la *Déclaration* ne valant, sauf indication et position contraire, que dans l'ordre juridique international – l'on partage moins aisément la seconde quant au bilan globalement « positif » de son application. L'auteur nuance d'ailleurs son propos, mais, plein d'optimisme, achève son ouvrage en rappelant qu'il est « difficilement concevable de croire que dix années de pratique, aussi bonne soit-elle, peuvent suffire à assurer la pleine mutation normative de la *Déclaration* » (p. 227), mutation qu'il appelle à l'évidence de ses vœux. Pour lui, ce texte constitue *in fine* un premier pas vers un cadre juridique autochtone futur, dont la valeur contraignante ou non n'aura pas forcément d'impact sur l'effectivité (*idem*).

A l'issue de la lecture, l'on peut penser avoir « cerné » l'auteur, dont l'éclairante préface d'E. LAGRANGE indiquait déjà qu'il est « habité autant par la cause des peuples autochtones que par l'ambition de donner aux instruments juridiques des soubassements conceptuels solides » (p. 7). Défendeur de la cause, il n'en reste pas moins un remarquable pédagogue et un solide chercheur en devenir : la recherche évidente d'une meilleure application de la *Déclaration*, ne fait pas oublier l'ampleur de l'étude, qui balaye de manière synthétique et efficace pas moins d'une dizaine d'ordre juridiques étatiques et de nombreux pans du droit international. Elle s'appuie également sur une forme irréprochable : les coquilles sont très peu nombreuses, les développements toujours clairs. Si la bibliographie paraît réduite à l'essentiel sur le sujet, l'appareil de notes de bas de page est remarquable, et largement conforme aux attendus universitaires en la matière. Les renvois et le soin apporté à préciser la manière dont telle ou telle référence sera ultérieurement citée sont d'autant plus appréciés que le contenu des notes est limité au nécessaire, laissant de côté le superflu. Nul doute que M. LERICHE, qui poursuit actuellement la rédaction d'une tout aussi ambitieuse thèse de doctorat sur « L'émergence d'un droit à la vie autochtone – Analyse de droit comparé et de droit international » à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne sous la direction de JEAN MATRINGE, pourra s'appuyer sur sa grande rigueur formelle et méthodologique pour développer sa future pensée.

RAPHAËL MAUREL

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

FERNANDEZ (JULIAN), DE FROUVILLE (OLIVIER) (DIR.). — *L'hirondelle et la tortue - Quatrièmes journées de la justice pénale internationale*, 1 vol. broché de 144 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00940 1 10

Les actes du quatrième colloque des journées de la justice pénale internationale qui s'est tenu du 31 janvier au 1er février 2019 à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, viennent d'être publiés aux éditions Pedone. Le rendez-vous annuel francophone de la doctrine et des praticiens de la justice pénale internationale aboutit en 2020, et grâce à la direction de Julian FERNANDEZ (Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas) et Olivier DE FROUVILLE (Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas), à un ouvrage de référence parcourant l'éventail des réussites et des défis auxquels fait face la justice pénale internationale aujourd'hui. Un an après avoir fêté les vingt ans du Statut de Rome l'heure est au bilan. La métaphore du titre n'est pas anodine et donne le ton des développements qui suivent. Il souligne à la fois les aspirations, mais également le manque de confiance en cette justice que les observateurs ont sans doute jugée trop hâtivement sans lui laisser une chance de démontrer sa capacité d'action.

L'ouvrage se compose de trois parties dont la première est tout aussi importante que sa position dans le programme : l'exercice national de la justice pénale internationale. Accorder à cet aspect la première partie d'un colloque n'est pas dû au hasard et reflète que c'est aujourd'hui en lui que repose le vecteur d'action et de promotion privilégié de la justice pénale internationale. François ALABRUNE y présente la relation entre « la France et la justice pénale internationale » (pp. 11-16), il met en avant la nécessité pour la Cour de composer avec ses propres limites : le principe de complémentarité, qui peut s'avérer être un frein à l'exercice de ses compétences. Ensuite le Colonel Eric EMERAUX et le Chef d'escadron Nicolas LE COZ s'intéressent à « la spécificité des enquêtes pénales sur les crimes internationaux les plus graves » (pp. 17-35), ils mettent l'accent sur l'importance des enquêtes nationales et surtout sur la nécessité de coopération des acteurs étatiques et non étatiques en la matière. En conclusion de cette partie Alain WERNER évoque quant à lui « le rôle des ONG » (pp. 37-42) qui sont l'un des rouages essentiels du processus judiciaire et qui de par leur action concrète sur le terrain et leur coopération avec les autorités nationales sont un vecteur essentiel de justice pour les victimes.

La seconde partie de l'ouvrage est dédiée aux défis renouvelés de la Cour et s'inscrit dans l'étude des défis relevés puis des défis contemporains, comme souligné par Bruno COTTE (p.45). Si la Cour a opéré de nombreuses avancées en termes d'accélération et de généralisation des procédures, il reste encore de lourdes épreuves à essuyer. Essentiellement celle la justice face au politique. Dans cette idée, Natacha FAUVEAU-IVANOVIC présente le procès très politique de Laurent Gbagbo (pp. 49-62) qui a mis en échec le bureau du procureur faute de preuves et dont l'issue ne pouvait être autre que l'acquittement prononcé par la Chambre de première instance. Par la suite Carsten STAHN retrace les difficultés de la justice face à la pratique des immunités (pp. 63-78). Fannie LAFONTAINE clôt cette partie par l'analyse de la compétence de la Cour sur les crimes commis au Myanmar (pp. 79-91) à la fois source d'incertitude du fait de l'opposition de Myanmar à l'exercice de la compétence de la Cour mais également d'attente pour le peuple Rohingya.

La dernière et troisième partie de l'ouvrage fait une rétrospective des évènements marquants de l'année et de l'actualité de la justice pénale internationale. Joël HUBRECHT entame cette approche par une revue des juridictions hybrides (pp. 95-107), leurs avancées,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

leur bilan et évoque la mission du M31 dans l'établissement des faits en Syrie en vue de potentielles poursuites. Dans la continuité des évènements marquants de l'année c'est la justice transitionnelle qui est évoquée par Fabian SALVIOLI (pp. 109-113) et notamment son caractère hybride entre politique et juridique qui fait d'elle une solution optimale pour rétablir la paix et réconcilier une société meurtrie par la commission de crimes internationaux. Une attention toute particulière est ensuite offerte par Michel RAFFRAY et François ROUX à la procédure pénale internationale (pp. 115-127), à la fois vectrice de graves dissensions entre pays de tradition *romano-germanique* et ceux de tradition *common law,* mais également source d'accomplissement de la justice pénale internationale. Pour clore cette partie Marie REGNIER-PELLAT fait le point sur la 17ème Assemblée des Etats parties et met l'accent sur des points de tension comme la résolution « omnibus » (pp. 130-136).

C'est à Paola GAETA qu'est confiée la tâche des conclusions générales (pp. 139-142). Elle félicite l'ensemble des contributeurs pour leur éclairage des réussites et des défis de la justice pénale internationale, façonnant une réflexion pour une appréhension optimale et fidèle du projet initial : « un système universel et égalitaire dans la répression des crimes internationaux » (p.140). A l'image de la tortue dans la fable « le lièvre et la tortue », la justice pénale a pris et prend son temps, on peut lui reprocher sa lenteur mais elle a le mérite de relever les nombreux défis qui s'imposent à elle comme en témoigne la richesse de cette année 2019 (p.46). Elle bénéficie d'un « potentiel encore inexploitée » et est un vivier d'espoir, à l'instar de l'hirondelle, pour l'ensemble de la communauté internationale (p.142).

JENIFER PRADES

O'CONNELL (MARY ELLEN), TAMS (CHRISTIAN J.) et TLADI (DIRE). — *Self-Defense against Non-State Actors*, 1 vol. broché de 285 p., 2019, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 11 08 12017 3 11

Cet ouvrage en anglais se présente comme un trialogue permettant de saisir les différentes opinions liées à l'invocation de la légitime défense comme circonstance justifiant une attaque contre un acteur non étatique. Si l'interrogation sur les contours de la légitime défense est usuelle, son invocation suite à l'acte d'un acteur non étatique est particulièrement actuelle. En effet, comme le notent les coordinateurs de ce trialogue, Anne PETERS et Christian MARXSEN, « [r]ecurring strikes by armed terror groups raise the questions of whether and when such resort to armed force by non-State actors triggers the right to self-defence under international law » (p. 1). Suite à une introduction permettant de situer les principaux enjeux du débat, l'ouvrage se divise en trois parties, donnant successivement la parole à trois professeurs de droit international de cultures juridiques différentes.

Dans un premier temps, Dire TLADI, Professeur à l'Université de Prétoria, opte pour une approche positiviste de la question litigieuse (pp. 10-11). L'auteur étudie le principe de l'interdiction du recours à la force, posé par la Charte des Nations Unies, ainsi que les articles 2(4) et 51 de celle-ci. L'interprétation de ces articles – conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités – amène l'auteur à réaffirmer que « the use of force in the territory of another State, even if minimal, implies a violation of the third State's territorial integrity and sovereignty » (p. 63). L'auteur relève également les dangers d'une interprétation extensive du droit de légitime défense en considérant que « [t]he broad

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

interpretation of the right to use force against non-State actors on the territory of third States would, in the first place, bring us back the law of the jungle » (p. 83).

Dans un deuxième temps, Christian J. TAMS, Professeur à l'Université de Glasgow s'interroge sur la notion d'« armed attack » ('agression' dans la version française) mentionnée à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Dans ce cadre, le second contributeur s'appuie également sur la Convention de Vienne précitée et centre son analyse sur la pratique subséquente des Etats et organes des Nations Unies. Au-delà de la hausse quantitative des cas d'invocation de la légitime défense contre des acteurs non étatiques, l'auteur note que « in addition to claims based on responsibility for support (which dominated the Cold War practice), reacting States have frequently justified their conduct by claiming that host States bore responsibility for unlawfully shielding terrorists or failing to suppress their activities » (p. 149). Ainsi, Christian J. TAMS opte pour une expansion du domaine de la légitime défense, celle-ci pouvant être invoquée contre les acteurs non étatiques. Si l'auteur n'ignore pas les dangers d'une telle interprétation extensive, en considérant notamment que « once the genie of self-defence is out of the bottle, it is not easily put back in again » (p. 170), le contributeur juge que la solution est de s'interroger systématiquement sur la nécessité et la proportionnalité de la légitime défense, que celle-ci soit invoquée contre un Etat ou un acteur non étatique.

Dans un troisième temps, Mary Ellen O'CONNELL, Professeur à l'Université Notre Dame aux Etats-Unis, insiste sur les risques d'une extension du domaine de la légitime défense. Si ce troisième auteur interprète également la Charte des Nations Unies au regard de la Convention de Vienne, l'analyse menée ne conduit pas à la même conclusion. En effet, Mary Ellen O'CONNELL considère, contrairement à Christian J. TAMS, que « *[i]us cogens* and general principles are not modifiable though the impact of State practice. The law of self-defence may change over time but only in the direction of greater restrictions on the right to resort to force » (p. 180). Ainsi, le dernier contributeur souligne les trois conditions de la légitime défense : l'existence d'une « armed attack », la nécessité et la proportionnalité dans la réponse à celle-ci, mais aussi, de manière plus singulière, l'attribution de l' « armed attack » à un Etat (p. 195). L'auteur discrédite ensuite trois doctrines, qualifiées de pernicieuses, qui visent à étendre le domaine de la légitime défense. Il s'agit tout d'abord de « the assertion of a right to use force in self-defence against imminent or threatened attacks », puis du fait de considérer « crimes committed by terrorists as the equivalent of armed attacks or armed conflict », et, enfin, de l'idée selon laquelle « where a State is 'unable or unwilling' to control terrorism, the legal requirements of attribution or consent no longer apply » (p. 212). Enfin, l'auteur souligne que la valeur supérieure du principe d'interdiction du recours à la force implique de refuser l'extension du domaine de la légitime défense. C'est ainsi que celle-ci considère que « [a]rticle 2(4) is also *ius cogens* and as such has a durability that contrary State practice, policy arguments, and even competing moral conceptions cannot undermine » (p. 228).

La conclusion de ce riche ouvrage, réalisée par Christian MARXSEN et Anne PETERS, permet de confronter plus directement les différents points de vue exprimés dans le cadre du trialogue. Les coordinateurs résument les positions sus-mentionnées en considérant que, selon Dire TALDI, « self-defence against an 'innocent' State is unlawful », tandis que Christian J. TAMS considère que « the better interpretation of the law is open for self-defence against non-State actors », et que Mary Ellen O'CONNELL opte pour une « interpretation of the law that categorically prohibits self-defence against non-State

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

actors » (p. 258). Ainsi, aucun consensus ne se détache de cette compilation doctrinale. Il est alors possible de considérer que « [t]he case of self-defence against non-State actors illustrates that during a protacted period of change an indeterminacy of the law reigns » (p. 276). Les auteurs clôturant cet ouvrage notent toutefois que « [t]he danger is that a threat to terrorism is used as an argument for indefinite self-defence actions, thereby turning a special exception into a permanent authorisation » (p. 279). *In fine*, l'ouvrage présenté permet de préciser l'intégralité des enjeux et de confronter différentes positions doctrinales sur la question de l'invocation de la légitime défense comme circonstance justifiant une attaque contre un acteur non étatique.

CLAIRE MERIC

AFROUKH (MUSTAPHA) et MARGUÉNAUD (JEAN-PIERRE) (DIR.). — *Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du séminaire du 19 avril 2019,* 1 vol. broché de 170 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00950 0 12

Le présent ouvrage est issu d'un séminaire de l'Institut de droit européen des droits de l'homme qui s'est tenu le 19 avril 2019, organisé avec le soutien de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier et de l'Ecole doctorale Droit et science politique. La manifestation était consacrée au Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, le Protocole et la Convention), entré en vigueur le 1er août 2018, qui permet aux plus hautes juridictions d'un Etat partie d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la Cour) des demandes d'avis consultatifs sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. L'arrivée du tout premier avis sur la demande de la Cour de cassation française à peine dix jours avant le colloque avait rendu cette rencontre particulièrement à point nommé.

Le préface de l'ancien Président de la Cour, Jean-Paul COSTA, d'une complétude qui rend cette notule inutile, donne un avant-goût de la suite. Partageant à la fois son opinion personnelle et ses inquiétudes (« Me permettra-t-il d'être plus optimiste ? », p. 9), le Président COSTA introduit ce volume qui offre un premier bilan de la nouvelle procédure d'avis consultatifs.

L'ouvrage est ensuite organisé autour de trois axes : l'état des lieux, les pratiques et les articulations. La première section ouvre avec l'étude des effets du Protocole sur le système de la Convention. Peggy DUCOLOMBIER se penche sur un nombre de questions très intéressantes tant sur les Etats parties et tant sur la Cour, dont celles de l'impact des avis sur les autres Etats parties et de l'éventuel désengorgement de la Cour par la nouvelle procédure, mais conclut que le Protocole risque de ne pas accomplir ses objectifs. Ensuite, Aurélia SCHAHMANECHE et Mustapha AFROUKH abordent les autres cours supranationales protectrices des droits de l'homme, nommément la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Ils soulignent particulièrement le caractère *sui generis* du Protocole n°16 et le déséquilibre entre les fonction contentieuse et consultative de la Cour européenne, en comparaison avec les deux autres.

Intitulée « Quelles pratiques ? », la deuxième section débute avec le point de vue de la Cour de cassation, exprimé par Thierry FOSSIER. Dans sa contribution atypique, telle une recette de cuisine, le conseiller à la Cour de cassation analyse la réception du Protocole,

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

l'usage qui en sera fait, et les quelques inquiétudes « qui ne l'emportent pas, et de loin, sur les avantages qu'il procure » (p. 73). Cet examen est suivie par celui de Julien BONNET sur le Protocole et le Conseil constitutionnel. Il est particulièrement captivant de voir pourquoi une juridiction qui se refuse non seulement le contrôle de conventionnalité mais aussi la moindre référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme était si enthousiaste quant au Protocole n° 16. Comme le remarque le Président COSTA dans le préface, il est regrettable que cette section termine sans le point de vue du Conseil d'Etat, la dernière juridiction française autorisée à adresser une demande d'avis consultatif.

La dernière section, bâtie sur les acquis des précédentes, s'intitule « Quelles articulations ? ». Premièrement, Thibaut LARROUTUROU, référendaire à la Cour, étudie le lien entre la procédure consultative devant la Cour et les questions de constitutionnalité à travers les deux hypothèses d'enchâssement et de dissociation. Si c'est la première qui triomphe dans cette étude comparant une trentaine de systèmes, T. LARROUTUROU conclut que ces questionnements « ne seraient que le prix à payer pour consolider l'émergence d'un véritable réseau de juridictions », ainsi que pour « l'appropriation de la Convention » par celles-ci (p. 113). Deuxièmement, et combinant deux approches, Laurent COUTRON, également référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE), examine l'articulation entre le renvoi préjudiciel devant la CJUE et la nouvelle procédure issue du Protocole. Non seulement il met en évidence l'inspiration de l'une par l'autre – un peu à la manière d'A. SCHAHMANECHE et M. AFROUKH, qui ont souligné quant à eux les dissimilitudes avec la procédure devant les autres cours supranationales –, mais aussi il imagine leur coexistence, ici potentiellement turbulente, tout comme T. LARROUTUROU avec les questions de constitutionnalité. Clôturant la section, Catherine GAUTHIER traite à son tour l'articulation de la nouvelle procédure avec le contrôle de conventionnalité. Après avoir mis en exergue les éventuelles vertus de ce lien, GAUTHIER, indubitablement sceptique, expose ses doutes tout en espérant « que ce pessimisme soit excessif » (p. 158).

Enfin, la richesse du rapport de synthèse de Jean-Pierre MARGUENAUD fait qu'il s'agit davantage d'une dernière contribution plutôt que des conclusions. Tout en faisant un bilan des différentes idées développées par les intervenants, J.-P. MARGUENAUD analyse le caractère catégorique ainsi que « pilote » (à la manière de l'arrêt *Broniowski c. Pologne* de 2004) des avis consultatifs.

Si cette conclusion identifie le premier avis rendu comme le fil rouge du séminaire, l'institutionnalisation du dialogue des juges et ses potentiels effets l'est aussi, certainement. Malgré une absence soulignée plus haut, l'ouvrage arrive à offrir un panorama complet sur le sujet à un moment particulièrement fatidique, grâce au sens de l'anticipation de l'organisateur principal, M. AFROUKH, souligné par J.-P. MARGUENAUD.

BAŞAK ETKIN

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

DOCUMENTS*

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

JOB/DSB/1/Add.12

30 avril 2020

(20-3358) Page: 1/7

Original: anglais

DÉCLARATION SUR UN MÉCANISME POUR L'ÉLABORATION, LA DOCUMENTATION ET LA COMMUNICATION DE PRATIQUES ET PROCÉDURES POUR LE DÉROULEMENT DES DIFFÉRENDS À L'OMC

Addendum

La communication ci-après, datée du 30 avril 2020, est distribuée à la demande des délégations de l'Australie; du Brésil; du Canada; du Chili; de la Chine; de la Colombie; du Costa Rica; du Guatemala; de Hong Kong, Chine; de l'Islande; du Mexique; de la Norvège; de la Nouvelle-Zélande; du Pakistan; de Singapour; de la Suisse; de l'Ukraine; de l'Union européenne; et de l'Uruguay.

ARRANGEMENT MULTIPARTITE CONCERNANT UNE PROCÉDURE ARBITRALE D'APPEL PROVISOIRE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'Australie; le Brésil; le Canada; le Chili; la Chine; la Colombie; le Costa Rica; le Guatemala; Hong Kong, Chine; l'Islande; le Mexique; la Norvège; la Nouvelle-Zélande; le Pakistan; Singapour; la Suisse; de l'Ukraine; l'Union européenne; et l'Uruguay (ci-après les "Membres participants"),

Réaffirmant leur attachement à un système commercial multilatéral fondé sur des règles,

Reconnaissant qu'un système de règlement des différends de l'OMC qui fonctionne est de la plus haute importance pour un système commercial fondé sur des règles, et qu'une phase d'appel indépendante et impartiale doit continuer d'en être une des caractéristiques essentielles,

Déterminés à travailler avec l'ensemble des Membres de l'OMC pour parvenir à améliorer durablement la situation relative à l'Organe d'appel en priorité, et lancer les processus de sélection dès que possible, afin qu'il puisse recommencer à s'acquitter de ses fonctions comme prévu par le Mémorandum d'accord,

Résolus, dans l'intervalle, à mettre en place des mesures d'urgence sur la base de l'article 25 du Mémorandum d'accord afin de préserver les principes et caractéristiques essentiels du système de règlement des différends de l'OMC qui comprennent son caractère contraignant et deux niveaux juridictionnels grâce à un examen en appel indépendant et impartial des rapports de groupes spéciaux, et à préserver par là-même leurs droits et obligations au titre de l'Accord sur l'OMC,

Désireux de préserver aussi la possibilité d'un règlement contraignant des différends au stade du groupe spécial, si aucune partie ne décide de faire appel en vertu du présent arrangement, au moyen de l'adoption des rapports de groupes spéciaux par l'ORD par consensus négatif,

Réaffirmant que la cohérence et la prévisibilité dans l'interprétation des droits et obligations au titre des accords visés sont très importantes pour les Membres et que les décisions arbitrales ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés,

Soulignant la nature provisoire du présent arrangement,

---

* Voir Chronique des faits internationaux, cette *Revue* pages 619-622.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Eu égard à ces circonstances extraordinaires, prévoient de recourir à l'arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire (ci-après l'"AMPA") suivant:

1. Les Membres participants indiquent leur intention de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord en tant que procédure arbitrale d'appel provisoire (ci-après la "procédure arbitrale d'appel"), aussi longtemps que l'Organe d'appel ne sera pas en mesure de connaître des appels de rapports de groupes spéciaux dans des différends entre eux en raison du nombre insuffisant de membres de l'Organe d'appel.

2. Dans de telles circonstances, les Membres participants n'interjetteront pas d'appels en vertu des articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord.

3. La procédure arbitrale d'appel sera fondée sur les aspects de fond et de procédure de l'examen en appel conformément à l'article 17 du Mémorandum d'accord, le but étant d'en conserver les caractéristiques essentielles, y compris l'indépendance et l'impartialité, tout en améliorant l'efficacité de la procédure d'appel. La procédure arbitrale d'appel est exposée à l'annexe 1.

4. En particulier, les Membres participants prévoient que, dans le cadre de la procédure arbitrale d'appel, les appels seront examinés par 3 arbitres d'appel choisis dans le groupe de 10 arbitres d'appel permanents constitué par les Membres participants conformément à l'annexe 2 (ci-après le "groupe d'arbitres").[1] Le groupe d'arbitres comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Elles n'auront aucune attache avec une administration nationale. Elles ne participeront pas à l'examen d'un différend qui créerait un conflit d'intérêts direct ou indirect. La composition du groupe d'arbitres garantira un équilibre global approprié.

5. Les membres du groupe d'arbitres se maintiendront au courant des activités de l'OMC en matière de règlement des différends et recevront tous les documents relatifs aux procédures arbitrales d'appel menées en vertu de l'AMPA. Afin de favoriser l'uniformité et la cohérence de la prise de décisions, ils discuteront entre eux des questions d'interprétation, de pratique et de procédure, dans la mesure où cela sera réalisable.

6. Le choix dans le groupe d'arbitres pour un différend spécifique se fera sur la base des mêmes principes et méthodes qui s'appliquent à la constitution d'une section de l'Organe d'appel au titre de l'article 17:1 du Mémorandum d'accord et de la règle 6 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel, y compris le principe du roulement.[2] Le Directeur général de l'OMC notifiera aux parties et aux tierces parties les résultats de ce choix.

7. Les Membres participants prévoient que les arbitres d'appel recevront un soutien administratif et juridique approprié, qui offrira les garanties nécessaires de qualité et d'indépendance, eu égard à la nature des responsabilités en jeu. Les Membres participants prévoient que la structure de soutien sera entièrement distincte du personnel du Secrétariat de l'OMC et des divisions qui apportent un soutien aux groupes spéciaux et ne rendra compte, s'agissant de la substance de ses travaux, qu'aux arbitres d'appel. Les Membres participants demandent au Directeur général de l'OMC de garantir la disponibilité d'une structure de soutien remplissant ces critères.

8. Les Membres participants prévoient également des ajustements limités des procédures de groupe spécial dans les différends visés par l'AMPA, dans la mesure où il est nécessaire de faciliter la bonne administration de la procédure arbitrale d'appel, au cas où une partie déciderait de faire appel conformément à la présente procédure. Si aucune partie ne fait appel du rapport du groupe spécial conformément à la procédure arbitrale d'appel, les Membres participants prévoient que le rapport du groupe spécial sera formellement distribué en vue de son adoption par l'ORD par consensus négatif.

[1] S'il est nécessaire de choisir des arbitres pour examiner un différend spécifique avant que le groupe d'arbitres ne soit constitué, les parties à ce différend conviendront des procédures de sélection applicables à ce différend. La présente note cessera de s'appliquer six mois après la date de la communication multipartite, à moins que tous les Membres participants ne conviennent de la proroger.

[2] Toutefois, à la demande d'une partie à un différend, tout membre du groupe d'arbitres qui n'est pas un ressortissant d'un Membre participant sera exclu du processus de sélection. Deux ressortissants du même Membre ne pourront pas siéger pour la même affaire.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

9. L'AMPA s'applique à tout différend futur entre deux ou plusieurs des Membres participants, y compris à la phase de mise en conformité de tels différends, ainsi qu'à tout différend de ce type en cours à la date de la présente communication, sauf si le rapport intérimaire du groupe spécial, lors de la phase considérée de ce différend, a déjà été remis à cette date.[3]

10. Afin de rendre la procédure arbitrale d'appel opérationnelle dans des différends particuliers, les Membres participants indiquent leur intention de conclure l'accord d'arbitrage (l'"accord sur une procédure arbitrale d'appel") figurant à l'annexe 1 de la présente communication et de notifier cet accord conformément à l'article 25:2 du Mémorandum d'accord dans les 60 jours suivant la date d'établissement du groupe spécial. Pour les différends en cours dans lesquels, à la date de la présente communication, le groupe spécial a déjà été établi mais un rapport intérimaire n'a pas encore été remis, les Membres participants concluront l'accord sur une procédure arbitrale d'appel et le notifieront conformément à l'article 25:2 du Mémorandum d'accord dans les 30 jours suivant la date de la présente communication.

11. S'agissant d'un différend spécifique, les parties à ce différend pourront, sans préjudice des principes établis dans la présente communication, convenir mutuellement de s'écarter des procédures énoncées dans l'accord sur une procédure arbitrale d'appel.

12. Tout Membre de l'OMC est libre d'accéder à l'AMPA à n'importe quel moment, en notifiant à l'ORD qu'il entérine la présente communication. S'agissant des différends auxquels ce Membre de l'OMC est partie, la date de la notification présentée par ce Membre à l'ORD sera réputée être la date de la présente communication aux fins des paragraphes 9 et 10.

13. Les Membres participants réexamineront l'AMPA un an après la date de la présente communication. Le réexamen pourra porter sur n'importe quel aspect de l'AMPA.

14. Un Membre participant pourra décider de cesser de participer à l'AMPA, en notifiant à l'ORD qu'il retire son entérinement de la présente communication. Toutefois, sous réserve du paragraphe 9, les Membres participants entendent que l'AMPA continue de s'appliquer aux différends en cours à la date de ce retrait. En outre, tout accord sur une procédure arbitrale d'appel conclu en vertu du paragraphe 10 restera en vigueur.

15. Les Membres participants restent déterminés à trouver en priorité une issue à l'impasse concernant la désignation des membres de l'Organe d'appel et prévoient que l'AMPA ne restera en vigueur que jusqu'à ce que l'Organe d'appel soit de nouveau pleinement en mesure de fonctionner. Toutefois, tout accord sur une procédure arbitrale d'appel conclu en vertu du paragraphe 10 restera en vigueur, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

---

[3] Cela est sans préjudice du droit des parties de décider d'appliquer des procédures arbitrales d'appel, comme celles qui figurent à l'annexe 1, à des différends plus avancés sur une base *ad hoc*.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ANNEXE 1

PROCÉDURES CONVENUES POUR L'ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD DANS LE DIFFÉREND DS X

1. Afin de donner effet à la communication JOB/DSB/1/Add.12 dans le présent différend, [les parties aux différend] (ci-après les "parties") conviennent mutuellement, conformément à l'article 25:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord), de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord pour qu'il soit statué sur tout appel de tout rapport final du groupe spécial[1] remis aux parties dans le différend DS X. Toute partie au différend pourra engager un arbitrage conformément aux présentes procédures convenues.

2. L'arbitrage pourra uniquement être engagé si l'Organe d'appel n'est pas en mesure de connaître d'un appel dans le présent différend au titre des articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord. Aux fins des présentes procédures convenues, cette situation est réputée se présenter dans les cas où, à la date de remise du rapport final du groupe spécial aux parties, l'Organe d'appel compte moins de trois membres.

Il est entendu que, si l'Organe d'appel est en mesure de connaître des appels à la date à laquelle le rapport final du groupe spécial est remis aux parties, une partie ne pourra pas engager d'arbitrage, et les parties seront libres d'examiner la possibilité de faire appel au titre des articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord.

3. Afin de faciliter la bonne administration de l'arbitrage au titre des présentes procédures convenues, les parties demandent conjointement au groupe spécial de leur notifier la date prévue pour la distribution de son rapport final au sens de l'article 16 du Mémorandum d'accord, au plus tard 45 jours avant cette date.

4. Après la remise du rapport final du groupe spécial aux parties, mais au plus tard 10 jours avant la date prévue pour la distribution du rapport final du groupe spécial aux autres Membres, toute partie pourra demander que le groupe spécial suspende la procédure de groupe spécial en vue d'engager l'arbitrage au titre des présentes procédures convenues. Une telle demande de n'importe laquelle des parties est réputée constituer une demande conjointe des parties visant à ce que la procédure de groupe spécial soit suspendue pendant 12 mois conformément à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord.

Les parties demandent conjointement au groupe spécial de prévoir ce qui suit, avant que la suspension ne prenne effet:

i. la levée de la confidentialité en ce qui concerne le rapport final du groupe spécial conformément aux procédures de travail du groupe spécial;

ii. la transmission du dossier du groupe spécial aux arbitres dès qu'une déclaration d'appel a été déposée: la règle 25 des Procédures de travail pour l'examen en appel s'appliquera *mutatis mutandis*;

iii. la transmission du rapport final du groupe spécial dans les langues de travail de l'OMC aux parties et aux tierces parties.[2]

Sous réserve des dispositions des paragraphes 6 et 18, les parties ne demanderont pas au groupe spécial de reprendre la procédure de groupe spécial.

[1] Il est entendu que cela comprend tout rapport final du groupe spécial remis dans le cadre d'une procédure de mise en conformité conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

[2] Les parties confirment qu'elles n'entendent pas que le rapport du groupe spécial soit distribué au sens de l'article 16 du Mémorandum d'accord.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

5. L'arbitrage sera engagé par le dépôt d'une déclaration d'appel auprès du Secrétariat de l'OMC au plus tard 20 jours après que la suspension de la procédure de groupe spécial mentionnée au paragraphe 4 aura pris effet. La déclaration d'appel comprendra le rapport final du groupe spécial dans les langues de travail de l'OMC. Elle sera notifiée simultanément à l'autre ou aux autres parties et aux tierces parties à la procédure de groupe spécial. Les règles 20 à 23 des Procédures de travail pour l'examen en appel s'appliqueront *mutatis mutandis*.

6. Sous réserve du paragraphe 2, dans les cas où l'arbitrage n'aura pas été engagé au titre des présentes procédures convenues, les parties seront réputées avoir convenu de ne pas faire appel du rapport du groupe spécial conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord, en vue de son adoption par l'ORD. Si la procédure de groupe spécial a été suspendue conformément au paragraphe 4, mais qu'aucune déclaration d'appel n'a été déposée conformément au paragraphe 5, les parties demandent conjointement au groupe spécial de reprendre la procédure de groupe spécial.

7. Les arbitres seront 3 personnes choisies dans le groupe de 10 arbitres d'appel permanents constitué conformément au paragraphe 4 de la communication JOB/DSB/1/Add.12 (ci-après le "groupe d'arbitres").[3] Le choix dans le groupe d'arbitres se fera sur la base des mêmes principes et méthodes qui s'appliquent à la constitution d'une section de l'Organe d'appel au titre de l'article 17:1 du Mémorandum d'accord et de la règle 6 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel, y compris le principe du roulement.[4] Le Directeur général de l'OMC notifiera aux parties et aux tierces parties les résultats de ce choix. Les arbitres éliront un Président. La règle 3 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel s'appliquera, *mutatis mutandis*, à la prise de décisions par les arbitres.

8. Afin de donner effet au paragraphe 5 de la communication JOB/DSB/1/Add.12 dans le présent différend, les arbitres pourront discuter de leurs décisions concernant l'appel avec tous les autres membres du groupe d'arbitres, sans préjudice de la responsabilité exclusive et de la liberté des arbitres en ce qui concerne ces décisions et leur qualité. Tous les membres du groupe d'arbitres recevront tout document relatif à l'appel.

9. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Les arbitres pourront confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial. S'il y a lieu, la décision arbitrale comprendra des recommandations, comme prévu à l'article 19 du Mémorandum d'accord. Les constatations du groupe spécial dont il n'a pas été fait appel seront réputées faire partie intégrante de la décision arbitrale au même titre que les propres constatations des arbitres.

10. Les arbitres examineront uniquement les questions qui seront nécessaires à la résolution du différend. Ils examineront uniquement les questions qui auront été soulevées par les parties, sans préjudice de leur obligation de se prononcer sur les questions de compétence.

11. Sauf disposition contraire des présentes procédures convenues, l'arbitrage sera régi, *mutatis mutandis*, par les dispositions du Mémorandum d'accord et les autres règles et procédures applicables à l'examen en appel. Cela comprend en particulier les Procédures de travail pour l'examen en appel et le calendrier applicable aux appels qui y est prévu, ainsi que les Règles de conduite.[5] Les arbitres pourront adapter les Procédures de travail pour l'examen en appel et le calendrier applicable aux appels qui y est prévu, dans les cas où cela sera justifié au regard de la règle 16 des Procédures de travail pour l'examen en appel, après avoir consulté les parties.

12. Les parties demandent aux arbitres de remettre leur décision dans un délai de 90 jours à compter du dépôt de la déclaration d'appel. À cette fin, les arbitres pourront prendre des mesures organisationnelles appropriées pour rationaliser la procédure, sans préjudice des droits et obligations procéduraux des parties et de la régularité de la procédure. Ces mesures pourront inclure des décisions concernant le nombre limite de pages, les limites de temps et les dates limites ainsi que la longueur et le nombre des audiences requises.

[3] Si le groupe d'arbitres n'a pas été constitué, la note de bas de page 1 relative au paragraphe 4 de la communication JOB/DSB/1/Add.12 s'appliquera.

[4] Toutefois, à la demande d'une partie à un différend, tout membre du groupe d'arbitres qui n'est pas un ressortissant d'un Membre participant sera exclu du processus de sélection. Deux ressortissants du même Membre ne pourront pas siéger pour la même affaire.

[5] Il est entendu que les paragraphes 14 à 17 des Règles de conduite s'appliqueront aux arbitres.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

13. Si cela est nécessaire à la remise de la décision dans le délai de 90 jours, les arbitres pourront aussi proposer des mesures de fond aux parties, comme l'exclusion des allégations fondées sur l'absence alléguée d'évaluation objective des faits conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.[6]

14. Sur proposition des arbitres, les parties pourront convenir de prolonger le délai de 90 jours pour la remise de la décision.

15. Les parties conviennent de se conformer à la décision arbitrale, qui sera définitive. Conformément à l'article 25:3 du Mémorandum d'accord, la décision sera notifiée à l'ORD, mais ne sera pas adoptée par celui-ci, et au Conseil ou Comité de tout accord pertinent.

16. Seules les parties au différend, et non les tierces parties, pourront engager l'arbitrage. Les tierces parties qui auront informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire portée devant le groupe spécial conformément à l'article 10:2 du Mémorandum d'accord pourront présenter des communications écrites aux arbitres et se verront ménager la possibilité de se faire entendre par eux. La règle 24 des Procédures de travail pour l'examen en appel s'appliquera *mutatis mutandis*.

17. Conformément à l'article 25:4 du Mémorandum d'accord, les articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord s'appliqueront *mutatis mutandis* à la décision arbitrale rendue dans le présent différend.

18. À tout moment au cours de l'arbitrage, l'appelant, ou l'autre appelant, pourra se désister en le notifiant aux arbitres. Cette notification sera également adressée au groupe spécial et aux tierces parties, en même temps que la notification aux arbitres. S'il ne reste pas d'autre appel ou d'appel, la notification sera réputée constituer une demande conjointe des parties visant à ce que la procédure de groupe spécial soit reprise au titre de l'article 12:12 du Mémorandum d'accord.[7] S'il reste un autre appel ou un appel au moment du désistement, l'arbitrage se poursuivra.

19. Les parties notifieront conjointement les présentes procédures convenues au groupe spécial chargé du DS X et lui demanderont d'accéder, s'il y a lieu, aux demandes conjointes formulées aux paragraphes 3, 4, 6 et 18.[8]

---

[6] Il est entendu que la proposition des arbitres n'est pas juridiquement contraignante et qu'il appartiendra à la partie concernée de consentir aux mesures de fond proposées. Le fait que la partie concernée ne consent pas aux mesures de fond proposées ne compromettra pas l'examen de l'affaire ni ne portera atteinte aux droits des parties.

[7] Si le pouvoir du groupe spécial est devenu caduc conformément à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord, les arbitres rendront une décision qui incorpore les constatations et conclusions du groupe spécial dans leur intégralité.

[8] Il est entendu que, si le groupe spécial n'accède pas à l'une quelconque de ces demandes, les parties conviendront d'autres modalités procédurales pour préserver les effets des dispositions pertinentes des présentes procédures convenues.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ANNEXE 2

COMPOSITION DU GROUPE D'ARBITRES CONFORMÉMENT AU PARAGRAPHE 4 DE LA COMMUNICATION JOB/DSB/1/ADD.12

Après la notification de la présente communication à l'ORD, les Membres participants lanceront rapidement le processus de composition. Les dispositions suivantes s'appliqueront:

1. Chaque Membre participant pourra désigner un candidat, au moyen d'une notification aux autres Membres participants.[1]

2. Le délai de présentation des candidatures expirera 30 jours après la date de la présente communication.

3. Les candidats seront soumis à un processus de présélection qui permettra de garantir que le groupe d'arbitres comprendra uniquement des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général.

Les Membres participants prévoient que ce processus de présélection sera mené par un comité de présélection composé du Directeur général de l'OMC, du Président de l'ORD et des Présidents des Conseils du commerce des marchandises, du commerce des services et des ADPIC et du Conseil général. Le comité de présélection, après avoir mené des consultations appropriées, recommandera aux Membres participants les candidats remplissant les critères susmentionnés.

Les Membres participants prévoient que ce processus de présélection sera achevé dans un délai de un mois à compter de l'expiration du délai de présentation des candidatures.

4. Les Membres participants arrêteront la composition du groupe d'arbitres par consensus. Ils s'efforceront d'arrêter cette composition dans les trois mois suivant la date de la présente communication. Ils notifieront la composition du groupe d'arbitres à l'ORD, sous la forme d'un addendum à la présente communication. La composition du groupe d'arbitres garantira un équilibre global approprié.

5. La composition du groupe d'arbitres pourra être modifiée à n'importe quel moment avec l'accord de tous les Membres participants. Les Membres participants soulignent la nature provisoire du présent arrangement. Si la situation mentionnée au paragraphe 15 de la présente communication dure plus longtemps, les Membres participants modifieront en partie la composition du groupe d'arbitres périodiquement, pour la première fois deux ans après qu'elle aura été arrêtée, conformément à la procédure établie dans la présente annexe.

6. S'il est nécessaire de compléter le groupe d'arbitres, par exemple par suite de la démission d'un de ses membres, la procédure susmentionnée s'appliquera.

---

[1] Il est entendu que des membres actuels ou des anciens membres de l'Organe d'appel pourront être désignés comme candidats. S'ils sont désignés comme candidats, ils ne seront pas soumis au processus de présélection établi au paragraphe 3 de la présente annexe.

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

TABLES DU TOME CENT-VINGT-QUATRE ANNÉE 2020*

TABLE DES MATIÈRES

IN MEMORIAM

PHILIPPE BRETTON (1937-2020) par JEAN-PIERRE QUENEUDEC 5

CHARLES LEBEN (1er janv. 1945 - 5 août 2020) par CARLO SANTULLI 465

DENIS PEDONE (5 oct. 1935 - 1er oct. 2020) par JEAN-PIERRE QUENEUDEC 473

ARTICLES

ANNE CHOQUET, *Enseignante chercheure à Brest Business School, Chercheure associée à l'UMR 6308 AMURE, Centre de droit et d'économie de la mer, Institut universitaire européen de la mer de Brest* et AWA SAM LEFEBVRE, *Chercheure chargée d'enseignements en sécurité et sûreté maritimes à l'Ecole Nationale Supérieure Maritime, Membre du Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO) de l'Université de Nantes*
Détresse en mer en période de pandémie : des navires de croisière à la recherche d'un port d'accueil 261

OLIVIER CORTEN, FRANÇOIS DUBUISSON, VAIOS KOUTROULIS ET ANNE LAGERWALL, *Professeurs et professeure à l'Université libre de Bruxelles, Centre de droit international ULB*
L'exécution de Qassem Soleimani et ses suites : aspects de *jus contra bellum* et de *jus in bello* 39

PIERRE MICHEL EISEMANN, *Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne*
Qu'est-ce qu'un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982 ? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*) 7

CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *Professeur de Droit International Public et Relations Internationales, Université Rey Juan Carlos*
Secession et succession en matière de traités de frontières et de régimes de frontière : hypothèse d'étude sur la frontière franco-espagnole 475

HUGUES HELLIO, *Maître de conférences HDR, Centre Droit, Ethique et Procédures (CDEP – UR2174), Université d'Artois,* et SOLVEIG HENRY, *Juriste au Greffe de la Cour internationale de Justice, Maître de conférences associé, Université de Nantes*
Le suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires *Une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d'effectivité* 225

GIUSEPPE PALMISANO, *Professeur de Droit international à l'Université de Roma Tre, Faculté de Droit Président du Comité européen des Droits sociaux*
La procédure de réclamations collectives en tant qu'instrument de protection internationale des droits sociaux 513

NOTES

DENIS ALLAND, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*
Un adieu au droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et de ses suites 73

* Préparées par Alexandre HERMET, maître de conférences à l'Université de Strasbourg

© Editions A. PEDONE

DELPHINE BURRIEZ, *Maître de conférences, Université Paris 2 Panthéon Assas*
La nature équivoque des engagements internationaux des Etats en matière de réinstallation des réfugiés : l'exemple français 565

JEAN-EMMANUEL PERRIN, *Commissaire des armées (Marine) Directeur adjoint du Département Militaire Institut International de Droit Humanitaire*
L'instrumentalisation et l'arsenalisation de la règle de droit à des fins politiques ou militaires et ses conséquences sur l'ordre juridique international : quelle stratégie de riposte ? 289

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

ALLEMAGNE – FRANCE – GRANDE-BRETAGNE - RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN
Décevant projet « INSTEX » 86

ALLEMAGNE – POLOGNE
Demande de réparations de guerre 310

ANTARCTIQUE
42ème Réunion consultative du traité sur l'Antarctique (Prague, 1er-11 juil. 2019) – 60ème anniversaire du Traité du 1er déc. 1959 88

ARABIE SAOUDITE – KOWEÏT
Reprise de production conjointe dans la « zone neutre » : l'unité dans la division 582
Annexe Accord annexe à l'accord sur la division de la zone neutre et de la convention de division de la zone submergée adjacente à la zone divisée conclu entre l'Arabie saoudite et le Koweït le 14 déc. 2019 (Traduction libre de l'arabe à partir de la version publiée au journal officiel koweïtien) 585

BANGLADESH
Possibilité d'une île pour les réfugiés Rohingyas (suite) 586

BOSNIE-HERZÉGOVINE
Rejet de la candidature à l'Union Européenne : l'aveu d'un échec de la communauté internationale dans le processus de paix en Bosnie ? 312

BRÉSIL
Le droit international a-t-il quelque chose à dire des incendies en forêt amazonienne ? 92

BRÉSIL – RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA
Demande vénézuélienne au Brésil d'extrader cinq militaires accusés d'avoir déserté et commis un attentat terroriste 315

BRUNEI
Appréciation de la nouvelle législation pénale au regard des engagements internationaux de l'Etat 94

CHYPRE
Retraits de « passeports dorés » 319

CROATIE – SLOVÉNIE – UNION EUROPÉENNE
Conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE, *République de Slovénie c. République de Croatie*, aff. C-457/18 321

EGYPTE – ETHIOPIE – SOUDAN
Remplissage unilatéral du barrage de la Renaissance sur le Nil – Qualification de menace existentielle 587

EMIRATS ARABES UNIS – IRAN
Les îles Tomb et l'île d'Abou Moussa : la poule ou l'œuf ? 323

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ETATS-UNIS
Une « vision » de la paix entre Israël et la Palestine 592
Retrait des Etats-Unis du Traité « Ciel ouvert » 596
ETATS-UNIS – COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Nouvelles sanctions contre le personnel de la CPI enquêtant sur des affaires impliquant des ressortissants étatsuniens 601
ETATS-UNIS – HONG KONG
Promulgation du « Hong Kong Human Right and Democracy Act » 327
ETATS-UNIS – RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN
Condamnation des sanctions économiques et de leurs exemptions humanitaires par *Human Rights Watch* 97
ETATS-UNIS – ROYAUME-UNI
L'extradition de Julian Assange 100
ETATS-UNIS – SYRIE
Nouvelles sanctions américaines contre la Syrie 603
FRANCE
Aires marines protégées - Biarritz : quatrième colloque national des aires marines protégées. 22, 23 et 24 oct. 2019 112
Droit humanitaire : création du « Humanitarian Call for Action » 114
Le cas Edward Snowden - Droit d'asile et lanceurs d'alerte 106
Palantir - Une question de « souveraineté numérique » ? 329
Pratique française récente en matière de paix et de sécurité internationales dans le cyberespace 109
Ratification du Protocole sur l'accession de la République de la Macédoine du Nord à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, 21 nov. 2019 332
FRANCE – COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
Qualité de l'air - Manquement constaté par la Cour de Justice de l'Union européenne 608
FRANCE – IRAK
Condamnation à la peine de mort de ressortissants français djihadistes 116
FRANCE – ISRAËL
Réactions françaises au plan d'annexion de la Cisjordanie 607
FRANCE – SERBIE
Publication du protocole relatif à un accord de réadmission des personnes en séjour irrégulier 336
FRANCE – TURQUIE
Déclaration française sur d'éventuelles sanctions contre la Turquie 117
FRANCE – UNION ECONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST AFRICAINE
L'abandon du franc CFA par les Etats de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et la naissance de l'Eco 337
G5 DU SAHEL
Enjeux du sommet du 14 sept. 2019 au Burkina Faso 121
GRÈCE
Fermeture des camps de migrants sur les îles de la Mer Egée au profit de centres fermés 339
INDE, LOI SUR LA NATURALISATION DE 2019
Privilège ou exclusion, les incertitudes du principe de non-discrimination 341

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

INDE – RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE
Tensions frontalières 614
ISRAËL – UNION EUROPÉENNE
Etiquetage des produits issus des colonies israéliennes : selon la Cour de Justice de l'Union européenne, « l'Union contribue au strict respect du droit international, et notamment des principes de la Charte des Nations Unies » 122
LIBYE – RUSSIE – SYRIE
Recours à des mercenaires du groupe Wagner 610
LIBYE – TURQUIE
Conclusion d'un accord de délimitation maritime entre le Gouvernement d'entente national libyen et la Turquie 127
MAROC
Nouvelles prétentions maritimes à l'égard du Sahara occidental et de l'Espagne 343
MAROC – UNION EUROPÉENNE
Entrée en vigueur de l'accord de pêche modifié : l'histoire n'est pas finie 133
ORGANISATION DES NATIONS UNIES
Evolution de la situation financière – Développements récents 345
Non reconduction de certains casques bleus Sri-Lankais 134
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – HAUT COMMISSARIAT DES DROITS DE L'HOMME – ISRAËL
Liste des entreprises exerçant des activités en territoire palestinien occupé publiée par le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations unies 616
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE
Assouplissement de l'embargo sur les armes 618
ORGANISATION DES NATIONS UNIES – RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE DE SOMALIE
La prolongation de la levée partielle de l'embargo sur les armes comme atteinte au droit naturel de légitime défense de la Somalie ? 349
ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ – PANDÉMIE DE COVID-19
La flambée du nouveau coronavirus (2019-nCoV) constitue une urgence de santé publique de portée internationale (Rappel des faits jusqu'à la déclaration du Directeur général de l'OMS du 30 janv. 2020) 356
ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE – BLOCAGE DE L'ORGANE D'APPEL
Création d'un mécanisme arbitral d'appel provisoire multipartite 619
ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES
Premier rapport de l'IIT (Investigation and Imputation Team) sur l'utilisation d'armes chimiques en Syrie 364
PAPOUASIE-NOUVELLE-GUINÉE
Marche vers l'indépendance de Bougainville ?
Suites du référendum du 23 nov. au 7 déc. 2019 622
PHILIPPINES
Remise en cause (en droit interne) du retrait du Statut de la Cour pénale internationale ? 137
RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA
Persistance de la crise sous influences étrangères - Analyse des conduites visant le gouvernement Maduro 624
RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN
L'accord sur le nucléaire, un mort bien vivant ? 632

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE
Discours du président Xi à la 75e session de l'Assemblée Générale des Nations Unies .. 635
RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE – ÎLES SALOMON – RÉPUBLIQUE DE CHINE – RÉPUBLIQUE DES KIRIBATI
La diplomatie du « carnet de chèque » continue aux dépens de Taïwan 140
SYRIE
Signature d'un contrat pétrolier entre une société américaine et les Forces Démocratiques Syriennes 637
TURQUIE – SYRIE
Opération « Source de paix » 144
UKRAINE
Adhésion au Deuxième Protocole de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 642
UNION EUROPÉENNE
Crise sanitaire et restrictions aux déplacements internationaux 645
UNION EUROPÉENNE – LIBYE
Fin de la mission militaire « SOPHIA » - Création de la mission militaire « IRINI » 647

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. CONTENTIEUX DE L'URGENCE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Ordonnance du 23 janv. 2020, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*.....149
Arrêt du 8 nov. 2019, *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination (Ukraine c. Fédération de Russie)*.....155

B. DROIT DE L'OMC

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
Rapport de l'Organe d'appel du 9 juin 2020, *Australie – Emballage neutre du tabac* (DS435 et DS441) 667
Décision de l'Arbitre du 2 oct. 2019, *Communautés européennes et certains Etats Membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*. Recours de l'Union européenne à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord (DS 316).....161

C. DROIT DE LA MER

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE
Sentence sur les exceptions préliminaires du 21 fév. 2020, *Affaire relative aux droits des Etats côtiers dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de la Russie)* 371
Sentence sur le fond du 21 mai 2020, *Affaire de l'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)* 653

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

D. DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêts du 14 juil. 2020, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) et Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)* 662

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 1er oct.2019, *Savran c. Danemark*, req. n° 57467/15 166

Arrêt du 8 oct. 2019, *Szurovecz c. Hongrie*, req. n° 15428/16 168

Arrêt du 17 oct. 2019 (Gde Ch.), *Lopez Ribalda et al. c. Espagne*, req. nos 1874/13 et 8567/13 169

Arrêt du 19 nov. 2019, *T.K. et S.R. c. Russie*, req. nos 28492/15 et 49975/15 170

Arrêts du 21 nov. 2019 (Gde Ch.), *Z.A. et al. c. Russie*, req. nos 61411/15, 61420/15, 61427/15 et 3028/16 et *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15 171

Arrêt du 30 janv. 2020, *Ahmadov c. Azerbaïdjan*, req. n°32538/10 378

Arrêt du 30 janv. 2020, *Saribekyan et Balyan c. Azerbaïdjan*, req. n°35746/11 381

Arrêt du 30 janv. 2020, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres 383

Arrêt du 11 fév. 2020, *Buturugă c. Roumanie*, req. n° 56867/15 386

Décision du 11 fév. 2020, *Platini c. Suisse*, req. n° 526/18 387

Arrêt du 13 fév. 2020 (Gde Ch.), *N.D. et N.T. c. Espagne*, n°8675/15 et 869715 389

Avis consultatif du 29 mai 2020 (Grande Chambre), *Avis relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, demande n° P16-2019-001 671

Arrêt du 18 juin 2020 (Gde Chbre), satisfaction équitable, *Molla Sali c. Grèce,* req. n°20452/14 673

Arrêt du 25 juin 2020 (Gde Chbre), *S.M. c. Croatie*, req. n°60561/14 677

Arrêt du 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n°9347/14 679

Arrêt du 25 juin 2020, *Ghoumid et al. c. France*, req. nos 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16 681

Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 30 sept. 2020, *Arménie c. Azerbaïdjan*, demande n°42521/20 et Décision de la Cour sur la demande de mesure provisoire, 6 oct. 2020, *Arménie c. Turquie*, demande n° 43517/20 682

COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 15 oct. 2019, *Giron et autres c. Guatemala*, *Série C* n° 3..... 396

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Arrêt du 6 fév. 2020, *Comunidades indigenas miembros de la asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine* (fond, dommages-intérêts et frais et dépens), Séries C n°400 397

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Ordonnance du 17 avr. 2020 sur les mesures provisoires, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Benin,* req. n° 062/2019 et Ordonnance du 22 avr. 2020 sur les mesures provisoires, *Guillaume Kigbafori Soro et Autres c. République de Côte d'Ivoire*, req. n° 012/2020 402

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations adoptées le 24 oct. 2019, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, comm. n° 2728/2016 407

COUR DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST

Arrêt du 25 juin 2020, *Amnesty International Togo et autres c. République du Togo,* EWC/CCJ/APP/61/18, ECW/CCJ/JUD/09/20 684

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

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

Décision sur la compétence du 7 fév. 2020, *Theodoros Adamakopoulos et autres c. Chypre,* ARB/15/49 413

Sentence du 20 fév. 2020, *Staur Eiendom AS, Ebo invest & Rox Holding AS c. Lettonie*, ARB/16/38 415

Sentence du 5 mars 2020, *Raymond Charles Eyre et Montrose Developments (Private) Limited c. Sri Lanka*, ARB/16/25 417

Sentence du 5 mars 2020, *M. Ioan Micula, Mr Viorel Micula, S.C. Scandic Distilleries S.A. et autres c. Roumanie*, ARB/14/29 418

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

Sentence du 6 mars 2020, *Lidercon S.L. v. Peru* (ARB/17/9) 686

Sentence du 3 avr. 2020, *Itisaluna Iraq LLC and others v. Iraq* (ARB/17/10) 689

Sentence du 6 avr. 2020, *Lotus Holding Anonim Sirketi v. Turkmenistan* (ARB/17/30) 690

Sentence du 13 mai 2020, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Guatemala*, (ARB/10/23) 692

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI (MÉCANISME SUPPLÉMENTAIRE)

Sentence du 28 oct. 2019, *Oded Besserglik c. Mozambique* (ARB(AF)/14/2) 177

TRIBUNAL ARBITRAL CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE HONG KONG

Sentence finale du 24 sept. 2019, *Jin Hae Seo c. République de Corée* (HKIAC n° 18117).....180

COMITÉ *AD HOC* CIRDI

Décision sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence du 26 aout 2020, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain* (ARB/15/38) 693

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* (CNUDCI)

Sentence partielle sur la juridiction du 15 juil. 2020, *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic,* (ICSID-UNCT/18/3) 694

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence finale du 11 mai 2020, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburg (Germany) v. Czech Republic* (PCA n° 2017-15) ...697

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS

Décision de la Chambre préliminaire des CETC dans le dossier 004/02 du 19 déc. 2019, *Considérations relatives aux appels interjetés contre les Ordonnances de clôture* (document D359/24).....187

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

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

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

Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' du 19 fév. 2020 (Appeals Cham-ber), *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud* (ICC-01/12-01/18 OA). 419

Chambre d'appel, *Judgement on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic republic of Afghanistan*, 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4 421

Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019 du 9 mars 2020 (Appeals Chamber), *Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi* (ICC-01/11-01/11). 426

Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Comoros" du 16 sept. 2020 (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) 699

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ A EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES TRIBUNAUX PÉNAUX

Decision on Republic of Serbia's Appeal against the Decision re-examining the Referral of a Case du 24 fév. 2020 (Chambre d'appel), *Procédure contre Petar Jojić & Vjerica Radeta* (MICT-17-111-R90-AR14.1) 428

TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN

Judgment du 18 août 2020, *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra* (STL-11-01/T/TC) 702

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugement n° 4207 429

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES & TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugements n° 2018-UNAT-840 et 841 du TANU et Jugement n° 4195 du TAOIT.....190

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES

Jugement n° 2020-985 702

JURISPRUDENCE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL

CONSEIL D'ETAT

CE, Ass., 19 juil. 2019, *Association des américains accidentels*, n° 424216 435
CE, Ass., 24 déc. 2019, *Mme A. B.*, n° 427017..... 450
CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 29 juil. 2020, n° 435812 728
CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 11 déc. 2019, *M. B.A.*, n° 424219et CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 11 déc. 2019, *M. A.B.*, n° 427714..... 446

COUR DE CASSATION

Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81067, publié au *Bulletin* 193
Cass. crim., 2 sept. 2020, n° 18-84682 713

COUR D'APPEL

CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 24 sept. 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy venant aux droits de la société Energoalians*, n° 18/14721 202
CA Paris, Pôle 5, chambre 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c. Mr Serafin García Armas & Mme Karina García Gruber*, n° RG 19/03588 718

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE INTÉRESSANT LE DROIT INTERNATIONAL

I. SITUATION INTERNE DU DROIT COUTUMIER

Canada. Cour suprême, 28 fév. 2020, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.* —. Doctrine de l'*Act of State* (non). Incorporation et teneur du droit international coutumier en droit interne. Responsabilité civile des entreprises en vertu du droit international coutumier. Invocabilité et effet (horizontal) de la coutume et du *jus cogens* à l'égard des particuliers 738

II. SITUATION INTERNE DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS

STATUT ET RANG DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS PAR RAPPORT À LA CONSTITUTION

Colombie. Cour constitutionnelle, décision C-026/20 du 29 janv. 2020 —. Engagements conventionnels et contrôle de constitutionnalité des lois. (non) Appartenance au bloc de constitutionalité des normes contenues dans les accords sur le commerce international 741

Brésil. Cour suprême, mesures provisoires des 2 et 16 mai 2020 (*habeas corpus* en faveur de diplomates vénézuéliens) —. Limites constitutionnelles au pouvoir du Président de la République en matière de politique étrangère tirées des engagements internationaux de l'Etat. Relations diplomatiques et expulsion de diplomates. Convention de Vienne sur le droit des relations diplomatiques. Pandémie mondiale 742

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

RANG DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS PAR RAPPORT À LA LOI

Etats-Unis. Cour suprême, 9 juil. 2020, *McGirt c. Oklahoma,* 9 juill. 2020, 591 U.S. 2020 —. Statut de « réserve indienne » d'une partie de l'Etat d'Oklahoma. Application aux traités conclus entre les Etats-Unis et les « Nations indiennes » du statut interne propre aux engagements internationaux des Etats-Unis – *« supreme law of the land* », liant Etats fédérés et gouvernement fédéral en l'absence de loi postérieure contraire 743

Chine. Cour suprême populaire, 20 sept. 2019, (2018) Minzai N° 368 [中华人民共和国最高人民法院（2018）最高法民再368号] —. Interprétation conforme de la loi nationale aux traités internationaux 745

EFFET DIRECT ET INVOCABILITÉ DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS

Italie. Cour de cassation, première section pénale, 1er juil. 2020, n°19762 —. Effet et applicabilité directe des conventions de coopération en matière pénale. Convention de Palerme. Conditions d'exercice de la juridiction pénale (extraterritoriale) de l'Etat 747

DÉTERMINATION DES ENGAGEMENTS CONVENTIONNELS

Corée. Cour constitutionnelle, 27 déc. 2019, 2016heonma253 —. Identification d'un « traité » au sens du droit international et du droit interne. Statut interne des accords verbaux 748

III. SITUATION INTERNE DES ACTES DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Allemagne. Tribunal constitutionnel fédéral, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16 —. Contrôle des actes des institutions de l'Union européenne (BCE et CJUE). Représentation dualiste des rapports de systèmes. Dualisme constitutionnel. « Dialogue » des juges 750

Colombie. Cour Constitutionnelle, décision SU-081/2020 26 fév. 2020 —. Rapports entre droit interne et droit communautaire andin (mécanisme du renvoi préjudiciel). Non appartenance du droit communautaire andin au bloc de constitutionalité et absence de supériorité à la loi. Application immédiate, directe et préférentielle dans l'ordre interne 752

Allemagne. Tribunal administratif de Berlin, 28 janv. 2020 (VG 4 K 135.19) —. Application d'un règlement européen en exécution des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies (sanctions ciblées dans le domaine de la lutte contre la prolifération nucléaire). Interprétation. Contrôle de proportionnalité et marge d'appréciation de l'autorité administrative 753

Brésil. Cour Suprême, mesure provisoire du 31 mars 2020 —. Pandémie mondiale et mesures nationales de restriction. Interprétation de la Constitution par référence aux recommandations non contraignantes des organisations internationales (*soft law*). ... 754

IV. SITUATION INTERNE DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES INTERNATIONALES

EXÉCUTION ET PRISE EN CONSIDÉRATION DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

Russie. Cour constitutionnelle, décision du 16 mars 2020 N 1-3 sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les révisions de la Constitution de la Fédération de Russie (non en vigueur) —. Représentation dualiste des rapports de système. Supériorité de la constitution. Mise en œuvre interne des décisions des juridictions internationales 755

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Italie. Cour de cassation, troisième section civile, 3 sept. 2019, n°21995 —. Exécution de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* 756

Italie. Cour de cassation, sections unies pénales, 3 mars 2020, n°8544 —. « Arrêts-pilotes » et « à portée générale » de la Cour européenne des droits de l'homme. Notion de « jurisprudence consolidée » 757

EXÉCUTION ET CONTRÔLE DE LA VALIDITÉ DES SENTENCES ARBITRALES

Royaume Uni. Cour suprême, 19 fév. 2020, *Micula and others c. Roumanie*, [2020] UKSC 5 —. Reconnaissance et exécution d'une sentence CIRDI. Articulation droit de l'UE et droit des investissements. Conflit d'obligations conventionnelles dans l'ordre interne. Droit des traités. Principe du *comity* 758

Pays-Bas. Cour d'appel de La Haye, 18 fév. 2020, *Veteran Petroleum Limited, Youkos Petroleum Limited, Hulley enterprises limited c. Fédération de Russie*, n°200.197.079/01 —. Contrôle de la validité et de l'annulation des sentences arbitrales. Interprétation des traités. Application provisoire 760

V. RESPONSABILITÉ DE L'ETAT

Pays-Bas. Cour suprême, Division du droit civil, 20 déc. 2019, *Etat des Pays-Bas (Ministère des affaires économiques et de politique climatique) c. Fondation Urgenda* (aff. 19/00135) —. Devoirs positifs de prévention et obligation de due diligence. Droit des changements climatiques (dont Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques), utilisation non-dommageable du territoire et *soft law*. Droit pour chacun de vivre dans un environnement sain en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Principe de précaution 762

VI. COMPÉTENCE DE L'ETAT

Allemagne. Tribunal constitutionnel fédéral, 19 mai 2020, 1 BvR 2835/17 —. Applicabilité des droits fondamentaux à l'action extraterritoriale de l'Etat. Services de renseignement. Principe de non intervention. Participation de l'Allemagne à la « communauté internationale » 765

Italie. Cour de cassation, première section pénale, 13 mai 2020, n°14868 —. Compétence territoriale. Principe *ne bis in idem.* Détermination par le juge interne des coutumes et principes généraux du droit international 766

VII. IMMUNITÉS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Etats-Unis. Tribunal des Etats-Unis pour le district de Columbia, 14 fév. 2020, *Jam c. International Finance Corp.,* n° Civil Action n° 15-612 (JDB) —. Champ d'application spatial de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales (lieu des activités litigieuses). Actes de gestion des organisations internationales 767

Colombie. Conseil d'Etat (section du contentieux, première chambre), arrêt du 26 juin 2020, No. 25000-23-15-000-2020-01338-01(AC), *Daisy Milena Gómez Otalvaro c. Organisation Panaméricaine de la Santé et Autres* —. Immunité juridictionnelle. Statut interne du droit international. Déclaration de pandémie internationale 770

VIII. EXTRADITION, EXPULSION ET DROIT D'ASILE

Royaume-Uni. Cour suprême, 29 avr. 2020, *AM (Zimbabwe) c. Secretary of State for the Home Department*, [2020] UKSC 17 —. Expulsion d'un ressortissant étranger. Santé. Traitements inhumains ou dégradants. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 771

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

Grèce. Commission d'appel, décision n°4038/20 du 16 mars 2020—. Irrecevabilité des demandes de protection internationale. Concept de « pays tiers sûr ». Statut de réfugié. Crainte fondée d'être persécuté. Intervention militaire turque en Syrie 772

BIBLIOGRAPHIE

NOTULES

ABI-SAAB (G.), KEITH (K.), MARCEAU (G.) et MARQUET (CL.) (dir.). — *Evolutionary Interpretation and International Law*, 1 vol/ Broché de 368 p., 2019, Oxford (Hart Publishing), ISBN : 978 1 50992 988 7 214

AFROUKH (M.) et MARGUÉNAUD (J.-P.) (dir.). — *Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du séminaire du 19 avril 2019,* 1 vol. broché de 170 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00950 0 791

BARTELS (LORAND), PADDEU (FEDERICA). — *Exceptions in International Law*, 1 vol. broché de 432 p., 2020, Oxford (Oxford University Press), ISBN : 97 80 19 878932 1 781

BURGORGUE-LARSEN (L.) et CALVES (G.) (dir.). — *La diffamation saisie par les juges en Europe*, 1 vol. broché de 132 p., Paris (Pedone), ISBN : 978 2 23300936 4 216

CRÉPET DAIGREMONT (CL.) et ANDRO (T.) (dir.). — *Grandes pages du droit international – L'étranger,* 1 vol. broché de 288 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00942 5 783

FERNANDEZ (J.), DE FROUVILLE (O.) (dir.). — *L'hirondelle et la tortue - Quatrièmes journées de la justice pénale internationale*, 1 vol. broché de 144 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00940 1 788

KAMTO (M.) et TYAGI (Y.) (dir.). – *L'accès de l'individu à la justice internationale*, 1 Vol. broché de 540 p., 2019, Leiden (Brill – Coll. Publications de l'Académie de droit international de La Haye), ISBN : 978 90 04 41227 9 775

LERICHE (L.) — L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international, 1 vol. broché de 262 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00939 5 785

MOUTON (J.-D.) ET KOVÁCS (P.). — *Le concept de citoyenneté en droit international*, 1 vol. broché de 720 p., 2019, Leiden/Boston (Brill Nijhoff), ISBN : 978 90 04 37372 3 213

O'CONNELL (M. E.), TAMS (CH. J.) et TLADI (D.). — *Self-Defense against Non-State Actors*, 1 vol. broché de 285 p., 2019, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 11 08 12017 3 789

ROBERT-CUENDET (S.) (DIR.). — *La protection des attentes légitimes en droit public*, 1 Vol. broché de 228 p., 2020, Rennes (Presses Universitaires de Rennes – Coll. L'Univers des Normes), ISBN : 978 27 53 57015 6 777

VIÑUALES (J.). — *The UN Friendly Relations Declaration at 50. An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, 1 vol. broché de 384 p., 2020, Cambridge (Cambridge University Press), ISBN : 978 11 08 65288 9 780

DOCUMENTS

Déclaration du 18 nov. 2019 de M. Pompeo, Secrétaire d'Etat américain, sur les colonies israéliennes en Cisjordanie 219

Arrangement multipartite concernant une procédure d'appel provisoire » − AMPA ou MPIA en anglais pour « Multi-party interim appeal arbitration arrangement » − publié dans le document de l'OMC du 30 avril 2020, JOB/DSB/1/add.12..... 793

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

ANNÉE 2020

A

ABUS DE DROIT : 662-653, 697-699

ABUS SEXUELS :
V. Harcèlement sexuel

ACCORD DE COTONOU (13 JUIN 2000) : 175-177

ACTES JURIDIQUES :
V. Engagements internationaux de l'Etat, Reconnaissance

ACT OF STATE (DOCTRINE DE L'-) : 738

AÉROPORT INTERNATIONAL : 496-497

AFGHANISTAN : 421-426, 446-450

AIRE MARINE PROTÉGÉE : 112-114

ALLEMAGNE : 86-87
Tribunal administratif de Berlin, 28 janv. 2020 (VG 4 K 135.19) : 753-754
Tribunal constitutionnel fédéral, 5 mai 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/1614 : 750-751
Tribunal constitutionnel fédéral, 19 mai 2020, 1 BvR 2835/17 : 765-766
/Pologne : 310-312

ANNEXION : 607-608

ANTARCTIQUE : 88-92

APATRIDIE : 378-381, 450-458, 681-682

APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT INTERNE : 86-87, 747-748, 765-766

ARABIE SAOUDITE :
/Koweït : 582-586
/Qatar : 662-666

ARBITRAGE : 202-212, 718-727
consentement à l'— : 689-690, 694-696
— multipartite : 412-415
recours en annulation : 693-694
suspension de l'exécution : 693-694
V. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Contentieux international, Règlement des différends, Sentences arbitrales

ARBITRAIRE : 681-682

ARMES : 349-356
— chimiques : 364-367
embargo sur les — : 349-356, 618-619
V. Nucléaire

ASILE : 389-396, 446-450, 728-734
— des militaires : 446-450
zones de transit : 171-175
V. Droit d'asile

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES : 635-637
V. Organisation des Nations unies (ONU)

ATTENTES LÉGITIMES : 415-416, 418-419
V. Expropriation

AUTODÉTERMINATION : 479
V. Décolonisation

B

BAHREÏN :
/Qatar : 662-666

BANGLADESH : 586-587

BIENS :
— culturels : 642-645

BIRMANIE (MYANMAR) :
situation des Rohingya : 149-155, 183-186, 586-587
/Gambie : 149-155
V. Rohingya

BONNE FOI : 374, 653-662

BOSNIE-HERZÉGOVINE :
candidature à l'Union européenne : 312-315

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

BRÉSIL : 92-94
Cour Suprême, mesure provisoire du 31 mars 2020 : 754
Cour suprême, mesures provisoires des 2 et 16 mai 2020 : 742-743
incendies en Forêt amazonienne : 92-94
/République bolivarienne du Venezuela : 315-319

BRETTON (PH.) : 5-6

BRUNEI : 94-97

C

CANADA :
Cour suprême, 28 fév. 2020, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.* : 738-740

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI) :
décision sur la compétence du 7 fév. 2020, *Theodoros Adamakopoulos et a. c. Chypre* (ARB/15/49) : 412-415
décision (comité *ad hoc*) du 26 août 2020 sur la demande de maintien de la suspension de l'exécution de la sentence, *SolEs Badajoz GmbH c. Espagne* (ARB/15/38) : 693-694
demande manifestement dénuée de fondement juridique : 690-691
recours en annulation : 693-694
sentence du 24 oct. 2019, *CMC Muratori Cementisti CMC di Ravenna SOC. Coop. et autres c. Mozambique* (ARB/17/23) : 175-177
sentence du 28 oct. 2019, *Oded Besserglik c. Mozambique* (ARB(AF)/14/2) : 177-179
sentence du 13 nov. 2019, *Magyar Farming Company Ltdn Kintyre Kft abd Inicia Zrt c. Hongrie* (ARB/17/27) : 179-180
sentence du 20 fév. 2020, *Staur Eiendom AS, Ebo invest & Rox Holding AS c. Lettonie* (ARB/16/38) : 415-416
sentence du 5 mars 2020, *Raymond Charles Eyre et Montrose Developments (Private) Ltd c. Sri Lanka* (ARB/16/25) : 417-418
sentence du 5 mars 2020, *M. Ioan Micula, Mr Viorel Micula, SC Scandic Distilleries S.A. et a. c. Roumanie* (ARB/14/29) : 418-419
sentence du 6 mars 2020, *Lidercon S.L. c. Pérou* (ARB/17/9) : 686-688
sentence du 3 avr. 2020, *Itisaluna Iraq LLC et a. c. Irak* (ARB/17/10) : 689-690
sentence du 6 avr. 2020, *Lotus Holding Anonim Sirketi c. Turkménistan* (ARB/17/30) : 690-691
sentence du 13 mai 2020, TECO *Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala* (ARB/10/23) : 692-693
V. Investissements, Arbitrage

CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS :
Décision du 19 déc. 2019, ch. préliminaire, dossier 004/02, *Considérations relatives aux appels interjetés contre les Ordonnances de clôture* (doc. D359/24) : 187-190

CHANGEMENT CLIMATIQUE : 407-412, 762-765

CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES : 480

CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE : 513-563
Protocole facultatif du 9 nov. 1995 : 522-561
V. Comité européen des droits sociaux, Union européenne

CHEF D'ETAT : 713-718

CHINE (RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE) : 635-637
Cour suprême populaire, 20 sept. 2019, (2018) Minzai n° 368 : 745-746
/Îles Salomon : 140-144
/Inde : 614-616
/République des Kiribati : 140-144
/Taïwan : 140-144

CHYPRE :
retrait de « passeports dorés » : 319-320

CIRDI :
V. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

CISJORDANIE :
V. Palestine

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

CLIMAT :
V. Changement climatique
CNUDCI :
V. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)
COLOMBIE :
Conseil d'Etat (section du contentieux, première chambre), arrêt du 26 juin 2020, n° 25000-23-15-000-2020-01338-01(AC), *Daisy Milena Gómez Otalvaro c. Organisation Panaméricaine de la Santé et Autres* : 770
Cour constitutionnelle, décision C-026/20 du 29 janv. 2020 : 741
Cour Constitutionnelle, décision SU-081/2020 du 26 fév. 2020 : 752-753
COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME :
Constatations du 24 oct. 2019, *Ioane Teitiota c. Nouvelle Zélande*, comm. n° 2728/2016 : 407-412
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX : 522-561
COMMERCE INTERNATIONAL :
V. Organisation mondiale du Commerce (OMC)
COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI) :
sentence partielle sur la juridiction du 15 juil. 2020, *Michael Anthony Lee-Chin c. République dominicaine* (ICSID-UNCT/18/3) : 694-696
COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL : 475-511
COMORES (UNION DES —) : 699-702
COMPÉTENCE :
— à l'égard des navires : 653-662
— de l'Etat : 765-767
— pénale de l'Etat du pavillon : 653-662
— territoriale : 766-767
V. Etat, Navire
CONDOMINIUM : 495-496, 583
CONFLIT ARMÉ : 61-63, 446-450, 682-684
CONSEIL DE L'EUROPE :
Commission de Venise : 313
V. Charte sociale européenne, Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, Cour européenne des droits de l'Homme, Droits fondamentaux
CONSEIL DE SÉCURITÉ :
résolution 2498 du 15 nov. 2019 : 349-356
résolution 2507 du 31 janv. 2020 : 618-619
sanctions du — : 349-356, 753-754
V. Organisation des Nations Unies (ONU), Paix et sécurité internationales, Recours à la force
CONSEIL D'ETAT (FRANCE) :
arrêt du 19 juil. 2029 (Ass.), *Association des américains accidentels*, n° 424216 : 435-446
arrêt du 11 déc. 2019 (2e et 7e ch. réun.), *M. B. A.*, n° 424219 : 446-450
arrêt du 11 déc. 2019 (2e et 7e ch. réun.), *M. A. B.*, n° 427714 : 446-450
arrêt du 24 déc. 2019 (Ass.), *Mme A. B.*, n° 427017 : 450-458
arrêt du 29 juil. 2020 (2e et 7e ch. réun.), n° 435812 : 728-734
CONTENTIEUX INTERNATIONAL : 662-666
autorité de chose interprétée : 673-677
autorité de chose jugée : 673-677, 692-693
clause compromissoire : 155-160
compétence de la compétence : 177-179
compétence et fond : 662-666
compétence *ratione materiae* : 155-160, 371-378, 662-666
compétence *ratione personae* : 387-389
conditions de saisine individuelle : 684-686
consentement à l'arbitrage : 689-690, 694-696
contentieux de la réformation : 662-666
contentieux de l'exécution : 161–165
demande manifestement dénuée de fondement juridique : 690-691
demandes reconventionnelles : 653-662
épuisement des voies de recours internes : 155-160
exceptions préliminaires : 155-160
existence d'un différend : 149-155
intérêt à agir : 149-155

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

mesures provisoires : 149-155, 225-260, 402-406, 682-684
opinion dissidente : 412-415
préalable juridictionnel : 155-160
procédure équitable : 662-666
qualité de victime : 684-686
recevabilité : 419-420
réclamations collectives : 513-563
recours en annulation : 693-694
suspension de l'exécution : 693-694
urgence : 402-406
V. Arbitrage, Règlement des différends, Sentences arbitrales

CONTRE-MESURES : 111-112, 119-120, 161-165

CONTRÔLE EFFECTIF : 612

CONVENTION DE GENÈVE RELATIVE LE STATUT DES RÉFUGIÉS (28 JUIL. 1951) : 728-734

CONVENTION DE PALERME RELATIVE À LA PRÉVENTION ET À LA RÉPRESSION DE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE TRANSNATIONALE (15 NOV. 2000) :
art. 15 : 747-748
premier protocole contre la traite des êtres humains : 677-679
V. Esclavage

CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET LIBERTÉS FONDAMENTALES :
art. 2 : 382-383, 682-684
art. 3 : 166-167, 170-175, 382-387, 679-680, 682-684
art. 4 : 677-679
art. 5 : 171-175
art. 6 : 169, 388-389, 714-715, 718
art. 7 : 388-389
art. 8 : 166-167, 169, 386-387, 681-682
art. 10 : 168-169
art. 13 : 382-383
art. 14 : 382-386, 673-677
art. 43 : 389-396
protocole n° 1 à la — : 673-677
protocole n° 4 à la — : 389-396
protocole n° 7 à la — : 193-201, 681-682
protocole n° 16 à la — : 671-673

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LE DROIT DE LA MER (MONTEGO BAY, 10 DÉC. 1982) :
art. 87 : 653-662
art. 92 : 653-662
art. 98 : 267
art. 121 : 7-38
art. 298 : 371-378
règlement des différends : 371-378

CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS (23 MAI 1969) :
art. 30 : 444
art. 31 : 747, 761-762
art. 60 : 443
art. 62 : 480

CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS DIPLOMATIQUES (24 AVR. 1963) :
art. 9 : 742-743

CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS (3 MAI 2005) : 677-679

CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT (20 NOV. 1989) : 95-96

CONVENTION POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE (9 DÉC. 1948) : 149-155
V. Génocide

CONVENTION POUR LA RÉPRESSION DU FINANCEMENT DU TERRORISME (9 DÉC. 1999) : 155-160

CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (18 DÉC. 1979) : 96

CONVENTION SUR L'ÉLIMINATION DE TOUTES LES FORMES DE DISCRIMINATION RACIALE (21 DÉC. 1965) : 155-160, 342

COOPÉRATION :
obligation de — : 381-383
— pénale : 747-748
— policière et douanière : 508
— sanitaire : 509

CORÉE :
Cour constitutionnelle, 27 déc. 2019, *2016heonma253* : 748-749

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

/Japon : 748-749

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES :

ordonnance du 17 avr. 2020 sur les mesures provisoires, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Bénin*, req. n° 062/2019 : 402-406

ordonnance du 22 avr. 2020 sur les mesures provisoires, *Guillaume Kigbafori Soro et a. c. République de Côte d'Ivoire*, req. n° 012/2020 : 402-406

COUR D'APPEL DE PARIS :

arrêt du 24 sept. 2019, *République de Moldavie c. Société Komstroy venant aux droits de la société Energoadlians*, n° 18/14721 : 202-212

arrêt du 3 juin 2020, *République bolivarienne du Venezuela c. M. Serafin García Armas et Mme Karina García Gruber*, n° 19/03588 : 718-727

COUR DE CASSATION (FRANCE) :

arrêt du 11 sept. 2019 (crim.), n° 18-81067 : 193-201

arrêt du 2 sept. 2020 (crim.), n° 18-84682 : 713-718

COUR DE JUSTICE DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ETATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST :

arrêt du 25 juin 2020, *Amnesty International Togo et a. c. République du Togo*, EWC/CCJ/APP/61/18, ECW/CCJ/JUD/09/20 : 684-686

condition de saisine : 684-686

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

avocat général : 321-323

arrêt du 24 oct. 2019, *Comm. eur. c. République française*, aff. C-636/18 : 608-610

conclusions de l'avocat général, aff. *République de Slovénie c. République de Croatie*, n° C-457-18 : 321-323

question préjudicielle : 202-205, 210-212

/France : 608-610

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :

avis consultatif du 29 mai 2020 (Gde Ch.), n° P16-2019-001 : 671-673

arrêt du 1er oct. 2019, *Savra c. Danemark*, req. n° 57467/15 : 166-167

arrêt du 8 oct. 2019, *Szurovecz c. Hongrie*, req. n° 15428/16 : 168-169

arrêt du 17 oct. 2019 (Gde Ch.), *Lopez Ribalda et al. Espagne*, req. nos 1874/13 et 8567/13 : 169

arrêt du 19 nov. 2019, *T.K. et S.R. c. Russie*, req. nos 28492/15 et 49975/15 : 170-171

arrêt du 21 nov. 2019 (Gd. Ch.), *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15 : 171-175

arrêt du 21 nov. 2019 (Gde Ch.), *Z.A. et al. c. Russie*, req. nos 61411/15, 61420/15, 61427/15 et 3028/16 : 171-175

arrêt du 30 janv. 2020, *Ahmadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 32538/10 : 378-381

arrêt du 30 janv. 2020, *Saribekyan et Balyan c. Azerbaïdjan*, req. n° 35746/11 : 381-383

arrêt du 30 janv. 2020, *J.M.B. et a. c. France*, req. n° 9671/31 et 31 autres : 383-386

arrêt du 11 fév. 2020, *Buturugă c. Roumanie*, req. n° 56867/15 : 386-387

arrêt du 13 fév. 2020 (Gde Ch.), *N.D. et N.T. c. Espagne*, req. nos 8675/15 et 8697/15 : 389-396

arrêt du 18 juin 2020 (Gde Ch.), satisfaction équitable, *Molla Sali c. Grèce*, req. n° 20452/14 : 673-677

arrêt du 25 juin 2020 (Gde Ch.), *S.M. c. Croatie*, req. n° 60561/14 : 677-679

arrêt du 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n° 9347/14 : 679-680

arrêt du 25 juin 2020, *Ghoumid et al. c. France*, req. nos 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16, 52302/16 : 681-682

« arrêts pilotes » : 757-758

autorité de chose interprétée : 673-677

autorité de la chose jugée : 673-677

compétence de la Cour : 671-673

décision du 11 fév. 2020, *Platini c. Suisse*, req. n° 526/18 : 387-389

décision du 30 sept. 2020 (mesures provisoires), *Arménie c. Azerbaïdjan*, n° 42521/20 : 682-684

décision du 6 oct. 2020 (mesures provisoires), *Arménie c. Turquie*, n° 43517/20 : 682-684

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

exécution des arrêts de la — en droit interne : 757-758
« jurisprudence consolidée » de la — : 757-758
mesures provisoires : 244-246, 682-684
procédure consultative : 671-673
protection de la vie privée : 387-389, 681-682
requêtes interétatiques : 682-684
satisfaction équitable : 673-677

COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME :
arrêt du 15 oct. 2019, *Giron et autres. c. Guatemala*, *Série C* n° 390 : 396-397
arrêt du 6 fév. 2020, *Comunidades indigenas miembros de la asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine*, *Série C* n° 400 : 397-402
mesures provisoires : 246-248

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : 662-666
Arrêt du 8 nov. 2019, exceptions préliminaires, *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination* (*Ukraine c. Fédération de Russie*) :155-160
arrêt du 14 juil. 2020*, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale* : 662-666
arrêt du 14 juil. 2020, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux* : 662-666
exceptions préliminaires : 155-160
exécution des décisions de la — en droit interne : 756-757
mesures conservatoires : 149-155, 225-260
ordonnance du 23 janv. 2020, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (*Gambie c. Myanmar*) : 149-155
séances privées de la — : 240-242
suivi des mesures conservatoires : 225-260

COUR PÉNALE INTERNATIONALE : 137-140, 182-186, 613, 699-702
compétence territoriale : 183-186
décision du 7 nov. 2019, ch. de jugement VI, *Sentencing Judgement, Situation en République démocratique du Congo dans l'affaire Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, (ICC-01/04-02/06) : 182-183
décision du 14 nov. 2019, ch. préliminaire III, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the autorisation of an investigation into the situation in the people's republic of Bangladesh/Republic of the Union of* Myanmar (ICC-01/19) : 183-186
décision du 19 fév. 2020, ch. d'appel *Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber Ientitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance degravité de l'affaire soulevée par la défense'*, Situation en République du Mali dans l'affaire *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud* : 419-420
décision du 5 mars 2020, ch. d'appel *Judgement on the appeal against the decision on the autorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (ICC-02/17 OA4) : 421-426
décision du 9 mars 2020, ch. d'appel, *Judgement on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi gainst the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019*, Situation en Libye dans l'affaire *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi* (ICC-01/11-01/11) : 426-427
décision du 16 sept. 2020, ch. préliminaire I, *Decision on the « Application for Judicial Review by the Government of the Comoros »*, , Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien (ICC-01/13) : 699-702
— et jugement national définitif : 426-427
gravité suffisante d'une affaire : 419-420

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

pouvoir *proprio motu* : 183-186, 421-426
procédure : 419-420, 426-427, 699-702
procureuse : 421-426, 699-702
recevabilité : 419-420, 426-427
sanctions américaines contre le personnel de la — : 601-603
retrait du statut de la — : 137-140

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE :
sentence sur le fond du 12 juil. 2016, *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)* : 7-38
sentence sur les exceptions préliminaires du 21 fév. 2020, *Affaire relative aux droits des Etats côtiers de la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de Russie)* : 371-378
sentence finale sur le fond du 11 mai 2020, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG c. République tchèque* (2017-15) : 697-699
sentence sur le fond du 21 mai 2020, *Affaire de l'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)* : 653-662
V. Arbitrage

COURS D'EAU INTERNATIONAUX :
V. Fleuve, Nil

COUTUME INTERNATIONALE : 714-715, 717-718, 738-730
détermination par le juge interne : 766-767
situation interne du — : 738-740
théorie de l'objecteur persistant : 130-131
V. Accord tacite

COVID-19 :
V. Pandémie de la Covid-19

CRIMES INTERNATIONAUX :
V. Droit international pénal, Génocide

CRISE SANITAIRE :
v. Pandémie de la Covid-19

CRIMINALITÉ ORGANISÉE : 747-748

CROATIE :
/Slovénie : 321-323

CYBERATTAQUES : 111-112

CYBERVIOLENCE :
— à l'encontre des femmes : 386-387

D

DÉCISION JURIDICTIONNELLE :
V. Contentieux international, Sentences arbitrales

DÉCOLONISATION : 479, 482

DÉLIMITATION :
— maritime : 127-132, 343-345
V. Frontières, Territoire

DÉNI DE JUSTICE : 415-416

DÉTENTION : 381-383
conditions de — : 383-386

DÉTROITS : 371-378

DIFFÉREND :
— frontalier : 614-616
— territorial : 323-327
V. Contentieux international, Règlement des différends

DROIT D'ASILE : 106-109, 168-169, 446-450
— et lanceurs d'alerte : 106-109
— et droit de l'Union européenne : 173-175, 728-734
notion de « pays tiers sûr » : 171-175, 772-773
protection internationale : 446-450, 772-773
V. Asile

DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE : 190-192, 429-434, 702-712
droits acquis : 190-192
harcèlement sexuel : 702-712
preuve au-delà de tout doute raisonnable : 429-434

DROIT DE LA MER : 371-378, 653-662
détresse en mer : 261-288
Etat du pavillon : 653-662
liberté de navigation : 653-662
obligation de secours en mer : 261-288
rocher : 7-38
V. Aire marine protégée

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT :
V. Changement climatique, Environnement, Principe de précaution, Principe de prévention

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE :
« dialogue des juges » : 750-751
— et droit des investissements : 179-180, 210-212, 697-699, 758-760
— et sentences arbitrales : 321-323
question préjudicielle : 202-205, 210-212
V. Cour de Justice de l'Union européenne, Union européenne

DROIT DES CONFLITS ARMÉS :
V. Droit du recours à la force, Droit international humanitaire

DROIT DES INVESTISSEMENTS : 175-182, 202-212, 412-419, 686-699, 758-760
contentieux intra-européen : 179-180, 412-415, 418-419, 697-699
— et droit de l'Union européenne : 179-180, 210-212, 697-699, 758-762
— et Organisation de la coopération islamique : 689-690
treaty claims/contract claims : 175-177, 686-688
V. Investissements, Investisseur, *Police powers* (Doctrine des —)

DROIT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES :
V. Organisations internationales

DROIT DES PEUPLES À DISPOSER D'EUX-MÊMES : 131

DROIT DES TRAITÉS :
accord verbal : 748-749
application provisoire des traités : 760-762
changement fondamental de circonstances : 480
entrée en vigueur : 177-179
retrait des traités : 596-601
V. Convention de Vienne sur le droit des traités, Engagements internationaux de l'Etat, Réciprocité

DROIT DU RECOURS À LA FORCE (*IUS AD BELLUM*) :
intervention militaire sur invitation : 131

DROIT HUMANITAIRE :
V. Droit international humanitaire

DROIT INTERNATIONAL :
instrumentalisation du — : 269-307
lawfare : 269-307
soft law : 754

DROIT INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE :
exécution du droit international en droit interne : 755-757
droit constitutionnel et droit international : 741-750, 752-753, 755-756
dualisme : 750-751, 755-756
renvoi préjudiciel : 202-205, 210-212, 752-753
situation interne des décisions juridictionnelles internationales : 755-758
situation interne des actes des organisations internationales : 750-754
statut interne de la *soft law* : 754
situation interne des engagements internationaux : 741-750
statut interne du droit coutumier : 738-740

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : 381-383, 613
exécution de Qassem Soleimani et — : 60-72
initiative française « Humanitarian Call for Action » : 114-116
protection des populations : 682-684
V. Conflit armé

DROIT INTERNATIONAL PÉNAL : 182-190, 419-429, 699-702
amnistie et — : 426-427
comportement criminel : 183-186
déportation : 183-186
enquête : 421-426
outrage : 428-429
pouvoir d'instruction : 187-190
procédure : 699-702
procédure inquisitoire : 187-190
procès *in abstentia* ou par défaut : 702
sécurité juridique : 187-190
témoins : 428-429
V. Cour pénale internationale, Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux, Tribunal spécial pour le Liban

DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE :
V. Droit des investissements, Investissements, Organisation mondiale du commerce

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

DROIT INTERNE :
interprétation conforme du — au droit international : 745-746
respect du droit international par le — : 94-97
V. Droit international et droit interne

DROITS ACQUIS : 190-192

DROITS DE L'HOMME :
V. Droits fondamentaux

DROITS FONDAMENTAUX : 166-175, 378-412, 646-647, 671-686
dérogation aux — : 684-686
droit à la vie : 381-383, 396-397, 407-412, 682-684
droit à l'alimentation : 397-402
droit à l'eau : 397-402
droit à l'intégrité de la personne : 396-397
droit à une nationalité : 378-381
droit à un environnement sain : 397-402, 762-765
droit à un procès équitable : 169
droit au recours effectif : 383-386, 679-680
droit d'accès à un juge : 714-715,718
droits des femmes : 386-387
droits économiques et sociaux : 397-402, 513-563
— et immunité de l'Etat : 713-718
— et sanctions internationales : 97-100
garanties procédurales : 681-682
identité culturelle : 397-402
interdiction de la torture : 682-684
interdiction de l'esclavage et de la traite des êtres humains : 677-679
interdiction des traitements inhumains et dégradants : 166-167, 383-386, 771-772
liberté d'expression : 168-169, 684-686
marge nationale d'appréciation : 168-169
obligations positives : 386-389, 397-402
protection de la vie privée : 169, 387-389, 681-682
prostitution forcée : 677-679, 728-734
qualité de victime : 684-686
restrictions aux — : 646-647, 684-686
vie familiale : 679-682
V. Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Cour européenne des droits de l'Homme, Cour interaméricaine des droits de l'Homme

DROITS SOCIAUX : 513-563

*DUE DILIGENC*E (OBLIGATION DE —) : 93, 612-613, 762-765
V. Utilisation non dommageable du territoire (principe d'—)

E

EAUX INTÉRIEURES : 371-378

EFFET DIRECT : 747-748

EGYPTE :
Ethiopie/Soudan : 587-591
/Qatar : 662-666

ELOIGNEMENT : 166-167

EMBARGO :
— sur les armes : 349-356, 618-619

EMIRATS ARABES UNIS :
/Iran : 323-327
/Qatar : 662-666

ENERGIE :
pétrole : 582-586, 631-632, 637-642
V. Nucléaire

ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE L'ETAT :
détermination par le juge interne : 748-749
en matière de réinstallation des réfugiés : 565-580
imputation des — : 579-574
interprétation : 745-746, 760-762
politiques/juridiques : 576-580
portée et champ d'application en droit interne : 747-748
statut interne : 741-746
unilatéraux/concertés : 574-580
V. Droit des Traités, Traité

ENTITÉ NON ÉTATIQUE :
V. Entreprises, Etat, Sociétés

ENTREPRISES : 616-618, 637-642, 690-691
— et organes de fait d'un Etat : 640
faillite : 690-691, 697-699
V. Sociétés

ENVIRONNEMENT :
droit à un — sain : 397-402
incendies en forêt amazonienne : 92-94

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

EPIDÉMIE :
V. Pandémie de la Covid-19
ESCLAVAGE : 677-679
ESPAGNE :
frontière avec la France : 475-511
ESTOPPEL : 374
ETAT :
compétence de l'— : 765-767
V. Compétence, Entité non-étatique, Immunités, Organisations internationales, Reconnaissance, Responsabilité internationale
ETAT ISLAMIQUE EN IRAK ET AU LEVANT (*DAECH*) : 116-117
V. Irak, Syrie
ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE :
Cour suprême, 9 juil. 2020, *McGirt c. Oklahoma*, 591 U.S. 2020 : 743-745
déclaration relatives au colonies israéliennes : 73-84
exécution de Qassem Soleimani : 39-72
extradition de J. Assange : 100-106
Hong Kong Human Rights and Democracy Act : 327-329
« nations indiennes » : 743-745
paix entre Israël et la Palestine : 592-596
retrait du traité « Ciel ouvert » : 596-601
sanctions visant l'Iran : 86-87, 97-100
soutien aux Forces démocratiques syriennes : 637-642
Tribunal des Etats-Unis pour le district de Columbia, 14 fév. 2020, *Jam c. International Finance Corp.,* Civil Action n° 15-612 (JDB) : 767-769
/Cour pénale internationale : 601-603
/Hong Kong : 327-329
/Royaume-Uni : 100-106
/Syrie : 603-607
ETHIOPIE :
/Egypte/Soudan : 587-591
EXÉCUTION :
— des décisions juridictionnelles internationales : 755-757
EXEQUATUR : 676
V. Sentence arbitrale
EXPROPRIATION : 179-180, 697-699
EXPULSION : 771-772
—s collectives : : 389-396, 679-680
V. Migrations, Réfugiés
EXTRADITION : 100-106, 170-171, 315-319
assurances de l'Etat requérant : 170-171
— de J. Assange : 100-106
— et crimes politiques : 317-318
risque de persécution : 170-171
V. Non-refoulement (obligation de —)
EXTRATERRITORIALITÉ :
V. Application extraterritoriale du droit interne

F

FLEUVE : 587-591
FONCTION PUBLIQUE :
V. Droit international de la —
FORCE (EMPLOI DE LA —) :
V. Recours à la force
FRANC CFA : 337-339
FRANCE : 86-87, 106-120, 193-212, 329-339, 435-458, 713-734
aires marines protégées : 112-114
frontière avec l'Espagne : 475-511
initiative « Humanitarian Call for Action » : 114-116
pratique en matière de paix et de sécurité dans le cyberespace : 109-112
question prioritaire de constitutionnalité : 728-734
référé-liberté :383-386
souveraineté « numérique » : 329-331
/Cour de justice de l'Union européenne : 609-610
/Israël : 607-608
/Irak : 116-117
/Serbie : 336-337
/Turquie : 118-120
/Union économique et monétaire Ouest africaine : 337-339
V. Conseil d'Etat (France), Cour d'appel de Paris, Cour de cassation (France)
FRONTIÈRES : 475-511, 614-616
— fluviales : 493
intangibilité des — : 477-486, 509
— maritimes : 493-495

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

— terrestres : 389-396, 489-492
Tunnel transfrontalier : 491-492, 498, 509
V. Condominium, Différend

FRONT POLISARIO : 133-134
V. Maroc

G

GAMBIE :
/Birmanie (Myanmar) : 149-155

GAZA : 699-702
V. Palestine

GÉNOCIDE : 149-155

GRÈCE : 339-340
Commission d'appel, décision n°4038/20 du 16 mars 2020 : 772-773

GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI) : 87

GUERRE :
v. Conflit armé, Droit international humanitaire, Recours à la force

H

HARCÈLEMENT SEXUEL : 702-712
qualification du — : 702-707
preuve du — : 707-708

HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME : 616-618
/Israël : 616-618

HONG KONG : 327-329

I

ÎLE : 323-329, 339-340, 586-587
rocher : 7-38

ILES SALOMON :
/République populaire de Chine : 140-144

IMMUNITÉS : 713-718
actes de gestion : 767-769
champ d'application spatial des — des organisations internationales : 767-769
— des chefs d'Etat en exercice : 713-718
— des militaires à bord des navires privés : 653-662
— des organisations internationales : 767-770
— des représentants de l'Etat : 626-627
— de juridiction et droits de l'Homme : 713-718
— de juridiction en matière pénale : 713-718
exceptions aux — : 713-718
— juridictionnelles des organisations internationales : 767-770

INDE :
Loi sur la naturalisation (2019) : 341-343
/Italie : 653-662
/République populaire de Chine : 614-616

INGÉRENCE : 329

INTÉGRITÉ TERRITORIALE : 641-642

INTERNET :
cyberespace : 109-112
— cyberviolence :386-387
V. Cyberattaques

INTERPRÉTATION : 677-679
par le juge interne : 745-746, 760-762
V. Convention de Vienne sur le droit des traités

INTERVENTION (PRINCIPE DE NON-—) : 630-631, 765-766

INVESTISSEMENTS :
définition : 180-182, 202-210, 417-418, 718-727
droit de l'Union européenne et — : 179-180, 210-212, 697-699, 758-760
— indirects : 694-696

INVESTISSEUR :
nationalité de l'— : 180-182, 417-418, 718-727

IRAN (RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'—) :
exécution de Qassem Soleimani : 39-72
Plan d'action global conjoint du 20 juil. 2015 : 632-634
sanctions visant l'— : 86-87, 97-100
/Emirats arabes unis : 323-327

IRAK :
/France : 116-117

ISRAËL : 592-296, 616-618
annexion de la Cisjordanie : 607-608
colonies en Cisjordanie : 73-84, 122-127
déclaration américaines relatives au colonies israéliennes : 73-84

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

/Cour pénale internationale : 699-702
/France : 607-608
/Union européenne : 122-127

ITALIE :
Cour de cassation, troisième section civile, 3 sept. 2019, n° 21995 : 756-757
Cour de cassation, sections unies pénales, 3 mars 2020, n°8544 : 757-758
Cour de cassation, première section pénale, 13 mai 2020, n°14868 : 766-767
Cour de cassation, première section pénale, 1er juil. 2020, n° 19762 : 747-748
/Inde : 653-662

J

JAPON :
/Corée : 748-749

JURISPRUDENCE :
notion « jurisprudence consolidée » : 757-758

JUS COGENS (*IUS COGENS*) : 131, 478, 509, 714, 718, 739

K

KIRGHIZSTAN : 170-171

KOWEÏT :
/Arabie Saoudite : 582-586
/Qatar : 662-666

L

LANCEURS D'ALERTE : 106-109

LAWFARE : 269-307

LEBEN (CH.) : 465-471

LÉGITIME DÉFENSE : 42-60, 144-145, 389-396
— préventive : 52-54

LIBYE :
gouvernement de la — : 128-129
mercenaires en — : 610-614
/Turquie : 127-132
/Union européenne : 647-650

M

MACÉDOINE (RÉPUBLIQUE DE LA — DU NORD) : 332-335

MALI : 419-420

MAROC :
Front Polisario : 133-134
Sahara occidental : 133-134, 343-345
/Union européenne : 133-134
V. Sahara occidental

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ À EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES TRIBUNAUX PÉNAUX :
décision du 24 fév. 2020 (Ch. d'appel), *Decision on Serbia's Appeal against the Decision re-examining the Referral of a Case*, Procédure contre Petar Jojić et Vjerica Radeta (MICT-17-111-R90-AR14.1) : 428-429

MER :
détresse en — : 261-288
V. Droit de la mer

MER EGÉE : 339-340

MERCENAIRES : 610-614

MERS FERMÉES : 371-378

MIGRATIONS : 389-396, 679-680
camps de migrants : 339-340
— « crise des migrants : 168-169, 568
déplacés climatiques : 407-412
éloignement des personnes en séjour irrégulier : 336-337
expulsions collectives : 389-396, 679-680
V. Asile, Expulsion, Réfugiés

MINEURS NON ACCOMPAGNÉS : 679-680

MOLDAVIE : 202-212

MYANMAR :
V. Birmanie

N

NATION LA PLUS FAVORISÉE (CLAUSE DE LA —) : 689-690

NATIONALITÉ : 180-182, 417-418, 718-727
déchéance de la — : 378-381, 681-682
détermination de la — : 378-381

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

double — : 378-381
droit à une — : 378-381
« passeports dorés » : 319-320
naturalisation : 341-343

NATURALISATION : 341-343
V. Nationalité

NAVIGATION :
liberté de — : 653-662
— dans la ZEE : 653-662

NAVIRE :
— de croisière : 261-288
nationalité des — : 653-662

NE BIS IN IDEM (PRINCIPE —) : 193-201, 426-427, 681-682, 766-767

NIL : 587-591
V. Fleuve

NON-REFOULEMENT (OBLIGATION DE —) : 407-412
V. Droit d'asile, Extradition

O

OACI :
V. Organisation de l'aviation civile internationale (OACI)

OBJECTEUR PERSISTANT (THÉORIE DE L'—) : 130-131

OBLIGATIONS :
— contradictoires : 438-441, 443-446, 758-760
— d'information : 229-240
— positives : 386-389, 397-402

OCCUPATION : 327
territoires occupés par Israël : 73-84, 122-127

OMC :
V. Organisation mondiale du commerce (OMC)

ONU :
V. Organisation des Nations Unies (ONU)

OPÉRATIONS DE MAINTIEN DE LA PAIX : 134-137
V. Organisation des Nations Unies (ONU), Recours à la force

ORGANE DE FAIT : 640

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC :
blocage de l'organe d'appel : 619-622
contentieux de l'exécution : 161-165
décision de l'arbitre du 2 oct. 2019, *Communautés européennes et certains Etats membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs. Recours de l'Union européenne à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord* (DS 316) : 161-165
fonction des groupes spéciaux : 667-671
rapport de l'organe d'appel du 9 juin 2020, *Australie – Emballage neutre du tabac* (DS435 et DS 441) : 667-671
rôle de l'Organe d'appel : 667-671

ORGANISATION DE LA COOPÉRATION ISLAMIQUE :
accord sur les investissements de la — : 689-690

ORGANISATION DE L'AVIATION CIVILE INTERNATIONALE (OACI) :
appel des décision du conseil de l'— : 662-666

ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU) : 134-137, 345-356
Assemblée générale : 635-637
Conseil de sécurité : 618-619
situation financière de l'— : 345-349
/République centrafricaine : 618-619
/République fédérale de Somalie : 349-356
V. Conseil de sécurité, Organisations internationales, Tribunal d'appel des Nations Unies

ORGANISATION DU TRAITÉ DE L'ATLANTIQUE NORD (OTAN) :
adhésion de la République de Macédoine du Nord : 332-355

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL :
V. Tribunal administratif de l'Organisation international du travail

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS) :
— pandémie de la Covid-19 : 356-364
Règlement sanitaire international (RSI) :357, 362, 646

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC) :
Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : 667-671
blocage de l'organe d'appel de l'ORD : 619-622
droit de l'— : 161-165, 667-671
obstacles techniques au commerce (OTC) : 667-671
subventions : 161-165
V. Organe de règlement des différends de l'OMC

ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES :
premier rapport de l'*Investigation and Imputation Team* : 364-367
/Syrie : 364-367

ORGANISATIONS INTERNATIONALES :
actes des — : 750-754
immunités des — : 767-770
responsabilité des — : 708-710
situation interne des actes des — : 750-754

OTAN :
V. Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN)

P

PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES : 342

PAIX ET SÉCURITÉ INTERNATIONALES :
— dans le cyberespace : 109-112
V. Conseil de sécurité, Organisation des Nations Unies (ONU), Opérations de maintien de la paix, Recours à la force

PALESTINE : 450-458, 592-296
annexion de la Cisjordanie : 607-608
déclaration américaines relatives au colonies israéliennes : 73-84
territoires occupés par Israël : 73-84, 122-127
V. Gaza

PANDÉMIE DE LA COVID-19 : 261-288, 356-364, 514, 645-647, 742, 754, 770
action de l'OMS : 356-364

PAPOUASIE-NOUVELLE-GUINÉE : 622-623

PATRIMOINE CULTUREL : 642-645

PAVILLON :
compétence de l'Etat du — : 653–662

PAYS-BAS :
Cour suprême, Division du droit civil, 20 déc. 2019, *Etat des Pays-Bas (Ministère des affaires économiques et de politique climatique) c. Fondation Urgenda* (aff. 19/00135) : 762-765
Cour d'appel de La Haye, 18 fév. 2020, *Veteran Petroleum Limited, Youkos Petroleum Limited, Hulley enterprises limited c. Fédération de Russie*, n°200.197.079/01 : 760-762

PEDONE (D.) : 473-474

PÊCHE :
accord de — : 133-134

PEINE DE MORT : 116-117, 396-397

PERSONNALITÉ JURIDIQUE INTERNATIONALE :
V. Etat, Organisations internationales

PÉTROLE : 582-586, 631-632, 637-642
V. Energie

PEUPLES AUTOCHTONES : 397-402, 743-745

PHILIPPINES :
retrait du statut de la Cour pénale internationale : 137-140

POLICE POWERS (DOCTRINE DES —) : 179-180

POLOGNE :
demande de réparation de guerre à l'Allemagne : 310-312

PRÉCÉDENT :
V. Jurisprudence

PREUVE : 707-712

PRINCIPE DE PRÉCAUTION : 762-765

PRINCIPE DE PRÉVENTION : 762-765

PRINCIPES GÉNÉRAUX :
détermination des — parle juge interne : 766-767
V. Coutume internationale

PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS :
V. Immunités

PROPRIÉTÉ :
— collective : 397-402
— intellectuelle : 667-671

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

PROTOCOLE DE PALERME CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS :
V. Convention de Palerme relative à la prévention et à la répression de la criminalité organisée transnationale (15 nov. 2000)

Q

QUALITÉ DE L'AIR : 608-610

QATAR :
/Arabie saoudite, Bahreïn, Egypte, Emirats arabes unis : 662-666

R

RÉCIPROCITÉ :
— dans l'exécution des traités : 437-438, 442-443

RÉCLAMATIONS COLLECTIVES : 513-563

RECONNAISSANCE : 142-143
— de gouvernement : 128-129, 624-625, 629-630
effets de l'absence de — : 142-143
obligation de non-— : 371-378, 641-642

RECOURS À LA FORCE : 389-396, 628
exécution de Qassem Soleimani et — : 39-72
interdiction du — : 628
licéité du — : 39-72
V. Conseil de sécurité

RÉFUGIÉS : 450-458, 565-580, 586-587
« crise des migrants » : 168-169, 568
expulsions collectives : 679-680
mineurs non accompagnés : 679-680
réinstallation des — : 565-580
statut de — : 772-773
V. Asile, Migrations

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS :
V. Arbitrage, Contentieux international

RELATIONS DIPLOMATIQUES : 742-743
expulsion de diplomates : 742-743
rupture des — : 381-383

RENSEIGNEMENT (ACTIVITÉS DE —) : 765-766

RÉPARATION : 673-677
— de guerre : 310-312
évaluation du préjudice : 692-693
préjudice irréparable : 402-405
restitution in integrum : 397-402
V. Expropriation, Responsabilité internationale

REPRÉSAILLES :
V. Contre-mesures

RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : 618-619

RÉPUBLIQUE DES KIRIBATI :
/République populaire de Chine : 140-144

RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE :
V. Chine

RÉSERVES AUX TRAITÉS : 193-201, 681-682
contrôle des — par le juge national : 193-201
V. Droit des traités

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE :
contrôle effectif : 612, 629
— de l'Etat : 673-677, 762-765
dommage : 673-677
fait illicite : 673-677
lien de causalité : 673-677, 692-693
imputation : 415-416, 612, 625, 640
organe de l'Etat : 640
réparation : 673-677
V. Réparation

RESSOURCES NATURELLES :
souveraineté sur les — : 638-639
V. Energie, Mer, Pêche, Pétrole,

RÉTENTION ADMINISTRATIVE : 679-680

ROHINGYAS : 149-155, 183-186, 586-587
V. Birmanie (Myanmar)

ROYAUME-UNI : 86-87
Cour suprême, 19 fév. 2020, *Micula and others c. Roumanie*, [2020] UKSC 5 : 758-760
Cour suprême, 29 avr. 2020, *AM (Zimbabwe) c. Secretary of State for the Home Department*, [2020] UKSC 17 : 771-772
extradition de J. Assange : 100-106
/Etats-Unis d'Amérique : 100-106

RUSSIE (FÉDÉRATION DE —) :
Cour constitutionnelle, décision du 16 mars 2020 N 1-3 sur la constitutionnalité de certains articles de la Loi fédérale sur les révisions de la Constitution de la Fédération de Russie (non en vigueur) : 755-758

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

recours à des mercenaires en Libye et en Syrie : 610-614
/Ukraine : 155-160, 371-378

S

SAHARA OCCIDENTAL : 133-134, 343-345
V. Front Polisario, Maroc

SAHEL :
G5 du Sahel : 121-122

SANCTIONS : 86-87, 97-100, 118-120, 349-356, 601-607, 631-632, 633-634, 681-682, 753-754
contournement des — : 86-87
embargo sur les — : 349-356, 618-619
— et droits fondamentaux : 97-100
— ciblées : 97-100, 753-754

SANTÉ : 667-671, 771-772
lutte antitabac : 667-671
V. Pandémie de la Covid-19

SÉCESSION : 475-511, 622-623, 641-642
— de Bougainville : 622-623

SÉCURITÉ COLLECTIVE :
V. Conseil de sécurité

SÉCURITÉ PLEINE ET ENTIÈRE :
V. Standards de protection

SENTENCE ARBITRALE :
recours en annulation de la — : 693-694
suspension de l'exécution de la — : 693-694
exécution et contrôle dans l'ordre interne : 758-762
V. *Exequatur*

SERBIE : 428-429
/France : 336-337

SLOVÉNIE :
/Croatie : 321-323

SOCIÉTÉS :
siège social : 697-699
société mère/filiale : 690-691
V. Entreprises

SOMALIE (RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE DE —) : 349-356

SOUDAN :
/Egypte/Ethiopie : 587-591

SOUVERAINETÉ : 638-640
— « numérique » : 329-331
V. Etat

SOUVERAINETÉ SUR LES RESSOURCES NATURELLES : 638-639

SPORT : 387-389
V. Tribunal arbitral du sport

STANDARDS DE PROTECTION :
sécurité pleine et entière : 697-699
traitement juste et équitable : 686-688
V. *Due diligence* (obligation de —), Nation la plus favorisée (Clause de la —)

SUCCESSION D'ETATS :
— en matière de traités de frontières : 475-522

SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL :
V. Etat, Organisations internationales

SURVEILLANCE ÉLECTRONIQUE :
V. Renseignement (activités de —)

SYRIE : 637-642
armes chimiques en — : 364-367
forces démocratiques syriennes : 118, 144, 637-642
intervention turque en — : 118, 144-145, 772-773
mercenaires en — : 610-614
population kurde en — : 118, 144-145
sanctions des Etats-Unis d'Amérique : 603-607
V. Etat islamique en Irak et au Levant (Daech)

T

TAÏWAN (RÉPUBLIQUE DE CHINE) :
reconnaissance de — : 142-143
/Iles Salomon : 140-144
/République des Kiribati : 140-144
/République populaire de Chine : 140-144

TERRITOIRE :
V. Compétence, Etat, Frontières

TERRORISME (LUTTE CONTRE LE —) : 121-122, 145, 681-682, 702
— au Sahel : 121-122

TORTURE : 381-383, 713-718

TOURISME : 89-90

TRAFIC DE MIGRANTS :

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

V. Migrations

TRAITÉ :

V. Droit des traités, Engagements internationaux de l'Etat, Réserves aux traités

TRAITÉ DIT « CIEL OUVERT », HELSINKI, 24 MARS 1992 : 596-601

retrait des Etats-Unis d'Amérique : 596-601

TRAITÉ SUR LA CHARTE DE L'ÉNERGIE : 202-212

TRAITÉ SUR L'ANTARCTIQUE DU 1ER DÉC. 1959 : 88-92

60e anniversaire : 88-92

V. Antarctique

TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION ET DE PROMOTION DES INVESTISSEMENTS :

application temporelle des — : 418-419

TRAITÉS FRONTALIERS : 475-511

TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : : 686-688

V. Standards de protection

TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION ET DE PROMOTION DES INVESTISSEMENTS :

V. Droit des investissements, Investissements

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL :

jugement n° 4195 : 190-192

jugement n° 4207 : 429-434

TRIBUNAL ARBITRAL DU CENTRE D'ARBITRAGE INTERNATIONAL DE HONG KONG :

sentence finale du 24 sept. 2019, *Jin Hae Seo c. République de Corée* (HKIAC n° 18117) : 180-182

V. Droit des investissements

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT :

compétence *ratione personae* : 387-389

TRIBUNAL D'APPEL DES NATIONS UNIES :

jugement n° 2018-840 : 190-192

jugement n° 2018-841 : 190-192

jugement n° 2020-985 : 702-712

TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN :

jugement du 18 août 2020, *Le procureur c. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra* (SLT-11-01/T/TC) : 702

TUNNEL TRANSFRONTALIER : 491-492, 498, 509

TURQUIE :

— et population kurde : 118, 144-145

intervention en Syrie : 118, 144-145

opération « source de paix » : 144-145

/France : 118-120

/Libye : 127-132

U

UKRAINE : 371-378, 642-645

adhésion au Deuxième protocole de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 : 642-645

Crimée : 155-160, 642-645

/Russie : 155-160, 371-378

UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST AFRICAINE :

abandon du Franc CFA : 337-339

/France : 337-339

UNION EUROPÉENNE : 645-650

candidature de la Bosnie-Herzégovine : 312-315

charte sociale européenne : 513-563

contournement des sanctions américaines : 86-87

— et crise sanitaire : 645-647

— et droit d'asile : 173-175, 728-734

restriction des déplacements internationaux : 645-647

situation interne des actes de l'— : 750-751, 753-754

/Israël : 122-127

/Libye : 647-650

/Maroc : 133-134

V. Charte sociale européenne, Comité européen des droits sociaux, Droit de l'Union européenne

UNITED NATIONS RELIEF AND WORKS AGENCY FOR PALESTINE REFUGEES (UNRWA) : 450-458

UTILISATION NON DOMMAGEABLE DU TERRITOIRE (PRINCIPE D'—) : 93, 145, 762-765

v. *Due diligence* (obligation de —)

UTI POSSIDETIS : 479-480

V. Territoire

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE

V

VENEZUELA (RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU —) : 624-632
/Brésil : 314-319

VIE PRIVÉE (PROTECTION DE LA —) : 169, 387-389, 681-682

Z

ZONE DE PROTECTION MARINE :
V. Aire marine protégée

ZONE ÉCONOMIQUE EXCLUSIVE : 28-29
V. Droit de la mer

ZONE NEUTRE : 582-586

ZONES CONTESTÉES :
V. Différend

RGDIP 2020 N°3-4
© Editions A. PEDONE