

Tome 125
2021
N°1

RGDIP



Revue Générale

de Droit
International
Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

Revue Générale
de
Droit International Public

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

TOME CXXV - 2021

Revue Générale de Droit International Public

Conseil Scientifique

Antônio A. CANÇADO-TRINDADE

Ancien Président de la Cour interaméricaine
des droits de l'homme,
Juge à la Cour internationale de Justice

Luigi CONDORELLI

Professeur à l'Université de Florence

Pierre-Marie DUPUY

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

Gilbert GUILLAUME

Ancien Président
de la Cour internationale de Justice

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

Thibaut FLEURY GRAFF

Professeur à l'Université Paris-Saclay (UVSQ)

Pierre-François LAVAL

Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon III

Jean-Denis MOUTON

Professeur émérite de l'Université de Lorraine

Florence POIRAT

Professeur à l'Université Paris-Sud

Raphaële RIVIER

Professeur à l'Université Paris I

Jean-Didier SICAUT

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

Sébastien TOUZÉ

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

Baptiste TRANCHANT

Professeur à l'Université de Bordeaux

Bénédicte PEDONE RIBOT

Secrétaire de rédaction

TOME CXXV - 2021

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

RGDIP 2021 N°1
© Editions A. PEDONE

IN MEMORIAM

Jacques DEHAUSSY (1924 – 2021)

Doyen d'âge du Conseil scientifique de la *Revue générale*, Jacques Dehaussy nous a quittés à l'aube de ses quatre-vingt-dix-sept ans. Il est décédé à son domicile dijonnais dans l'après-midi du 13 février 2021 alors qu'il apportait les ultimes corrections au manuscrit d'un dernier article. Malgré différents ennuis de santé de plus en plus fréquents, son grand âge n'avait en rien diminué son ardent désir d'entretenir la flamme de l'intelligence, ni entamé son réel appétit pour les débats d'idées, sa vive curiosité artistique et son goût prononcé pour l'archéologie et l'histoire.

*

Né à Aigurande dans l'Indre le 7 avril 1924 chez un couple d'instituteurs de l'enseignement public, il fait ses études secondaires au lycée d'Abbeville, où son père est devenu inspecteur de l'aide sociale à l'enfance de la Somme. Bachelier en 1941, faute de pouvoir intégrer une classe de mathématiques supérieures au lycée Louis-le-Grand du fait de la guerre, il se résout à entreprendre des études littéraires à la Sorbonne et s'inscrit en même temps à la Faculté de droit de Paris. Toutefois, il n'a guère la possibilité d'assister aux cours, sauf de façon très épisodique, et doit travailler seul dans des conditions singulières. Sous le régime de l'occupation allemande, Abbeville est en « zone interdite » et la région est la cible de fréquents bombardements alliés. Le jeune Dehaussy y est membre de la « Défense passive » – préfiguration de la Protection civile contemporaine – et participe en outre à quelques activités de la Résistance, assurant notamment l'acheminement de messages au sein d'un réseau particulièrement exposé.

Après la Libération, il obtient ses licences de philosophie et de droit à l'automne 1944. L'année suivante, il intègre comme agent contractuel l'administration de l'Assistance publique de la Seine où il devient adjoint de l'assistance sociale à l'enfance, poste qu'il occupera jusqu'en 1952 tout en poursuivant ses études. Il décroche successivement quatre diplômes d'études supérieures ou DES (lointains ancêtres des actuels « masters 2 ») : philosophie-

R.G.D.I.P. 2021-1

option sociologie en 1945, droit public en 1946, droit privé en 1947, économie politique en 1950. Il soutient en 1949 sa thèse de doctorat en droit préparée sous la direction de Louis Rolland et publiée chez Sirey en 1951 : *L'assistance publique à l'enfance : les enfants abandonnés*. Encouragé par Marcel Waline et Charles Rousseau, il décide de se présenter à l'agrégation de droit public. Il fait partie des huit lauréats du concours de 1952 (en même temps que Prosper Weil et Michel Virally notamment) et part comme agrégé à la Faculté de droit de Hanoï, où il assure dans des conditions délicates des enseignements de droit public, en s'attachant à y intégrer des éléments de droit coutumier local. Il regagne la métropole peu avant la signature des accords de Genève mettant fin au conflit indochinois.

Nommé professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Dijon en 1954, il en sera le Doyen de 1961 à 1969. C'est là qu'il choisit de s'orienter définitivement vers le droit international, domaine dans lequel il n'avait fait jusque-là qu'une rapide incursion avec un article sur « Le depositaire des traités » (dans cette *Revue*, 1952). Dès la création de l'*Annuaire français de droit international*, il en devient un collaborateur régulier et y assure de 1955 à 1968 la chronique consacrée aux travaux de la Commission du droit international. En outre, à côté de diverses études d'actualité publiées au *Clunet* ou à l'*AFDI*, il consacre une grande part de ses réflexions à l'examen critique des sources du droit international et rédige sur ce sujet plusieurs fascicules pour le *Jurisclasseur de droit international*. En 1966-1967 il dispense à l'IHEI un cours d'une insigne densité sur « Les actes unilatéraux comme sources du droit international ».

Au printemps de 1968, le Doyen Dehaussy accueille avec un certain lustre les deuxièmes journées d'étude de la jeune Société française pour le droit international, autour de deux thèmes : « L'affaire du *Torrey Canyon* et le droit de la mer » et « Les problèmes de l'arbitrage entre Etats et personnes privées étrangères - les solutions offertes par la convention du 18 mars 1965 », ce dernier thème faisant seul l'objet d'une publication sous le titre *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées* (Editions Pedone, 1969). C'est aussi sous son impulsion qu'est créé à cette époque au sein de sa Faculté le CREDIMI (Centre de recherche sur le droit international des marchés et des investissements) que dirigera jusqu'en 1998 le regretté Philippe Kahn, victime de l'épidémie de covid-19 en novembre dernier.

En juin 1969, la carrière de Jacques Dehaussy prend un autre cours. Entre les deux tours de l'élection présidentielle, le ministre de l'éducation nationale Edgar Faure, qu'il avait installé comme nouvel agrégé d'histoire du droit à la Faculté de Dijon sept ans auparavant, le nomme « chargé des fonctions de recteur d'académie » adjoint au recteur de l'Académie de Paris. Il reçoit officiellement le titre de recteur en mars 1971 et continue de gérer les suites de la partition de l'ancienne Université de Paris en treize nouvelles universités et de suivre corrélativement la création des nouvelles académies de Versailles et de Créteil.

En juin 1976, il devient le recteur de cette dernière jusqu'à sa démission en juillet 1983.

Ces quatorze années entièrement consacrées à l'administration de l'éducation nationale seront pour lui la source de secrètes satisfactions, notamment lorsqu'il sera confronté à des problèmes de construction de bâtiments, retrouvant presque son rêve d'enfant de devenir architecte, ou lorsqu'il devra affronter les redoutables équations de l'économie de l'éducation, domaine par lui maîtrisé grâce à l'amitié et la science de son collègue économiste dijonnais Jean-Claude Eicher, son successeur dans la charge décanale. Ces années seront aussi quelquefois éprouvantes pour un juriste ne manifestant qu'un intérêt limité pour les « droits acquis » dont le monde de l'éducation est en France si friand.

De retour au sein de l'*Alma mater* en septembre 1983, Jacques Dehaussy est nommé à l'Université Paris I. Dès son arrivée, il obtient la création d'un nouveau DEA (diplôme d'études approfondies) baptisé « droit international public et organisation internationale », dont il abandonnera très tôt la direction, s'effaçant au profit de Laurent Lucchini et du soussigné, en raison de sa nomination, en qualité de chargé de mission, au cabinet de son ancienne collègue de Dijon Nicole Catala, devenue secrétaire d'Etat à la formation professionnelle dans le gouvernement de Jacques Chirac entre 1986 et 1988. Ayant repris dès 1984 la chronique annuelle de l'*AFDI* sur les travaux de la CDI, il en assure régulièrement la charge jusqu'en 1993. Cependant, discret comme à son habitude, l'âge de la retraite étant venu, alors que la SFDI fête à sa manière le bicentenaire de la Révolution française en tenant à Dijon son vingt-troisième colloque annuel, le recteur Dehaussy choisit de se retirer définitivement en Bourgogne « sans tambours ni trompettes ».

*

A la fin du siècle dernier et jusqu'aux environs de 2005, nous nous retrouvions chaque année pour la réunion du conseil scientifique de la *RGDIP*. A l'une de ces occasions, il me fit part de son projet de rédiger une sorte de « testament d'un vieux professeur » sous la forme d'un essai consacré aux singularités de l'ordre juridique international. La nécessité de faire retour à un thème qui avait eu jadis sa prédilection lui était apparue à la suite de l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'Etat, commenté par lui dans le *Clunet* de 1990.

L'enfantement de son projet devait toutefois se faire dans la souffrance. La santé défaillante de son épouse l'affectait beaucoup et lui ôtait quelquefois toute envie de poursuivre son œuvre ; d'où les divers avatars d'un manuscrit victime de surcroît de multiples mésaventures. Tant et si bien que, m'écrivant un jour de janvier 2015 depuis sa thébaïde de Castillon-du-Gard, afin de mieux traduire les doutes ou les hésitations qui parfois l'assaillaient, il pasticha

dans sa lettre la fable du vieillard et des trois jeunes hommes de ce bon Jean de La Fontaine :

« Est-il bien raisonnable de publier à cet âge,
Diront les jouvenceaux de notre voisinage ? »

Il mena pourtant cette tâche à bon terme. Ses *Propos sur les sources du droit international* parurent aux Editions Pedone à l'automne 2017, avec pour sous-titre explicite *L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier* (un rapide compte-rendu en a été donné dans cette *Revue*, 2018, pp. 279-281). Cette publication marquait certes la fin des efforts accomplis et mit un peu de baume au cœur de son auteur ; elle ne parvint pas cependant à calmer l'indicible douleur provoquée en avril de la même année par la perte de celle qui partageait sa vie depuis 1959.

Ce dernier ouvrage, qui est aussi – si l'on met à part sa thèse imprimée – son seul vrai livre, porte le sceau d'un grand auteur. Il fera date dans la doctrine française du droit international. En fin connaisseur, Jean Combacau ne s'y est pas trompé qui lui a consacré une substantielle et élogieuse note de lecture (*AFDI* 2017, pp. 871-878). Voilà, dit-il, « un livre qui ne s'apparente à presque rien de ce que propose la littérature internationaliste contemporaine », « un ouvrage ... exceptionnel par le fond comme par le ton », proche d'un « cours général idéal, comme on n'en lit que très peu, animé d'un bout à l'autre par une pensée personnelle et cohérente, autrement dit par une 'doctrine' ». Lorsqu'il prit connaissance de ces louanges éloquentes, Jacques Dehaussy trouva qu'on lui faisait vraiment « beaucoup d'honneur ». Honneur mille fois mérité, assurément, par celui qui n'entendait d'ailleurs ce mot qu'employé au singulier.

Reprenons donc ici, en guise d'épithète, la conclusion de la note du professeur Combacau : « Je ne connais pas d'auteurs qui aient eu l'envie et l'énergie de produire si tard un livre d'une exigence et d'une qualité approchant celles de ces *Propos*, œuvre décisive que des travaux antérieurs laissaient attendre aux connaisseurs mais qu'ils n'osaient plus espérer : [...] le recteur Dehaussy est bien l'un des tout premiers internationalistes de sa génération.»

Jean-Pierre QUENEUEDEC

IN MEMORIAM

Jean CHARPENTIER (1928-2020)

Les hommages rendus, dans la Revue, à des maîtres du droit international se succèdent : Jean Charpentier, disparu le 16 décembre 2020 dans sa quatre-vingt-treizième année, faisait partie du paysage des internationalistes francophones depuis une soixantaine d'années. Sa thèse réalisée sous la direction de Suzanne Bastid, sur « La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens » (Pedone 1956) l'y avait installé d'emblée. L'ampleur et la rigueur de l'analyse menée dans cette thèse ont durablement marqué toute réflexion conduite depuis sur le sujet. Sa chronique sur « La pratique française du droit international » durant 40 ans (de 1955 à 1995) assurée à l'Annuaire Français de Droit International, et son engagement à la Société Française pour le Droit International, pour laquelle il avait initié trois colloques (en 1970 à Grenoble sur « L'application du droit international par le juge français », puis à Nancy en 1981 sur « L'Europe dans les relations internationales » et en 1993 sur « L'État souverain à l'aube du XXI^{ème} siècle ») ont contribué à rendre familière la figure de Jean Charpentier à plusieurs générations d'internationalistes.

La production doctrinale de Jean Charpentier révèle un véritable généraliste du droit international, tant du fait de la diversité des champs d'intérêts traités que des quelques thématiques qui s'en détachent et qui concernent des questions fondamentales du droit international. Evidemment le thème de la reconnaissance mais aussi du phénomène étatique en droit international seront déclinés et approfondis dans plusieurs articles et contributions de l'auteur. Au-delà de l'Etat, ses réflexions sur la personnalité juridique en droit international (organisations internationales y inclus l'Union européenne), mais aussi sous forme de questionnement, sur la personnalité de notions telle que l'humanité, constitue également un thème récurrent de ses écrits. La justice internationale fait également partie des questions auxquelles cet auteur a continuellement réfléchi, à la fois sous l'angle du lien entre le juge national et le juge international mais aussi sur la juridiction internationale en tant que telle. Enfin, Jean Charpentier s'est également intéressé à la mise en place d'un espace judiciaire européen.

R.G.D.I.P. 2021-1

Sa carrière de professeur l'ayant amené, après Grenoble, à Nancy, a certainement favorisé son intérêt pour le droit européen ; Jean Charpentier y dirigera le Centre Européen universitaire de 1986 à 1993. Mais là encore, ce qui frappe dans sa production doctrinale c'est la diversité des sujets abordés, même si les questions relatives à la politique de sécurité et de défense et à la place de l'Europe dans les relations internationales, montrent que Jean Charpentier est resté avant tout internationaliste. Internationaliste il l'est aussi et resté surtout par la méthode d'analyse appliquée à la chose européenne, le droit européen n'étant jamais déconnecté du droit international, à l'instar d'un Paul Reuter qu'il admirait.

D'une manière générale Jean Charpentier fut toujours soucieux de déployer une pensée jamais coupée des réalités de la vie internationale et des contraintes de la politique juridique extérieure des Etats. Pour autant cette méthode ne l'a pas empêché « de se placer au niveau de la théorie du droit international ». De ce point de vue, deux contributions de Jean Charpentier dans des *Mélanges* (respectivement offerts à François Borella et à Louis Dubouis) autour de l'an 2000 sont particulièrement intéressantes pour cerner l'apport de la pensée juridique de l'auteur à la théorie du droit international. Il y définit d'abord en quoi consiste faire de la théorie : « Ce n'est pas un exercice destiné à mettre en valeur l'ampleur de vue du théoricien ; c'est un effort de généralisation, de systématisation, permettant d'éclairer le rôle joué par la norme internationale dans la régulation des rapports internationaux ». Mais encore faut-il trouver le bon degré de généralisation, de systématisation, permettant à cette théorie de remplir son rôle, d'éviter des constructions qui « souvent séduisantes pour l'esprit présentent le défaut majeur, en dédaignant les réalités de la vie internationale, de ne pas aider à résoudre les problèmes relatifs à l'efficacité et à la cohérence des normes internationales ». En effet, pour Jean Charpentier, réfléchir sur les moyens de rendre cohérentes entre elles de telles normes est justifié par le souci, avant tout, de rendre compte de l'efficacité de la norme juridique, qui est une norme sociale, laquelle ne peut être détachée de la perception que les États se font de l'utilité du droit international.

Pour réfléchir sur les moyens de rechercher cette cohérence, « point n'est besoin de réduire à l'unité le réseau d'engagements en raisonnant en terme d'ordres juridiques qu'il s'agit d'articuler entre eux ». Une telle systématisation est excessive, à la fois en ce qu'elle ramène ce réseau d'engagements à deux sortes d'ordres juridiques, mais aussi en ce qu'elle s'attache à tenter de résoudre les contradictions, ne pouvant manquer de se produire entre normes relevant d'ordres juridiques distincts, par des constructions doctrinales trop généralisantes. Cette systématisation simplificatrice et abusive aboutit notamment à vouloir assimiler l'ordre international à l'ordre interne. La théorie du dédoublement fonctionnel développée par Georges Scelle, est le type même de la construction « la plus séduisante et la plus néfaste en même temps ». Quant à la conception kelsenienne, de subordination de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international, elle

apparaît assez artificielle, car non nécessaire et non vérifiée dans la pratique. « La vérité est que les rapports entre la norme interne et la norme internationale ne peuvent être dissociés des rapports entre l'État et la société internationale, et que ces rapports ne sont pas des rapports de subordination mais des rapports de cohérence ». L'utilité d'une théorie qui vise donc à recenser, au-delà de tout esprit dogmatique, les éléments de cohérence permettant d'harmoniser les rapports entre ordres juridiques ne saurait donc se réduire à cette division verticale en ordre juridique international et ordres juridiques internes. D'abord, en ce qui concerne l'ordre juridique international, une analyse non réductrice conduit à distinguer un ordre juridique spécifique, tel que celui de l'Union européenne, mais aussi, au-dessus de l'ordre juridique interétatique, à constater l'émergence d'un ordre juridique universel fondé sur la sauvegarde de l'intérêt de l'humanité. Ensuite la recherche de cohérence ne saurait se limiter à une conciliation verticale entre ordres juridiques, mais également à une cohérence entre ordres juridiques juxtaposés. Cette juxtaposition concerne bien entendu la recherche de cohérence entre réglementations internes relatives à des problématiques internationales (telles que les conflits de droit international privé), mais aussi la cohérence entre obligations conventionnelles internationales issues de sources différentes.

Jean Charpentier analyse alors les facteurs de résistance à cette recherche de cohérence tout comme les éléments qui sont susceptibles de la favoriser. Dans les facteurs favorisant la convergence entre normes relevant de différents ordres juridiques, il évoque pour terminer l'existence d'une pression sociale de plus en plus forte, qui est à l'origine d'une « convergence souterraine » dans un monde qui tend à abolir les hiérarchies entre ordre juridique international et ordres juridiques nationaux : ce sont « les règles du jeu » de la mondialisation. Ciblent l'économie et les communications (spécialement internet), Jean Charpentier écrit : « On ne mesure pas bien encore les conséquences de cette évolution ou plutôt de cette révolution ; ce qui est sûr c'est qu'un brassage considérable de civilisations va s'accroître, que la pression irrésistible des groupes les plus puissants va accélérer la recherche débridée du bonheur matériel par la consommation et que l'influence de l'État, conservée cependant grâce aux taxes qu'il continuera à percevoir sur les activités économiques s'affaiblira, au moins dans ces deux domaines. Et par là même les divergences entre normes internationales et normes internes n'auront plus lieu d'être ». Selon l'auteur la perspective d'une mondialisation concourant à réaliser « une intégration sociale au niveau universel » permet alors d'entrevoir « une intégration juridique de type moniste ». Quoique l'on pense de cette proposition, qui mêle d'ailleurs une dose d'optimisme et une dose de pessimisme, il est remarquable de constater que l'adepte d'un réalisme positiviste ne dédaigne pas faire œuvre d'imagination juridique, dans un style d'une sobriété et d'une clarté qui caractérisait aussi l'enseignant.

Que dire de Jean Charpentier, le professeur, le directeur de thèse, le collègue, l'ami ? Pour chacun de ces aspects, ce qui le caractérise c'est une grande exigence, ressentie parfois comme une certaine raideur.

Ses cours en amphithéâtre étaient considérés par quelques étudiants comme arides alors que d'autres appréciaient sa grande rigueur quand il présentait les institutions internationales ou qu'il développait une approche de type positiviste du droit international public. Il était toujours extrêmement clair dans la présentation de ses cours dans toutes les années de licence et de master.

Ses doctorants étaient dans d'excellentes mains, à l'égal du chercheur qu'il était. Il les encadrait très sérieusement et suivait de près l'évolution de leur travail jusqu'à les amener à la soutenance de thèse donc au doctorat. Il se montrait aussi très soucieux de l'avenir de ses doctorants.

Quant au collègue, il n'était pas d'une grande gaité – la vie ne lui ayant pas épargné les souffrances – mais il était plutôt ce qu'on appelle un pince-sans-rire. C'est au cours de voyages faits avec lui, notamment pour participer aux Colloques de la SFDI, qu'il nous a été possible d'apprécier son humour et sa gentillesse, bien cachés derrière son masque d'homme sévère. Quant au collègue émérite, il n'a pas cessé d'être présent tant à la Faculté qu'au Centre européen universitaire. Il a continué très longtemps à participer aux réunions des groupes de recherches, à l'encadrement informel des doctorants, passant toujours saluer ses anciens collègues.

L'ami : difficile d'affirmer être l'ami d'un homme aussi réservé qu'il était, mais son attitude révélait des signes caractéristiques d'un grand respect, voire de réelles amitiés avec certains membres, disparus ou vivants, du milieu universitaire nancéen.

Tous les étudiants, doctorants, docteurs, collègues, amis, saluent l'homme qui est parti et garderont toujours à l'esprit le maître qu'il restera.

Jean-Denis MOUTON
et
Batyah SIERPINSKI

LE TRAITE INTERNATIONAL, ENTRE BOUQUET D'ACTES UNILATERAUX ET FAIT JURIDIQUE INTERNATIONAL

Serge SUR

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Que les traités internationaux soient des actes juridiques semble échapper à toute discussion. Les auteurs les plus autorisés l'accréditent – ainsi Paul Reuter, Jean-Paul Jacqué, Florence Poirat ou Denis Alland parmi d'autres¹ – même si cette qualification ne se retrouve pas dans les pays de common law, ni même à vrai dire dans le droit positif. Le terme ne figure pas dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, et d'autres auteurs francophones se gardent de l'utiliser – ainsi Jean Combacau². La thèse récente d'Emmanuel Bourdoncle soutient même qu'un traité n'est pas un acte juridique, mais un instrument ou un support normatif³. La question est donc posée et ne saurait être résolue par des arguments d'autorité ou par la force de l'habitude.

Pour trancher l'alternative acte-instrument, il convient de préciser d'emblée ce que l'on entend dans ce cadre par acte juridique. Sur cette base on pourra montrer qu'un traité n'est pas un acte juridique mais une collection ou un ensemble d'actes juridiques dont ses énoncés sont le réceptacle. Il est un support normatif construit par une multiplicité d'actes unilatéraux, et engendre à son tour d'autres actes unilatéraux⁴. Ce support normatif est pour les parties la résultante de leurs engagements unilatéraux, qui déterminent leurs droits et obligations. Pour les tiers

¹ Paul REUTER, Introduction au droit des traités, 1972, et « Le traité international, acte et norme », Archives de philosophie du droit, 1987 ; Jean-Paul JACQUÉ, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, 1972 ; Florence POIRAT, *Le traité, acte juridique international*, 2004. Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, 2020. En revanche, Suzanne BASTID n'utilise pas le concept dans *Les traités dans la vie internationale – Conclusion et effets*, 1985.

² Jean COMBACAU, *Le droit des traités, Que sais-je ?* 1991. Dans l'Ouverture du dossier de *Droits* consacré à l'acte juridique (1988), l'auteur ne mentionne pas les traités comme pouvant être considérés comme des actes juridiques. La formule qui amorce cette ouverture est au demeurant d'une grande prudence : « Dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort ». Cependant, dans son *Que-Sais-Je*, Jean Combacau est plus ambigu. Il conclut (p. 121-122) : « dans l'acte juridique que constitue le traité... le droit des traités (ne serait-il pas) qu'une partie, la plus élaborée mais en même temps la moins bien comprise... du droit des actes étatiques unilatéraux ? ».

³ Emmanuel BOURDONCLE, *Le concept de traité en droit international – Racines antiques et significations contemporaines*, Thèse dact., Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2020.

⁴ Serge SUR, *La créativité du droit international*, Cours général, RCADI 2014, t. 363, 2014.

R.G.D.I.P. 2021-1

en revanche, un traité est un fait juridique, dont ils ne peuvent nier l'existence, qui peut avoir à leur égard certains effets indirects sans pour autant créer pour eux de droits ou d'obligations sans leur consentement.

CE QU'EST UN ACTE JURIDIQUE

Au fond, la notion même d'acte juridique est doctrinale plus que positive⁵. Elle relève du discours sur le droit, de l'intelligence du droit, de sa description rationnelle ou de sa systématisation plus que du droit tel qu'il est conçu et pratiqué par les acteurs – à l'exception notable du droit administratif français, qui a porté l'analyse contentieuse de l'acte unilatéral à son analyse la plus fine⁶. Elle pourra au demeurant nous servir de guide dans l'étude des traités afin d'exclure qu'ils constituent des actes juridiques. Ainsi que le soulignait dès le début du XX^{ème} siècle le juriste allemand Windscheid⁷, « on ne doit pas dire l'acte juridique est ceci ou cela, mais par acte juridique j'entends ceci ou cela ». Si la notion d'acte juridique est doctrinale, elle est tributaire des définitions qui en sont données par les uns ou les autres, dans le cadre de leur approche générale du droit. Sans être arbitraire parce qu'elle doit correspondre aux données du droit positif, elle ne s'enferme pas dans ses catégories propres, elle définit les siennes.

Posons donc immédiatement qu'à notre sens il ne peut exister que des actes unilatéraux⁸, comme manifestation de volonté visant à créer des droits et des obligations à l'égard de sujets de droit. Il n'est pas suffisant de dire qu'ils entraînent des effets de droit : ces effets doivent être des droits et obligations, que ce soit à la charge de l'auteur de l'acte ou à son bénéfice. La rencontre ou l'échange de ces actes peuvent constituer des supports normatifs, un contrat, un traité, lesquels ne sont pas des actes mais des instruments. En droit international, c'est l'engagement international de l'Etat, nécessairement unilatéral, qui fonde les traités. Un traité est ainsi un bouquet d'actes unilatéraux, non un acte en lui-même. On pourrait parler d'acte collectif ou d'acte complexe⁹. Mais c'est confondre la fleur et le bouquet de fleurs, prendre le vase que constitue l'instrument conventionnel pour les fleurs elles-mêmes.

Sans doute serait-il plus approprié de parler d'autorité – notion objective et hiérarchisée – plutôt que de volonté – concept subjectif voire psychologique – mais c'est là un autre débat. On pourrait aussi soutenir qu'en réalité l'acte unilatéral est

⁵ Ceci en dépit du fait que le Code civil français ait récemment incorporé le terme dans son article 1100 – 1. Benjamin MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, 2020.

⁶ Par exemple René CHAPUS, *Droit administratif général*, 2001.

⁷ Bernhard WINDSCHEID, cité par Georges ROUHETTE in *Droits*, précité, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents ».

⁸ Serge SUR : « Actes, normes, droits : dix-mille signes », *Droits*, 1990

⁹ Sur cette notion, Jacques MOREAU : « A la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits*, 1988, précité. L'expression figure dans le Précis *Droit international public* de Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT (§ 354), 2018.

une fiction, puisqu'il est lui-même un précipité d'actes antérieurs, qu'il comporte en son fondement toute une série d'actes unilatéraux qui le conditionnent – en droit interne ceux qui établissent la personnalité et la capacité juridiques de leurs auteurs, ceux qui leur attribuent une autorité déterminée. Il en est de même en droit international puisque l'engagement des parties à un traité repose sur leur qualité préétablie de sujet de droit international. Il n'en demeure pas moins que l'acte unilatéral peut être identifié et singularisé, tout comme un atome contient une série de particules élémentaires en dépit de son unité. Une décision de la CIJ par exemple est un acte en soi mais est le produit d'actes unilatéraux antérieurs, notamment l'acceptation par les parties du Statut de la Cour, le consentement à sa juridiction, l'élection des juges par les organes politiques de l'ONU...

Un autre élément de fragmentation interne de l'acte juridique tient à la langue française, qui souvent mêle une action et son produit – la participation, la construction, etc... Un acte est à la fois le mouvement, en l'occurrence la procédure, les différentes étapes qui mènent à son édicition et le résultat, la manifestation de volonté créatrice de droits et d'obligations dans des formes définies. Cette création se déploie dans le temps, dans un temps relativement indéfini, peut comporter des actes intermédiaires, alors que l'acte final est quant à lui encadré par un *dies a quo* qui établit le point de départ de sa validité. Ceci pourrait s'appliquer au traité et ce type de distinction n'exclut pas qu'un traité soit un acte juridique. Il faut donc, pour écarter cette qualification en la matière, ajouter que la volonté ne peut être qu'individuelle, que l'idée d'une volonté commune, ou collective, qui serait à la base d'un traité, ou d'un contrat en droit interne, est une pure fiction – on y reviendra.

Un acte unilatéral est au sens leibnizien une monade qui contient et reflète tout l'univers juridique mais n'en reste pas moins unique. Il relève également d'une approche corpusculaire du droit, qui s'oppose à l'approche ondulatoire qui est celle des normes. Le droit n'est pas ainsi analysé comme une pyramide de normes mais comme un crépitement d'actes. L'existence de normes hiérarchisées n'est en aucune manière spécifique au droit et ne permet pas de l'identifier. Il existe en effet des normes logiques et des normes morales, et le droit se trouve souvent à leur intersection. La normativité n'explique pas l'autorité particulière du droit, qui emprunte au sacré – un principe de légitimité dans les ordres internes, la foi jurée en droit international. Un acte juridique est sans équivalent dans le monde des faits, dans son rapport à la réalité comme dans le type d'influence qu'il exerce sur les sujets de droit. Artificiel et rationnel, il relève d'un réseau de relations à la fois égalitaires et hiérarchisées qui définit un ordre juridique.

Dans cette conception, quel est le contenu des actes ? Un acte contient des normes et des faits, de sorte que l'opposition principale n'est pas entre actes et

faits, mais entre normes et faits¹⁰, les deux étant incorporés dans des actes qui leur confèrent leur caractère juridique. Un fait ne devient en effet juridique que s'il est reconnu comme tel par un acte juridique qui lui attribue cette qualité. Un accident de la route est un fait matériel qui devient juridique par l'existence d'un constat, dont la validité est établie par un acte unilatéral. Ainsi le droit construit son propre ordre de réalité. L'existence d'un Etat est d'abord un fait, qui devient juridique par sa prise en considération par les autres Etats, par leur reconnaissance. On aura l'occasion d'en rencontrer d'autres exemples à propos des traités précisément.

LE TRAITÉ VU PAR LES PARTIES : UN BOUQUET D'ACTES UNILATÉRAUX

Bouquet d'actes unilatéraux, c'est ce qu'indique l'article 38 1 – a du Statut de la CIJ, puisqu'il est ainsi rédigé : « La Cour... applique... a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ». Cette reconnaissance provient clairement d'un acte unilatéral de chacune des parties concernées. Pour illustrer cette proposition, le plus simple est de considérer un traité multilatéral. Mais elle n'en demeure pas moins valide pour les traités bilatéraux.

Traités multilatéraux

Il est clair qu'un traité multilatéral n'est qu'un rassemblement d'actes unilatéraux et que, en dépit de son unité de principe, il se déconstruit façon puzzle. Quel autre fondement de son caractère obligatoire pour les parties que leur engagement international, par définition unilatéral ? Il en résulte par exemple que les dates de son entrée en vigueur sont variables en fonction de l'expression du consentement des parties. C'est aussi le cas du fait des réserves qui peuvent lui être apportées et qui en font un ensemble diversifié non seulement en fonction des réserves émises mais aussi de la réaction des autres parties, acceptation, objection simple ou renforcée.

D'où provient alors l'unité du traité, qui est reconnue par le droit positif ? Du principe *Pacta sunt servanda*, qui est le principe cohésif de l'ensemble, et qui est extérieur au traité¹¹. Ce principe est fondamentalement coutumier – et la

¹⁰ Nous divergeons ici de la position de Jean Combacau, qui oppose quant à lui actes et faits juridiques (Ouverture, *Droits*, précité). Comment un fait peut-il être considéré comme juridique s'il n'est pas enregistré dans un acte ? Tant qu'il ne l'est pas, il est un fait matériel, extérieur à l'univers juridique. Une averse aléatoire reste par exemple un pur fait, mais peut devenir un fait juridique si on la prend en considération pour limiter la vitesse automobile autorisée sur les voies publiques. Ce fait devient donc le contenu d'un acte.

¹¹ Voir Jean SALMON (dir), *Dictionnaire de droit international public* (2001), entrée *Pacta sunt servanda*. Coutumier, ce principe est codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats (1969, art. 26). Sur le plan interne, le droit français le considère comme de valeur constitutionnelle (Décision CC, 9 avril 1992).

coutume provient également d'actes juridiques unilatéraux dont la convergence établit l'existence d'une règle acceptée comme telle par les sujets de droit. Bref, même si la coutume ne se confond avec aucun instrument écrit qui peut la contenir – instrument conventionnel, décision de jurisprudence, formes diverses de codification – sa naissance et son évolution sont toujours liées à la dynamique d'actes unilatéraux étatiques, comme le traité lui-même¹². Il est frappant que Florence Poirat aboutisse à cette conclusion dans sa thèse sur le traité comme acte juridique, conclusion qui aurait pu être un point de départ.

Que la coutume soit elle-même le produit normatif d'actes unilatéraux explique l'unité du droit international, mélange complexe de coutumes, de traités et d'instruments dérivés. C'est toujours l'engagement international de l'Etat qui leur sert de fondement, que l'Etat s'engage ou qu'il soit engagé. La différence entre traité et coutume tient plutôt à leur degré de vitalité. Bouquets de fleurs, c'est-à-dire d'engagements écrits, fixés, délimités, les traités sont condamnés avec le temps à dépérir, à se faner, parce que leurs stipulations ne sont plus adaptées à l'évolution des circonstances et qu'ils ne sont pas faciles voire impossibles à modifier – ainsi de la Charte des Nations Unies ou du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

La vie des traités est marquée d'une certaine précarité, tandis que la coutume évolue dans le temps si nécessaire, de façon plus fluide et en quelque sorte organique – ainsi dans le droit de la mer, dont la codification par la convention de Montego Bay a enregistré les transformations contemporaines du droit coutumier. Un historien du droit international pourra visiter un musée, ou un cimetière de traités, sans parler de ceux qui restent inappliqués, tandis qu'il observera que la coutume, même enracinée dans le passé, même en ayant connu des modifications internes, appartient toujours au présent. Pour continuer la métaphore, si un traité multilatéral est un bouquet de fleurs coupées, donc voué à la décrépitude à plus ou moins long terme, progressivement dépassé par la pratique, la coutume est un buisson planté en pleine terre et qui se régénère de façon continue grâce à la pratique motivée des Etats.

Pour en revenir aux traités multilatéraux comme supports normatifs, il ne faut pas confondre les instruments qu'ils constituent avec les obligations qui en résultent. Elles sont à vrai dire indépendantes de ce support, qui pourrait être coutumier voire provenir d'un acte ouvertement unilatéral. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont également tributaires d'actes unilatéraux, dont l'influence est omniprésente en droit international. On connaît la distinction élaborée par sir Gerald Fitzmaurice entre obligations réciproques, interdépendantes, intégrales¹³.

¹² Serge SUR, *La coutume internationale*, Jurisclasseur de droit international, 1990.

¹³ En réalité, sir Gerald Fitzmaurice distinguait plutôt les traités réciproques, interdépendants, intégraux. Mais la distinction ne vaut que pour les obligations, puisqu'elles peuvent provenir d'autres modes de formation du droit – actes unilatéraux, coutumes – et qu'un même traité peut comporter des obligations de

Ces dernières sont par définition unilatérales puisqu'elles ne sont pas affectées par le comportement des autres parties – ainsi les obligations « intransgressibles » du droit humanitaire¹⁴. Mais celles qui sont réciproques ou interdépendantes sont également dépendantes d'actes unilatéraux. Au-delà de l'engagement international initial, si une partie manque à la réciprocité, elle s'expose à des contre-mesures unilatérales, dont la suspension du traité, voire son extinction. Si une obligation interdépendante est violée par une partie, c'est l'ensemble de l'édifice conventionnel qui risque de s'effondrer.

Un traité multilatéral canalise donc des actes unilatéraux. Il leur doit son existence et son fonctionnement juridique. On doit cependant rappeler une autre distinction entre ces actes, qui sont d'un côté internationaux et de l'autre internes, tant il est vrai que l'une des fonctions principales du droit international est de mettre en relation des droits internes. Suivant les deux catégories d'ordres juridiques, ils n'ont ni le même statut ni le même régime juridique. Un acte unilatéral interne est élaboré et édicté suivant les procédures propres à son ordre et s'insère dans l'ensemble qu'il constitue. Il peut être contrôlé et annulé suivant ses prescriptions. En revanche, il demeurera valide sur le plan international – ainsi en matière d'expression du consentement qui, aux termes de la Convention de Vienne ne peut être remis en cause que pour violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale¹⁵. La réciprocité est vraie, et un acte unilatéral condamné par le droit international conservera en principe sa validité interne – ainsi un Etat qui décide d'élargir sa mer territoriale de façon non conforme aux règles internationales en la matière.

Traité bilatéraux

Il paraît a priori plus délicat d'expliquer qu'un traité bilatéral n'est pas un acte juridique mais un instrument regroupant deux actes unilatéraux émanant des parties. Ce type de traités est généralement comparé aux contrats de droit interne. Or les théoriciens de l'acte juridique, qu'il soit privé ou public, incorporent le plus souvent les contrats parmi les actes juridiques. On le constate en droit administratif français comme en droit civil. Les spécialistes conviennent toutefois que la décision qui fait de l'administration un cocontractant est un acte administratif unilatéral. Quant aux contrats de droit privé, c'est le Code civil (art. 1103) qui énonce que ceux qui sont légalement faits tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. C'est dire que ni l'unité du contrat ni son autorité ne dérivent de lui-même comme acte bilatéral mais de la loi. Un contrat résulte également de la rencontre, sanctionnée par la loi, de deux actes unilatéraux émanant des deux

nature et de portée différentes. Voir Emmanuel BOURDONCLE : « Fitzmaurice et la distinction entre traité et obligations conventionnelles », *Grandes pages du droit*, vol. II, 2016.

¹⁴ Suivant les termes de l'avis consultatif de la CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996.

¹⁵ Convention de Vienne, précitée, article 46.

contractants. Il en est de même pour les traités bilatéraux en vertu du principe *Pacta sunt servanda*, tout comme pour les traités multilatéraux.

Ce qui confirme que l'on n'est pas en présence d'un acte bilatéral est l'analyse élémentaire d'un acte juridique. On sait qu'il se compose de motifs de droit et de fait, de procédures, d'une forme, d'un objet et d'un but. Or si ces diverses composantes sont homogènes et convergentes pour un acte unilatéral, elles sont dissociées et même divergentes dans un traité bilatéral, tout comme dans un contrat de droit interne. Et l'on sait que ceux-ci sont conclus entre des volontés qui s'opposent. Les motifs qui poussent deux Etats à s'engager sont différents pour chacun d'eux, sinon en droit, du moins en fait. Les procédures, largement internes pour aboutir à l'engagement de l'Etat, sont distinctes pour chacune des parties, et son expression internationale peut également être dissemblable – tel Etat devra ratifier un traité qui pour tel autre sera un accord en forme simplifiée. On s'accorde certes sur l'objet – mais il n'y a pas nécessairement symétrie des droits et obligations, s'il y a égalité des consentements. Quant aux buts, chaque partie poursuit les siens propres et chacune recherche un avantage qui lui est propre¹⁶. Un acte juridique, si l'on le considère dans son unité et son intégrité, est nécessairement unilatéral.

Rappelons enfin que chaque partie reste maîtresse de l'interprétation de son engagement international, sauf clause compromissoire ou accord postérieur qui le confie à un organe tiers, juridictionnel ou arbitral. L'interprétation échappe alors aux parties mais pas aux actes unilatéraux, puisque l'interprétation faisant droit résultera d'une décision judiciaire ou arbitrale, elle-même constituant un acte unilatéral. Lorsque, à propos des principes et méthodes d'interprétation des traités, on se réfère à l'intention des parties, il s'agit évidemment d'une fiction, puisque ces intentions sont individuellement différentes, comme le montrent le plus souvent les travaux préparatoires, au-delà d'une rhétorique de coopération et de solidarité sur laquelle on ne doit pas s'aveugler¹⁷. Si l'on prend l'exemple des traités bilatéraux américano-soviétiques en matière d'*arms control*, il est bien clair qu'aucune intention commune ne les vivifie et qu'à l'inverse ils sont un cadre de règlement provisoire d'un contentieux latent qui repose sur une méfiance ou une insatisfaction partagées. Le croisement des droits et obligations des parties est toujours soumis au doute, alors même que des procédures de vérification – elles-mêmes unilatérales – sont prévues, ou plutôt puisqu'elles sont prévues¹⁸.

¹⁶ On peut ajouter que le droit international utilise souvent l'expression « objet et but » comme un ensemble, sans les dissocier clairement. Or cette notion est utilisée pour contrôler la possibilité de réserves à une convention qui ne les réglemente pas par elles-mêmes. Elles ne doivent pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité. Mais chaque partie, hors clause compromissoire ou acceptation d'un règlement juridictionnel, demeure maîtresse de la signification de l'objet et du but, de sorte que le caractère unilatéral de l'engagement conventionnel s'en trouve confirmé, voire renforcé.

¹⁷ Serge SUR, *La créativité du droit international*, précité.

¹⁸ Serge SUR, *Vérification en matière de désarmement*, RCADI, t. 273, 1998.

LE TRAITÉ VU PAR LES TIERS : UN FAIT JURIDIQUE INTERNATIONAL

D'abord, qui sont les tiers ? Les autres sujets de droit international, à l'exclusion des sujets de droit interne, sauf exceptions prévues par les traités particuliers. Ces derniers, dans la mesure où ils sont envisagés par le droit international, en sont plutôt des objets – ainsi en matière de droit international humanitaire ou de droit international pénal. Ils peuvent cependant se voir conférer des droits sur la base de traités spécifiques, notamment dans le cadre européen, celui du droit communautaire ou du droit du Conseil de l'Europe. Mais le principe, rappelé avec clarté par la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁹, est qu'un traité ne crée ni droits ni obligations pour les tiers. On évoque les formules du droit romain, *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ou encore *Res inter alios acta*. Un traité peut toutefois parfaitement produire des effets à l'égard des tiers, non comme acte juridique mais parce qu'il est pour eux un fait juridique – contenu certes dans un groupe d'actes, mais actes en eux-mêmes extérieurs aux tiers.

Exemples d'effets juridiques à l'égard des tiers

Les traités sont des objets juridiques que les tiers ne peuvent ignorer. Etant entendu qu'ils ne créent ni droits ni obligations indépendamment d'un consentement extérieur, explicite pour les obligations, implicite pour les droits, sont-ils pour autant totalement dépourvus d'effet juridique à l'égard des tiers ? Déjà, ils sont informés de leur existence, ne serait-ce que parce que les traités sont enregistrés et publiés par le Secrétariat général des Nations Unies, dont la quasi-totalité des Etats sont membres. Pour eux, le traité n'apparaît pas comme une collection d'actes unilatéraux mais comme un ensemble qui, tout en leur restant étranger, peut les concerner. C'est ainsi que le Statut de Rome instituant la CPI prévoit que des ressortissants d'Etats non parties peuvent relever de la compétence de la Cour pénale, dès lors qu'ils sont soumis à la juridiction de parties. On connaît l'opposition des Etats-Unis à cette possibilité, et les mesures préventives ou répressives qu'ils ont mis en œuvre pour éviter ce type de situations²⁰. On peut ajouter que les Etats-Unis ont parfois accepté la saisine de la CPI par le Conseil de sécurité, dont ils sont membres permanents – alors même, en outre, que l'ONU n'est pas partie au Statut de Rome. C'est bien montrer que les effets juridiques d'un traité débordent du cercle des parties.

Un autre exemple, antérieur, concerne la personnalité juridique internationale de l'ONU, dont on sait qu'elle n'est pas reconnue par la Charte. Or la CIJ, par un

¹⁹ Article 34 de la Convention précitée.

²⁰ Les Etats-Unis ont même conclu avec certaines parties au Statut de Rome des traités bilatéraux écartant la remise de ressortissants américains à la CPI. C'est difficilement compatible avec ledit Statut, mais souligne combien les Etats-Unis s'intéressent aux effets juridiques du Statut à leur égard. Julian FERNANDEZ, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Pedone, Paris, 2011.

avis juridique²¹, acte unilatéral, a déclaré non seulement que cette personnalité existait mais en outre qu'elle avait un caractère objectif, de sorte qu'elle s'imposait y compris aux Etats non-membres, c'est-à-dire tiers par rapport à la Charte. Cette position n'a pas été contestée, de sorte que l'on peut y voir un consentement général, voire une coutume subséquente. Faut-il pour autant y voir la consécration d'une catégorie de traités – puisque la Charte est un traité - créant des situations objectives, et par là même obligatoires pour tous ? En réalité, la Charte traite des non-membres, par exemple en leur accordant certains droits, ou encore en soumettant les anciens Etats ennemis des membres fondateurs à la perspective d'actions coercitives (art. 107). Divers traités, notamment ceux qui relèvent de la politique juridique d'*arms control*, prévoient la saisine du Conseil de sécurité par les parties comme moyen de procéder à des enquêtes, voire de prendre des mesures en cas de manquement à leurs stipulations²². Or l'ONU, ni tous ses membres, ne sont pas parties à ces traités, de sorte qu'ils produisent des effets en dehors du cadre des parties.

On ne saurait pour autant parler de droits et d'obligations, même sur la base de traités créant des situations objectives. C'est ainsi que l'Antarctique relève d'un régime juridique spécifique, fondé sur un traité de 1959 qui accorde un statut privilégié à certaines parties, et qui est loin d'être universel. Ce régime n'est nullement objectif, ne serait-ce que parce qu'il est contesté par nombre de non-parties, qui voient dans le continent un patrimoine commun de l'humanité. En réalité, seules les parties ont des activités sur le terrain, sous forme de bases scientifiques, et la protestation des tiers est de principe. Elle empêche toutefois le régime de devenir coutumier, à l'exception peut-être de stipulations consensuelles comme la démilitarisation et le gel de toute appropriation nationale. Mais la simple considération que les non-parties rejettent ce traité montre qu'ils le prennent en considération et adoptent un comportement juridique par rapport à lui. Ce ne sont que quelques exemples, qui posent la question du statut des traités à l'égard des tiers et du fondement des effets qu'ils peuvent entraîner à leur égard.

Fondement des effets juridiques à l'égard des tiers

On peut ici poser que, à l'égard des tiers, un traité considéré dans son ensemble est un fait juridique, et que comme tout fait juridique il peut avoir des effets à l'égard des tiers, variables mais indifférenciés et virtuellement généraux. Fait juridique puisqu'il ne repose pas sur des actes de volonté de leur part mais que son existence juridique est patente. En cela un traité est un fait juridique objectif, même s'il ne crée pas une situation objective. Celle-ci dépend en effet de la réaction des tiers par rapport à lui. Ces effets, c'est par exemple le fait qu'un Etat non-partie au TNP se voit privé de l'assistance des parties pour acquérir ou

²¹ Avis *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 11 avril 1949.

²² C'est le cas par exemple de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (1972, articles VI et VII).

développer une arme nucléaire. De façon plus générale, lorsque des Etats s'engagent conventionnellement, ils privent d'autres Etats d'avantages possibles – les membres de l'Union européenne ne peuvent conclure avec les tiers d'accords économiques contraires au droit de l'Union, ce qui peut porter atteinte aux intérêts des non-membres.

On peut comparer, dans une certaine mesure, l'état de droit qui en résulte avec celui de l'existence des Etats. Celle-ci est un fait juridique qui, dans la pratique internationale, résulte de la réunion d'éléments constitutifs. Elle n'est cependant pas suffisante, puisqu'il faut y ajouter la proclamation par l'entité en cause de son statut étatique, acte unilatéral suivi de reconnaissances – ou pas. Pour les autres Etats, ce n'est pas tant l'acte de proclamation qui est décisif que sa convergence avec une situation de fait, et la reconnaissance vient sanctionner l'existence d'un fait juridique. De ce fait juridique découlent deux conséquences. La première est qu'un Etat non reconnu n'en a pas moins une certaine existence juridique que les tiers ne peuvent ignorer – ainsi la RDA, alors non reconnue par les pays occidentaux, pouvait néanmoins participer à des traités multilatéraux à côté d'eux. Le deuxième est qu'une entité qui ne revendique pas le statut d'Etat alors qu'elle en présente toutes les caractéristiques de fait dispose en réalité d'une personnalité internationale qui lui permet de nouer des contacts diplomatiques et commerciaux – ainsi Taiwan, alors même que ses partenaires soutiennent l'unité de la Chine à l'égard de la Chine continentale.

Un autre exemple peut être donné par la délimitation des espaces maritimes entre Etats voisins. Deux Etats délimitent leur zone économique exclusive. Si des tiers naviguent dans ces espaces, pourront-ils contester, s'ils commettent des infractions à la législation d'un Etat côtier, la compétence de cet Etat pour les sanctionner, au motif qu'ils ne reconnaissent pas cette délimitation ? Celle-ci est pour eux un fait juridique, et dès lors que la délimitation a été opérée conformément au droit international, les Etats tiers ne peuvent la contester. Alors même qu'ils ne sont pas parties au traité de délimitation, il déploie ses effets à leur égard. Il en est au demeurant de même pour les délimitations unilatérales, opérées par actes internes qui sont des faits juridiques internationaux, opposables aux tiers parce que conformes au droit international.

Un traité est donc un fait juridique à l'égard des tiers. Il n'est pas pour eux un acte juridique, puisqu'ils ne sont pas concernés par son régime et ne peuvent par exemple pas mettre en cause le consentement des parties ou la validité du traité. On peut ainsi penser à la relation complexe entre le Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (TIAN, 2017) et le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP, 1968), qui semblent comporter des engagements difficilement compatibles²³. A supposer par exemple qu'un Etat ait conclu des traités successifs contradictoires qui violent le traité antérieur alors que les parties aux deux traités

²³ Nicolas HAUPAIS (dir.), *La France et l'arme nucléaire au XXI^{ème} siècle*, 2019.

sont différentes, le second traité ne sera pas en cause. Ce qui pourra être contesté, c'est l'attitude de l'Etat qui a méconnu le premier traité. Sa responsabilité internationale pourra être engagée pour fait internationalement illicite, et l'acte unilatéral d'engagement à l'égard du second traité pourra être reconnu irrégulier, avec les conséquences de droit qui en découleront. Ainsi un traité n'est un acte juridique ni à l'égard des parties ni à l'égard des tiers. Bouquet d'actes unilatéraux pour les parties, il est un fait juridique pour les tiers.

RÉSUMÉ

Un traité est-il un acte juridique international ? Cet essai s'efforce de démontrer que ce n'est pas le cas, et qu'il est un bouquet d'actes unilatéraux exprimant l'engagement des parties, réunis dans un instrument commun, dont le principe *Pacta sunt servanda* assure la cohésion et l'autorité juridique. Ceci pour les parties. Quant aux tiers, si le traité ne crée ni droits ni obligations à leur égard sans leur consentement, il n'en demeure pas moins un fait juridique qu'ils doivent prendre en considération comme tel.

ABSTRACT

Is the treaty an international act by itself? This essay assesses that it is not a correct analysis, and that it is a collection of unilateral acts expressing the consent of the parties. They are united by a common instrument and mandatory according to the principle *Pacta sunt servanda*, as far as the parties are concerned. For third countries or other subjects of international law, they do not create either rights or obligations. Nevertheless, they are international legal facts and must be taken into consideration by them as such.

RESUMEN

¿Un tratado es un acto jurídico internacional? Este ensayo intenta demostrar que no es el caso, se trata más bien de un conjunto de actos unilaterales que expresan el compromiso de las partes reunidas en un instrumento común, cuyo principio *Pacta sunt servanda* asegura la cohesión y la autoridad jurídica. Esto en lo que concierne a las partes. En cuanto a los terceros, el tratado no va a crear para ellos derechos y obligaciones, no obstante si va a constituir un hecho jurídico que deben tomar en consideración como tal.

LE CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES ET LES ENTITES NON ETATIQUES

Leonardo BORLINI

Professeur associé de droit international public, Université Bocconi de Milan

et

Robert KOLB

Professeur de droit international public à l'Université de Genève

Entre 1990 et 2019, en trente ans, le Conseil de sécurité des Nations Unies (ci-après CS) a adopté 1857 résolutions. Parmi ces résolutions, 758 ont été adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte – alors que dans les 43 années précédentes, le CS n'a adopté que 22 résolutions sur cette base juridique. L'une des caractéristiques majeures des évolutions du droit des Nations Unies, mis à part l'extension quantitative du rayon d'action du CS, est le fait qu'un nombre croissant de ces résolutions « VIIistes » concernent ou visent directement des acteurs ou entités non étatiques. Une analyse attentive de la pratique onusienne montre que le CS s'est engagé dans cette voie plus souvent et en prenant des mesures plus profilées que cela n'est généralement perçu. Ainsi, le CS a soustrait des actions législatives et de mise en œuvre à des entités souvent peu institutionnalisées dans le contexte de la lutte contre la criminalité ; il a adopté des sanctions contre des entités non étatiques ou des personnes agissant en dehors de la structure organique des Etats ; il a exigé que des groupes armés ou d'autres entités changent leurs comportements dans le contexte de crises et situations diverses ; et il a eu recours lui-même à des résolutions quasi-législatives dans des domaines liés au terrorisme ou aux armes, englobant l'action contre des entités non étatiques. Par cette pratique croissante, le CS a ouvert un nouvel espace situé entre la législation et le *peacebuilding*. Concomitamment, il a élargi ses palettes d'action en allant du rétablissement de la paix vers les plages de la prévention, puis, plus récemment, vers celles de la régulation et de la gouvernance internationales. Un exemple saillant de telles nouvelles pratiques se manifeste dans le Processus de Certification de Kimberley concernant les diamants, processus qui englobe l'action d'acteurs non étatiques divers¹, ou encore dans

¹ Cf. www.kimberleyprocess.com.

l'action dans le contexte des « foreign terrorist fighters »². Dans l'ensemble, on constate ainsi un glissement de mesures *ex post* vers des mesures *ex ante*, des mesures d'exécution vers les mesures de régulation.

Il va de soi que ces évolutions suscitent des questions juridiques d'ordre très divers, allant de la légalité de l'action du CS, aux limites juridiques de l'action du CS, à la détermination des compétences des Nations Unies et des Etats membres, au processus d'interprétation et de modification informelle de la Charte, aux relations entre le droit onusien et le droit international général et particulier qui l'entoure, à la conception de la personnalité juridique internationale, ou encore aux conséquences multiples de la situation nouvelle sur le reste du corps du droit international. La présente contribution se propose de donner un bref éclairage à certaines de ces questions, notamment au complexe d'interrogations gravitant autour de la légalité de l'action du CS et le rôle de la pratique subséquente dans l'appréhension juridique de la Charte. Dans la Section II) l'évolution de la pratique est présentée, avant de se tourner, dans la Section III), vers certaines questions juridiques que charrie l'action récente du CS.

I. L'IMPORTANCE ACCRUE DES ENTITÉS NON ÉTATIQUES DANS L'ACTION DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DANS LE CADRE DU CHAPITRE VII DE LA CHARTE

Traditionnellement, l'individu et les entités non étatiques, qui du point de vue juridique lui sont assimilés, n'étaient que l'objet indirect de la régulation internationale. Des normes internationales prévoyaient que les Etats liés par un traité missent en œuvre les obligations y assumées en traduisant des droits et des obligations concernant les individus dans leur ordre juridique interne. La tendance du droit international contemporain est au contraire de réguler *directement* l'action des individus et entités, en particulier pour leur conférer des droits (mouvement des droits de l'homme) ou pour leur imposer des obligations (mouvement du droit international pénal ou administratif) dans les domaines les plus divers³. Ce mouvement se reflète de manière particulièrement palpable dans le domaine de la sécurité collective. Depuis les années 2000, suite aux attentats hyper-terroristes, à la prolifération d'armes et à l'extension d'une criminalité internationale déstabilisante, le CS a accru significativement la part des résolutions adressées à des groupes armés, des milices, des mercenaires, des terroristes, des pirates, des trafiquants de migrants, des gangs criminels (par exemple en matière de stupéfiants), d'anciens dirigeants politiques, mais aussi à des ONG, à des entités commerciales, à des personnes déplacées et réfugiées, etc.

² Voir par exemple la Résolution 2178 (2014).

³ Cf. J. KATZ COGAN, "The Regulatory Turn in International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 52 2011, p. 321 ss.

Cette évolution est enracinée dans certaines transformations politiques et sociales : la multiplication de rebellions et guerres civiles, avec leur lot de groupes armés déstabilisant des régions entières ; la formation de groupes terroristes quasi-étatiques, contrôlant des territoires (par exemple ISIL en Iraq et en Syrie ; Hezbollah au Liban ; Hamas à Gaza) ; une sensibilité accrue aux facteurs de la « human security » dans le domaine de la sécurité collective ; une perte de vitesse de la capacité d'action de nombre d'Etats, appelant en complément une série d'acteurs non étatiques (par exemple les compagnies militaires privées) ; et enfin la perception de la part du CS que l'efficacité de l'action prospectée dépend de la capacité d'englober dans les schémas d'action tous les acteurs pertinents, ce qui implique l'extension au-delà des seuls Etats. On retrouve dans cette dernière évolution une réverbération de l'idée initiale des rédacteurs de la Charte, dans leur effort d'assurer à celle-ci des « teeth » dont le Pacte de la Société des Nations avait été privé⁴. De telles évolutions politiques et sociales ne manquent pas de se frayer un chemin en droit. Dans le cas d'espèce, cette traduction vers les plages juridiques est d'autant facilitée que l'instrument fondant l'action du CS est la Charte des Nations Unies. Techniquement un traité multilatéral, elle ressemble pour le moins en cela à une constitution qu'elle est sujette à une interprétation souple et évolutive, à la faveur de termes normatifs souvent génériques laissant une place considérable à l'adaptation et au dynamisme. En l'occurrence, le pont-pivot – ou pour les détracteurs, le cheval de Troie – de cette réception du domaine évolutif dans le droit de la Charte est son article 39, à travers l'expression puissamment féconde de la « menace contre la paix ». La Charte, en tant que *living instrument* de nature politique, contient une série de tels transformateurs, offrant une passerelle à la pratique effectivement suivie vers l'aréopage du droit positif. Le texte fondateur donne surtout des pouvoirs aux organes de l'Organisation ; il contient en revanche peu de limites explicites à leur action. En particulier, cette notion de menace permet au CS de renforcer l'efficacité de son action. Elle lui permet de s'adresser aux fauteurs de troubles changeants selon les phases d'évolution de la société internationale. En effet, la Charte lui permet – et lui demande – d'un côté d'agir pour faire face aux menaces contre la paix, quelles qu'elles soient ; de l'autre côté, les dispositions du Chapitre VII ne précisent nulle part que l'action ne peut être prise que contre des Etats ou à travers des Etats. A une faculté juridique se joint ainsi une liberté juridique. La Charte limiterait-elle l'action du CS par des normes quant aux entités ciblées par une résolution, que la pratique subséquente généralement acceptée aurait d'ailleurs pu défaire informellement cette limite.

⁴ Cf. E. LUARD, *A History of the United Nations, The Years of Western Domination, 1945-1955*, vol. 1, Londres, 1982, p. 6-8.

Le concept de « menace contre la paix » octroie ainsi une discrétion presque – bien que non complètement⁵ – illimitée au CS. De nos jours, dans l’abstrait, tenant compte de la globalisation, et notamment si l’on suit le concept de sécurité humaine, pratiquement tout peut contextuellement s’avérer une menace contre la paix⁶. L’effet domino accru des événements inter-liés et interdépendants accentue encore cette projection potentiellement sans bornes de la « menace ». Le frein le plus manifeste à la qualification du CS est constitué par un facteur politique : ce que les membres du CS et par extension le *membership* général de l’Organisation sont prêts à accepter. La flexibilité de l’article 39 de la Charte a permis au CS d’attirer vers les plages du Chapitre VII une série d’actions et de mesures en lien divers avec la sécurité, entre autres dans les situations suivantes : un flux massif de réfugiés⁷; le ciblage délibéré et illicite de civils et autres personnes protégées dans les conflits armés⁸; des violations graves du droit des droits de l’homme et du droit international humanitaire⁹; le terrorisme dans ses diverses facettes¹⁰; la prolifération d’armes de destruction massive¹¹; le trafic illicite d’armes de petit calibre et d’armes légères¹²; la menace liée à Ebola¹³; les défis posés par des ‘foreign terrorist fighters’ se déplaçant principalement vers les zones en conflit en Syrie et en Iraq¹⁴. Dans ce contexte, l’on observe que le CS a parfois édicté des mesures ou sanctions directement contre des individus impliqués dans des menées terroristes ou autres, sans se borner à demander aux Etats membres, auxquels la résolution adoptée s’adresse formellement, de prendre des mesures eux-mêmes. Tel est le cas, par exemple, de la Résolution 1735¹⁵, adoptée dans le contexte du terrorisme. Cet élargissement *ratione personae* des résolutions du CS est particulièrement manifeste dans sa pratique depuis 2013¹⁶. Si auparavant les

⁵ *Prosecutor v Tadić*, IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, § 24 (Oct. 2, 1999).

⁶ Cf., *ex multis*, H. KELSEN, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Functions*, New York, 1950, 727: ‘[i]t is completely within the discretion of the Security Council to decide what constitutes a “threat to peace”’; R. HIGGINS, ‘International Law, Rhodesia and the UN’, 23 *World Today*, vol. 23, 1967, p. 94, arguing that the power to determine a threat to peace belongs to the SC and the SC alone; J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l’ONU: étude théorique, De la coercition non militaire*, Paris, 1974, p. 100: ‘une menace pour la paix au sens de l’art. 39 est une situation dont l’organe compétente pour déclencher une action de sanctions déclare qu’elle menace effectivement la paix’; W.M. REISMAN, ‘The Constitutional Crisis in the United Nations’, *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993 p. 83 ss., p. 93: ‘Chapter VII is, to use Professor Hart’s nice expression, “open-textured”; (...) a ‘threat to peace’ is, and was obviously designed to be, subjectively determined’.

⁷ Voir la Résolution 688 (1991) § 3 du préambule; Résolution 1529 (2004) § 9 du préambule.

⁸ Cf., *e.g.*, Résolution 1894 (2009).

⁹ Cf., *e.g.*, Résolution 929 (1994) § 3 du préambule; Résolution 1556 (2004) § 17 du préambule; Résolution 1970 (2011) § 2 du préambule; Résolution 2165 (2014) § 18 du préambule.

¹⁰ Voir par exemple la Résolution 1368 (2001), § 1 du préambule.

¹¹ Voir la Résolution 1540 (2004), § 1 du préambule.

¹² Résolution 2117 (2013), § 4 du préambule.

¹³ Résolution 2176 (2014), § 11 du préambule.

¹⁴ Voir par exemple la Résolution 2178 (2014), § 1, 8-10 et la Résolution 2396 (2017), §2-3, 12-13, 15.

¹⁵ Résolution 1735 (2006), § 14 du préambule.

¹⁶ Voir par exemple la Résolution 2127 (2013) § 3 du préambule; la Résolution 2177 (2014) § 5 du préambule. Récemment, voir la Résolution 2442 (2028) § 2, dans l’original anglais : ‘piracy exacerbates

activités des entités non étatiques se mouvaient dans la pénombre de l'action du CS, elles tendent désormais à s'ériger en facteur central de cette action. Une illustration évocatrice en est la Résolution 2347 (2017) dans laquelle le CS affirme que la destruction illégale d'objets culturels, ainsi que le pillage et le trafic de propriété culturelle dans un conflit armé, constituent une menace contre la paix. Le CS enchaîne son action en prenant des mesures à l'encontre de groupes armés s'engageant dans ces activités illégales.

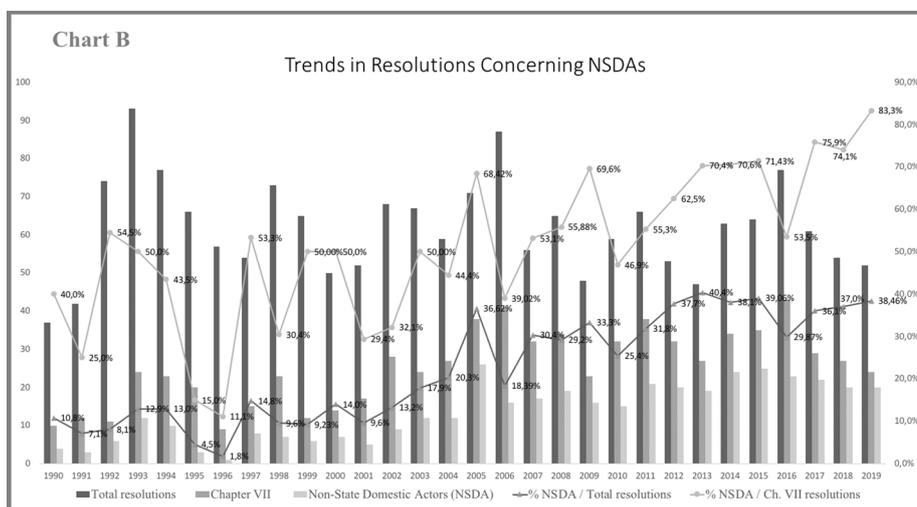
Une approche statistique permet d'affiner ces constats. Des 758 résolutions du CS expressément adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte entre 1990-2019, 408 résolutions (54%) tournent autour d'entités non étatiques ou d'individus : soit que des individus sont l'objet de protections ou de mesures ; soit que des individus ou des entités non étatiques ont créé ou contribué à créer la menace à la base de l'action ; soit enfin que le CS recourt à des entités privées pour mettre en œuvre les mesures adoptées. Par comparaison, dans l'année 1990 le CS s'est référé au Chapitre VII dans 27% des résolutions adoptées, alors que 40% de ces résolutions engageaient des individus et entités non étatiques. Ce chiffre a augmenté pour aller à 53% en 2007. Depuis lors il est resté constamment au-dessus de 50%, si l'on excepte l'année 2010 (47%). En 2019, 20 des 24 résolutions adoptées en vertu du Chapitre VII touchent à des individus et entités non étatiques, portant le pourcentage à 83%. Ce résultat est le couronnement d'un mouvement commencé il y a huit ans. Depuis lors les résolutions « non étatiques » issues du Chapitre VII oscillent autour de 70%. Voici une table des résultats et un aperçu de l'évolution dans le temps¹⁷ :

instability in Somalia by introducing large amounts of illicit cash that fuels additional crime, corruption, and terrorism'.

¹⁷ Tableau compilé par les auteurs. Données disponibles à : <http://didattica.unibocconi.eu/mypage/index.php?IdUte=49517&idr=14940&lingua=eng>

Table A

Year	Total Resolutions	Chapter VII	Non-State Domestic Actors (NSDA)	% Ch VII res./total	% NSDA res. / Total	% NSDA res. / Ch. VII
1990	37	10	4	27,03%	10,81%	40,00%
1991	42	12	3	28,57%	7,14%	25,00%
1992	74	11	6	14,86%	8,11%	54,55%
1993	93	24	12	25,81%	12,90%	50,00%
1994	77	23	10	29,87%	12,99%	43,48%
1995	66	20	3	30,30%	4,55%	15,00%
1996	57	9	1	15,79%	1,75%	11,11%
1997	54	15	8	27,78%	14,81%	53,33%
1998	73	23	7	31,51%	9,59%	30,43%
1999	65	12	6	18,46%	9,23%	50,00%
2000	50	14	7	28,00%	14,00%	50,00%
2001	52	17	5	32,69%	9,62%	29,41%
2002	68	28	9	41,18%	13,24%	32,14%
2003	67	24	12	35,82%	17,90%	50,00%
2004	59	27	12	45,76%	20,34%	44,44%
2005	71	38	26	53,52%	36,62%	68,42%
2006	87	41	16	47,13%	18,39%	39,02%
2007	56	32	17	57,14%	30,36%	53,13%
2008	65	34	19	52,31%	29,23%	55,88%
2009	48	23	16	47,92%	33,33%	69,57%
2010	59	32	15	54,24%	25,42%	46,88%
2011	66	38	21	57,58%	31,82%	55,26%
2012	53	32	20	60,38%	37,74%	62,50%
2013	47	27	19	57,45%	40,43%	70,37%
2014	63	34	24	53,97%	38,10%	70,59%
2015	64	35	26	54,69%	39,06%	71,43%
2016	77	43	23	55,84%	29,87%	53,49%
2017	61	29	22	47,54%	36,07%	75,86%
2018	54	27	20	50,00%	37,04%	74,07%
2019	52	24	20	46,15%	38,46%	83,33%



Ces données montrent que le Conseil de sécurité utilise le Chapitre VII de la Charte dans un sens qui aurait étonné les rédacteurs de ce texte, particulièrement au regard des situations concernant les individus et les entités non étatiques. Les mesures concrètes prises en vertu du Chapitre VII éclairent les changements profonds intervenus depuis 1945. Mis à part les mesures provisoires basées sur l'article 40 de la Charte dans le conflit palestinien¹⁸ et les mesures du début des années 1960 adressées aux Etats membres et au Secrétaire général pour juguler les activités militaires et paramilitaires au Congo¹⁹, les individus et les entités privées restaient pendant la guerre froide seulement indirectement affectés par l'action du Conseil sous couvert du Chapitre VII. Au contraire, quelques années après la chute du mur de Berlin, le Conseil avait établi des tribunaux internationaux pénaux *ad hoc* en spécifiant les crimes tombant dans leur domaine de compétence (TPIY, TPIR)²⁰ ; ordonné à un Etat d'extrader certains de ses ressortissants afin qu'ils soient jugés dans d'autres pays et ce malgré l'existence de droits conventionnels contraires (Libye)²¹ ; régulé le comportement d'entités non étatiques (le Parti des Serbes de Bosnie, les Taliban)²² ; gelé des biens de prétendus criminels, sans notification ou procès équitable (Kadi)²³ ; ou encore édicté des règles nouvelles dans des domaines tels

¹⁸ E.g. Résolution 54 (1948), § 2, 4-5. La guerre israélo-arabe de 1948 confronta le Conseil pour la première fois à une entité non étatique.

¹⁹ E.g. Résolution 169 (1961), § 4-7.

²⁰ Résolution 827 (1993), § 2; Résolution 955 (1994), § 1.

²¹ Résolution 748 (1992), § 1. Le Conseil a demandé la remise de personnes nommées aussi dans la Résolution 1054 (1996), § 1 (Sudan); and Résolution 1267 (1999), § 2, (Afghanistan).

²² Résolution 942 (1994), § 3; Résolution 1267 (1999), § 1.

²³ Résolution 1390 (2002), § 2.

que le terrorisme ou la prolifération d'armes de destruction massive²⁴. Plus récemment, la pratique du Conseil s'est encore diversifiée : autorisations octroyées à des opérations de maintien de la paix robuste d'utiliser la force contre des groupes armés et des gangs criminels (RDC, Mali, République Centre-africaine, Soudan du Sud)²⁵ ; saisine de la CPI (Darfour, Libye)²⁶ ; sanctions pour violations du droit des droits de l'homme et du droit international humanitaire (RDC, République Centre-africaine, Mali)²⁷ ; autorisation d'utiliser la force ou la coercition contre des pirates (Somalie)²⁸ et des trafiquants de migrants (Libye)²⁹ ; enfin adoption de règles concernant la conduite d'individus hors processus multilatéraux préexistants (*foreign terrorist fighters*)³⁰.

La palette des réponses du Conseil après avoir déterminé l'existence d'une menace contre la paix révèle des transformations significatives tant dans le domaine des mesures impliquant l'utilisation de la force que dans celui des mesures coercitives pacifiques. Ces changements portent sur les objectifs des mesures en vertu des articles 40, 41 et 42 de la Charte, sur leurs contenus, leur configuration juridique (notamment la modification de l'article 42 par la pratique subséquente généralement acceptée), les entités ciblées, les acteurs engagés dans les processus et les organes subsidiaires créés. Les développements les plus saillants sont les suivants.

En premier lieu, le CS utilise la fonction recommandatoire de l'article 39 de la Charte (« ... et fait des *recommandations* ou décide... », italique ajouté) dans un sens similaire. Le CS s'y adresse souvent directement aux entités non étatiques et recommande une palette de mesures très diversifiées. Un lot significatif de ces résolutions s'adresse à des groupes armés³¹. La majorité de ces résolutions se réfère à des situations en Afrique. Parmi les mesures recommandées se trouvent des cessez-le-feu, la libération de prisonniers ou d'otages, la création de zones démilitarisées et de corridors humanitaires, la protection de civils, le

²⁴ Cf. Résolution 1373 (2001), § 1-2; Résolution 1540 (2004), § 1-3.

²⁵ Cf. Résolution 2098 (2013), § 9, 10, 12 (RDC); Résolution 2164 (2014), § 13(a)(i) and Résolution 2295 (2016) § 9, (Mali); Résolution 2149 (2014), § 30(a)(i), (République centrafricaine); Résolution 2304 (2013), § 8-10, (Soudan du Sud).

²⁶ Résolution 1593 (2005), §1-2; 1970 (2011), § 4-6.

²⁷ Résolution 1804 (2008), § 5, (RDC); Résolution 2127 (2013), § 54, 57, (République centrafricaine); Résolution 2374 (2017), §1-8, (Mali).

²⁸ Résolution 1816 (2008), § 7(b); Résolution 1851 (2008), § 4, autorisation étendue par la suite au domaine terrestre de la Somalie.

²⁹ Compare, e.g., Résolution 2240 (2015); Résolution 2312 (2016); Résolution 2380 (2017); Résolution 2347 (2018), autorisations d'inspecter et de saisir des navires dans certains cas même sans l'aval de l'Etat du pavillon.

³⁰ Résolution 1816 (2008), § 5-6.

³¹ Voir G. H. FOX, K. E. BOON, I. JENKINS, "The Contributions of the United Nations Security Council Resolutions to the Law of Non-International Armed Conflict: New Evidence of Customary International Law", *American University Law Review*, vol. 67, 2018, p. 663 ss; J.S. BURNISKE, N. K. MODIRZADEH, D. A. LEWIS, "Armed Non-State Actors and International Humanitarian Law: An Analysis of the Practice of the U.N. Security Council and U.N. General Assembly" (Harvard Law Sch. Program on Int'l Law & Armed Conflict, 5 June 2017) 5, disponible à : <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33117816>, (consulté le 22 juillet 2020).

respect des droits de l'homme, etc. On trouve une distribution similaire dans le domaine des mesures décisionnelles en vertu de l'article 41 de la Charte, notamment dans les régimes de sanctions. Au 31 décembre 2019, le CS avait adopté et mettait en œuvre activement quatorze régimes de sanctions. La manière dont ces sanctions s'adressent à des individus et des entités non étatiques a évolué pour tenir compte des exigences des droits de l'homme. Le mouvement des « sanctions ciblées » fait partie de cette mouvance³². De ce point de vue aussi l'individu s'est frayé un chemin vers l'action du CS. Dans le régime des autorisations d'utiliser la force basées sur le Chapitre VII de la Charte tel que modelé par la pratique subséquente généralement acceptée, un nombre croissant d'autorisations concernent l'usage de la force contre des entités non étatiques³³. Entre 1990 et 2019, il y a eu vingt-neuf opérations de rétablissement de la paix non onusiennes, et vingt-quatre de ces opérations étaient dirigées contre des entités non étatiques (82%). La situation n'est pas différente dans le domaine des opérations de maintien de la paix. Ces opérations concernent de plus en plus souvent des environnements déstabilisés par la présence d'acteurs non étatiques et les englobent dans leur schéma normatif³⁴. La ligne d'évolution va de la RDC des années 1960 (où l'utilisation de la force était concédée au-delà de la légitime défense, entre autres pour prévenir la guerre civile), à l'ancienne Yougoslavie des années 1990 (où la FORPRONU était autorisée à utiliser la force pour dissuader des attaques contre les zones de sécurité, pour assurer sa liberté de mouvement ou encore pour protéger des convois humanitaires), pour arriver de nouveau à la RDC en 2013 (où la Mission de Stabilisation des Nations Unies, la MONUSCO, a été autorisée à créer une brigade revêtue de compétences militaires offensives contre des groupes armés)³⁵.

Un domaine particulièrement saillant dans notre contexte est celui de *l'action quasi-législative du CS*. Dès la moitié des années 2000, le CS a adopté des mesures de régulation en vertu des articles 39, 40 et 41 de la Charte afin de saisir les activités d'entités non étatiques provoquant des menaces contre la paix. Cette évolution marque plusieurs tournants à la fois : un pas de l'étatisme vers les entités non étatiques ; un départ des mesures de police concrètes vers des mesures de régulation abstraite et générale ; et enfin, un essor de l'action répressive vers l'action préventive, c'est-à-dire du *peace enforcement* vers le *peace building*. Pour être efficaces, les mesures du Conseil s'attaquant aux causes immédiates d'insécurité doivent être accompagnées dans le plus long terme par des efforts de créer des conditions aptes à prévenir l'éclatement de

³² Cf., *ex multis*, A. PELLET, A. MIRON, "Sanctions", *MPEPIL* (August 2013), § 35.

³³ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, 4th ed., Cambridge, 2018, pp. 280-1.

³⁴ Voir, *ex multis*, R. THAKUR, *United Nations, Peace and Security. From Collective Security to the Responsibility To Protect*, 2nd ed., Cambridge, 2017, pp. 29-55.

³⁵ Cf. L. BORLINI, *Il Consiglio di sicurezza e gli individui*, Milan, 2018, pp. 348-372.

nouvelles crises et à contrôler les sources de violence³⁶. L'évolution ici en cause est la plus marquée dans le domaine de l'action contre le terrorisme et le crime international³⁷. Les statistiques montrent que le CS s'est engagé dans des processus de législation informelle dans approximativement un tiers des situations et crises qu'il a traitées de 2000 jusqu'à la fin de 2019.

Les résolutions de CS se font de plus en plus précises et refoulent jusqu'à un certain point la discrétion des Etats membres dans leur mise en œuvre, sans doute au nom de l'unité et de l'efficacité du régime adopté³⁸. Le CS ne s'est pas non plus privé de réguler certains domaines du secteur privé, par exemple l'activité des banques et intermédiaires financiers, de l'industrie des diamants ou des compagnies de navigation maritime³⁹. La Table C montre les données de chaque domaine de régulation⁴⁰ :

³⁶ R. KOLB, *International Law on the Maintenance of Peace. Ius contra bellum*, Cheltenham UK/Northampton MA US, 2018, p. 25.

³⁷ Cf. I. JOHNSTON, "The UN Security Council, Counterterrorism and Human Rights", in A. BIANCHI, A. KELLER (cur.), *Counterterrorism : Democracy's Challenge*, Oxford, 2008, pp. 335ss.

³⁸ Cf. S. GADINIS, "Three Pathways to Global Standards: Private, Regulation and Ministry Networks", *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, pp. 1-6; L. BORLINI, "Soft law, Soft organizations e regolamentazione 'tecnica' di problemi di sicurezza pubblica e integrità finanziaria", *Rivista di diritto internazionale* (2017), pp. 356 ss., 364-389.

³⁹ Cf. J. COCKAYNE, "Confronting Organized Crime and Piracy", dans : S. VON EINSIEDEL, D.M. MALONE et B. STAGNO UGARTE (eds), *The UN Security Council in the 21 Century*, Londres, 2016, p. 299 ss.

⁴⁰ Tableau compilé par les auteurs.

Table C

Informal Lawmaking Processes

<i>Contact Group Piracy Somalia</i>			<i>FATF</i>			<i>Kimberley Process</i>			<i>Oecd Guidelines</i>		
<i>Resolutions</i>	<i>Year</i>	<i>Situation</i>	<i>Resolutions</i>	<i>Year</i>	<i>Situation</i>	<i>Resolutions</i>	<i>Year</i>	<i>Situation</i>	<i>Resolutions</i>	<i>Year</i>	<i>Situation</i>
S/RES/1897	2009	Somalia	S/RES/1617	2005	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1385	2001	Sierra Leone	S/RES/2021	2011	Congo
S/RES/1918	2010	Somalia	S/RES/1803	2008	Non Proliferation of Weapons	S/RES/1408	2002	Liberia	S/RES/2078	2012	Congo
S/RES/1950	2010	Somalia	S/RES/1810	2008	Non Proliferation of Weapons	S/RES/1446	2002	Sierra Leone	S/RES/2101	2013	Côte d'Ivoire
S/RES/1976	2011	Somalia	S/RES/1929	2011	Non Proliferation of Weapons	S/RES/1459	2003	Kimberley	S/RES/2136	2014	Congo
S/RES/2020	2011	Somalia	S/RES/1977	2011	Non Proliferation of Weapons	S/RES/1478	2003	Liberia	S/RES/2153	2014	Côte d'Ivoire
S/RES/2077	2012	Somalia	S/RES/1989	2011	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1521	2003	Liberia	S/RES/2198	2015	Congo
S/RES/2125	2013	Somalia	S/RES/2083	2012	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1607	2005	Liberia	S/RES/2219	2015	Côte d'Ivoire
S/RES/2184	2014	Somalia	S/RES/2094	2013	Korea	S/RES/1643	2005	Côte d'Ivoire	S/RES/2262	2016	CAR
S/RES/2246	2015	Somalia	S/RES/2129	2013	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1647	2005	Liberia	S/RES/2293	2016	Congo
S/RES/2316	2016	Somalia	S/RES/2160	2014	Afghanistan	S/RES/1689	2006	Liberia	S/RES/2339	2017	CAR
S/RES/2383	2017	Somalia	S/RES/2161	2014	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1727	2006	Côte d'Ivoire	S/RES/2360	2017	Congo
S/RES/2442	2018	Somalia	S/RES/2195	2014	Threats to international peace and security	S/RES/1731	2006	Liberia	S/RES/2389	2017	Congo
S/RES/2500	2019	Somalia	S/RES/2199	2015	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1753	2007	Liberia	S/RES/2399	2018	CAR
			S/RES/2253	2015	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1760	2007	Liberia			
			S/RES/2255	2015	Afghanistan	S/RES/1782	2007	Côte d'Ivoire			
			S/RES/2270	2016	Korea	S/RES/1792	2007	Liberia			
			S/RES/2322	2016	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1819	2008	Liberia			
			S/RES/2331	2016	Children and armed conflicts	S/RES/1842	2008	Côte d'Ivoire			
			S/RES/2347	2017	Maintenance of international peace and security	S/RES/1854	2008	Liberia			
			S/RES/2368	2017	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1893	2009	Côte d'Ivoire			
			S/RES/2395	2018	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1903	2009	Liberia			
			S/RES/2462	2019	Threats to international peace and security caused by terrorist acts: Preventing and combating the financing of terrorism	S/RES/1946	2010	Côte d'Ivoire			
			S/RES/2482	2019	Threats to international peace and	S/RES/1961	2010	Liberia			

S/RES/2501	2019	Threats to international peace and security caused by terrorist acts	S/RES/1980	2011	Côte d'Ivoire
			S/RES/2025	2011	Côte d'Ivoire
			S/RES/2045	2012	Côte d'Ivoire
			S/RES/2079	2012	Liberia
			S/RES/2101	2013	Côte d'Ivoire
			S/RES/2127	2013	CAR
			S/RES/2128	2013	Liberia
			S/RES/2134	2014	CAR
			S/RES/2153	2014	Côte d'Ivoire
			S/RES/2217	2015	CAR
			S/RES/2219	2015	Côte d'Ivoire
			S/RES/2262	2016	CAR
			S/RES/2301	2016	CAR
			S/RES/2339	2017	CAR
			S/RES/2387	2017	CAR
			S/RES/2399	2018	CAR
			S/RES/2448	2018	CAR

Un autre domaine particulièrement intéressant dans notre contexte est celui des *recommandations relatives à la sous-traitance de la régulation* et de la mise en œuvre de normes à des réseaux intergouvernementaux et à des processus hybrides engageant le public et le privé. Ces recommandations se situent le plus souvent dans la nébuleuse de la lutte contre la criminalité, par exemple les trafics de minéraux et d'espèces animales protégées⁴¹. La CS s'est ici appuyé sur du droit informel ou mou développé par des organisations internationales, des réseaux intergouvernementaux et des processus hybrides public / privé les plus divers, les encourageant à adopter des normes et à les mettre en œuvre⁴². Le CS a recouru à de telles recommandations dans 31% des situations et crises qu'il a traitées depuis 1990. Le processus de Kimberley relatif aux diamants⁴³, mais aussi les Lignes Directrices sur la Due Diligence de l'OCDE dans le contexte de l'exploitation

⁴¹ Voir par exemple la Résolution 2220 (2015), § 7 du préambule.

⁴² J. D'ASPREMONT, "From a Pluralization of International Norm-Making Processed to Pluralization of the Concept of International Law", dans : J. PAUWELYN, R. WESSEL et J. WOUTERS (eds) *Informal International Law Making*, New York, 2012, pp. 185 ss, 198, affirme que des acteurs internationaux 'consciously and purposefully placed these new normative activities outside the traditional framework of international law'.

⁴³ Seize ans après la Résolution 1459 (2003), le Conseil continue à considérer le KPCS comme un partenaire. Il a été l'objet de références par le Conseil et / ou les Panels d'experts dans le contexte des sanctions applicables à l'Angola, la Sierra Leone, le Liberia, la Côte d'Ivoire et la République centrafricaine. Ses principes s'appliquent à 99,8% du commerce global de diamants. Voir: <https://www.kimberleyprocess.com/en/what-kp>. Cf. I. SMILLIE, "Blood Diamonds and Non-State Actors", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 46, 2013, pp. 1009 ss.

illicite de ressources naturelles en sont des emblèmes⁴⁴. Il en va de même de l'action de compagnies de navigation maritime dans le contexte de la lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes⁴⁵. Ces coopérations public / privé sont privilégiées pour des raisons diverses : l'expertise des acteurs privés dans un domaine d'activités ; la recherche d'efficacité des mesures, mise en danger par l'absence des acteurs privés ; les coûts moindres des activités mixtes pour le budget des Nations Unies, etc. Les normes produites dans ce contexte sont du type de *soft law* (normes émanant des institutions publiques) ou de *benchmarking* (normes émanant d'acteurs privés). Ce n'est pas dire que leur mise en œuvre sera elle-même molle ou déficitaire, les moyens de pression informels étant parfois considérables (« soft sanctions »)⁴⁶. Cette évolution signifie aussi que des entités privées de droit interne sont de plus en plus souvent appelées à participer à l'exécution de normes internationales, qu'elles soient de *hard* ou de *soft law*.

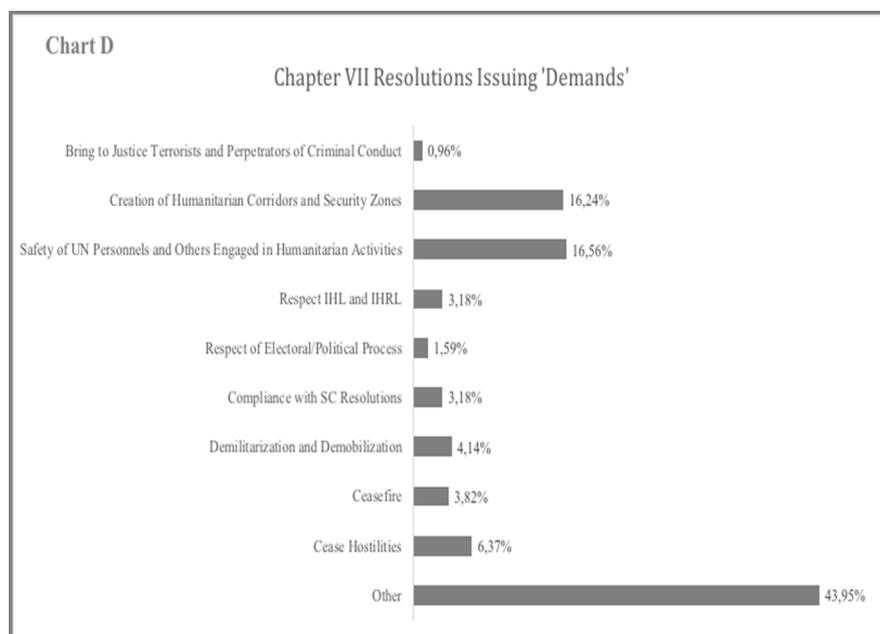
Enfin, un dernier domaine est symptomatique des évolutions discutées dans cette contribution, à savoir les *injonctions que le CS adresse directement à des individus ou entités privées* en vertu de ses pouvoirs *ex* Chapitre VII. Des 1857 résolutions adoptées dans le cadre du Chapitre VII depuis 1990 (jusqu'à la fin 2019), 335 recourent à ces injonctions ou demandes directes à des entités non étatiques ou des individus, soit 18%. Dans ce contexte, le CS réaffirme souvent des complexes normatifs préexistants, par exemple le droit des droits de l'homme, le droit international humanitaire ou le droit pénal international. Dans d'autres cas, il tente d'imposer des cessez-le-feu ou des obligations de désarmement. Mais il est arrivé aussi que le CS ordonne aux entités non étatiques le respect d'obligations non préexistantes, comme par exemple dans le contexte de processus politiques ou de respect de résultats électoraux. Les entités ciblées par ce type de résolutions sont souvent des groupes armés ou des entités quasi-étatiques. Comme la Table D ci-dessous le montre, les types de résolutions les plus fréquents en la matière concernent la sécurité du personnel onusien ou humanitaire (16,56%) et la création de corridors humanitaires et de zones de sécurité (16,24%)⁴⁷.

⁴⁴ OECD, *Due Diligence Guidelines for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*. La troisième édition est accessible à : <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm>, (accédé au 18 novembre 2020).

⁴⁵ Cf. T. TREVES, "Piracy, Law of the Sea and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia", *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 399 ss.

⁴⁶ Certains auteurs n'hésitent pas de parler de *soft liability*, *soft dispute settlement* et de *soft sanctions*. Voir I. SEIDL-HOHENVELDERN, « International 'Economic' Soft Law », *RCADI*, vol. 163, 1997, pp. 165-246 et de manière plus critique J. KLABBER, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haye/Londres/Boston, 1996, p. 158.

⁴⁷ Tableau compilé par les auteurs.



Si les résolutions mentionnées ci-dessus s'adressent à des groupes armés dans le contexte de guerres civiles et de crises internes, les Résolutions 2170 et 2178 élargissent encore plus le domaine personnel du Chapitre VII en s'adressant directement à des individus. Ainsi, la Résolution 2170 renforce le régime de sanctions préalables centré sur le gel d'avoirs en l'étendant à six individus supplémentaires issus de l'Etat islamique et du Front Al-Nusra⁴⁸. Le Conseil y enjoint ici directement à ces groupes armés ainsi qu'à des individus nommés de faire cesser la violence, de se désarmer avec effet immédiat et de se retirer⁴⁹. Une demande similaire a été formulée à l'encontre des *foreign terrorist fighters* à travers la Résolution 2178 adoptée le 24 septembre 2014⁵⁰. Ces résolutions imposent ainsi des obligations à des individus et à des entités associées avec Al-Qaïda.

Il faut rappeler que la CIJ, dans l'avis sur le *Kosovo* de 2010⁵¹, a interprété les résolutions pertinentes en l'espèce comme s'adressant directement à des groupes Kosovars⁵². Par cette pratique désormais répandue, le CS s'est départi de l'esprit originel de la Charte, axé sur la mise en œuvre des injonctions du CS à travers

⁴⁸ Résolution 2170 (2014).

⁴⁹ Ibid., § 4 et 7, italique ajouté.

⁵⁰ Résolution 2170 (2014), § 1.

⁵¹ Avis de la *Namibie*, CIJ, *Recueil*, 1971, pp. 16ss.

⁵² Au § 115 de l'avis.

l'action des Etats membres⁵³. Il semble considérer désormais que toute entité quelconque peut être l'objet d'injonctions si elle joue un rôle marqué du sceau de l'effectivité dans un domaine donné.

Au total, ces évolutions manifestent une forte diversification, si ce n'est un éclatement ou une « kaléidoscopisation » du droit de la Charte relatif au Chapitre VII de la Charte. Les linéaments fermes et unipolaires du passé, centrés sur le centre de gravitation qu'était l'Etat, on fait place à plusieurs lignes de fuite diversifiant les actions du CS tant *ratione materiae* que *ratione personae*. L'agrafe tenant liés tous ces phénomènes réside apparemment plus dans la volonté du Conseil de sécurité d'agir efficacement dans le domaine des nouveaux défis à l'humanité que d'un quelconque dessein normatif nettement délinéé. Il n'en demeure pas moins que cette pratique débordante suscite des interrogations juridiques multiples. Quelques-unes doivent désormais faire l'objet de notre attention.

II. LA LÉGALITÉ DE L'ACTION DU CONSEIL DE SÉCURITÉ EN MATIÈRE D'INDIVIDUS ET ENTITÉS NON ÉTATIQUES SELON LE DROIT DE LA CHARTE

La question la plus saillante que pose la pratique susmentionnée est celle de savoir si le droit de la Charte permet au CS l'action qu'il entreprend, si cette action reste *intra vires* ou si elle est *ultra vires*. La réponse à cette interrogation dépend d'abord de la configuration du droit de la Charte. Soit celle-ci ressortit à la logique d'un traité multilatéral avec son domaine du permis et de l'interdit en fonction de sa lettre et de son esprit ; soit elle est imprégnée d'une logique constitutionnaliste dans laquelle le dynamisme et la perméabilité au politique permettent d'envisager un cercle de légalité relâché et malléable. Certes, il n'y a pas d'opposition nette entre un traité et une constitution en droit international⁵⁴. Le dynamisme et la rigidité du schéma normatif sont des pôles en éternelle opposition, si bien que la question posée reste de degré et n'est pas de nature. Il n'en demeure pas moins que le schéma normatif peut être particulièrement vague et permissif, tout comme il peut être plus précis et plus strict.

L'histoire de la Charte montre que cet instrument n'est plus appliqué selon sa lettre (*black letter law*) depuis des décennies. Des modifications par la pratique subséquente généralement acceptée au sein du *membership* ont eu lieu dans d'innombrables domaines régis ou effleurés par la Charte. Dans ce sens restreint,

⁵³ Cf. N. KRISCH, "Introduction to Chapter VII: The General Framework", dans : B. SIMMA, D.-E. KHAN, G. NOLTE, A. PAULUS (eds), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Vol. II, 3rd ed., New York, 2012, pp. 1237 ss., 1270.

⁵⁴ Voir B. TRANCHANT, « Les instruments de la constitutionnalisation: la Charte des Nations Unies » dans : P.-F. LAVAL, R. PROUVÉZE (dir.), *L'ONU, entre internationalisation et constitutionnalisation*, Paris, 2015, pp. 61-71.

la Charte relève plus d'une constitution que d'un traité. Le fait qu'une modification formelle selon les prévisions des articles 108 et 109 de la Charte de la Charte soit si difficile à obtenir – à cause entre autres des majorités fortement qualifiées requises à cette fin et à l'exigence de ratifications – a poussé vers la recherche d'autres moyens pour suffire aux exigences d'adaptation indispensables à une organisation politique, située au cœur des processus mouvants de la vie internationale. Ce processus d'adaptation informelle se manifeste dès l'époque de la Société des Nations⁵⁵. L'article 1, § 2, du Pacte a été réinterprété dans le sens que des Etats ne se gouvernant pas librement puissent être admis comme membres, ce qui ouvrit la porte au Siam ou à l'Abyssinie. L'article 16 sur les sanctions collectives a été affaibli par certaines résolutions de l'Assemblée affirmant que chaque Etat pouvait qualifier lui-même le *casus fœderis*. De plus, le Conseil s'est de proche en proche vu accorder la prépondérance au sein de l'Organisation, alors que le rôle de l'Assemblée déclinait. Le droit de l'Organisation de conclure des traités (*jus tractatus*) a été admis dans la pratique, par exemple dans le contexte des accords de mandat ou le Traité entre la Société des Nations et la Suisse sur la condition du personnel de l'Organisation (1926). Le droit de l'Organisation d'entretenir des relations diplomatiques a été également admis en pratique. Ainsi, une mission diplomatique a pu être envoyée par la Société à Mossoul et aux îles Åland.

Dans la Charte, on trouve la même propension à des transformations par la pratique subséquente acceptée informellement comme exprimant le droit. On peut évoquer le sort du droit de vote au sein du Conseil de sécurité (article 27, § 3) : l'abstention d'un membre permanent n'est pas compté comme veto. Tout le domaine des opérations de maintien de la paix, avec ses règles spécifiques, a été introduit dans la Charte de manière informelle. Il constitue une espèce de nouveau Chapitre VI½ de la Charte, ces opérations constituant un hybride entre le règlement pacifique des différends (Chapitre VI) et l'action en vue du maintien ou du rétablissement de la paix (Chapitre VII). Il y a également l'interprétation nouvelle de l'article 42 comme permettant des autorisations données aux Etats membres d'utiliser la force sur « mandat » ou « autorisation » des Nations Unies. Les pouvoirs de l'Assemblée en vertu de la Résolution 377 (V), dite « Union pour la Paix » ou « Dean Acheson », rééquilibrent les sphères d'action de l'Assemblée et du Conseil. Le mécanisme prévu par cette Résolution n'est nulle part prévu dans la Charte. De plus, l'article 12, § 1, a été assoupli par la pratique : l'Assemblée générale a souvent adopté des recommandations sur des crises ou des situations dont le Conseil de sécurité était saisi, parfois très activement⁵⁶. Il

⁵⁵ Voir W. SCHÜCKING, « Le développement du Pacte de la Société des Nations », *RCADI*, vol. 20, 1927-V, p. 359 ss.

⁵⁶ Sur l'interprétation implicite de la Charte à travers l'activité opérationnelle des organes onusiens, voir O. SCHACHTER, « The UN Legal Order: An Overview », dans : C.C. JOYNER (éd.), *The United Nations and International Law*, Cambridge, 1997, p. 9 : « The task faced by most UN bodies is practical and instrumental

faut encore souligner l'apport du droit de la décolonisation issu de la pratique onusienne dès les années 1950'. Il a modifié la Charte de manière profonde, notamment dans son Chapitre XI relatif aux territoires non autonomes. Plus récemment, il est possible de rappeler la réévaluation du droit des droits de l'homme, y compris à travers la « responsabilité de protéger ». Parmi les buts de la Charte, le droit des droits de l'homme a ainsi obtenu plus de poids que dans la rédaction originariaire de la Charte. Toutes ces modifications n'ont pas été acceptées immédiatement. Il y a parfois eu d'importantes résistances initiales, par exemple en matière de décolonisation ou d'opérations de maintien de la paix. En fin de compte, la conception de la majorité au sein de l'Organisation a toutefois fini par prévaloir.

La question de la légalité des évolutions relatives aux entités non étatiques tourne autour des mécanismes de modification informelle de la Charte par la pratique subséquente acceptée⁵⁷ et des pouvoirs impliqués des organisations internationales⁵⁸. Les deux notions sont essentiellement liées. L'implication de pouvoirs est souvent un processus d'interprétation délicat, ne donnant ni résultats juridiques certains ni ne rencontrant nécessairement l'approbation des membres. Il s'agit non rarement d'une pétition de pouvoir par les organes de l'organisation, d'un ballon d'essai envoyé dans la sphère du monde interétatique, afin de se donner un pouvoir d'action immédiat et par la suite de voir la réaction que les Etats membres manifesteront. C'est ici que la pratique subséquente prend le relais. Soit elle finira par valider la pétition initiale et le pouvoir sera acquis par l'organisation ; soit elle infirmera cette pétition par l'opposition et la protestation d'une fraction non négligeable des Etats membres. Alors le pouvoir devra être considéré comme étant inexistant, toute action basée sur lui comme étant *ultra vires* et dès lors principalement nulle et non avenue (avec effet rétroactif ou non, autre question délicate). Cette dualité est tempérée par la présomption de régularité d'actes d'une organisation internationale (*omnia preasumuntur esse rite*)⁵⁹ et, comme conséquence, par le pouvoir de pro-action de l'organisation avant que n'intervienne la validation ou l'infirmité du pouvoir par la pratique des membres, ce qui peut prendre du temps. Quelques précisions sur l'implication des pouvoirs et la pratique subséquente s'imposent.

- La technique des *pouvoirs impliqués* est multiple. Dans le cas de la pratique en matière d'injonctions ou recommandations données à des entités non étatiques et des individus, nous nous situons dans la conclusion d'un but à une compétence, par le truchement de « l'approprié ». L'opérateur se fonde sur un

(...). Problems are analyzed, proposed solutions negotiated, decisions reached. Interpretation is implicit in the measures adopted".

⁵⁷ Voir par exemple G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013.

⁵⁸ P. KLEIN, « Les compétences et pouvoirs de l'Organisation internationale », dans : E. LAGRANGE, J. M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, 2013, pp. 714ss.

⁵⁹ Voir l'avis de *Certaines dépenses des Nations Unies*, CIJ, *Recueil*, 1962, p. 168 et Op. ind. Morelli, *ibid.*, pp. 221ss.

but et non sur une compétence, en d'autres termes sur un élément abstrait ayant une puissance de genèse normative notablement plus élevée qu'une compétence ponctuelle. Il en est ainsi parce qu'il ne trouve aucune compétence suffisamment articulée à laquelle il pourrait rattacher l'implication. De plus, le chaînon d'implication n'est pas la nécessité plus ou moins strictement entendue, qui impose une certaine réduction au résultat implicatif. C'est plutôt une propriété (approprié) ou une utilité, le fait qu'une compétence sert un but et permet à l'Organisation d'agir plus efficacement. C'est ici le domaine de la maxime la fin justifie les moyens. Il peut toutefois arriver que ce qui paraît de prime abord comme approprié s'avère nécessaire pour l'Organisation. Du point de vue des moyens concrets disponibles et de l'environnement politique à un moment donné, la compétence en jeu peut se révéler être la seule manière de contribuer au but en cause. Le schéma argumentatif est donc le suivant : B(1) → approprié → C(2). Exemple : dans l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (1962), la CIJ était confrontée à la question de savoir si les dépenses encourues pour financer des opérations de maintien de la paix émergeaient au budget ordinaire des Nations Unies selon l'article 17, § 1 et 2, de la Charte, et devaient donc être supportées par l'ensemble des Etats membres. Or, ces opérations n'étaient pas prévues par la Charte. Il n'y avait en toute conséquence aucune compétence expresse pouvant servir de base à l'implication. La Cour s'appuie sur les buts des Nations Unies et déduit un pouvoir implicite d'une portée réduite : « [L]orsque l'Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont *appropriées* à l'accomplissement des buts déclarés des nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation »⁶⁰ (italique ajouté). Le but en cause était le but principal des Nations Unies : maintenir la paix et la sécurité internationales (article 1, § 1, de la Charte). L'implication se fait par le truchement de l'approprié. Il est certain que les opérations visées n'étaient pas, sur le papier, « nécessaires » pour arriver à cette fin. En effet, il existe d'innombrables autres moyens d'arriver à une fin aussi générale. Mais ces opérations étaient certainement appropriées au but énoncé. En fait, dans l'environnement de l'époque, elles constituaient le seul moyen pratique pour l'Organisation de contribuer au maintien de la paix par voie d'une action sur le terrain. Sous cet angle, elles pouvaient sembler « nécessaires ». On notera enfin que ce type d'implication n'établit pas une compétence comme étant légale sous le droit de la Charte. Elle pose uniquement une présomption de caractère *intra vires*. Cette présomption peut être renversée. C'est ici que la pratique subséquente prend le relais.

- La *pratique subséquente* généralement acceptée par les parties à un accord repose sur un mécanisme de droit coutumier de nature particulière. Les Etats au sein du CS déploient une pratique basée sur l'implication de pouvoirs telle qu'ils les conçoivent et les justifient. Cette pratique se manifeste d'emblée comme une

⁶⁰ CIJ, *Recueil*, 1962, p. 168.

opinio juris : il s'agit d'une interprétation et d'une application de la Charte, qui est un traité ; on n'est pas dans le domaine de la pratique politique où il faut d'abord déterminer si un acte ou une omission sont censés avoir une valence aussi juridique. Hors de la Charte, les organes des Nations Unies ne peuvent pas agir ; hors du droit international, les Etats peuvent parfaitement agir, d'autant plus que le droit international ne réglemente pas toutes les questions se manifestant dans les relations internationales. Face à cette pratique institutionnelle, les Etats membres doivent réagir s'ils veulent conserver leurs droits. A défaut d'opposition, leur silence leur sera compté comme acquiescement, étant donné que le lien de la Charte établit le devoir de s'opposer afin de préserver sa position juridique sur une question d'interprétation du texte fondateur (*qui tacet consentire videtur, si loqui ... debuisset*)⁶¹. Ici, on est à la croisée des chemins : soit la grande majorité des Etats membres approuve ou se tait, et alors la pratique passe, se consolide en droit constitutionnel non écrit des Nations Unies ; soit elle est contestée par une fraction non négligeable d'Etats membres, et alors la pratique ne peut jouir du sceau de la légalité onusienne. Les actes en cause sont et restent *ultra vires*.

Venons-en désormais à la question clé dans notre contexte : est-ce que le CS peut directement imposer des obligations, en partie nouvelles, aux entités non étatiques, alors que la Charte ne le prévoit nulle part et que principe de spécialité des compétences d'une organisation internationale semblerait dès lors suggérer que ce pouvoir ne soit pas acquis. Pour une partie de la doctrine, la question peut être résolue *intra legem*, dans le texte des dispositions applicables. Ainsi, Nico Krisch affirme que les articles 39 et 41 de la Charte sont suffisamment flexibles dans leurs éléments normatifs pour inclure des mesures contre des entités non étatiques⁶². De même, l'article 40 de la Charte s'adresse aux « parties intéressées », ce qui peut être étendu aux entités non étatiques⁶³. C'est ici la technique d'extension textuelle allant vers le « sens possible » des mots (« möglicher Wortsinn »). D'autres auteurs acceptent ce pouvoir du CS sans discussion approfondie, peut-être sur la base de pouvoirs implicites largement entendus⁶⁴. De l'autre côté du spectre se situent des auteurs émettant des doutes ou niant de tels pouvoirs du CS⁶⁵. Leur argument principal est que le CS ne s'est jamais vu accorder un tel pouvoir et que selon les principes applicables dans le droit des organisations internationales, il ne peut dès lors pas être censé le

⁶¹ Sur la notion d'acquiescement, cf. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000, pp. 339 ss.

⁶² N. KRISCH, *supra* note 53, pp. 1270-1.

⁶³ N. KRISCH, *Article 40 in* SIMMA, KHAN, NOLTE, PAULUS, *supra* note 53, pp. 1297, 1303. Voir aussi Résolution 2170 (2014), § 10 du préambule.

⁶⁴ Voir par exemple V. LANOVY, "The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct", *European Journal of International Law*, vol. 28, 2017, pp. 564-565

⁶⁵ Voir C. TOMUCHAT, "The Applicability of Human Rights Law to Insurgent Movements", dans: H. FISHER, U. FROISSART, W.H. VON HEINTSCHEL, C. RAAP (eds), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz, Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, 2004, pp. 573 ss., 586; M. KANETAKE, *The UN Security Council and Domestic Actors. Distance in International Law*, Londres/New York, 2017, p. 131.

posséder. De plus, il est possible de se poser la question de savoir dans quelle mesure le CS possède une compétence directe sur des individus, sujets tout d'abord à la compétence de l'Etat territorial et l'Etat de leur nationalité. Si le CS exerce une telle compétence, y aurait-il une intervention dans les affaires intérieures, notamment de l'Etat territorial⁶⁶ ? Serait-ce donc contraire au droit international général ? Ou alors la Charte l'emporte dans ce conflit comme *lex specialis* ? Mais dans ce cas, ne faudrait-il pas une base de compétence suffisamment claire ? L'avis de la Cour dans l'avis *Kosovo* de 2010 est trop peu approfondi sur cette question pour en tirer des conséquences juridiques suffisamment fermes. La Cour admet qu'une résolution puisse *s'adresser* à des entités non étatiques ; mais elle n'affirme pas que de telles résolutions puissent imposer des *obligations* à de telles entités⁶⁷. Quoi qu'il en soit, l'on constate que la pratique du CS de s'adresser à ces entités et de leur imposer parfois des obligations juridiques n'a entraîné aucune manifestation d'opposition ou de protestation des membres entre 1946 et 2019⁶⁸. Ce constat est de grande importance juridique.

Faut-il distinguer selon la nature des obligations imposées ? L'imposition d'obligations préexistantes ne modifie en effet pas significativement la position juridique des entités ciblées : l'injonction du Conseil est ici déclarative et non constitutive⁶⁹. Certes, le fait que l'injonction soit déclarative n'explique pas la base de compétence permettant au CS de l'adopter. Mais le pas à accomplir pour poser une compétence à l'égard d'actes déclaratifs est moins significatif que celui séparant les actes constitutifs d'un nouveau pouvoir du CS. Il en va ainsi autrement pour les injonctions faisant référence à des obligations juridiques nouvelles, créées par le CS. Dans ce cas, il faut une base plus ferme dans le droit de la Charte, à défaut de support des injonctions dans le droit international général ou parfois particulier hors de la Charte. Une telle base n'existant pas dans les textes, il ne reste que les mécanismes conjoints des pouvoirs implicites / pratique subséquente / acquiescement⁷⁰. Il s'agit en tout cas de mesures que le CS adopte pour réaliser les fins que lui assigne la Charte. Dans ce sens, elles sont *prima facie intra vires*. De plus, à l'analyse, il appert que nombre de ces résolutions « constitutives » ont elles aussi été adoptées unanimement et qu'elles n'ont dans

⁶⁶ Tel serait le cas si l'on applique les critères d'intervention dans les affaires intérieures avancés par G. ARANGIO-RUIZ, « Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *RCADI*, vol. 225, 1990, p. 9 ss.

⁶⁷ Voir le § 115 de l'avis.

⁶⁸ Ni le Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité (entre 1946 et 2019) ni les Etats membres n'ont soulevé aucune protestation contre l'adoption de ces résolutions. Cf. *Repertoire of the Practice of the Security Council*, available at: <https://www.un.org/securitycouncil/content/repertoire/structure> (consulté le 4 octobre 2020).

⁶⁹ Cf. A. PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of Individuals in International Law*, Cambridge, 2014, pp. 194-232.

⁷⁰ Cf. BORLINI, *supra* note 35, pp. 289-290, 292.

aucun cas fait l'objet de contestations – notamment encore les résolutions récentes sur les « foreign terrorist fighters »⁷¹.

Il se peut dès lors qu'une nouvelle règle coutumière du droit des Nations Unies (« coutume constitutionnelle », pratique subséquente généralement acceptée) soit en voie de formation. Elle engloberait dans le domaine d'action du CS la légitimation passive des entités non étatiques comme cibles d'injonctions directes. La mesure dans laquelle ce mécanisme est accepté au-delà des cas de la lutte contre le terrorisme et la criminalité reste toutefois incertaine. L'acquiescement des Etats membres n'est pas pour l'instant allé significativement au-delà de ces bornes matérielles et personnelles. Il n'est pas certain que ces Etats accepteront sans autres de partager leur compétence territoriale (qui leur permet de donner des injonctions à des personnes et entités sur leur territoire) avec les Nations Unies et son CS. La cristallisation de cette compétence du CS par la pratique subséquente non contestée est par conséquent encore partielle et fragmentaire. Dans la mesure où elle est acceptée, le domaine réservé des Etats quant à la capacité juridique de donner des injonctions individuelles sera progressivement érodé. On mesure qu'il s'agit ici d'une évolution majeure dans la structure du droit international : le cœur du domaine réservé étatique aurait fondu et cédé devant les compétences nouvelles du CS.

CONCLUSION

Quelques conclusions provisoires peuvent être tirées de cette brève étude. En premier lieu, la pratique du CS depuis désormais trente ans montre un extraordinaire foisonnement d'entités non étatiques et d'individus, tantôt comme cible de mesures, tantôt comme agents d'exécution des injonctions et recommandations du Conseil. En deuxième lieu, cette pratique a fortement influé sur les assises les plus profondes du droit international public. L'écran du domaine réservé, qui s'est dissipé au niveau normatif depuis déjà belle lurette, se disperse désormais aussi au niveau du monopole de l'Etat dans l'adoption d'injonctions concrètes adressées à des personnes privées ou à des groupes les plus divers – et le monopole de l'Etat choit vers l'horizon du temps révolu. En troisième lieu, la rationalisation juridique de cette pratique, notamment sa légalité au regard du droit de la Charte, reste difficile à mesurer. S'il est certain que le cœur de la nouvelle orientation du CS est entre-temps couverte par une pratique subséquente approuvée des Etats membres, dont aucune objection n'a émané, la portée exacte de ce nouveau pouvoir reste – pour manier le paradoxe – ancré dans du sable mouvant. Que le CS puisse diriger ses injonctions contre des individus et groupes s'adonnant au fléau du terrorisme international ou à la criminalité aux

⁷¹ C. RAGNI, "International Legal Implications concerning 'Foreign Terrorist Fighters'", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 101, 2018, p. 1052 ss., p. 1084.

effets transfrontaliers peut être considéré comme étant acquis. Au-delà de cette borne frontalière, le terrain demeure impalpable. Il faudra de nouvelles pétitions du Conseil et de nouvelles pratiques subséquentes pour éclairer de proche en proche le sens de la marche. Le CS serait bien avisé de ne pas verser dans un triomphalisme mal placé. En cas de dérapages, le retour de manivelle pourra être aussi rapide que l'évolution expansive inverse dont il a pu bénéficier depuis 1990. Le *membership* pourrait alors s'opposer aux pratiques d'un CS ressenti comme arrogant et excessif. Enfin, en quatrième lieu, il serait peu sage de méconnaître la parole sensée du philosophe : « *Pax omnium rerum est tranquillitas ordinis* »⁷². Quoi qu'on fasse, force est de constater que les relations internationales restent éloignées de cette tranquillité dans l'ordre qui est la souche profonde de la paix. La pratique du CS dont il a été question ici donne quasiment en revers une image renouvelée de la tourmente dans laquelle le monde se débat, et en creux la distance qui le sépare de l'ordre et de la sérénité.

RÉSUMÉ

Elaboré à partir d'un ensemble de données de toutes les résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du Chapitre VII au cours des trente années 1990 à 2019, cet article est la première tentative de faire le point sur la pratique agrégée du Conseil en vue d'analyser la manière dont les mesures non militaires du Conseil ont été transformées en raison de la croissance de l'importance des acteurs non étatiques dans les relations internationales. Les données montrent que le Conseil a adopté plus de résolutions s'appliquant à des individus et autres acteurs non gouvernementaux que les études précédentes ne le suggèrent. A la lumière de la pratique globale analysée, l'article fait valoir que le Conseil de sécurité opère dans une nouvelle interface entre le droit international et la consolidation de la paix. Cet article passe ensuite en revue les implications normatives (par exemple, l'établissement de devoirs internationaux directs pour les groupes armés et les individus par le Conseil) et la validité juridique de l'action du Conseil de sécurité en vertu du droit de la Charte des Nations Unies.

SUMMARY

Elaborating on a newly compiled dataset of all Security Council resolutions passed under Chapter VII in the thirty years from 1990 to 2019, this Article is the first attempt to survey aggregated Council practice with a view to analyzing the ways in which the Council's non-forcible measures have been transformed as a consequence of the growth in importance of non-state actors in international relations. The data demonstrate that the Council has increasingly adopted resolutions that apply and

⁷² St. AUGUSTIN, *La Cité de Dieu*, XIX, 13.

draw in individuals and other non-governmental actors more than what previous studies merely suggest. In light of the aggregate practice analyzed, the Article argues that the Security Council has inserted itself into a new interface between international lawmaking and peacebuilding. This article then reviews the normative implications (e.g. the establishment of direct international duties on armed groups and individuals by the Council) the legal validity of Security Council action under the law of the UN Charter.

RESUMEN

Este artículo, basado en un conjunto de datos recientemente compilado de todas las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas en virtud del Capítulo VII en los treinta años comprendidos entre 1990 y 2019, es el primer intento de examinar la práctica agregada del Consejo con miras a analizar las formas en que las medidas no impuestas por el Consejo se han transformado como consecuencia del aumento de la importancia de los actores no estatales en las relaciones internacionales. Los datos demuestran que el Consejo ha adoptado cada vez más resoluciones que se aplican y atraen a individuos y otros actores no gubernamentales más de lo que los estudios anteriores simplemente sugieren. A la luz de la práctica agregada analizada, el artículo sostiene que el Consejo de Seguridad se ha insertado en una nueva interfaz entre la elaboración de leyes internacionales y la consolidación de la paz. Este artículo luego revisa las implicaciones normativas (por ejemplo, el establecimiento de deberes internacionales directos sobre grupos armados e individuos por parte del Consejo) la validez legal de la acción de la Consejo de Seguridad bajo la ley de la Carta de la ONU.

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Thibaut FLEURY GRAFF

Avec les notes de

**Tano Kassim ACKA, Florian AUMOND,
Philippe BOU-NADER, Delphine BURRIEZ, Nadège CARME,
Yanis DEKKICHE, Jean-Baptiste DUDANT,
Julian FERNANDEZ, Mathilde FRAPPIER,
Philippe GOUT, Mira HAMAD, Alexandre HERMET,
Alan HERVÉ, Nikolas KARMIS, Marie LEMEY,
Mahaliana RAVALOSON, Chloé VIEL**

SOMMAIRE

ASIE – PACIFIQUE : Accord de partenariat régional économique global (n°2021/1.1, A.H.) ; CANADA – ETATS-UNIS – MEXIQUE : Entrée en vigueur compliquée de l'USMCA, traité successeur de l'ALENA, entre procédures nationales de ratification et pandémie de la Covid-19 (n°2021/1.2, M.F.) ; COTE D'IVOIRE : Conséquences et réactions internationales aux élections présidentielles (n°2021/1.3, T.K.A.) ; COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : Renouvellement des juges (n°2021/1.4, M.R.) ; EGYPTE – GRECE : Conclusion d'un accord de délimitation de la Zone économique exclusive (n°2021/1.5, M.H.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE : Retour envisagé au sein de l'Accord de Paris sur le Climat (n°2021/1.6, A.Herm.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE : L'*Anti-Money Laundering Act* et le *Corporate Transparency Act* de 2020 : deux nouvelles lois américaines à portée extraterritoriale contre l'anonymat sociétal (n°2021/1.7, Ph. B.-N.) ; FRANCE : Nouvelle appellation de l'armée française (« Armée de l'air et de l'espace ») (n°2021/1.8, N.C.) ; FRANCE : Recommandation de la Commission des limites du plateau continental sur la demande présentée par la France concernant la Réunion et les îles Saint-Paul et Amsterdam (n°2021/1.9, F.A.) ; FRANCE – MALI : Opération Barkhane : élimination au Mali de Bah Ag Moussa, un succès tactique sur fond d'incertitudes stratégiques ? (n°2021/1.10, J.F.) ; ISRAEL – SOUDAN : Obstacles juridiques à la reconnaissance d'Israël par le Soudan (n°2021/1.11, Ph. G.) ; LIBAN – ISRAEL : Négociations en vue de la délimitation de la frontière maritime (n°2021/1.12, Y.D.) ; MAROC – ISRAEL : Rétablissement des relations diplomatiques sur fond de reconnaissance de la souveraineté marocaine sur le Sahara occidental (n°2021/1.13, D.B.) ; REPUBLIQUE DE CHYPRE – REPUBLIQUE TURQUE DE CHYPRE NORD : Réouverture de la ville fantôme de Varosha/Maraş (n°2021/1.14, N.K.) ; ROYAUME-UNI – UNION EUROPEENNE : Projet de loi britannique sur le marché intérieur portant atteinte au droit international (n°2021/1.15, M.L.) ; UNION EUROPEENNE : Le « Pacte » sur la migration émerge sans enterrer « Dublin » (n°2021/1.16, C.V.) ; UNION EUROPEENNE : Adoption d'un « *Magnitsky Act* » permettant de sanctionner les graves violations des droits de l'Homme (n°2021/1.17, J.-B.D.) ; VENEZUELA : Récupération du droit de vote à l'Assemblée générale des Nations Unies (n°2021/1.18, J.-B. D.).

ASIE – PACIFIQUE**Accord de partenariat régional économique global**

2021/1.1 – Le 15 novembre 2020, 15 Etats de la région Asie Pacifique – Brunei, Cambodge, Indonésie, Laos, Malaisie, Birmanie, Philippines, Singapour, Thaïlande et Vietnam, soit les 10 membres de ASEAN (Association des Nations de l’Asie du Sud Est), auxquels il faut ajouter l’Australie, la Corée, le Japon la Nouvelle Zélande et la Chine – ont signé un vaste accord économique dénommé l’ « Accord de partenariat régional économique global » (RCEP). Près d’une trentaine de « rounds » et plus d’une dizaine de rencontres de niveau ministériel, auront été nécessaires pour clore ces négociations commerciales initiées officiellement en 2012. En résulte un texte volumineux, composé d’une vingtaine de chapitres, complétés par une série d’annexes précisant les engagements des Parties (le texte de l’accord, dans sa version anglophone, est disponible à l’adresse suivante : <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/not-yet-in-force/rcep/rcep-text-and-associated-documents>).

L’importance économique et politique de cet accord a été remarquée bien au-delà de la zone asiatique. Aux Etats-Unis, où l’on venait d’apprendre le non-renouvellement du mandat de D. J. Trump, marqué par la dénonciation du traité de libre-échange transpacifique négocié par son prédécesseur et une guerre commerciale sino-américaine, la signature du RCEP par leurs alliés traditionnels dans la zone Asie-Pacifique a été interprétée comme un succès diplomatique de la Chine. Américains et européens redoutent en effet que ce nouveau traité commercial ne soit le témoin d’une marginalisation grandissante de leur influence dans un espace économique qui concentre un tiers de la population et de la richesse mondiale.

Il importe au préalable de signaler que le RCEP est loin d’être le premier texte conventionnel qui organise les relations commerciales dans la zone Asie-Pacifique. Toutes les Parties au RCEP sont également membres de l’Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et dès lors tenues au respect des règles commerciales multilatérales. De longue date, les pays de cette région ont conclu entre eux des accords commerciaux préférentiels qui peuvent également compléter le contenu des règles existantes sur le plan multilatéral, par exemple dans le domaine de la propriété intellectuelle, ou aborder de nouveaux sujets (contenu dit OMC + des accords commerciaux régionaux). C’est en particulier le cas des pays de l’ASEAN qui n’ont cessé de renforcer leurs engagements commerciaux ces dernières décennies. Ces mêmes pays ont du reste conjointement négocié et conclu plusieurs accords avec d’autres pays de la région conformément à la démarche dite « ASEAN plus un ». Il en va ainsi de la Chine (ACFTA, signé en 2002), de la Corée (AKFTA, 2005) et du Japon (AJFTA, 2008). Mais il n’existait pas jusqu’à présent de régime de libre-échange entre le Japon et la Chine ou encore la Corée et le Japon, les relations économiques entre ces États demeurant dès lors régies par le régime OMC.

Le traité RCEP, en généralisant la logique du libre-échange, va ainsi probablement dynamiser encore davantage le commerce intrazone. Plus encore que la réduction accrue des tarifs douaniers, l’innovation décisive introduite par ce texte consiste en l’unification des règles d’origine et la création d’un régime de certification d’origine commun à toute la zone (Chapitre 1 du RCEP) qui devrait bénéficier aux entreprises qui produisent et commercer dans la région. L’analyse du contenu des engagements tarifaires fait aussi

apparaître que l'essentiel des échanges de marchandises sera effectivement libéralisé au sein de la zone (Chapitre 2). Les règles tarifaires issues du RCEP sont cependant d'une grande complexité, qui s'explique par la difficulté, sinon l'impossibilité de négocier un ensemble d'engagements uniformes : chaque pays continuera en effet d'appliquer son propre calendrier tarifaire et ses formalités douanières. En outre, si certains pays ont opté pour une liste de droits de douane applicables à l'ensemble des autres Parties au RCEP (Australie, Brunei, Malaisie, Cambodge, Nouvelle Zélande et Singapour) d'autres maintiendront des engagements tarifaires différenciés. A titre d'exemple, l'Indonésie appliquera un ensemble de tarifs douaniers uniformes pour les importations en provenance des pays de l'ASEAN et une série de tarifs propres à chacun des pays non membres de l'ASEAN.

Cette logique de flexibilité est reproduite dans les dispositions relatives au commerce des services et à l'investissement (Chapitres 8 et 10) où les Parties ne sont pas parvenues à s'accorder sur un principe de libéralisation unifié. Certains Etats (Cambodge, Chine, Laos, Birmanie, Nouvelle-Zélande, Philippines, Thaïlande et Vietnam), partisans d'une faible libéralisation, ont opté pour un système d'engagements par listes positives, en vertu duquel un secteur n'est libéralisé qu'à la condition de faire l'objet d'un engagement exprès. D'autres (Australie, Brunei, Corée, Indonésie, Japon, Malaisie et Singapour) ont à l'inverse privilégié le système, plus libéral, de listes négatives – que l'on retrouve aussi dans la dernière génération d'accords de l'Union européenne – en vertu duquel ce sont uniquement les secteurs exclus par le pays qui ne seront pas ouverts à la concurrence étrangère. Les Parties ne sont du reste pas parvenues à s'accorder sur la création d'un système de règlement des différends investisseurs/Etats, ce qui démontre au passage que la sensibilité de cette question, constatée ces dernières années en Europe et en Amérique du nord, affecte aussi les négociations commerciales en Asie-Pacifique.

Sans qu'il soit possible d'analyser ici de façon précise l'ensemble des dispositions du RCEP, on notera la présence de plusieurs chapitres qui traitent de sujets non couverts par les règles de l'OMC. Il en va ainsi d'un chapitre consacré à la concurrence, dont le contenu demeure toutefois limité, les Parties rappelant en premier lieu leurs droits souverains d'appliquer leurs propres législations en ce domaine. Cette faiblesse des engagements conventionnels s'explique par la réticence des pays de la zone à appliquer des règles en matière d'antitrust, sur le modèle du droit américain ou du droit européen. La question des entreprises d'Etats et de leur rôle dans l'économie n'est quant à elle pas abordée, ce qui se comprend là encore par l'importance de la présence étatique dans le capital de nombreuses entreprises de pays Parties au RCEP (Chine mais aussi Vietnam, Cambodge ou Laos). Signalons encore la présence d'un chapitre spécifique sur le commerce électronique, à mettre en parallèle avec ceux qui figurent dans les plus récents accords de l'Union européenne et des Etats-Unis. Tandis que l'approche européenne limite le principe de la circulation des données par la possibilité d'appliquer les restrictions justifiées par la protection de la vie privées des utilisateurs, l'accord Canada-Mexique-États-Unis remplaçant l'ALENA restreint pour sa part le recours à ce type de restriction au libre transfert de données vitales à leurs acteurs économiques du numérique (v. cette « Chronique », n°2021/1.2). Sur ce sujet, le texte du RCEP évoque le libre transfert de données de façon timide, et permet sa restriction au titre « *d'objectifs légitimes* » ou en raison de motifs de sécurité nationale, en pleine adéquation avec la conception chinoise de la circulation des données (article 12.15 de l'accord).

On remarquera enfin que ce traité commercial ne contient aucun chapitre abordant le lien entre commerce et normes sociales et environnementales. A l'exception d'une simple mention des droits et obligations des Parties tirées la Convention sur la biodiversité (article 17.12 de l'accord), ce qui tranche là encore avec les accords négociés aujourd'hui par l'Union européenne et les États-Unis. Il en va de même, sans grande surprise, des droits humains, qui ne sont nulle part évoqués. Le texte reflète ainsi une vision étroite et exclusive, pour ne pas dire conservatrice et rétrograde, des règles du commerce international.

L'accord contient, à l'instar des accords commerciaux régionaux contemporains, un mécanisme interne de règlement des différends qui couvre son contenu matériel. De façon classique, ce dispositif procédural est de nature interétatique ; il ne peut être actionné que par les seules Parties à l'accord et les personnes privées sont dépourvues de toute possibilité d'accès à ces dispositifs contentieux, sauf à ce que celles-ci soient aménagées en vertu du droit interne des Parties. Le dispositif procédural s'articule avec le système de l'OMC, dont il s'inspire largement. A l'heure où le mécanisme multilatéral est considérablement fragilisé en raison du blocage de l'Organe d'appel, le traité invite les panels qui pourraient être constitués dans le cadre du RCEP à prendre en considération les interprétations préalablement dégagées par les organes de jugement de l'OMC, dès lors que le contenu des règles du RCEP rejoint celui des accords multilatéraux (article 19.4.2. L'accord prévoit même, en son article 19.11, que le Directeur général de l'OMC peut être sollicité pour désigner la présidence du panel en cas d'incapacité des parties à se mettre d'accord sur une personnalité. La présidence du panel doit par ailleurs être prioritairement confié à un ancien membre de groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC). L'accord tente aussi d'inciter les Parties à restreindre leurs plaintes au choix d'un seul forum international de façon à prévenir les conflits de juridiction. Il importera de surveiller si, dans les prochaines années, ce mécanisme sera effectivement utilisé entre les Parties au RCEP en lieu et place du système OMC et si, à terme, les procédures bilatérales issues de ce type d'accord régionaux viendront se substituer à celles prévues au plan multilatéral. Sur le plan institutionnel, le traité organise un système de rencontres périodiques de niveau ministériel ainsi que l'instauration d'un comité conjoint ou encore de comités subsidiaires composés de représentants de rangs inférieurs et présidés à tour de rôle par chacune des Parties, sur le modèle de l'ASEAN. Dans une approche fonctionnaliste, il prévoit l'instauration d'un secrétariat destiné à fournir un support technique aux Parties, sans pour autant envisager, en l'état, la mise en place d'une véritable organisation internationale dotée de la personnalité juridique.

Il n'existe pas de dispositif de mise en œuvre provisoire de l'accord. L'entrée en vigueur sera cependant probablement rapide, puisqu'elle nécessite la ratification du texte par au moins six des dix membres de l'ASEAN, auxquels devront s'ajouter trois des cinq Parties restantes de l'accord (article 20.6). Compte tenu de la célérité des procédures de ratifications internes aux pays de la zone, l'entrée en vigueur devrait être effective d'ici le début de l'année 2022. L'attractivité de cet espace économique pourrait aussi inciter de futures adhésions. L'accord mentionne ouvertement cette possibilité à condition d'un accord unanime des Parties, pour tout « pays » – on songe évidemment à l'Inde – ou « territoire douanier » – ce qui laisse entrouverte la possibilité d'une adhésion de Taïwan (rappelons que le Taipei Chinois est actuellement membre de l'OMC en tant que

territoire douanier). Tout dépendra ici du bon vouloir de la Chine, dont le RCEP sert naturellement les ambitions géopolitiques.

Si l'on met de côté sa dimension éminemment politique, le RCEP apparaît être avant tout un traité commercial assez classique qui s'efforce, sans toujours y parvenir, d'ignorer les préoccupations non strictement mercantiles. On est au demeurant très loin d'un modèle de marché intérieur organisé et s'appuyant sur une organisation dotée d'un pouvoir normatif. Chacune des Parties a veillé à maintenir sa souveraineté – terme qui apparaît d'ailleurs à plusieurs reprises dans l'accord –, à conserver jalousement son pouvoir de réglementer ainsi que sa capacité à mener sa propre diplomatie commerciale. Européens et Américains devraient ainsi pouvoir poursuivre les négociations d'une série d'accords engagées avec des pays de la zone Asie-Pacifique, qui apparaît comme le centre d'attractivité économique et géopolitique de ce début de XXI^{ème} siècle.

A.H.

CANADA – ETATS-UNIS – MEXIQUE

Entrée en vigueur compliquée de l'USMCA, traité successeur de l'ALENA, entre procédures nationales de ratification et pandémie de la Covid-19

2021/1.2 – L'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il a inspiré de nombreux accords préférentiels dans le domaine des échanges et des investissements internationaux. En particulier, sur le fondement de son chapitre 11 consacré à l'investissement, une pratique arbitrale importante s'est développée, et a eu une influence cruciale sur de nombreux autres tribunaux d'investissement. Cependant, en vigueur depuis plus d'une vingtaine d'années, l'ALENA commençait à montrer ses limites et inadaptations dans un domaine en constante évolution. Promesse de campagne du candidat Donald Trump lors des élections présidentielles américaines de 2016, la renégociation de l'ALENA fut entamée dès l'été 2017 entre les délégations des trois Etats concernés : le Canada, les Etats-Unis et le Mexique. À l'époque, les positions des trois parties manquaient de précision, mais déjà des oppositions quant aux modifications substantielles et institutionnelles défendues étaient patentes (v. cette « Chronique », 2017/4.67, pp. 1056-1059). La tactique agressive choisie par l'Administration des Etats-Unis s'est toutefois révélée payante : après avoir négocié directement avec le Mexique et obtenu un texte qui la favorisait largement, l'administration Trump a laissé au Canada un délai d'un mois pour se rallier à ce nouvel Accord. Ayant obtenu satisfaction sur plusieurs points, en particulier le maintien des panels interétatiques en matière de défense commerciale, le Canada a accepté ce nouvel Accord (v. cette « Chronique », 2019/2.31, pp. 419-427). Un Protocole visant à remplacer l'ALENA, auquel était annexé le texte du nouvel Accord, fut donc signé le 30 novembre 2018 à Buenos Aires, en marge d'une réunion du G20, par le Premier ministre canadien Justin Trudeau, le Président américain Donald Trump et le Président mexicain Enrique Peña Nieto.

Quant à son contenu, le nouvel Accord a d'ores et déjà fait l'objet d'analyses (v. le numéro spécial du *Transnational Disputes Management*, n°3, 2020). Comme son prédécesseur, l'USMCA (par simplicité, nous avons retenu l'acronyme choisi par les Etats-Unis, mais le Mexique nomme ce nouvel accord le T-MEC, alors que le Canada utilise l'acronyme CUSMA) est un accord économique très englobant : il contient des

dispositions en matière de commerce des marchandises, commerce des services, marchés publics, services financiers, télécommunications, droits de propriété intellectuelle, investissements, politique de la concurrence, entreprises d'Etat et monopoles. Mais il fait aussi la place à des domaines plus nouveaux ou faisant l'objet de disciplines renforcées comme le commerce numérique, les standards sociaux et environnementaux, la lutte contre la corruption, les politiques macroéconomiques et les questions de taux de change (la version française du texte de l'USMCA, y compris du protocole d'amendement dont il sera question *infra*, est disponible en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>).

L'USMCA reprend très largement les règles de l'ALENA. Il s'agit avant tout d'un accord de modernisation qui ne modifie pas la logique sous-jacente de l'ALENA. Il contient tout de même des évolutions notables tant dans ses dispositions substantielles, sources de droits et d'obligations pour les Etats parties, que dans ses dispositions finales, qui encadrent l'accord en tant qu'acte conventionnel. Du point de vue substantiel, parmi les évolutions notables, on notera la modification des règles d'origine qui conditionnent pour les entreprises le bénéfice du traitement préférentiel, notamment celles applicables au secteur automobile : désormais, le bénéfice de droits de douane nuls pour les automobiles importées dans la zone est conditionné à ce que ces automobiles soient composées à 75% de pièces et composants d'origine nord-américaine, et provenant de 40 à 45% d'usines respectant des conditions salariales minimales. L'objectif est de favoriser les pièces et composants nord-américains et d'aligner les conditions salariales des ouvriers de l'automobile dans les trois Etats parties, rendant ainsi moins attractive toute délocalisation en territoire mexicain. Des évolutions sont aussi à relever dans le domaine de la propriété intellectuelle (la durée de protection accordée pour un brevet a été étendue) et du commerce électronique (les opérateurs de l'internet ne pourront pas être mis en cause pour les contenus mis en ligne par leurs utilisateurs). On voit ici l'intérêt qu'un nombre restreint d'Etats peut trouver à s'entendre sur des règles communes préférentielles allant au-delà des disciplines convenues au niveau multilatéral. Une autre évolution majeure concerne le mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement, qui n'est plus applicable que dans les relations entre le Mexique (ou les investisseurs mexicains) et les Etats-Unis (ou les investisseurs américains) pour certaines allégations de violations, et pour certains secteurs économiques, sous condition de saisine préalable des voies de recours internes. La défiance généralisée dont fait l'objet l'arbitrage transnational d'investissement trouve ainsi une traduction directe dans l'USMCA. Du point de vue de l'Accord en tant qu'acte, on notera que l'Administration Trump est parvenue à y introduire un terme, l'USMCA devant prendre fin 16 ans après la date de son entrée en vigueur. Ce terme s'accompagne de clauses prévoyant le réexamen régulier de l'Accord, tous les six ans, réexamen au cours duquel chaque partie peut décider par écrit de la reconduction de l'Accord pour une nouvelle période de 16 ans (article 34.7). Dit autrement, une partie peut seule décider, en s'opposant à la reconduction, de mettre fin à l'accord une fois le terme initial de 16 ans écoulé.

La signature du Protocole visant à remplacer l'ALENA, toute médiatisée fut-elle, n'emportait en droit international que des conséquences très limitées. En effet, selon les termes mêmes du Protocole, chacun des Etats signataires devait encore procéder à

« l’accomplissement des procédures internes nécessaires à l’entrée en vigueur du présent protocole ». Autrement dit, la signature du Protocole ne valait pas consentement des trois Etats à être liés par le nouvel Accord ; ces derniers devaient encore mener une procédure de ratification encadrée par leurs règles constitutionnelles respectives. En attendant, les trois Etats signataires ne supportaient qu’une obligation internationale de ne pas priver l’Accord de son objet et de son but avant son entrée en vigueur, conformément à l’article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le choix d’une procédure complexe de ratification n’est pas surprenant pour un accord de libre-échange de cette ampleur. Une telle procédure permet de faire intervenir les parlements nationaux, écartés lors des négociations du texte de l’accord. Elle permet à la fois de doter l’engagement conventionnel de l’Etat d’une légitimité démocratique et d’assurer la mise en conformité des législations nationales avec les dispositions du nouvel Accord.

Le Mexique fut le premier à effectuer la procédure de ratification de l’USMCA. Une ratification aussi rapide peut sembler surprenante : le Mexique ne fut pas le gagnant des négociations et Andrés Manuel Lopez Obrador remplaça Enrique Peña Nieto à la fonction de Président de la République au lendemain de la signature du Protocole. Mais elle traduit la grande dépendance du Mexique vis-à-vis des Etats-Unis d’Amérique : 80% des marchandises mexicaines y sont exportées. C’est pourquoi l’USMCA fut ratifié par le Mexique dès le mois de juin 2019, suite à l’accord large et transpartisan de son parlement. Le 1^{er} mai 2019, le parlement mexicain avait déjà adopté une réforme de son droit du travail afin de se mettre en conformité avec les exigences nouvelles imposées par l’USMCA.

La procédure de ratification de l’USMCA par les Etats-Unis s’annonçait plus difficile. La nécessité d’obtenir l’accord du parti démocrate contrôlant la Chambre des représentants, et avec lui l’accord de grands syndicats de travailleurs états-uniens, a supposé l’adoption d’un nouvel instrument conventionnel, le Protocole d’amendement. Ce Protocole d’amendement signé par les trois Etats le 10 décembre 2019 est d’une importance considérable : il modifie le contenu même de l’USMCA, notamment ses dispositions relatives au travail et à l’environnement (sur les apports du protocole d’amendement : <https://www.ejiltalk.org/the-scorecard-of-the-usmca-protocol-of-amendment/>). Il s’agit d’un acte international exprimant lui aussi la volonté commune des trois Etats, et qui a lui-même supposé une procédure de ratification. Ce Protocole d’amendement est intervenu entre la signature d’une première version de l’Accord et sa ratification par l’ensemble des parties aux négociations, alors que l’une d’elles avait déjà procédé à la ratification de la première version de l’Accord. Ce Protocole d’amendement a une portée normative : il fait désormais partie intégrante de l’USMCA, dont il modifie certaines dispositions. Dit autrement, il ne s’agit pas seulement, selon l’expression consacrée par l’article 31.2 (b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, d’un « instrument établi par une ou plusieurs parties à l’occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu’instrument ayant rapport au traité » qui sera pertinent afin d’interpréter le traité (un tel « instrument interprétatif » a par exemple été conclu lors de la procédure de ratification du CETA entre le Canada et l’Union européenne). Cela montre que la signature du texte d’un traité ne marque pas forcément la fin des négociations.

Avec le Protocole d’amendement, le camp démocrate américain est notamment parvenu à obtenir l’établissement d’un « *mécanisme de réaction rapide* » applicable

entre les Etats-Unis et le Mexique dans le domaine des droits sociaux. Ce mécanisme prévoit l'envoi d'un « *groupe spécial en matière de travail* », composé d'experts indépendants, dans des usines accusées de violation des droits sociaux protégés par l'USMCA en territoire mexicain (annexe 31-A de l'Accord). Si une telle procédure, considérée comme trop intrusive, a fait l'objet de contestation de la part du Mexique, le parlement mexicain a de nouveau accepté la ratification de l'USMCA, tel que modifié par le Protocole d'amendement, dès décembre 2019. Le Protocole d'amendement élimine également la protection décennale accordée aux biomédicaments et limite la protection accordée aux entreprises pharmaceutiques contre les médicaments génériques. Il liste sept accords internationaux de protection de l'environnement que les Etats parties s'engagent à respecter et dont les dispositions devront prévaloir en cas de conflit avec celles de l'USMCA. Grâce à l'adoption de ce Protocole d'amendement, la ratification de l'Accord par les Etats-Unis a obtenu un large soutien de la Chambre des représentants en décembre 2019. Le Sénat américain a également largement approuvé l'accord en janvier 2020. Finalement, le 29 janvier 2020, le Président Trump put clamer victoire et ratifier l'USMCA pour le compte des Etats-Unis, mettant ainsi fin au « cauchemar » de l'ALENA qu'il a qualifié à de nombreuses reprises de « pire accord commercial de l'histoire ».

Finalement, alors que les observateurs prédisaient une ratification rapide par le Canada, celui-ci fut le dernier signataire à mener sa procédure interne à son terme. En effet, le processus de ratification fut suspendu en 2019 en raison des élections fédérales programmées cette année-là. Si ces élections ont vu le recul du parti du Premier ministre Justin Trudeau, celui-ci est resté le parti majoritaire au parlement. Une fois la nouvelle législature fédérale en place, la loi autorisant la ratification fut adoptée, là encore avec un soutien transpartisan, le 13 mars 2020. Soit juste avant la suspension des travaux parlementaires en raison de la pandémie de la Covid-19.

Les trois Etats signataires ayant exprimé leur consentement à être lié par l'USMCA, celui-ci devait entrer en vigueur, selon les termes du Protocole visant à remplacer l'ALENA, « *le premier jour du troisième mois suivant la dernière notification* » de ratification. A cette date, l'USMCA a remplacé l'ALENA, sous réserve de ses dispositions qui renvoient aux dispositions de l'ALENA et assurent temporairement la survie de leur application. La formule choisie est maladroite : littéralement, elle implique qu'entre la dernière notification et l'entrée en vigueur de l'accord, moins de trois mois vont s'écouler. D'ailleurs, les Etats-Unis défendaient la date du 1^{er} juin 2020 pour l'entrée en vigueur de l'USMCA. Cela laissait un temps réduit à chacun des trois Etats parties pour adapter sa législation aux nouvelles dispositions conventionnelles. Et pour les entreprises, principales intéressées par l'entrée en vigueur du nouvel accord, pour évaluer leur chaîne d'approvisionnement et de production afin d'assurer leur conformité avec les nouvelles règles d'origine. Il s'agit de mener en quelques semaines un processus complexe et coûteux, qui suppose des lignes directrices claires de la part des administrations nationales concernées, afin de bénéficier des avantages du nouvel accord alors que ceux découlant de l'ancien ne seront plus disponibles. D'autant que ce processus devait être conduit alors que la pandémie de la COVID-19 mettait à l'arrêt de nombreuses chaînes de production. Compte tenu du contexte sanitaire exceptionnel, le Mexique a demandé aux Etats-Unis et au Canada un délai supplémentaire afin que son secteur automobile puisse s'adapter aux nouvelles règles d'origine et restructurer les chaînes d'approvisionnement. Des représentants de l'industrie automobile aux Etats-Unis étaient également favorables à un tel report (<https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2020/03/>

implementing-the-usmca-in-the-covid-19-era). Mais repousser l'entrée en vigueur de l'Accord, ou de certaines de ses dispositions, alors que cela ne fut pas prévu au moment des négociations, exigeait l'accord unanime des trois Etats parties. Or, l'Administration américaine souhaitait pour sa part une entrée en vigueur le plus rapidement possible afin d'en faire un argument pour les élections de novembre 2020. Finalement, l'entrée en vigueur de l'USMCA fut placée au 1^{er} juillet 2020, laissant un peu plus de trois mois aux parties et aux entreprises pour s'adapter. A compter du 1^{er} juillet 2020, et sauf pour les marchandises entrées dans le commerce avant cette date, aucun traitement préférentiel en vertu de l'ALENA ne peut plus être réclamé. L'entrée en vigueur de l'USMCA a entraîné à cette même date l'extinction de l'ALENA et déclenché l'ensemble des périodes transitoires et de survies prévues dans le cadre de l'USMCA. À titre d'exemple, en vertu de l'annexe 14-C(3) de l'USMCA, pour les investissements antérieurs à la date d'extinction, le consentement donné par les parties contractantes à l'arbitrage d'investissement dans l'ALENA expire trois ans après l'extinction de ce dernier accord. Cela signifie que les investisseurs couverts peuvent continuer à invoquer le chapitre 11 de l'ALENA et mobiliser sa procédure d'arbitrage jusqu'au 30 juin 2023.

Bénéficiant dans chacune des trois parties contractantes d'un soutien transpartisan, l'USMCA est entré en vigueur malgré le contexte sanitaire exceptionnel. Les retombées économiques de cet accord mettront du temps à apparaître, tout comme son influence normative sur les futurs accords commerciaux préférentiels. Toutefois, on peut déjà relever que l'USMCA, quelques mois après son entrée en vigueur, a donné lieu à de premières demandes de consultation sur le fondement de son chapitre 31 consacré au règlement des différends interétatiques nés de l'interprétation ou de l'application de l'Accord. Cette procédure améliorée par rapport à l'ALENA est largement inspirée de celle prévue dans le cadre de l'OMC, qui est aujourd'hui neutralisée face au refus des Etats-Unis d'accepter, en l'absence de réformes, de nouvelles nominations au sein de l'Organe d'appel. En vertu du chapitre 31 de l'USMCA, en cas d'échec des consultations, le différend peut être soumis à un groupe spécial, y compris lorsqu'une des parties refuse ou omet de participer à la procédure. Le rapport du groupe spécial, s'il constate une violation de l'accord, devra être mis en œuvre par les Etats en différend. Si ces Etats ne parviennent pas à s'entendre sur une solution, alors la partie plaignante pourra procéder à l'encontre de la partie défenderesse à des suspensions d'avantages résultant de l'accord pour des effets équivalents aux avantages compromis par la violation initiale. Le groupe spécial pourra à nouveau être saisi pour constater la persistance de la violation initiale et déterminer le niveau des avantages d'effets équivalents à ceux compromis par la violation. La première demande de consultations a été introduite par les Etats-Unis à l'encontre du Canada, début décembre 2020 (<https://ielp.worldtradelaw.net/2020/12/the-first-usmca-complaint.html>). Elle vise les contingents tarifaires applicables aux produits laitiers, un secteur source de tensions entre les deux Etats depuis des décennies. Le 7 janvier 2021, c'est cette fois le Canada qui a introduit une demande de consultations à l'encontre des Etats-Unis (<https://ielp.worldtradelaw.net/2021/01/us-solar-safeguard-how-much-discretion-is-too-much.html>) à raison de mesures de sauvegarde appliquées à l'importation de cellules photovoltaïques canadiennes. Ces mesures de sauvegarde, adoptées à l'époque de l'ALENA et maintenues en vigueur depuis, sont contestées au regard de nouvelles dispositions de l'USMCA en la matière. Ces demandes de consultation montrent que les accords commerciaux préférentiels sont prêts à prendre le relais des accords de l'OMC tant au niveau des disciplines substantielles que des mécanismes juridictionnels.

M. F.

CÔTE D'IVOIRE

Conséquences et réactions internationales aux élections présidentielles

2021/1.3 – Durant plusieurs décennies, les élections présidentielles en Côte d'Ivoire n'ont guère animé l'actualité internationale. Depuis peu cependant, celles-ci sont devenues un sujet inévitable, qui nourrit le débat international. A partir de l'an 2000, ces élections ont été l'occasion de crises successives, dont l'ampleur explique cette internationalisation progressive de l'attention qui leur est portée.

La principale cause de ces crises gravite autour de l'éligibilité ou de la victoire au scrutin. Déjà, en 1995, l'élection présidentielle est l'occasion de quelques affrontements nés d'un boycott actif mené par l'opposition, suite à l'exclusion d'un candidat, Alassane Ouattara, dont la nationalité ivoirienne est alors mise en doute. Se cristallisait alors un schisme social, sous le prisme du concept « d'ivoirité ». Mais c'est en 2000, sous l'empire d'une nouvelle constitution, qu'une crise plus sévère fit irruption, suite à l'exclusion de candidats de poids, dont Alassane Ouattara et Henri Konan Bédié. Le refus des résultats donnant le Président sortant vainqueur ouvrit la voie à des manifestations qui finirent par expulser ce dernier du pouvoir. Cette crise occasionna des confrontations qui firent plusieurs morts, blessés et disparus (http://www1.rfi.fr/actu/fr/articles/020/article_9935.asp). Le climat politique se détériora davantage encore, l'éclatement d'une rébellion armée en 2002 en constituant certainement l'acmé. La présidentielle de 2005 fut ajournée à maintes reprises pour se tenir finalement en 2010, par l'effet de multiples négociations internationalisées (G. COTTEREAU, « Côte d'Ivoire : l'impossible alternance pacifique », *AFDI* vol. LVII (2011), pp. 23-24). Cette élection fut, peu s'en faut, la source d'une crise inédite. Le Président sortant, Laurent Gbagbo, était déclaré vainqueur par le juge électoral et son adversaire, Alassane Ouattara, jugé élu par la Commission électorale, ainsi que par une importante frange d'Etats et d'organisations internationales, dont l'ONU. Les affrontements militaires qui ont suivi engendrèrent au moins 3000 morts, de nombreux blessés, et près d'un million de déplacements forcés (Commission Dialogue Vérité Réconciliation, *Rapport final*, 2014, p.17). Si l'élection de 2015 s'est déroulée dans un relatif calme, celle de 2020 a provoqué une crise issue de l'exclusion de certains candidats et de la contestation de la légalité de la candidature du Président sortant. Ce dernier avait déjà réalisé deux mandats et se fondait sur la naissance de la troisième République, érigée par la nouvelle constitution de 2016, pour justifier sa candidature. Plusieurs manifestations sont alors organisées. Finalement, seront à déplorer des dizaines de morts ainsi que d'importants déplacements forcés internes et internationaux (<https://www.hrw.org/fr/news/2020/12/02/cote-divoire-violences-postelectorales-et-repression>).

Une première tendance des réactions internationales relativement à ces élections est portée par certains acteurs précis, animés par des objectifs déterminés. Ce sont des Organisations internationales et régionales dont spécifiquement l'ONU, l'UE, l'UA et la CEDEAO ainsi que certains Etats, dont tout particulièrement la France. De manière générale, ces acteurs s'efforcent par des déclarations ou résolutions de dénouer les crises en se positionnant sur le point d'achoppement, souvent, à partir des résultats de missions d'observation électorale. Ils s'y investissent en fonction de la gravité de la situation, comme on s'en apercevra dans les lignes qui suivent.

En effet, lors des présidentielles de 2000 et 2020, dont les crises respectives paraissent beaucoup moins austères que celle de 2010, les réactions de ces entités ont été, globalement, d'une moindre intensité. Toutefois, le contexte de l'élection de 2020 se distingue sensiblement de celle de 2000. En 2000, alors qu'on assiste à quelques réactions, parfois peu claires, toutes postérieures à l'élection, l'ONU et l'UE sont peu visibles. La France reconnut ainsi expressément la victoire du candidat Laurent Gbagbo (https://www.lemonde.fr/archives/article/2000/11/27/france-afrique-jurisprudence-ivoirienne_121519_1819218.html), bien que le juge électoral l'ait déclaré perdant ; les Etats Unies, la Grande-Bretagne, l'Afrique du Sud et l'Organisation de l'Unité Africaine étaient favorables à la reprise des élections (www1.rfi.fr/actu/fr/articles/010/article_5136.asp). Pourtant, en 2020, les réactions internationales sont intervenues à la fois avant et après l'élection.

Avant l'élection, l'ONU se montrait très attentive au processus électoral (<https://news.un.org/fr/story/2020/10/1081152>). L'UA et la CEDEAO, ainsi que la France, en ont fait autant. Après l'élection, alors que la crise s'enlisait davantage encore, ces différents acteurs internationaux ont pris plus ou moins explicitement position dans le débat international. En fait, suite à la proclamation des résultats provisoires donnant Alassane Ouattara vainqueur, l'opposition mis sur pied un Conseil National de transition, en contestation de ces résultats. L'ONU, l'UA et la CEDEAO indiquaient dans une Déclaration la nécessité pour l'opposition de respecter l'ordre constitutionnel (<https://unowas.unmissions.org/fr/d%C3%A9claration-conjointe-cedeao-union-africaine-nations-unies-sur-la-situation-politique-en-c%C3%B4te-divoire>). Ces entités semblaient par-là reconnaître la victoire du candidat Alassane Ouattara. Après la décision définitive du juge électoral qui entérine les résultats provisoires, l'ONU (<https://aip.ci/cote-divoire-presidentielle-2020-le-sg-de-lonu-antonio-guterres-felicite-ouattara-pour-son-election/>) l'UA (<https://au.int/fr/pressreleases/20201109/communique-du-president-sur-la-republique-de-cote-divoire>), de même que la France (<https://www.20minutes.fr/monde/2908883-20201115-cote-ivoire-emmanuel-macron-felicite-president-ouattara-reelection>) adressèrent leurs félicitations à Alassane Ouattara.

Cette attitude proactive et réactive de ces entités procède de l'expérience de l'élection de 2010, où la crise fut l'une des plus atroces de l'histoire du pays. Les réactions internationales furent alors d'une toute autre intensité. Ce sont ainsi, entre 2010 et 2011, 26 réunions du Conseil de Sécurité qui ont été organisées, et 14 résolutions qui ont été adoptées sur le fondement du Chapitre VII de la Charte – dont la résolution 1975 par laquelle le Conseil reconnaît le candidat Alassane Ouattara comme vainqueur, et autorise une intervention militaire (S/RES/1975(2011)), en dépit des résultats définitifs du juge électoral ivoirien donnant Laurent Gbagbo vainqueur. De leur côté, l'UA et la CEDEAO démultipliaient les réunions. Elles reconnaissaient à leur tour le candidat Alassane Ouattara comme vainqueur (Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 4 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de Président de la République de Côte d'Ivoire, p.2-3). L'UE et la France s'inscrivait dans la même veine (« Sarkozy demande à Gbagbo de quitter le pouvoir », *Le Figaro* du 17 décembre 2010). La France constituera d'ailleurs un acteur privilégié dans la mise en œuvre de la résolution 1975 avec la Force Licorne.

Une autre tendance se dessine en outre dans les réactions internationales aux élections présidentielles ivoiriennes. Elle est générée par les réactions des organisations humanitaires et de droits de l'homme. Présentes sur le terrain, ces organisations

constituent de précieuses banques d'informations factuelles éclairant les réactions des autres acteurs. Elles s'abstiennent de prendre part au débat de fond portant sur les élections et se limitent, ce faisant, à la posture dominante des autres acteurs. Si les réactions de ces organisations sont constantes, elles ont cependant connu une relative intensification à mesure de la gravité des crises.

La crise née de l'élection de 2000 n'ayant pas provoqué des déplacements internationaux importants, le HCR fut très peu visible. En revanche, les organisations internationales de défenses de droit de l'homme sonnèrent rapidement l'alarme sur la gravité des violences et menaient des actions sur le terrain. Ainsi, par exemple, Amnesty international qualifiait la situation de « *troubles très graves* » (AI Index AFR 31/007/2000, 27 octobre 2000). La Fédération internationale des ligues de droit de l'Homme (FIDH) et Reporter sans Frontières (RSF) annoncèrent la réalisation d'une enquête sur le charnier découvert dans un quartier d'Abidjan après l'élection (<https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/cote-d-ivoire/Rapport-Enquete-sur-le-charnier-de>).

La gravité de la crise liée à l'élection de 2010 va donner lieu à une plus grande intensification de la réaction de ces organisations. Le HCR entre en jeu en amplifiant les alertes et appels à la protection de réfugiés ivoiriens. De plus, il fit des mises à jour régulières sur la situation des réfugiés ivoiriens et travaillait activement à la recherche de solutions durables, dont le rapatriement volontaire de ces derniers. Par ailleurs, Amnesty international et 10 autres organisations de défense des droits de l'homme, décelant la commission des crimes de guerres, des crimes contre l'humanité et violations graves des droits de l'Homme au cours de cette crise indiquaient leur opposition à une amnistie en faveur des auteurs de ces crimes. (<https://www.amnesty.fr/presse/cte-divoire-non-lamnistie-pour-les-crimes-les-plus>). Avant même la tenue de l'élection, cette organisation alertait sur le climat inquiétant qui prévalait (<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2010/02/violence-and-xenophobia-rise-cc3b4te-divoire-election-campaign/>). En outre, Le Conseil des droits de l'homme avait dépêché une commission d'enquête internationale. Le HCDH quant à lui, notait la perpétration des massacres massifs et soulignait une impasse née du « *refus de Laurent Gbagbo de respecter les résultats de l'élection* » (<https://www.ohchr.org/EN/Countries/AfricaRegion/Pages/CI2010-2011.aspx>). Cette dernière précision tendait implicitement à soutenir la position dominante internationale, telle que précédemment relevée.

En 2020, l'expérience de la crise précédente a maintenu ces organisations en alerte. Celles-ci ont donc été encore plus réactives. Ainsi, par exemple, le HCR a très vite déployé son dispositif humanitaire, dès la survenance des premiers déplacements forcés. Il enchaînait des communiqués et vidéos (<https://www.youtube.com/watch?v=cM9WalhayBo>). Ceux-ci portaient sur la situation urgente des réfugiés, en donnant, parfois, une lucarne à celle liée à la crise de 2010. De plus, le HCR a affrété un avion-cargo chargé de vivres et de matériel, depuis ses installations de Dubaï, pour venir en aide aux arrivants. Il a déployé des équipes techniques pour évaluer les besoins en termes d'abri et installation d'assainissement et de distribution d'eau. Le HCDH a multiplié les appels au calme et alerté sur les violations des droits de l'homme (<https://news.un.org/fr/story/2020/10/108079>), tout comme *Human Rights Watch* (<https://www.hrw.org/fr/news/2020/12/02/cote-divoire-violences-postelectorales-et-repression>), quand Amnesty International (<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/11/cote-divoire-use-of-machetes-and-guns-reveals-horrors/>) alertait sur les graves violences perpétrées à l'occasion de cette crise, en exigeant que justice soit faite.

Les réactions internationales sur la matière électorale en Côte d'Ivoire dépendent ainsi étroitement, et sans guère de surprise, de l'ampleur des crises résultant des élections. Il est vrai néanmoins que les efforts d'interventions préventives sont perceptibles. A preuve, entre autres, le développement croissant de l'assistance électorale dans le système onusien, déjà expérimenté dans plus d'une centaine d'Etats membres, depuis 1991 (voy. SGNU, « Rapport sur l'assistance électorale des Nations Unies », 6 août 2019, p.14, A/74/285). Ces efforts demeurent cependant largement insuffisants.

T.K.A.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Renouvellement des juges

2021/1.4 – La Cour internationale de Justice est un corps de magistrats indépendants élus « parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des juristes possédant une compétence notoire en matière de droit international » (article 2 du Statut de la Cour). Elle se compose de quinze membres élus pour un mandat de neuf ans. Un besoin de continuité s'est affirmé dès sa création étant donné que, conformément au paragraphe 1 de l'article 13 de son Statut, il a été envisagé que lors des premières élections, les fonctions de cinq juges devraient prendre fin au bout de trois ans, alors que celles de cinq autres devraient prendre fin au bout de six ans. Ainsi, afin d'assurer la combinaison entre continuité et renouvellement, des élections ont lieu tous les trois ans et ce, par tiers.

Dans une communication datée du 5 février 2020 adressée aux groupes nationaux des Etats parties au Statut de la Cour par le Secrétaire général de l'ONU, il a été rappelé que le mandat de cinq juges arriverait à expiration au 5 février 2021 (note du Secrétaire général du 29 juin 2020, A/75/129, par. 1). Conformément à l'article 5 du Statut, les groupes nationaux ont ainsi été invités à présenter au Secrétaire général, au plus tard au 24 juin 2020, la candidature de personnes en situation de remplir les fonctions de membres de la Cour (*ibid.*, par. 2). Quatre des cinq juges dont le mandat arrive à expiration en 2021 se sont présentés à leur réélection : Mme Xue, M. Tomka, Mme Sebutinde ainsi que M. Iwasawa. Au total, huit candidats ont été présentés pour pourvoir les cinq sièges vacants, en comptant donc trois candidats à la recherche d'une première élection : M. Ugirashebuja (Rwanda), Mme Seršić (Croatie) et M. Olufemi Elias (Nigéria).

Modalités des élections. Une fois la désignation des candidats faite par les groupes nationaux, le Secrétaire général dresse une liste des candidats par ordre alphabétique et la communique à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité (article 7 du Statut de la Cour). En application de l'article 8 du Statut de la Cour, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité procèdent, indépendamment l'un de l'autre, à l'élection des membres de la Cour. Dans les deux cas, les électeurs sont appelés à cocher le nom des candidats de leurs choix sur le bulletin de vote. Au premier tour du scrutin, un électeur ne pourra voter que pour un maximum de cinq candidats (voir le Mémoire du Secrétaire général du 29 juin 2020, A/75/130, par. 11). Conformément à l'article 10 du Statut, « sont élus ceux qui ont réuni la majorité absolue des voix dans l'Assemblée générale et dans le Conseil de sécurité ». Les termes « majorité absolue » s'interprètent comme signifiant la majorité de tous les électeurs, qu'ils votent ou non, ou qu'ils soient ou non autorisés à voter (*ibid.*, par. 9). La majorité à l'Assemblée générale s'élève donc à 97 voix, alors que celle du

Conseil de sécurité s'élève à 8 voix, tout en considérant que le veto des membres permanents n'opère pas dans ce cadre.

Trois schémas peuvent se présenter à cet égard : soit le nombre de candidats obtenant la majorité correspond au nombre de sièges vacants ; soit seulement un certain nombre de candidats obtiennent la majorité ; soit, enfin, il y a plus de candidats ayant obtenu la majorité qu'il n'y a de sièges vacants (voir K.J. KEITH, « *International Court of Justice : Reflections on the Electoral Process* », OUP, 2010, p. 58, par. 23). Le premier schéma ne paraît pas poser de problème dans la mesure où les cinq candidats ayant obtenu la majorité obtiendront les cinq sièges vacants. Un second tour de scrutin sera cependant requis dans les deux derniers cas jusqu'à ce que cinq candidats obtiennent la majorité absolue conformément à l'article 151 du Règlement intérieur de l'Assemblée générale et l'article 61 du Règlement intérieur provisoire du Conseil de sécurité.

Les élections des cinq membres de la Cour ont eu lieu les 11 et 12 novembre 2020. A l'issue du premier tour de scrutin, au 11 novembre 2020, six candidats ont obtenu la majorité des voix à l'Assemblée générale (c'est-à-dire un nombre de voix supérieur ou égal à 97) : M. Iwasawa a récolté 161 voix ; M. Nolte, 150 voix ; Mme Xue, 144 voix ; M. Tomka, 141 voix ; Mme Sebutinde, 124 voix ; et M. Ugirashebuja, 97 voix. D'autre part, Mme Seršić a obtenu 71 voix et M. Olufemi Elias a obtenu 56 voix. A la fin de la journée, le résultat des voix au Conseil de sécurité n'avait pas encore été annoncé. Au lendemain, fut organisé le deuxième tour de scrutin à l'Assemblée générale. En effet, la pratique ne consiste pas à attribuer les sièges vacants aux candidats ayant obtenu le plus de voix, mais à organiser de nouveaux tours de scrutin jusqu'à ce que le nombre de candidats ayant obtenu la majorité requise coïncide avec le nombre de sièges à pourvoir (voir A. REMIRO BROTONS, « Nomination et élection des juges à la Cour internationale de justice » in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE et J.E. VIÑUALES, *Unité et diversité du droit international*, Martinus Nijhoff, 2014, p. 647). Par la suite, à l'issue du second tour de scrutin, le Juge Iwasawa a obtenu 169 voix à l'Assemblée générale, 15 au Conseil de sécurité ; le Juge Nolte a obtenu 160 voix à l'Assemblée, 14 au Conseil ; la Juge Xue a obtenu 155 voix à l'Assemblée, 13 au Conseil ; le Juge Tomka a obtenu 150 voix à l'Assemblée, 13 au Conseil ; la Juge Sebutinde a obtenu 139 voix à l'Assemblée, 10 au Conseil.

Le nouveau juge élu. Professeur de droit international à l'Université Humboldt de Berlin et membre de la Commission du droit international depuis 2007, le Juge allemand M. Nolte a été le seul candidat issu du groupe WEOG (Western Europe and Other Groups) au siège laissé vacant par le Juge italien M. Gaja. On notera sur ce point que si les quinze sièges de la Cour sont traditionnellement répartis de la même manière que les quinze sièges du Conseil de sécurité (trois sièges pour le groupe africain ; trois sièges pour le groupe Asie et Pacifique ; deux sièges pour le groupe Europe de l'Est ; deux sièges pour le groupe Amérique latine et Caraïbes ; cinq sièges pour le groupe WEOG), depuis 2017, quatre sièges (au lieu de cinq) sont occupés par le groupe WEOG à la CIJ, et un seul candidat a été présenté par les groupes nationaux pour pourvoir à un de ces sièges, alors qu'il en aurait fallu au moins deux pour maintenir cette « tradition ».

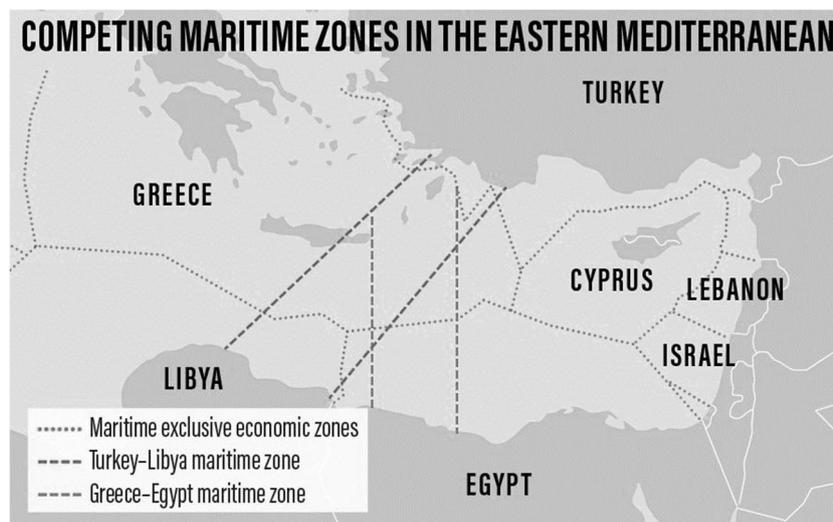
Les opinions ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de la C.I.J. ou de l'ONU.

M. R.

EGYPTE – GRÈCE

Conclusion d'un accord de délimitation de la Zone économique exclusive

2021/1.5. – L'Égypte et la Grèce ont signé le 6 Août un accord délimitant leurs ZEE (traduction libre de l'arabe en annexe) dans un contexte tendu, marqué par de vives tensions avec la Turquie autour de l'exploitation des ressources naturelles en Méditerranée orientale. L'accord a été ratifié le 27 août 2020 par la Grèce, et le 10 octobre 2020 par l'Égypte.



Source: <https://alkhaleejtoday.co/international/5030168/Greece-moves-in-naval-fleet-to-Mediterranean-over-Turkish-encroachment.html>

Délimitation partielle. L'accord a la particularité de poser une limite partielle à la ZEE. Ainsi, l'île de Kastellorizo (ou Meis en turc) et une partie de la côte Est de Rhodes n'ont pas été prises en compte dans cette délimitation, de manière à laisser une petite marge à compléter « au moment approprié » – pour reprendre les termes employés par le texte – par accord entre les deux Parties, à la lumière d'éventuels accords passés avec les « Etats voisins concernés », notamment Chypre, la Libye et (surtout) la Turquie. Il s'agit là d'une pratique assez répandue dans le bassin oriental de la Méditerranée ; elle est adoptée par les accords conclus entre Chypre et le Liban en 2007 (Article 1(e)) ; signé mais non ratifié par le Liban), Chypre et Israël en 2010 (Article 1(e)) et Chypre et l'Égypte en 2003 (Article 1(e)). De manière assez intéressante, l'accord israélo-chypriote fait application de cette technique « *taking into consideration the principles of customary international law relating to the delimitation of the Economic Zone between States* », contrairement aux deux autres accords précités qui se basent sur l'article 74 de la Convention de Montego Bay. L'accord gréco-égyptien est beaucoup plus discret sur la « source » de cette pratique, même s'il est fait référence de manière très générale dans son préambule à « la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, à laquelle les deux Etats sont parties ». Cette pratique est également conforme à l'approche adoptée dans l'affaire

Erythrée/Yémen. Le tribunal arbitral dans l'affaire précitée avait pris en compte la présence d'Etats tiers concernés par la délimitation : « [t]he Tribunal has the competence and the authority according to the Arbitration Agreement to decide the maritime boundary between the two Parties. But it has neither competence nor authority to decide on any of the boundaries between either of the two Parties and neighbouring States. It will therefore be necessary to terminate either end of the boundary line in such a way as to avoid trespassing upon an area where other claims might fall to be considered » (Sentence du Tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (Délimitation maritime), décision du 17 décembre 1999, *R.S.A.*, Vol. XXII, p. 366, para. 136). Il s'agissait certes ici d'une question de compétence, mais le raisonnement reste transposable aux relations interétatiques puisqu'il est question de respecter la volonté des Etats tiers dans les deux cas de figure.

L'accord précise que cette marge ne fait pas obstacle à la conclusion d'éventuels accords de délimitation avec les « Etats voisins concernés ». De telles délimitations restent toutefois soumises à des conditions bien précises : premièrement, l'accord pose une obligation de notification et de consultation prioritaire à tout accord de délimitation « avec un autre Etat qui partage avec les deux Parties des zones maritimes » (Article 1(e)). Deuxièmement, l'accord limite *de facto* les Parties dans leurs éventuels accords de délimitation avec « les Etats voisins concernés », puisque les deux extrémités désignées par l'accord « [ne] peuvent être révisées » que dans le sens d'une « extension vers l'Est » en ce qui concerne le point (A) et « d'une extension vers l'Ouest » en ce qui concerne le point (E) (Article 1(d)). Cette limitation a le double avantage de permettre aux Etats parties de ne pas renoncer à leurs revendications (notamment la Grèce), tout en respectant les droits des Etats tiers (notamment la Turquie). L'accord précise de manière assez classique que la limite fixée est « obligatoire et finale », mais va encore plus loin à l'article 4(a), qui prévoit que l'accord « ne peut faire l'objet d'une dénonciation, d'un retrait ou d'une suspension pour quelque raison que ce soit ».

Prise en compte des îles grecques. Les îles grecques ont été prises en compte dans la délimitation. Le rattachement d'espaces maritimes aux îles est un des principaux points de contentieux entre la Grèce et la Turquie en Méditerranée. D'ailleurs, la Turquie est un des rares pays à ne pas avoir ratifié la Convention de Montego-Bay en raison de l'article 121, qui reconnaît aux îles des espaces et droits maritimes. La Turquie conteste par ailleurs la valeur coutumière de l'article 121. La position Turque est discutable, ne serait-ce que par ce qu'elle n'hésite pas à revendiquer, sans la nommer, la règle consacrée par l'article 121 au profit de la « RTCN », tout en la refusant catégoriquement à la Grèce. La Turquie a tout de même des arguments à faire valoir en application du droit de la mer. Compte tenu de l'étroitesse de la Méditerranée, et de la particularité insulaire de la Grèce et de la proximité des côtes turque et grecque, la Turquie est en droit en effet de demander un réajustement de la limite de manière à ce que la répartition soit équitable. D'ailleurs, et selon la jurisprudence, l'étendue des dispositions en faveur des îles proches des côtes d'un Etat voisin est souvent réduite (voy. G. Papy, « Litige maritime en Grèce : et si la Turquie avait un peu raison », *Le Vif / L'Express*, 24 septembre 2020).

Par ailleurs, la méthode de délimitation suivie n'est pas précisée dans l'accord. Selon Constantinos Yiallourides, la limite choisie ne correspond pas à une médiane stricte – souvent défendue par la Grèce – mais à une médiane ajustée. Selon le même auteur, cela a conduit à une répartition favorable à l'Egypte (<https://www.ejiltalk.org/18969-2/>).

Portée juridique de l'accord. L'accord n'est pas opposable aux Etats tiers, et notamment à la Turquie. Le ministre turc des Affaires étrangères Mevlut Cavusoglu avait d'ailleurs considéré que « le soi-disant accord maritime » signé par la Grèce et l'Egypte est « nul et non avenü » et que « les soi-disant zones délimitées font partie du plateau continental de la Turquie ». L'accord a toutefois l'avantage de clarifier l'étendue et les contours exacts du chevauchement entre les revendications turques et les revendications grecques en Méditerranée. Cette clarification limite donc la possibilité pour les Etats d'agir licitement dans la zone disputée, désormais définie et identifiable (<https://www.ejiltalk.org/18969-2/>), en application de l'article 74(3) de la Convention de Montego Bay et éventuellement du droit coutumier (voir https://www.biicl.org/documents/1192_report_on_the_obligations_of_states_under_articles_743_and_833_of_unclos_in_respect_of_undelimited_maritime_areas.pdf?showdocument=1). Selon Dendias, ministre grec des Affaires étrangères, « *the agreement with Egypt is within the framework of international law* », « *it is the absolute opposite of the illegal, void and legally unfounded memorandum of understanding that was signed between Turkey and Tripoli. Following the signing of this agreement, the non existent Turkish-Libyan memorandum has ended up where it belonged from the beginning: in the trash can.* » (<https://www.reuters.com/article/uk-egypt-greece/egypt-and-greece-sign-agreement-on-exclusive-economic-zone-idUKKCN25222H>). Cette déclaration provocatrice ne devrait pas choquer les connaisseurs de ce dossier, en raison du passif entre ces deux Etats et du contexte politique régional.

Visées politiques de l'accord. Du côté grec, l'accord fait suite à la conclusion par la Grèce et l'Italie d'un accord de délimitation maritime (<https://www.aljazeera.com/news/2020/6/9/greece-italy-sign-deal-delimiting-maritime-zones>). Du côté turc, il fait suite à l'accord passé avec le Gouvernement d'union nationale libyen (GNA) – concurrencé par d'autres gouvernements et basé à Tripoli – allouant à Ankara une large zone en Méditerranée orientale, largement disputée avec les Etats voisins dont la Grèce (Cette « Chronique », n° 2020/1.16.). Cet accord a été d'ailleurs vivement contesté par l'Egypte, la Grèce et Chypre, qui l'ont jugé illégal. La Turquie avait aussi pris la décision de reconduire son activité d'exploration dans les zones disputées (<https://www.aljazeera.com/news/2020/8/27/east-med-greece-ratifies-deal-with-egypt-turkey-to-hold-drills>). L'accord gréco-égyptien s'inscrit donc dans une course aux traités, voulue par la Grèce et la Turquie qui cherchent à consolider leurs prétentions.

En Egypte, plusieurs voix se sont élevées contre cet accord qui, selon elles, la priverait d'espaces importants qu'elle aurait pu obtenir en signant avec les turcs par exemple. Selon Mohamed Emad Saber, ancien membre de la commission des Affaires étrangères au Parlement égyptien, « cet accord vise clairement et premièrement la Turquie, et tente de neutraliser l'accord conclu par la Turquie et la Libye, faire obstacle à l'exploitation par la Turquie du gaz et la priver de ses droits et emboîte le pas aux négociations attendues avec la Grèce » (traduction libre de l'arabe – <https://tinyurl.com/y2jhwxb>). Al Jazeera – média qatari proche de la Turquie – a même publié des « documents » qui prouveraient selon elle que le Président égyptien Al-Sisi avait été prévenu par le ministère égyptien des Affaires étrangères de ne pas signer/ratifier l'accord avec la Grèce parce qu'il signifierait pour l'Egypte une perte estimée à 7 000 Km² de sa ZEE (<http://elsharqtv.org/67788/>). Quoi qu'il en soit, la conclusion de cet accord par le Caire a été indéniablement influencée par son

engagement militaire en Libye et fait suite à la montée des tensions en juillet 2020 entre l’Égypte et le « GNA » (<https://www.dw.com/fr/libye-vers-un-conflit-ouvert-entre-la-turquie-et-legypte/a-53901827>). Il faut rappeler que dans le conflit en Libye, l’Égypte soutient les forces du maréchal Haftar, rivaux du « GNA » allié de la Turquie. La proximité d’Erdogan de la confrérie des « Frères musulmans » – grand rival de Al-Sisi en Égypte – a également pesé en faveur de l’accord gréco-égyptien (<https://www.arabnews.fr/node/6266/monde-arabe>). Les étoiles se sont donc finalement alignées pour cet accord, en gestation depuis plus de 15 ans.

M.H

ÉTATS-UNIS D’AMÉRIQUE

Retour envisagé au sein de l’Accord de Paris sur le Climat

2021/1.6 – Joe Biden, Président nouvellement élu des États-Unis d’Amérique, s’est engagé lors de la campagne électorale à revenir sur la décision de son prédécesseur de se retirer de l’Accord de Paris sur le climat de décembre 2015 (sur ce dernier : v. cette « Chronique » n° 2016/1.4, pp. 76-78, n° 2016/3.82, pp. 613-615, n° 2017/2.31, pp. 412-414). On se souvient que Donald Trump s’était régulièrement élevé contre ce texte, notamment le 1^{er} juin 2017 lorsqu’il annonça la décision de s’en retirer, au motif qu’il constituerait un « désastre » pour son pays, position répétée lors de la COP 23 en novembre de la même année (v. cette « Chronique », n° 2017/3.54, pp. 882-884 et n° 2018/1.6, pp. 132-133). Les États-Unis d’Amérique dénoncèrent donc formellement l’accord le 4 novembre 2019, par une notification auprès du Secrétaire général des Nations Unies, dépositaire du texte (art. 26 de l’Accord). Ce délai de deux ans s’explique par une disposition interdisant toute dénonciation dans les trois ans après l’entrée en vigueur de l’accord (art. 28 § 1) ; cette dernière étant intervenue le 4 novembre 2016 après que furent franchis les deux seuils imposés par l’article 21 § 1 (« Le présent Accord entre en vigueur le trentième jour qui suit la date du dépôt de leurs instruments de ratification, d’acceptation, d’approbation ou d’adhésion par au moins 55 Parties à la Convention qui représentent au total au moins un pourcentage estimé à 55 % du total des émissions mondiales de gaz à effet de serre »). Conformément au § 2 de l’article 28 de l’Accord, toute dénonciation ne prend effet qu’un an après sa notification, ou à toute date ultérieure spécifiée dans cette dernière. À défaut d’une telle précision, les États-Unis ont perdu la qualité de membres le 4 novembre 2020, soit le jour qui suivait l’élection présidentielle. Le lendemain, Joe Biden a publié, sur Twitter, le message suivant : « *Today, the Trump Administration officially left the Paris Climate Agreement. And in exactly 77 days, a Biden Administration will rejoin it* ». Cette situation, dans laquelle un État dénonce une convention internationale puis souhaite revenir sur cette décision dans un laps de temps de quelques mois est pour le moins curieuse, notamment d’un point de vue juridique.

Ce nouvel engagement à l’Accord de Paris ne devrait pas soulever d’importantes difficultés au regard du droit interne américain. En effet, l’Accord de Paris avait été accepté par les États-Unis le 3 septembre 2016 en tant qu’*executive agreement*, c’est-à-dire un accord international qui n’est pas un traité au sens de l’article II de la Constitution américaine. La ratification ne requiert dès lors pas une majorité des deux tiers au Sénat. Aujourd’hui, près de 90% des traités internationaux auxquels les États-

Unis deviennent membres relèvent de cette catégorie. Trois bases juridiques permettent d'utiliser cette procédure simplifiée : lorsqu'une loi du Congrès ou un traité ratifié conformément à l'article II le prévoit ou encore lorsque l'engagement en cause ressortit de la compétence constitutionnelle propre du Président (*Restatement of the Law (Third) The Foreign Relations Law of the United States*, § 303). Cette distinction, propre au droit américain, ne vaut pas en droit international : selon le droit des traités, il suffit que le consentement à être lié par un traité provienne d'une autorité habilitée, en vertu du droit interne, à l'exprimer. Dès lors que les *executive agreement* sont légaux en vertu du droit interne, ils le sont donc aussi, par renvoi, en droit international (le secrétariat général de l'ONU considère ainsi que l'acte des Etats-Unis était une « acceptation » et non une « ratification » de l'Accord, car telle était la dénomination de l'acte du président Obama notifié au dépositaire). Cette qualification d'*executive agreement*, purement interne, n'ayant pas de raison d'être modifiée depuis 2016, le Président Biden pourra, par un simple acte de l'exécutif, signifier une nouvelle fois la volonté des Etats-Unis de devenir à nouveau partie à l'Accord.

Du point de vue du droit international, cette situation soulève quelques questions, notamment de qualification. Etant donné qu'à partir du 4 novembre 2020 les Etats-Unis doivent être tenus pour un Etat tiers, il semblerait cohérent que le nouvel acte d'engagement ne puisse se réaliser qu'au moyen d'une adhésion. En effet, en vertu du droit international coutumier, la ratification, l'acceptation ou l'approbation d'un texte ne sont ouvertes qu'aux Etats signataires. Or la question est de savoir si la dénonciation de l'Accord a mis à néant toute la procédure d'acceptation américaine, depuis la signature le 22 avril 2016 jusqu'à l'acceptation du 3 septembre suivant, ou si au contraire il ne s'agissait que de revenir sur ce dernier acte, de sorte que les Etats-Unis d'Amérique demeureraient un Etat signataire non partie. Rien dans les dispositions sur le retrait ou la dénonciation (art. 54 et 56) de la Convention de Vienne de 1969, qui peuvent être tenues pour des reflets du droit coutumier, ne permet de résoudre l'interrogation, sinon qu'il n'apparaît pas possible d'envisager une troisième voie, celle de « l'annulation » de la dénonciation, ne requérant pas de nouvel acte d'engagement. La question semble pourtant fondamentale car si la première solution rendrait nécessaire une adhésion au traité, la seconde requerrait seulement une nouvelle acceptation.

Juridiquement, il ne s'agit pas de la même procédure : la ratification, l'acceptation ou l'approbation ne sont que la fin d'un processus ouvert par la signature préalable du texte, qu'elles confirment, alors que l'adhésion concentre en un seul acte l'expression de l'Etat à se lier. Sur ces procédures, les articles 11, 14 et 15 de la Convention de Vienne précitée, qui reflètent le droit coutumier, sont toutefois rédigés d'une manière à laisser une grande souplesse aux Etats. Celle-ci se manifeste en pratique car ces différents procédés d'engagement au sein de conventions multilatérales sont souvent assimilés dans les clauses finales. Il en est ainsi à l'article 20 § 1 de l'Accord de Paris, selon lequel « Le présent Accord est ouvert à la signature et soumis à la ratification, l'acceptation ou l'approbation des Etats et des organisations régionales d'intégration économique qui sont Parties à la [Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques]. Il sera ouvert à la signature au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 22 avril 2016 au 21 avril 2017 et sera ouvert à l'adhésion dès le lendemain du jour où il cessera d'être ouvert à la signature. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Dépositaire ». A défaut d'autres

précisions, l'adhésion n'est conditionnée qu'au dépôt de l'instrument auprès du dépositaire par un Etat membre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992, que les Etats-Unis d'Amérique n'ont pas dénoncée. Dès lors, un simple acte du Président des Etats-Unis signifiant leur volonté de s'engager à nouveau est suffisant. Il en serait de même dans l'hypothèse, où leur signature serait toujours valable et qu'ils notifieraient alors une nouvelle acceptation au Secrétaire général. Dans les deux cas, un acte individuel du Président, intitulé « adhésion » ou « acceptation », à destination du dépositaire de l'Accord leur permettrait de devenir à nouveau membre ; en vertu du § 3 de l'article 21, cette qualité serait ensuite acquise à l'issue d'un délai de 30 jours. Les différentes modalités d'engagements ne varient donc que par la qualité de signataire : deviennent parties par « ratification, acceptation ou approbation » les Etats ayant signé le Traité durant la période imposée et par « adhésion » les autres. L'acte d'engagement produira les mêmes effets, quelle que soit son appellation. Cela conduit à relativiser l'importance de la « signature » des traités multilatéraux, qui ne semble désormais relever, hors le cas où elle conduit à l'engagement de l'Etat (art. 12 de la Convention de Vienne, précitée, concernant les traités dits « en forme simplifiée »), que d'un décorum protocolaire.

Reste à savoir quels seront les effets de cette décision de redevenir partie à un traité récemment dénoncé, peu courante en droit international. Si l'Accord de Paris comporte un grand nombre d'invitations et de pétitions de principe, il consacre aussi un nombre non négligeable d'engagements, notamment en ce qui concerne les « contributions déterminées au niveau national » que les Etats-Unis d'Amérique devront à nouveau présenter (art. 4) et qu'ils devront respecter. C'est dire si, une fois passé cet acte d'engagement à l'Accord, le plus grand défi de ce retour au sein de la communauté des parties demeurera devant eux : la mise en œuvre des engagements souscrits.

A. HERM.

ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE

L'Anti-Money Laundering Act et le Corporate Transparency Act de 2020 : deux nouvelles lois américaines à portée extraterritoriale contre l'anonymat sociétal

2021/1.7 – La Chambre des Représentants et le Sénat des Etats-Unis d'Amérique ont adopté le *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021* [« NDAA 2021 »], le budget de la défense nationale, les 8 et 11 décembre 2020, respectivement (<https://docs.house.gov/billsthisweek/20201207/CRPT-116hrpt617.pdf>). Ce dernier est composé de huit divisions, dont la *Division F* qui constitue l'*Anti-Money Laundering Act of 2020* [« AMLA 2020 »], et le *Title LXIV* qui constitue le *Corporate Transparency Act of 2020* [« CTA 2020 »], deux nouveaux instruments nationaux américains qui auraient pour but de limiter l'utilisation de sociétés écrans, américaines ou ayant un lien avec une société ou un bien localisés aux Etats-Unis, à des fins illégales (<https://thediplomat.com/2020/12/us-passes-historic-anti-corruption-legislation-with-global-reach/>). Le NDAA 2021 fut ensuite transféré à la Maison Blanche. Le Président Donald Trump exerça son droit de veto contre le NDAA 2021 le 22 décembre 2020. Le texte fut donc renvoyé aux deux Chambres. La Chambre des Représentants et le Sénat ont tous les deux maintenu cette loi, par un vote à majorité qualifiée. L'AMLA 2020 et le CTA 2020 font donc dès à

présent parties du droit national américain. Or, ces lois semblent devoir « *usher in the most profound changes to the U.S. anti-money laundering regime since the USA PATRIOT Act of 2001.* » (<https://regtechconsulting.net/aml-regulations-and-enforcement-actions/aml-act-of-2020-renewing-americas-aml-cft-regime/>). Ces lois étendent largement les prérogatives et fonctions du FinCEN (*Financial Crimes Enforcement Network*) – le bureau du département du Trésor américain en charge de collecter et d’analyser les informations sur les transactions financières dans le cadre de la lutte américaine contre le blanchiment d’argent national et international – et surtout, entre autres innovations, établissent un nouveau régime juridique de collecte d’informations sur les propriétaires ou bénéficiaires ultimes de sociétés tant américaines qu’établies en dehors du territoire américain, mais ayant un lien avec un bien ou une société basée aux États-Unis. Par exemple, une autorité américaine compétente – selon cette loi – pourra exiger d’une société américaine détenue par une seconde société basée en France de révéler l’identité du propriétaire ou bénéficiaire ultime de cette dernière, nonobstant un quelconque droit à l’anonymat conféré au propriétaire à l’étranger. Selon certains observateurs, « *the US is moving from a US-focused, regulator-versus-regulated, compliance-focused regime to a global, public/private partnership focused on fighting all financial crimes* » (<https://regtechconsulting.net/aml-regulations-and-enforcement-actions/aml-act-of-2020-renewing-americas-aml-cft-regime/>). Ces deux lois visent, entre autres objectifs, à mettre fin à la possibilité juridique, de par le monde, de cacher l’identité du bénéficiaire ultime d’une société quand cette dernière maintient un quelconque lien avec les États-Unis. La *Section 6402* du NDAA 2021, *Sense of Congress*, qui expose le raisonnement du Congrès américain pour la mise en place de ce nouveau régime de collecte d’informations, dispose que ce régime « *will be directly available only to authorized government authorities* » et qu’il sera « *highly useful to national security, intelligence, and law enforcement agencies and Federal functional regulators* ». Ce nouvel instrument ne servira donc pas uniquement les autorités fiscales ou celles en charge de la lutte anti-corruption mais pourra aussi être utilisé par les agences américaines de renseignement pour des opérations plus politiques ou militaires. D’ailleurs, Gary Kalman, le Directeur de *Transparency International U.S.* l’affirma clairement : « *You have the national security community as interested in these issues as the anti-poverty community* » (<https://foreignpolicy.com/2020/12/03/biden-kleptocrats-dirty-money-illicit-finance-crackdown/>).

L’AMLA 2020 définit le bénéficiaire ultime d’une société comme tout individu – personne physique – qui exerce un contrôle substantiel direct ou indirect ou détient pas moins de 25 pourcents du capital de cette société. Cette définition est très large et ne suit pas forcément la pratique généralisée de par le monde de distinguer entre bénéficiaire ultime *de facto* et bénéficiaire ultime *de jure* (<https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/56cbec95-6d90-42e5-b05d-7849907de64a/Focus-14.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ltk4eU2>). L’adoption de ces deux lois et leurs dispositions particulières sur l’anonymat des bénéficiaires ultimes de sociétés non-américaines posent la question de savoir si tant leur contenu (leur « fond ») que leur extraterritorialité (leur portée) sont internationalement licites. Pour le premier, le contenu de ces deux lois ne semble pas violer de convention internationale signée par les États-Unis ou de principes généraux du droit international. En effet, requérir l’obtention de l’identité du propriétaire ultime d’une société ayant un lien avec l’économie américaine ne semble pas violer le droit de l’Organisation mondiale du commerce, ou celui de la Charte des Nations Unies, par

exemple. D'autres conventions plus régionales auxquelles Washington est partie, tel l'Accord de libre-échange nord-américain, ne semble pas non plus présenter de dispositions qui se verraient violer par ces deux nouvelles lois américaines. Rien donc ne permet d'affirmer que le contenu de l'ALMA 2020 et du CTA 2020 ne soit internationalement illicite. Qu'en est-il néanmoins de la portée de ces deux lois ?

Une portée extraterritoriale internationalement licite. Le droit international n'a pas encore définitivement tranché la question de l'extraterritorialité des lois nationales. En 1927, la Cour permanente de Justice internationale dégagea, dans l'*Affaire Lotus*, des principes qui constituent jusqu'à ce jour le fondement principal du droit positif en matière d'extraterritorialité. Selon cette Cour – et contrairement à une certaine vulgate médiatique ou politique –, un Etat peut exercer sa compétence normative afin de réglementer des situations extérieures à son territoire. Néanmoins, la compétence d'exécution, elle, est strictement territoriale. Le droit international distingue donc entre compétence normative et compétence d'exécution. Selon la doctrine internationaliste majoritaire, pour que la compétence normative extraterritoriale d'un Etat soit internationalement licite, elle doit se reposer sur au moins un titre de compétence, tel le rattachement territorial ou personnel. Ce rattachement entre la situation visée par la norme et l'Etat auteur de celle-ci doit néanmoins être plus ou moins étroit. La doctrine parle de rattachement raisonnable et la Cour internationale de Justice semble y avoir fait référence en affirmant que l'exercice extraterritorial par l'Etat de sa compétence normative est soumis à une « obligation de modération et de mesure » (CIJ, *Affaire Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 105). Or, les deux lois américaines en question semblent respecter ce critère du rattachement territorial raisonnable : elles ne concernent en effet que les sociétés non-américaines mais ayant un lien capitalistique ou de contrôle décisionnel effectif sur une société ou un bien basé aux États-Unis. Ces lois, malgré leur licéité internationale, risquent néanmoins de se heurter à des normes nationales étrangères.

Des lois incompatibles avec certaines dispositions étrangères sur le secret des affaires. Le principal impact qu'aura ce nouveau régime de collecte d'informations sur les bénéficiaires ultimes de sociétés non-américaines mais ayant une activité aux États-Unis sera la mise en difficulté de certaines lois non américaines conférant une protection du secret des affaires. Par exemple, la France a adopté en juillet 2018 la loi n°2018-670 relative à la protection du secret des affaires venant transposer la directive européenne 2016/943 du 8 juin 2016. Cette loi vise à garantir le secret des affaires en conférant à ses bénéficiaires légitimes le droit d'engager la responsabilité civile de toute personne qui obtient, utilise et/ou divulgue ce secret de manière illicite. Le détenteur légitime du secret concerné pourra dans ce cas réclamer de la personne ayant violé son droit des dommages et intérêts et la prise de mesures proportionnées de nature à prévenir ou faire cesser l'atteinte au secret des affaires telle, par exemple, la destruction de documents. Dans le cadre de cette loi, pour bénéficier de la protection du secret des affaires, le détenteur doit être le détenteur légitime d'un secret des affaires, ce dernier terme étant défini comme toute information qui cumule les critères suivants :

- L'information ne doit pas être, « en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité » ;

- Elle doit revêtir « une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret » ; et

- Elle doit faire « l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »

Malgré cette définition qui pourrait laisser croire que cette loi ne protège que des secrets techniques ou industriels, de nombreux praticiens, dont des cabinets d'avocats, affirment que certaines données commerciales sont aussi protégées par cette loi (<https://tinyurl.com/y3nub6z9>). Or, la structure capitaliste d'une société peut faire partie de cette catégorie de données commerciales légitimes, quand elle vise par exemple à optimiser la fiscalité de la société concernée, ou à naviguer entre certains régimes juridiques complexes, tel celui applicable aux exportations/importations d'armement. L'ALMA 2020 et le CTA 2020, en imposant la divulgation aux autorités américaines compétentes de l'identité du bénéficiaire ultime, et donc de la structure capitaliste réelle d'une société, se heurtent ainsi tant à la loi française qu'à la directive européenne 2016/943. De plus, aucune garantie n'est donnée aux futurs bénéficiaires ultimes non américains, qui seront ciblés par ce nouveau régime, que leur traitement bénéficiera d'un contrôle de légalité ou que leurs données ne seront partagées avec d'autres acteurs, étatiques ou pas, n'ayant pas forcément de raisons valables d'y avoir accès – tel un compétiteur américain.

Dans un article intitulé « *Why America Must Lead Again* » publié dans le volume de Mars/Avril 2020 de la revue *Foreign Affairs*, le candidat Démocrate Joseph Biden, élu Président depuis, affirmait qu'il allait « *issue a presidential policy directive that establishes combating corruption as a core national security interest and democratic responsibility* » et « *lead efforts internationally to bring transparency to the global financial system, go after illicit tax havens, seize stolen assets, and make it more difficult for leaders who steal from their people to hide behind anonymous front companies* » (<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-01-23/why-america-must-lead-again>). Il est donc à prévoir que l'Administration Biden utilisera l'ALMA 2020 et le CTA 2020 assez agressivement afin de mettre en place de telles politiques. L'utilisation de ces lois à des fins de pure compétition économique n'est pas non plus à exclure. Reste à voir également dans quelle mesure ces deux lois, et surtout leur éventuelle utilisation à des fins politiques par certaines agences de renseignement, enfreindraient le droit à la vie privée garantie par certaines lois nationales ou dispositions de conventions régionales relatives aux droits de l'homme, telles celles de la Convention EDH.

PH. B-N

FRANCE

Nouvelle appellation de l'armée française (« Armée de l'air et de l'espace »)

2021/1.8 – L'annonce avait été faite symboliquement la veille du 14 juillet 2019 par le Président de la République française : un commandement de l'espace serait créé au sein de l'Armée de l'air, devenue ce faisant, en Septembre 2020, l'« Armée de l'air et de l'espace ». Le quartier général du commandement de l'espace est alors basé à Toulouse, avec un effectif initial de 220 personnes. Toutefois, pour l'heure, on cherchera en vain ce changement d'appellation dans le code de la défense où il est toujours question de l'Armée de l'air. L'article L3211-1 de ce code précise que « [l]es forces armées

comprennent : 1° L'armée de terre, la marine nationale et l'armée de l'air, qui constituent les armées au sens du présent code ; 2° La gendarmerie nationale ; 3° Les services de soutien et les organismes interarmées (...)), et le Chapitre IV du même code porte toujours sur l'« [o]rganisation de l'armée de l'air (articles R3224-1 à R3224-12) » sans aucune référence à ce commandement. Cette modification, qui devrait être entérinée d'ici peu, s'inscrit à l'échelle internationale dans les enjeux soulevés par la militarisation de l'espace extra-atmosphérique.

Cette militarisation renvoie au développement par les Etats de leurs compétences spatiales militaires (I. SOURBES-VERGER, « La militarisation de l'espace : perspective européenne », *Annals of Air and Space Law*, 2004, 29, p. 358). Elle a commencé dès le début de la conquête spatiale avec notamment le programme américain de satellites de reconnaissance *Corona* entre 1959 et 1972 et les satellites de télécommunications militaires russes *Strela*, avec un premier lancement en 1964. Elle se poursuit ensuite puisque de nombreux Etats cherchèrent une indépendance militaire spatiale. La militarisation de l'espace s'est donc intensifiée. Deux étapes peuvent être identifiées. La première étape consiste en l'utilisation de technologies spatiales exclusivement militaires, ou non, comme support pour des opérations militaires terrestres. La deuxième étape renvoie à son « arsenalisation », c'est-à-dire au déploiement de capacités militaires spatiales pour mener des opérations dans le milieu terrestre, mais aussi dans celui qu'est l'espace extra-atmosphérique (S. AKBAR, « Régime de l'arsenalisation de l'espace », in P. ACHILLEAS (dir.), *Droit de l'espace : télécommunication, observation, navigation, défense, exploration*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 287).

Avec l'évolution des technologies, il était évident que la deuxième étape serait rapidement franchie. En 1981, avec la résolution 36/97C sur « la prévention de la course aux armements dans l'espace extra-atmosphérique », l'Assemblée générale des Nations Unies chargea le Comité du désarmement « d'examiner la question de la négociation d'accords effectifs et véritables visant à empêcher la course aux armements dans l'espace extra-atmosphérique ». En outre, elle souligna qu'elle était « [c]onvaincue qu'il était nécessaire de prendre de nouvelles mesures pour empêcher que l'espace ne devienne un lieu de confrontation militaire, contrairement à l'esprit du Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ». Pour autant, le Comité du désarmement (actuelle Conférence du désarmement) n'aboutit à aucun accord multilatéral.

Or, quarante ans après, les Etats n'appréhendent plus l'espace extra-atmosphérique comme un simple support aux opérations militaires terrestres, mais bien comme un milieu. En termes de stratégie militaire, cela implique la mise en place d'actions au sein de ce dernier pour le maîtriser, afin d'affirmer sa supériorité. Les tirs récents de missiles antisatellites, par la Chine en 2015 (« Dong Neng-3, le missile chinois capable de détruire des satellites », CNEWS, 11 novembre 2015) et l'Inde en 2019 (F. MAUSSION, « Destruction d'un satellite par l'Inde : un acte stratégique aux conséquences imprévisibles », *Les Echos*, 27 mars 2019), en sont une parfaite illustration. Cependant, ces démonstrations de force sont des opérations parmi d'autres, car la maîtrise du milieu spatial nécessite : une indépendance d'accès ; une excellente connaissance de ce qui s'y passe (souvent désignée par le « *space situational awareness* ») ; un contrôle des routes spatiales, dont les orbites et un contrôle des positions clés que sont notamment la Lune et

les cinq points de Lagrange (points qui permettent de rendre un objet fixe notamment par rapport à la Terre et la Lune). Cette course au contrôle de l'espace peut aussi comprendre la recherche stratégique de la congestion spatiale avec pour dessein d'empêcher les autres de contrôler le milieu.

Dans cette perspective, les Etats cherchent donc à accroître leurs capacités militaro-spatiales, dont leurs capacités de surveillance et d'espionnage et leur capacité humaine. Cela ressort explicitement des discours de la Ministre française des armées qui prend soin de rappeler les deux tentatives d'espionnage de 2018 puis de 2020 d'un satellite français par le satellite russe *Luch Olympe* ; justifiant ainsi, entre autres, l'intérêt de cette nouvelle appellation de l'armée (v. la déclaration de la Ministre française des armées sur la stratégie spatiale de défense, à la Base aérienne 942 de Lyon du 25 juillet 2019 et son discours d'ouverture du colloque « Armée de l'Air et de l'Espace » du 24 novembre 2020). A noter que, depuis quelques années, d'autres armées de l'espace ont fait leur apparition. En 2015, la Russie et la Chine ont créé respectivement les forces aérospatiales russes et les forces de soutien stratégique chinoises spécialisées dans les domaines du spatial, du cyber et de la guerre électronique. En 2019, les Etats-Unis ont remplacé le *Air Force Space Command* par la *Space Force* et d'ici 2022, le Japon devrait aussi s'affirmer avec un commandement spatial opérationnel (<https://www.meta-defense.fr/2020/01/24/creation-dun-commandement-de-defense-spatiale-au-japon/>).

Cette intensification de la militarisation de l'espace annonce un changement de paradigme qui inquiète une partie de la communauté internationale. Des solutions pour garantir le principe de l'exploration et de l'utilisation de l'espace à des fins pacifiques consacré par plusieurs dispositions du Traité de 1967 (v. le préambule § 2 et 4, les articles III, IV, IX et XI) sont recherchées. Le 6 novembre 2020, en séance plénière de la première Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies chargée des questions de désarmement et de sécurité internationale, les différentes délégations se sont prononcées sur plusieurs projets de résolution portant sur la prévention d'une course aux armements dans l'espace (A/C.1/75/L.3), sur la réduction des menaces spatiales au moyen de normes, de règles et de principes de comportement responsable (A/C.1/75/L.45/Rev.1), sur le non-déploiement d'armes dans l'espace (A/C.1/75/L.62) et sur les nouvelles mesures concrètes de prévention d'une course aux armements dans l'espace (A/C.1/75/L.63).

Cependant, le vote de chacun des projets fit ressortir les divergences avec, notamment, les oppositions constantes des Etats-Unis et d'Israël (<https://www.un.org/press/fr/2020/agdsi3658.doc.htm>). Ce qui présage mal d'éventuelles négociations relatives à un accord multilatéral, qui seraient menées sous l'égide de la Conférence du désarmement. Par conséquent, à ce jour, une des solutions consiste à se tourner vers les textes juridiques en vigueur, et plus particulièrement le Traité de 1967.

Le fondement de la militarisation de l'espace se trouve dans le principe de la liberté d'utilisation et d'exploration de l'espace consacré à l'alinéa 2 de l'article premier du Traité de 1967, au détriment du principe de l'utilisation et de l'exploration pacifique de l'espace. Cette articulation consiste à soutenir que la liberté prime tant que l'utilisation militaire de cet espace n'est que défensive et ne donne pas lieu à des opérations offensives ou « agressives » dans cet espace. Le phénomène de militarisation est par ailleurs soutenu depuis longtemps par la doctrine américaine qui va jusqu'à défendre sa nécessité pour préserver la sécurité internationale (S. COURTEIX, « Le traité de 1967 et son application en matière d'utilisation militaire de l'espace », *Politique étrangère*, n° 3, 1971, p. 262)

Toutefois, plusieurs dispositions du Traité de 1967 viennent limiter la militarisation. L'espace extra-atmosphérique n'est pas « un nouveau Far West ». Tout d'abord, l'article IV interdit d'une part les objets porteurs « d'armes nucléaires ou de tout autre type d'armes de destruction massives » et, d'autre part, « l'aménagement de bases et installations militaires et de fortifications, les essais d'armes de tous types et l'exécution de manœuvres militaires » sur les corps célestes. En outre, il limite « l'utilisation de personnel militaire à des fins de recherche scientifique ou à toute autre fin pacifique ».

Par ailleurs, si l'on réfléchit aux stratégies militaires visant à maîtriser le milieu spatial, il faut rappeler que les premier et deuxième alinéas de l'article 1^{er} précisent respectivement que l'exploration et l'utilisation de l'espace, y compris tous les corps célestes, « doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays » et que toutes les régions des corps célestes doivent être librement accessibles. Plus précisément, en ce qui concerne la stratégie militaire visant à maîtriser le milieu par le contrôle de points particuliers tels que les points de Lagrange, il peut être soutenu qu'une telle occupation reviendrait à une appropriation de fait d'une partie de l'espace, appropriation qui est interdite par le principe de non-appropriation consacré à l'article II.

Enfin, l'article III stipule que l'exploration et l'utilisation de l'espace doivent « s'effectuer conformément au droit international, y compris la Charte des Nations Unies, en vue de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser la coopération et la compréhension internationales ». Avec une lecture pleine de bon sens de cette disposition, le maintien de la paix et de la sécurité internationale est indissociable de la coopération et de la compréhension internationales puisqu'il en est, si ce n'est une résultante, au moins une composante. Or, les oppositions aux solutions qui viseraient à contrecarrer une course à l'armement spatial et qui se fondent sur la nécessité de la militarisation pour maintenir la paix et la sécurité internationales prônent un discours incompréhensible. L'intensification de la militarisation, notamment avec la multiplication d'armées nationales spécialisées dans le domaine spatial, ne reflète pas une coopération, mais une mise en exergue de l'exercice des souverainetés des États. En effet, si dans le cas de l'espace maritime, une militarisation afin de combattre des acteurs non étatiques tels que des pirates peut relever d'une coopération internationale, pour ce qui est de l'espace extra-atmosphérique, l'absence de tels acteurs ne laisse aucun doute quant au fait que la militarisation vise les rapports de force étatiques.

Dès lors, il est important aujourd'hui de relire le Traité de 1967 et ses subtilités juridiques qui viennent renforcer le principe d'utilisation et d'exploration pacifique de l'espace. Loin d'être une utopie, ce principe est la pierre angulaire du droit de l'espace, car il est une condition nécessaire de la liberté et du bon déroulement des activités spatiales devenues indispensables à de nombreuses activités terrestres.

N. C.

FRANCE

**Recommandation de la Commission des limites du plateau continental
sur la demande présentée par la France
concernant la Réunion et les îles Saint-Paul et Amsterdam**

2021/1.9 – La « territorialisation » des mers et des océans (B. H. OXMAN, « *The Territorial Temptation : a Siren Song at Sea* », *AJIL*, 2006, vol. 100, pp. 830-851) se poursuit. Près d'un quart de siècle après son établissement (1997), la Commission des limites du plateau continental (CLPC) recueille toujours des demandes d'extension de plateaux continentaux au-delà des 200 milles marins auxquels tout Etat côtier peut prétendre. Elles bénéficient à cet égard de la prorogation du délai imparti pour les dépôts (initialement prévue dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer [CNUDM], soit le 16 novembre 2004, la date limite a par la suite été repoussée au 13 mai 2009) et de la possibilité offerte aux Etats de ne transmettre dans ce délai que des informations préliminaires indicatives. Ce qui explique que la CLPC ait encore pu enregistrer quatre demandes en 2019 (Maurice, sud de l'Île des Chagos, 26 mars ; Indonésie, nord de la Papouasie [Eauripik Rise], 11 avril ; Canada, Océan Arctique, 23 mai ; Malaisie, Mer de Chine méridionale, 12 décembre). Ces soumissions s'ajoutent au plus de quatre-vingt autres déjà présentées, dont bon nombre continuent de faire l'objet d'un examen (elles sont disponibles à l'adresse suivante : https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm). Cet examen s'est en revanche achevé pour deux d'entre elles lors de la dernière session (52^{ème}) de la CLPC, organisée du 27 janvier au 13 mars 2020, l'un concernant la Côte d'Ivoire, l'autre, la France (Réunion et Îles Saint-Paul et Amsterdam) (Doc. CLCS/52/2, resp. §§44-46 et 36-38). Lors de cette session, la CLPC a également abordé la demande conjointe présentée par cette dernière et l'Afrique du Sud au sujet de l'Archipel de Crozet et des Îles du Prince Edouard, dont il a cependant été décidé de rediscuter à la prochaine session (*Ibid.*, §§21-25). La conjonction de cette discussion et de la recommandation concernant la France est significative à un double égard.

De manière générale, elle démontre en premier lieu la pleine et pérenne participation de la France au mouvement de « territorialisation » des mers et des océans, notamment en ce qui concerne les plateaux continentaux. Déjà, quatre décrets du 25 septembre 2015 avaient, à la suite des recommandations adoptées par la CLPC relativement au golfe de Gascogne (demande conjointe présentée avec l'Espagne, l'Irlande et le Royaume-Uni, recommandation du 24 mars 2009), à la Guyane, et à la Nouvelle-Calédonie (Ouest) (recommandation du 2 septembre 2009) ainsi qu'aux Antilles et à l'Archipel des Kerguelen (recommandation du 19 avril 2012), consacré une extension de 579 000 km² (le décret n°2020-376 du 30 mars 2020 est revenu sur les limites extérieures du plateau au large de la Guyane, notamment afin de prendre en compte l'accord de délimitation maritime avec la République du Suriname, signé à Paris le 8 novembre 2017). Les décrets n°2021-42 du 19 janvier 2021 et 2021-60 du 25 janvier 2021 définissant les limites extérieures des plateaux continentaux au large, respectivement, de La Réunion et des Îles Saint Paul et Amsterdam viennent de la portée à 730 000 km². Ces décrets font suite à l'adoption par la CLPC le 4 mars 2020, « à l'issue de longues délibérations » (selon la formule désormais convenue) et sans les « mettre aux voix » (conformément à ce que préconise son Règlement intérieur, en son article 37), des deux projets de recommandations que lui avaient présentés sa sous-commission et qui reprenaient en les amendant légèrement les

demandes transmises par la France le 8 mai 2009 (https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fra40_09/2020_03_04_COM_SUMREC_FRA2.pdf). Les quatre dossiers français dont la CLPC demeure saisie (Archipel de Crozet, demande transmise le 6 mai 2009 ; Wallis-et-Futuna, demande conjointe avec Tuvalu et la Nouvelle-Zélande [Tokenau] pour la zone de Robbie Ridge, transmise le 7 décembre 2012 ; Saint-Pierre-et-Miquelon, demande transmise le 16 avril 2014 ; Polynésie française, demande transmise le 6 avril 2018) laissent entrevoir une augmentation de 500 000 km² (<https://www.extraplac.fr/>).

Les discussions portant sur l'Archipel de Crozet lors de la dernière session de la CLPC, combinées à l'adoption à cette occasion de la recommandation sur la Réunion et les Îles Saint-Paul et Amsterdam soulignent, en second lieu, la « territorialisation » à l'œuvre dans les espaces maritimes baignant les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF). Cette collectivité créée il y a désormais 65 ans (1955) accuse ainsi, de ce fait même, sa situation à bien des égards singulière d'un point de vue « territorial ». D'une part, la possession par la France des Îles Éparses (Glorieuses, Tromelin, Bassas da India, Europa, Juan de Nova), composant l'un de ses cinq districts, demeure contestée par Madagascar – la conclusion d'un accord initialement prévu le 26 juin 2020 ayant d'ailleurs été repoussée (<https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/iles-eparses-0/madagascar-soutient-demande-restitution-iles-eparses-848610.html>). Ce contexte géopolitique pourrait expliquer en partie que ces îles n'aient pas fait l'objet de demandes d'extension de plateaux – celle à laquelle il devrait être procédé au large de la Réunion, quoique relevant de la même région, est extérieure à la zone disputée. Ce sont des raisons plus précisément juridiques qui justifient que la France n'ait pas pour l'heure soumis de dossier pour la Terre Adélie, district des TAAF situé sur le continent antarctique. Elles résultent du dispositif institué par le Traité sur l'Antarctique du 1^{er} décembre 1959. Souvent mal compris, celui-ci n'interdit pas le maintien des prétentions françaises mais, outre qu'il n'emporte aucune reconnaissance conventionnelle, préservant par conséquent les protestations exprimées à leur endroit, il en « gèle » l'étendue. Pour autant, la France (comme les autres États partageant des revendications antarctiques) s'est réservée la possibilité de déposer ultérieurement une demande d'extension du plateau au large de la Terre Adélie dans une note accompagnant celle concernant l'Archipel des Kerguelen (5 février 2009) (F. AUMOND, « L'Antarctique aux prises avec l'obsession territoriale », in L. CHAN TUNG, S. LAVOREL (dir.), *L'Antarctique enjeux et perspectives juridiques*, Paris, Pedone, 2021). Celle-ci avait d'ailleurs été permise en dépit du fait qu'elle mordait sur la zone concernée par le « gel » institué par la Convention sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique (1980) (zone débordant au nord celle couverte par le Traité sur l'Antarctique), notamment sur le fondement d'une « Déclaration du Président » intégrée à l'Acte final de la Conférence (F. AUMOND, « La France et le droit relevant du 'Système du Traité antarctique' », in *Entre les ordres juridiques. Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Paris, 2015, pp. 23-49). La situation est identique pour le projet portant sur l'Archipel de Crozet. En revanche, l'extension du plateau des Îles Saint-Paul et Amsterdam ne soulève pas les mêmes difficultés dès lors qu'elles se situent au nord de l'espace concerné par le gel austral des revendications territoriales.

A l'instar du régime institué par le Traité sur l'Antarctique, celui organisé pour les TAAF les voue essentiellement à la Science et ménage une protection particulièrement poussée de leur environnement. En témoigne la création à la faveur du décret n°2006-1211

du 3 octobre 2006 d'une Réserve naturelle nationale regroupant l'ensemble des espaces terrestres de l'Archipel de Crozet, de l'Archipel des Kerguelen et des Îles Saint-Paul et Amsterdam, ainsi qu'une partie de leur zone économique exclusive (l'ensemble couvre 672 000 km²). Le contexte normatif international rejoint d'ailleurs le cadre national puisque cette même zone vient d'être inscrite au patrimoine mondial de l'UNESCO lors de la quarante-troisième session du Comité du patrimoine mondial (juillet 2019). A cette occasion, le Comité avait insisté sur la nécessité d'encadrer strictement les activités ayant pour objet l'exploitation des richesses et ressources du bien (tourisme, pêche commerciale) afin de ne pas compromettre ce qui devait en demeurer la finalité première, à savoir sa stricte préservation (Doc. 43/COM/8B.6). Dans un communiqué publié le 11 juin 2020 par le Secrétariat général de la mer, service relevant du Premier ministre, il est également indiqué que l'exploitation des plateaux étendus de la Réunion et des Îles Saint-Paul et Amsterdam « n'est pas à l'ordre du jour ». Les recommandations de la CLPC, qui en ouvrent la perspective (sous réserve de l'adoption des décrets correspondants), n'en sont pas moins considérées comme « un motif de satisfaction, car elles permettent à la France de préserver ses droits pour l'avenir dans de vastes espaces sous-marins, ce qui implique la possibilité d'assurer leur protection si l'exploitation n'est pas souhaitée » (https://www.extraplac.fr/content/download/142289/file/20200611_EXTRAPLAC-CP_La-R%C3%A9union-SPA.pdf). Par où l'on voit une approche singulière d'une « territorialisation » qui serait effectuée à des fins de préservation de l'environnement. Mais l'on sait assez combien celles-ci ne sont pas exclusives d'autres finalités. Que l'on songe aux projets britanniques de création d'aires marines protégées au large des Îles Chagos, disputées par Maurice (N. HAJAMI, « La sentence arbitrale du 18 mars 2015 », cette *Revue*, 2016/2, pp. 333-357) – laquelle s'est d'ailleurs empressée de déposer un dossier de demande d'extension pour cette zone (26 mars) après l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice consacrant l'essentiel de ses revendications (J.-L. ITEN, « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 », cette *Revue*, 2019/2, pp. 391-408). On observera également que les crispations entre la France et Madagascar au sujet des Iles Eparses ont été ravivées après l'annonce, faisant suite à la visite controversée du Président français sur l'une de ces îles (Archipel des Glorieuses) en octobre 2019, d'un projet d'y créer une Réserve naturelle nationale (<https://www.rfi.fr/fr/afrique/20200530-%C3%Aeles-%C3%A9parses-retour-une-ann%C3%A9e-blocages-entre-la-france-et-madagascar>). Bernard Oxman avait du reste bien conscience de cet écueil dans son article cité en entame de cette note.

F. A.

FRANCE – MALI

**Opération Barkhane : élimination au Mali de Bah Ag Moussa,
un succès tactique sur fond d'incertitudes stratégiques ?**

2021/1.10 – Le 10 novembre dernier, les forces françaises déployées au Mali dans le cadre de l'opération *Barkhane* (2014 - ?) ont « neutralisé » Bah Ag Moussa, chef militaire du Rassemblement pour la victoire de l'Islam et des musulmans (RVIM, GSIM ou JNIM selon l'acronyme retenu), groupe affilié à Al-Qaïda (communiqué de la ministre des Armées, 13 novembre 2020, https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués/communiqué_florence-parly-salue-la-neutralisation-d-un-haut-cadre-d-al-qaïda-au-mali-par-les-forces-armées-françaises). Il semble qu'au terme d'une longue traque et de

l'exploitation de renseignements alliés, probablement américains, un pick-up transportant Bah Ag Moussa (alias « Bamoussa ») ait été repéré dans le secteur de Tatamakata, à proximité de Ménaka (nord-est malien). Plusieurs hélicoptères d'attaque sont alors envoyés pour l'intercepter, un combat s'engage et les cinq occupants du véhicule sont tués. Peu de détails supplémentaires ont été communiqués par l'Etat-major des armées, du moins à ce stade (<http://www.opex360.com/2020/11/13/sahel-la-force-barkhane-elimine-le-chef-des-operations-du-groupe-de-soutien-a-lislam-et-aux-musulmans/>).

Originaire de Kidal, de père Bambara et de mère Touarègue, Bah Ag Moussa (62 ans) incarnait à lui seul la complexité des profils présents sur le théâtre sahélien. Il fut d'abord une figure des rebellions des années 1990, un révolutionnaire aguerri et entraîné en Libye, avant d'être intégré à deux reprises dans l'armée malienne, à la faveur d'accords politiques conclus entre le pouvoir central et les mouvements indépendantistes réclamant la sécession d'une partie du Nord. « Bamoussa » déserte en 2012, rejoint la lutte armée, revient et engage le dialogue avec Bamako, essuie la défiance du pouvoir envers les « kidalois », replonge dans la clandestinité. Il prend finalement ses distances avec le Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA), épouse la cause djihadiste et contribue avec Iyad Ag Ghali à la fondation d'Ansar Eddine qui entend promouvoir un califat islamiste au Sahel. En 2013, on lui prête un rôle majeur dans les batailles de Ménaka, Tessalit ou Kidal. Bah Ag Moussa accède par la suite au commandement des opérations militaires du RVIM, (union d'Ansar Eddine, d'Al-Qaïda au Maghreb islamique et d'Al Mourabitoune). Depuis, ce groupe armé terroriste – selon la terminologie militaire en vigueur – revendique la plupart des attaques menées contre les forces de défense et de sécurité maliennes, les forces françaises ou la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali (Minusma). Une part importante des 51 militaires français « morts pour la France » (57 pertes au total entre janvier 2013 et janvier 2021) est ainsi imputable aux engins explosifs improvisés (IED) disséminés par le RVIM et actionnés à distance ou par pression. « Bamoussa » a également été cité comme étant derrière plusieurs opérations menées contre les forces maliennes. A la suite de l'attaque de Dioura, la première d'une telle envergure contre un camp militaire malien (17 mars 2019, 23 morts), son nom est inscrit sur la liste du Comité des sanctions contre Daech et Al-Qaïda (Conseil de sécurité, SC/13924, 29 août 2019)

La disparition de Bah Ag Moussa apparaît donc comme un succès tactique qui souligne tant la capacité de la France à intervenir sur plusieurs provinces (zone dite des « trois frontières », Centre et Nord du pays) que son aptitude à neutraliser des djihadistes de premier plan, qu'ils soient membres de *katibas* rattachées à une « franchise » d'Al-Qaïda ou affiliées à l'Etat islamique au Grand Sahara (EIGS), la composante sahélienne de l'Etat islamique pour l'Ouest de l'Afrique (ISWAP). On se souvient en ce sens de l'élimination en juin 2020 de l'Algérien Abdelmalek Droukdel, l'émir d'Al-Qaïda au Maghreb islamique, ou de la capture quelques semaines avant de Mohamed el Mrabat, un cadre de l'Etat islamique. Selon les termes du communiqué de Florence Parly, « qu'il s'agisse de Daech ou Al-Qaïda, la France frappe ceux qui, au nom de leur idéologie mortifère, s'en prennent aux populations civiles et souhaitent déstabiliser les Etats de la région ». Pour mémoire, l'intervention française avait initialement comme objectif de refouler une initiative frontale et ouverte de trois mouvements terroristes lancés à la conquête de Bamako (opération *Serval*, 2013-2014). Avec *Barkhane*, l'engagement s'est

régionalisé et unifié en une seule opération (fusion *Serval/Epervier*). L'ambition est de mettre les forces partenaires à la hauteur d'adversaires de nouveau tapis dans l'ombre. Il s'agit aussi de soutenir la Minusma et de prendre en compte la porosité des frontières sur place et le *continuum* de la menace dans la bande sahélo-saharienne (Burkina Faso, Mali, Mauritanie, Niger et Tchad, Etats ici associés au sein du G5 Sahel, une organisation *ad hoc* instituée en 2014, <https://www.g5sahel.org>).

Le recours à la force au Mali se fonde encore principalement sur le consentement donné par les autorités locales en janvier 2013 (lettre non publiée du Président par *interim* Dioncounda Traoré, voir S/2013/17, 14 janvier 2013), en dépit d'un flottement initial de l'exécutif français, le Président évoquant alors un déploiement « conformément aux résolutions du Conseil de sécurité » (Déclaration de François Hollande en date du 12 janvier 2013, <https://www.elysee.fr/francois-hollande/2013/01/12/declaration-de-m-francois-hollande-president-de-la-republique-sur-lintervention-militaire-francaise-au-mali-a-paris-le-12-janvier-2013>), et le ministre des Affaires étrangères inscrivant l'intervention dans le cadre de l'article 51 de la Charte (conférence de presse de Laurent Fabius donnée le 11 janvier 2013, <https://id.ambafrance.org/Mali-Conference-de-Presse-de-M>). Il est vrai que les opérations extérieures de la France sont habituellement conduites au titre d'une résolution du Conseil de sécurité prise sous l'empire du Chapitre VII de la Charte ou au titre de la légitime défense. Habituellement, mais pas systématiquement, comme le montre la difficulté à fonder certaines interventions sur le territoire syrien dans le cadre des opérations *Chammal* ou *Harmattan* – mais la question dépasse le cadre de cette modeste brève. Pour revenir à l'espèce, point de résolution du Conseil ou d'agression extérieure qui fonderait une action en légitime défense collective, certes, mais la volonté du Mali d'obtenir l'aide de la France. Et personne ne conteste qu'un Etat, « dans l'exercice de sa souveraineté », puisse demander l'assistance militaire de l'un de ses pairs (par exemple S/RES/387, 31 mars 1976). Que le consentement soit un élément relevant de la règle primaire ici en question, l'interdiction du recours à la force, ou une circonstance excluant l'illicéité du comportement contraire observé, il est bien susceptible de justifier une intervention armée sur le territoire d'un tiers. Les conditions habituelles exigées par le droit international général pour qu'une intervention dite « sollicitée » ou « consentie » soit régulière – et le reste – ne paraissent pas dans la situation au Mali poser problème (voir O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, Pedone, 3^e éd., 2020, p. 415 et s. ou la contribution de N. HAJJAMI, dans cette *Revue*, 2018-3).

La licéité de l'intervention française n'a de toute façon pas été officiellement remise en cause par les autorités maliennes qui se sont succédé depuis 2013, bien au contraire. La France et le Mali ont conclu un accord sur le statut de la force *Serval* et un traité de coopération en matière de défense, qui intègre la présence prolongée des troupes françaises (*JORF* n°0272 du 23 novembre 2016). Surtout, ils ont institué avec les autres membres du G5 Sahel de véritables opérations conjointes antiterroristes. Et différents instruments concertés non conventionnels, à l'image des déclarations conjointes au Sommet de Pau (G5 Sahel, 13 janvier 2020, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/01/13/sommet-de-pau-declaration-conjointe-des-chefs-detat>) ou du communiqué final du Sommet de Nouakchott (G5 Sahel, 30 juin 2020, <https://www.elysee.fr/front/pdf/elysee-module-15725-fr.pdf>) ont à leur tour exprimé la volonté partagée que l'engagement militaire de la France au Sahel se poursuive et même s'accroisse. Enfin, au regard de la prise du pouvoir au Mali de ce qu'il faut bien appeler une junte militaire (août 2020), le déplacement du ministre des

Affaires étrangères français à Bamako en octobre puis celui de la ministre des Armées ont permis de s'assurer de la volonté des autorités de transition de travailler avec *Barkhane* contre le terrorisme (<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/mali/evenements/article/mali-deplacement-de-jean-yves-le-drian-a-bamako-25-26-10-20>), en attendant le sommet « Pau+1 » organisé en février 2021 à N'Djamena (Tchad). Il n'empêche, rien n'interdit de regretter l'absence, à notre connaissance, d'une réitération formelle de l'invitation faite il y a maintenant plus de sept ans. Sans qu'elle soit nécessaire en l'état, une nouvelle « lettre » permettrait sans doute de clarifier la situation et, au-delà du droit, de répondre aux interrogations sinon aux critiques. En dernière analyse, la présence française peut également s'appuyer, mais de manière plus limitée, sur les différentes résolutions du Conseil de sécurité qui ont institué ou renouvelé la Minusma. Elles autorisent en effet les forces françaises « à user de tous moyens nécessaires, dans la limite de leurs moyens et dans leurs zones de déploiement, jusqu'à la fin du mandat confié à la Minusma par la présente résolution, pour intervenir à l'appui d'éléments de la Mission en cas de menace grave et imminente, [...] » (S/RES/2531, 29 juin 2020).

Un titre à agir ne suffit évidemment pas à garantir la réussite d'une opération extérieure. La capacité de *Barkhane* et des forces spéciales *Sabre* à arrêter ou éliminer de haut dirigeants djihadistes ne saurait masquer les multiples défis que rencontre cette opération, la plus longue, la plus dure et la plus coûteuse des projections françaises actuelles. On songe immédiatement aux contraintes opérationnelles, bien sûr, pour les plus de 5000 soldats français engagés dans un espace d'intervention vaste comme l'Europe et dont le climat éprouvant, pour les hommes et matériels, rend d'autant plus délicate la recherche traditionnelle du bon équilibre entre dispersion et concentration des forces. L'immensité perturbe la collecte de renseignements et leur analyse, affecte le contrôle du terrain et la visibilité auprès des populations. Bref, le « milieu » sert un adversaire insaisissable, en recomposition permanente. Il n'est pas simple, en pratique sinon au contact, de distinguer entre groupes armés « amis » signataires des différents accords de sortie de crise et groupes armés « ennemis ». Et comment gagner cette guerre ? Comme le rappelle le colonel Hervé Pierre, « nous “payons” la dissymétrie des moyens par une asymétrie des objectifs. Là où il nous faudrait éradiquer toute action terroriste pour se déclarer vainqueurs, il suffit à l'adversaire d'en commettre une pour affirmer sa victoire comme preuve de son existence et donc de notre incapacité à le réduire au silence en dépit des moyens engagés » (in notre ouvrage *Les opérations extérieures de la France*, CNRS Editions, 2020). Or, plus de six ans après l'engagement français, les groupes armés terroristes demeurent encore capables de mener des attaques simultanées (à l'instar de celles lancées le 30 novembre contre des bases de Kidal, Ménaka ou Gao et visant les forces *Barkhane* et la Minusma, <https://fr.reuters.com/article/idFRKBN28A1YI>) ou de frapper durement les contingents nationaux ou les forces étrangères (cinq soldats français tués à la suite de l'explosion d'IED dans la seule semaine du 28 décembre 2020, actions revendiquées par le RVIM, <https://fr.reuters.com/article/idFRKBN298095>). Les djihadistes conservent manifestement une grande influence, ont encore souvent l'initiative du moment, du lieu, du mode d'affrontement. Les années 2019 et 2020 ont à cet égard été les plus meurtrières pour l'engagement français, et la zone dite des « trois frontières » a connu début 2021 la pire attaque djihadiste commise à l'encontre de civils (une centaine de morts, région de Tillabéri, Niger, 2 janvier 2021, <https://fr.reuters.com/article/World/idFRKBN2990GO>).

En réalité, au-delà des succès tactiques des uns et des autres, tout conflit de ce type est un pari qui repose sur la capacité des forces régulières locales à monter en gamme et à libérer les forces internationales avant qu'elles ne servent d'exutoire aux frustrations des populations. Ce pari, la France ne l'a probablement pas encore perdu mais elle est loin de l'avoir remporté. Chacun sait que l'issue dépend moins des victoires militaires que des avancées politiques. L'exécutif français cherche alors depuis *Serval* à obtenir le soutien nécessaire sur le terrain militaire et, surtout, à dépasser le strict sécuritaire et à internationaliser son engagement. Mais, malgré la multiplication des sommets et des structures – ce qui n'aide d'ailleurs pas à la lisibilité de l'ensemble (institution en 2017 de l'Alliance Sahel <https://www.alliance-sahel.org/>, puis création en 2020 de la Coalition pour le Sahel, <https://www.coalition-sahel.org/>), le soutien reste à l'évidence insuffisant. Sur le plan sécuritaire, la Task Force *Takuba* censée rassembler quelques forces spéciales d'Etats européens afin de mieux accompagner les unités maliennes au combat peine pour le moins à se mettre en place en dépit des déclarations officielles. Il faut dire que nombre d'alliés ne partagent pas totalement l'analyse sécuritaire de la France sur la nécessité de porter le combat contre le terrorisme au Sahel, ou considèrent que des menaces d'un autre genre réclament prioritairement leur attention. Peut-être que Paris n'est pas non plus suffisamment disposé à partager le commandement des opérations... Les partenaires du G5 Sahel, quant à eux, doivent pour certains se mobiliser face à d'autres urgences (situation politique ou menaces de Boko Haram – et le Tchad demande sur ce point d'intégrer la lutte contre ce groupe dans les objectifs et la zone d'opération du G5). Ou bien n'ont-ils tout simplement pas les moyens de constituer une force conjointe efficace – dont l'interopérabilité avec les moyens français devra être assurée. Enfin, l'engagement américain, aussi utile soit-il, reste distant et précaire. Sur le plan politique, Paris défend de longue date un triptyque « diplomatie-défense-développement », une approche globale reprise avec les quatre piliers promus lors du Sommet de Pau en 2020 : le sécuritaire, la formation, la gouvernance et le développement. Des centaines de projets civilo-militaires ont été menés (accès à l'eau, soins, éducation, etc.), l'Agence française pour le développement et d'autres opérateurs, impliqués, pour répondre à ce qui fait le terreau du chaos local. Plusieurs dispositifs multilatéraux s'affirment également, qu'ils relèvent de l'UE ou d'un partenariat avec les Etats du G5 Sahel, la Banque mondiale et les agences onusiennes (voir par exemple depuis 2017 les actions de l'Alliance Sahel <https://www.alliance-sahel.org/>). Mais, sur l'épineuse question du partage du pouvoir, les Accords de Ouagadougou (2013) ou d'Alger (2015) qui prévoient l'intégration d'ex-rebelles dans les forces de défense maliennes et une plus grande autonomie des régions du Nord n'ont pas été appliqués par l'ensemble des parties. Les clivages entre Bamako et le MNLA semblent parfois insurmontables. Et la situation politique depuis le coup d'Etat de l'été dernier apparaît au surplus bien incertaine, avec des nominations contestées à des postes clés.

On l'aura compris, la stratégie de sortie de la France s'annonce complexe. Nul partenariat de combat réellement effectif, peu d'effets structurants des actions diplomatiques et humanitaires entreprises. Il faut sur le fond mesurer le poids sur place de l'opposition presque culturelle entre le Nord et le Sud, des rivalités entre éleveurs et agriculteurs, des antagonismes entre communautés (en particulier au centre, dit « Azawad noir »), de la tentation des réseaux criminels et des trafics en tout genre, de la grave crise alimentaire qui y sévit et que la pandémie de Covid-19 a aggravée. L'incurie de l'Etat malien et la méfiance qu'il suscite ne permettent pas de répondre à ces différentes tensions et frictions. Cette défaillance ne fait qu'alimenter les

mécontentements et frustrations, en particulier dans la jeunesse désœuvrée de la communauté peule. Faute d'évolutions favorables malgré les différents leviers activés, et en attendant un improbable *kairos*, la France se trouve alors réduite à une capacité d'*empêcher de faire*. On « tond le gazon » pour reprendre les commentaires toujours très cyniques de partenaires occidentaux qui observent de loin notre position. Les forces françaises savent exercer une pression forte sur l'ennemi, prévenir une dégradation encore plus grande de la situation, maintenir certaines lignes rouges comme le refus de négocier avec les djihadistes (et la « neutralisation » de Bah Ag Moussa peut aussi être vue comme une réponse à ceux qui veulent un dialogue national inclusif). Dès lors, tout retrait précipité conduirait certainement à offrir tout ou partie du pays aux groupes armés terroristes. Avec tout ce que cela comporte comme risques pour les populations locales et pour la sécurité des intérêts français et occidentaux, ici et là-bas. Mais le temps qui passe joue toujours contre les forces étrangères. Sans progrès significatifs dans le volet gouvernance, le développement d'un sentiment hostile a le champ libre, *a fortiori* lorsqu'il est nourri par une propagande menée par une puissance concurrente à grand coups d'« infox » diffusées sur les réseaux sociaux (comme celle évoquant l'implication de l'armée française dans un trafic d'or au Mali). Facebook a d'ailleurs récemment supprimé un certain nombre de « faux comptes » présumés russes – mais aussi français (une première mise en lumière de la lutte informationnelle dans le cyberspace qui serait désormais engagée par la France, <https://about.fb.com/news/2020/12/removing-coordinated-inauthentic-behavior-france-russia/>). Après, encore faut-il que les modalités de l'opération Barkhane et la conduite des hostilités ne laissent pas d'emprise à toute manœuvre en disqualification, à toute tentative de *Lawfare*.

Or, si dans l'opération menée contre Bah Ag Moussa, rien ne permet de conclure que les règles d'engagement suivies, les moyens et méthodes de guerre employés ou le sort réservé aux dépouilles des adversaires aient été contraires au droit international humanitaire, d'autres frappes, en particulier aériennes (recours croissant aux drones armés Reaper), suscitent de vives interrogations au regard des pertes civiles prétendument causées (voir, par exemple, une intervention qui aurait entraîné la mort de personnes assistant en réalité à un mariage à Bounti, Centre du Mali, 3 janvier 2021, <https://www.reuters.com/article/us-mali-security-idUSKBN29A20S>, démenti de la ministre des Armées, <https://www.franceinter.fr/emissions/questions-politiques/questions-politiques-10-janvier-2021>). Pour l'heure, et dans un contexte où la désinformation est grande, aucun rapport public sérieux ne confirme que des forces françaises auraient une part de responsabilité dans des actes constitutifs de crimes de guerre. Mais il faudra être attentif aux conséquences juridiques ou politiques d'éventuels manquements aux normes en vigueur (au combat ou à l'encontre d'individus capturés, avant qu'ils ne soient remis aux autorités maliennes), et à leur exploitation médiatique. On n'oublie pas *in fine* que la Cour pénale internationale a depuis janvier 2013 ouvert une enquête sur la situation au Mali (à la suite d'un « auto-référé » de Bamako, <https://www.icc-cpi.int/mali?ln=fr>). Elle porte essentiellement sur les crimes qui auraient été commis depuis janvier 2012, principalement dans les trois régions de Gao, Kidal et Tombouctou. Plusieurs poursuites ont déjà été engagées, en particulier contre des membres d'Ansar Eddine d'ailleurs arrêtés par la force *Barkhane* – qui participe aussi à la sécurisation des délégations de la CPI qui se rendent dans le Nord... Au-delà des exactions commises par les djihadistes, c'est surtout le comportement des forces armées maliennes (FAMA) qui est pointé du doigt. La Commission d'enquête internationale pour le Mali, établie à la demande de Bamako par le

Secrétaire général de l'ONU (<https://www.un.org/fr/pages/international-commission-inquiry-mali/index.html>), détaille ainsi dans un rapport récent transmis aux membres du Conseil de sécurité, et certainement à la Cour, plus d'une centaine d'exactions commises par les FAMA et qui auraient fait plusieurs milliers de victimes (22 décembre 2020, www.justiceinfo.net/fr/fil-d-actualite/46318-mali-l-armee-accusee-de-crimes-de-guerre-des-groupes-armes-de-crimes-contre-l-humanite-commission-onu.html). De telles accusations, si elles s'avéraient fondées, seraient indéniablement de nature à fragiliser la confiance déjà éprouvée de la population dans les structures étatiques – ou dans ce qu'il en reste.

En définitive, et comme le souligne Michel Goya, la présence militaire française au Mali ressemble de plus en plus à une « clé de voûte, bloquée mais indispensable » (26 novembre 2019, <https://www.lefigaro.fr/vox/societe/treize-soldats-morts-au-mali-sans-barkhane-ce-serait-le-chaos-20191126>). Indépassable à brève échéance, l'opération *Barkhane* apparaît cependant difficilement tenable sur le long terme et dans un calendrier qui s'annonce pour le moins défavorable. Dans ces conditions, la capacité de la France à retrouver des marges de manœuvre et à repenser un engagement, dont la réussite ne dépend plus seulement d'elle mais dont l'échec ne l'épargnera pas, représente l'un des grands défis de sa politique extérieure actuelle – et à venir.

J. F.

ISRAËL – SOUDAN

Obstacles juridiques à la reconnaissance d'Israël par le Soudan

2021/1.11 – Au cours d'une visite éclair à Khartoum le 6 janvier 2021, le secrétaire au Trésor des Etats-Unis de l'administration Trump, Steven Mnuchin, a conclu deux accords avec ses homologues soudanais. Le premier accord, à la qualification juridique floue, a été signé lors d'une rencontre avec le Garde des sceaux du Soudan, Nasredein Abdulbari, et se rapporte à la « normalisation » des relations entre le Soudan et Israël. Le terme de « normalisation » n'est cependant guère adapté en l'espèce, puisque les deux Etats n'entretenaient jusqu'alors aucun rapport juridique officiel autre que belliqueux. Le Soudan avait notamment mobilisé symboliquement ses troupes en soutien à l'Égypte lors de la Guerre des six jours de 1967 et s'était maintenu officiellement dans un état de guerre ouverte avec Israël avec l'adoption par la Ligue arabe de la « Résolution de Khartoum » du 1^{er} septembre 1967, lors de son sommet d'août et septembre 1967 (« *pas de paix avec Israël, pas de reconnaissance d'Israël, pas de négociation avec Israël* », <https://mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/the%20khartoum%20resolutions.aspx>). Israël apportait, de son côté, un appui à l'insurrection indépendantiste sudiste soudanaise et aux rebelles du Darfour. Le second document, signé également le 6 janvier dernier par la Ministre soudanaise des Finances Hiba Ahmed, est un protocole d'accord (MoU) engageant les Etats-Unis à abonder, pour le compte du Soudan, un milliard de dollars au bénéfice de la Banque Mondiale afin d'aider cet Etat africain à payer ses arriérés abyssaux. Radié depuis le 14 décembre dernier de la liste du Département d'Etat américain des Etats soutenant le terrorisme (la liste *SST*), le Soudan n'encourt plus les sanctions économiques qui l'empêchaient de contracter des emprunts auprès des institutions financières internationales et pourra désormais accéder à l'Initiative pays pauvres très endettés de la Banque Mondiale et du Fonds monétaire international (*Heavily indebted Poor Country Initiative*, <https://www.worldbank.org/en/topic/debt/>

brief/hipc). La dette extérieure du Soudan s'élève aujourd'hui à près de 50 milliards d'euros et le taux d'inflation annuel a atteint près de 170% en septembre 2020.

Depuis août 1993, le Soudan faisait face en effet à un embargo économique aux effets délétères, résultant de son inscription sur la liste du Département d'Etat américain des Etats soutenant le terrorisme (la liste *SST*) ; inscription justifiée à l'époque en raison de l'accueil offert par Khartoum à des leaders terroristes majeurs ainsi qu'à leurs combattants. Comme rappelé lors des audiences de mai 1997 devant le comité des affaires étrangères du Sénat fédéral américain, Oussama Ben Laden y séjourna entre 1991 et 1996, de même que l'un des anciens dirigeants du Hezbollah libanais, Imad Moughniyah (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-105shrg40875/pdf/CHRG-105shrg40875.pdf>). Tous ont, préalablement ou successivement à leur séjour khartoumais, conduit des attaques contre des intérêts américains en Afrique ou au Proche-Orient. Le retrait du Soudan de la liste *SST* et l'accès consécutif à l'aide financière internationale est indissociable du lent et prudent rapprochement entre cet Etat et Israël, qui n'a rien d'inattendu. Les deux Etats ont, en effet, coopéré « clandestinement » par le passé et se sont rapprochés ces dernières années au gré de retournements d'alliances politiques régionales. Le Soudan s'est, en particulier, dissocié de l'Iran sous la pression de l'Arabie saoudite et s'est éloigné de la Turquie d'Erdogan après le renversement du régime d'al-Bachir en avril 2019 (v. A. FRÉREY et A.-L. MAHÉ, « Diplomatie du deal, diplomatie fragile ? Les enjeux du rapprochement entre Israël et le Soudan », Note, n°110, IRSEM, 16 décembre 2020, p. 5 et p. 17, <https://www.irsem.fr/media/5-publications/notes-de-recherche-research-papers/2020/nr-irsem-110.pdf>).

Par une ordonnance de janvier 2017 (*executive order* 13761, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-11-02/pdf/2020-24429.pdf>) l'ancien Président Obama avait déjà commencé à desserrer l'étau des sanctions économiques affectant le Soudan, au vu des efforts du gouvernement soudanais de l'époque. La levée partielle des sanctions économiques décidée par Obama fut rendue effective le 6 octobre 2017 par le Bureau de contrôle des avoirs étrangers du Département d'Etat américain (<https://www.state.gov/sanctions-revoked-following-sustained-positive-action-by-the-government-of-sudan/>). Ces circonstances laissaient présager une radiation définitive et inconditionnée du Soudan de la liste *SST*. Néanmoins, l'administration Trump conditionna cette radiation à la reconnaissance d'Israël et à la « normalisation » des relations avec ce dernier. Cette entreprise devait aider le locataire de la Maison Blanche à faire oublier l'échec du plan de paix américain pour le conflit israélo-palestinien, en vue de restaurer sa stature de chef d'Etat dans la perspective des élections présidentielles de novembre 2020. Le Soudan adopta une déclaration commune avec les Etats-Unis et Israël le 23 octobre 2020 (<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/joint-statement-united-states-republic-sudan-state-israel/>). Ce document, aux accents de réclame promotionnelle pour Donald Trump, ne fait qu'établir, dans le meilleur des cas, une obligation de négocier un accord par lequel Soudan et Israël se reconnaîtraient mutuellement et détermineraient les termes d'une coopération commerciale et économique interétatique. Les termes mêmes de la déclaration en témoignent (« *The leaders also agreed that delegations will meet in the coming weeks to negotiate agreements of cooperation in those areas (...)* », *ibid.*, para. 3, *italiques ajoutés*). Sur le volet du droit interne américain, le Président Trump notifia au Congrès fédéral, le 26 octobre 2020, son intention de ne pas renouveler l'inscription du Soudan sur la liste *SST* (<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/certification-rescission-determination->

regarding-government-sudan). Cette notification ouvrit un délai de quarante-cinq jours au terme duquel les deux chambres du Congrès fédéral ne se sont pas opposées au déclassement par l'adoption d'une résolution commune de rejet (v. *Section 40(d) of the Arms Export Control Act – 22 USC 2780(d)*). Le 14 décembre dernier, le retrait du Soudan de la liste SST prenait effet (<https://www.state.gov/sudans-state-sponsor-of-terrorism-designation-rescinded>); et le 21 décembre, le Président Trump promulgua une loi du Congrès rétablissant les immunités de l'Etat soudanais et de ses biens, excepté pour les instances pendantes devant les juridictions fédérales relatives aux attentats du 11 septembre (https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/ROS2_0C23.pdf). La loi fédérale prévoit en outre la prise en charge à hauteur de 150 millions de dollars par les Etats-Unis de l'indemnisation des victimes des attaques terroristes imputables au Soudan. Elle prévoit également d'alléger la dette bilatérale du Soudan de 111 millions de dollars, une aide financière américaine de 120 millions de dollars au paiement de la dette soudanaise auprès du FMI et, enfin, un soutien financier au développement de 700 millions de dollars jusqu'en septembre 2022.

C'est dans ces circonstances que « l'accord » du 6 janvier a été conclu, faisant du Soudan le troisième membre de la Ligue des Etats arabes à s'être récemment engagé à reconnaître Israël, après les Émirats arabes unis et Bahreïn le 15 septembre 2020. Toutefois, l'instrument signé par le Soudan le 6 janvier ne vaut pas reconnaissance et, comme indiqué précédemment, ne contient aucune obligation précise, sinon celle de négocier de bonne foi un accord avec Israël, qui reste de surcroît un Etat tiers à cet instrument conclu entre le Soudan et les Etats-Unis. Seule la Déclaration commune du 23 octobre a été signée par les trois Etats. Le 6 janvier, le Soudan n'a donc signé *que* la Déclaration des « accords d'Abraham », nom donné aux deux traités de reconnaissance mutuelle et de coopération interétatique conclus en septembre 2020 entre les Émirats arabes unis et Israël et entre ce dernier et Bahreïn. L'accord d'Abraham israélo-soudanais reste donc à négocier et ne pourrait en principe être conclu qu'une fois les instruments du 23 octobre et du 6 janvier effectivement opposables au Soudan. Or, l'opposabilité au Soudan de l'obligation de négocier reste en suspens tant que persistent les obstacles procéduraux tirés du droit constitutionnel transitoire soudanais, habilement exploités par le gouvernement civil de Abdallah Hamdok pour acculer les membres militaires du Conseil souverain paritaire soudanais (A. FRÉREY et A.-L. MAHÉ, « Diplomatie du deal... », *préc.*, p. 3). Ces derniers ont été à l'initiative du rapprochement avec Israël et le gouvernement civil d'Abdallah Hamdok s'est résigné à signer la Déclaration commune du 23 octobre et l'accord de janvier. Hamdok en tire sans doute profit, puisque le retrait du Soudan de la liste SST et l'accès à l'aide financière internationale constituaient les priorités de son gouvernement. Mais il s'efforce de ne pas supporter seul le coup politique d'un rapprochement avec Israël, possiblement néfaste aux intérêts de l'autorité palestinienne et du peuple palestinien, et très mal perçu par l'ensemble des soudanais. Hamdok a rappelé que l'entrée en vigueur des deux instruments dépend de l'adoption de lois de ratification par l'organe législatif transitoire, le « Conseil législatif transitoire », toujours inexistant. L'établissement de cet organe constitutionnel est particulièrement difficile, puisqu'il repose sur la formation d'un consensus sur sa composition entre les différents groupes d'intérêts impliqués dans le processus révolutionnaire et les autres composantes de la société soudanaise (v. Article 23 al. 1 et 5 de la Constitution transitoire d'août 2019). Les retards dans l'établissement de l'organe législatif sont principalement imputables aux membres militaires du Conseil

souverain. Hamdok tenta ainsi d'exploiter le rapprochement avec l'Etat israélien pour contraindre les militaires du Conseil souverain au consensus sur le Conseil législatif transitoire. Toutefois, le 1^{er} décembre dernier, le Président du Conseil souverain, Abdel Fattah al-Burhan, chercha à contourner cet obstacle en décidant la création du « Conseil des partenaires de la transition » chargé, selon ses dires, « d'orienter la période de transition de manière à assurer l'intérêt supérieur de la nation, à résoudre les divergences de vues entre les différentes parties prenantes et à mobiliser le soutien nécessaire au succès de la période de transition » (<https://www.dabangasudan.org/en/all-news/article/sudan-s-transitional-partner-s-council-explained-by-hafiz-ismail>). La composition de cet organe met en minorité le gouvernement civil de Hamdok, qui en serait le seul membre. Si le Premier Ministre considère que cet organe n'a pas de fondement constitutionnel, al-Burhan souligne au contraire que ce fondement réside dans le nouvel article 80 de la constitution d'août 2019, telle que révisée en octobre 2020 pour y intégrer les dispositions de l'accord de paix de Juba du 3 octobre (<https://constitutionnet.org/vl/item/sudan-peace-agreement>). L'accord de Juba prévoyait justement, en des termes très généraux, la création d'un conseil des partenaires pour la période de transition et composé, notamment, de membres militaires du Conseil souverain et des représentants de la coalition des anciens mouvements insurrectionnels du Front révolutionnaire soudanais.

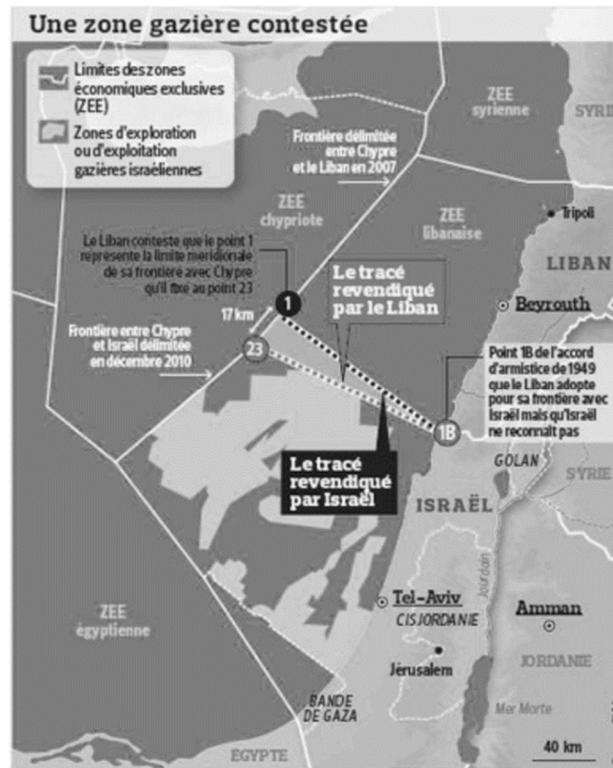
Dans ces circonstances, la reconnaissance de l'Etat israélien s'égare dans les méandres de la politique interne soudanaise et les atermoiements de la procédure de ratification de la déclaration du 23 octobre et de l'accord du 6 janvier risquent fort de conduire à une instrumentalisation de la question palestinienne. A ce propos, le Premier Ministre soudanais insistait début octobre 2020 sur la nécessité d'un débat public ouvert au Soudan et sur le fait que ni le gouvernement de transition, ni le Conseil souverain n'étaient compétents pour statuer sur ce point. En effet, la reconnaissance d'Israël dans les termes de la Déclaration des accords d'Abraham signée le 6 janvier pourrait emporter la violation par le Soudan de certaines obligations internationales. La reconnaissance unilatérale par le Président Trump de Jérusalem en tant que capitale d'Israël le 6 décembre 2017 et sa décision d'y installer une mission diplomatique sont susceptibles de constituer un fait internationalement illicite au regard des résolutions 476 (1980) et 478 (1980) du Conseil de sécurité des Nations Unies, ou encore au regard de l'obligation *erga omnes* de ne pas reconnaître la situation illicite résultant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation qui en résulte. Cette dernière obligation fut énoncée par la Cour internationale de Justice dans le dispositif de son avis du 9 juillet 2004 (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ, Rec. 2004, p. 136). Elle a ensuite été réaffirmée dans la résolution ES-10/15 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 2 août 2004 et dans la résolution 2334 (2016) du Conseil de sécurité du 23 décembre 2016. Les accords d'Abraham ne font que vaguement état des « besoins et aspirations légitimes » du peuple palestinien, sans mentionner la solution à deux Etats, le statut de Jérusalem, ni même le droit du peuple palestinien à l'autodétermination. Déjà, en août 2020, le Ministre des Affaires étrangères émirati insistait sur une solution à deux Etats et sur le gel de l'annexion des territoires palestiniens occupés par Israël. Il paraît peu plausible que l'exécutif soudanais puisse manœuvrer son rapprochement avec les Etats-Unis et Israël sans avoir à prendre clairement position sur le statut de Jérusalem et sur le territoire palestinien occupé.

PH. G.

LIBAN – ISRAËL

Négociations en vue de la délimitation de la frontière maritime

2021/1.12 – Le mercredi 14 octobre dernier, Israéliens et Libanais ont, pour la première fois depuis 40 ans et la conclusion d'un accord-cadre entre les deux Etats, finalement resté lettre-morte, entamé des négociations officielles visant à délimiter les frontières de la zone économique exclusive bordant le nord de l'Etat hébreu et le sud libanais (https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/14/entre-israel-et-le-liban-des-negociations-en-eaux-troubles_6055929_3210.html). En trame de fond, des enjeux économiques et énergétiques aux fins de l'exploitation du sous-sol méditerranéen, un triangle à la base de 860 km², passé désormais à 1430km² supplémentaires, attisant la tension entre les deux Etats (<https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/frontiere-maritime-le-liban-fait-monter-les-encheres-face-a-israel-1263935>). Le 4^e round de négociations devait se passer le 2 décembre dernier avant d'être reporté sur demande des médiateurs américains (<https://www.lorientlejour.com/article/1243915/reunion-tripartite-liban-finul-israel-a-ras-al-naqoura.html>). Menacé par une crise économique et institutionnelle depuis plus d'une dizaine d'années, le gouvernement libanais a fait de l'exploitation de ces gisements découverts à la fin des années 2000 une priorité absolue pour le surpasement de ces difficultés internes.



Source : <https://www.lefigaro.fr/international/2011/07/17/01003-20110717-ARTFIG00209-le-liban-ne-veut-pas-renoncer-a-son-espace-maritime.php>

Le droit applicable à ce différend peut sembler relativement complexe. En effet, si le Liban est bien partie à la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM), signée à Montego Bay en 1982 et entrée en vigueur en 1994, Israël n'est même pas signataire de la Convention. Néanmoins, tout indique dans son comportement une acceptation tacite des règles qu'elle contient, puisque « premièrement, Israël n'a jamais fait d'objection au sujet de la CNUDM. Deuxièmement, l'accord de délimitation des frontières maritimes israélo-chypriote se réfère aux règles de la CNUDM dans son préambule » (v. cette « Chronique », n°2018/3.64). La Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contigüe est toute aussi importante. Pourquoi ? Car elle prévoit, à son article 12, le moyen de délimiter la mer territoriale entre deux Etats limitrophes, ce que ne fait pas la Convention de Montego Bay. Cet article 12 dispose ainsi que « *lorsque les côtes de deux Etats se font face ou sont limitrophes, aucun de ces Etats n'est en droit, à défaut d'accord contraire entre eux, d'étendre sa mer territoriale au-delà de la ligne médiane dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux Etats* ». Toutefois, à l'inverse de la Convention de 1982, c'est ici le Liban qui n'y est pas partie. Mais il est attesté qu'il emprunte cette méthode de délimitation de la mer territoriale contenue dans la convention pour l'élaboration de son tracé (<https://www.lecommercedulevant.com/article/19336-les-dessous-du-nouveau-litige-frontalier-entre-le-liban-et-israel>). S'il n'est pas directement question de mer territoriale dans le cadre du différend, le tracé de la ZEE dépend de la première comme le stipule l'article 55 de la Convention de 1982 (« la zone économique exclusive est une zone située au-delà de la mer territoriale et adjacente à celle-ci...), rendant ainsi nécessaire l'application des dispositions de la convention de 1958.

Aussi, à la suite de la découverte des gisements dans le sous-sol méditerranéen, le Liban avait entrepris de délimiter ses frontières maritimes avec Chypre, conformément à l'article 74 de la CNUDM, *i.e.* par voie d'accord. Ce fut fait le 17 janvier 2007. Les deux Etats estimaient alors que « *the median line and its limits is defined by points (1) to (6) according to the list of geographical coordinates annexed to this agreement* » (<https://www.mesp.me/2018/03/05/maritime-border-dispute-lebanon-israel-explained/>). Israël s'est fondé sur ce texte pour conclure son accord de délimitation avec Chypre, en se basant à son tour sur le point 1 (voir carte). Toutefois, le Liban n'a jamais ratifié son accord avec Chypre, et s'est toujours opposé à son exécution. Dès lors, la règle apportée par l'arrêt du plateau continental de la mer du nord de 1969 selon laquelle le traité pourrait lui être opposable si son comportement était net, constant et montrait que l'Etat se sentait lié par le traité (CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer du nord (République fédérale d'Etat c. Danemark ; République fédérale d'Etat c. Pays-Bas)*, 1969, §28) ne peut être appliquée. Le Liban a donné par le décret n°6433 du 1^{er} octobre 2011 sa définition unilatérale de sa zone économique exclusive, provoquant l'ire à la fois d'Israël mais aussi de la Syrie (*Bulletin droit de la mer n°77*, Nations Unies, 2013). A travers cette version, le Liban baissait son point de frontière de 17kms au sud, adoptant alors le point n°23. C'est alors sur ce point que la négociation doit porter. Cette droite, reliée en chacun de ses points à un point au sol (correspondant au point B1 issu de la Convention d'armistice de 1949) représente un triangle qui constitue cette zone contestée de 860 km².

Encore faudrait-il que les lignes de base soient bien définies, étant donné qu'elles servent à mesurer la largeur de la mer territoriale. C'est là qu'est toute l'importance du point B1 issu de la convention d'armistice de 1949 (et encore antérieurement de l'accord entre les gouvernements britanniques et français concernant le tracé de la frontière syro-palestinienne entre la Méditerranée et El Hammé (*Recueil des traités de la Société des Nations* n°565) que le Liban considère comme étant la limite entre les deux Etats. Israël réfute cette interprétation, empêchant alors de déterminer l'origine du tracé de la mer territoriale, et conséquemment de la ZEE. Ce différend sur la frontière terrestre est bien plus important que ce seul point puisqu'il s'étend sur treize points de contestations sur la « ligne bleue » et de nombreuses zones contestées comme les fermes de Chebaa à l'Est. Nabih Berri, Président du Parlement libanais estimait que ce tracé des frontières maritimes « devra aller de pair avec celui des frontières terrestres » (https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/03/israel-et-le-liban-pret-a-negocier-la-delimitation-de-leurs-frontieres_6054634_3210.html). Ce à quoi David Schenker, secrétaire d'Etat adjoint américain pour le Moyen-Orient a rétorqué qu'elles feront l'objet de négociations à part, allant dans le sens de la politique américaine du mandat Trump dans le Moyen-Orient. Or, il est de principe que les droits de l'Etat sur les mers découlent de son territoire. En se basant sur le célèbre adage selon lequel « *in the absence of express provision to the contrary, an attribution of territory must ipso facto carry with it the waters appurtenant to the territory attributed* » (« *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* » in *Reports of international arbitral awards* n°XXI, p.145, §107), déterminer la frontière terrestre des deux Etats serait un atout considérable dans le tracé de la frontière maritime qui n'est, il faut le rappeler, pas originaire mais subséquente.

Restent donc deux possibilités : celle, d'un côté, d'un règlement juridictionnel qui aurait eu l'avantage d'être impartial et doté d'une force légitime s'imposant aux deux Etats mais qui semble impossible. En effet, les deux Etats sont encore officiellement en guerre, et le Liban a toujours tenu sa ligne de conduite selon laquelle il ne reconnaîtrait jamais Israël en tant qu'Etat. Accepter un règlement juridictionnel du différend irait dans le sens d'une reconnaissance tacite que le pays du Cèdre s'interdit. Celle, de l'autre, de la voie diplomatique à travers des négociations qui se veulent « indirectes » entre les deux Etats et qui semblerait montrer un infléchissement de cette politique mais qui est encore au stade embryonnaire. Il convient, au regard des relations historiquement compliquées entre les deux Etats, de ne pas trop s'avancer quant à l'issue.

Y.D.

MAROC – ISRAËL

Rétablissement des relations diplomatiques sur fond de reconnaissance de la souveraineté marocaine sur le Sahara occidental

2021/1.13 – C'est par le biais de deux tweets publiés le 10 décembre 2020 par le Président américain alors en exercice, Donald Trump, que l'on apprend, d'une part que les Etats-Unis reconnaissent la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental (premier tweet à 17h09) et, d'autre part que le Maroc s'est engagé à rétablir ses relations diplomatiques avec Israël (second tweet à 17h10). Ces deux événements, qualifiés d'« historiques » (en majuscule dans le tweet) par Donald Trump, sont annoncés le même jour dans un communiqué du Cabinet royal de Mohammed VI, qui reprend le

contenu de la conversation téléphonique ayant eu lieu entre les deux hommes (<https://www.maroc.ma/fr/activites-royales/entretien-telephonique-entre-sm-le-roi-et-le-president-donald-trump-le-president>). Les termes du « deal » négocié entre les deux États semblent pleinement assumés par les deux parties : Washington reconnaît la marocanité des provinces du Sud en échange de l'engagement de Rabat à reprendre le dialogue avec Israël. On notera toutefois que, même si elle n'est pas affichée par les deux États, la dimension économique ne semble pas totalement absente du « deal ». Deux accords de coopération économique ont en effet été signés le 23 décembre à Rabat (<https://www.diplomatie.ma/en/morocco-usa-sign-two-agreements-promotion-investments-morocco-and-africa>). La diplomatie transactionnelle de Trump visant à convaincre un maximum de pays arabes de normaliser leurs relations avec l'État hébreu a donc connu un nouveau succès, après l'accord obtenu avec les Emirats arabes unis, le Bahreïn et le Soudan (v. cette « Chronique », n°2021/1.11). Il semblerait que les négociations entre les États-Unis et le Maroc aient été relancées il y a plusieurs mois (en août le Premier Ministre marocain rejetait encore toute normalisation avec « l'entité sioniste ») et que le statut du Sahara occidental ait finalement constitué le point de bascule en faveur de la diplomatie américaine (https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/12/11/le-deal-de-donald-trump-entre-le-maroc-et-israel_6063018_3212.html). Les deux termes de ce compromis constituent deux faits internationaux aux enjeux multiples qui ne peuvent échapper, l'un comme l'autre, à une analyse critique au regard du droit international.

La reconnaissance par les Etats-Unis de la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental. Au-delà d'une publication sur les réseaux sociaux, la reconnaissance de la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental a fait l'objet d'une proclamation officielle sur le site de la Maison Blanche dans laquelle l'ancien Président américain s'affranchit des règles du droit international (<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-recognizing-sovereignty-kingdom-morocco-western-sahara/>). On rappellera à cet égard que le droit à l'autodétermination du peuple sahraoui se fonde sur la Charte des Nations Unies, a été reconnu par la Cour internationale de Justice dans son avis de 1975 et a fait l'objet de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité dont la dernière en date, adoptée le 30 octobre 2020, a décidé de prolonger le mandat de la MINURSO (Mission des Nations Unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara occidental) jusqu'au 31 octobre 2021 (Résolution n°2548(2020)). A rebours de ce cadre juridique solidement établi, la déclaration américaine affirme son soutien à la proposition du Maroc en faveur de l'autonomie (et non de l'indépendance) du Sahara occidental, considérée comme « *the only basis for a just and lasting solution to the dispute over the Western Sahara territory* ». Elle rajoute que « *an independent Sahrawi State is not a realistic option for resolving the conflict* ». Cette approche du conflit opposant le Sahara occidental et le Maroc n'est pas sans rappeler la position de l'administration Trump à l'égard du conflit israélo-palestinien, qui est elle aussi marquée par un « désaveu » du droit international (D. ALLAND, « Un adieu au droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et de ses suites », cette *Revue*, 2020/1, pp. 75-86). On notera dans la suite de l'analyse faite par cet auteur, l'« égocentrisme » de la déclaration de reconnaissance de la souveraineté marocaine qui s'appuie sur les seules positions « des administrations [américaines] précédentes » ainsi que l'absence de référence au droit international considéré comme n'offrant pas de solution « réaliste »

pour faire progresser la paix. Ainsi, la reconnaissance de la « marocanité des provinces du Sud » apparaît comme une position d'autant plus facile à adopter pour les États-Unis qu'elle s'inscrit dans l'approche « hyperréaliste » des relations internationales qui a été privilégiée par l'administration Trump.

Désaveu du droit international, la reconnaissance américaine n'en constitue pas moins une importante victoire pour le Royaume chérifien, à l'heure où les tensions avec le peuple sahraoui gagnent en intensité. Plusieurs incidents entre l'armée marocaine et le Front Polisario ont en effet été rapportés au mois de novembre ; le Front Polisario a décrété l'état de guerre suite à une opération menée par l'armée marocaine dans la zone tampon aux abords de Guerguerat destinée à rétablir le trafic routier coupé par les indépendantistes (https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/11/19/sahara-occidental-le-maroc-a-la-man-uvre-dans-la-zone-tampon-de-guerguerat_6060336_3212.html). Le Maroc, qui a multiplié les manifestations de souveraineté à l'égard du territoire sahraoui tout au long de l'année 2020 (voir cette « Chronique », n°2020/2.35), s'offre un allié de poids et inédit. La déclaration sans équivoque des États-Unis renforce indéniablement les prétentions marocaines et isole encore un peu plus l'Algérie, seul soutien « audible » en faveur du Front Polisario sur le continent africain. Elle entrave également le « plan » accepté par les deux parties et adopté par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans sa résolution 690(1991) du 29 avril 1991, qui repose sur l'organisation d'un référendum d'autodétermination du peuple sahraoui.

On ne peut que s'inquiéter ici de l'absence de réaction de la communauté internationale et des États face à la position américaine. S'il est indéniable que les Nations Unies ne sont pas parvenues à trouver une issue à ce contentieux durant les trois dernières décennies, cet échec ne doit pas conduire à tolérer des solutions qui entrent en contradiction avec la Charte des Nations Unies. Peut-être faut-il voir dans ce silence une certaine lassitude des États vis-à-vis des positions erratiques d'un Président en fin d'exercice, dont on espère qu'elles puissent être rapidement effacées par Joe Biden et sa nouvelle administration. Mais peut-être faut-il y voir aussi un désengagement à l'égard de la question sahraouie, laquelle semble embarrasser aujourd'hui jusqu'à l'ONU qui peine à nommer un nouvel Envoyé personnel du Secrétaire général pour le Sahara occidental depuis la démission de Horst Köhler en mai 2019.

Le rétablissement des relations diplomatiques entre le Maroc et Israël. L'engagement marocain de rétablir les relations avec Israël s'inscrit dans la stratégie américaine au Moyen-Orient, dont la mise en œuvre a été confiée à Jared Kushner, le gendre de l'ancien Président américain. La priorité est donnée à la normalisation des relations entre Israël et les pays arabes afin de renforcer le poids d'Israël dans la région face à la montée en puissance de l'ennemi iranien. La diplomatie transactionnelle américaine s'est d'abord portée sur les pays arabes du Golfe, et notamment sur les membres du Conseil de coopération du Golfe. Les négociations se sont conclues favorablement pour les Emirats arabes unis et Bahreïn qui se sont engagés respectivement en août et septembre 2020 à rétablir leur relation avec l'État hébreu, mais leur aboutissement est plus incertain en ce qui concerne l'Arabie saoudite. L'effort s'est également porté sur les pays arabes du continent africain. En octobre, Donald Trump annonçait la décision de Khartoum de normaliser ses relations avec Israël. Au Maroc de suivre la voie deux mois plus tard. Ces engagements en faveur d'Israël reposent sur un « marchandage » avec les États-Unis, selon les intérêts (voir par exemple, le lien mis en

avant entre la décision du Soudan et le retrait de l'Etat de la liste américaine des Etats soutenant le terrorisme, https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/10/26/le-soudan-divise-face-a-l-annonce-d-une-normalisation-avec-israel_6057386_3212.html) et les tensions (notamment la résonance de la cause palestinienne au sein de la population) propres à chaque Etat. Ils marquent une rupture vis-à-vis de la ligne politique adoptée par la Ligue arabe à l'issue du Sommet de Beyrouth de 2002 dans le cadre de l'Initiative de paix arabe. Cette dernière n'envisage en effet de normalisation des relations avec Israël qu'après la résolution du conflit israélo-palestinien, à savoir le retrait des territoires arabes occupés, la formation d'un Etat palestinien ayant pour capitale Jérusalem-Est et l'adoption d'une solution juste pour les réfugiés palestiniens.

Côté marocain, l'engagement visant le rétablissement des relations avec Israël s'est fait, comme vu précédemment, sur fond de reconnaissance de sa souveraineté sur le Sahara occidental par les Etats-Unis. Il représente également un enjeu économique important pour le Royaume, que ce soit sur le plan du tourisme, des échanges commerciaux ou des investissements. Le volet économique des relations entre les deux Etats s'est d'ailleurs vite concrétisé avec la signature de plusieurs accords de coopération lors de la première visite officielle d'une délégation israélienne au Maroc le 22 décembre. Après l'inauguration de la liaison aérienne entre Tel Aviv et Rabat, quatre accords ont été conclus (<https://www.diplomatie.ma/le-royaume-du-maroc-et-letat-disra%C3%A9l-concluent-quatre-accords>) : un accord sur l'exemption de formalités de visa pour les détenteurs de passeports diplomatiques et de service, un mémorandum d'entente dans le domaine de l'aviation civile, un mémorandum d'entente sur l'innovation et le développement des ressources en eau et un mémorandum d'entente dans le domaine des finances et de l'investissement (prévoyant la conclusion prochaine de conventions bilatérales de non double imposition, sur la promotion des investissements et sur l'assistance douanière). Les intérêts marocains dans le développement des liens avec Israël apparaissent essentiellement économiques. Contrairement aux Etats du Golfe (voir notamment à propos des Emirats arabes unis, <https://www.lesechos.fr/monde/afrique-moyen-orient/accord-israel-emirats-cest-une-facon-de-saccrocher-a-la-securite-americaaine-alors-que-les-etats-unis-veulent-se-retirer-du-moyen-orient-1242447>), le Maroc est éloigné de la problématique iranienne et peu impliqué dans une stratégie de défense face à la montée en puissance de Ryad (mais aussi de la Turquie), qui profite du désengagement américain dans la région. Cet engagement lui permet toutefois d'apparaître comme un interlocuteur important sur la scène internationale, qu'il n'a cessé de conquérir depuis le début de l'année 2020 avec pas moins de 29 candidatures accueillies au sein de différentes organisations internationales (<https://www.maroc.ma/fr/actualites/le-maroc-enregistre-un-taux-de-reussite-de-100-de-ses-candidatures-aux-organisations>).

La décision de Mohamed VI s'inscrit par ailleurs dans un contexte national plutôt favorable à un réchauffement des relations avec Israël. Le Maroc compte la plus grande communauté juive du monde arabe. Si celle-ci s'élève aujourd'hui à 3000 individus, elle représentait jusqu'à 250 000 personnes en 1945. Malgré le départ des juifs marocains vers l'Etat hébreu (la communauté juive d'origine marocain représente aujourd'hui 700 000 personnes en Israël), le Maroc reste marqué dans son histoire par la présence de cette minorité religieuse. La culture et l'histoire juives ont d'ailleurs été récemment introduites dans l'enseignement scolaire marocain (<https://www.lepoint.fr/monde/>

normalisation-avec-israel-la-culture-juive-au-programme-scolaire-marocain-13-12-2020-2405523_24.php). Et la rupture officielle des relations avec Israël suite au déclenchement de la seconde intifada en 2000 (concrétisée par la fermeture des bureaux diplomatiques) a laissé place à une coopération plus discrète avec l'Etat hébreu, notamment dans le domaine militaire (<https://www.nytimes.com/2020/12/10/world/middleeast/Israel-morocco-cooperation-history.html>). Il s'agit donc davantage d'officialiser et d'approfondir les relations existantes entre les deux Etats. Ainsi, loin de constituer une rupture dans la diplomatie marocaine, la « nouvelle » position du Royaume n'a guère suscité de réaction ou de protestation au sein de la population marocaine, pour qui la question palestinienne n'est peut-être plus aussi prégnante aujourd'hui qu'auparavant (surtout si elle est mise en balance avec la marocanité du Sahara occidental qui fédère, elle, toujours autant l'opinion publique marocaine). Du côté des Etats, l'Algérie a critiqué la décision marocaine, accusant son voisin de « ramener l'entité israélienne et sioniste » à ses frontières. Difficile de savoir toutefois quelle déclaration, du Maroc de rétablir ses liens avec Israël ou des Etats-Unis de reconnaître la souveraineté du Royaume sur le Sahara occidental, a suscité le plus d'indignation de la part d'Alger. De son côté, l'Autorité palestinienne n'a pas ouvertement condamné l'évolution de la position marocaine (contrairement au Hamas). Il faut dire que Mohammed VI a pris soin de rassurer Mahmoud Abbas en rappelant son attachement à la « cause palestinienne juste » et à la solution des deux Etats : « l'action du Royaume pour consacrer sa marocanité ne se fera jamais, ni aujourd'hui ni dans l'avenir, au détriment de la lutte du peuple palestinien pour ses droits légitimes » (<https://www.diplomatie.ma/fr/entretien-t%C3%A9l%C3%A9phonique-entre-sa-majest%C3%A9-le-roi-mohammed-vi-et-son-excellence-mahmoud-abbas-abou-mazen-pr%C3%A9sident-de-l%E2%80%99autorit%C3%A9-nationale-palestinienne>). Il appartiendra au Maroc de convaincre de sa capacité de doter sa diplomatie d'une position d'équilibre(-iste).

D. B.

RÉPUBLIQUE DE CHYPRE – RÉPUBLIQUE TURQUE DE CHYPRE NORD

Réouverture de la ville fantôme de Varosha/Maraş

2021/1.14 – En octobre 2020, le Premier ministre de l'autoproclamée République turque de Chypre du Nord (RTCN) a annoncé la réouverture de la cité balnéaire Varosha ou Maraş, qui depuis l'invasion de l'armée turque en 1974, était mise sous scellés. Au moment de l'invasion, ses habitants ont dû fuir vers le sud et toute entrée dans la zone a été interdite depuis par l'armée turque. À la différence de la ligne de démarcation entre la République de Chypre et la RTCN, qui est soumise au contrôle des troupes de maintien de la paix des Nations Unies, cette zone restreinte relève *de facto* du champ de responsabilité de l'armée turque. Suite à l'annonce de réouverture de la zone clôturée de Varosha, l'Union européenne, par son Haut représentant, « a déploré les actions menées qui aggravent la situation entre les deux communautés et ne facilitent pas le dialogue portant sur le règlement définitif de la question chypriote » (« Varosha : déclaration du Haut représentant, Josep Borrell », 15/11/2020, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/89067/node/89067_fr). La levée de toute restriction d'entrée ainsi que la gestion des biens abandonnés dans cette zone et leur éventuelle restitution à leurs anciens propriétaires ont toujours fait l'objet de négociations intenses autour d'une solution diplomatique de réunification de l'île. La réouverture et le repeuplement

éventuel de la zone côtière a suscité des interrogations sur le statut du territoire, la nature du contrôle exercé par l'armée turque et le sort des propriétés dont les titres semblent être restés intacts.

Dans sa résolution 550 (1984) le Conseil de sécurité, après avoir condamné les mesures sécessionnistes et réitéré l'appel lancé à tous les Etats de ne pas reconnaître « le prétendu Etat » dit « République turque de Chypre-Nord », et qualifiant d'inadmissibles les tentatives d'installation de personnes autres que les habitants originels, a demandé que le secteur de Varosha « soit placé sous l'administration de l'Organisation des Nations Unies » (par. 5). Des actions de réouverture de la zone peuvent-elles être qualifiées d'actes préparatoires à des tentatives d'installation ? Revenant sur la situation de Varosha en 1992, le Conseil de sécurité avait renouvelé sa demande d'inclusion de ce secteur dans la zone placée sous le contrôle de la Force des Nations Unies (S/RES/789 (1992), par. 8c.). Un rappel au statut du secteur de Varosha a aussi été fait par le Conseil de sécurité dans sa résolution 2537(2020) par renvoi direct aux résolutions précédentes et par réaffirmation de la nécessité de respecter la liberté de mouvement de la mission des Nations unies chargée du maintien de la paix à Chypre. Le Secrétaire général des Nations Unies, en s'exprimant le 6 octobre 2020, a répété que seules les résolutions du Conseil de sécurité régissent le statut de la zone et que toute action unilatérale qui porterait préjudice à ce statut doit être évitée (SG/SM/20315). Un renvoi direct aux résolutions est aussi opéré dans la déclaration du Président du Conseil de sécurité du 9 octobre 2020. La préoccupation profonde du Conseil « par l'annonce faite à Ankara, le 6 octobre, de l'ouverture de la côte de Varosha », est exprimée ainsi que son inquiétude concernant des mesures qui pourraient « accroître les tensions sur l'île » (S/PRST/2020/9). C'est aussi dans la résolution du Parlement européen du 26 novembre 2020 qu'une référence explicite est faite à l'obligation adressée à la Turquie en vertu de la résolution de 1984 de « transférer la zone de Varosha à ses habitants légitimes sous l'administration temporaire des Nations unies » (2020/2844(RSP)). L'interrogation autour de la licéité du refus de l'armée turque de confier le contrôle de la zone clôturée aux Nations Unies et de la décision de permettre son ouverture porte sur la valeur contraignante ou non des résolutions du Conseil de sécurité. Le débat autour de la signification normative d'une décision relevant du Chapitre VII de la Charte ou d'une recommandation non obligatoire relevant Chapitre VI, émerge de nouveau. Pour soutenir la thèse de la nature non contraignante de ces résolutions, les Etats concernés, et en l'espèce la Turquie tout particulièrement, se penchent sur les formules employées, qui semblent seulement recommander des comportements. Une étude menée par le Service scientifique du Parlement allemand (Deutscher Bundestag, *Die Öffnung der nordzypriischen Stadt Varosha im Lichte des Völkerrechts*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/813402/6fa46a1bf67cde45a15ed08518f32aec/WD-2-096-20-pdf-data.pdf>) a proposé de qualifier ces résolutions de recommandations relevant du règlement pacifique des différends. La thèse de la Turquie qui refuse de se conformer aux résolutions en les considérant comme des actes de *soft law* semble ainsi être confortée. Toutefois, le rapport du Parlement allemand essaye de démontrer que malgré cette qualification, les résolutions ont des effets normatifs sur le comportement de leurs destinataires. Étant donné que le Conseil de sécurité agit au nom des Etats membres des Nations Unies (Art. 24 par. 1 de la Charte) et que les membres de l'Organisation acceptent et appliquent ses décisions (art. 25 de la Charte), il serait peu convaincant d'affirmer que les recommandations sont dépourvues de tout caractère juridique et ne reflètent pas l'*opinio juris* de l'ensemble de

la communauté des Etats (« *Aus diesen Gründen liefern die Erklärungen und Resolutionen des Sicherheitsrats ungeachtet ihrer Rechtsverbindlichkeit-Belege für die Überzeugungen nicht nur der Sicherheitsratsmitglieder, sondern indirekt der gesamten Staatengemeinschaft* », par. 3.5.1.). Le rapport se penche aussi sur la nature de la déclaration faite par le Président du Conseil. En rappelant « qu'il importe que ses résolutions soient pleinement respectées et appliquées », le Président semble réaffirmer la nature juridique et donc contraignante de ses résolutions. D'ailleurs, ces dernières peuvent être interprétées comme des concrétisations de l'obligation assumée en vertu de l'article 2 du traité de garantie de 1960, signé entre le Royaume-Uni, la Turquie et la Grèce, « d'interdire, pour ce qui relève d'eux, toute activité ayant pour but de favoriser directement ou indirectement aussi bien l'union de Chypre avec tout autre Etat que le partage de l'Ile ». À la lumière du traité contraignant de 1960, des résolutions même non juridiquement contraignantes (*rechtlich verbindlich*) deviennent juridiquement importantes (*rechtlich erheblich*).

Au-delà de l'interrogation sur le statut de la zone et de la clôture licite ou illicite de la zone par l'armée turque en fonction de la nature des résolutions du Conseil de sécurité, la question cruciale du sort des propriétés privées abandonnées se pose à nouveau. Le Président turc, après avoir approuvé la réouverture de la zone a fait appel, dans une de ses déclarations publiées dans le site officiel de la présidence de la République, aux « vrais propriétaires » en précisant que « le jour où le lieu retrouvera ses vrais propriétaires est attendu » (« *Buranın gerçek sahipleri aslında bellidir ve şimdi de gerçek sahiplerine burası kavuşacağı günü beklemektedir* », <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/122828/cumhurbaskani-erdogan-kktc-de-kapali-maras-bolgesinde-incelemelerde-bulundu>). La référence aux « vrais propriétaires » renvoie à la grande discussion autour de l'obligation de restitution des biens des personnes massivement expulsées. La thèse de la restitution en nature, privilégiée lors des négociations par la partie gréco-chypriote, s'appuie sur la position défendue par la Cour permanente dans l'affaire de l'usine de Chorzów (CPJI, sér. A., n°17, p. 47). La même solution reflète la logique du droit humanitaire et des droits de l'homme (pour une présentation des différentes positions v. L. CARLOWITZ, *Das Menschenrecht auf Eigentum von Flüchtlingen und Vertriebenen*, Berlin, Duncker und Humblot 2008). La recherche d'un équilibre entre cette solution et celle de l'indemnisation pour les propriétés abandonnées est la tâche de la Commission pour la propriété immobilière, instituée en 2005 par la RTCN. La création d'une telle commission a été exigée par la Cour EDH en raison du nombre significatif des affaires pendantes, introduites par des chypriotes grecs, contre la Turquie (sur le rôle de la Commission v. M. ERDEM, St. GREER, « *Human rights, the Cyprus problem and the Immovable Property Commission* », *ICLQ*, vol. 67, juillet 2018, p. 721-732 ; sur l'évolution de la jurisprudence de la CEDH à ce sujet v. E. MELEAGROU, C. PARASKEVA, « *The right to respect of home and enjoyment of property for Cypriot internally displaced persons: the developing jurisprudence of the EctHR* », in E. KATSELLI PROUKAKI (ed.), *Armed conflict and forcible displacement*, Oxon, Routledge 2018). Le recours à cette Commission, qui d'ailleurs possède le statut d'autorité administrative interne de la RTCN, semble être la voie juridique recommandable à prendre pour de nombreux chypriotes grecs qui se considèrent comme les « vrais propriétaires », malgré les réticences de ces derniers à voir leur cause jugée par un organe relevant d'une entité non reconnue juridiquement. La complexité des affaires portant sur la restitution des biens sis dans la zone de Varoshia est en outre aggravée par le fait que les titres vendus

par les britanniques aux chypriotes grecs pendant la colonisation (entre 1878 et 1960) ne sont pas reconnus par l'administration des fondations pieuses Kıbrıs Vakıflar İdaresi, fondée en 1571, qui revendiquent des biens se trouvant dans la zone clôturée jusqu'en octobre 2020. Par conséquent, la référence du Président turc aux « vrais propriétaires » (gerçek sahipler) n'est pas anodine, et le travail d'examen des demandes auprès de la Commission, ainsi que des recours éventuels auprès de la Cour EDH, ne seront assurément pas dépourvus de difficultés.

N.K

ROYAUME-UNI – UNION EUROPÉENNE

Projet de loi britannique sur le marché intérieur portant atteinte au droit international

2021/1.15 – Le 8 décembre 2020, le Royaume-Uni et l'Union européenne ont annoncé être parvenus à un accord permettant au gouvernement britannique de retirer les dispositions hautement controversées de l'un de ses projets de loi (« Les négociations sur le Brexit continuent après des concessions sur l'Etat du Nord », *Le Monde*, 10 décembre 2020). Le projet de loi en question, dénommé *United Kingdom Internal Market Bill*, avait suscité l'inquiétude des institutions européennes au motif qu'il violait les dispositions de l'accord de Brexit conclu en novembre 2019 et entré en vigueur le 1^{er} février 2020.

Pour rappel, l'accord de Brexit avait été adopté suite à d'après négociations et contient notamment un protocole sur l'Irlande et l'Irlande du Nord, qui octroie un statut particulier à la province britannique. Il lui permet en effet de continuer à faire partie du territoire douanier du Royaume-Uni, tout en bénéficiant des avantages du marché unique européen. En vertu de ce protocole, la frontière douanière est donc placée non pas entre la République d'Irlande et l'Irlande du Nord, mais entre l'Irlande du Nord et la Grande-Bretagne. L'Irlande du Nord reste ainsi alignée sur un ensemble de règles de l'UE, notamment en matière de marchandises, ce qui permet d'éviter les contrôles douaniers sur l'île, les vérifications nécessaires ayant lieu au niveau de postes d'inspection frontaliers situés entre l'Irlande du Nord et le reste du territoire du Royaume-Uni. Cette solution dénommée « *backstop* » avait été trouvée afin d'éviter le rétablissement d'une frontière physique entre l'Irlande et l'Irlande du Nord à l'issue de la période transitoire post-Brexit. Elle vise à éviter toute résurgence de violence sur un territoire très sensible, marqué par trente ans de guerre civile. En outre, ce protocole permet également de garantir le fait que le Royaume-Uni ne contourne pas les contraintes résultant du Brexit, les marchandises entrant sur le territoire européen en transitant par l'Irlande du Nord étant soumises à des contrôles douaniers.

Les difficultés proviennent du fait que le projet de loi présenté le 9 septembre 2020 par le Premier ministre britannique et adopté par la Chambre des communes le 29 septembre suivant portait clairement atteinte à ce protocole. En effet, le texte donnait compétence aux autorités britanniques pour régler le marché nord-irlandais et prendre des décisions unilatérales au sujet des aides d'Etat et des contrôles douaniers entre la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord. Ces dispositions contreviennent ainsi à celles du protocole, qui prévoient que les modalités de la circulation des marchandises entre ces deux zones de libre-échange sont déterminées par des négociations menées au sein du comité mixte Union européenne-Royaume-Uni. Selon B. Johnson, ce projet de

loi avait pour objet de défendre l'intégrité territoriale du Royaume-Uni et de protéger son marché intérieur. Il s'agissait néanmoins d'une violation assumée du droit international, le secrétaire d'Etat pour l'Irlande du Nord ayant admis que ce texte pourrait « violer d'une manière limitée et sélective les traités internationaux » (« Brexit : Johnson conteste le traité de divorce, un défi pour l'UE », *Le Monde*, 10 septembre 2020). L'appréciation diverge du côté de l'Union européenne, le vice-Président de la Commission européenne M. Sefcovic ayant évoqué une « violation extrêmement grave de l'accord de retrait » (https://ec.europa.eu/france/news/20200910/declaration_reunion_comite_mixte_ue_royaume_uni_fr).

Ce projet de loi semble tout d'abord surprenant d'un point de vue politique. Outre le fait qu'il est venu porter un coup à la confiance mutuelle dans des pourparlers déjà complexes sur les relations futures entre l'UE et le Royaume-Uni, il témoigne également d'un certain rétropédalage, car le Premier ministre britannique avait longuement négocié avec l'UE les conditions du *backstop*, afin que cette solution convienne également aux exigences britanniques. La solution à laquelle les négociations avaient permis d'aboutir avait alors été présentée comme un succès.

Ce projet est également surprenant du point de vue juridique, dans la mesure où il constitue une violation manifeste du droit international. Il est d'ailleurs choquant qu'une telle violation ait été aussi largement assumée par les autorités britanniques. Outre les dispositions litigieuses portant atteinte au protocole relatif à l'Irlande et à l'Irlande du Nord, le projet comprenait également une clause remettant en cause la primauté de l'accord en prévoyant que les dispositions législatives produiraient leurs effets, quelle que soit leur éventuelle non-conformité avec le droit international. L'Union européenne a immédiatement réagi à cette violation en adoptant des mesures graduelles. Début septembre, constatant que le projet de loi britannique constituait une violation flagrante de l'accord de Brexit, le Président du Conseil européen avait exhorté le Royaume-Uni à retirer les dispositions controversées et à mettre complètement en œuvre l'accord de retrait. Ces demandes n'ayant pas été entendues, le 1^{er} octobre 2020, la Présidente de la Commission européenne annonçait le déclenchement d'une procédure d'infraction à l'encontre du Royaume-Uni. Celle-ci permet à la Commission d'engager des poursuites à l'encontre d'un Etat membre qui manque aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union.

De prime abord, l'engagement d'une telle procédure peut surprendre, dans la mesure où le Royaume-Uni n'est plus, depuis le 1^{er} février 2020, un Etat membre de l'Union. Toutefois, conformément à l'article 131 de l'accord de Brexit, pendant la période de transition, les institutions, organes et organismes de l'Union disposent des pouvoirs qui leur sont conférés à l'égard du Royaume-Uni. La Commission restait donc compétente pour mener à bien une procédure d'infraction. Conformément aux dispositions de l'article 258 du TFUE, une lettre de mise en demeure a alors été transmise au Royaume-Uni, qui disposait d'un délai d'un mois pour y répondre. Le but de cette lettre était de fournir de plus amples informations à l'Etat en question afin qu'il puisse émettre ses observations. De l'avis de la Commission, le projet de loi britannique portait manifestement atteinte au protocole relatif à l'Irlande et à l'Irlande du Nord dans ses articles 5, paragraphes 3 et 4 sur la législation douanière, et 10 sur les aides d'Etats. En outre, le projet contrevenait également à l'article 5 de l'accord de retrait, lequel prévoit l'exécution de bonne foi de ses dispositions et précise que l'Union et le Royaume-Uni

« s’abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs [de l’accord] » (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1798).

Si la violation du droit international pouvait donc être établie sans difficulté, l’efficacité de la procédure mise en œuvre mérite cependant d’être discutée. Les doutes concernent tout d’abord la temporalité de la procédure, car les procédures en infraction se caractérisent par leur longueur. Suite à l’envoi d’une lettre de mise en demeure, la Commission peut adresser à l’Etat concerné un avis motivé par lequel elle demande à l’Etat de se conformer à ses obligations et de l’informer, dans un délai déterminé, des mesures prises. En l’absence de mesures, elle peut alors saisir la Cour de justice. Or, en l’espèce, il importait stratégiquement de parvenir à une solution rapide et de trouver un terrain d’entente avant l’issue de la période de transition. L’accord de Brexit prévoyait, en outre, la possibilité de régler les différends entre l’UE et le Royaume-Uni en instituant un « groupe spécial d’arbitrage » habilité à imposer des sanctions financières, mais là encore, la procédure établie par les articles 167 et suivants de l’accord s’avère longue.

Les doutes portent également sur la réalité de la contrainte exercée sur le Royaume-Uni. S’il est tout à fait légitime que l’Union réagisse face à une telle violation, force est de constater que les mesures adoptées n’ont pas vraiment permis d’infléchir la position britannique. Début novembre, soit un mois après la mise en demeure, la Commission indiquait n’avoir reçu aucune réponse de la part du Royaume-Uni, qui semblait peu soucieux de la procédure engagée à son encontre (« Brexit : Londres ignore l’ultimatum de l’UE sur sa loi controversée », *LeFigaro.fr*, 3 novembre 2020). En réalité, c’est surtout l’opposition massive à ces dispositions exprimée à la Chambre des Lords qui est venue freiner le projet de loi britannique (« *Brexit : Lords inflict huge defeats on government in votes on internal market bill – as it happened* », *The Guardian*, 10 novembre 2020). Pourtant, s’il s’agissait là d’une défaite cinglante, ce rejet ne constituait pas un obstacle insurmontable pour le gouvernement britannique, lequel souhaitait réintégrer les dispositions litigieuses dans un autre projet de loi qui devait être étudié à la Chambre des communes. En tout état de cause, le Royaume-Uni ne semblait pas prêt à beaucoup de concessions en affirmant publiquement qu’il assumerait un éventuel *no deal*.

Si l’annonce d’un accord entre l’UE et le Royaume-Uni sur les modalités des contrôles douaniers opérés en Irlande du Nord a permis d’obtenir la promesse d’un retrait des dispositions litigieuses, ces rebondissements n’en restent pas moins inquiétants en ce qu’ils témoignent de l’aisance avec laquelle les Etats acceptent de franchir le Rubicon, prenant à l’égard du droit international beaucoup de libertés.

M. L.

UNION EUROPÉENNE

Le « pacte » sur les migrations émerge sans enterrer « Dublin »

2021/1.16 – Alors que depuis 2016 la Commission européenne cherche en vain à remanier le règlement Dublin (Règlement du Parlement européen et du Conseil européen n° 604-2013 du 26 juin 2013), sa Présidente a annoncé en septembre 2020 aux députés européens que ce système, censé déterminer le seul Etat responsable de l’examen d’une demande d’asile présentée dans l’Union, serait « aboli », remplacé par un système plus idoine (« Immigration : la Commission européenne veut “abolir le règlement de Dublin” annonce sa Présidente », *Le Monde* du 16 septembre 2020).

Un effet d'annonce en fort décalage avec les réels objectifs de la Commission. En effet, lorsqu'on se penche, bien au-delà des déclarations en conférence de presse de la Présidente de la Commission, sur la feuille de route (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0207&from=EN>) et les propositions de l'exécutif européen, il apparaît qu'il n'est en aucun cas question de l'abolition du règlement Dublin. Le système demeure, il se durcit même (à l'exception de l'élargissement de la notion de « membre de la famille » à la fratrie). Il ne constitue pourtant en rien un outil adapté aux difficultés actuelles de l'Union s'agissant des mouvements migratoires : engorgement du système d'asile de certains pays ; retard pris dans l'examen des demandes depuis 2015 ; absence de procédure claire pour les débarquements liés aux sauvetages en Méditerranée ; manque d'harmonie entre les Etats membres notamment dans les procédures d'accueils et de retour ; incapacité de l'Union à faire face en cas d'afflux massif, de crise sanitaire ou de catastrophe ; etc. La Commission propose donc d'accompagner le système existant d'autres dispositifs qui seront compilés dans le Pacte européen sur l'asile et la migration avec pour maîtres-mots « efficacité » et « solidarité ».

L'efficacité que cherche à atteindre la Commission doit s'entendre de la recherche d'une certaine productivité dans le traitement de la demande d'asile puisque l'essentiel des mécanismes proposés tendent à accélérer l'examen des demandes ainsi qu'à réduire les opportunités des demandeurs d'entrer sur le territoire de l'Union, de solliciter l'asile dans plusieurs pays, ou de s'y maintenir alors qu'une protection leur a déjà été refusée. A l'inverse, la qualité de l'instruction de la demande ou le développement des voies d'accès légal à l'Union ne semblent pas des enjeux dans le nouveau Pacte et un recul des droits des demandeurs est d'ailleurs bien assumé comme un mal nécessaire dans la feuille de route élaborée par la Commission (notamment p. 85).

La solidarité, quant à elle, s'entend entre les Etats membres (et non pas en faveur des personnes en besoin de protection). C'est elle qui, en grande partie, devrait permettre l'efficacité et la « résilience » du système d'asile dans l'Union, et contrebalancer l'un des effets néfastes de Dublin qui tend à concentrer les demandes d'asiles dans certains Etats (l'Italie, la Grèce, Malte et l'Espagne) qui ne parviennent pas à les traiter raisonnablement. Cette solidarité devrait notamment, selon la Commission, permettre une meilleure gestion des crises, notamment en cas « d'afflux massif » de migrants. Il existe pourtant déjà un texte européen spécifique à ce type de crise, la Directive relative à la protection temporaire (Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001), qui semblait particulièrement adaptée à la situation depuis 2015, mais que les Etats n'ont jamais mis en œuvre, sans que la Commission ne les y incite au demeurant. Et plutôt que de s'appuyer, dans le Pacte, sur ce texte existant, elle propose de l'abroger.

Parmi les nouveaux outils du Pacte, certains visent officiellement à « décourager » la demande d'asile de celui qui ne serait pas véritablement en besoin de protection.

Pour cela, la clause du Règlement Dublin qui permet à un Etat de se décharger de la responsabilité d'une demande d'asile lorsqu'elle est présentée plus de 12 mois après une entrée irrégulière sur son territoire sera durcie (rallongée à 3 ans) et d'autres seront supprimées (celles permettant de mettre fin à la responsabilité de l'Etat quand le transfert vers l'Etat initialement responsable n'a pas abouti après 18 mois de procédure ou lorsque le demandeur passe trois mois en dehors du territoire de l'Union). La Commission estime en effet que des demandeurs abusent de ces mécanismes pour se lancer dans l'*asylum*

shopping contre lequel Dublin entendait déjà lutter. Ces mesures sont toutefois prises sans connaissance réelle par la Commission de l'ampleur de ces abus puisqu'elle ne les chiffre à aucun moment et qu'elle propose même, pour pouvoir les quantifier, que ne soient plus seulement comptabilisées dans l'Union les demandes d'asiles (c'est-à-dire les procédures engagées) mais également les demandeurs (les individus effectivement présents). Cela s'accompagnerait alors de modifications des fichiers de compilations de données en la matière, notamment « Eurodac » et « Visabio ».

Pour décourager la demande, la Commission souhaite aussi rendre le retour des déboutés de l'asile plus efficace : l'idée est que si les individus étaient rapidement éloignés du territoire une fois leur demande rejetée, ils ne s'engageraient pas dans un parcours migratoire vers l'Europe où leurs chances de pouvoir s'y installer durablement seraient alors faibles. Dans ce cadre, l'Union compte sur un système de « parrainage au retour » : un Etat membre pourra choisir d'accompagner le retour de demandeurs de la nationalité de son choix, qui ne se trouvent pas sur son territoire mais sont éligibles au retour forcé dans un autre Etat membre qui, lui, est défaillant dans l'éloignement. Ce parrainage reviendrait d'abord à « conseiller » les individus sur les procédures de « retour volontaire », à fluidifier « le dialogue politique avec les pays tiers au nom d'un autre Etat membre afin de faciliter l'identification et la réadmission » et en cas d'échec de ces premières mesures pendant 8 mois (4 en cas de crise), à acheminer les personnes concernées sur son territoire pour effectuer le retour forcé en lieu et place de l'Etat qui en était initialement responsable [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_20_1707#sponsorship]. Cette idée découle du constat selon lequel les taux de retours sont disparates dans l'Union, avec certains champions (les pays baltes, Malte, la Slovaquie, la Pologne ont de 83 à 97 % de succès dans les retours), et d'autres peu efficaces (la France, avec 13%, le Portugal, la Grèce, la Slovénie entre 8 et 12%). En confiant, les retours à ces champions, le taux moyen des retours (actuellement de 30%) augmenterait dans l'Union. La Commission remarque à cet égard que les Etats les plus efficaces sont ceux dont la décision d'obligation de quitter le pays est prise par la même autorité que celle qui déboute de l'asile, car des décisions distinctes « augmentent les possibilités juridiques des demandeurs d'entraver leur retour », en contestant successivement les différentes décisions et « augmentant la durée des procédures judiciaires » et donc, leur possibilité de s'installer durablement dans l'Union à d'autres titres. Encore une fois, pour la Commission, c'est le comportement des individus, saisissant les opportunités juridiques qui leurs sont offertes, qui ferait obstacle à des retours efficaces. C'est ainsi en restreignant ces opportunités juridiques (autrement dit, les droits des personnes déboutées) que l'Union offre de renforcer l'efficacité des retours. Il faudrait toutefois s'assurer que cette nouvelle efficacité ne s'accompagne pas de pratiques contestables, pourtant déjà récurrentes dans l'Union s'agissant de la gestion des retours (v. par exemple en Hongrie, CJUE, 17 déc. 2020, aff. n° C-693/18 ; en Pologne, CJUE, 23 juill. 2020, aff. n° 40503/17, 42902/17 et 43643/17 ; en France, CE, 27 nov. 2020, n° 428178).

Enfin, la Commission envisage un filtrage de tous les demandeurs de protection se présentant de manière irrégulière aux frontières extérieures de l'Union afin de les trier en deux catégories : ceux qui feront l'objet d'une procédure d'examen de leur demande à la frontière et ceux qui seront autorisés à entrer sur le territoire de l'Union puis dirigés vers un Etat membre qui examinera leur demande. Pour procéder à ce tri, la Commission a

opté pour un taux, celui du niveau de protection accordé aux ressortissants originaires du pays en question. S'il est inférieur à 25%, le demandeur sera considéré comme issu d'un pays à faible taux de protection et sa demande traitée à la frontière, de manière accélérée (12 semaines maximum). En cas de rejet, il sera renvoyé sans être entré sur le territoire de l'Union et sans bénéficier d'un recours suspensif contre cette décision négative.

Ce mécanisme appelle plusieurs réflexions, notamment en ce qu'il s'opère par le seul filtre de la nationalité alors qu'il apparaît que certaines catégories de personnes, au sein d'un même pays, peuvent bénéficier en raison par exemple de leur ethnie, de leur genre, de leur religion, de leur orientation sexuelle, etc., d'un fort taux de protection par rapport à la population globale de leur Etat d'origine. Se pose aussi la question des modalités d'évaluation ainsi que de la fréquence de réévaluation de ce taux de protection. La Commission ne semble d'ailleurs prendre en compte que les protections internationales accordées par les Etats membres et non les protections nationales qui parfois les complètent très largement s'agissant de certaines nationalités (pour exemple, la « protection humanitaire » en Italie, la « protection nationale contre le refoulement » en Allemagne). Par ailleurs, le taux de 25% (soit un quart des demandeurs en provenance d'un pays) semble subjectif et la Commission n'explique pas les critères ayant permis de retenir ce chiffre. Tout au plus relève-t-elle que de 2016 à 2019, le taux d'acceptation des premières demandes a chuté de 56 à 30%, lui laissant penser, non pas que certaines politiques étatiques d'asile ont pu drastiquement se durcir à l'égard de certaines nationalités, mais que les demandes émanant de personnes peu éligibles à une protection occupent désormais une part plus importante dans la demande d'asile en Europe. Toutefois, elle retient dans le même temps qu'en 2019, une très large part des demandes a été formulée après une entrée régulière (plus de 600 000 demandes pour « seulement » 123 000 entrées irrégulières aux frontières extérieures de l'Union en 2019), ce qui était moins évidemment le cas en 2016. Pour que le mécanisme de filtrage à la frontière présente un intérêt, encore faudrait-il ainsi s'assurer que c'est bien après des franchissements irréguliers de la frontière extérieure que les ressortissants de pays à plus faible taux de protection sollicitent une protection dans l'Union. Si à l'inverse, et tel que cela ressort des chiffres fournis par la Commission elle-même (p. 34-35 de la feuille de route), les demandeurs issus de pays à faible taux de protection sont souvent d'une nationalité exemptée de visa, le mécanisme de filtrage perd de son sens.

Finalement, l'essentiel des mesures proposées n'a rien de novateur puisqu'il se base sur la doctrine qui sous-tend les textes européens de ces dernières décennies et cherche avant tout à démasquer les « faux demandeurs de protection » qui abuseraient du système d'asile et à harmoniser les taux de rejet et de retour, plutôt que de réfléchir sur les importants décalages dans les protections accordées, pour une même nationalité, d'un Etat membre à l'autre. Et alors que la recherche absolue d'harmonisation entre les Etats implique nécessairement, lorsqu'on raisonne en chiffres, taux et flux, un nivèlement par le bas (tout comme lorsque l'on retient des « moyennes » de taux de protection dans l'Union), il semble regrettable, en matière de droits humains, de chercher à l'atteindre de cette façon.

En tout état de cause, les propositions du Pacte ne seront plus efficaces que les systèmes précédents que si, cette fois, l'ensemble des Etats membres jouent franc jeu. Pour les inciter en ce sens, la Commission table sur un cumul de mécanismes chiffrés, entre obligations et récompenses. Tout d'abord, aux participations obligatoires au Pacte,

s'ajoutent des options permettant par exemple à l'Etat qui ne souhaite pas participer à la relocalisation, de fournir son aide sur les retours. Dans un souci de répartir les obligations de manière juste, la Commission propose de se baser à 50% sur la population de chaque Etat et à 50% sur son PIB, un indicateur pourtant controversé pour son insuffisance depuis des années (J-F. GUILHAUDIS, J. FONTANEL, « Les effets « pervers » de l'usage du PIB pour la décision politique et les relations internationales », *AFRI* vol. XX, 2019). Ensuite, joueront des systèmes de réduction semblables à des récompenses : l'Etat qui aura accompli davantage que ce qui lui était demandé sur les années précédentes, pourra par la suite, et pour un temps donné, solliciter une réduction de ses obligations. Enfin, la Commission envisage d'avoir recours, de manière « plus systématique » aux procédures d'infraction contre les Etats qui ne respecteraient pas ces règles (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_20_1707#governance). Au regard de la longueur de la procédure et de ses issues relatives (Y. PETIT, « Commission européenne, Hongrie, Pologne : le combat de l'Etat de droit », *Civitas Europa*, vol. 40, no. 1, 2018, pp. 145-161), on peut douter que cela constitue un moyen de pression sérieux.

C. V.

UNION EUROPÉENNE

Adoption d'un *Magnitsky Act* permettant de sanctionner les graves violations des droits de l'homme

2021/1.17 – Un an après la proposition du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, Josep Borell, le Conseil de l'Union européenne a adopté le règlement 2020/1998 le 7 décembre 2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits. Avec celui-ci, l'Union européenne se dote d'une réglementation équivalente à celle adoptée par les Etats-Unis le 23 décembre 2016 (*Sections 1261-1265, Subtitle F, Public Law 114-328 of the FY17 National Defense Authorization Act*) et étendue via un décret du Président Donald Trump en décembre 2017 (<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-persons-involved-serious-human-rights-abuse-corruption/>).

Adoptée en réaction à l'assassinat présumé de l'opposant politique du Président Vladimir Poutine en 2009, Sergueï Magnitsky, la législation états-unienne est rapidement devenue populaire dans le monde entier : elle a été copiée au Canada (<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/J-2.3/FullText.html>), et au Royaume-Uni (<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8374/>), et le Japon l'envisagerait afin de sanctionner les violations des droits de l'homme subies par les populations Ouïghours en République populaire de Chine (<https://asia.nikkei.com/Politics/International-relations/Japan-eyes-US-style-law-to-sanction-Uighur-human-rights-abuses>). Disons-le d'emblée : si le règlement européen s'inspire largement de la législation états-unienne, il s'en distingue à de nombreux égards.

Présentation du règlement. Enoncé simplement, la réglementation dite « Magnitsky » permet d'adopter des sanctions ciblées à l'encontre des personnes physiques ou morales auteurs ou complices de violations graves des droits de l'homme. Avant d'analyser en détail ce mécanisme, il convient de se poser une question : pourquoi l'Union s'estime-t-elle concernée par de telles violations ? Pour répondre, il faut se référer à la décision

« Politique Etrangère et de Sécurité Commune » (PESC) 2020/1999 adoptée par le Conseil de l'Union européenne en vertu de l'article 29 du Traité sur l'Union européenne (TUE). Deux raisons y sont avancées : d'abord parce que de tels actes violent « les principes et menacent les objectifs de l'action extérieure de l'Union énoncés à l'article 21, paragraphes 1 et 2 (...) » du TUE (deuxième considérant) ; ensuite parce que ces sanctions permettraient de « consolider et soutenir la démocratie, l'Etat de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international » (cinquième considérant).

C'est donc pour garantir le respect et la mise en œuvre de l'article 21 du TUE que le Conseil prévoit de geler les avoirs des personnes désignées conformément à l'article 3 du Règlement. Vaste projet pour lequel l'Union s'impose, contrairement à la législation états-unienne, un cadre strict. Le quatrième considérant de la décision PESC souligne déjà « l'importance du droit international relatif aux droits de l'homme et de l'interaction entre celui-ci et le droit international humanitaire lorsqu'il s'agit d'envisager l'application de mesures restrictives ciblées (...) ». Repris au premier considérant du Règlement 2020/1998, le suivant précise que les sanctions ciblées respecteront « les droits fondamentaux et observe[ront] les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment le droit à un recours effectif, les droits de la défense et le droit à la protection des données à caractère personnel ».

C'est notamment pour cette raison que le mécanisme de désignation des personnes ciblées suit une procédure respectant le contradictoire, énoncée à l'article 14 (obligation de notification et de motivation). La désignation sur cette liste fait en outre l'objet d'un réexamen dès que « des observations sont formulées [par la personne désignée], ou si de nouveaux éléments de preuve substantiels sont présentés [par cette même personne] » au Conseil (article 14(3)). Le mécanisme européen de sanctions ciblées emprunte ainsi largement à celui du Conseil de sécurité des Nations Unies. L'article 14 tente d'établir, sans créer un organe distinct, son propre *Ombudsman* ; et les articles 4 à 7 reprennent les exemptions humanitaires que l'on retrouve généralement dans les résolutions du Conseil de sécurité. L'article 4(1) reprend par exemple la possibilité d'autoriser le déblocage de certains fonds gelés lorsqu'ils sont « nécessaires pour répondre aux besoins essentiels des personnes » désignées et l'article 5(1) établit les exemptions humanitaires aujourd'hui incontournables.

Champ d'application du règlement. L'article 2 liste l'ensemble des droits, que l'on peut diviser en deux catégories, dont la violation permet de sanctionner la personne responsable ou complice de cette violation. Dans la première catégorie, on retrouve les crimes de génocide et contre l'humanité mais aussi tout acte de torture, d'esclavage, d'exécutions extrajudiciaires, de disparitions forcées et d'arrestations ou détentions arbitraires (article 2(1) a)-c)). Ici, la simple violation de l'une de ces règles, généralement consacrées dans les conventions relatives aux droits de l'homme, permet l'adoption de sanctions contre son auteur.

Dans la seconde catégorie, en revanche, les violations alléguées doivent être « répandues, systématiques » ou présenter « un autre caractère de gravité particulier au regard des objectifs de la PESC énoncés à l'article 21 du TUE ». Sont ainsi visés les actes de traite des êtres humains, de violences sexuelles, de violations de la liberté de réunion pacifique, ou encore les violations des libertés d'opinion, d'expression et de religion (article 2(1) d)). Remarquons l'absence de sanction pour les personnes suspectées de corruption, alors qu'il s'agissait du cœur de la législation états-unienne

(Sergueï Magnitsky ayant été vraisemblablement assassiné après avoir mis en lumière une corruption généralisée des agents de l'Etat russe).

Chose intéressante, l'article 2(2) prévoit que l'application du premier paragraphe susmentionné tienne « compte du droit international coutumier et d'instruments de droit international largement reconnus » tels que les Pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques sociaux et culturels de 1966. Cette précision permettrait de sanctionner des individus pour des violations de conventions auxquelles l'Union européenne ou l'un de ses membres ne sont pas nécessairement parties.

Si les sanctions sont principalement destinées aux acteurs étatiques liés à ces violations (article 2(3)(a)), il est aussi possible de sanctionner « d'autres acteurs exerçant effectivement un contrôle ou une autorité sur un territoire » (article 2(3)(b)), voire même des « acteurs non-étatiques » (article 2(3)(c)). A condition toutefois, pour ces derniers, de « tenir compte des objectifs énoncés à l'article 21 du TUE et de la gravité et/ou conséquences des violations » (article 1(4) de la décision PESC auquel le règlement renvoie). En vertu de l'article 3(3), ces sanctions visent les responsables de ces actes, mais aussi les personnes physiques ou morales qui « apportent un soutien financier, technique ou matériel » ainsi que celles qui sont associées à l'un des responsables ou l'un des agents soutenant la violation d'un droit humain.

Contrairement au *Magnitsky Act* original, le règlement ne semble pas permettre l'adoption de sanctions extraterritoriales, puisque son champ d'application établi à l'article 19 exige toujours un lien de connexité avec le territoire de l'Union européenne (*i.e.* « les territoires des Etats membres auxquels le TUE est applicable (...) », article 1(h)). S'il peut s'appliquer à un aéronef ou navire situé en-dehors de ce territoire, c'est seulement à la condition que cet aéronef ou navire relève « de la juridiction d'un Etat membre » (b)). De la même manière, s'il est possible d'imposer des sanctions à l'encontre d'une personne physique ou morale située « à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire de l'Union », il faut préalablement s'assurer que cette personne soit ressortissante d'un Etat membre (pour les personnes physiques (d)) ou qu'elle ait été « établi ou constitué conformément au droit d'un Etat membre » (pour les personnes morales (e)).

Si ces éléments permettent d'assurer une application territoriale du règlement, le dernier critère pourrait étendre considérablement son champ d'application. L'alinéa e) prévoit de sanctionner toute personne morale « en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement *ou en partie* dans l'Union » (nous soulignons). Dans la situation d'interdépendance économique actuelle, il paraît difficile de nier l'importance que peut revêtir ce dernier alinéa. Il faut cependant le nuancer : il ne permet pas l'application du règlement dès lors que l'euro est impliqué dans une transaction, contrairement à la législation états-unienne.

L'ossature générale du règlement adoptée par le Conseil de l'Union européenne est certes similaire à celle de la législation états-unienne, mais le premier a largement été précisé afin d'assurer le respect de la Charte des droits fondamentaux, et d'autres règles de droit international général.

J.-B. D.

VENEZUELA

Récupération du droit de vote à l'Assemblée générale des Nations Unies

2021/1.18 – Le 26 octobre 2020, le Secrétaire général des Nations Unies informe le Président de l'Assemblée générale que la République bolivarienne du Venezuela « a effectué les versements nécessaires pour ramener ses arriérés en deçà du montant calculé selon l'Article 19 de la Charte (...) » (A/75/344/Add.1). Les juristes familiers de cet article comprendront que cette lettre ne signifie qu'une seule chose : le recouvrement, par le Venezuela, de son droit de vote à l'Assemblée.

Ledit article stipule en effet qu'un « Membre des Nations Unies en retard dans le paiement de sa contribution aux dépenses de l'Organisation ne peut participer au vote à l'Assemblée générale si le montant de ses arriérés est égal ou supérieur à la contribution due par lui pour les deux années complètes écoulées ». Conformément à l'article précité, la République bolivarienne s'était vue retirer son droit de vote après avoir constaté, début 2020, que ses arriérés atteignaient environ 21 millions de dollars (A/75/344).

L'article 19 offre néanmoins un recours au Membre dont le manquement est dû « à des circonstances indépendantes de sa volonté » afin de retenir temporairement ce droit de vote. Aux mois de juin et d'octobre 2020, le Représentant permanent du Venezuela s'est justement prévalu de cette exemption auprès du Secrétaire général en arguant que le paiement de ses contributions était empêché par les sanctions unilatérales des Etats-Unis (A/74/895 et A/75/505). Allégation dont la réalité a été attestée par le représentant du Programme des Nations Unies pour le développement (§36, A/75/11).

L'objet de la présente étude n'impose pas de revenir en détail sur le régime des sanctions adoptées à l'encontre du Président Nicolas Maduro et renforcées depuis la contestation du pouvoir par Juan Guaidó en janvier 2019. Remarquons simplement que le Comité des contributions a été saisi de la requête du Représentant permanent en sa qualité de conseiller de l'Assemblée générale s'agissant des « mesures à prendre en ce qui concerne l'application de l'Article 19 de la Charte » (article 160 du règlement intérieur de l'Assemblée générale).

Dans son rapport annuel communiqué à l'issue de la session de Juin 2020, le Comité a décidé de différencier la requête de la République bolivarienne de celles formulées par la Somalie, les Comores et Sao Tomé-et-Principe. Et ce, au motif que ces dernières « étaient fondées sur leur incapacité de payer en raison de difficultés économiques ou politiques internes » (§37, du rapport A/75/11). Le Comité a donc considéré que la demande vénézuélienne de dérogation à l'Article 19 « dépassait son rôle consultatif, étant donné qu'il ne pouvait pas traiter les questions politiques qui avaient donné lieu à la demande ». Certains membres ont défendu que le rôle technique « du Comité pourrait être compromis [s'il] s'occupait de problèmes de paiement suscités par des différends politiques entre Etats Membres et qu'il risquait, ce faisant, d'inciter d'autres Etats Membres à solliciter son intervention sur des questions politiques dans les années à venir » (§38, *ibid*).

Afin de préserver son rôle consultatif et technique, le Comité a choisi d'opposer à la République bolivarienne une solution qu'elle avait déjà opposé à l'Iraq lorsque celui-ci s'était vu empêché de payer ses contributions en raison de l'embargo général et complet adopté par le Conseil de sécurité dans les années 90 après l'invasion du Koweït (§§64-66

du rapport A/50/11/SUPP). Cette solution a été entérinée par l'Assemblée générale dans une résolution adoptée le 13 octobre 2020 (A/RES/75/2).

Si l'on comprend pourquoi l'organe subsidiaire des Nations Unies préférerait ne pas contester des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte, il semble surprenant de réitérer cette solution à des sanctions unilatéralement imposées par un Etat membre des Nations Unies. Il est aussi difficile de saisir la dichotomie opérée par cet organe entre les difficultés politiques *internes* et *internationales* : les premières préservant son rôle consultatif tandis que les secondes compromettraient un tel rôle. Quoiqu'il en soit, le Venezuela a été invité à trouver une solution auprès du Comité des relations avec le pays hôte, établi par la résolution 2819 (XXVI) de l'Assemblée générale.

La délégation vénézuélienne n'a pas attendu le rapport du Comité des contributions pour attirer l'attention du Comité des relations avec le pays hôte sur ce problème bancaire, celui-ci ayant été saisi de la question dès 2019. Ne jouissant d'aucun pouvoir de contrainte sur les Etats-Unis, pays hôte du siège des Nations Unies, le Comité s'est alors contenté de souligner « qu'il [était] indispensable pour les missions permanentes et l'Organisation des Nations Unies de bénéficier de services bancaires appropriées (...) » (§165(m) du rapport A/74/26). En réponse, le Gouvernement des Etats-Unis a émis la *General Licence n°22* permettant, sous certaines conditions, la fourniture de biens ou services à la mission vénézuélienne aux Nations Unies.

Malgré cette exemption, les difficultés à réaliser le paiement aux Nations Unies de ses contributions ont persisté. Dans sa nouvelle session 2020, le Comité a réitéré sa recommandation tout en prenant note « des assurances données par le représentant du pays hôte (...) concernant la levée des obstacles qui entravaient les opérations bancaires d'une mission » (§194(m), A/75/26). Ces assurances ont pris la forme de l'émission d'une nouvelle autorisation favorable aux versements bancaires en provenance du Venezuela vers les comptes bancaires des Nations Unies. Cette autorisation nécessitera plusieurs mois avant de permettre effectivement à la République de verser le montant de ses arriérés.

Le Venezuela explique cette situation kafkaïenne – où une nouvelle autorisation est nécessaire pour qu'une autorisation antérieure soit effective – par un phénomène de « surconformité » des acteurs privés qui craignent d'être frappés de « sanctions secondaires ». Dans un monde où une société comme la BNP a pu se voir imposé une amende d'environ 8 milliards de dollars pour avoir recouru au dollar dans ses transactions avec des Etats sous sanction états-unienne, l'on comprend la crainte d'agents économiques n'agissant que sur la base d'un bilan coût-avantage. Le risque de se voir opposer une amende d'un tel montant l'emporte largement sur l'avantage économique de permettre le virement de fonds auprès des comptes bancaires des Nations Unies par la délégation vénézuélienne.

Les Etats-Unis ont eux-mêmes reconnu la réalité de ce phénomène lorsqu'ils ont souligné avoir vu « ces dix dernières années des banques privées décider de ne plus offrir de services bancaires à certaines missions et à leur personnel » malgré les exemptions (§133 du rapport précité).

La courte présentation de la situation traversée par la délégation vénézuélienne permet de mettre en lumière qu'en-dehors de la question de la licéité des sanctions unilatérales se pose la question de l'effectivité de leurs exemptions. Problème qui pourrait sembler trivial concernant le droit de vote du Venezuela à l'Assemblée, mais qui ne saurait néanmoins être négligé. D'autant qu'une telle situation dépasse notre cas d'espèce puisque cela concerne aussi les exemptions humanitaires dont l'effectivité semble tout aussi relative en raison du phénomène de « surconformité » précédemment décrit (voyez dans cette « Chronique », n°2020/1.6). Alors que les sanctions sont dites aujourd'hui « intelligentes » en ce qu'elles permettent de cibler leurs effets, force est de constater qu'elles ne parviennent que partiellement à éviter certaines conséquences néfastes.

J.-B. D.

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, Alexandre HERMET, Hélène RASPAIL, Muriel SOGNIGBE SANGBANA,
Julie TAVERNIER, Rémy PROUVÈZE**

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT INTERNATIONAL DES IMMUNITÉS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 11 décembre 2020, *fond, Immunités et procédures pénales*
(*Guinée équatoriale c. France*) 111

B. DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 18 décembre 2020, *exceptions préliminaires, Affaire de la Sentence*
arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela) 116

C. DROIT DE LA MER

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

Arrêt du 28 janvier 2021, *exceptions préliminaires, Différend relatif à la délimitation*
de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan indien
(*Maurice/Maldives*) 119

D. DROIT DE L'OMC

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

Rapport du Groupe spécial du 15 sept. 2020, *Etats-Unis – Mesures tarifaires (DS543)* 122
Décision de l'Arbitre du 13 octobre 2020, *Etats-Unis – Mesures affectant le commerce*
des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte). Recours des Etats-Unis à l'article
22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (DS353) 127

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 6 octobre 2020, *République démocratique du Congo c. Belgique*,
req. n° 16554/19 132

Arrêt du 15 octobre 2020, Grande Chambre, <i>Muhammad et Muhammad c. Roumanie</i> , req. n° 80982/12	132
Décision du 18 novembre 2020, Grande Chambre, <i>Slovénie c. Croatie</i> , req. n° 54155/16 .	134
Arrêt du 10 décembre 2020, <i>Shiksaitov c. Slovaquie</i> , req. n°56751/16 et 33762/17	135
Décision du 16 décembre 2020, Grande Chambre, <i>Ukraine c. Russie (Crimée)</i> , req. n° 20958/14 et 38334/18	138
Arrêt du 22 décembre 2020, <i>Usmanov c. Russie</i> , req. n°43936/18	143

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Avis consultatif du 4 décembre 2020, <i>Union Panafricaine des Avocats (UPA)</i> <i>sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits</i> <i>de l'Homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'Homme</i> <i>applicables en Afrique</i> , demande n°001/2018	144
--	-----

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations du 19 octobre 2020, <i>Denny Zhao c. Pays-Bas</i> , comm. n°2918/2016	148
Constatations du 13 mars 2020, <i>A.S., D.I., O.I. et G.D c. Malte</i> , comm. n° 3043/2017 ...	152
Constatations du 4 novembre 2020, <i>A.S., D.I., O.I. et G.D c. Italie</i> , comm. n° 3042/2017	152

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 14 aout 2020, <i>Bridgestone Licensing Services, Inc. And Bridgestone</i> <i>Americas, Inc. v. Panama</i> (ARB/16/34)	157
Sentence du 4 septembre 2020, <i>Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy</i> (ARB/15/50) .	158
Décision sur la question juridictionnelle du 2 novembre 2020, <i>Gran Colombia Gold</i> <i>Corp. v. Colombia</i> (ARB/18/23)	161

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC CIRDI

Sentence partielle sur la juridiction du 4 mars 2020, <i>Strabag SE, Raiffeisen</i> <i>Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. Poland</i> (ADHOC/15/1)	162
--	-----

COMITÉ AD HOC CIRDI

Ordonnance sur la question de la représentation juridique du Venezuela du 2 novembre 2020, <i>ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V.</i> <i>and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Venezuela</i> (ARB/07/30)	165
--	-----

ARBITRAGE D'URGENCE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM

Sentence d'urgence sur les mesures provisoires du 2 aout 2020, <i>Komaskia Airport</i> <i>Invest Ltd. v. Republic of Moldova</i> (SCC EA 2020/130)	166
---	-----

III. CONTENTIEUX NON-ETATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PENALE INTERNATIONALE

Decision on the Yekatom Defence Request for Cooperation from the African Union du 17 septembre 2020 (Trial Chamber V), <i>Situation in the Central African Republic</i> <i>II in the case of the Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona</i> (ICC-01/14-01/18)	168
--	-----

- Decision on the request for leave to appeal the « Decision on Mr Bemba’s claim for compensation and damages » du 1^{er} octobre 2020 (Pre-Trial Chamber II), *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08) 169
- Decision on the Request for Leave to Appeal the « Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Comoros” » du 21 décembre 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) 170

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L’OIT

- Jugement 4360 du 7 décembre 2020 172

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT INTERNATIONAL DES IMMUNITÉS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 11 décembre 2020, *fond, Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*

Immunités – mission diplomatique – qualification de locaux de la mission – Convention de Genève sur les relations diplomatiques – abus de droit

Le 11 décembre 2020 la Cour internationale de Justice a rendu son arrêt sur le fond dans l’affaire des *Immunités et procédures pénales*, rejetant définitivement la requête déposée par la Guinée équatoriale contre la France. On se souvient que le différend prenait sa source dans les procédures pénales engagées en France, à l’initiative d’associations œuvrant contre la corruption, à l’encontre de dignitaires équato-guinéens et en particulier du fils du président, M. Teodoro Nguema Obiang Mangue. L’immeuble que ce dernier détenait avenue Foch à Paris fut notamment perquisitionné plusieurs fois et des biens qu’il contenait saisis. La Guinée équatoriale, alléguant une violation du droit international des immunités, a saisi la Cour internationale de Justice le 13 juin 2016. La France a soulevé plusieurs exceptions préliminaires, que la Cour a partiellement accueillies dans son arrêt du 6 juin 2018 (voir cette chronique, *Revue*, 2018-4, pp. 703-709, obs. P.-F. LAVAL), en se reconnaissant compétente à l’égard de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961 (la Convention) et en ce que la requête a trait au statut de l’immeuble parisien. La Guinée équatoriale soutenait en effet que ce dernier, ainsi que ses dépendances, accueillait sa mission diplomatique et bénéficiaient en conséquence de la protection de l’article 22 de la Convention, selon lequel les locaux d’une mission diplomatique sont inviolables, ce qui implique qu’ils « ne peuvent faire l’objet d’aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d’exécution », comme les biens qui s’y trouvent ou les moyens de transport qui en s’y rattachent (al. 3). Le gouvernement français avait cependant toujours refusé le transfert des locaux diplomatiques dans cet immeuble.

La première question de droit soulevée était naturellement celle de la qualification de « locaux de la mission » au titre de la Convention. En vertu du *i)* de son article premier, l’expression « s’entend des bâtiments ou des parties de bâtiments et du terrain

attenant qui, quel qu'en soit le propriétaire, sont utilisés aux fins de la mission, y compris la résidence du chef de la mission ». Cette disposition n'éclaire cependant pas, selon la Cour, la question principale soulevée par les parties : dans quelle mesure l'Etat accréditaire peut-il reconnaître ou au contraire refuser que tel ou tel immeuble soit considéré comme un local de la mission d'un Etat étranger ? La Guinée équatoriale soutenait que l'affectation à une mission diplomatique ou sa seule désignation à cette fin serait suffisante (§§ 42, 49-50). La France considérait en revanche qu'un Etat ne pouvait désigner unilatéralement ses locaux diplomatiques. Deux conditions cumulatives devaient selon elle être respectées : l'affectation effective de l'immeuble aux fins de la mission diplomatique et l'absence d'objection à cette désignation par l'Etat accréditaire (§§ 52-60).

Cette interprétation a été retenue par la Cour. Se référant aux règles coutumières d'interprétation des traités, reflétées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle a cependant constaté que ni l'article 1^{er} *litt. i*) ni l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ne permettaient d'apporter une réponse à la question soulevée (§ 62). Mais le contexte – les autres dispositions de la Convention – éclaire l'interprétation recherchée par la Cour ; elle s'est fondée alors sur l'article 2, posant le principe selon lequel l'« établissement de relations diplomatiques entre États et l'envoi de missions diplomatiques permanentes se font par consentement mutuel ». Cette disposition empêchait de considérer, selon la Cour, que des immeubles pussent acquérir le statut de « locaux de la mission » en vertu d'une « désignation unilatérale de l'Etat accréditant et ce, en dépit de l'objection expresse de l'Etat accréditaire » (§ 63). D'autres dispositions renforçaient cette logique consensuelle : par exemple l'article 4 imposant l'agrément de l'Etat accréditaire lors de la désignation du chef de mission par l'Etat accréditant ou encore l'article 9 permettant au premier de déclarer *persona non gratae* des membres d'une mission diplomatique (§ 64). L'absence d'une disposition équivalente pour la désignation des locaux de la mission ne signifiait en effet pas que l'Etat accréditant pût imposer unilatéralement ses locaux diplomatiques (§§ 65, 67). Alors que la Guinée équatoriale soutenait que le consentement de l'Etat accréditaire était nécessaire uniquement dans les cas prévus par la Convention, ce qui n'était pas le cas de la désignation des locaux de la mission, la Cour rejette cet argument, contraire à l'objet et au but de la Convention en ce qu'il permettrait à l'Etat accréditant d'imposer les locaux diplomatiques qu'il souhaite alors qu'elle a pour objet de « favoriser les relations d'amitié entre les pays » (§ 68). Si la Cour a considéré que les travaux préparatoires n'étaient d'aucune aide (§ 70), elle a puisé des arguments en faveur de sa position dans la pratique des Etats. Cette dernière s'opposait à l'argument de la Guinée équatoriale : le fait que des Etats conditionnaient la désignation de locaux diplomatiques à leur accord préalable montrait que cette pratique n'est pas incompatible avec la Convention et empêchait que l'Etat accréditant impose unilatéralement son choix (§ 69). La Guinée équatoriale affirmait en outre que, sans préjudice de la possibilité pour l'Etat accréditaire d'exiger son accord préalable à toute désignation de « locaux de la mission » diplomatique, cette possibilité ne pouvait intervenir qu'à la condition que cet Etat ait notifié cette procédure « de contrôle » à l'ensemble des représentations diplomatiques, sans discrimination (§§ 47, 71). La Cour a rejeté l'argument : rien dans la Convention de Vienne ne confortait une telle règle ; au contraire, la possibilité d'une objection d'un Etat n'est pas conditionnée, de sorte que l'Etat objectant est libre de déterminer les modalités que prend son objection (§ 72). La faculté dérogée par la Cour d'« objecter » à la désignation de locaux diplomatiques n'est

cependant pas illimitée : elle doit être exercée de bonne foi et de manière raisonnable ; communiquée en temps voulu et sans arbitraire ni caractère discriminatoire (§ 73).

Ainsi, la Cour a considéré que l'Etat accréditant ne peut imposer ses locaux diplomatiques, de sorte que l'Etat accréditaire dispose d'une faculté d'objecter à toute désignation. La Cour fait donc prévaloir une logique consensualiste, qui en théorie empêche un Etat d'imposer la localisation de ses locaux diplomatiques mais qui semble néanmoins permettre, sous conditions certes, à l'Etat accréditaire de refuser une telle localisation. Si l'on conçoit, à la lecture de l'arrêt, que la Cour pose des limites importantes au droit d'objecter de l'Etat accréditaire, son raisonnement semble néanmoins tourné vers la seule protection de la volonté de ce dernier, auquel des « obligations lourdes » sont imposées (§ 66). La vice-présidente Xue, qui considère qu'aucun des deux Etats ne peut imposer unilatéralement son choix (opinion dissidente de la vice-présidente Xue, § 13), a ainsi estimé que la Cour n'aurait pas dû s'engager si loin dans la protection de l'Etat accréditaire (*ibid.*, § 18). Par ailleurs, le raisonnement de la Cour est entièrement fondé sur une soi-disant insuffisance du « sens ordinaire » de l'article 1^{er} *litt. i*) (§ 62), nécessitant le recours à d'autres moyens d'interprétation. Cependant, cette disposition n'était peut-être pas si inutile, car elle pose un critère, celui de l'usage, peu présent dans l'arrêt. Certains juges ont en ce sens considéré que la Cour aurait dû davantage le considérer (voir not. opinion individuelle du juge Yusuf, §§ 4-5 ; opinion dissidente du juge Bhandari, §§ 37-39 ; opinion dissidente du juge Robinson, §§ 38-57 ; opinion dissidente du juge Kateka, §§ 20-25). Le fait que la Convention ne mentionne pas d'autres conditions à la désignation des locaux diplomatiques que leur usage à cet effet ne prouve pas, en effet, qu'il faille en créer d'autres de toutes pièces, mais pourrait aussi montrer que les rédacteurs n'aient précisément pas voulu imposer davantage de critères que celui de l'usage. La position de la Cour laisse en outre sans réponse la question de la nature de l'objection de l'Etat accréditaire. Il est en effet surprenant que la Cour n'ait pas jugé utile de donner une base légale autre que l'interprétation à cette règle, particulièrement subtile, permettant à un Etat d'objecter à la désignation de locaux diplomatique, dont on trouverait difficilement des traces dans la Convention. Le raisonnement a été d'ailleurs critiqué par les juges Yusuf (opinion individuelle, §§ 24-36), Gaja (déclaration, not. §§ 6-11), Sebuntinde (opinion individuelle, §§ 23-25), Bhandari (opinion dissidente, not. § 60), Robinson (opinion dissidente, §§ 13-37) et du juge *ad hoc* Kateka (opinion dissidente, §§ 11-19). Le choix de la Cour, dans ses moyens d'interprétation – exclusion du sens ordinaire et des travaux préparatoires mais utilisation du « contexte » de la disposition à interpréter et de la pratique des Etats – montre, si besoin en était, que l'interprétation, comme toute détermination du contenu du droit, est une question de persuasion et de justification. L'évocation, presque rituelle, des articles 31 et 32 en est une manifestation, parmi beaucoup d'autres. De surcroît, ce qui est présenté comme le fruit d'une interprétation aurait tout aussi bien pu être fondé sur la coutume (voir en ce sens la rédaction du paragraphe 69) ; ce qui montre là encore que ces distinctions sont peu utiles, sinon pour renforcer la qualité d'une argumentation.

La deuxième question soulevée devant la Cour, dont la réponse est déterminée par les raisonnements précédents, est celle du statut de l'immeuble sis avenue Foch. Après avoir déterminé que chaque Etat a le pouvoir d'objecter à la désignation de locaux diplomatiques, il revenait en premier lieu de déterminer si la France avait usé de cette possibilité. La désignation de l'immeuble comme « local diplomatique » datant du

4 octobre 2011, la Cour constate que, depuis lors, la France s'est opposée à cette désignation de manière continue jusqu'au 6 août 2012 (§§ 77-89). Il convenait ensuite d'établir si cette objection avait été communiquée en temps voulu, ce qui n'a soulevé aucune difficulté, la France ayant objecté à toutes les notes verbales de la Guinée équatoriale dans de courts délais (§§ 90-92). Restait donc à déterminer si l'objection avait un caractère arbitraire ou discriminatoire comme le soutenait la Guinée équatoriale. Rejetant cette prétention, la Cour a pris en compte l'utilisation de l'immeuble, ainsi que son appartenance au « domaine privé », pour souligner que rien ne prouvait qu'il était utilisé ou faisait l'objet de préparations en vue d'être utilisé comme locaux de la mission diplomatique avant le 27 juillet 2012. Lors des premières saisies, à partir du 28 septembre 2011, la Guinée équatoriale a d'ailleurs protesté, mais sans mentionner que l'immeuble était utilisé comme local de sa mission diplomatique ou allait l'être (§§ 107-108). La Cour a d'ailleurs souligné la légèreté de l'argument de la Guinée équatoriale, sans toutefois évoquer la mauvaise foi, en notant que les biens saisis dans l'immeuble ne relevaient pas, de l'aveu même de la demanderesse, de sa mission diplomatique, « ce qui porte fortement à croire que, à ce moment-là, elle n'avait pas commencé à utiliser l'immeuble comme locaux de la mission » ; de plus la Cour a souligné que la note verbale du 27 juillet 2012 mentionne que l'Etat demandeur utilisait « désormais » l'immeuble dans le cadre de fonctions diplomatiques, ce qui revenait à reconnaître qu'il n'en était pas ainsi auparavant (§ 108). D'autres contradictions dans la date d'affectation de l'immeuble à la représentation diplomatique ont contribué au doute. On voit ainsi le raisonnement de la Cour se retourner : alors qu'elle cherchait à établir le comportement arbitraire ou discriminatoire de la France, elle aboutit à discuter la prétention de la Guinée équatoriale. Elle a en conclu qu'au 4 octobre 2011, quelques jours après les premières perquisitions et saisies – ce que la Cour a souligné –, la France était fondée à considérer que l'immeuble n'était pas utilisé à des fins diplomatiques (§ 109). De plus, comme la Cour l'a relevé, la Guinée équatoriale n'a jamais été claire sur le statut qu'elle donnait à l'immeuble en question dans la période qui a suivi : parfois il s'agissait de dire qu'il était utilisé à des fins diplomatiques, d'autres fois qu'une telle utilisation était seulement en préparation. Rien ne prouvait donc que l'immeuble était utilisé comme locaux diplomatiques ou faisait l'objet de préparation en vue d'une telle utilisation avant le 27 juillet 2012 ; l'objection française était par conséquent justifiée durant cette période. De plus, après cette période, les procédures pénales engagées permettaient à la France de maintenir cette objection (§ 109). La Cour rejette enfin les autres arguments de la Guinée équatoriale : la France n'était pas tenue de se concerter avec elle avant de s'opposer au statut de l'immeuble en cause (§ 111), et sa position n'a pas été particulièrement incohérente en la matière (§§ 112-113) ; pas plus qu'elle n'a tacitement reconnu l'immeuble comme « locaux de la mission » au sens de la Convention de Vienne (§ 114, voir sur cette question intéressante les arguments de parties, §§ 98 et 103) ; son comportement n'a pas non plus été discriminatoire ou arbitraire (§§ 115-116). En somme, plutôt que rechercher le caractère arbitraire ou discriminatoire de l'objection française, la Cour a mis en lumière les incohérences et faiblesses de la position de la Guinée équatoriale afin de conforter la position française. Selon elle, l'immeuble en cause n'a ainsi jamais acquis le statut de locaux de la mission diplomatique de la partie défenderesse.

Plusieurs juges ont contesté cette solution : pour certains, l'immeuble avait acquis ce statut à compter de la notification guinéenne du 27 juillet 2012 ; les autorités françaises n'ayant procédé à aucune mesure de contrainte depuis cette date – et ont même eu des

comportements trahissant, selon ces mêmes juges, une reconnaissance tacite de ce statut – aucune violation de la Constitution ne saurait être constatée (par ex. opinion individuelle du juge Yusuf, §§ 44-58 ; déclaration du juge Gaja ; opinion dissidente du juge Bhandari, § 65 ; opinion individuelle du juge Sebutinde, §§ 27-31). Pour d'autres, c'était dès la première notification de l'intention de transférer les locaux diplomatiques que l'immeuble bénéficiait du régime protecteur, c'est-à-dire depuis le 4 octobre 2011, de sorte que les mesures de contraintes occasionnées par la procédure pénale étaient contraires à la Convention (voir opinion dissidente du juge Robinson, §§ 56 et 58-64 ; opinion dissidente du juge *ad hoc* Kateka, §§ 31-35).

Par ailleurs, l'évocation par la Cour des procédures pénales laisse songeur : ces dernières auraient pu, selon elle, laisser « supposer » (§ 109) des perquisitions nécessaires ; c'est là un motif qui lui semblait suffisant à ce que la France objectât à la qualification de locaux diplomatique, afin de ne pas « risqu[er] d'entraver le bon fonctionnement de sa justice pénale », d'autant que la Guinée équatoriale avait connaissance de cette procédure (*ibid.*). L'argument peine à convaincre (il est d'ailleurs contesté par le juge Bhandari dans son opinion dissidente, § 76) : en quoi les procédures pénales pouvaient-elles justifier de ne pas reconnaître le caractère diplomatique d'un immeuble ? Cette considération n'aurait aucun sens dans le cadre de l'asile diplomatique : les poursuites visant une personne réfugiée dans une ambassade auraient-elles justifié de supprimer la protection du siège de cette dernière ? Si les situations ne sont certes pas comparables – l'arrêt de 2020 concerne la possibilité pour un Etat de s'opposer au transfert de locaux diplomatiques – l'argumentation de la Cour ne semble pas la plus convaincante. Elle trahit un décalage entre l'enjeu du différend et la solution proposée par l'arrêt : alors que ce dernier est fondé sur une prétendue faculté d'objection, la Cour semble en réalité poursuivre le dessein de ne pas reconnaître d'effets à un transfert de locaux diplomatiques qui n'aurait d'autre motivation que la volonté de faire obstacle aux mesures pénales ordonnées par les juges français.

Ce qui était en cause était en effet la curieuse décision de transférer les locaux diplomatiques de la Guinée équatoriale, qui permettait de faire opportunément bénéficier l'immeuble en cause de la protection internationale. Il ne s'agissait donc pas tant de refuser une protection internationale à un immeuble donné que d'empêcher que cet immeuble bénéficie, dans les circonstances de poursuites pénales, d'une telle protection ; la notion d'abus de droit n'est alors pas étrangère à ce raisonnement (voir Victor GRANDAUBERT, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger et des organisations internationales en droit international*, th. Univ. Paris Nanterre, 2021, §§ 915-923). L'arrêt du 11 décembre 2020 se distingue en effet par l'absence de références à cette notion, alors qu'il s'agissait d'une ligne de défense importante de la France. On se souvient qu'en 2018, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, la Cour avait renvoyé ce point au fond. Il semble qu'à ce dernier stade elle n'ait plus trouvé pertinent de le traiter, bien que la notion d'abus de droit sous-tende sa position (*ibid.*, § 921). Elle ne s'est cependant pas ouvertement engagée dans cette voie, comme la France l'y invitait. Certains juges ont considéré que l'abus de droit n'avait pas d'utilité ici car les dispositions de la Convention permettaient à l'Etat accréditaire de parer à de tels abus, à l'instar de la Cour dans son arrêt du 24 mai 1980, dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (CIJ Rec., 1980, pp. 38-40, § 83-86 ; mentionné *in* opinion dissidente du juge Robinson, § 72-75 ; opinion individuelle du juge Sebutinde, §§ 32-39). D'autres ont plus généralement estimé que la

France avait eu un comportement abusif (voir opinion dissidente de la vice-présidente Xue ; opinion dissidente du juge *ad hoc* Kateka, § 30).

L'abus de droit aurait eu l'avantage d'épargner à la Cour de construire une théorie de l'objection au bénéfice de l'Etat accréditaire qui semble bien fragile dans l'édifice du droit des relations diplomatiques. En effet, dans l'hypothèse, rejetée par la majorité mais acceptée par plusieurs juges, d'un transfert véritable des locaux diplomatiques, quelle que soit la motivation de ce transfert, pourquoi ces derniers ne bénéficieraient-ils plus de la protection de la Convention ? Cette dernière ne permet aucune exception fondée sur la motivation de la détermination de ces locaux, et que ceux-ci soient purement opportunistes – protéger l'immeuble initialement acquis par un proche du président – et de mauvaise foi n'est pas une raison, au sens de l'esprit général de la Convention, pour en atténuer la protection. On comprend donc l'insistance de la France sur la notion d'abus de droit – ce n'est pas l'existence du droit de désigner des locaux diplomatiques qui était remise en cause mais son exercice abusif, à des fins de protection des intérêts privés – autant que le raisonnement de la Cour paraît surprenant dans sa volonté de créer des règles qui ne semblent qu'un moyen détourné et opportun de parvenir à la solution, sans toutefois remettre en cause le comportement de la Guinée équatoriale. L'arrêt apparaît ainsi comme une occasion manquée, à l'égard de la théorie de l'abus de droit, que la Cour tente tant bien que mal de compenser par l'élaboration prétorienne et peu assumée de règles précises permettant d'objecter à la désignation de locaux diplomatiques.

ALEXANDRE HERMET

B. DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêt du 18 décembre 2020, *exceptions préliminaires, Affaire de la Sentence arbitrale du 3 octobre 1899 (Guyana c. Venezuela)*

Consentement au règlement judiciaire – fondement de la compétence de la CIJ – compétence *ratione materiae* – compétence *ratione temporis* – moyens de règlement pacifique des différends (article 33 de la Charte) — introduction unilatérale de requête – contestation de validité d'une sentence arbitrale

Pour la troisième fois depuis 1946, la Cour se penche sur une affaire dont l'intitulé est la sentence arbitrale qui constitue l'objet du différend devant elle. Le droit international général ne connaissant pas de voies de recours équivalentes à celles des ordres juridiques internes, la contestation de la validité d'une sentence devant la CIJ permet de pallier pour partie cette lacune et d'éventuellement revenir sur l'effet contraignant d'une décision internationale par ailleurs définitive. En l'espèce, le Guyana entend le faire à propos d'une sentence arbitrale du 3 octobre 1899 relative à la frontière entre la colonie de la Guyane britannique et les Etats-Unis du Venezuela. Pour sa part, le Venezuela considère que la Cour n'a manifestement pas compétence pour connaître de l'affaire et décide de ne pas prendre part à l'instance, devenant ainsi, avec le Surinam, les deux seuls Etats de l'Amérique du Sud à ne jamais avoir comparu devant la Cour. Le Président du Venezuela souligne d'ailleurs que son pays « n'a[vait] jamais accepté la juridiction de [la] Cour (...) pour des raisons de tradition historique et d'institutions fondamentales » (§ 5).

Dans sa requête introductive, le Guyana invoque quant à elle comme fondement de la compétence de la Cour le paragraphe 2 de l'article IV de l'« accord tendant à régler le différend entre le Venezuela et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à la frontière entre le Venezuela et la Guyane britannique » signé à Genève le 17 février 1966 (l'« accord de Genève »), en vertu duquel les deux Etats « ont convenu de conférer au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le pouvoir de choisir le moyen de règlement du différend ». Ce dernier, soutient le Guyana, en a fait usage le 30 janvier 2018, optant pour le règlement judiciaire par la Cour (§ 1). L'affaire devant la Cour a alors la particularité d'être introduite par requête unilatérale non pas, comme habituellement, en raison d'une clause compromissoire visant des différends éventuels ou de déclarations facultatives de juridiction obligatoire concomitantes, mais parce que le Secrétaire général, auquel cette tâche avait été confiée par traité, a choisi la CIJ comme moyen de règlement du différend. Ainsi, la notion du consentement au règlement judiciaire prend ici une forme inédite, étant interprétée de manière assez audacieuse par la majorité comme le fait d'accorder à une tierce partie le pouvoir de choisir par une décision obligatoire parmi les moyens de règlement pacifique des différends énumérés dans l'article 33 de la Charte des Nations unies.

La CIJ doit dans un premier temps se prononcer sur sa compétence à propos de laquelle elle a décidé de statuer séparément. Tout en regrettant l'absence du Venezuela et ses conséquences néfastes quant à la bonne administration de la justice, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, celle-ci n'affecte en rien la validité de son arrêt (§§ 24-26). Elle indique par ailleurs que le Venezuela, bien qu'officiellement absent, lui a adressé un mémorandum qu'elle prendra en considération, dans la mesure où elle l'estime approprié en vue de s'acquitter de l'obligation que lui impose l'article 53 de son Statut (§ 28).

La Cour commence par rappeler le – long et complexe – contexte historique et factuel de l'affaire (§§ 29-60). Avant l'indépendance du Guyana, obtenue en 1966 du Royaume Uni, ce dernier et le Venezuela ont tous deux revendiqué une même portion territoriale, à propos de laquelle ils ont accepté de se soumettre à un arbitrage contraignant, qui a abouti à la sentence arbitrale de 1899 fixant la frontière entre les deux pays selon l'attribution territoriale effectuée. La démarcation effectuée par une commission *ad hoc* s'est terminée en 1905. En 1962, le Venezuela a fait savoir au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'il considérait qu'il existait un différend entre lui et le Royaume-Uni concernant ladite démarcation et qu'il ne reconnaissait pas la validité de la sentence qui avait été « le fruit d'une transaction politique conclue dans le dos du Venezuela et sacrifiant ses droits légitimes ». Bien que le Royaume Uni n'admît pas l'existence d'un différend, il fut ouvert à des discussions diplomatiques, lesquelles aboutirent à la conclusion de l'accord de Genève. Celui-ci prévoyait la constitution d'une commission mixte pour régler le différend, mais disposait qu'en cas d'échec, ou de désaccord entre les gouvernements quant au moyen de règlement pacifique du différend, le choix devrait être fait par un organisme international compétent sur lequel les parties se mettraient d'accord, ou, à défaut, par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. A la suite des échecs successifs de la commission et des longues négociations entre le Venezuela et, désormais, le Guyana quant au choix parmi les moyens de règlement pacifique énoncés à l'article 33 de la Charte des Nations Unies, le Secrétaire général de l'époque, M. Javier Pérez de Cuéllar, choisit au début de l'année 1990, la procédure des bons offices. Celle-ci fut dirigée entre 1990 et 2017 par trois représentants personnels nommés par les Secrétaires généraux

successifs. Après avoir pris ses fonctions le 1^{er} janvier 2017, le nouveau Secrétaire général, M. António Guterres décidera de reconduire la procédure des bons offices pour une dernière année avant d'engager le processus d'obtention d'une décision finale et contraignante de la CIJ, conformément à la décision de son prédécesseur. Il officialise ce choix en 2018 par lettres adressées à chacune des parties, à la suite de quoi le Guyana va introduire sa requête.

La Cour doit alors interpréter le paragraphe 2 de l'article IV de l'accord de Genève, pour déterminer si, en confiant au Secrétaire général la décision quant au choix d'un des moyens énoncés à l'article 33 de la Charte, les parties ont consenti à régler leur différend *inter alia* par la voie judiciaire (§ 63). Elle commence par examiner le terme « *controversy* » utilisé dans la version anglaise qui fait foi, afin de définir le différend pour le règlement duquel l'accord de Genève a été conclu. A cet égard, ledit terme a pu être utilisé pour viser tout à la fois le différend territorial originel et la validité de la sentence de 1899, ainsi que les implications de cette dernière question pour la frontière (§ 64). La Cour considère que « l'accord de Genève avait pour objet de rechercher une solution au différend frontalier opposant les parties né de leurs vues divergentes sur la validité de la sentence de 1899 » (§ 65). Ayant défini le différend, la Cour se tourne vers la question la plus délicate, celle de savoir si les parties ont donné leur consentement à son règlement judiciaire en vertu du paragraphe 2 de l'article IV de l'accord de Genève. La Cour interprète la disposition en cause en vertu du droit coutumier en la matière, tel que reflété dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les termes employés (« *shall* », « *refer* », « *decision* ») indiquent que les parties ont conféré au Secrétaire général le pouvoir d'adopter une décision revêtant un caractère contraignant (§§ 72-74). Cette conclusion est renforcée, si besoin était, par des moyens complémentaires d'interprétation tirés de déclarations vénézuéliennes (§§ 75-77). En outre, les parties ont également consenti au choix éventuel du règlement judiciaire, dans la mesure où le paragraphe 2 de l'article IV renvoie à l'article 33 de la Charte des Nations unies qui comprend ce moyen et qu'il y est indiqué que le Secrétaire général peut choisir différents moyens « jusqu'à ce que le différend ait été résolu » (§§ 82-84). Cette conclusion n'est pas remise en cause par le membre de phrase qui suit juste après, « ou jusqu'à ce que tous les moyens de règlement pacifique envisagés dans la Charte aient été épuisés », puisque même une décision judiciaire peut ne pas aboutir dans les faits à une résolution définitive du différend et que donc, selon la majorité, l'hypothèse que le différend puisse ne pas être réglé au terme du processus ne signifie pas que les parties n'ont pas donné leur accord pour un règlement judiciaire de l'affaire (§§ 85-87 ; voir *contra* l'opinion du juge Abraham § 19). Le consentement ainsi donné par les parties au règlement judiciaire de leur différend n'est par ailleurs pas subordonné à une quelconque condition, et notamment à ce que le Secrétaire général suive l'ordre dans lequel les moyens sont énoncés dans l'article 33. Cet argument, avancé par le Venezuela dans son mémorandum, est contredit par la lettre (§ 96), ainsi que par l'objet et le but (§ 97) de l'accord, mais également par la pratique ultérieure des parties (§ 99). De même, rien dans la disposition examinée ne permet de considérer que le Secrétaire général ait l'obligation de consulter les parties avant de choisir le moyen de règlement (§ 100).

Forte de sa conclusion quant au pouvoir inconditionné du Secrétaire général impliquant le consentement donné par les parties au règlement judiciaire, la Cour se tourne enfin vers sa compétence. Elle examine la décision du Secrétaire général, telle

qu'exprimée dans ses lettres du 30 janvier 2018, de lui confier l'affaire et constate sans difficulté sa conformité au paragraphe 2 de l'article IV de l'accord de Genève, puisque la CIJ, bien que non expressément mentionnée dans l'article 33 de la Charte, constitue un moyen de règlement judiciaire (§§ 103-108). Cette décision suffit pour fonder sa compétence en vertu de l'article 36 de son Statut, puisque pour toutes les raisons déjà exposées le consentement ultérieur des parties n'est pas exigé, dans la mesure où le cas échéant il viderait de son sens l'accord de Genève (§§ 110-114). Autrement dit, selon la Cour, l'article IV paragraphe 2 constitue en soi « une manifestation non équivoque de la volonté des parties au différend d'accepter de manière volontaire et indiscutable sa compétence » (§ 113). Si cette conclusion n'est pas aussi évidente que la majorité semble le considérer (voir *contra* l'opinion dissidente du juge Abraham §§ 11-20 ; le juge distingue entre d'une part le choix du moyen par le Secrétaire général créant bel et bien des obligations pour les parties et d'autre part le consentement à proprement parler des deux parties au règlement de leur différend par la Cour ; voir également les opinions dissidentes des juges Bennouna et Gevorgian, ainsi que la déclaration du juge Gaja), force est de constater que d'autres juridictions internationales, notamment arbitrales, se sont montrées bien plus offensives envers la volonté « manifestée » des Etats, au sujet de leur consentement au règlement des différends. Quoiqu'il en soit, ayant ainsi vérifié le consentement exprimé par les deux parties, la Cour conclut facilement qu'elle a dès lors été valablement saisie par l'introduction unilatérale de la requête du Guyana (§ 121). Quant à la portée de sa compétence, elle s'étend *ratione materiae* au différend que les parties sont convenues de régler en vertu de l'accord de Genève, à savoir la validité de la sentence de 1899 et les implications de cette question sur la frontière terrestre entre le Guyana et le Venezuela (§ 135). *Ratione temporis*, elle est limitée aux demandes que les parties avaient pu formuler à la date de la signature de l'accord de Genève (le 17 février 1966) et ne peut s'étendre à des faits survenus après cette date (§ 136). En dépit donc du caractère pour le moins inhabituel du fondement de la compétence de la Cour, une fois le consentement (pourtant, au mieux, indirect et implicite) des parties au règlement judiciaire établi par l'œuvre interprétative des juges, l'article IV paragraphe 2 opère comme n'importe quelle autre clause compromissoire à laquelle la portée du différend serait circonscrite.

NIKI ALOUPI

C. DROIT DE LA MER

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

Arrêt du 28 janvier 2021, exceptions préliminaires, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan indien (Maurice/Maldives)*

Partie tierce indispensable – différend international – effets juridiques des avis consultatifs de la CIJ – valeur des résolutions de l'Assemblée générale – négociations préalables – abus de procédure

Le troisième volet de la saga juridictionnelle relative à l'archipel de Chagos (après la sentence arbitrale *relative à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume Uni)* rendue le 18 mars 2015 par un tribunal constitué en application de l'annexe VII de la Convention de Montego Bay et l'avis consultatif de la CIJ du 25 février 2019 sur *les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*) constitue un bel exemple de ce qu'on appelle communément le « dialogue des juges »

(dialogue souvent quelque peu biaisé dans la mesure où chacun ne retient du raisonnement de l'autre que ce qui va dans son sens, mais dialogue tout de même). Il s'agit cette fois-ci d'un arrêt de la Chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer (TIDM), constituée pour connaître du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan indien*, rendu à propos des exceptions préliminaires soulevées par les Maldives. Toutes les audiences publiques ont été tenues sous forme hybride en raison de la pandémie de la COVID-19.

Le contexte factuel de l'affaire est désormais bien connu (voir sentence arbitrale précitée, §§ 54-157 ; avis consultatif précité §§ 25-54 ; arrêt ici commenté 56-77 et J-L. ITEN, « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 », *Revue*, 2019-2, pp. 391-396). Parmi les cinq exceptions préliminaires des Maldives, qui soulevait à titre principal l'incompétence de la Cour et à titre subsidiaire l'irrecevabilité des demandes mauriciennes, les deux premières, traitées ensemble par la Cour, découlent directement dudit contexte. Les Maldives soutiennent en effet d'une part que le Royaume-Uni est une tierce partie indispensable dont l'absence prive la Chambre spéciale de sa compétence et d'autre part que les demandes formulées par Maurice impliquent nécessairement de se prononcer sur la question contestée de la souveraineté sur l'archipel des Chagos à propos de laquelle la Chambre est incompétente. La Chambre spéciale note, à propos de la première exception, que « si un différend existe concernant la souveraineté sur l'archipel des Chagos, le Royaume Uni peut être considéré comme une partie indispensable et le principe de l'Or monétaire fera obstacle à ce que la Chambre spéciale exerce sa compétence » (§ 99). Quant à la deuxième exception, elle fait observer que « les demandes de Maurice se fondent sur la prémisse qu'elle a souveraineté sur l'archipel des Chagos et qu'elle est de ce fait l'Etat dont les côtes sont adjacentes ou font face à celles des Maldives » (§ 113). Dès lors, pour répondre à l'une comme à l'autre il est essentiel de se prononcer sur celle de savoir si le différend relatif à la souveraineté entre Maurice et le Royaume Uni fut réglé, et ce en la faveur de Maurice (§ 100). Autrement dit, c'est le statut juridique de l'archipel des Chagos qui se trouve au cœur de ces premières exceptions préliminaires (§ 115).

Il convient de soulever d'ores et déjà la nature paradoxale de ce que s'apprête à faire la Chambre spéciale en posant la question dans ces termes : en 2015, le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent pour déterminer la souveraineté sur l'archipel. En 2019, la Cour, pour répondre à l'argument selon lequel « un différend bilatéral relatif à la souveraineté sur l'archipel des Chagos opposait Maurice et le Royaume Uni et que ce différend était au cœur de la présente procédure consultative » (§ 83 de l'avis consultatif), rappelait avec fermeté qu'elle aurait « une raison décisive de refuser de donner un avis consultatif si le fait de répondre à la demande « aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant » (*Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, p. 25, par. 33) » (§ 85 de l'avis consultatif) et elle affirmait que « le fait qu'elle puisse être amenée à se prononcer sur des questions juridiques au sujet desquelles des vues divergentes ont été exprimées par Maurice et le Royaume Uni ne signifie pas que, en répondant à la demande, la Cour se prononce sur un différend bilatéral » (§ 85 de l'avis consultatif). En principe donc le différend ne pouvait pas être réglé par la Cour, puisque le cas échéant elle aurait refusé de donner son avis consultatif. Si elle n'a pas exercé dans ce sens son pouvoir discrétionnaire, c'est bien parce

qu'elle ne considérait pas que « le prononcé de l'avis sollicité aurait pour effet de contourner le principe du consentement de l'Etat au règlement judiciaire de son différend avec un autre Etat » (§ 90 de l'avis consultatif). Et pourtant, la Chambre spéciale, deux ans à peine plus tard, se posera la question de savoir si le différend entre le Royaume Uni et Maurice fut réglé en faveur de la seconde.

Afin d'y répondre, elle passe en revue les implications éventuelles de la sentence arbitrale, de l'avis consultatif et de la résolution 73/295 de l'Assemblée générale. Elle conclut quant à la première que « le tribunal arbitral a reconnu (...) sans préjudice de la question de la souveraineté, que Maurice avait certains droits relativement à l'archipel des Chagos, y compris des droits de pêche, le droit à sa restitution une fois qu'il ne serait plus nécessaire à des fins de défense et le droit de bénéficier de toute découverte minière ou pétrolière, ce qui démontre que, abstraction faite de la question de la souveraineté, l'archipel des Chagos relève d'un régime spécial dont Maurice tire certains droits maritimes » (§ 246).

Pour ce qui est de l'avis consultatif, elle déclare que « les conclusions formulées par la CIJ dans l'avis consultatif sur les Chagos quant aux questions relatives à la décolonisation de Maurice ont un effet juridique et des implications claires sur le statut juridique de l'archipel des Chagos » et qu'« [e]n continuant de revendiquer la souveraineté sur l'archipel, le Royaume-Uni va à l'encontre desdites conclusions (...) [e]ncore que le processus de décolonisation ne soit toujours pas achevé, *la souveraineté de Maurice sur l'archipel des Chagos peut être déduite des conclusions de la CIJ* » (§ 246, nous soulignons). Cette dernière affirmation est l'aboutissement d'un raisonnement fondé sur la distinction entre le caractère obligatoire d'un avis consultatif de la CIJ et l'autorité dont il est revêtu (§ 203). Quand bien même un avis consultatif ne saurait être obligatoire à l'égard de l'entité requérante (et, devons-nous ajouter, à tout Etat tiers à la procédure qui n'a dès lors pas donné son consentement), « les conclusions judiciaires qui y sont formulées n'ont pas moins de poids et font tout autant autorité que celles formulées dans les arrêts » (§ 203). La Chambre spéciale entérine donc ici « la disparition progressive de la frontière entre les fonctions contentieuse et consultative de la Cour » (voir J-L. ITEN, précité, pp. 396-401). Or, si au moment où l'avis consultatif a été rendu, « la situation juridique du Royaume Uni n'en a en rien été affectée par la décision de la Cour », « la décision de la Cour ne [le] contrai[gnant] pas juridiquement d'agir d'une quelconque manière » (*idem*, p. 400), force est de constater que sa situation juridique sera bel et bien affectée si la Chambre va au bout du processus de la délimitation sur le fond. Indirectement donc, l'avis consultatif de la Cour aura conduit, par le biais de l'arrêt de la Chambre spéciale, à ce que le différend soit réglé au détriment du Royaume Uni, qui pourtant n'a été partie à aucune des deux procédures !

Quoiqu'il en soit, la Chambre rejette les deux premières exceptions préliminaires, fondées sur les conclusions exposées ci-dessus, auxquelles s'ajoute celle relative à la résolution 73/295 de l'Assemblée générale du 22 mai 2019, qui exige du Royaume-Uni qu'il retire son administration de l'archipel des Chagos dans les six mois à compter de son adoption. « Le fait que le délai fixé par l'Assemblée générale se soit écoulé sans que le Royaume-Uni satisfasse à cette exigence vient conforter la Chambre spéciale dans sa conclusion que la revendication de souveraineté sur l'archipel des Chagos va à l'encontre des conclusions faisant autorité formulées dans l'avis consultatif » (§ 246). En somme, deux actes non contraignants juridiquement et une sentence refusant de se prononcer sur la

question permet à la Chambre de conclure, à l'unanimité, que le Royaume Uni n'est pas une partie tierce indispensable (§ 248) et, par huit voix contre une, que Maurice peut être considérée comme l'Etat côtier en ce qui concerne l'archipel des Chagos aux fins de la délimitation d'une frontière maritime, même avant le parachèvement du processus de décolonisation de Maurice (§ 250, voir *contra* opinion dissidente du juge *ad hoc* Oxman).

Les autres exceptions préliminaires sont moins délicates juridiquement et, dès lors, plus brièvement traitées par la Chambre. La troisième concerne la non-satisfaction du prérequis des négociations préalables prescrites par les articles 74 et 83 de la Convention de Montego Bay. La Chambre rappelle que l'obligation de négocier de bonne foi en vue de parvenir à un accord de délimitation n'est qu'une obligation de comportement (§ 273) et souligne que Maurice a tenté à plusieurs occasions d'engager des négociations avec les Maldives, mais s'est heurtée à leur refus (§§ 288-289, voir *contra* l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Oxman). En conséquence, la troisième exception est rejetée. La quatrième, selon laquelle il n'y a, ni ne saurait y avoir, de différend entre Maurice et les Maldives concernant leur frontière maritime, connaît le même sort, puisqu'il y a chevauchement des revendications respectives pour ce qui concerne tout à la fois les zones économiques exclusives et le plateau continental étendu des Maldives, contre la demande duquel d'ailleurs Maurice a officiellement protesté auprès de la Commission des limites du plateau continental (§§ 327-336). Enfin, la cinquième exception préliminaire selon laquelle les demandes de Maurice constituent un abus de procédure et devraient donc être rejetées pour irrecevabilité, puisque, selon les Maldives, Maurice a recours à la procédure obligatoire de règlement des différends prévue par la Convention pour obtenir un prononcé sur un différend territorial avec un Etat tiers, est également, et sans surprise eu égard à tout ce qui précède, rejetée, la bonne foi de Maurice étant facilement établie selon la Chambre (§§ 345-350). Cette dernière se déclare donc compétente pour statuer sur le différend dont les parties l'ont saisie concernant la délimitation de leur frontière maritime dans l'océan Indien. Il ne reste plus qu'à attendre l'arrêt sur le fond et s'interroger, d'ici là, sur ses implications éventuelles concernant le (non- ?)différend de souveraineté entre le Royaume Uni et Maurice.

NIKI ALOUPI

D. DROIT DE L'OMC

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

Rapport du Groupe spécial du 15 septembre 2020, *Etats-Unis – Mesures tarifaires* (DS543)

Chine/Etats-Unis – tensions commerciales – droits de douane additionnels – Loi de 1974 sur le commerce extérieur – Section 301 – règlement du différend hors OMC (rejet) – clause de la nation la plus favorisée (violation) – taux consolidés – étendue *ratione temporis* du mandat – mesures postérieures à l'établissement du groupe spécial – exceptions générales – moralité publique – normes du bien et du mal – nécessité

Sans surprise, le Groupe spécial établi dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures tarifaires* a constaté l'incompatibilité avec les règles de l'OMC des droits de douane additionnels imposés par les Etats-Unis fin 2018 et début 2019 à des produits originaires de Chine. Les articles premier et II du GATT interdisent en effet toute hausse de droits de douane au-delà des taux consolidés. La clause de la nation la plus favorisée de l'article premier

impose aux parties contractantes d'étendre aux produits originaires d'autres parties, immédiatement et sans condition, les avantages accordés aux produits similaires en provenance de tout autre Etat. Le traitement discriminatoire réservé par les Etats-Unis à certains produits en provenance de Chine constituait incontestablement – et les Etats-Unis ne le contestaient d'ailleurs pas – une violation de ce principe fondamental du droit international des échanges. Il constituait également une violation des principes relatifs à la consolidation des droits inscrits à l'article II:1 a) et b) du GATT qui interdit aux Membres d'imposer des droits plus élevés que ceux inscrits dans les listes de concessions négociées multilatéralement et annexées aux accords de l'OMC.

Plus surprenante était la défense avancée par les Etats-Unis pour justifier ses mesures. Ils invoquaient trois séries d'arguments, peu convaincants pour la plupart. Ils se prévalaient premièrement d'un prétendu accord trouvé avec la partie demanderesse en faveur d'un règlement du différend « en dehors du système de l'OMC » (§ 7.4). En témoignaient les rétorsions mises en œuvre sans accord de l'ORD par son adversaire en réponse aux mesures contestées ainsi que l'Accord économique et commercial signé par les parties le 15 janvier 2020, entré en vigueur le 14 février 2020. Les Etats-Unis tentaient de démontrer l'existence d'un processus continu de discussions visant à trouver un règlement en dehors de l'OMC. Le Groupe spécial rappela qu'à moins que les parties ne renoncent à leur droit d'obtenir une décision juridictionnelle lorsqu'une procédure de règlement des différends a été engagée, sa responsabilité était de s'acquitter de ses obligations au titre du Mémoire d'accord. Seuls le retrait de la plainte, une demande de suspension de la procédure ou la notification d'une solution mutuellement convenue par les parties peuvent faire obstacle à l'exercice de sa mission par le Groupe spécial. Or « l'engagement à poursuivre un processus de négociations bilatérales visant à régler un désaccord entre les parties » ne peut être qualifié de solution mutuellement satisfaisante au sens de l'article 12:7 du Mémoire d'accord. D'après cette disposition, les groupes spéciaux remettent leur rapport sur le différend « dans les cas où les parties au différend ne seront pas arrivées à élaborer une solution mutuellement satisfaisante ».

Cette première série d'arguments a conduit le Groupe spécial à asséner quelques évidences. D'une part, « [l]ogiquement, lorsqu'une solution est trouvée, le problème est résolu et n'existe plus » (§7.12), ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la Chine ne partageant pas l'avis des Etats-Unis ; or « l'accent » doit être mis « sur l'évaluation *partagée* des parties selon laquelle elles avaient trouvé une solution » (§ 7.13, *it. original*). D'autre part, et plus sérieusement, « la poursuite de négociations entre les parties parallèlement à un différend engagé, ou en cours, n'est habituellement pas une solution de rechange à la procédure de règlement du différend, mais plutôt une voie additionnelle de résolution du désaccord entre les parties, encouragée par le Mémoire d'accord. Par conséquent, il est important que cette situation ne soit pas interprétée d'une manière qui a pour résultat de priver le plaignant de son droit à des constatations par le groupe spécial » (§ 7.17). Il est heureux que le Groupe spécial clarifie ce point : l'incitation à conduire des négociations en vue d'un règlement amiable signifie nullement encouragement, voire autorisation, à régler le différend en dehors de l'OMC. Les négociations amiables font partie intégrante du règlement des différends dans le cadre de l'OMC. On note que prudemment, le Groupe spécial ne prend pas position sur l'incidence de l'absence de notification à l'ORD d'une solution amiable,

évitant d'imposer ici un quelconque formalisme. On remarque également – en le regrettant – qu'il n'opère pas non plus de lien dans son raisonnement avec l'article 23 du Mémorandum d'accord d'après lequel les Membres ont l'obligation de se soumettre aux procédures de règlement des différends de l'OMC.

Deuxièmement, les Etats-Unis contestaient le champ du mandat du Groupe spécial. Si la plainte de la Chine visait des mesures adoptées préalablement à l'établissement du Groupe spécial, elle s'étendait également à de nouvelles hausses de droit décidées postérieurement. Récurrent, ce problème plus important peut s'avérer délicat à trancher. Il importe en effet que le mandat du Groupe spécial soit clairement circonscrit au moment de son établissement afin que l'objet du différend soit précisément délimité au moment où la procédure commence. En conséquence, le mandat d'un groupe spécial s'étend en principe uniquement aux mesures visées dans la demande d'établissement du groupe spécial, c'est-à-dire à des mesures existantes à cette date. Il n'est toutefois pas exclu que des mesures postérieures puissent entrer dans le mandat : « un groupe spécial peut examiner un instrument juridique qui a été promulgué après la date d'établissement du groupe spécial et qui modifie l'une des mesures contestées en cause, à condition que la demande d'établissement du groupe spécial soit suffisamment large pour englober une telle modification et que la modification ne modifie pas l'"essence" de la mesure » (*Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, rapport du Groupe spécial du 12 juillet 2019, § 7.808, cité dans le présent rapport, § 7.35). L'Organe d'appel a effet établi dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix* que « l'amendement d'une mesure indiquée dans une demande d'établissement d'un groupe spécial peut être considéré comme relevant du mandat du groupe spécial, même si cet amendement a été promulgué après l'établissement du groupe spécial, pour autant qu'il ne modifie pas l'essence de la mesure » (rapport du 23 octobre 2002, § 136 mentionné dans le présent rapport, § 7.47). En l'espèce, la mesure postérieure à l'établissement du Groupe spécial consistait en un relèvement du taux des droits additionnels visant les mêmes produits que ceux désignés dans les mesures initialement contestées, ayant les « mêmes implications juridiques », mis en œuvre au moyen du « même type d'instrument juridique », « établi par la même autorité », « sur le même fondement juridique » (§ 7.49-7.51). La différence de « raison d'être » invoquée par les Etats-Unis – un prétendu revirement de la Chine par rapport à des engagements pris dans le cadre des négociations bilatérales – n'a pas été retenue comme modifiant l'« essence » des mesures contestées. Le Groupe spécial a donc accepté de connaître des taux établis postérieurement à son établissement.

Troisièmement, les Etats-Unis n'avaient finalement d'autre choix pour se défendre que d'invoquer une exception aux obligations du GATT. Parmi les nombreux motifs présents aux articles XX (exceptions générales) ou XXI (exception concernant la sécurité), ils ont fait appel à l'article XX a) autorisant l'adoption de mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ». De leur point de vue en effet, « les actes, politiques et pratiques de la Chine examinés dans le rapport au titre de l'article 301 pertinent équivalent à "un vol et une appropriation illicite sanctionnés par l'Etat de technologie, de propriété intellectuelle et de secrets commerciaux des Etats-Unis" qui violent la moralité publique dominante aux Etats-Unis » (§7.100, notes omises). Si le Groupe spécial a bien entendu rejeté le moyen de défense opposé par les Etats-Unis, ce fut au terme d'un raisonnement presque exagérément argumenté et d'une analyse factuelle approfondie. Il faut concéder que ce sujet n'intéressait pas seulement

les parties en litige. De nombreux Membres ont participé à la procédure en tant que tierce partie et donné leur avis sur l'interprétation à donner de l'invocation d'un tel motif d'exception. Synthétisant la jurisprudence antérieure, le Groupe spécial a tout d'abord pris soin de rappeler la nature et le but des exceptions de l'article XX : « droit légal » (*sic*) des Membres de l'OMC, il vise à préserver la possibilité d'adopter des politiques reconnues comme importantes et légitimes ; si le droit d'invoquer l'article XX ne doit pas devenir « illusoire » du fait d'interprétations trop restrictives, il ne doit pas non plus être exercé de manière « abusive ou impropre » ; ainsi les exceptions sont-elles « limitées et conditionnelles » et leur interprétation compatible avec « la nécessité de maintenir un équilibre entre le *droit* d'un Membre de l'OMC d'invoquer une exception au titre de l'article XX et le *devoir* de ce même Membre de respecter les droits conventionnels des autres Membres de l'OMC » (§§ 7.103 à 7.106, *it. originaux*).

Conformément aux règles habituelles en matière de charge et de contenu de la preuve s'agissant de l'article XX, il incombait aux Etats-Unis, partie défenderesse invoquant l'exception, de prouver que ses mesures relevaient du champ d'application de l'alinéa a) visant la moralité publique. Scrupuleusement, le Groupe spécial s'est successivement demandé si les mesures américaines concernaient un objectif de moralité publique, si elles étaient conçues pour protéger cet objectif puis si elles étaient nécessaires à cette protection. Conciliant, il a admis le prétendu objectif de moralité publique. Les mesures américaines contestées visaient, d'après les Etats-Unis, à « obtenir l'élimination » d'un comportement qui violait leurs normes du bien et du mal, à savoir les actes, politiques et pratiques commerciaux déloyaux de la Chine », « en particulier l'interdiction du vol, de l'extorsion, du vol dans le cyberspace et du cyberpiratage, de l'espionnage économique et de l'appropriation illicite de secrets commerciaux, du comportement anticoncurrentiel, ainsi que la réglementation des confiscations de biens par les pouvoirs publics » (§ 7.113). Conformément à la jurisprudence de l'ORD, la moralité publique désigne les « normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom » (§ 7.115), telles que reflétées par exemple, selon la jurisprudence antérieure de l'ORD, dans des politiques de « prévention de la pratique du jeu par les mineurs et protection des joueurs pathologiques ; restriction du contenu prohibé dans les biens culturels, tel que la violence ou le contenu pornographique, ainsi que protection de la culture et des valeurs traditionnelles chinoises ; protection du bien-être des animaux ; lutte contre le blanchiment d'actifs ; ou réduction de la fracture numérique dans la société et promotion de l'inclusion sociale » (§ 7.118, notes omises), sachant que « la teneur du concept de moralité publique pour les Membres de l'OMC [peut] varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes » (§ 7.116).

L'examen d'un tel moyen de défense impose incontestablement de tenir compte de l'appréciation souveraine du Membre concerné. Ainsi l'Union européenne par exemple, ainsi que d'autres Membres, rappelait en tant que tierce partie « la large déférence accordée à chaque Membre en vue de définir ses propres normes de moralité publique » (§ 7.130). Le Groupe spécial l'a bien entendu reconnu, tout en soulignant les limites nécessaires et l'exigence pour le Membre concerné « d'établir que l'objectif de politique publique invoqué en cause est un objectif de moralité publique *conformément à son système de valeurs* » (§ 7.131, *it. originaux*). En l'espèce, la question était surtout de savoir si des préoccupations économiques pouvaient avoir trait à la moralité publique.

Au premier stade de son analyse, le Groupe spécial a admis que « les "normes du bien et du mal" invoquées par les Etats-Unis (y compris les normes contre le vol, l'appropriation illicite et la concurrence déloyale) pourraient être visées, au moins au niveau conceptuel, par l'expression » (§ 7.140). Les mesures adoptées devaient néanmoins être « nécessaires » à la protection de la moralité publique, ce qui renvoyait à l'existence d'un lien entre les mesures et les valeurs invoquées. Ainsi le Groupe spécial devait-il rechercher « l'existence d'une "véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens" » (§ 7.159, renvoyant à *Brésil – Pneumatiques rechapés*, rapport de l'Organe d'appel du 17 décembre 2007, § 145), ce qui l'invitait à « évaluer l'explication et les éléments de preuve que [les Etats-Unis] ont présentés qui portent sur la relation entre les produits soumis aux droits additionnels et les préoccupations des Etats-Unis relatives à la moralité publique pour ce qui est de la fin et des moyens » (§ 7.180). En effet, « même en supposant, pour les besoins de l'argumentation, qu'une mesure ne doit pas forcément uniquement s'appliquer à des produits qui sont considérés comme représentant un comportement portant atteinte à la moralité pour être justifiée au regard de l'article XX a), le défendeur doit quand même démontrer que la mesure qu'il a choisie (en l'espèce, des droits additionnels frappant un large éventail de produits en provenance de Chine) est apte à contribuer à répondre à des préoccupations de moralité publique (...) » (§ 7.179).

Le Groupe spécial a donc examiné tour à tour l'ensemble des listes de produits visés par les droits de douane additionnels, y compris les listes proposées, les listes finales et les listes de produits exclus des surtaxes. Il a surtout concentré son examen sur les explications du choix des mesures adoptées dans les instruments juridiques pris pour leur fondement, essentiellement le rapport de l'USTR au titre de l'article 301 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, pour constater « qu'il n'apparaît pas que certaines catégories de produits soient étroitement liées à la liste des politiques industrielles affectées dont il est question dans le rapport au titre de l'article 301 » (§ 7.194). Les listes de produits visées par les hausses de droits ne présentaient pas suffisamment de cohérence avec l'objectif de moralité publique. D'après l'analyse du Groupe spécial, les choix opérés répondaient plutôt à des préoccupations économiques, en étant fondés sur une analyse des risques de perturbation pour l'économie américaine. Le Groupe spécial finit donc par rejeter le moyen de défense invoqué par les Etats-Unis au motif qu'ils n'avaient pas démontré l'existence d'une relation entre les mesures adoptées et l'objectif de moralité publique poursuivi.

On remarque combien le Groupe spécial a usé de précautions et de nuances alors qu'il condamnait des mesures américaines. Il a par exemple admis qu'il n'était pas obligatoire que les instruments mettant en œuvre l'exception de moralité publique mentionnent expressément l'objectif poursuivi (voir § 7.125). Pourtant la poursuite d'un tel objectif avait certainement été construit *ex post facto* par les Américains. Le Groupe spécial a également concédé qu'il appartenait au Membre invoquant l'exception de quantifier l'importance que représentait pour lui le motif invoqué et s'est par conséquent satisfait de la seule déclaration des Etats-Unis selon laquelle « l'objectif de moralité publique invoqué par les Etats-Unis reflète des intérêts sociétaux que ceux-ci décrivent comme très importants pour eux » (§ 7.169) – il était difficile d'en douter. Le Groupe spécial a régulièrement indiqué qu'il ne tranchait pas les questions posées dans l'abstrait et a procédé à un examen factuel détaillé souhaitant certainement rendre ses

constatations d'autant plus inattaquables. Enfin, il a conclu son rapport par des « observations finales », comme les groupes spéciaux le font parfois lorsqu'ils ont eu à juger un différend sensible. Il s'est dit « conscient du contexte plus large dans lequel le système de l'OMC fonctionne actuellement, contexte qui reflète une série de tensions commerciales mondiales sans précédent » (§ 9.2), mais également tenu par le cadre de son mandat, qu'il estime avoir exercé en l'espèce avec « diligence » (§ 9.4). Visiblement lucide s'agissant de l'apport de son travail au règlement du différend plus large opposant les Etats-Unis et la Chine, il a invité les parties à « poursuivre leurs efforts en vue d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante s'agissant des questions qui lui ont été soumises dans le présent différend » (§ 9.5).

On peut en effet s'interroger sur l'instrumentalisation possible de la procédure de règlement des différends de l'OMC en l'espèce et la vanité du recours à ce mécanisme pour mettre un terme aux graves tensions entre les deux géants du commerce mondial. On constate à la fois que les parties n'attendent pas d'y être autorisées pour adopter des contre-mesures, violant ainsi leurs obligations au titre de l'article 23 notamment, mais aussi combien l'une comme l'autre recourent fréquemment à la procédure devant les groupes spéciaux, bien que non systématiquement. Depuis 2002, la Chine a porté seize affaires contre les Etats-Unis devant l'ORD, dont deux récemment à l'encontre d'autres sanctions du même type que celles contestées dans la présente affaire ; les Etats-Unis en ont quant à eux porté vingt-trois affaires contre des mesures chinoises, dont des droits de douane additionnels également. Le mécanisme de règlement des différends ne poursuit d'autre ambition que d'aider les parties à trouver une issue favorable à leur différend ; il demeure bien de leur propre responsabilité de la trouver, en utilisant notamment les procédures offertes par le Mémoire d'accord.

Non sans ironie, les Etats-Unis ont fait appel du présent rapport alors qu'ils sont à l'origine du blocage actuel de la procédure devant l'Organe d'appel. Ils indiquent pudiquement dans leur communication qu'« à l'heure actuelle, aucune section de l'Organe d'appel ne peut être établie pour connaître de cet appel conformément à l'article 17:1 du Mémoire d'accord. Les Etats-Unis s'entretiendront avec la Chine afin que les parties puissent déterminer la voie à suivre en l'espèce » (doc. WT/DS543/10). L'issue se trouve en effet entre leurs mains.

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

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

Décision de l'Arbitre du 13 octobre 2020, *Etats-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte). Recours des Etats-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (DS353)*

Airbus/Boeing – commerce des aéronefs – subventions – Accord SMC – effets défavorables – contre-mesures – arbitrage – montant – rétorsions croisées – menace d'entrave

Un an après les Etats-Unis, l'Union européenne est à son tour autorisée à adopter des contre-mesures dans le différend qui oppose les deux géants commerciaux depuis plus de seize ans au sujet des subventions accordées de part et d'autre aux avionneurs Boeing et Airbus (décision de l'ORD du 26 octobre 2020, doc. WT/DSB/M/446, p. 18). La présente décision d'arbitrage avait quelques jours plus tôt évalué le montant de la

suspension des concessions autorisées à près de 4 milliards de dollars par an : un niveau inférieur aux 12 milliards réclamés dès 2012 par l'UE ainsi qu'aux 8,5 milliards finalement demandés, tout en étant bien supérieur aux 411 millions évalués par les Etats-Unis eux-mêmes, qui avaient quant à eux obtenus 7,5 milliards de dollars dans l'affaire miroir *Airbus (Communautés européennes et certains Etats Membres – Aéronefs civils gros porteurs. Recours de l'Union européenne à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord*, décision de l'Arbitre du 2 octobre 2019, WT/DS316/ARB, voir cette Chronique, *Revue*, 2020-1, pp. 161-165, nos obs.). Toutes les parties se trouvent néanmoins perdantes, l'avalanche de rétorsions croisées susceptibles de s'ensuivre – ne portant pas augmentation des droits de douane appliqués aux seuls produits aéronautiques – préjudiciant aux consommateurs et potentiellement aux professionnels de tous les secteurs opérant dans le commerce transatlantique. Les exportations américaines vers l'Union européenne sont seulement cinq fois supérieures au montant autorisé, représentant 20 milliards de dollars par an.

« Miroir », les deux affaires ont été réciproquement portées au même moment par chacune des parties pour contester le même type de mesures adoptées par l'autre partie dans le même domaine commercial (sur les précédentes étapes de ces procédures, voir cette Chronique, *Revue*, 2018-3, pp. 712-718, et 2019-3, pp. 755-756, nos obs.). Elles n'en sont pas moins procéduralement indépendantes l'une de l'autre, de sorte qu'aucun match nul ne peut être décrété ni aucune compensation des préjudices décidée. En principe en effet, le contentieux de l'OMC ne poursuit pas l'ambition de réparer un préjudice subi, mais vise à ce qu'il soit mis fin aux mesures incompatibles avec les engagements pris au titre des accords. Dans ce cadre, les contre-mesures ne sont envisageables « que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable » et seulement « à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé » (art. 3:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends). Ainsi, « le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise » (*ibid.*); « ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés » (art. 22:1). En pratique, le recours aux contre-mesures n'est pas fréquemment demandé par les membres de l'OMC qui obtiennent le plus souvent le retrait de la mesure litigieuse ou parviennent à une solution négociée.

S'agissant spécifiquement du contentieux de l'exécution en matière de subventions, l'Accord SMC contient certaines règles spéciales dérogeant aux principes exposés dans le Mémorandum d'accord : il autorise des contre-mesures « proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables » (art. 7:9 SMC) là où dans les autres contentieux, les sanctions doivent être strictement équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages – et non pas à celui des effets de la mesure (art. 22:4 Mémorandum d'accord). Depuis 1995, l'affaire *Boeing* représente seulement la troisième portant sur des subventions dans laquelle un Arbitre est appelé à déterminer le montant des contre-mesures autorisées. Les deux autres concernent l'affaire *Airbus (CE et certains Etats membres – Aéronefs civils gros porteurs*, DS 316, préc.) et l'affaire *Etats-Unis – Coton upland* (décision de l'Arbitre du 31 août 2009, WT/DS267/ARB).

La question s'est naturellement posée de l'incidence sur la présente affaire de la décision arbitrale précédemment rendue dans l'affaire *Airbus*. Les parties considérant que l'approche de questions similaires retenue dans les deux affaires devrait être compatible, elles y ont fait chacune de nombreuses références. L'Arbitre a néanmoins insisté sur les « différences importantes » entre les deux, pouvant exiger des méthodes d'évaluation différentes : « notamment les subventions en cause et les mécanismes de causalité par lesquels elles ont entraîné les effets défavorables en question, les constatations d'effets défavorables spécifiques (y compris les formes de préjudice grave, les aéronefs concernés et les périodes en question), ainsi que les arguments des parties et les éléments de preuve présentés » (§ 5.3). Ces différences n'ont toutefois pas eu d'incidence majeure sur les grands principes mis en œuvre par l'Arbitre. S'agissant de la charge de la preuve par exemple, l'Arbitre de l'affaire *Boeing* s'est conformé à ce qui avait été décidé dans l'affaire *Airbus* en désignant la partie contestant le montant des contre-mesures (les Etats-Unis) comme devant démontrer que la méthode suivie par la partie demandant l'autorisation de prendre des contre-mesures (l'Union européenne) n'aboutissait pas à des contre-mesures proportionnelles. L'Arbitre a précisé que pour ce faire, « il ne suffit pas que les Etats-Unis proposent simplement une méthode de rechange dont ils affirment qu'elle est plus appropriée. Ils doivent plutôt examiner la méthode utilisée par l'Union européenne, en ce sens qu'ils doivent démontrer pourquoi cette méthode aboutirait à des contre-mesures qui ne seraient pas "proportionnelles" au sens de l'article 7.10 de l'Accord SMC » (§ 4.3). L'Arbitre a ensuite confirmé que l'Union européenne devait préalablement présenter une « note méthodologique justifiant la manière dont elle était arrivée aux contre-mesures proposées » (§ 4.4).

Sur le fond, l'Arbitre a interprété l'expression « effets défavorables dont l'existence aura été déterminée » de l'article 7.10 de l'Accord SMC comme visant les effets défavorables « causés pendant la période postérieure à la mise en œuvre par une subvention pour laquelle un défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD » (§ 6.38). La question se posait de savoir si l'Union européenne pouvait adopter des contre-mesures en lien avec des subventions dont l'Organe d'appel avait infirmé la constatation faite par le Groupe spécial sans se prononcer à son tour lui-même sur leur conformité, ne disposant pas dans le rapport du Groupe spécial des constatations de fait nécessaires. L'Arbitre en a déduit l'absence de constatation adoptée par l'ORD relativement à ces subventions ainsi que l'absence corrélatrice d'obligation pesant sur les Etats-Unis de faire cesser ses effets éventuels. Il a par conséquent exclu de prendre en compte les montants correspondants avancés par l'Union européenne.

Ainsi l'Arbitre devait-il se prononcer sur la proportionnalité du montant des contre-mesures demandées avec les effets défavorables « dont l'existence aura été déterminée ». Cette détermination avait été faite précédemment par le Groupe spécial de la mise en conformité dont la mission consistait à établir si les subventions contestées continuaient de produire des effets défavorables après l'expiration de la période de mise en conformité. Cette détermination se rapportait à une certaine période temporelle dont l'Arbitre devait définir les limites et la durée afin de pouvoir statuer sur la proportionnalité de contre-mesures annualisées. Ainsi l'Arbitre a-t-il eu à délimiter la « période de référence » sur laquelle le Groupe spécial s'était prononcé et que ce dernier n'avait pas lui-même expressément circonscrite. Il a jugé que cette période avait commencé à l'expiration de la fin de la période de mise en œuvre laissée à la partie

perdante pour se conformer aux recommandations adoptées par l'ORD, c'est-à-dire en l'espèce à compter de septembre 2012, pour se poursuivre 36 mois jusqu'à la communication au groupe spécial des dernières données pertinentes relatives aux campagnes de vente, aux commandes et aux livraisons, soit septembre 2015.

Pour déterminer la valeur des effets défavorables causés par les subventions pendant la période de référence, l'Arbitre pouvait-il prendre en compte des éléments de preuve produits postérieurement, dont ne disposait pas le Groupe spécial au moment où il déterminait l'existence des préjudices ? L'Arbitre répondit positivement, considérant notamment que les parties l'avaient implicitement accepté puisqu'elles avaient elles-mêmes pris en compte des événements postérieurs à la période de référence et en précisant que « dans la mesure où nous tenons compte d'éléments de preuve qui n'étaient pas disponibles pendant la période de référence, nous le faisons pour donner une valeur aussi exacte qu'il est raisonnablement possible aux effets défavorables identifiés dans la procédure de mise en conformité, et non pour modifier des effets défavorables dont l'existence a déjà été constatée dans la procédure de mise en conformité ou pour établir l'existence de quelconques effets défavorables additionnels » (§ 6.65).

Deux formes d'effets défavorables avaient été précédemment identifiées par le Groupe spécial de la mise en conformité : des pertes de ventes et une menace d'entrave. La méthode d'évaluation des effets résultant des pertes de ventes n'a pas posé de difficulté notable. L'Arbitre a admis l'approche « centrée sur les commande » consistant en « l'actualisation à la date de la commande des prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés dans le contrefactuel pour chaque perte de vente, puis l'annualisation de ces valeurs sur la période de référence » (§ 6.74). S'agissant en revanche de l'évaluation de la menace d'entrave, les deux méthodes proposées par l'Union européenne ont été rejetées par l'Arbitre (voir la méthode fondée sur la valeur des pertes de vente sous-jacentes, §6.75 et s., et celle fondée sur la valeur des livraisons, §§ 6.85 et s.) qui en suggéra une troisième : l'approche « centrée sur les livraisons » qui tenait compte du fait que le Groupe spécial de la mise en conformité avaient pris comme référence les livraisons postérieures à la période de référence dans ses constatations de menace d'entrave. En conséquence, l'Arbitre a rejeté la demande de l'Union européenne que soit prise en compte la valeur des livraisons à l'état de menace pendant la période de référence. Il a décidé qu'il devait évaluer « les prix nets à la date de livraison de tous les LCA d'Airbus qui auraient été livrés après la période de référence dans le contrefactuel pour les pertes des ventes » datant de 2011 et de 2008 (§ 6.145).

Ainsi l'Arbitre prit-il soin d'interpréter la notion de menace de préjudice présente à l'article XVI du GATT et dans l'Accord SMC. Ces dispositions visent en effet les subventions causant ou menaçant de causer un préjudice grave aux intérêts des membres de l'OMC : « [l]'inclusion de la menace de préjudice grave dans le champ du préjudice grave, dans le contexte de la discipline fondée sur les effets figurant dans la Partie III de l'Accord SMC, permet aux Membres d'obtenir des mesures correctives au titre de l'article 7 en ce qui concerne un préjudice grave qui n'existe pas actuellement mais existera dans le futur. Une allégation de menace de préjudice grave est donc un moyen de traiter le subventionnement qui menace de façon imminente de causer un tort économique, sans devoir attendre que ce tort se manifeste effectivement » (§ 6.119). Le raisonnement reposant sur un « contrefactuel », c'est-à-dire sur « un scénario hypothétique qui décrit ce qui se serait produit en termes de courants d'échanges si la partie défenderesse avait mis en

œuvre les recommandations et décisions de l'ORD » (*Etats-Unis – Thon II (Mexique)* (article 22:6 – *Etats-Unis*), décision de l'Arbitre, WT/DS381/ARB, §4.4), la question de savoir comment l'Arbitre aurait dû réagir si la menace, bien que probable, ne s'était pas réalisée dans le futur ne nous semble pas se poser.

En conclusion de son analyse, l'Arbitre a notamment estimé « raisonnable de supposer que, dans le contrefactuel, Airbus aurait obtenu, dans ses accords d'achat dans l'ensemble des cinq campagnes de vente pertinentes, le même nombre de commandes fermes que celles que Boeing a obtenues dans ses accords d'achat effectifs » (§ 6.246) et il a sagement calculé la valeur de ces pertes de ventes ainsi que de la menace d'entrave.

En conséquence de l'autorisation ensuite accordée par l'ORD, la Commission européenne a adopté le 7 novembre 2020 le règlement d'exécution (UE) 2020/1646 « relatif à des mesures de politique commerciale concernant certains produits originaires des Etats-Unis d'Amérique à la suite du règlement d'un différend commercial relevant du mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ». Conformément à l'article 9 du règlement (UE) n°654/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 « concernant l'exercice des droits de l'Union pour l'application et le respect des règles du commerce international » et à sa déclaration publiée en annexe, elle avait préalablement procédé à une consultation publique sur la liste des produits originaires des Etats-Unis susceptibles de faire l'objet des droits additionnels [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=261]. Outre les avions de ligne, le règlement de 2020 vise finalement les tracteurs, des produits chimiques, le tabac, le saumon, les agrumes, arachides et patates douces, le ketchup, notamment. Les règles posées par le règlement de 2014 incitent à désigner des produits dont l'Union européenne n'est pas fortement dépendante pour son approvisionnement afin d'éviter « autant que possible, tout effet négatif sur les différents acteurs du marché de l'Union, y compris les consommateurs » (Règlement 2020/1646). Il est remarquable que le règlement du 7 novembre indique dans ses motifs qu'« à l'heure actuelle, le montant est jugé approprié pour inciter efficacement au respect des règles et soulager les opérateurs économiques de l'UE car, dans le climat économique actuel, il permet d'imposer des mesures sur les avions civils gros porteurs américains et d'autres produits qui sont considérées comme suffisamment semblables aux contre-mesures imposées par les Etats-Unis ». Il apparaît clairement que les contre-mesures européennes visent à répondre à celles imposées par les Etats-Unis aux produits originaires de l'Union européenne alors qu'elles devraient seulement chercher à compenser le déséquilibre causé entre les droits et les obligations des parties par la mesure initialement illicite, tout en incitant au rétablissement de la licéité internationale.

C'est précisément contre une telle surenchère que les règles de l'OMC cherchent à se prémunir. La situation à laquelle sont parvenues les parties dans ces deux affaires apparaît d'autant plus regrettable que le montant déterminé par l'Arbitre correspond à la valeur du préjudice subi en 2015, cinq ans auparavant. Les effets défavorables produits par des subventions s'amenuisant d'eux-mêmes avec le temps, il est probable que ces sanctions n'aient plus guère de sens aujourd'hui et causent davantage de tort qu'elles n'en soulagent. Si l'Union européenne se dit ouverte à des négociations bilatérales en vue de la réduction progressive des sanctions mises en œuvre de part et d'autre, les Etats-Unis adoptent une position défensive en contestant la licéité pourtant manifeste des mesures décidées par l'UE (voir le CR préc. de la réunion de l'ORD du 26 oct. 2020, pp. 18 et s.).

CLAIRE CRÉPET DAIGREMENT

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 6 octobre 2020, *République démocratique du Congo c. Belgique*,
req. n° 16554/19

Qualité pour agir – Etat non-partie à la Convention EDH – requête incompatible *ratione personae*

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a été saisie d'une requête par la République démocratique du Congo (RDC) au sujet de la prescription d'une action civile devant les tribunaux belges. Sans surprise, la requête a été déclarée incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention, un Etat non-partie à la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen (CEDH ou la Convention) n'ayant pas la qualité pour agir devant la Cour EDH. Autrement dit, aucun des modes de saisine prévus aux articles 33 et 34 CEDH n'est ouvert à un Etat tiers à la Convention. D'une part, la requête de la RDC « n'est pas assimilable à une requête interétatique au sens de l'article 33 de la Convention, ce mode de saisine de la Cour étant réservé aux 'Hautes parties contractantes', dont la République démocratique du Congo ne fait pas partie » (§ 12). D'autre part, la RDC ne peut être assimilée à aucune des catégories de requérants habilités à introduire une requête individuelle au titre de l'article 34 CEDH (personne physique, groupe de particuliers, organisation non gouvernementale). La Cour juge d'abord qu'« [à] l'évidence, la République démocratique du Congo ne saurait être considérée comme une personne physique ou comme un groupe de particuliers » (§ 14). Elle constate ensuite que la requérante ne saurait non plus être assimilée à une organisation non gouvernementale (§§ 15-20), catégorie définie par opposition aux « organisations gouvernementales », qui sont des « personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités » (§ 17). La Cour précise qu'il convient de distinguer la présente requête de l'affaire *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie* (Cour EDH, arrêt du 13 décembre 2007, req. n° 40998/98) dans laquelle la qualité pour agir d'une entreprise publique iranienne avait été admise, étant donné que « la société requérante fonctionn[ait] comme une société commerciale et que rien ne donn[ait] à penser que la requête à l'étude a[vait] été en réalité soumise par la République islamique d'Iran, qui n'est pas partie à la Convention » (Cour EDH, *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie*, précité, § 81).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 15 octobre 2020, Grande Chambre, *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*,
req. n° 80982/12

Article 1P7 – garanties procédurales – expulsion – informations classées secrètes – terrorisme – sécurité nationale – accès aux documents – informations suffisantes – facteurs compensateurs – représentation – contrôle de la procédure par une autorité indépendante

L'affaire a été soumise à la Grande Chambre de la Cour EDH par deux ressortissants pakistanais en raison de leur expulsion par la Roumanie, après dessaisissement de la

chambre. Alors qu'ils demeuraient régulièrement sur le territoire roumain, les requérants ont été placés, à la demande des services de renseignements, sur la liste des personnes indésirables et ont fait en conséquence l'objet d'une procédure d'éloignement du territoire. Aucune information à propos des faits qui leur étaient reprochés n'a été divulguée aux requérants comme à leurs conseils en raison de leur classification, mais un communiqué de presse des renseignements publié par un journal national évoquait des soupçons d'aide à la préparation d'actes terroristes. Or, les documents sur lesquels se fondaient les soupçons des autorités, bien qu'ils n'aient pas été communiqués aux intéressés, ont été admis comme preuve par les juridictions en charge successivement du contrôle de la procédure et ont servi de fondement aux décisions adoptées à leur encontre. Les faits en cause permettent à la Cour de développer ses exigences en matière de garanties procédurales en cas d'expulsion d'un étranger au titre de l'article 1 du Protocole 7, particulièrement concernant les modalités d'interprétation et d'application de l'exception prévue en son second paragraphe.

L'esprit de l'article 1 du Protocole n°7, adopté en 1984, est de compenser l'inapplicabilité de l'article 6 aux procédures administratives d'expulsion d'étrangers qui ne relèvent ni d'une accusation en matière pénale ni d'une décision sur des droits et obligations de caractère civil (voir Cour EDH, Grande Chambre, *Maaouia c. France*, arrêt du 5 octobre 2000, req. n°39652/98, § 38), et d'y garantir malgré tout le respect de standards procédurales. La Cour mobilise d'ailleurs dans cet arrêt un important *corpus* de références internationales – conventionnelles (notamment l'article 13 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques ou l'article 9, paragraphe 5 de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant), jurisprudentielles (par exemple l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Rec. 2010*, p. 639) mais aussi non contraignantes (la recommandation générale n°30 (2004) du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et même le Projet d'article de la Commission du droit international sur l'expulsion des étrangers de 2014) – pour illustrer la reconnaissance générale de la nécessité de ces garanties. Pour autant, le second paragraphe de l'article ménage aux Etats la possibilité de déroger à ces exigences lorsque sont en jeu des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale. Cette exception revêt une importance particulière dans le cadre de la lutte antiterroriste. La Cour réaffirme à cet égard « qu'elle est pleinement consciente de l'ampleur du danger que représente le terrorisme pour la collectivité et, par conséquent, de l'importance des enjeux de la lutte antiterroriste. Elle est aussi au courant des difficultés considérables que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste » (§ 132). Il lui appartient en conséquence de ne pas faire une lecture trop exigeante de l'article, notamment pour permettre aux Etats de combattre efficacement ce phénomène comme les y obligent les articles 2 et 3 de la Convention notamment. Néanmoins, les restrictions potentielles à l'article 1P7 ne sauraient pour autant vider cette garantie de sa substance au nom de l'effectivité des droits conventionnels promue par l'interprétation téléologique classique que la Cour fait du texte (§ 122).

C'est précisément sur ce terrain que se placent les requérants en alléguant que le défaut d'information sur les faits qui leur étaient reprochés et le refus d'accès aux documents secrets qui leur a été opposé constituent une violation de leurs droits reconnus par la Convention. Si la première branche de leur argument fait déjà l'objet d'une reconnaissance

ferme par la Cour (voir par exemple Cour EDH, *Ahmed c. Roumanie*, arrêt du 13 juillet 2010, req. n°34621/03), la seconde, relative à l'accès aux documents confidentiels, est inédite. La Cour s'en saisit alors pour opérer une extension matérielle de l'article 1 du Protocole n°7. Elle affirme en effet que « l'article 1 du Protocole n° 7 exige en principe que les étrangers concernés soient informés des éléments factuels pertinents qui ont conduit l'autorité nationale compétente à considérer qu'ils représentent une menace pour la sécurité nationale et qu'ils aient accès au contenu des documents et des informations du dossier de l'affaire sur lesquels ladite autorité s'est fondée pour décider de leur expulsion » (§129). Sans ériger ces garanties en droits absolus, elle élabore ensuite une série de conditions que l'Etat doit respecter pour concilier ses objectifs – fussent-ils de protéger l'ordre public ou la sécurité nationale – avec la « substance » du droit protégé.

Ainsi, pour être compatibles avec le premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n°7, les restrictions fondées sur son second paragraphe doivent, d'une part, être « dûment justifiées dans les circonstances de l'affaire » et, d'autre part, « suffisamment compensées » (§ 137). Le premier de ces critères appelle une analyse *in concreto* du processus décisionnel (§ 138) qui doit être clairement motivé (§ 139) et susceptible d'être contrôlé par une autorité indépendante (§ 140). Le second critère, relatif à la compensation des restrictions, est d'autant plus important que les informations fournies sont limitées (§ 146). A ce titre, si la Cour relève l'absence de consensus sur ce type de garanties adoptées et en déduit une marge d'appréciation étatique quant au choix des mesures à mettre en œuvre, elle en propose une liste non limitative incluant notamment une représentation adéquate par un avocat ou la communication d'informations suffisantes sur le déroulement de la procédure (§§ 148 et s.).

En l'espèce, la procédure diligentée par l'Etat roumain à l'égard des requérants ne satisfait pas à ces conditions puisqu'il « ne ressort pas du dossier que la nécessité de cette restriction ait été examinée et jugée dûment justifiée par une autorité indépendante au niveau national » (§ 203). Quant à la compensation de ces limitations, elle s'avère tout aussi insuffisante faute d'information adéquate et de représentation effective lors de la procédure (§ 204). L'application immédiate et stricte des critères de contrôle des limitations au droit d'accès aux documents qu'elle vient tout juste de consacrer conduit la Cour au constat de la violation de l'article 1 du Protocole n°7. Néanmoins, même l'ample majorité ayant voté en faveur de l'arrêt n'occulte pas tout à fait les questionnements relatifs à la démarche adoptée. Le nombre et le volume des opinions séparées font en effet état de d'importantes divergences logiques et méthodologiques au sein de la formation de jugement qui appellent sans doute des clarifications dans la jurisprudence à venir.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 18 novembre 2020, Grande Chambre, *Slovénie c. Croatie*, req. n° 54155/16

Qualité pour agir – titulaire des droits garantis – requête interétatique – requête individuelle – droits et intérêts protégés

Dans cette affaire, la Cour est appelée à répondre à la question de savoir si un Etat partie à la Convention peut introduire une requête interétatique en application de l'article 33 CEDH, afin de défendre les droits d'une personne morale qualifiée d'organisation gouvernementale au sens de l'article 34 CEDH, et qui n'a donc pas qualité pour

introduire une requête individuelle. En répondant (par la négative) à cette question, la Cour affirme que qualité pour agir devant elle et qualité de titulaire des droits garantis par la Convention ne sont pas indépendantes l'une de l'autre, la dernière étant réservée aux entités habilitées à introduire une requête individuelle.

La requête introduite par la Slovénie vise à défendre les droits de la Banque de Ljubljana, qui serait empêchée « de faire valoir et de recouvrer ses créances sur ses débiteurs croates en Croatie » (§ 31). La Croatie, qui soulève trois exceptions d'irrecevabilité, soutient notamment que le gouvernement slovène ne peut pas défendre dans le cadre d'une requête interétatique les droits de la Banque de Ljubljana, puisqu'il ne s'agit pas d'une « organisation non gouvernementale » et que la qualité pour agir au titre de l'article 34 lui a été refusée (Cour EDH, *Ljubljanska Banka D.D. c. Croatie*, décision du 12 mai 2015, req. n° 29003/07) (§ 33). Le gouvernement slovène ne contestait pas la qualification « d'organisation gouvernementale aux fins de l'article 34 de la Convention » (§ 53) donnée à la Banque de Ljubljana. Il soutenait cependant qu'il conviendrait de distinguer la question de savoir si une personne morale peut bénéficier des droits matériels garantis par la CEDH de la qualité pour saisir la Cour d'une requête individuelle (§ 53). Il proposait ainsi d'appliquer deux critères différents aux requêtes individuelles et interétatiques suivant lesquels « une personne morale qui ne serait ni un organe ni un élément constitutif de l'Etat (...) et qui ne serait pas titulaire de prérogatives de puissance publique devrait pouvoir être protégée par le recours [au] mécanisme [du recours interétatique], quand bien même elle ne serait pas qualifiée d'organisation 'non gouvernementale' au sens de l'article 34 en raison d'un manque d' 'indépendance institutionnelle et opérationnelle suffisante' » (§ 56).

La Cour EDH oppose trois arguments à cette thèse. Premièrement, à l'approche différenciée proposée par le gouvernement requérant selon que la requête est individuelle ou interétatique, la Cour répond par « la cohérence interne » de la Convention, « principe important qui vaut non seulement pour les droits matériels consacrés dans le titre I (...) mais aussi pour les dispositions en matière de juridiction et de procédure – en l'espèce les articles 1, 33 et 34 » (§ 65). Deuxièmement, se référant à la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de justice, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme, la Cour fait appel à la nature particulière des obligations étatiques en matière de droits de l'homme. Elle rappelle également sa propre jurisprudence suivant laquelle, même dans le cadre d'une requête interétatique, « c'est l'individu et non l'Etat qui est directement ou indirectement touché et principalement 'lésé' par la violation d'un ou de plusieurs des droits garantis par la Convention » (Cour EDH, *Chypre c. Turquie (satisfaction équitable)*, arrêt du 12 mai 2014, req. n° 25781/94, § 46). Elle affirme ensuite que « seuls les personnes physiques, les groupes de particuliers et les personnes morales pouvant être qualifiées d'organisations non gouvernementales' au sens de l'article 34 peuvent être titulaires des droits découlant de la Convention, mais pas un Etat contractant ni une personne morale qui doit être regardée comme une organisation gouvernementale (...). Toute autre conclusion serait contraire à l'objectif fondamental qui sous-tend la Convention et qui ressort à la fois de son article 1 et de son préambule » (§ 66). Le lien est ainsi établi entre la qualité pour agir devant la juridiction strasbourgeoise et la qualité de titulaire des droits garantis par la Convention. Troisièmement, la Cour souligne que « dans l'hypothèse où [elle] conclurait à la violation d'un ou de plusieurs droits tirés de la Convention dans une affaire qu'un Etat

introduirait en vertu de l'article 33 pour le compte d'une personne morale qui ne présenterait pas vis-à-vis de lui une indépendance institutionnelle et opérationnelle suffisante, et où elle octroierait une somme au titre de la satisfaction équitable, le bénéficiaire final de son arrêt serait en définitive cet Etat lui-même et personne d'autre » (§ 67). La Cour conclut donc que « l'article 33 de la Convention ne permet pas à un gouvernement requérant de défendre les droits d'une personne morale qui ne pourrait pas être qualifiée d' 'organisation non gouvernementale' ni dès lors introduire une requête individuelle en vertu de l'article 34 » (§ 70). La Banque de Ljubljana n'étant pas une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 CEDH (Cour EDH, *Ljubljanska Banka D.D. c. Croatie*, précitée, § 54), la requête de la Slovaquie est incompatible avec l'article 33 de la Convention et la Cour n'est pas compétente pour en connaître (§§ 76-79).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 10 décembre 2020, *Shiksaitov c. Slovaquie*, req. n°56751/16 et 33762/17

Article 5, paragraphe 1 (f) – extradition – extraterritorialité – statut de réfugié – Convention de Genève sur le statut de réfugié – Convention européenne d'extradition – détention provisoire – article 5, paragraphe 5 – réparation

L'affaire concerne la conformité de la détention provisoire d'un réfugié statutaire sur le territoire d'un Etat tiers et de la non-automaticité de la reconnaissance de son statut à l'étranger à la Convention. Elle offre ainsi à la Cour l'opportunité de clarifier la portée de l'article 5, paragraphe 1 (f) du texte européen.

Le requérant est un ressortissant russe qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt international émis par une juridiction tchèque en 2007. Il obtient l'asile en Suède en 2011. Quatre années plus tard, au cours d'un déplacement vers l'Ukraine, il est arrêté en Slovaquie. A cette occasion, les autorités prennent connaissance de l'existence du mandat d'arrêt à son encontre et de son inscription sur la liste des personnes internationalement recherchées par Interpol. Il subit alors une première détention provisoire au cours de laquelle les autorités russes transmettent aux autorités slovaques une demande d'extradition, suivie d'une période de détention en vue de ladite extradition qui, cumulées, atteignent une durée totale de privation de liberté de près de deux ans. La première période de détention vise, d'après le gouvernement, à maintenir le requérant sur le territoire et à disposition des autorités en attendant la demande d'extradition russe, alors que la seconde s'étend sur la durée de l'examen de l'admissibilité de cette demande. Le requérant se plaint de la violation de son droit à la liberté et à la sûreté en raison du caractère arbitraire de son placement en détention du fait, notamment, de l'ignorance de son statut de réfugié en Suède par les autorités slovaques alors que l'Etat défendeur estime avoir agi conformément aux prescriptions du droit international et européen en matière d'asile et d'extradition.

La Cour européenne débute son examen de l'affaire par une synthèse des principes applicables à détention d'une personne « pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours » selon la lettre de l'article 5, paragraphe 1 (f), qui en fait l'un des cas de privation de liberté autorisés par la Convention. Elle rappelle à cette occasion que la seule

exigence de cette disposition réside dans l'existence d'une procédure d'expulsion ou d'extradition, indépendamment du caractère justifié ou non de celle-ci, qui doit être combinée à celle de la légalité du placement en détention. Elle y ajoute toutefois une condition supplémentaire liée, elle, à l'esprit de l'article 5, paragraphe 1, selon laquelle cette détention ne doit pas être arbitraire et, en ce sens, doit être suffisamment liée aux motifs invoqués pour la justifier et en pas excéder la durée raisonnable requise pour atteindre les buts avancés (§ 55). Enfin, dans le cas spécifique de l'alinéa (f), la détention en vue de l'extradition ne peut durer qu'aussi longtemps que la procédure est en cours, à la condition qu'elle soit menée avec diligence (§ 56). C'est dire alors qu'une détention en vue d'une extradition malgré l'existence de circonstances qui la rendront impossible n'est pas justifiée aux yeux de la Cour.

C'est précisément dans cette dernière situation que le requérant allègue avoir été placé puisqu'il bénéficie du statut de réfugié en Suède qui interdit, selon lui, son extradition vers la Russie. La Slovaquie quant à elle considère que l'octroi de la qualité de réfugié par la Suède ne la lie pas dans la mesure où le premier Etat a omis de contrôler l'inscription du requérant sur la liste d'Interpol et d'examiner en conséquence sa possible exclusion du statut de réfugié conformément à l'article 1F de la Convention de Genève de 1951. La Cour s'emploie donc à déterminer si la détention du requérant était injustifiée en raison de l'existence de circonstances rendant l'extradition impossible et, pour ce faire, doit évaluer si l'octroi du statut de réfugié doit automatiquement bénéficier d'un effet extraterritorial ou si le réexamen par les autorités d'un Etat tiers de la situation est possible. Pour s'extirper de cette situation sensible, la Cour choisit d'adopter un raisonnement casuistique et s'abstient de formuler un principe général à cet égard. Elle considère en effet qu'en l'espèce, l'extradition du requérant n'était pas « complètement exclue », dans la mesure où la décision suédoise « n'excluait pas automatiquement la possibilité que le requérant soit extradé par les autorités slovaques » (§ 68). Pour tenter de clarifier ce raisonnement pour le moins opaque, la Cour poursuit en indiquant que le droit slovaque interdit l'extradition d'une personne reconnue réfugiée par l'Etat slovaque, ce qui n'est pas le cas du requérant. Elle reconnaît néanmoins que la décision suédoise est internationalement contraignante en vertu de la Convention de 1951 et que seule des « circonstances exceptionnelles » pourraient permettre à la Slovaquie de la remettre en question. Or, il semble que ce soit justement le cas de la découverte d'éléments susceptibles de conduire à l'exclusion du requérant du statut de réfugié tel que le prévoit l'article 1F. Elle en déduit alors une exception à l'arbitraire d'une détention en cas d'impossibilité d'extradition et à l'automatisme de la reconnaissance du statut de réfugié octroyé à l'étranger lorsque, en cours de procédure, de nouvelles informations justifient le réexamen de la situation du réfugié (§ 69). Certes, le raisonnement ainsi tenu vise à titre principal les modalités d'application de l'article 5, paragraphe 1 (f) de la Convention, mais il conduit la juridiction à moduler considérablement l'effet d'une Convention qui échappe théoriquement à sa juridiction puisqu'elle autorise *in fine* les Etats à réexaminer la situation d'un réfugié acquise dans un Etat tiers conformément aux prescriptions de la Convention de Genève de 1951 dès lors que des informations ignorées lors de la procédure initiale – quel que soit, semble-t-il, le délai écoulé depuis – sont portées à la connaissance des autorités.

Si à titre liminaire la Cour avait déjà conclu au respect de la condition de légalité de la détention, puisqu'elle avait été prononcée conformément au droit national, lui-même jugé

compatible avec les dispositions de la Convention européenne sur l'extradition de 1957 (§ 67), la condition de diligence des autorités au cours de la procédure fait en revanche défaut. Le juge européen estime en effet que la durée de la procédure était inutilement longue et met en lumière le manque de sérieux des autorités dans la récolte des informations nécessaires à la résolution des problématiques juridiques soulevées par l'affaire en cause. C'est finalement sur ce dernier fondement, hautement casuistique, qu'il conclut au caractère injustifié de la détention du requérant et à la violation des articles 5, paragraphe 1 (f) en conséquence (§ 82), ainsi qu'à celle de l'article 5, paragraphe 5 faute de possibilité d'obtention d'une réparation adéquate du préjudice subi (§ 94).

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 16 décembre 2020, Grande Chambre, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, req. n° 20958/14 et 38334/18

Requête interétatique – compétence – recevabilité – juridiction – abus de procédure – modification territoriale – juridiction extraterritoriale – contrôle effectif – différend politique – administration de la preuve – critère de la preuve – charge de la preuve – épuisement des voies de recours internes – établissement d'une pratique administrative – valeur probatoire des rapports d'organes internationaux – valeur probatoire des déclarations de dirigeants politiques

La décision de la Grande Chambre est la première d'une série de décisions très attendues de la Cour EDH sur le conflit opposant l'Ukraine à la Russie (voir « Chronique des faits internationaux », *Revue*, 2019-1, obs. J.-B. DUDANT, pp. 290-296). A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes déposées successivement en mars 2014 et août 2015 par l'Ukraine à propos des événements survenus en Crimée et en Ukraine orientale. Après avoir ordonné des mesures provisoires en vertu de l'article 39 de son règlement, la chambre saisie de ces requêtes les a divisées en quatre affaires distinctes, séparant la situation en Crimée de celle de l'Ukraine occidentale, avant de se dessaisir au profit de la Grande Chambre. Cette dernière débute donc le traitement de l'affaire par l'examen de la recevabilité de la première partie des griefs de l'Etat requérant, relatifs aux allégations de violations de la Convention commises par la Russie en Crimée au printemps 2014. A l'occasion d'une affaire hautement sensible, qui fait l'objet d'un contentieux international particulièrement intense puisque la Cour internationale de Justice (CIJ, *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 (Ukraine c. Fédération de Russie)*, arrêt (exceptions préliminaires) du 8 novembre 2019 ; voir cette Chronique, *Revue*, 2020-1, obs. H. AZARI, pp. 155-160) comme le Tribunal international du droit de la mer (TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 25 mai 2019 ; voir cette Chronique, *Revue*, 2019-3, obs. N. ALOUPI, pp. 748-751) et le tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (*Différend concernant les droits de l'Etat côtier dans la mer noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de Russie)*, sentence arbitrale du 21 février 2020 ; voir cette Chronique, *Revue*, 2020-2, obs. N. ALOUPI, pp. 371-378) ont déjà eu à se prononcer sur certains de ses aspects, la Cour européenne rend une décision importante qui lui permet

d'affirmer et d'affiner les modalités de son office dans le contentieux interétatique de l'article 33 dont le volume n'a cessé de croître devant elle dans la période récente. La première partie de ces enseignements concerne l'établissement de sa compétence, à propos de laquelle elle revient à la fois sur l'argument du caractère politique du différend soulevé par l'Etat défendeur et sur la détermination de la juridiction de l'Etat qui constitue le point central de son examen à ce stade de la procédure. Elle fournit néanmoins une seconde série de principes particulièrement précieux à cette occasion à propos cette fois de l'administration de la preuve qui concernent à la fois les principes gouvernant la charge et les critères de preuve qu'elle exige mais également les conséquences de la preuve d'une pratique administrative.

A propos, en premier lieu, de l'établissement de sa compétence, la Cour est appelée à évacuer d'abord l'une des objections récurrentes de l'Etat défendeur qui consiste à affirmer qu'elle n'est pas compétente pour connaître de la licéité du référendum ni de celle de l'« intégration » de la Crimée à la Fédération de Russie au regard du droit international en raison de leur caractère politique. Pour y répondre, la Cour s'attache à préciser l'objet de l'affaire à titre liminaire. Rappelant que les griefs soulevés par le demandeur portent sur l'adoption par le défendeur d'une « pratique administrative contraire à la Convention entre le 27 février et 2014 et le 26 août 2015 » (§ 238) – à la seule exception du grief particulier relatif au transfèrement de détenus vers la Russie qui s'étend au-delà de la période considérée – elle écarte de son examen les événements relatifs aux manifestations à Maïdan qui se déroulaient « en toile de fond ». Elle ajoute, conformément au raisonnement de la CIJ dans l'arrêt de 2019 et du Tribunal arbitral dans la sentence de 2020 précités « qu'elle n'est pas appelée à statuer dans l'abstrait sur la 'licéité' de ce qui est présenté comme l'« invasion » et l'« occupation » de la Crimée par la Fédération de Russie, si ce n'est sous l'angle des règles énoncées dans la Convention », ni sur celle de « annexion de la Crimée » ou du statut juridique de cette région. En conséquence, elle écarte l'argument russe tenant à faire constater l'abus de procédure commis par l'Ukraine consistant d'après le défendeur à tirer prétexte d'allégation de violations des droits de l'homme pour obtenir de la Cour qu'elle se prononce sur des questions politiques et de droit international général (§ 267), liant ainsi l'objection classique relative au caractère non-juridique du différend (voir par ex. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt (exceptions préliminaires) du 26 novembre 1984, § 96) à l'argument de l'abus de procédure. A ce propos, la Cour rappelle que l'article 35, paragraphe 3 qui interdit les requêtes abusives n'est rédigé qu'en référence à l'article 34 relatif aux requêtes individuelles, ce qui en exclut *a priori* l'application aux requêtes interétatiques (voir Com EDH, *Chypre c. Turquie*, décision du 28 juin 1996, req. n°25781/94). Elle réaffirme alors que « l'article n'exclut pas l'application d'une règle générale prévoyant la possibilité de déclarer une requête irrecevable au regard de l'article 24 [l'actuel article 33] s'il est clair, dès le début, (...) que lui font autrement défaut les éléments constitutifs d'une véritable allégation au sens de l'article 24 de la Convention » (voir Cour EDH, *Danemark c. Turquie*, décision du 8 juin 1999, req. n° 34382/97). Elle estime ainsi que les questions soumises par l'Ukraine revêtent un caractère juridique et que la dimension politique des raisons qui ont pu conduire le requérant à introduire la requête sont sans pertinence pour l'établissement de sa compétence pour statuer sur les questions juridiques dont elle est saisie (§ 273), conformément à la position de la Cour internationale de justice à laquelle elle renvoie encore (voir notamment CIJ, *Activités*

militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *op.cit* ; CIJ, Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 24 mai 1980).

Concernant ensuite la juridiction de la Russie sur le territoire concerné au moment des faits, il s'agit sans conteste de la question principale de l'affaire puisque, faute d'établissement de celle-ci, la Cour ne saurait être compétente au titre de l'article 33 de la Convention. Sans surprise, l'Etat défendeur estime qu'elle n'est pas caractérisée à propos de la période antérieure au référendum du 16 mars 2014. Il admet ensuite qu'elle ait existé à partir de cette date mais s'oppose à ce que la Cour se prononce sur la base légale de cette juridiction au moyen d'un argument caricaturalement volontariste selon lequel « la juridiction d'un Etat au sens de l'article 1 de la Convention repose sur le principe de territorialité et qu'elle ne peut s'étendre au-delà du territoire national d'un Etat partie que si celui-ci le décide volontairement » (§ 277), affirmant au passage fermement son « désaccord » avec le cadre établi par la Cour dans l'affaire *Al-Skeini* (Cour EDH, Grande Chambre, *Al-Skeini et al. c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. n°55721/07). Le tiers intervenant quant à lui appelle la Cour à saisir cette opportunité pour clarifier sa position sur la juridiction extraterritoriale de l'Etat qu'elle semblait n'admettre qu'à titre d'exception dans l'arrêt *Bankovic* (Cour EDH, Grande Chambre, *Bankovic et al. c. Belgique et al.*, décision du 12 décembre 2001, req. n°52207/99) avant que sa jurisprudence n'étende progressivement ces hypothèses (voir à ce propos P.-F. LAVAL, « A propos de la juridiction extraterritoriale de l'Etat. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *Revue*, 2012-1, pp. 61-88). Pour régler cette question, la Cour fait un examen en deux temps de la situation dont il faut admettre le mérite didactique, non sans avoir au préalable rappelé les principes posés dans l'affaire *Al-Skeini* dont elle fait l'arrêt de référence en la matière (§§ 303 et s.). Elle s'intéresse dans un premier temps à la période « pré-référendum » à propos de laquelle elle doit rechercher si la Russie exerçait un contrôle effectif du territoire en cause. Contrairement à ce que laisse transparaître l'argumentation russe déjà utilisé dans l'affaire l'opposant à la Géorgie (Cour EDH, *Géorgie c. Russie (II)*, décision du 13 décembre 2011, req. n°38263/08), elle précise que cet examen ne repose pas sur les critères exposés par la CIJ dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qui visent, eux, à établir la responsabilité d'un Etat concernant un fait internationalement illicite. Sa mission implique en revanche de déterminer, selon un critère de preuve « au-delà de tout doute raisonnable » (§ 265), s' « il existe des circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'Etat défendeur de sa juridiction de façon extraterritoriale sur une partie du territoire de l'Etat requérant pendant cette période », « au regard des faits particuliers de la cause et des éléments disponibles » (§ 314). Pour y parvenir, son analyse repose sur deux critères principaux. D'une part, elle examine la *présence militaire* russe en Crimée dont elle observe qu'elle excédait significativement les limites fixées par les accords bilatéraux autorisant le stationnement de contingents russes dans la région (§ 321). Elle en examine également la capacité pour en déduire qu'elle était nettement supérieure à celle des forces ukrainiennes. D'autre part, elle évalue le *comportement des forces militaires* qui ne se bornait pas, contrairement à ce qu'alléguait la Russie à celui d'observateurs passifs, mais équivalait à une participation active. Parmi les éléments de preuve de ces actions, la Cour « attache une importance particulière » (§ 333) à une déclaration télévisée du Président Poutine dans laquelle il faisait état de

l'implication des forces russes dans les événements en cours. Si elle rappelle que les déclarations de hauts-dirigeants doivent être considérées avec prudence, elle estime, comme d'ailleurs, ici encore, la CIJ dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* précitée, que de telles déclarations, lorsque ces personnes ont joué un rôle central dans le litige et qu'ils y reconnaissent des faits ou un comportement, peuvent être interprétées comme une forme d'aveu et revêtir une valeur probante particulière. Dès lors, elle en conclut que l'existence d'un contrôle effectif de la Russie sur la Crimée lors de la période pré-référendum est établie sans qu'il soit nécessaire d'examiner si ce contrôle s'étendait sur les politiques et les actions de l'administration locale (§ 335). Poursuivant son examen elle se penche, dans un second temps, sur la période suivant le référendum et l'intégration de la Crimée à la Fédération de Russie. En dépit de la reconnaissance de la Russie de l'exercice de sa juridiction et de son opposition à la détermination de la nature de celle-ci, la Cour juge ce dernier point crucial puisqu'il est indispensable à l'appréciation des griefs tirés des violations des articles 6 et 2 du Protocole n°4 qui imposent de déterminer quel était le droit applicable et quelles étaient les frontières en vigueur (§§ 342 et s.). Considérant dès lors qu'elle est habilitée à statuer sur la nature de la juridiction exercée, elle écarte le principe d'une juridiction territoriale que semblait défendre le gouvernement russe et établit l'existence d'une juridiction reposant sur le contrôle effectif du territoire. Pour étayer ce constat, elle retient, non sans ironie, qu'elle n'est pas en mesure d'établir une quelconque modification du territoire souverain des deux Etats puisqu'il lui est expressément demandé de ne pas statuer sur l'intégration de la Crimée à la Fédération de Russie (§ 348). Son deuxième argument à cet égard est tout aussi intéressant. Elle relève en effet, bien qu'elle n'indique pas la valeur probatoire qu'elle accorde à ces éléments, qu'un « certain nombre d'États et d'organes internationaux ont refusé de reconnaître un quelconque changement qui, du fait de la Crimée, aurait touché l'intégrité territoriale de l'Ukraine au sens du droit international » (§ 348), ce dont elle estime ne pas pouvoir faire abstraction. Si la Cour ne fait aucune mention de la théorie de l'obligation de non-reconnaissance des situations acquises par le recours illicite à la force (voir par exemple CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971) il semble néanmoins que ce détour dans son argumentation lui apporte du crédit. Elle constate ainsi que la juridiction exercée par la Russie sur la Crimée postérieurement à son intégration à la Fédération de Russie ne pouvait que reposer sur le contrôle effectif de ce territoire (§ 349).

A propos, en second lieu, de l'administration de la preuve et face à la multitude d'éléments avancés par les parties et des désaccords à leur sujet, la Cour réaffirme d'abord la liberté qu'elle s'octroie en ce domaine (voir à ce propos G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 447) et s'emploie non seulement à résumer mais encore à développer les principes applicables en la matière. Quant à la charge de la preuve, d'abord, elle écarte l'argument de la Russie selon lequel, dans le contentieux interétatique, le principe *affirmanti incumbit probatio* doit s'appliquer puisque les parties se trouvent placées sur un pied d'égalité contrairement au contentieux opposant un individu à un Etat. Si elle en reconnaît la valeur juridique en tant que principe général du droit (§ 255), la juridiction européenne maintient la nécessité d'en moduler l'application lorsque l'Etat défendeur est le seul à détenir certaines informations. Elle rappelle alors le principe posé à l'occasion de l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* selon

lequel, dans les affaires interétatiques, « le comportement des parties lors de la recherche des preuves peut entrer en ligne de compte » (CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, req. n°531071, § 161). Quant au critère de la preuve, ensuite, la Cour réitère que le principe de la libre appréciation des preuves lui permet de faire varier ses exigences en fonction de la spécificité des faits et à partir d'éléments qui peuvent lui être soumis par les parties ou soulevés d'office par elle. En conséquence, « la preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants » (§ 257). Par ailleurs, elle prend soin de clarifier la valeur qu'elle accorde aux données émanant de tiers dans le contentieux interétatique à l'instar des « rapports et déclarations d'observateurs internationaux, d'organisations non gouvernementales ou de médias » dont la Russie conteste la recevabilité, notamment à propos de rapports du HCDH et d'Human Rights Watch. Après avoir rappelé l'utilisation extensive qu'elle fait de ces éléments de manière constante, elle fait de la fiabilité et de l'objectivité des sources de ces documents le critère de leur acceptabilité. Elle avait déjà indiqué dans l'affaire *J.K. c. Suède* (Cour EDH, Grande Chambre, *J.K. et autres c. Suède*, arrêt du 23 août 2016, req. n°59166/12) la méthodologie à appliquer pour en déterminer la valeur probante au soutien d'une requête individuelle, notamment à partir de l'autorité et de la réputation de l'auteur, de sa présence sur le territoire lorsqu'elle est possible ou encore du sérieux des enquêtes et de leur confirmation par d'autres sources. Forte de la transposition de ces critères à l'espèce elle évacue finalement les objections russes.

La Cour applique ensuite ces considérations à l'affaire et se livre à l'examen de la preuve de la pratique administrative russe alléguée par l'Ukraine qui serait constitutive de violations de la Convention. Compte tenu du fait qu'elle ne statue à ce stade que sur la recevabilité, la Cour rappelle qu'elle n'exige en la matière qu'un commencement de preuve qui ne saurait préjuger de ses conclusions sur le fond du différend (§ 262). Or, ce commencement de preuve revêt en l'espèce une importance cruciale dans la mesure où il participe de la détermination de l'existence de griefs conventionnels, condition de la compétence matérielle de la Cour, mais où il détermine encore l'applicabilité de la condition d'épuisement des voies de recours internes (§ 263). Dans le contentieux interétatique en effet, l'Etat requérant peut être dispensé de cette étape dès lors qu'il entend démontrer l'existence d'une « pratique administrative » incompatible avec les dispositions conventionnelles comme le suggère la requête ukrainienne et non des violations dans des cas individuels. La Cour s'emploie alors minutieusement à évaluer l'existence d'un commencement de preuve d'une pratique administrative caractérisée par la réunion des critères de *répétition des actes* et une *tolérance officielle* déjà employés dans sa jurisprudence antérieure (voir Com EDH, *France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c. Turquie*, décision du 6 décembre 1983, req. n°9940/82, 9942/82, 9944/82, 9941/82 et 9943/82, § 19) pour chacune des violations alléguées par l'Ukraine sur le fondement des articles 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11 de la Convention, 1 et 2 du Protocole n°1, 2 du Protocole 4 et 14 combinés aux dispositions précédentes. A l'exception des allégations d'homicides répétés et d'interpellations et d'intimidations de journalistes qu'elle juge insuffisamment étayées et de celles relatives au transfert de condamnés vers la Russie qu'elle décide de joindre au fond, la Cour constate l'existence du commencement de preuve recherché pour tous les autres griefs et, en conséquence, dispense le requérant de la condition d'épuisement des voies de recours internes et conclut à la recevabilité de la requête ukrainienne dans sa quasi-totalité.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMMEArrêt du 22 décembre 2020, *Usmanov c. Russie*, req. n°43936/18

Nationalité – expulsion – immigration – vie privée et familiale – regroupement familial – arbitraire – Convention européenne sur la nationalité – annulation ou révocation de la nationalité

Les faits à l'origine de l'affaire *Usmanov c. Russie* concernent les conséquences du défaut de communication de certaines informations familiales au cours d'une demande d'octroi de la nationalité de l'Etat défendeur. Le requérant, originaire du Tadjikistan, avait omis de mentionner ses deux frères et trois sœurs lors de sa demande de naturalisation russe, sous l'empire de la procédure simplifiée pour les ressortissants de l'ancienne URSS. En conséquence, la nationalité qu'il avait obtenue en 2008 lui a été retirée après à une procédure d'annulation achevée en 2017. Cette décision, confirmée par la Cour suprême, était assortie d'une interdiction d'entrée sur le territoire de 35 ans et d'une mesure d'expulsion administrative du requérant vers le Tadjikistan, alors que sa femme et ses deux enfants, russes, étaient installés et demeuraient sur le territoire national. La question soumise à la Cour porte sur l'inclusion de la situation d'annulation de la nationalité dans le champ de la protection offerte par l'article 8 et, dans l'affirmative, sur la compatibilité de cette privation aux exigences conventionnelles.

L'affaire offre ainsi une nouvelle occasion à la Cour de poursuivre l'œuvre prétorienne entamée depuis l'arrêt *Genovese c. Malte* (Cour EDH, *Genovese c. Malte*, arrêt du 11 octobre 2011, req. n°53124/09) et de perfectionner les contours d'un droit à la nationalité absent du texte de 1950. En effet, si l'attribution de la nationalité et ses modalités relèvent d'une prérogative souveraine de l'Etat classiquement reconnue par le droit international (voir CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923, *C.I.J. Rec. Série B*), ce que la Cour ne manque pas de rappeler (§ 55), d'autres instruments internationaux protègent le droit de l'individu en la matière à l'instar de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou de l'article 20 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Face au mutisme de la Convention européenne à cet égard, la Cour, sans consacrer l'existence d'un droit à la nationalité, en appréhende les conséquences sur le terrain de l'article 8 notamment dans les cas où elle est retirée au requérant qui en bénéficiait (voir par exemple Cour EDH, *Ghoumid c. France*, arrêt du 25 juin 2020, req. nos 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 et 52302/16) ou lui est arbitrairement refusée (voir par ex. Cour EDH, *Genovese c. Malte*, arrêt du 11 octobre 2011, req. n°53124/09). L'affaire *Usmanov* lui permet de se prononcer sur le cas de l'annulation pour des raisons procédurales.

Pour ce faire, la Cour s'attache à exposer les principes établis dans sa jurisprudence antérieure dont la synthèse fait état d'un compromis entre la souveraineté étatique et la protection des droits de la personne humaine. Elle en dégage en effet le principe selon lequel, en matière d'immigration, l'article 8 ne peut être considéré comme imposant une obligation Générale pour l'Etat de respecter le choix de résidence des couples mariés, mais que l'éloignement d'une personne de l'Etat sur le territoire duquel réside sa famille proche peut s'analyser en une ingérence dans l'article. Elle rappelle par ailleurs que lorsque des enfants sont impliqués, leur intérêt supérieur doit être pris en considération et les autorités ont l'obligation d'évaluer la faisabilité et la proportionnalité de

l'éloignement d'un parent (voir par exemple Cour EDH, Grande Chambre, *Jeunesse c. Pays-Bas*, arrêt du 12 juin 2018, req. n°47781/10, §34). L'approche qu'elle retient pour évaluer la compatibilité de la situation d'espèce à la Convention semble toutefois confuse à certains égards, ce que critiquent d'ailleurs les juges Lemmens et Ravarani dans leur opinion séparée jointe à l'arrêt. Elle présente une analyse en deux étapes successives qu'elle nomme conséquentialiste et par laquelle elle se propose d'examiner d'abord les conséquences de la mesure d'annulation sur la vie privée du requérant, puis d'en déterminer ensuite le caractère arbitraire ou non. Pourtant, si l'on trouve trace de ces deux critères dans sa jurisprudence antérieure, ils ne sont toutefois pas systématiquement associés (voir par exemple l'arrêt *Genovese c. Malte, op.cit.*, dans lequel la Cour ne fait aucune mention du critère de l'arbitraire de la mesure) ou employés de cette manière (voir par ex. l'arrêt *Ghoumid c. France*, précité, dans lequel l'ordre d'examen des critères est inversé).

L'application de ces critères à l'espèce réserve encore une originalité. Le premier, relatif aux conséquences sur la vie privée du requérant, permet à la Cour d'établir l'ingérence dans l'article 8 en raison des répercussions de l'annulation de la nationalité de M. Usmanov parmi lesquelles la privation de tout document d'identité ou la décision d'expulsion qui en résulte. Le second quant à lui, relatif à l'arbitraire de la décision d'annulation, la conduit à affirmer que l'ingérence était certes prévue par la loi russe mais qu'elle manquait de clarté. Or, pour expliciter ses standards en la matière, elle renvoie à la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (§ 67), que la Russie a signée sans jamais la ratifier. Si cette situation n'est pas inédite dans la jurisprudence européenne (voir Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, req. n°6833/74), il n'en demeure pas moins que la Cour transpose ici le contenu d'une norme conventionnelle pour établir la responsabilité d'un Etat qui n'était jusqu'alors pas formellement lié par elle. Elle considère sur cette base que la décision contestée manquait de motivation et notamment de prise en considération de circonstances telles que la nature des informations manquantes, la raison de leur omission, le délai écoulé depuis l'obtention de la nationalité, l'intensité des liens entre le requérant et l'Etat, sa situation familiale ou d'autres facteurs pertinents (§ 68). Forte de ce constat, elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention en raison de l'approche « excessivement formaliste » retenue par les autorités russes.

JULIE FERRERO

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Avis consultatif du 4 décembre 2020, *Union Panafricaine des Avocats (UPA) sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'Homme applicables en Afrique*, demande n°001/2018

Compétence consultative – compétence *ratione personae* – compétence *ratione materiae* – obligations des Etats de l'UA – obligations positives

Cette demande d'avis consultatif introduite par l'Union Panafricaine des Avocats (ci-après UPA) sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'Homme applicables en Afrique, lève le voile sur une question sociale d'importance en Afrique, telle que la Cour n'en a pas examinée depuis un moment dans sa procédure consultative.

Cette demande d'avis retient particulièrement l'attention, car sur les douze demandes d'avis que la Cour a finalisées, elle est la première à recevoir une réponse au fond. Elle met fin à un cycle de demandes rayées du rôle ou de demandes qui n'entraient pas dans le champ de compétence personnelle de la Cour.

L'UPA est une organisation non gouvernementale africaine dont le siège se trouve à Arusha. Sa demande d'avis est relative aux textes nationaux dits « lois sur le vagabondage » qui existent toujours dans un certain nombre d'États membres de l'Union Africaine et qui criminalisent le statut des personnes considérées comme pauvres, sans abri ou sans emploi, et non en raison d'actes répréhensibles spécifiques. En effet, sur le fondement de ces lois sur le vagabondage, des personnes sont arrêtées et détenues sans preuve d'un acte criminel. L'UPA soutient que ces lois sont trop vagues et qu'elles confèrent une trop grande discrétion aux organes chargés d'appliquer la loi s'agissant des arrestations. Elles affectent de manière disproportionnée les plus vulnérables de la société. Cette demande invite la Cour à se prononcer d'un côté sur la compatibilité de ces lois et règlements sur le vagabondage à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et au Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes, et de l'autre, à répondre aux questions relatives aux obligations positives qui incombent aux Etats parties aux instruments africains visés.

Afin de déterminer sa compétence personnelle en l'espèce, la Cour a logiquement et sans surprise exclu l'UPA des trois premières entités énumérées à l'article 4 du Protocole portant création de la Cour. En effet, le paragraphe 1 de l'article 4 relatif à sa compétence consultative dresse la liste des quatre entités pouvant introduire une demande d'avis consultatif devant la Cour. Il s'agit des Etats membres de l'UA, de l'UA, des organes de l'UA ainsi que des organisations africaines reconnues par l'UA. Pour établir que l'UPA relève de la dernière entité et qu'elle est une organisation africaine reconnue par l'UA, la Cour s'est référée à sa jurisprudence antérieure en la matière où elle s'est prononcée sur sa compétence à examiner les demandes d'avis émanant d'organisations non-gouvernementales.

Dans un premier temps, la Cour a acté le *locus standi* des ONG en matière consultative. Elle a adopté une interprétation systémique de l'article 4 (1), lui permettant d'intégrer les entités non-gouvernementales dans les « organisations africaines » (CADHP, Demande d'avis consultatif par Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP), avis consultatif, 26 mai 2017, §§ 43-51). Elle aura, quelques mois plus tard, confirmé cette approche somme toute sensée contre la position de certains Etats comme l'Ouganda (CADHP, avis SERAP précité § 25), la Côte d'Ivoire et l'Ethiopie (CADHP, Demande d'avis consultatif introduite par le Centre des droits de l'Homme de l'Université de Pretoria (CHR) et la Coalition des lesbiennes africaines, avis consultatif, 28 septembre 2017, §§ 32-45), mais prendra le soin d'énoncer les conditions à remplir pour que ladite ONG soit considérée comme « africaine ».

Nous retrouvons ces conditions en l'espèce. Il s'agit de l'enregistrement de l'organisation dans un pays africain, l'existence de démembrements aux niveaux sous régional, régional, ou continental, et la conduite de ses activités au-delà du pays dans lequel elle est enregistrée (Avis SERAP, § 48). En application de ces conditions, la Cour estime que l'UPA est une organisation africaine car elle est enregistrée dans un Etat membre de l'UA, en l'occurrence la Tanzanie et dispose de structures aux niveaux

national et régional en tant qu'organisation fédératrice des associations nationales et régionales d'avocats. La Cour relève également que l'UPA exerce ses activités au-delà du territoire sur lequel elle est enregistrée. Si l'interprétation systémique de l'article 4 (1), s'agissant du sens à donner à « organisation africaine », aboutit à l'affirmation de la compétence personnelle de la Cour à l'égard des demandes d'avis émanant d'ONG, elle conduit cependant à retenir une lecture stricte de « reconnue par l'UA » tel que mentionné dans « organisation africaine reconnue par l'UA ».

Contrairement à la position exprimée par la Zambie (§ 27) et le Cap-Vert (§ 31), ainsi que celle du Centre des droits de l'Homme de l'Université de Pretoria au titre d'*amicus curiae* (§§ 33-36) qui entendaient la reconnaissance de l'UA comme celle de tout organe de l'UA, en l'occurrence celle de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en tant qu'observateur, la Cour a plutôt retenu la reconnaissance du statut d'observateur auprès de l'Union africaine dans l'avis SERAP (§§ 52-65), excluant d'emblée un nombre important d'entités non-gouvernementales (CADHP, Demande d'avis consultatif introduite par l'Association africaine de défense des droits de l'Homme, avis consultatif, 28 septembre 2017 ; Demande d'avis consultatif introduite par la Rencontre africaine pour la défense des droits de l'Homme, avis consultatif, 28 septembre 2017). Selon les termes du juge Rafâa Ben Achour tels qu'exprimés dans son opinion individuelle dans l'avis SERAP, « la Cour n'avait pas le choix et ne pouvait faire autrement. Elle était 'ligotée' par les termes explicites de l'article 4(1) de son Protocole et par la pratique restrictive de l'Union en matière d'octroi de la qualité d'observateur auprès d'elle aux ONG » (opinion individuelle du juge Rafâa Ben Achour, § 2). Malgré les critiques que cette position restrictive de la Cour a suscitées (Laurence BURGORGUE-LARSEN et Guy-Fleury NTWARI, « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (2017) » RTDH, 116/2018, pp. 911-951, spec. 922-928 ; Anthony JONES, « From over substance : Form over substance : The African Court's restrictive approach to NGO standing in the SERAP Advisory Opinion », AHRLJ, 2017-17, pp. 320-328), il est intéressant de relever, dans une perspective de droit comparé, qu'une telle ouverture de la compétence personnelle de la Cour africaine en matière consultative n'a pas d'égal dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme. En effet, la compétence consultative de la Cour IDH n'est ouverte qu'aux Etats et aux organes de l'Organisation des Etats Américains (OEA) (article 64 CADH) et celle de la CEDH au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (article 47 CESDH) et depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 le 1^{er} août 2018, les plus hautes juridictions des Etats parties.

Dans le sens de l'avis SERAP, la Cour relève ici que l'UPA et l'UA ont signé un protocole d'accord dans le cadre de la mise en œuvre d'activités portant sur l'état de droit, la promotion de la paix ainsi que l'intégration et la protection des droits de l'Homme sur le continent, et que ce protocole d'accord est l'un des moyens prévus par l'UA pour reconnaître les organisations non gouvernementales. La Cour conclut ainsi à sa compétence personnelle pour répondre à l'avis demandé. Elle se reconnaît également compétente *ratione materiae*, la demande de l'UPA étant relative à l'interprétation des instruments garantissant les droits de l'Homme en Afrique conformément à l'article 4 (1) aux termes duquel la Cour peut donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'Homme (§°26-28). Elle conclut à la recevabilité de la demande et répond aux questions qui lui ont été soumises,

après s'être assurée des quatre conditions de validité formelle : la demande d'avis doit émaner d'une entité autorisée à le faire, elle doit porter sur une question juridique, cette question doit concerner la Charte africaine ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et son objet ne doit pas se rapporter à une requête pendante devant la Commission africaine.

Avant d'apporter les réponses aux questions posées, la Cour a très justement défini la teneur de son travail consultatif et précisé le sens du terme au cœur de la question : le « vagabondage ».

Contrairement à la compétence contentieuse de la Cour qui s'adresse aux Etats parties à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et au Protocole portant création de la Cour, et en cas de saisine individuelle, aux Etats ayant fait la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour de l'article 34(6), sa compétence consultative est fondée à l'égard des Etats membres de l'UA. Tel est ce que prévoit l'article 4(1) du Protocole et de la règle 82 du Règlement intérieur qui ouvre la saisine en matière consultative à tous les Etats membres de l'UA, qu'ils soient parties ou non à la Charte et au Protocole. La Cour relève ici que même si certains Etats n'ont pas ratifié les instruments auxquels l'UPA se réfère dans sa demande, ils ont l'obligation de protéger les droits de l'Homme de toute personne relevant de leur ressort telle que relevant de l'article 3(h) de l'Acte constitutif de l'UA qui énonce les objectifs de l'Union en matière de droits de l'Homme. Elle justifie sa compétence consultative à l'égard de tous les Etats membres l'UA par leur engagement à promouvoir et protéger les droits de l'Homme et des peuples conformément à la Charte africaine et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'Homme, engagement pris à travers la ratification de l'Acte constitutif de l'Union (§ 35). La Cour poursuit la justification de sa fonction consultative en soulignant qu'elle ne consiste pas à trancher des différends entre parties mais à donner un avis de droit sur des questions d'interprétation d'instruments relatifs aux droits de l'Homme. Elle souscrit ainsi à l'objet et au but de la fonction consultative tels que les juridictions internationales l'appréhendent, et tels qu'explicitement présentés par la Cour IDH dans l'un de ses premiers avis consultatifs. Selon celle-ci, la compétence consultative constitue un mécanisme parallèle à celui de la compétence contentieuse, offrant un mode judiciaire alternatif de caractère consultatif destiné à aider les Etats à appliquer les traités qui les lient en matière de droits de l'Homme tout en évitant le formalisme et les sanctions de la procédure contentieuse (Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A n° 3, § 43).

En matière consultative, la Cour est invitée à dire le droit en dehors de tout contentieux. Pour dire le droit, il est impératif que des précisions notionnelles soient faites. La Cour s'inscrit naturellement dans cette démarche de définition des concepts comme préalable à toute interprétation des textes visés dans la demande, mais ne va pas au bout de celle-ci, comme l'a relevé le juge Tchikaya dans son opinion individuelle. Selon ce dernier, le travail consultatif de la Cour se rapporte à des « questions de droit » et induit pour la Cour une double obligation de précision, d'une part afin de couvrir avec exactitude les attentes de l'auteur de la demande, et d'autre part parce que dire le droit impose par définition le rejet de l'approximation conceptuelle (opinion individuelle du juge Tchikaya, § 16). La Cour apporte une définition du vagabondage mais reconnaît que le terme est générique et couvre diverses infractions et modalités d'application qui

divergent d'une législation à une autre, mais couvre généralement et sans s'y limiter : le fait d'être oisif et désordonné, de mendier, d'être sans domicile fixe, d'être voyou, en état d'errance, voleur connu et sans abri. (§ 58). Ce n'est qu'au fil de l'examen de la compatibilité des lois sur le vagabondage avec les différents articles des textes visés que la Cour précise la réalité que l'UPA tente de ressortir dans sa demande : la répression des pauvres et des personnes défavorisées par les lois sur le vagabondage (§ 70). Elle conclut à leur incompatibilité avec différents articles de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant ainsi que du Protocole relatif aux droits des femmes.

La dernière question de l'UPA invite la Cour à indiquer si les Etats parties ont l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois et règlements sur le vagabondage afin de se conformer aux droits protégés par la Charte africaine, la Charte des droits et du bien-être de l'enfant et le Protocole relatif aux droits des femmes et, dans l'affirmative de préciser ces obligations. Au regard de la constatation par la Cour de l'incompatibilité des lois sur le vagabondage avec les textes africains visés, il est évident qu'elle ne peut que se prononcer en faveur de l'obligation positive des Etats parties aux instruments africains invoqués, et de la nécessité de modifier ou d'abroger toutes leurs lois et leurs règlements sur le vagabondage (§ 153-154).

La fonction consultative de la Cour se révèle ici en pleine complémentarité avec sa fonction contentieuse pour la protection des droits de l'Homme, en ce qu'elle est un moyen de dialogue avec les Etats parties aux instruments dont elle a la surveillance, en dehors de toute procédure contentieuse. L'espèce aura permis de définir les obligations qui incombent aux États parties à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, la Charte des droits et du bien-être de l'enfant et le Protocole relatif aux droits de la femme au regard des lois sur le vagabondage. Mais il est regrettable que la Cour n'aille pas plus loin pour rappeler la responsabilité des Etats qui ne s'acquitteraient pas de leurs obligations conventionnelles. C'est un champ que la Cour explorera certainement, si elle a l'assurance de ne pas, ce faisant, glisser sur le terrain contentieux.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations du 19 octobre 2020, *Denny Zhao c. Pays-Bas*, comm. n°2918/2016

Droit à la nationalité – apatridie – enfant

Par ces constatations qui ont déjà fait grand bruit avant même leur publication officielle, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies (CDH) comble de manière fort opportune un vide juridique en matière de droit à la nationalité et corrélativement de reconnaissance du statut d'apatride. Alors que cette dernière question – tout comme celle de la reconnaissance du statut de réfugié – n'entre pas dans son champ de compétence, le droit à la nationalité des enfants de l'article 24, paragraphe 3 du Pacte international sur les droits civils et politiques (ci-après, le PIDCP) lui permet d'en connaître indirectement. Les procédures d'octroi de nationalité permettant de respecter le droit de tout enfant à une nationalité et de reconnaissance de son apatridie sont en effet intimement liées.

Le PIDCP est l'un des rares instruments internationaux comprenant une disposition protectrice d'un « droit à la nationalité ». On sait que la Cour EDH a pu protéger un tel

droit, mais au prix d'une jurisprudence constructive, en tant qu'élément essentiel du droit à la vie privée (Cour EDH, 11 oct. 2011, *Genovese c. Malte*, req. n°53124/09) car la CEDH n'y fait aucune référence. Seules la Convention américaine des droits de l'Homme de 1969, en son article 20, et la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (art. 4. a) reconnaissent expressément et généralement ce « droit à la nationalité ». Mais il est identifié par ce dernier instrument comme un « principe » non opérationnel, objectif ultime qui devrait être poursuivi par les Etats lorsqu'ils établissent leurs règles internes en la matière ainsi que guide interprétatif pour d'éventuelles obligations internationales plus précises. Car la difficulté majeure de son application est de n'identifier aucun Etat débiteur d'une obligation corrélative d'octroyer sa nationalité à toute personne qui en serait dépourvue. Le PIDCP, sans énoncer ce droit en général, s'entend à une acception précise au profit des seuls enfants (art. 24, paragraphe 3). Elle restait cependant à préciser afin de lui conférer un véritable effet utile, ce qui sera fait dans les présentes constatations. Se posait bien entendu, ici aussi, la question de l'Etat sur lequel pèserait la charge de l'octroi de sa nationalité à un enfant qui ne serait pas en mesure d'en acquérir.

L'observation générale n°17 sur les droits de l'enfant (art. 24, *Droits de l'enfant*, 35^e session, 1989) du Comité n'avait aucunement répondu à cette interrogation. Il y est affirmé à propos du paragraphe 3 de l'article que le droit de tout enfant à une nationalité « n'impose pas pour autant aux Etats parties de donner en toutes circonstances leur nationalité à tout enfant né sur leur territoire », et y est précisé une vague obligation de diligence : « les Etats sont tenus d'adopter toutes les mesures appropriées, sur le plan interne et en coopération avec les autres Etats, pour que tout enfant ait une nationalité dès sa naissance. Ils ne devraient tolérer dans la législation interne en matière d'acquisition de la nationalité aucune discrimination qui distingue entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage ou de parents apatrides, ou qui soit motivée par la nationalité des parents ou de l'un d'entre eux » (§ 8). Restait donc à affirmer précisément si l'Etat territorial de naissance était à tout le moins obligé de conférer sa nationalité à tout enfant *qui en serait dépourvu*. Telle serait évidemment une solution permettant d'éradiquer l'apatridie à la naissance. Mais la rédaction finalement retenue de la Convention de New York de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie montre la réticence des Etats à s'engager dans une telle voie. Son article 1, qui énonce que « [t]out Etat contractant accorde sa nationalité à l'individu né sur son territoire et qui, autrement, serait apatride » comporte de très nombreuses conditions restrictives qui limitent son champ d'application et empêchent d'y voir l'énoncé d'un véritable droit à la nationalité de l'Etat territorial de naissance de l'enfant apatride (§ 2 de l'article). La présente affaire permet d'affirmer, dans le champ du droit international des droits de l'Homme, une obligation plus ferme en ce sens.

Dans le cas de l'espèce, l'enfant requérant est né aux Pays-Bas d'une mère sans nationalité connue. Celle-ci avait de nombreux éléments de rattachement factuels avec la Chine, puisqu'elle y est née et que ses parents en avaient la nationalité. Les Pays-Bas ont donc tenté de nier l'apatridie de l'enfant et d'arguer de son droit à la nationalité chinoise pour ne pas avoir à conférer la leur dans le cadre du respect de leur obligation au titre de l'article 24, paragraphe 3. En matière de droit à la nationalité, apparaissent ainsi clairement les problématiques d'identification de l'Etat en charge d'octroyer sa nationalité et de conditions auxquelles la nationalité dudit Etat doit être octroyée.

L'affaire *Denny Zhao* a le mérite de faire clairement comprendre – sans toutefois l'énoncer expressément – qu'une obligation repose bel et bien sur l'Etat territorial de naissance. Dans le champ de la protection des droits de l'Homme, il est évident que les obligations ne pesant que sur l'Etat de juridiction, en principe l'Etat territorial, seul ce dernier pourra être obligé de conférer sa nationalité à un enfant apatride venant à naître sur son territoire sans qu'aucun autre Etat partie au Pacte ne puisse se voir désigner en charge du respect de son droit à la nationalité. Hormis le lieu de naissance, le seul autre rattachement objectif d'un enfant en bas-âge avec un Etat au titre de la nationalité serait la nationalité de ses parents ; mais manquerait alors un lien de rattachement de l'Etat à cette situation dans le cadre du respect de ses obligations conventionnelles en matière de protection des droits de l'Homme.

Le Comité est surtout conduit dans cette affaire à préciser les conditions d'application effective de ce droit à la nationalité de l'enfant, envers l'Etat du lieu de naissance : une obligation ne pèse en principe sur lui que si l'enfant n'a pas de nationalité, autrement dit est apatride. Si le champ du droit international des droits de l'Homme se distingue de celui du droit des réfugiés ou, comme ici, des apatrides, les points de croisement sont nombreux et les disciplines s'enrichissent l'une l'autre. Le Comité, s'il n'est pas un organe de reconnaissance du statut d'apatride ni n'a vocation à interpréter les Conventions de New York de 1954 sur le statut d'apatride et de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie est ici nécessairement conduit à préciser les modalités de reconnaissance de ce statut, en ce qu'elles conditionnent l'effectivité du droit à la nationalité de l'Etat territorial de naissance d'un enfant. En effet, et bien que les présentes constatations du Comité ne l'énoncent pas clairement *in limine litis*, une règle semble bien dégagée, précisant le droit de tout enfant à une nationalité : il s'agit de la nationalité de l'Etat territorial de naissance, à condition que l'enfant soit apatride. S'ensuit un regard nécessairement porté par l'organe onusien sur la procédure qui a conduit à dénier le statut d'apatride à l'enfant, et avant cela à sa mère.

L'obstacle principal qui s'est élevé à la reconnaissance du statut d'apatride de la mère, de son enfant, et donc du droit de ce dernier à une nationalité est le fait que l'apatridie de celle-ci ne soit pas *de jure* mais *de facto*, la rendant impossible à démontrer. La Convention de New York sur le statut d'apatride ne précise pas si elle concerne ces deux catégories d'apatrides ; cependant, son champ d'application couvre toute « personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application *de sa législation* » (nous soulignons). De nombreux Etats se contentent donc de se référer à la législation des Etats avec lesquels une personne prétendant à ce statut a un rattachement et ne reconnaît ce statut qu'à ceux qui tombent dans un vide juridique objectif. Telle était l'attitude des Pays-Bas. Pourtant, l'UNHCR a bien précisé dans ses Principes directeurs relatifs à l'apatridie n°1 (*Définition du terme « apatride » inscrite à l'article 1(1) de la Convention de 1954 relative au statut des apatrides*, 20 fév. 2012, HCR.GS/12/01) que cette notion d'apatridie *de facto* « n'[était] définie dans aucun instrument international et [qu']il n'exist[ait] pas de régime conventionnel spécifique à cette catégorie de personnes » (§ 8). Cette distinction ne doit donc pas être utilisée afin d'exclure du champ d'application de la Convention de New York des personnes qui devraient en relever. Plus loin, la notion de « législation » de l'article 1 de la Convention ne doit pas être interprétée au sens strict mais comprendre également le droit tel qu'appliqué, tant en général que dans un cas particulier. Ainsi une personne qui entre en

principe dans le champ d'application d'une loi sur la nationalité mais qui dans les faits n'a pu en bénéficier constitue bien un apatride en ce qu'elle n'est pas le national d'un Etat « par application de sa législation ». Le *distingo* entre apatride *de jure* et *de facto* doit ainsi être écarté. C'est bien là la situation de la mère du requérant, qui par principe, sur lequel se sont accrochées les autorités néerlandaises, aurait dû avoir une nationalité chinoise d'origine car née en Chine de parents chinois. Malheureusement, dans les faits, n'ayant jamais été déclarée à la naissance et ne bénéficiant d'aucun acte d'état civil permettant d'établir son lieu de naissance ni sa filiation, d'ailleurs rompue par l'abandon de ses parents, elle était dans l'impossibilité de faire valoir cette nationalité à laquelle elle avait pourtant droit. Les Principes directeurs de l'UNHCR relatifs à l'apatridie n°2 (*Procédures permettant de déterminer si une personne est apatride*, 5 avril 2012, HCR/GS/12/02) confirment que la « détermination de l'apatridie nécessite une évaluation combinée d'éléments à la fois de fait et de droit » et que l'analyse de la situation ne peut « être régl[ée] par une seule analyse de la législation sur la nationalité » (§ 31). Doivent être également pris en considération les cas dans lesquels « la pratique d'un Etat est contraire aux modes automatiques d'acquisition de la nationalité » (Principes directeurs relatifs à l'apatridie n°1, préc., par. 30).

Demeure la question de la preuve de cette apatridie découlant de la législation telle qu'appliquée au cas individuel en cause, qui posait difficulté dans le cas *Denny Zhao*. Alors que la mère du requérant avait entrepris de nombreuses démarches auprès des autorités consulaires chinoises pour faire valoir son droit à la nationalité, toutes ont échoué mais aucune n'a suffi à satisfaire les autorités néerlandaises qui exigeaient une preuve plus formelle telle un refus de certificat de nationalité qu'elle n'avait pourtant jamais réussi à obtenir. Selon les Pays-Bas, la charge de la preuve reposait intégralement sur la personne demandant à bénéficier du statut international protecteur. Cette position est fermement critiquée par le Comité onusien qui insiste sur le nécessaire partage du fardeau de la preuve (§ 8.3). C'est aux Principes directeurs sur l'interprétation de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie que se réfère expressément le Comité, qui énonce la nécessité de ce partage de la charge de la preuve (§ 20). En effet, l'objectif du droit à la nationalité est identique à celui de cet instrument. Mais on pourrait tout aussi utilement se référer aux principes directeurs sur l'apatridie puisque le refus de reconnaissance du statut d'apatride de la mère et de son fils a conduit à dénier à ce dernier le droit à la nationalité de son Etat de naissance (Principes directeurs sur l'apatridie n°2, préc., §§ 37-38). En conclusion, le droit à la nationalité du PIDCP peut désormais englober l'obligation d'examiner avec sérieux et bonne foi l'apatridie de la personne qui conditionne le bénéfice d'un tel droit à opposer à son Etat territorial de naissance.

Non seulement ces constatations sont essentielles et sans précédent dans la précision du droit à la nationalité d'un enfant, permettant de circonscrire ce droit aux seuls enfants apatrides, d'identifier l'Etat territorial de naissance comme en charge de l'octroi de sa nationalité et de préciser les conditions de cet octroi liées à la reconnaissance du statut d'apatride. Mais le Comité va plus loin, rappelant aux Pays-Bas qu'ils doivent se doter d'une procédure générale de détermination des apatrides conforme aux standards ainsi définis (§ 8.5). Le Comité avait pourtant refusé d'examiner la législation néerlandaise en tant que fait illicite, sous l'angle de l'article 2 § 2 du Pacte (« Les Etats partie au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles

mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur », considérant cet aspect de la demande irrecevable car, ainsi qu'il l'affirme de jurisprudence constante, la cause de la violation n'était pas directement l'état du droit interne mais bien son application dans le cas concret (§ 7.4). Toutefois le Comité, tout en identifiant la violation de l'article 24, paragraphe 3 dans la situation individuelle du déni de statut d'apatride entraînant refus de nationalité, est remonté à la source générale de cette violation et a rappelé ses observations dans un rapport sur la législation néerlandaise (§ 8.4). Les mesures de réparations appropriées comprennent ainsi non seulement une *restitutio in integrum* par la révision de sa décision sur le statut d'apatride du requérant et, partant, de sa nationalité néerlandaise ; mais aussi de prendre des mesures générales afin d'établir une procédure de détermination de l'apatridie et d'éligibilité à la nationalité compatible avec les exigences de l'article 23, paragraphe 4 du Pacte.

HÉLÈNE RASPAIL

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations du 13 mars 2020, *A.S., D.I., O.I. et G.D c. Malte*, comm. n° 3043/2017

Constatations du 4 novembre 2020, *A.S., D.I., O.I. et G.D c. Italie*, comm. n° 3042/2017

Jurisdiction *de facto* – contrôle effectif – extraterritorialité – zone SAR – obligation de sauvetage en mer – droit à la vie – épuisement des voies de recours internes

La « crise migratoire » sévissant cette dernière décennie et les terribles drames humains qui en ont résulté, notamment en Méditerranée, a été à l'origine de plusieurs avancées jurisprudentielles très positives, devant aussi bien la Cour EDH que le Comité des droits de l'Homme. La décision ici commentée, bien qu'extrêmement protectrice pour les migrants dont la vie se trouve systématiquement en péril en mer, soulève toutefois la question de l'opportunité d'un activisme judiciaire suffisamment marqué pour s'avérer être trop offensif envers la volonté des Etats parties aux accords internationaux en cause. Sa légitimité éthique incontestable suffit-elle pour pailler sa faiblesse juridique tout autant certaine ?

Les auteurs des communications sont trois ressortissants syriens et un palestinien (on notera d'ailleurs au passage que Comité le qualifie de « national » de Palestine), qui saisissent le Comité en leur nom propre et au nom de leurs 13 proches qui ont disparu en mer le 11 octobre 2013, avec plus de 200 autres personnes, dont 60 enfants. Ce jour-là, 400 personnes ont embarqué à bord d'un bateau de pêche partant de la Libye à destination de l'Italie. Quelques heures après le départ, celui-ci a commencé à prendre l'eau après avoir fait l'objet de tirs, alors qu'il se trouvait en haute mer, à 113 km de Lampedusa et à 218 km de Malte. Le bateau, transportant plus de 400 migrants en tout, était en train de couler pendant plus de 7 heures, pendant lesquelles les personnes à bord ont passé plusieurs appels de détresse, de plus en plus désespérés, au Centre de coordination du sauvetage maritime à Rome (MRCC Rome), au Centre de coordination de sauvetage de Malte (RCC Malte) et aux Forces armées de Malte (AFM Malte). Le premier appel fut reçu par le MRCC Rome entre 11 heures et 12 h 26 (les versions des auteurs et des gouvernements divergent quant aux horaires exacts). Les premiers secours, un patrouilleur maltais et l'ITS Libra, un navire de la marine italienne, n'ont atteint quant à eux le bateau, qui avait alors chaviré depuis une heure, que vers 18 heures.

Ce retard de plusieurs heures est dû au fait que le bateau en détresse se trouvait dans la zone de recherche et de sauvetage (zone SAR) maltaise. MRCC Rome a alors attendu que RCC Malte assume la responsabilité du sauvetage et coordonne l'opération. Ce n'est qu'aux alentours de 17 heures et à la demande expresse de Malte que l'Italie a envoyé l'ITS Libra (qui pourtant ne se trouvait qu'à une heure du bateau en détresse depuis le début) au lieu du naufrage. Auparavant, son capitaine aurait même reçu l'ordre de s'en éloigner puisque l'opération de sauvetage devait être prise en charge par Malte.

Deux communications parallèles ont été soumises par les auteurs contre Malte et contre Italie. Le Comité a choisi de séparer les affaires et a rendu ses constatations concernant Malte en mars 2020 et celles à propos de l'Italie en novembre 2020, bien que les deux décisions fussent rendues publiques simultanément le 27 janvier 2021. Ce choix est contestable étant donné la connexité des affaires dont les faits sont identiques, mais également et surtout car il contourne la difficulté d'une prise de position claire quant aux modalités concrètes d'une éventuelle responsabilité partagée entre les deux États (cf. opinion dissidente du membre du Comité Tigroudja sous la communication c. Malte, § 2).

La communication contre Malte fut déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes : « [t]he Committee notes that in the present case the authors have not raised their claims before any State party judicial or quasi-judicial authority, including the possibility of submitting a criminal complaint, and have not refuted the State party's assertions that effective remedies are available » (§ 6.9 comm. c. Malte). Or, avant de se prononcer sur l'épuisement des voies de recours internes, le Comité avait déjà constaté que la communication aurait été recevable en vertu de l'article 1^{er} du Protocole optionnel, bien que les faits soient survenus en dehors du territoire maltais, dans la mesure où les victimes se trouvaient « *within the power or effective control of the State party* ». En effet « [t]he Committee notes that in the present case it is undisputed that the vessel in distress was located in the SAR area for which the State party authorities undertook responsibility to provide for overall co-ordination of search and rescue operations, in accordance with section 2.1.9 of the SAR Convention and Regulation 33 of the SOLAS Convention. It further notes that it is undisputed that the State party authorities formally accepted to assume the coordination of the rescue efforts at 2.35 p.m. on the day of the shipwreck. The Committee therefore considers that the State party exercised effective control over the rescue operation, potentially resulting in a direct and reasonably foreseeable causal relationship between the State parties' acts and omissions and the outcome of the operation » (§ 6.7 de la comm. c. Malte). En somme, la notion de juridiction extraterritoriale s'étend selon le Comité à la zone SAR (qui pourtant, contrairement à la mer territoriale et à la ZEE prévues, elles, par la Convention de Montego Bay et le droit coutumier, n'est guère une zone de souveraineté ou même de juridiction, mais tout simplement une zone de coordination des opérations de sauvetage par l'Etat responsable, dont le régime juridique demeure toutefois celui de la haute mer). Soit. Cette proposition reste tout à la fois opportunément protectrice des droits de l'Homme en mer et relativement raisonnable. Bien que l'extension de la juridiction de l'Etat à cette zone relève encore d'un droit plus prospectif que positif, car le fait d'avoir la responsabilité d'une zone SAR ne signifie pas nécessairement exercer sa juridiction *de facto* et son contrôle effectif sur les personnes se trouvant dans cette zone (voir P.-F. LAVAL, « La projection en mer des pouvoirs de l'Etat aux fins de protection des droits fondamentaux » et S. TREVISANUT « Le sauvetage en mer : d'une obligation

interétatique à un droit individuel », in H. RASPAIL (dir.), *Les droits de l'Homme et la mer*, respectivement p. 88 et pp. 160-162), le Comité prend ici soin de préciser que Malte avait officiellement accepté d'assumer la coordination de l'opération de sauvetage, ce qui semble pouvoir justifier la conclusion de l'exercice de sa part du contrôle effectif.

Mais le Comité va beaucoup plus loin dans l'affaire concernant l'Italie. L'interrogation est la même : « *whether the alleged victims could be considered to have been within the power or effective control of the State party, even though the incident took place outside its territory* ». La conclusion aussi : la communication est recevable en vertu de l'article 1^{er} du Protocole optionnel. Néanmoins, cette fois-ci, non seulement les victimes se trouvaient hors du territoire national et non à bord d'un navire d'Etat, mais de surcroît dans la zone SAR d'un autre Etat. Afin d'affirmer le contrôle effectif exercés par l'Italie et donc établir sa juridiction, le Comité suit un raisonnement particulier, qu'il convient de reproduire ici *in extenso* : « *in the particular circumstances of the case, a special relationship of dependency had been established between the individuals on the vessel in distress and Italy. This relationship comprised of factual elements – in particular, the initial contact made by the vessel in distress with the MRCC, the close proximity of ITS Libra to the vessel in distress and the ongoing involvement of the MRCC in the rescue operation and – as well as relevant legal obligations incurred by Italy under the international law of the sea, including a duty to respond in a reasonable manner to calls of distress pursuant to SOLAS Regulations and a duty to appropriately cooperate with other states undertaking rescue operations pursuant to the International Convention on Maritime Search and Rescue. As a result, the Committee considers that the individuals on the vessel in distress were directly affected by the decisions taken by the Italian authorities in a manner that was reasonably foreseeable in light of the relevant legal obligations of Italy, and that they were thus subject to Italy's jurisdiction for the purposes of the Covenant, notwithstanding the fact that they were within the Maltese search and rescue region and thus also subject concurrently to the jurisdiction of Malta* » (§ 7.8 de la communication c. Italie; nous soulignons).

Pour étayer sa position, le Comité se réfère entre autres – comme il l'avait fait également dans sa décision à propos de Malte – au paragraphe 63 de son Observation générale n° 36 sur l'article 6 (droit à la vie) qui énumère différentes hypothèses de « pouvoir ou contrôle effectif » exercé par l'Etat à l'égard des personnes se trouvant hors de son territoire. En vertu de cette disposition, « les Etats parties sont aussi tenus de respecter et de protéger la vie de toutes les personnes se trouvant à bord de navires ou d'aéronefs enregistrés par eux ou battant leur pavillon, et celle des personnes qui se trouvent dans une situation de détresse en mer, conformément à leurs obligations internationales relatives aux secours en mer ». Outre le fait que ces cas de figure s'éloignent considérablement des autres mentionnés dans le même paragraphe (notamment de celui des territoires occupés), force est de constater que l'assimilation faite ici par le Comité entre navire d'Etat et navire privé battant le pavillon d'un Etat n'est pas fondée juridiquement (aucune jurisprudence internationale n'est à ce jour allée en ce sens) et ignore tout de la réalité du monde du *shipping* international. Autant il ne fait pas de doute que l'Etat exerce sa juridiction et son contrôle effectif sur les personnes à bord des navires de guerre ou de ceux lui appartenant et étant exploités par lui, autant il est trop hâtif que d'affirmer la même chose pour les navires privés battant son pavillon (voir H. RASPAIL, « Les navires d'ONG de sauvetage en mer et les Etats », *AFRI*, 2019,

pp. 647-648). Même si l'article 94 de la Convention de Montego Bay prévoit que l'Etat du pavillon exerce sa juridiction et son contrôle effectif eu égard aux navires de sa nationalité, cette obligation internationale ne suffit pas pour établir que le contrôle *de facto* de l'Etat sur le navire est *réellement* exercé. Loin de là. Très souvent, le plus souvent, l'Etat du pavillon n'exerce aucune juridiction effective et n'a aucun pouvoir ou contrôle *de facto* à l'égard du navire privé de sa nationalité se trouvant en haute mer ou dans des eaux étrangères. Il est alors peu aisé d'affirmer que la juridiction extraterritoriale, telle qu'entendue jusqu'à présent par les juges internationaux des droits de l'homme, s'étend aux navires privés, à moins de dénaturer ces notions et de considérer que la *possibilité* ou le *devoir* d'exercice de contrôle est désormais assimilable à l'exercice réel de contrôle *de facto* pour les besoins d'applicabilité des instruments de protection des droits de l'Homme.

Mutatis mutandis, le cas des personnes qui se trouvent dans une situation de détresse en mer ne saurait correspondre en toute hypothèse à une situation d'exercice de contrôle effectif. Ce n'est que lorsqu'un Etat *assume réellement une opération de sauvetage* qu'il pourra éventuellement être considéré comme exerçant sa juridiction eu égard à des personnes en détresse qu'il est en train de secourir et non à chaque fois qu'il est seulement *en mesure de le faire* (cf. opinion dissidente des membres du Comité Shany, Heyns et Pazartzis, § 2 dans la comm. c. Italie). Le Comité insiste sur l'obligation de sauvetage en droit de la mer (article 98 de la Convention de Montego Bay ; Convention sur la recherche et le sauvetage maritimes et Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer ; voir § 7.6 comm. c. Italie), mais l'existence de ces obligations internationales – et *a fortiori* leur violation – ne suffit pas pour établir l'exercice d'une juridiction et d'un contrôle réel sur des personnes pour les besoins de la recevabilité *ratione loci* des communications (cf. opinion dissidente du membre du Comité Zimmermann § 2 dans la comm. c. Italie et § 5 dans la comm. c. Malte).

La polysémie des termes « juridiction » et « contrôle effectif » (qui ne sont guère employés de la même manière dans l'article 94 de la Convention de Montego Bay, en droit de la responsabilité internationale ou lorsque les organes de contrôle des instruments de protection des droits de l'homme y font référence à propos de l'extraterritorialité ; cf. opinion dissidente du membre du Comité Zimmermann sous comm. contre Malte, § 6 ; voir sur la distinction par la Cour EDH, Décision du 16 décembre 2020, Grande Chambre, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, req. n° 20958/14 et 38334/18, cette Chronique, obs. de J. FERRERO) expliquent – mais ne justifient pas – la confusion. Celle-ci aurait dû être levée et non renforcée par le Comité, dont le raisonnement biaisé fait l'amalgame entre violation d'obligations substantielles prévues par d'autres traités internationaux et applicabilité extraterritoriale du Pacte entraînant engagement éventuel de la responsabilité internationale de l'Etat, ouvrant ainsi la boîte de Pandore pour l'avenir. L'intention derrière cette conclusion peu et mal fondée juridiquement est certes louable. Mais force est de se demander : le Comité va-t-il trop loin ? Car c'est une chose de dire que la haute mer n'est pas une zone de non-droit et d'affirmer que les *personnes à bord d'un navire d'Etat* se trouvent sous la juridiction de cet Etat (cf. Cour EDH, Grande Chambre, arrêt du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09). C'en est une toute autre de considérer que ce type d'extraterritorialité joue aussi en haute mer pour des *personnes qui ne se trouvent pas à bord d'un navire d'Etat (ni même d'un navire privé battant son pavillon), mais tout*

simplement dans la zone SAR dont il est responsable. Et encore une autre, complètement différente, de conclure qu'elle joue également pour des personnes se trouvant dans la zone SAR d'un Etat tiers, mais avec lesquelles l'Etat accusé a créé « a special relationship of dependency » car il a répondu à leurs appels de détresse et en a informé l'Etat responsable, car un de ses navires se trouvait à proximité et car il a violé, par sa passivité, son obligation de sauvetage en mer et autres obligations de due diligence. Prendre trop de libertés avec le droit positif, l'interpréter de manière tellement extensive que la volonté de ses auteurs semble définitivement contournée, peut-il s'avérer être contre-productif et finir par nuire à ces mêmes personnes qu'on cherchait à protéger ? La réponse n'a certes rien d'évident. Mais la décision en cause peut avoir un effet boomerang bien plus réel et immédiat que le risque toujours rampant d'une méfiance des Etats vis-à-vis les juges internationaux ou autres organes de contrôle : afin de ne pas être considéré comme ayant établi une « relation spéciale de dépendance » avec des migrants en détresse, un Etat peut décider de maintenir ses navires bien éloignés des embarcations de fortune en péril et de ne pas répondre aux appels des personnes à secourir ne se trouvant pas dans sa zone SAR, ce qui en définitive sera moins risqué en termes de responsabilité internationale si l'on s'en tient à la lettre des conventions internationales en la matière (cf. opinion dissidente du membre du Comité Zimmermann sous comm. c. Malte § 9 et opinion dissidente du membre du Comité Moore sous comm. c. Italie § 4). L'enfer est pavé de bonnes intentions...

Quoiqu'il en soit, ayant conclu à la recevabilité de la communication contre l'Italie, ses « pouvoir et contrôle effectif » étant établis et les voies des recours internes étant épuisés ou inefficaces (§ 7.9 : « [t]he Committee notes the claims of the authors about the long duration of the domestic investigation in Italy and it observes that it has not been contested by the State party that no further domestic remedies are available to the authors »), le Comité se prononce sur le fond de l'affaire. Sans surprise eu égard à tout ce qui a précédé, il trouve que l'Italie a violé le droit à la vie des auteurs de la communication (§§ 8.2 à 8.7). Bien que la responsabilité principale pour l'opération de sauvetage appartenait à Malte, l'Italie « *has not provided a clear explanation for what appears to be a failure to promptly respond to the distress call, prior to the assumption of responsibility for the search and rescue operation by the Maltese authorities (...) has not provided any information about measures taken by State party authorities to ascertain that the RCC Malta was informed of the exact location of the vessel in distress and that it was effectively responding to the incident, despite the information about the deteriorating situation and the need for Italian assistance. In addition, the State party failed to explain the delay in dispatching the ITS Libra, which was located only one hour away from the vessel in distress, towards it, even after being formally requested to do so by RCC Malta. Finally, the Committee notes that the State party has not clearly explained or refuted the authors' claim that intercepted phone calls indicate that the ITS Libra was ordered to sail away from the vessel in distress* » (§ 8.5). De surcroît, l'Italie n'a pas entrepris une enquête officielle, indépendante et effective concernant le naufrage (§ 8.6) et n'a pas justifié la durée excessive des procédures juridictionnelles internes (§ 8.7) ; dès lors, l'article 6 est violé de manière autonome, mais également en lien avec l'article 2 (3) sur le recours effectif. Par conséquent, le Comité demande à l'Italie « *to make full reparation to individuals whose Covenant's rights have been violated, bearing in mind the potential responsibility of other States for the same incident* » (sans toutefois donner aucune indication quant aux modalités de partage de cette

responsabilité, à savoir solidaire, conjointe ou autre). L'Italie doit également « *proceed with an independent and effective investigation in a prompt manner and, if found necessary, to prosecute and try those who are responsible for the death and disappearance of the authors' relatives* » (§ 10). Tout cela est certes bien logique, voire nécessaire, face à un drame d'une telle ampleur. Dommage que le fondement juridique ayant permis au Comité d'aller au fond de l'affaire risque de soulever plus de problèmes qu'il n'en résout...

NIKI ALOUPI et HÉLÈNE RASPAIL

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 14 août 2020, *Bridgestone Licensing Services, Inc. And Bridgestone Americas, Inc. v. Panama* (ARB/16/34)

(Lord Nicholas Philips, président ; H. A. Grigera Naon, J.C. Thomas, membres)

Déni de justice – investissement / investisseur protégé

Le cadre de l'affaire Bridgestone avait été présenté dans cette chronique lors de la publication de la décision sur les objections accélérées adoptée en décembre 2017 (T. CIRDI, ARB/16/34, décision du 13 décembre 2017 ; cette Chronique, *Revue*, 2018-1, p. 489, nos obs.). BSLs et BSAM sont des filiales américaines de Bridgestone, producteur japonais de pneumatiques, qui tentèrent en vain de s'opposer à l'enregistrement sur le marché panaméen de marques de pneumatiques dont le suffixe serait « *stone* ». Les deux filiales furent condamnées par la justice panaméenne à verser 5 millions de dollars à leur concurrent chinois Luque qui avait fait enregistrer la marque Riverstone. Les demandeurs affirment que cette condamnation constitue une violation de l'accord de promotion commerciale Etats-Unis – Panama.

La sentence consacre d'intéressants développements au déni de justice. Le Panama conteste la possibilité de reconnaître un déni de justice dont aurait été victime BSAM dans la mesure où cette société n'était pas partie à la procédure juridictionnelle interne au cœur du différend. L'argument pourrait prospérer mais le tribunal arbitral souligne que l'accord Etats-Unis – Panama accorde le bénéfice du traitement juste et équitable (et donc la protection contre un déni de justice) à l'investissement protégé et non à l'investisseur. Il ne serait dès lors pas nécessaire pour se déclarer victime d'un déni de justice que le demandeur à la procédure arbitrale soit partie à la procédure interne litigieuse. La question n'est donc pas de savoir si BSAM a subi un déni de justice mais si son investissement (même indirect) au Panama a été privé d'un traitement juste et équitable en raison d'un déni de justice (§ 167). Dès lors, BSAM a le *locus standi* pour alléguer une violation du traitement juste et équitable.

L'examen de la qualification de déni de justice est classique en ce qu'il ne s'agit pas pour le tribunal arbitral de se comporter en juge d'appel de la décision de la Cour suprême panaméenne mais de rechercher si elle est de celles que pouvait adopter un tribunal honnête et compétent (§ 409). Les allégations relatives au déni de justice sont nombreuses et réunies en trois catégories par le tribunal : allégations de vices de procédure ; allégations d'erreurs dans l'évaluation des preuves en matière d'établissement de la responsabilité ; allégations d'erreurs dans l'évaluation des preuves

en matière de réparation. Au terme d'un examen approfondi de chacune des allégations relevant de ces trois catégories, le tribunal conclut soit qu'il n'y a pas eu d'erreur de la part de la Cour suprême (§§ 418, 431, 479, 483, 497, 509) soit que, s'il y a eu une erreur, celle-ci n'est pas flagrante (§ 455), soit enfin qu'une erreur a été commise mais n'est pas en soi une preuve d'incompétence ou de mauvaise foi tout en étant un élément du tableau d'ensemble dont doit tenir compte le tribunal arbitral (§§ 475, 505). Or, il apparaît selon le tribunal que, dans les circonstances de l'espèce, la preuve d'un déni de justice n'est pas rapportée (§§ 528-530).

On se souvient que dans sa décision de 2017, le tribunal arbitral avait conclu à son incompétence pour examiner le préjudice prétendument subi par BSAM en raison d'événements survenus ou susceptibles de survenir en dehors du Panama (T. CIRDI, ARB/16/34, décision du 13 décembre 2017, § 354). Il s'agissait de répondre à BSAM qui affirmait que la décision de la Cour suprême panaméenne de ne pas reconnaître ses droits de propriété intellectuelle pourrait conduire des tribunaux internes dans d'autres Etats à conclure dans le même sens. C'est ainsi un risque de « contagion » qui était redouté. Le demandeur reprend ici son argument en tentant de l'affiner pour convaincre le tribunal de se prononcer sur ce point. Il indique que la décision de la Cour suprême panaméenne crée une incertitude pour les détenteurs (actuels ou potentiels) d'une licence Bridgestone en dehors du Panama. Cette incertitude affecterait la valeur desdites licences (§ 199). Il s'agit donc d'affirmer que le risque de contagion (même si elle n'est pas effective) affecte la valeur des avoirs de BSAM et BSLS en dehors du Panama. Le tribunal rejette l'argument (§§ 200 et 217) en considérant que cette demande n'est pas distincte de celle sur laquelle il a statué dans sa décision de décembre 2017. Il est évident qu'il était difficile de répondre favorablement à la demande tant celle-ci reposait sur des allégations spéculatives. Il n'en reste pas moins que toute incertitude est susceptible d'être traduite par une désaffectation ou dépréciation par les acteurs économiques.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 4 septembre 2020, *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italy* (ARB/15/50)

(J.E. Kalicki, présidente ; B. Stern, G. S. Tawil, membres)

Traité sur la Charte de l'énergie – nationalité de l'investisseur (contrôle étranger) – traitement juste et équitable – protection des attentes légitimes

En Italie comme dans d'autres Etats européens, le développement très rapide du secteur de l'énergie photovoltaïque a conduit les autorités nationales à réviser l'encadrement incitatif des investissements dans ce secteur. Cette évolution a entraîné un grand nombre de contentieux arbitraux de la part de sociétés ayant investi dans le secteur et alléguant principalement de violations du standard du traitement juste et équitable. C'est encore le cas dans le cadre de l'affaire *Eskosol c. Italie*.

Il n'est pas contesté qu'à la date à laquelle les mesures litigieuses furent prises par l'Italie (mars et mai 2011) la société italienne Eskosol était contrôlée par Blusun, une société belge qui détenait 80% de ses parts. Il n'est pas non plus contesté qu'à la date d'enregistrement de la requête CIRDI (décembre 2015), Eskosol était engagée dans une procédure de liquidation en Italie. La convention CIRDI prévoit que le demandeur peut être de la nationalité du défendeur lorsqu'il est contrôlé par une société étrangère

(convention de Washington, art. 25.2.b). La question peut se poser de savoir à quelle date le contrôle étranger doit être constaté. A la date des faits litigieux ? ce qui ne poserait, dans les circonstances de l'espèce, aucun problème ; ou à la date de l'enregistrement de la requête ? ce qui peut poser problème car d'après l'Italie, à cette date, la société n'est plus contrôlée par ses actionnaires mais par le liquidateur italien. Le tribunal souligne qu'à la date des faits litigieux, le contrôle belge est établi et qu'il n'est pas démontré qu'il aurait pris fin au profit du liquidateur italien à la date de l'enregistrement. Il est vrai que l'autorité qui encadre la procédure de faillite exerce une certaine influence sur la gestion de la société et de ses avoirs, mais il ne le fait pas en son nom propre. « *Rather, the receiver acts essentially as a trustee or agent – not as a principal – on behalf of those with dominant legal and financial interests in the company (e.g., shareholders and priority creditors). The trustee administers the company in the shareholders' interests, not in his own* » (§ 234). Dès lors, le tribunal rejette l'objection italienne fondée sur des allégations d'absence de contrôle étranger (§ 238). Si cette construction du contrôle étranger est classique dans le cadre d'un contentieux CIRDI, on doit souligner que, confrontée au droit de l'Union européenne, celle-ci peut soulever des questions épineuses. Ainsi, dans le cadre de l'examen d'une question préjudicielle adressée à la Cour de Justice de l'Union européenne à l'occasion d'un différend opposant deux sociétés italiennes à l'Italie au sujet du régime des investissements dans le secteur de l'énergie photovoltaïque, l'Avocat général Saugmandsgaard Øe a pu affirmer que l'article 10 (promotion, protection et traitement des investissements) du Traité sur la Charte de l'énergie « ne saurait, en tout état de cause, être appliqu[é] dans des affaires telles que celles au principal, dans lesquelles des investisseurs s'opposent à leur propre Etat membre » (*Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e.a. (C 798/18), Athesia Energy Srl e.a. (C 799/18) c/ Ministero dello Sviluppo Economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, conclusions de l'Avocat général Saugmandsgaard Øe, 29 octobre 2020, § 93).

Les liens unissant Eskosol à Blusun rejaillissent dans l'examen au fond. La procédure arbitrale opposant Blusun à l'Italie avait abouti à une sentence rejetant l'ensemble des demandes de l'investisseur (T. CIRDI, 27 décembre 2016, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecordier and Michael Stein c/ Italie*, ARB/14/3, sentence). On comprend aisément que l'Italie tente de s'appuyer sur cet élément pour inviter le tribunal à rejeter les demandes d'Eskosol. Le tribunal indique légitimement qu'il « *resolves the pending issues in this claim based on its own independent analysis, and not on the basis of the decisions of other tribunals* » (§ 278).

Au fond, l'essentiel du différend porte sur des allégations de violation du traitement juste et équitable (art. 10.1 du traité sur la Charte de l'énergie) du fait des modifications du régime italien d'encadrement des investissements dans le secteur de l'énergie photovoltaïque. L'investisseur affirme que cela aurait irrégulièrement frustré ses attentes légitimes, violé l'obligation de fournir un cadre stable et cohérent à l'investissement, serait arbitraire, déraisonnable, disproportionné et manquerait de transparence (§ 382). Le fait que le changement du cadre réglementaire ne s'applique qu'aux centrales photovoltaïques n'étant pas encore en service permet de placer l'Etat dans une position plutôt favorable vis-à-vis d'Eskosol dont les opérations n'avaient pas encore débuté à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation. Lors de l'adoption de la modification du cadre réglementaire, les autorités italiennes avaient classé les

investisseurs en trois catégories : ceux dont les centrales sont opératoires ; ceux dont les centrales le seront dans un délai inférieur à un an ; les autres.

Le tribunal souligne que les allégations selon lesquelles les mesures auraient été prises par l'Italie pour des motifs qui ne sont pas ceux officiellement exprimés doivent être prouvées par l'investisseur ; ce que ne parvient pas à faire l'investisseur. Le tribunal indique qu'il n'est pas illégitime pour un Etat ayant fait des prévisions erronées sur le volume des investissements dans le secteur de l'industrie photovoltaïque, d'ajuster le cadre réglementaire au regard de la réalité des investissements. Un tel changement, opéré de bonne foi ne saurait être considéré illégitime (§ 389). Il apparaît que si, le régime applicable était plus rigoureux que le précédent, celui-ci n'apparaissait pas marqué par le défaut de rationalité (§§ 402 et 408). Dans ce type de circonstances il appartient néanmoins de s'assurer que la modification est opérée par l'Etat d'une manière proportionnée au but poursuivi et que l'Etat tient compte des attentes des investisseurs. Or, en modulant l'application de la nouvelle réglementation en opérant une distinction entre les investisseurs en fonction de la date à laquelle les centrales photovoltaïques sont entrées ou entreront en service, les autorités italiennes ont bien démontré une volonté de prendre en compte les intérêts des investisseurs (§ 413). Ainsi, la réduction des subventions versées aux investisseurs parvenant à achever leur centrale photovoltaïque dans le délai de transition indiqué n'apparaît pas disproportionnée (§ 414). Le tribunal ne constate ainsi pas de mesures arbitraires, déraisonnables, disproportionnées et non transparentes qui constitueraient une violation du standard du traitement juste et équitable. Mais il convient encore de s'interroger sur une éventuelle frustration des attentes légitimes de l'investisseur.

L'investisseur indique en effet que ses attentes légitimes de stabilité et de cohérence ont été frustrées par l'Italie. Le tribunal reprend les termes d'une jurisprudence désormais bien établie : pour établir qu'une attente légitime a été frustrée, il est nécessaire de démontrer qu'un engagement spécifique avait été pris par les autorités publiques en faveur de l'investisseur ou d'une catégorie définie d'investisseurs. Or, à considérer, ce qui n'est pas établi, que la réglementation italienne puisse faire naître des attentes légitimes de stabilité de l'environnement juridique. Celles-ci ne seraient invocables que par une catégorie d'investisseurs à laquelle n'appartient pas Eskosol (§ 449). Seront rapidement rejetées les allégations peu étayées de violation de la clause parapluie (on ne peut pas voir la loi italienne comme un engagement pris envers l'investisseur, § 462), du standard de pleine et entière protection et sécurité (§ 483) et d'expropriation (§ 473).

Bien que le tribunal rejette l'intégralité des prétentions d'Eskosol sur le fond, il n'est pas décidé de faire peser sur l'investisseur une part du cout de la défense des intérêts de l'Italie.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Décision sur la question juridictionnelle du 2 novembre 2020, *Gran Colombia Gold Corp. v. Colombia* (ARB/18/23)

(J. E. Kalicki, présidente ; B. Hanotiau, B. Stern, membres)

Clause de déni des avantages

La décision rendue dans l'affaire *Gran Colombia Gold Corp.* est un modèle de traitement de la clause de déni des avantages. Le demandeur est une société canadienne opérant en Colombie dans le secteur minier (or et argent) qui allègue être victime d'expropriation indirecte ainsi que de violations des standards du traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité. Une procédure arbitrale est initiée le 29 mai 2018 sur le fondement de l'accord de libre-échange Canada-Colombie de 2008. La Colombie allègue que le tribunal n'est pas compétent dans la mesure où l'Etat aurait, le 31 mai 2018 (soit deux jours après le dépôt de la requête arbitrale), activé à l'encontre du demandeur la clause de déni des avantages figurant à l'article 814 de l'accord de libre-échange Canada. La décision du 2 novembre 2020 porte sur la question classique des conditions de mise en œuvre de cette clause mais aussi, de façon plus originale sur celle de savoir si la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour avoir improprement tenté une telle mise en œuvre.

Le tribunal souligne que les Etats ont le choix d'insérer dans leurs traités, des limites temporelles relatives à l'activation de la clause et qu'en l'absence d'une telle limite il ne revient pas au tribunal d'affirmer qu'elle ne pourrait plus être mise en œuvre après le dépôt d'une requête arbitrale (§ 130). Il est en revanche établi que la limite temporelle aux objections à la juridiction prévue par le règlement d'arbitrage du CIRDI (la date de dépôt du contre-mémoire du défendeur) constitue la limite à l'invocation de la clause de déni des avantages. En l'espèce, intervenant deux jours après le dépôt de la requête arbitrale, l'invocation de la clause par la Colombie ne saurait être considérée tardive (§ 132).

Les conditions à sa mise en œuvre, prévues par l'accord de libre-échange Canada-Colombie, sont classiques et l'interprétation qui en est faite par le tribunal est des plus pédagogiques. Le déni des avantages pourra être décidé par l'Etat à la double condition que la société ne soit pas détenue ou contrôlée par des nationaux de l'Etat dont elle a la nationalité et n'ait pas d'activité commerciale substantielle sur le territoire de ce dernier. Le tribunal débute par l'interprétation de la formule « *no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized* ». Il souligne qu'il ne s'agit pas de déterminer si le Canada est l'Etat avec lequel la société a le plus de connexions substantielles mais uniquement de savoir si elle a, sur le territoire de cet Etat, des activités commerciales substantielles (§ 136). Il est nécessaire que cette activité commerciale traduise une authentique connexion entre la société et son Etat de rattachement mais il ne saurait être exigé que ces activités soient d'une nature identique à celles menées sur le territoire d'autres Etats et notamment de celui accueillant l'investissement. Le tribunal constate qu'au Canada, la société loue des locaux, emploie huit salariés, est titulaire de plusieurs comptes bancaires et fait appel à de nombreux prestataires de services. La condition d'absence d'activités commerciales substantielles n'est ainsi pas satisfaite et il n'est pas nécessaire de vérifier la satisfaction de la condition de détention ou contrôle de la société par des nationaux d'un Etat tiers pour affirmer que la Colombie ne pouvait valablement activer la clause de déni des avantages (§ 135).

Le tribunal est également invité à répondre à la question plus originale de savoir si l'article 814 relatif à la clause de déni des avantages crée des obligations substantielles à la charge des parties au traité. Ainsi, pourrait-on considérer que cette disposition est violée si l'Etat tente de mobiliser irrégulièrement la clause de déni des avantages, ouvrant potentiellement droit à une réparation au bénéfice de l'investisseur, au-delà d'une simple mesure favorable en matière de répartition des coûts de la procédure arbitrale (§ 144) ? Le tribunal n'entend pas, à ce stade de la procédure, se prononcer sur le fond de la question mais doit déterminer si elle peut être couverte par l'article 40 du règlement d'arbitrage CIRDI relatif aux demandes accessoires. On rappelle que l'activation de la clause de déni des avantages par la Colombie intervient deux jours après le dépôt de la requête. Un tribunal peut admettre une demande accessoire pour examen, si elle se rapporte directement à l'objet du différend. Est ainsi exigée une connexion factuelle. Il est évidemment requis que la demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et relève de la compétence du Centre. En l'espèce, le tribunal retient que la demande relative à une allégation d'invocation sans fondement de la clause de déni des avantages entretient bien une connexion factuelle avec la demande principale (à laquelle la clause pourrait faire échec) (§ 153) et a été présentée en temps utile. La demande accessoire est donc recevable conformément à l'article 40 du règlement CIRDI. On suivra avec intérêt l'examen de celle-ci à un stade ultérieur de la procédure.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* CIRDI

Sentence partielle sur la juridiction du 4 mars 2020, *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. Poland* (ADHOC/15/1)

(V.V. Veeder, président ; K.-H. Böckstiegel, A. J. van den Berg, membres)

Compétence *prima facie* – abus de procédure – qualité d'investisseur protégé – arbitrage intra UE

Des investisseurs autrichiens remportent un appel d'offre pour l'acquisition d'un groupe hôtelier à Varsovie dans le cadre d'une campagne de privatisation conduite au milieu des années 1990. Les investisseurs acquièrent l'usufruit du foncier et la propriété des bâtiments. Les difficultés naissent des revendications des anciens propriétaires (antérieurement à l'instauration du régime communiste) et de leurs héritiers qui, à la suite de la chute du régime communiste réclament, avec succès, la restauration de leurs droits sur les biens privatisés au profit des investisseurs autrichiens. En septembre 2014, les demandeurs adressent au défendeur une requête arbitrale en invoquant le fait que les autorités de Varsovie savaient que la propriété des biens pour lesquels le processus de privatisation était engagé était contestée.

Un tribunal *ad hoc* est constitué sur le fondement du TBI Autriche – Pologne de 1988 (dénoncé en octobre 2019). Les parties au différend conviennent de désigner le secrétariat du CIRDI pour administrer la procédure. Bien qu'elles soient parfois soulignées par le tribunal, les différences avec un arbitrage CIRDI semblent marginales dans la mesure où il indique que les questions de procédure qui ne seraient pas réglées par l'ordonnance de procédure adoptée immédiatement après sa constitution pourraient être librement réglées par le tribunal qui, sans être lié par celles-ci, pourrait s'inspirer de

la convention de Washington et des règles d'arbitrages du mécanisme supplémentaire du CIRDI (§ 1.19).

Le défendeur estime que le tribunal ne saurait être compétent aux motifs que les demandeurs n'auraient pas démontré *prima facie* que leurs demandes relevaient des dispositions pertinentes du TBI, qu'elles seraient constitutives d'abus de procédure, qu'ils n'auraient pas qualité pour agir et que la clause d'arbitrage inscrite dans le TBI serait nulle du fait de sa contradiction avec le droit de l'union européenne (§ 2.40).

La question de l'établissement par le demandeur de la compétence *prima facie* du tribunal est rapidement examinée par celui-ci qui souligne que la procédure n'est pas un arbitrage CIRDI et qu'il convient donc sur cette question de renvoyer au droit international général plutôt qu'à la convention de Washington (§ 5.26). Dès lors, selon un raisonnement très classique, le tribunal affirme que « *this jurisdictional test requires a claimant to establish jurisdiction definitively (i.e. not prima facie jurisdiction), but only a prima facie case on the merits of the claimant's claim* » (§ 5.27). Il s'agit, s'inspirant comme cela est souvent le cas, de l'opinion de la juge Higgins dans l'affaire des plateformes, d'affirmer que le rôle du tribunal est de déterminer si les faits allégués par les demandeurs, à les considérer établis pourraient possiblement être des violations du traité invoqué (§ 5.29). Le tribunal va ainsi soumettre chacune des allégations de violation du TBI à ce test. Les allégations de violation du traitement juste et équitable sont, selon le tribunal, présentées « *in a coherent fashion that is objectively understandable* », dès lors le test de la compétence *prima facie* est satisfait (§ 5.46). Il en est de même pour l'allégation de violation du principe du traitement national (§ 5.58) ou des dispositions relatives à l'expropriation (§ 5.66). Le traitement des allégations de violation de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité est plus intéressant. Sur ce point, les demandeurs invoquent une interprétation extensive du standard en affirmant, s'appuyant sur une jurisprudence croissante (mais selon nous contestable), qu'il étend ses effets à la protection juridique et non-seulement physique de l'investisseur et de son investissement. Le tribunal indique que pour se prononcer sur l'objection relative à sa compétence *prima facie*, il ne lui est pas nécessaire de décider de manière définitive si l'interprétation du standard proposée par les demandeurs est correcte dans la mesure où cela pourrait les empêcher de présenter des arguments plus étayés sur ce point (§ 5.50). Cela illustre parfaitement l'extrême souplesse du test de la compétence *prima facie* : le tribunal doit confronter des faits présumés établis à des standards dont la définition est laissée à l'appréciation des demandeurs dès lors que cette interprétation est plausible. Avec une si faible exigence on comprend que le tribunal estime la compétence *prima facie* établie sur ce point. L'allégation de violation de la clause de libre transfert n'étant appuyée par aucun élément factuel, on comprendra que le tribunal estime insatisfait le test de la compétence *prima facie* (§ 5.71).

Pouvait être intéressant le traitement de l'allégation de violation de l'article 7 du TBI présentée par les demandeurs. Cet article dispose que « *[i]f the legislation of either Contracting Party or present or future mutual international obligations of the two Contracting Parties additional to this Agreement should give rise to a general or specific agreement which accords to the investments of investors from the other Contracting Party more favourable treatment than is provided for by this Agreement, such arrangement shall have precedence over this Agreement, in so far as it is more favourable* ». Or les demandeurs affirment que les articles 6 de la Convention

européenne des droits de l'homme et 1 du premier protocole à celle-ci leur accordent un meilleur traitement et que ces dispositions auraient été violées par la Pologne (§ 5.73). Le tribunal soutient que les demandeurs n'ayant pas présenté plus d'arguments lors de l'audience et dans les échanges postérieurs à l'audience, il apparaît qu'ils ne maintiennent pas cette demande. Quand bien même l'auraient-ils maintenue, ils n'ont malheureusement avancé aucun élément précis relatif à l'allégation de violation des instruments du Conseil de l'Europe. Au moins pourra-t-on retenir l'affirmation du tribunal selon laquelle « *human rights violations may be relevant to an investment dispute, and a tribunal constituted under a BIT is competent to decide them* » (§ 5.75).

Quant à l'objection fondée sur l'allégation d'abus de procédure, le tribunal rappelle qu'une telle reconnaissance requiert de satisfaire un critère exigeant (§ 6.9). Il s'agit pour le défendeur d'affirmer que les demandeurs allèguent la même violation devant les juridictions internes polonaises et le tribunal arbitral. Dans le cadre de l'affaire *Orascom c. Algérie* la multiplication d'actions juridictionnelles, concernant les mêmes faits, initiées par les différents niveaux d'une même chaîne de sociétés avait été qualifiée d'abus de droit (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 *Strabag et autres* 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 (§ 6.13). Il ne saurait dès lors être question de constater un quelconque abus de procédure de la part des demandeurs (§ 6.14).

Etait également contestée la qualité pour agir des demandeurs dans la mesure où ayant transféré leur investissement à une société chypriote (SIHOL), ils ne sauraient prétendre à la qualité d'investisseur protégé par le TBI Autriche – Pologne. Or, il n'est pas contesté que les deux premiers demandeurs contrôlent le troisième qui contrôle à son tour SIHOL (§ 7.39) qui n'aurait été constituée qu'à des fins d'optimisation fiscale. On sait qu'une telle restructuration peut être qualifiée d'abusives si elle vise à obtenir la protection d'un traité d'investissement alors qu'un différend est né ou prévisible (CPA, 17 décembre 2015, *Philip Morris Asia Ltd c/ Australie*, n° 2012/2, §§ 585-588). Aucune action n'ayant été engagée sur le fondement du TBI Chypre – Pologne, il n'appartient pas au tribunal constitué sur le fondement du TBI Autriche – Pologne de se prononcer par anticipation sur une question qui pourrait se poser dans le cadre d'une procédure qui n'existe pas (§ 7.27). Par ailleurs, le TBI Autriche – Pologne ne limitant pas la protection aux investissements directs, le fait qu'une société chypriote soit désormais intermédiaire dans l'opération d'investissement ne remet pas en cause le statut d'investisseur protégé des demandeurs.

Le tribunal est enfin appelé à se prononcer sur l'influence des évolutions du droit de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement (Arrêt *Achméa* et ses suites). C'est en mobilisant exclusivement des questions de droit applicable que le tribunal écarte l'objection. Il considère qu'aucun principe ou règle de droit de l'Union européenne, qu'il s'agisse des dispositions des traités de l'Union ou de l'arrêt *Achméa*, n'est applicable à la détermination de sa juridiction (§ 8.118). Mobilisant classiquement les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités (spécialement ses art. 30 et 59), il écarte l'incompatibilité entre le TBI et le droit de l'Union en affirmant que le TBI et le TFUE ne sont pas des traités « *portant sur la même matière* » (§ 8.139).

La juridiction du tribunal est ainsi établie sur l'essentiel des prétentions des demandeurs.

JULIEN CAZALA

COMITÉ AD HOC CIRDI

Ordonnance sur la question de la représentation juridique du Venezuela du 2 novembre 2020, *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Venezuela* (ARB/07/30)

(D. Hascher, président ; D. Fernandez Arroyo, K.-Y. Kim, membres)

Représentation internationale de l'Etat

Les situations dans lesquelles plusieurs gouvernements revendiquent l'exercice du pouvoir au nom de l'Etat sont susceptibles d'étendre leurs effets dans la conduite de procédures contentieuses internationales. On se souvient que ce fut notamment le cas dans le cadre de l'affaire *Certaines questions en matière de relations diplomatiques (Honduras c. Brésil)* qui fut finalement rayée du rôle de la Cour internationale de Justice. La reconnaissance de Juan Guaidó en qualité de président par intérim du Venezuela par un grand nombre d'Etats entre 2019 et 2020 a pu connaître des prolongements dans le contentieux international de l'investissement.

En 2019, un tribunal arbitral CIRDI avait condamné le Venezuela à verser plus de 8,5 milliards de dollars à la société ConocoPhillips en réparation des préjudices subis du fait de diverses mesures prises par les autorités de Caracas (T. CIRDI, 8 mars 2019, *ConocoPhillips et autres c/ Venezuela*, sentence, ARB/07/30). Deux recours en annulation furent formés par le Venezuela contre cette sentence par deux cabinets d'avocats prétendant chacun représenter les intérêts de l'Etat. L'un (cabinet De Jesús) avait été désigné par le procureur général de la République du Venezuela nommé par Nicolás Maduro, l'autre (cabinet Curtis) par le procureur général spécial nommé en 2019 par le président par intérim Juan Guaidó et confirmé par l'Assemblée nationale.

Le 15 mars 2020, le cabinet De Jesús adressa au Comité *ad hoc* une demande d'exclusion du cabinet Curtis qui aurait été désigné pour représenter le Venezuela par « *a person who does not exercise any authority or power within the Venezuelan legal system* ». Dans une décision du 3 avril 2020 sur cette question le Comité *ad hoc* s'était montré particulièrement prudent en indiquant qu'il ne lui appartenait pas de déterminer quel est le gouvernement légitime du Venezuela et avait décidé de maintenir la double représentation des intérêts du Venezuela (Comité *ad hoc* CIRDI, 3 avril 2020, *ConocoPhillips et autres c. Venezuela*, ARB/07/30, ordonnance sur la représentation du Venezuela, §§ 29 et 38). Le fait que les deux recours visent à obtenir l'annulation de la sentence réduit les risques de contradictions entre les thèses défendues par les deux cabinets. Mais, de manière pragmatique et dans un souci de bonne administration de la justice, le Comité *ad hoc* considère qu'il sera toujours possible de répondre aux arguments présentés par l'un et l'autre cabinets si ceux-ci venaient à diverger (ordonnance, 3 avril 2020, § 36). On soulignera que l'investisseur quant à lui invitait le Comité *ad hoc* à maintenir le *statu quo*, c'est-à-dire la participation des deux cabinets d'avocats afin d'éviter d'accroître le risque d'inexécution de la sentence (ordonnance, 3 avril 2020, § 28).

Le cabinet De Jesús appelle le Comité *ad hoc* à revenir sur cette ordonnance au regard de la décision du 22 avril 2020 par laquelle la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Venezuela affirme que le procureur général nommé par Nicolás Maduro est seul compétent pour désigner des représentants de l'Etat dans des contentieux internationaux (§ 17). Le cabinet Curtis affirme que cet élément n'est que

la réitération d'éléments qui ont déjà été examinés par le Comité *ad hoc* dans sa décision du 3 avril 2020. A l'appui de sa demande, le cabinet De Jesús présente quatre éléments : l'Assemblée nationale n'est pas compétente pour nommer le procureur général du Venezuela ; le bureau du procureur général spécial n'existe pas en droit vénézuélien ; aucun acte de droit vénézuélien ne remet en cause la désignation du procureur général par Nicolás Maduro ; aucun acte interne valide n'a désigné une autre personne en qualité de procureur général (§ 29). En outre, De Jesús souligne l'absence de changement dans le contrôle effectif du territoire et de l'appareil d'Etat du Venezuela par le gouvernement de Nicolás Maduro (§ 34). Cet appel à tenir compte de l'effectivité est écarté par le Comité *ad hoc* qui rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la légitimité des autorités prétendant exercer le pouvoir au Venezuela. Il ajoute que s'il devait tenir compte de chacune des décisions de la cour constitutionnelle (favorable à N. Maduro) et de l'Assemblée nationale (favorable à J. Guaidó), le Comité *ad hoc* devrait constamment modifier ses décisions relatives à la représentation des intérêts du Venezuela dans le cadre de cette procédure (§ 38). Il décide dès lors de maintenir la participation des deux cabinets d'avocats à la procédure pour défendre les intérêts du Venezuela tout en rappelant qu'en décidant ainsi, il n'entend pas déterminer qui est le gouvernement légitime de cet Etat au détriment de N. Maduro. Il entend ainsi ne pas prendre partie dans la rivalité entre deux prétendants à l'exercice du pouvoir à Caracas (§ 40). Les élections législatives de décembre 2020, boycottées par l'opposition, ont vu le parti socialiste unifié de Nicolás Maduro remporter une large majorité à l'assemblée nationale. Une telle évolution ne devrait pas remettre en cause la pertinence de la position du Comité *ad hoc*.

JULIEN CAZALA

ARBITRAGE D'URGENCE DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM

Sentence d'urgence sur les mesures provisoires du 2 août 2020, *Komaskia Airport Invest Ltd. v. Republic of Moldova* (SCC EA 2020/130)

(B. Cremades, arbitre d'urgence)

Arbitrage d'urgence – résiliation d'une concession

Le centre d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm s'affirme toujours un peu plus en matière d'arbitrage d'investissement. Sa singularité tient largement dans la possibilité offerte depuis 2010 aux investisseurs de solliciter un arbitrage d'urgence qui permet de demander l'indication de mesures conservatoires tout en échappant aux délais de constitution d'un tribunal. Saisi d'une telle demande, l'Institut d'arbitrage a 24 heures pour désigner un arbitre et ce dernier aura 5 jours pour se prononcer.

Le demandeur est une société immatriculée à Chypre ayant acquis une participation dans la société moldave Avia Invest Limited titulaire depuis 2013 d'une concession d'exploitation de l'aéroport de Chisinau d'une durée de 49 ans. En août 2019, le président moldave annonce que les autorités allaient mettre un terme à la concession du fait d'une violation des obligations contractuelles par Avia Invest ainsi qu'un défaut de respect de son obligation d'investir. Dès mai 2020, les investisseurs avaient soumis une requête arbitrale au CIRDI. Ceci eut pour effet de détériorer encore les relations avec les autorités moldaves qui notifièrent au demandeur la fin de la concession le 8 juillet 2020.

Celle-ci doit être effective 180 jours après cette date. Fin juillet 2020, le demandeur saisit l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm sur le fondement du TBI Chypre – Moldavie d'une demande d'arbitrage d'urgence en vue de l'indication de mesures conservatoires.

Il est fréquent dans l'arbitrage d'urgence que le défendeur ne participe absolument pas à la procédure. Bien que présentés avec 48 heures de retard les arguments présentés par la Moldavie sont pris en compte par l'arbitre d'urgence (§ 16). L'un des arguments du défendeur consiste à affirmer que l'arbitre d'urgence serait incompétent dans la mesure où le tribunal arbitral appelé à trancher le différend sur le fond aurait été constitué (cet élément n'est pas accessible sur le site internet du CIRDI et l'arbitre d'urgence ne l'évoque pas plus). Les mesures conservatoires sollicitées sont sans surprise : Il s'agit d'obtenir la suspension d'une taxe aéroportuaire supplémentaire réclamée à l'investisseur, de suspendre la mesure permettant à l'Etat de prendre possession des biens rattachés à la concession, de suspendre la résiliation de la concession.

Les conditions d'indication des mesures conservatoires sont connues. L'arbitre doit constater l'urgence, la compétence *prima facie* ainsi que la proportionnalité (§ 77). Il est évident que la condition d'urgence est ici spécifique. Ainsi que le souligne l'arbitre, « *the proper urgency evaluation here concerns whether there is a sufficiently urgent need to grant the relief before a tribunal is constituted and able to address such interim measures* » (§ 85). Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur la nécessité de préserver des droits dans l'attente d'une sentence sur le fond comme dans les mesures conservatoires traditionnelles. On peut ici parler d'une condition de « super urgence ». Elle est particulièrement exigeante et n'est ici pas satisfaite concernant la demande de suspension de la taxe aéroportuaire additionnelle dans la mesure où le préjudice financier qu'elle ferait courir à l'investisseur pourrait être réparé par l'allocation d'une réparation lors du règlement du différend (§ 87). De plus, l'arbitre se montre très prudent en affirmant qu'une interférence dans l'exercice du pouvoir fiscal de l'Etat doit être appréhendée avec la plus grande prudence et qu'il n'est pas démontré que les circonstances de l'espèce la justifient. La condition d'urgence est en revanche satisfaite concernant les biens rattachés à la concession et la résiliation de la concession elle-même. L'arbitre estime légitimement qu'une remise en cause du *statu quo* sur ces deux points pourrait entraîner une aggravation du différend, contre laquelle les mesures conservatoires peuvent être indiquées. Les mesures projetées apparaissent également proportionnées en ce que leur indication ne causerait pas de préjudice significatif au défendeur (§ 114). L'arbitre d'urgence ordonne dès lors à la Moldavie de s'abstenir de prendre des mesures pour résilier le contrat de concession ainsi que de suspendre toute mesure déjà prise poursuivant le même but.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the Yekatom Defence Request for Cooperation from the African Union du 17 septembre 2020 (Trial Chamber V), *Situation in the Central African Republic II in the case of the Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona* (ICC-01/14-01/18)

CPI – procédure – coopération – organisation régionale – Union Africaine – informations

La coopération avec la Cour pénale constitue un enjeu d'importance pour le bon fonctionnement et l'effectivité de celle-ci. Compte tenu de ses limites, notamment opérationnelles, la Cour a en effet besoin de la coopération d'autres acteurs – dont font partie les organisations internationales – pour mener à bien sa mission.

La décision rendue par le Juge Schmitt, agissant en tant que Juge unique au nom de la Chambre de première instance V, le 17 septembre 2020 illustre les difficultés de cette question. N'ayant pas pu obtenir par elle-même certains éléments malgré ses démarches restées sans réponse (§2), la défense d'Alfred Yekatom (poursuivi dans le cadre de la seconde situation centrafricaine pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité) recherchait l'appui de la Cour afin que celle-ci enjoigne à l'Union africaine de lui transmettre une série de neuf documents que l'organisation régionale tiendrait de la Mission internationale de soutien à la Centrafrique sous conduite africaine (MISCA) (§ 1).

Si le Statut (articles 57, paragraphe 3 b) et 87, paragraphe 6) et le RPP (règle 116, paragraphe 1) permettent et encadrent cette recherche de coopération auprès des organisations internationales, notamment pour demander des informations dans le but d'assister un accusé dans la préparation de sa défense, le problème posé ici ne tenait pas (pour une fois et apparemment) à la mauvaise volonté des entités dont l'aide est requise ou recherchée – ce qui n'est pas toujours le cas avec des organisations qui entretiennent des rapports difficiles avec la Cour comme l'Union africaine – mais plutôt à une impossibilité matérielle : l'organisation régionale africaine a en effet indiqué ne pas avoir été en mesure de trouver et de localiser les documents en question (§ 9). En conséquence et sans mettre en cause la bonne foi de celle-ci, la Chambre n'estime pas nécessaire de requérir l'Union africaine dans la mesure où cela ne servirait pas M. Yekatom à préparer sa défense (*ibid.*). En lieu et place, la Chambre indique, suite aux observations de l'organisation continentale africaine quant au transfert de l'autorité de la MISCA à la Mission multinationale intégrée des Nations Unies pour la stabilisation en République Centrafricaine (MINUSCA), que les documents en question sont peut-être à rechercher du côté des Nations unies (§ 10), sans pour autant requérir ces dernières, ce qui ne lui était pas demandé il est vrai...

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the request for leave to appeal the « Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages » du 1^{er} octobre 2020 (Pre-Trial Chamber II), *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08)

CPI – procédure – acquittement – détention provisoire – gel des avoirs – erreur judiciaire – gravité – préjudice – responsabilité de la Cour – indemnisation

Acquitté en appel (CPI, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute" du 8 juin 2018 (Appeals Chamber), *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08)) à la surprise d'un grand nombre après avoir été condamné en première instance à 18 ans de prison pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité pour les meurtres, viols et pillages commis par sa milice en Centrafrique entre 2002 et 2003 (CPI, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute du 21 mars 2016 (Trial Chamber III), *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08)), Jean-Pierre Bemba avait réclamé des réparations, d'une part pour les dix années passées en détention durant la procédure devant la CPI et, d'autre part, pour les atteintes portées à ses biens, qui avaient été saisis à la demande du Procureur de la Cour (§ 1).

La Cour ayant rejeté sa demande (CPI, Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages du 18 mai 2020 (Pre-Trial Chamber II), *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08)), l'ancien homme d'affaire et patron du Mouvement pour la libération du Congo souhaitait faire appel de cette décision, comme l'avait annoncé dans la presse son avocat. Mais, pour cela, la Règle 155 du RPP impose de « (...) présenter à la Chambre qui a rendu cette décision une requête écrite exposant les motifs pour lesquels elle sollicite l'autorisation d'interjeter appel ». C'est cette demande d'autorisation de faire appel déposée le 25 mai 2020 (§ 3) que la Chambre préliminaire II (ci-après la Chambre) va ici rejeter dans cette décision du 1^{er} octobre 2020.

Pour aboutir à ce résultat, la Chambre va se concentrer sur la nature de la décision contestée – celle du 18 mai 2020 – afin de déterminer si celle-ci est susceptible d'appel ou non, une question préliminaire essentielle pour les juges dès lors qu'une réponse négative rendrait sans objet l'examen des différentes questions soulevées par l'appel (§§ 5 et 11).

La Chambre commence alors par rappeler le caractère limitatif de la liste des décisions susceptibles d'appel qui ressort des articles 81 et 82 du Statut de Rome (§§ 6-8), dans le respect des principaux traités universels et régionaux de protection des droits de l'homme (§ 7). Et les décisions relatives aux demandes d'indemnités rendue en vertu de l'article 85, paragraphe 3 du Statut de Rome n'apparaissent pas expressément dans cette liste (§ 9). Dès lors, la Chambre va se tourner vers l'article 82, paragraphe 1 d) du Statut qui permet de faire appel d'une « [d]écision soulevant une question de nature à affecter de manière appréciable le déroulement équitable et rapide de la procédure ou l'issue du procès (...) », seule voie possible restante en l'espèce (§ 10).

La Chambre va cependant estimer qu'une décision rendue au titre de l'article 85, paragraphe 3 n'entre pas dans cette catégorie et n'est donc pas susceptible d'appel : s'appuyant sur le caractère exceptionnel de l'appel interlocutoire – comme le fera la

Chambre préliminaire I dans sa décision du 21 décembre 2020 dans l'affaire dite de la flottille humanitaire pour Gaza (voir la notule suivante) – et la jurisprudence de la Cour, la Chambre ici saisie considère que les décisions rendues au titre de l'article 85, paragraphe 3 n'interviennent qu'une fois la procédure terminée (en l'espèce avec l'acquittement de M. Bemba). Elles ne sont donc pas des décisions interlocutoires ou intermédiaires – une « (...) condition sine qua non for article 82(1)(d) of the Statute to be applicable » (§ 14) – dans la mesure où elles ne sont pas des « (...) *decisions intervening between the commencement and the end of criminal proceedings and adjudicating a specific issue without constituting a final decision* » dans le but d'assurer l'équité de la procédure (§ 12). La décision du 18 mai 2020 ne pouvant pas affecter le déroulement de la procédure ou son issue puisqu'elle intervient après celle-ci, elle n'est pas susceptible d'appel au titre de l'article 82, paragraphe 1 d) (§ 13), une approche conforme à la jurisprudence de la Cour et aux standards internationaux de protection des droits de l'homme (§§ 14-15).

Pour finir, la Chambre rappelle et confirme que la seconde partie de la demande d'indemnisation de M. Bemba – celle visant à compenser les dommages subis par ses biens saisis à l'occasion de la procédure engagée contre lui – ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 85 du Statut de Rome, ni même dans le mandat de la Chambre, aucune procédure de ce type n'étant prévue dans le Statut (§ 16).

Rejetant par conséquent la requête de M. Bemba (§ 17), la Chambre semble ainsi écarter toute responsabilité de la CPI, dans cette affaire. La décision ici présentée ne met cependant pas forcément un terme à toute procédure et, au vu des déclarations qui ont suivi le rejet de la demande d'indemnisation et comme le suggérait la Chambre elle-même dans sa décision du 18 mai 2020 (précitée, § 64), d'autres voies de recours pourraient être activées (devant des juridictions civiles nationales par exemple) et viser les Etats qui avaient la charge de gérer les biens et avoirs saisis... voire la CPI.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the Request for Leave to Appeal the « Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Comoros” » du 21 décembre 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

La fin d'une saga judiciaire ? Il semble en tout cas que la Chambre préliminaire I (ci-après la Chambre) a voulu, par cette décision du 21 décembre 2020, mettre un terme à la procédure engagée en 2013 – et, par là même, aux appels et demandes récurrents, pour ne pas dire systématiques, de l'Union des Comores face à la décision répétée de la Procureure de ne pas ouvrir d'enquête – en rejetant de façon un peu expéditive les motifs d'appel invoqués dans l'*Application 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* du 22 septembre 2020.

Dans sa requête, l'Union des Comores souhaitait soulever en appel deux questions à propos de la décision de la Chambre refusant de demander à la Procureure un nouvel examen de sa décision de ne pas enquêter (voir CPI, 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), cette Chronique, *Revue*, 2020-3/4, pp. 699-701, nos obs.) : la première était de savoir si la Chambre préliminaire avait commis une erreur en décidant de ne pas demander au Procureur de reconsidérer sa décision, alors même que la Chambre avait relevé plusieurs erreurs importantes de la part de la Procureure (au point de conclure que celle-ci n’avait pas véritablement reconsidéré sa décision de ne pas enquêter comme demandé précédemment par la Chambre) ; la seconde était de savoir si le jugement de la Chambre d’appel empêchait la Chambre d’exercer son pouvoir d’ordonner à la Procureure de réexaminer sa décision en ce qui concerne toutes les erreurs relevées, et si la Chambre d’appel devait fournir des directives à cet égard (§ 2).

La Chambre commence par « annoncer la couleur » en rappelant – au regard de l’article 82 §1 d) du Statut de Rome, des règles 155 du Règlement de Procédure et de Preuves (RPP) et 65 du Règlement de la Cour et de la jurisprudence de la Chambre d’appel – le caractère exceptionnel de l’appel interlocutoire (§6), comme l’avait fait la Chambre préliminaire II quelques semaines plus tôt concernant la demande d’autorisation de faire appel de M. Bemba (voir notule précédente). En conséquence, seulement certaines questions soulevées sont susceptibles de faire l’objet d’un appel (§ 7). Les questions sur lesquelles il y a (seulement, pourrait-on dire) un désaccord ou une divergence d’opinion n’en faisant pas partie (*ibid.*), la Chambre refuse l’autorisation de faire appel pour la première question : la majorité des juges ont estimé qu’ils avaient déjà répondu à cette question dans la décision attaquée. Par conséquent, pour la Chambre, cette question n’exprime en réalité que le désaccord de l’Union des Comores avec la décision attaquée, ce qui conduit à son rejet (§ 10).

La deuxième question connaît le même sort dans la mesure où il est évident pour la majorité des juges que « (...) *it does not arise from the Impugned Decision, but rather from the Appeals Chamber’s Judgment* » (§ 12) : elle porte sur le jugement de la Chambre d’appel, requiert l’intervention de celle-ci pour préciser ses instructions... et, pour la Procureure et la Chambre, reviendrait à poser à nouveau des questions déjà jugées par la Chambre d’appel, ce pourquoi n’est pas fait l’article 82, paragraphe 1 d) du Statut de Rome (*ibid.*).

Une troisième et dernière question avait été soulevée par le Bureau du conseil public pour les victimes dans sa réponse à la requête de l’Union des Comores et concernant les sanctions demandées par cet Etat contre la Procureure pour ne pas avoir vraiment reconsidéré sa décision en suivant les instructions de la Chambre d’appel (§ 3). Elle fera l’objet d’un traitement tout aussi rapide que les précédentes. La Chambre a estimé ici que le Bureau du conseil public pour les victimes n’avait pas choisi la bonne voie procédurale pour poser sa question : il aurait fallu passer par l’article 82, paragraphe 1 d) du Statut de la Cour et adresser à la Chambre une demande d’autorisation d’appel et non par une réponse à une telle requête (§ 14).

Cette décision du 21 décembre 2020 semble donc bien mettre un terme à cette procédure qui n’aura pas dépassée le stade de l’examen préliminaire mais aura été l’occasion (outre de venir nourrir cette chronique) de préciser un certain nombre de dispositions du Statut, du RPP et du Règlement de la Cour quant aux relations entre la Procureure et la Chambre, ainsi que leur marge de manœuvre respective.

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugement 4360 du 7 décembre 2020

Discipline – contentieux de l'annulation – standard de preuve

Il en va de certains jugements comme de certaines identités en mathématiques, ils sont remarquables. Un jugement récent du Tribunal administratif de l'OIT, le jugement 4360 prononcé le 7 décembre 2020, doit être classé dans cette catégorie, au moins pour deux raisons : premièrement, le Tribunal précise ce qu'il faut entendre par la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », telle qu'interprétée dans sa jurisprudence ; deuxièmement, et surtout, le Tribunal bien qu'admettant qu'une décision est illégale, se garde bien de prononcer son annulation ou d'octroyer une indemnisation à la requérante.

Les faits de l'affaire en cause peuvent être résumés comme suit. A la suite de la parution d'articles de journaux mettant en cause la conduite d'une fonctionnaire internationale du Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale et de son supérieur, une enquête est diligentée par l'organisation en cause. Les comportements incriminés sont relatifs à : i) une participation de cette fonctionnaire à la protection inappropriée d'une personne ayant entretenu des liens étroits avec l'ancien Procureur, alors que cette personne était l'objet d'une enquête du Bureau du Procureur ; et ii) l'organisation d'une conférence, en dehors de l'exercice de ses fonctions et contre rémunération, sans l'autorisation du Bureau du Procureur. La preuve des comportements incriminés ressort principalement de captures d'écran de messages électroniques échangés par et avec cette fonctionnaire, sans que les documents originaux, dont elle conteste l'authenticité, puissent être produits par l'organisation au stade de l'enquête ou de la procédure disciplinaire. Le comité de discipline saisi (le comité) considère que cette preuve documentaire est insuffisante. En revanche, il rejette l'affirmation de la fonctionnaire selon laquelle elle n'a jamais participé à une réunion corroborant sa participation aux faits incriminés, au motif que les témoins qu'elle cite, tous proches d'elle, ne seraient pas crédibles. Bien que doutant de la pertinence de sa défense, le comité estime que le doute doit profiter à la fonctionnaire mise en cause et recommande qu'aucune sanction ne lui soit infligée. Dans la décision contestée, la cheffe de secrétariat rejette l'analyse du comité et sa recommandation, en soulignant que les preuves à disposition sont suffisantes à ses yeux et décide en conséquence de révoquer la fonctionnaire. Saisi par cette dernière d'une requête en annulation de cette décision, le Tribunal note qu'elle est illégale, faute, notamment, pour l'organisation d'avoir conclu « au-delà de tout doute raisonnable » que les comportements incriminés étaient prouvés. Le Tribunal décide néanmoins que la décision ne doit pas être annulée, car, en cours de procédure devant le Tribunal, l'affaire a pris un tour nouveau qui l'a conduit, au vu de « circonstances extrêmement inhabituelles », à un examen singulier de l'affaire et à un jugement qui ne l'est pas moins.

Ces circonstances sont les suivantes. Une nouvelle preuve a été soumise par l'organisation défenderesse au stade des écritures en duplique, c'est-à-dire, en principe, des dernières écritures de l'organisation avant l'examen de l'affaire par le Tribunal. D'ordinaire, le Tribunal apprécie peu la soumission tardive d'une preuve, mais, comme on le comprend à la lecture du jugement, les circonstances de l'affaire justifiaient de l'admettre. Cette nouvelle preuve était constituée : i) des messages électroniques

originaux échangés par et avec le membre du personnel – et non pas de captures d'écran comme lors de la procédure disciplinaire ; et ii) d'une déclaration d'un enquêteur de l'organisation et d'un rapport de son unité cyber, relatifs, on peut le supposer, à l'authenticité de ces messages électroniques. Le Tribunal rappelle que ces messages originaux sont essentiels à la preuve des comportements incriminés, et estime, après en avoir pris connaissance, que : i) la requérante a dissimulé des preuves essentielles et menti sur leur authenticité au cours de l'enquête et la procédure disciplinaire ; et ii) les preuves soumises par l'organisation défenderesse dans la duplique viennent au soutien d'une argumentation convaincante selon laquelle les allégations initiales formulées à son encontre sont fondées (voir considérant 22).

Pour combattre l'admissibilité de la preuve soumise par l'organisation défenderesse au stade de la duplique, la requérante a, à juste titre, rappelé que la légalité de la décision contestée devait être appréciée en se référant aux faits connus lors de son adoption. L'organisation défenderesse a répondu que tant le Guide pratique de la procédure devant le Tribunal que le Règlement de procédure du Tribunal admettaient la soumission de pièces complémentaires. Coupant court au débat, le Tribunal rappelle que l'illégalité de la décision contestée ne tient pas à l'exactitude des conclusions de l'auteur de la décision relatives aux faits, et que, d'autre part, la défense de la requérante dans le cadre de la procédure disciplinaire est sans pertinence, compte tenu de la véracité des preuves documentaires produites.

Les lecteurs de cette chronique le savent, le standard de preuve est un sujet qui intéresse de très près tant les organisations internationales que les conseils des fonctionnaires. Il a déjà été dit (voir cette Chronique, *Revue* 2020-2, pp. 429-434 et 2020-3/4, pp. 707-708, nos obs.) que, contrairement aux autres juridictions administratives internationales, le Tribunal estime que le standard de preuve à retenir en matière disciplinaire est celui qualifié d'« au-delà de tout doute raisonnable ». Le Tribunal a déjà rappelé que cet emprunt à la *common law* n'a aucune incidence juridique sur l'autorité de ses jugements (voir jugement 4047, considérant 6). Ici, le Tribunal va un peu plus loin encore, en formulant des observations générales sur ce standard de preuve (voir considérant 10).

Le Tribunal précise d'abord que ce standard de preuve n'a pas pour objet de créer une « barrière insurmontable » empêchant les organisations de poursuivre avec succès les fonctionnaires auxquels des fautes disciplinaires peuvent être reprochées. Le Tribunal souligne toutefois qu'il est opportun d'exiger des organisations qu'elles soient fondamentalement convaincues que la sanction est justifiée parce que la faute disciplinaire a été prouvée. Les procédures disciplinaires pouvant avoir des conséquences graves, comme la révocation et des préjudices de réputation et de carrière, il ne suffit pas que la faute soit probable ou vraisemblable pour être sanctionnée. Un tel standard ne constituerait pas une protection suffisante de l'auteur présumé.

Il conclut ces observations générales en précisant qu'il est stérile de rappeler, de manière critique, à l'instar du Tribunal d'appel des Nations Unies (voir cette Chronique, *Revue*, 2020-2, pp. 429-434, nos obs.) et de certaines organisations internationales ayant reconnu sa compétence, que le standard de preuve retenu est celui de *common law* en matière criminelle et qu'un standard plus approprié serait le standard utilisé en droit civil, à savoir celui de la « prépondérance des preuves ». Le Tribunal affirme en effet que le standard « au-delà de tout doute raisonnable », tel que précisé dans sa jurisprudence pendant des décennies, a un objet propre au droit de la fonction publique internationale.

De la lecture du jugement, on peut déduire que cet objet est celui de protéger les fonctionnaires contre des sanctions décidées sur le fondement de probabilités.

Après avoir rappelé ces principes et la philosophie sous-jacente, le Tribunal les applique au cas qui lui est soumis. Il n'a pas retenu les arguments de la requérante selon lesquels l'organisation aurait violé son droit à une procédure régulière (*due process*), en mettant l'accent sur deux points spécifiques. La requérante soutenait que l'enquête préliminaire ne pouvait être confiée aux membres du personnel de l'organisation, notamment car ils n'avaient pas d'expérience en la matière. Le Tribunal estime cependant qu'en l'absence de toute précision à cet égard dans les règles applicables, les membres du personnel de l'organisation peuvent procéder à l'enquête préliminaire, et qu'il n'y a aucune raison, d'autre part, qu'ils ne puissent remplir les critères de pertinence et d'expérience requis par les textes (voir considérants 16 et 17). D'autre part, le Tribunal rappelle que les textes applicables ne prévoient pas que l'auteur présumé doive se voir remettre les preuves alléguées au stade de l'enquête préliminaire. A ce stade, il doit seulement être informé par écrit des allégations à son encontre. Aux stades ultérieurs, en revanche, il doit connaître les preuves à son encontre (y compris les transcriptions de témoignages) et être mis en mesure de pouvoir soumettre, dans un délai raisonnable, des commentaires et réponses aux allégations formulées, ainsi que des preuves contraires. Le Tribunal relève que cela a été le cas dans l'affaire qui lui est soumise.

En revanche, le Tribunal considère que la cheffe de secrétariat, auteure de la décision contestée, a commis deux erreurs ayant pour effet de la rendre illégale.

La première est que l'auteur de la décision doit appliquer le même standard à la preuve des faits et à sa conviction que ces faits sont établis. Si, dans le cas soumis au Tribunal, l'auteure de la décision contestée a bien appliqué le standard requis à l'examen des faits, elle n'a pas exprimé explicitement qu'elle estimait, « au-delà de tout doute raisonnable », que les preuves documentaires étaient authentiques et dignes de foi. Elle a seulement conclu qu'elles constituaient des preuves « suffisantes ». Le Tribunal précise que cette omission ne peut être due à une simple erreur de rédaction, dans la mesure où l'auteure de la décision s'est explicitement référée au standard de preuve applicable en matière disciplinaire dans sa critique des conclusions du comité de discipline (voir considérant 12).

La deuxième erreur est que l'auteure de la décision n'a formulé aucune conclusion relative à l'affirmation de la requérante selon laquelle elle n'a jamais participé à une réunion corroborant sa participation aux faits incriminés. Conformément à sa jurisprudence constante, le Tribunal rappelle que, dans la mesure où l'auteure de la décision a rejeté les conclusions et recommandations du comité de discipline, elle avait l'obligation de motiver ses conclusions et de se prononcer non seulement sur les preuves à charge mais aussi à décharge, dont faisaient partie les témoignages relatifs à la réunion en question.

Le Tribunal conclut de ces deux erreurs que la décision est illégale, mais que, dans les circonstances « extrêmement inhabituelles » de cette affaire, elle ne peut être annulée et qu'il n'y a pas lieu de condamner l'organisation au versement de dommages-intérêts, pour préjudice matériel ou moral, ou au remboursement de dépens (voir considérants 21 et 22).

Cette décision, comme le Tribunal le rappelle lui-même, n'est pas habituelle. D'ordinaire, quand une décision de révoquer un.e fonctionnaire international.e est entachée d'un vice de forme ou de fond, le Tribunal annule la décision et décide, selon

les circonstances, de sa réintégration, ainsi que des conséquences financières qu'emporte une telle annulation (voir considérant 20).

Comme évoqué par J.-M. Sauvé, citant B. Stirn et Y. Aguila, en principe, « le juge de l'excès de pouvoir ne dispose que d'une gomme pour annuler l'acte qui lui est déféré, alors que le juge de plein contentieux peut également utiliser le crayon pour le corriger ou le compléter ». Cependant, il ne vise pas seulement « d'une façon négative, à effacer une illégalité, mais aussi, d'une façon positive, à rétablir la légalité » (B. STIRN et Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, éd. Dalloz, coll. Amphi, 2014). Le Statut du Tribunal, qui fixe et définit la compétence du Tribunal, prévoit d'ailleurs que « dans les cas visés à l'article II [inobservation, soit quant au fond, soit quant à la forme, des stipulations du contrat d'engagement des fonctionnaires et des dispositions du Statut du personnel qui sont applicables à l'espèce], le Tribunal, s'il reconnaît le bien-fondé de la requête, ordonne l'annulation de la décision attaquée ou l'exécution de l'obligation invoquée. Si cette annulation ou exécution n'est pas possible, ou opportune, le Tribunal alloue à l'intéressé une indemnité pour le préjudice subi » (voir article VIII).

Certes, le Tribunal a connu des affaires où la décision, bien que créatrice d'un préjudice, n'était pas annulée, mais donnait lieu au versement d'une indemnisation, notamment en cas de préjudice moral ou de retard dommageable pris dans la procédure, ou était renvoyée à l'organisation pour reprise d'une procédure régulière, la requête n'étant que partiellement admise (voir notamment les jugements 1190, 1192, 2851, 2884, 3079, 3407, 3994, 4091, 4261 du TAOIT).

Mais la situation est différente ici. Le Tribunal, bien qu'estimant que la décision contestée est illégale, n'accorde aucune indemnisation et ne renvoie pas l'affaire à l'organisation. Au contraire, il n'annule pas la décision contestée et rejette la requête. Bien que le Tribunal n'ait pas invoqué les éléments qui suivent, sa position, inédite et audacieuse, me semble fondée sur trois raisons principales.

En premier lieu, le Tribunal ne saurait donner plein effet à l'annulation d'une décision lorsque cette annulation peut entraîner une méconnaissance encore plus grave du droit applicable que celle résultant du maintien de la décision, au vu des circonstances de l'espèce. En d'autres termes, il s'agirait, au vu des comportements incriminés et établis, de faire primer le principe cardinal du droit de la fonction publique internationale, l'indépendance des fonctionnaires, sur une violation d'une garantie procédurale, même substantielle. Une telle solution pourrait être, *mutatis mutandis*, le reflet de la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans ses décisions du 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! et autres*, n°324852, 17 juin 2011, *Canal + Distribution et autres*, n°324816 et 23 juillet 2014, *Société Octapharma France*, n°349717.

En deuxième lieu, il pourrait être dit que le Tribunal aurait pu annuler la décision et renvoyer l'affaire à l'organisation pour qu'elle reprenne une décision, légale cette fois. Mais ce renvoi n'aurait fait que retarder l'intervention d'une décision qui, de surcroît, aurait eu le même effet que la décision soumise au Tribunal, c'est-à-dire la révocation de la fonctionnaire concernée. En effet, dans la mesure où l'organisation, à la lecture du jugement, connaît précisément les raisons pour lesquelles sa décision a été considérée illégale (absence de conclusion explicite « au-delà de tout doute raisonnable » que les comportements incriminés sont établis) et les éléments démontrant la culpabilité de la requérante, un tel renvoi semble inutile, tant en termes de procédure que de coûts. S'il incombe au Tribunal, lorsqu'il constate qu'une organisation internationale a manqué à une de

ses obligations, d'ordonner toute mesure nécessaire pour assurer l'exécution de cette obligation (voir les jugements 2720 et 3191), cela ne peut être le cas quand l'exécution d'une telle obligation n'est pas opportune. C'est le cas quand l'exécution de l'obligation n'aurait pas pour effet de modifier la décision prise et que la requête est mal fondée. En décidant comme il l'a fait, le Tribunal a opéré un contrôle, dit, en droit français, du « bilan », dans lequel le juge met en balance les avantages et les inconvénients de sa décision au regard de l'ensemble des intérêts en présence. On notera d'ailleurs que le Tribunal précise, au considérant 22 du jugement, que l'organisation aurait pu révoquer la requérante pour sa malhonnêteté au cours de la procédure, au plus tard au moment où, en janvier 2019, elle a reçu les messages électroniques litigieux. La décision du Tribunal semble ainsi dans la droite ligne de sa jurisprudence, peut-être inspirée de celle du Conseil d'Etat français rappelée ci-dessus et d'un pragmatisme qui semble emprunter au juge de *common law*.

En troisième lieu, et surtout, conformément à l'article VIII de son Statut, le Tribunal ne pouvait pas, dans les circonstances particulières de l'affaire, « reconnaître[re] le bien-fondé de la requête ». En effet, la requérante a non seulement dissimulé des preuves essentielles mais encore menti sur leur authenticité au cours de l'enquête, de la procédure disciplinaire et de la procédure devant le Tribunal. D'autre part, le Tribunal a considéré que les allégations formulées à son encontre étaient fondées. Dès lors que le Tribunal estime qu'une requête en annulation est mal fondée, son statut ne lui fait pas l'obligation d'annuler la décision contestée, même si elle est illégale. Dans son jugement 3883 (voir considérant 23), le Tribunal avait rappelé : l'article VIII du Statut du Tribunal « prévoit expressément que, si un requérant parvient à établir qu'une décision a été prise en violation des règles applicables, cette décision peut être annulée. Toutefois, [il] dispose également que, si l'annulation de la décision n'est pas « opportune », le Tribunal « alloue à l'intéressé une indemnité pour le préjudice subi ». Il ressort clairement du libellé de cette disposition que l'octroi d'une indemnité est laissé à l'avis et à l'examen du Tribunal dans le cadre de l'exercice de ce qui relève, en substance, de son pouvoir d'appréciation (voir le jugement 1419, au considérant 24). L'absence de condamnation de l'organisation à verser à la requérante une telle indemnité dans le cas présent semble donc confirmer que le Tribunal a tout simplement considéré que la requête en annulation n'était pas fondée et devait être rejetée.

Au terme de cette courte étude, une question demeure. Le Tribunal se prononce-t-il parfois en équité, même si, on le sait, il n'en a pas la compétence ? Ce jugement pourrait indiquer que le Tribunal peut s'en approcher, en appliquant les principes rappelés ci-dessus et en interprétant de manière raisonnable son Statut. Comme l'a estimé Lord Devlin, juge du Tribunal de 1965 à 1986, « la chose la plus importante pour un juge est – assez curieusement – de juger » (*the most important thing for a judge is – curiously enough – judgment*) et c'est ce que le Tribunal a fait dans son jugement 4360, juger. Un tel jugement suppose parfois, comme l'a rappelé le même Lord Devlin dans son opinion divergente au jugement 505 du Tribunal (prononcé en 1982), que « la réponse p[uisse] découler de la règle générale du droit qui veut que l'équité reconnaisse comme accompli ce qui aurait dû l'être : *aequitas factum habet quod fieri oportuit*. Si quelqu'un peut conférer un droit à autrui par deux moyens, l'un légal et l'autre illégal, et que, de propos délibéré ou par inadvertance, l'intéressé choisisse le moyen illégal, la question peut être résolue comme s'il avait utilisé le moyen légal et l'intéressé peut être tenu à tels nouveaux actes qui pourraient être nécessaires pour parfaire ce choix. »

RÉMI CÈBE

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Julien CAZALA, Alexis MARIE et Baptiste TRANCHANT

SOMMAIRE

Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-80.511, publié au <i>Bulletin</i>	177
Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-81.359, publié au <i>Bulletin</i>	186
CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 17 novembre 2020, <i>Etat de Libye c. SA Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique – SORELEC</i> , n° RG 18/02568	192

Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-80.511, publié au *Bulletin*

[Immunité de l'Etat — Immunités des représentants ou agents des Etats — Immunité *ratione materiae* — Ancien chef d'Etat — Membre du gouvernement — Fonctionnaire — Militaire — Exception à l'immunité — Torture — Communauté internationale — *Jus cogens* — Camp de Guantanamo / Immunities of State — Immunities of State Officials or Representatives — Immunity *ratione materiae* — Former Head of State — Government Official — Official — Soldier — Exception to Immunity — Torture — International Community — *Jus Cogens* — Guantanamo Camp]

« Mme Q... C..., MM. K... N..., V... N..., Mme Y... B..., épouse P..., MM. M... B..., B... B..., parties civiles, ont formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 6e section, en date du 19 décembre 2019, qui sur renvoi après cassation (Crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-84.652), dans l'information suivie contre personnes non dénommées des chefs, notamment, d'enlèvement, détention et séquestration arbitraires, actes de torture ou de barbarie, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.

Un mémoire, commun aux demandeurs, a été produit.

Sur le rapport de M. Guéry, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de Mme Q... C..., MM. K... N..., V... N..., Mme Y... B..., épouse P..., MM. M... B..., B... B..., parties civiles, et les conclusions de M. Petitprez, avocat général, après débats en l'audience publique du 18 novembre 2020 où étaient présents M. Soulard, président, M. Guéry, conseiller rapporteur, M. Moreau, conseiller de la chambre, et Mme Guichard, greffier de chambre,

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.

2. Le 14 novembre 2002, MM. M... B..., V... N... et leurs parents ont déposé une plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Lyon des chefs d'acte attentatoire à la liberté individuelle consistant en une détention de plus de sept jours, abstention volontaire de mettre fin à une privation illégale de liberté et séquestration de personne.

3. Les deux intéressés, de nationalité française, ont été arrêtés dans le cadre des opérations déclenchées par les Etats-Unis à l'encontre du régime taliban et du réseau Al Qaida, et détenus au camp de Guantanamo Bay, base militaire américaine située à Cuba.

4. Par ordonnance du 14 février 2003, le juge d'instruction a refusé d'informer. La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Lyon a confirmé cette ordonnance par arrêt du 20 mai 2003.

5. Par arrêt du 4 janvier 2005 (pourvoi n° 03-84.652), la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cette décision et renvoyé l'affaire devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris.

6. Par arrêt en date du 1er juin 2005, cette juridiction a infirmé l'ordonnance de refus d'informer.

7. Les magistrats instructeurs saisis ont procédé à de nombreuses investigations sur les conditions dans lesquelles les parties civiles ont été détenues.

8. Le 6 octobre 2009, le procureur de la République a délivré un réquisitoire supplétif des chefs de tortures et actes de barbarie concomitants aux crimes d'arrestation, enlèvement, détention, séquestration sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi commis en réunion, avec préméditation et avec usage ou menace d'une arme.

9. Aucune des diverses commissions rogatoires internationales adressées aux Etats-Unis n'a reçu exécution, les autorités américaines refusant de lever le secret-défense.

10. De même, le ministre de la Défense français a fait connaître aux magistrats instructeurs que la Commission consultative du secret de la défense nationale avait rendu un avis défavorable qu'il entendait suivre.

11. Le 18 septembre 2017, les juges d'instruction ont rendu une ordonnance de non-lieu dont les parties civiles ont interjeté appel.

Examen des moyens

Sur le premier moyen.

(...)

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

18. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a prononcé un non-lieu alors :

« 1°/ que les actes de torture et de barbarie commis par les agents d'un Etat ne participent pas à l'exercice de la souveraineté de l'Etat ; qu'en retenant que les personnes susceptibles d'avoir participé comme auteur ou complice aux infractions accompagnées d'actes de tortures dénoncées par les parties civiles bénéficiaient de l'immunité de juridiction dès lors que ces infractions avaient été commises par des agents de l'Etat des Etats-Unis d'Amérique dans le cadre de la politique de lutte contre le terrorisme à la suite des attentats du 11 septembre 2001 dont la détermination et la mise en œuvre par l'armée des Etats-Unis sont des actes qui relèvent de la souveraineté de cet Etat, la chambre de l'instruction a méconnu les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des états étrangers, les articles 3 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 222-1 et 432-4 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

2°/ qu'étant une norme de jus cogens du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international, l'interdiction de la torture constitue une restriction légitime à l'immunité de juridiction ; qu'en retenant que les personnes susceptibles d'avoir participé comme auteur ou complice aux infractions accompagnées d'actes de tortures dénoncées par

les parties civiles bénéficiaient de l'immunité de juridiction, la chambre de l'instruction a méconnu les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des états étrangers, les articles 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, 7 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques, 3 de la Déclaration des Nations unies de 1975 sur la protection de toute personne contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2 et 4 de la Convention des Nations unies de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 3 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 222-1 et 432-4 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

3°/ que l'octroi de l'immunité de juridiction à des agents d'un Etat étranger auxquels une partie civile reproche des actes de torture porte une atteinte excessive au droit à un tribunal ; qu'en retenant, pour ordonner un non-lieu, que les personnes susceptibles d'avoir participé comme auteur ou complice aux infractions accompagnées d'actes de tortures dénoncées par les parties civiles bénéficiaient de l'immunité s'opposant à leur poursuite devant les juridictions pénales françaises et à leur mise en examen, la chambre de l'instruction a porté atteinte à la substance même du droit des parties civiles à accéder à un tribunal et méconnu ainsi les articles 3 et 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

4°/ que l'immunité de juridiction des états étrangers et de leurs représentants ne peut constituer un obstacle à la poursuite d'une information que dans l'hypothèse où la juridiction d'instruction s'est assurée que les faits dénoncés ne peuvent être imputés qu'à des personnes pouvant se prévaloir de l'immunité ; qu'en se bornant, pour retenir l'existence d'un obstacle à la poursuite de l'information, à affirmer que les agissements dénoncés par les parties civiles avaient été commis par le personnel militaire des Etats-Unis dans le cadre de la politique de lutte contre le terrorisme décidée par le président Georges W. Bush, ce dont elle a déduit, à tort, qu'ils constituaient des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'Etat concerné, au lieu de s'interroger sur le point de savoir si les différents actes dénoncés, qui, pour certains, revêtaient la qualification d'actes de torture et de barbarie ou de viol et qu'elle s'est abstenue d'analyser, avaient été commis sur ordre des plus hautes autorités de l'Etat dans l'exercice de sa souveraineté ou si, au contraire, ils étaient l'œuvre de militaires qui avaient agi en dehors de toute décision desdites autorités, et ne pouvant, dès lors, bénéficier de l'immunité quand bien même ils avaient agi dans l'exercice de leurs fonctions, la chambre de l'instruction a méconnu les articles 3 et 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 85, 86, 591 et 593 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

19. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu, l'arrêt attaqué relève que les personnes désignées par les avocats des parties civiles au cours de l'instruction sont effectivement susceptibles d'avoir participé, comme auteur ou complice, aux faits objet de l'information mais qu'elles bénéficient d'une immunité de juridiction qui empêche que l'information soit utilement poursuivie, une telle immunité *ratione materiae* concernant les actes qui, par leur nature ou leur finalité, relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat concerné.

20. Les juges retiennent que l'arrestation des personnes transférées à Guantanamo, au nombre desquelles figuraient M B... et M. N..., puis le traitement qui leur a été réservé, ont été décidés et organisés par les autorités politiques des Etats-Unis d'Amérique, et au plus haut niveau de l'Etat par le Président Georges W. Bush et mise en œuvre par l'armée des Etats-Unis dans le cadre des opérations de lutte contre le terrorisme déclenchées à la suite des attentats du 11 septembre 2001, que ces actes relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat concerné et ne constituent pas des actes de simple gestion.

21. La chambre de l'instruction conclut que les personnes susceptibles d'avoir participé comme auteur ou complices aux faits dénoncés par M B... et M. N..., et notamment les responsables américains visés par les observations des parties civiles au cours de l'information, à savoir, M. G.W Bush, président des Etats-Unis de 2001 à 2009, M. X... S...,

secrétaire d'Etat à la défense des Etats Unis de janvier 2001 au 8 novembre 2006, M. U... D..., conseiller juridique à la Maison Blanche de 2001 à 2005, M. T... G... , conseiller juridique de l'attorney général, M. I... F... , assistant à l'attorney général, M. E... O... II, directeur des affaires juridiques au secrétariat d'Etat à la défense sous X... S..., et le général ... J... W..., commandant du camp de Guantanamo au moment des faits, bénéficient de l'immunité de juridiction qui s'oppose à leur poursuite devant les juridictions pénales françaises, à leur mise en examen ou à la délivrance d'un mandat d'arrêt à leur encontre.

22. Les juges ajoutent enfin qu'il n'est pas utile à la manifestation de la vérité de procéder à l'audition des responsables américains précédemment mentionnés dès lors qu'ils ne peuvent être poursuivis ni mis en examen ni faire l'objet de mandats d'arrêt et que, pour les mêmes raisons, de nouvelles auditions de témoins ne sont pas nécessaires, de même la réitération des demandes effectuées par la voie de l'entraide pénale internationale qui se sont déjà heurtées à l'absence de réponse ou au refus d'exécution des autorités judiciaires des Etats-Unis, ou tout autre acte d'information.

23. En l'état de ces énonciations, la chambre de l'instruction a justifié sa décision pour les motifs qui suivent.

24. Les faits incriminés, reprochés à un ancien président des Etats-Unis et à différents membres du gouvernement, fonctionnaires ou membres de l'armée américaine, ne peuvent être assimilés à de simples actes de gestion mais constituent des actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'Etat.

25. La coutume internationale s'oppose à ce que les agents d'un Etat, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, puissent faire l'objet de poursuites, pour des actes entrant dans cette catégorie, devant les juridictions pénales d'un Etat étranger.

26. 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.

27. En l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.

28. 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 Etats 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 Etats. 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.

29. Enfin, il est vainement fait grief à l'arrêt d'avoir refusé d'ordonner les nouvelles mesures d'instruction sollicitées, dès lors que l'opportunité d'ordonner un supplément d'information est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.

30. Ainsi, le moyen doit être écarté.

31. Par ailleurs l'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi. »

Quelques mois après s'être prononcée sur l'immunité de juridiction pénale reconnue par la coutume internationale aux chefs d'Etat en exercice, la Cour de cassation trouve l'occasion de se pencher sur les immunités bénéficiant à d'autres représentants ou agents étatiques étrangers (voir : Cass. crim., 2 septembre 2020, n° 18-84682, cette *Revue*, 2020, p. 713, avec notre note). L'arrêt commenté vient en effet mettre fin à une procédure initiée par deux ressortissants français qui, ayant été arrêtés et détenus au camp de Guantanamo dans le cadre des opérations de « guerre contre le terrorisme »

déclenchées par les Etats-Unis suite aux attentats du 11 septembre 2001, avaient déposé une plainte auprès des juridictions françaises mettant en cause divers responsables américains. Etaient concernés l'ancien président américain Georges W. Bush, l'ancien secrétaire à la Défense des Etats-Unis Donald H. Rumsfeld, mais aussi un conseiller juridique à la Maison Blanche, un conseiller juridique et un assistant de l'attorney général, un directeur des affaires juridiques au secrétariat d'Etat à la défense ainsi qu'un ancien commandant du camp de Guantanamo, pour des incriminations comprenant notamment les chefs de torture et d'actes de barbarie. Confirmant une décision rendue par la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris en 2019, la Cour de cassation considère toutefois qu'en application de la coutume internationale, les responsables et agents américains visés bénéficient d'une immunité de juridiction faisant obstacle à leur poursuite devant les tribunaux français. Au regard de la sensibilité, tant sur le plan politique que juridique, des questions soulevées par une telle procédure, l'arrêt commenté suscitera sûrement l'intérêt des internationalistes. Il provoquera aussi certainement leur perplexité – le raisonnement proposé s'avérant source de confusion – et quelques déceptions, la Cour de cassation évitant d'apporter des réponses précises aux problèmes les plus épineux soulevés devant elle.

1. UNE CONFUSION MAINTENUE ENTRE L'IMMUNITÉ DE L'ÉTAT ET L'IMMUNITÉ DE SES AGENTS OU REPRÉSENTANTS

La perplexité résulte de ce que la motivation de l'arrêt s'appuie sur des principes relatifs aux immunités coutumières des Etats, là où les faits de l'espèce mettent en cause les immunités reconnues non pas aux Etats eux-mêmes, mais aux (anciens) représentants ou agents de ceux-ci. Certes, sur ce point, l'arrêt commenté se démarque dans sa formulation de la jurisprudence antérieure. Il faut en effet rappeler que lorsqu'elle était amenée à se pencher sur les immunités des agents étatiques étrangers, la Chambre criminelle avait pris l'habitude de les présenter comme étant un simple prolongement des immunités reconnues aux Etats étrangers par la coutume internationale, et non comme faisant l'objet de règles qui leur seraient propres. Ainsi, dans la jurisprudence française, il était statué sur l'immunité de juridiction pénale des représentants ou des agents étatiques en application d'un principe selon lequel « la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui (...) relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné » (Cass. crim., 23 novembre 2004, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X.*, n° 04-84265, *G.P.*, 2005, p. 1160, obs. C. Chanet ; Cass. crim., 19 janvier 2010, n° 09-84818, cette *Revue*, 2011, p. 593, note M. Cosnard ; Cass. crim., 19 mars 2013, n° 12-81676, cette *Revue*, 2013, p. 929, note J. Matringe ; Cass. crim., 16 octobre 2018, n°16-84436, cette *Revue*, 2019, p. 323, note H. Raspail). Une exception pouvait être notée concernant le sort réservé au chef d'Etat en exercice, à qui le juge français reconnaît une immunité propre, sans passer par le truchement de l'immunité reconnue à l'Etat qu'il représente (dans ses arrêts *Khadafi* ou *Al-Sissi* la Cour de cassation n'invoque pas la coutume internationale « qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger », mais la « [l]a coutume internationale [qui] s'oppose à ce que les chefs d'Etat 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 » (nos soul.) : Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-87215, cette *Revue*, 2001, p. 473 note F. Poirat ; *JDI*, 2002, p. 804, note C. Santulli ; *D.*, 2001, p. 2631, note J.-F. Roulot ; Cass. crim., arrêt du 2 septembre 2020 précité). Hormis ce cas particulier, l'immunité des représentants ou agents des Etats étrangers se fondait dans l'immunité reconnue à ces Etats eux-mêmes en vertu de la présentation qu'en offrait la Cour de cassation. Un tel raisonnement a pu, à juste titre, être critiqué par les précédents contributeurs à cette chronique qui ont déjà regretté une telle confusion, tout particulièrement lorsqu'est en cause la matière pénale. Il a ainsi été relevé qu'il n'était sûrement pas pertinent de se fonder sur une prétendue « immunité de juridiction pénale des Etats étrangers » qui serait consacrée par la coutume internationale, car en l'absence de responsabilité pénale des Etats étrangers dans les ordres internes comme international, il n'y a guère de sens (ni d'utilité) à ériger un obstacle procédural au prononcé d'une responsabilité qui ne saurait exister, ce que l'absence de pratique relative à une telle règle devant les juridictions pénales internes vient d'ailleurs confirmer (voir la note précitée de M. Cosnard sous l'arrêt du 19 janvier 2010).

L'arrêt commenté ne reconduit pas la rédaction jusqu'alors retenue, la chambre criminelle se référant même à la décision de la chambre de l'instruction qui faisait mention d' « immunité *ratione materiae* » (§ 19), une notion qui renvoie clairement aux immunités des représentants ou agents étatiques, le droit international opérant en la matière une distinction entre les représentants qui jouissent d'une immunité personnelle – ou *ratione personae* – et ceux qui ne bénéficient que d'une immunité matérielle – ou *ratione materiae* (voir sur ce point les travaux de la CDI sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat). Pourtant, le raisonnement proposé dans ce nouvel arrêt ne s'avère pas moins confus en substance. Car lorsqu'elle dégage les conditions d'application de l'immunité de juridiction pénale en l'espèce, ce n'est pas aux critères consacrés au sujet de l'immunité *ratione materiae* des représentants et agents de l'Etat que la Cour de cassation se réfère, mais encore à ceux qui s'appliquent dans le cadre de l'immunité des Etats ! En effet, plutôt que de renvoyer à la distinction entre les actes accomplis à titre officiel et les actes accomplis à des fins personnelles, qui conditionne l'application de l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'Etat (comme le rappellent par exemple les travaux de la CDI précités : C. Escobar Hernández, *Sixième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, A/CN.4/722, 12 juin 2018, spéc. p. 44 « Projet d'article 6 »), la Cour de cassation s'appuie en l'espèce sur la distinction entre « actes de gestion » et « actes relevant de l'exercice de la souveraineté de l'Etat » qui s'applique à l'immunité de l'Etat, lui-même, devant les tribunaux étrangers (§ 24).

En somme, la Chambre criminelle continue d'assimiler en substance le régime des immunités des représentants et agents de l'Etat au régime des immunités de l'Etat. Certes, la Cour de cassation n'est pas la seule à opérer une telle assimilation. Celle-ci peut ainsi se retrouver dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, après avoir exprimé le souci d'éviter que l'immunité de l'Etat ne soit contournée par le biais d'actions dirigées contre les agents par l'intermédiaire desquels celui-ci agit, la Cour EDH énonça : « l'immunité de l'Etat offre en principe aux employés ou agents d'un Etat étranger, à raison des actes accomplis pour le compte de celui-ci, une protection sous le même voile que celui qui

protège l'Etat lui-même » (Cour EDH, 14 janvier 2014, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 34356/06 et 40528/06, spéc. § 204). Il faut toutefois relever que cette affaire concernait une procédure civile et non pénale, alors que l'appréhension de l'immunité des représentants de l'Etat comme étant un simple prolongement de l'immunité de l'Etat se heurte, en matière pénale, à des obstacles particuliers qui découlent, comme cela a été rappelé ci-avant, de l'absence de responsabilité pénale de l'Etat dans les ordres internes étrangers ou international.

L'assimilation maintenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation entre immunité de l'Etat et immunité des agents étatiques s'avère donc contestable, d'autant que le régime applicable à ces deux catégories d'immunité diffère. Cela est particulièrement manifeste en ce qui concerne l'immunité personnelle reconnue aux plus hauts dirigeants de l'Etat devant les tribunaux internes étrangers. Car cette immunité couvre tous les actes accomplis par leurs bénéficiaires, y compris ceux qui l'auraient été à titre privé (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. § 55). On voit bien dans ce cas que l'immunité reconnue à ces hauts dirigeants (y compris pour des actes sans liens avec les fonctions étatiques) ne saurait être un simple prolongement de l'immunité reconnue à l'Etat qui couvre uniquement les actes relevant de la puissance publique. Mais l'absence de correspondance entre l'immunité de l'Etat et celle de ses représentants se manifeste aussi pour ceux de ses agents qui ne bénéficient que d'une immunité *ratione materiae*. Les conditions d'application de ces immunités ne sont en effet pas les mêmes (il convient d'appliquer la distinction acte relevant de la puissance publique / acte de simple gestion dans un cas, la distinction acte accompli à titre officiel / acte accompli à des fins personnelles dans l'autre). De plus, la problématique des exceptions qui leur seraient apportées ne se pose pas nécessairement dans les mêmes termes pour ces deux types d'immunités. En ce qui concerne l'immunité de l'Etat, il est admis qu'en l'état du droit international celle-ci ne connaît pas d'exception, dès lors que sont en cause des actes relevant de la puissance publique, même lorsque sont invoquées la violation de normes de *jus cogens* ou la commission de crimes internationaux (voir : CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, Allemagne c. Italie (Grèce, intervenant), *Rec. CIJ*, p. 99 ; Cour EDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97). En revanche, la question de savoir si des exceptions sont consacrées par la coutume internationale dans de telles situations fait actuellement l'objet de vifs débats en ce qui concerne l'immunité *ratione materiae* des agents étatiques (on se réfèrera ici aux controverses suscitées par les travaux de la CDI sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, en particulier concernant le Projet d'article 7 relatif aux « Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas » évoqué ci-après). Sans même avoir à les trancher, la seule existence de ces débats montre que dans la pratique internationale actuelle, il n'est pas considéré que l'immunité matérielle des agents étatiques est un simple prolongement de l'immunité de l'Etat et que le régime qui lui est applicable serait un simple décalque du régime appliqué à l'Etat (si c'était le cas, il suffirait de relever qu'il n'est pas fait exception à l'immunité de l'Etat en cas de crime international pour écarter toute exception du même type s'agissant des immunités des agents). A cet égard, la CIJ a par exemple pris soin de préciser, après avoir relevé que « en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international », qu'elle

ne se prononçait alors « que sur l'immunité de juridiction de l'Etat lui-même devant les tribunaux d'un autre Etat [et que] la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité [pouvait] s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat n'[était] pas posée en l'espèce » (CIJ, 2012, précité, § 91).

En maintenant une confusion entre immunité de l'Etat et immunité des agents étatiques, la chambre criminelle en vient à appliquer une règle (« les représentants de l'Etat bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pour les actes qui relèvent de l'exercice de la souveraineté de l'Etat et non pour les actes de simple gestion ») qui ne correspond pas à la règle consacrée par la coutume internationale (« les représentants de l'Etat bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pour les actes accomplis à titre officiel et non pour les actes accomplis à titre privé »), ce qui s'avère toujours regrettable si l'on entend que la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Sur le plan de la politique judiciaire, une telle solution s'explique peut-être par le fait qu'elle permet au juge français d'éviter d'avoir à trancher certaines questions controversées au sujet de l'immunité matérielle des représentants de l'Etat.

2. DES QUESTIONS LAISSÉES EN SUSPENS

En omettant de se référer à la distinction entre les actes accomplis à titre officiel et les actes accomplis à titre privé, la Cour de Cassation évite tout d'abord de se prononcer sur l'interprétation de la notion d'acte accompli à titre officiel. Or, on sait que celle-ci peut soulever d'épineux problèmes, en particulier quand il s'agit de l'appliquer à des faits de torture, ce que le cas d'espèce mettait précisément en cause devant les juges français. Les décisions rendues par les juridictions britanniques lors du précédent « Pinochet » l'ont bien montré.

De plus, en retenant qu'il faudrait appliquer l'immunité dès lors qu'est en cause un acte adopté dans l'exercice de la souveraineté de l'Etat, la Cour de cassation évite également de s'interroger expressément sur l'identification des bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae*, tout en adoptant une solution qui permettrait d'accorder une telle immunité à n'importe quel fonctionnaire étranger. L'arrêt commenté en vient d'ailleurs à traiter de la même manière, sans considérer qu'il conviendrait peut-être de différencier leurs situations, un ancien président des Etats-Unis, différents membres du gouvernement américain, des membres de l'armée américaine et de simples fonctionnaires (§ 24). La question de l'identification des bénéficiaires de l'immunité matérielle mériterait pourtant d'être posée, la réponse à apporter étant sûrement moins évidente qu'il n'y paraît (le projet d'article 5 de la CDI vise ainsi au titre des « bénéficiaires de l'immunité *ratione materiae* » non pas les « agents de l'Etat » mais les « représentants de l'Etat agissant à ce titre », en définissant toutefois cette dernière catégorie comme comprenant « tout individu qui représente l'Etat ou qui exerce des fonctions étatiques »). Par ailleurs, s'il a déjà été relevé dans cette chronique qu'une acception très large de l'immunité « matérielle » pouvait trouver un certain écho dans la sphère internationale (voir not. l'arrêt *Jones* précité de la Cour EDH), en vertu de laquelle l'immunité matérielle bénéficierait à tous les employés de l'Etat pour tous les actes qu'ils adoptent dans l'exercice de leurs fonctions, il a aussi été dit qu'une telle solution présentait le risque d'introduire, par un biais procédural, une forme d'excuse d'obéissance aux ordres et que la France avait pu dénoncer devant la CIJ la « portée

dévastatrice » d'une solution qui « signifierait qu'il suffit à tout fonctionnaire, quels que soient son grade et ses fonctions, d'affirmer qu'il agissait dans le cadre de ses fonctions pour échapper à toute poursuite pénale dans un Etat étranger » (CIJ, 4 juin 2008, *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*, Djibouti c. France, *Rec. CIJ*, pp. 179-247, § 189 ; voir également la note précitée de M. Cosnard sous l'arrêt du 19 janvier 2010 ainsi que notre note sous Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 15-83156, cette *Revue*, 2016, p. 192). Dans l'arrêt commenté, la chambre criminelle ne cherche aucunement à se prononcer sur un tel débat.

Enfin, si elle est bien évoquée, la problématique des limites à l'immunité matérielle des agents étatiques en cas de torture est très rapidement résolue par la cour de cassation. Après avoir rappelé qu'« [i]l appartient à la communauté internationale de fixer les éventuelles limites de ce principe [de l'immunité], lorsqu'il peut être confronté à d'autres valeurs reconnues par cette communauté, et notamment celle de la prohibition de la torture » (§ 26), la chambre criminelle affirme par une formule assez lapidaire qu'« [e]n l'état du droit international, les crimes dénoncés, quelle qu'en soit la gravité, ne relèvent pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction » (§ 27). C'est passer sous silence le caractère ardemment débattu de cette question en ce qui concerne le régime applicable aux agents étatiques, ce dont témoignent les controverses qu'elle suscite à l'heure actuelle au sein de la CDI dans le cadre des travaux portant sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat. L'affirmation de la chambre criminelle ne cadre ainsi pas avec l'actuel projet d'article 7 relatif aux « Crimes de droit international à l'égard desquels l'immunité *ratione materiae* ne s'applique pas » qui déclare : « L'immunité *ratione materiae* à l'égard de l'exercice de la juridiction pénale étrangère ne s'applique pas en ce qui concerne les crimes de droit international suivants : (...) e) torture » (voir : *Rapport de la Commission du droit international, Assemblée générale, Documents officiels, Soixante-douzième session, suppl. n° 10 (A/72/10)*, spéc. pp. 186-187). Cette disposition n'a certes pas été accueillie favorablement par la France dans les enceintes onusiennes (voir C. Escobar Hernández, *Sixième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, A/CN.4/722, 12 juin 2018, spéc. p. 7, § 15). Mais la position exposée par la chambre criminelle dans la décision commentée ne correspond pas non plus à celle qui avait pu être retenue au sujet des anciens chefs d'Etat dans l'affaire Pinochet ou, à sa suite, par l'Institut de droit international dans une résolution adoptée lors de la session de Vancouver sur les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international (dont l'article 13, après avoir établi que l'ancien chef d'Etat continue à bénéficier d'une immunité de juridiction pénale à l'étranger pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions passées, précisait toutefois que des poursuites étaient permises « lorsque les actes qui lui sont personnellement reprochés sont constitutifs d'un crime de droit international »). On ne trouvera aucune trace de ces débats dans l'arrêt commenté. De plus, en renvoyant une nouvelle fois à la « communauté internationale » le soin de fixer les limites aux immunités, la Cour de cassation feint encore d'ignorer qu'elle pourrait, par sa pratique d'organe de l'Etat français, participer au façonnement des règles internationales coutumières et à leur évolution. Mais il est vrai qu'il faudrait pour cela qu'elle entreprenne d'apporter des réponses argumentées aux questions qui font débat sur la scène internationale lorsque celles-ci sont soulevées devant elle, plutôt que s'attacher à les esquiver comme dans le présent arrêt.

BAPTISTE TRANCHANT

Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-81.359, publié au Bulletin

Extradition — Asile — Droit international des droits de l'homme — Protection subsidiaire — Non-refoulement — Torture ou peine ou traitement inhumains et dégradants / Extradition — Asylum — International Protection of Human Rights — Subsidiary Protection — Non-Refoulement — Torture or Inhuman and Degrading Treatment or Punishment

« Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.

2. Le 29 octobre 2019, M. T... M..., ressortissant albanais, a été interpellé à Annecy en exécution d'une fiche de recherches relative à une demande d'arrestation provisoire des autorités albanaises aux fins d'exécution d'une peine de quatre ans et huit mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve prononcée par le tribunal de première Instance de Kukes le 9 novembre 2015 et confirmé par arrêt de la cour d'appel de Shkodër le 13 mars 2017, pour production et vente de stupéfiants, faits commis à Krume (Albanie) le 3 mai 2015.

3. Le sursis a été révoqué par jugement du même tribunal, du 15 janvier 2018, confirmé par arrêt de la cour d'appel de Shkodër le 1er novembre 2018.

4. La demande d'arrestation provisoire a été notifiée à l'intéressé le 30 octobre 2019. M. M... a déclaré s'opposer à son extradition. Il a été placé sous contrôle judiciaire.

Examen des moyens

(...)

10. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a donné un avis favorable à l'extradition de M. M... alors :

« 1°/ que les principes généraux du droit de l'extradition font obstacle à ce qu'une personne bénéficiant de la protection subsidiaire puisse faire l'objet, aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à cette protection, d'une extradition vers son pays d'origine ; que la chambre de l'instruction, qui constate que la personne réclamée a obtenu le bénéfice de la protection subsidiaire et qu'une telle circonstance a pour effet d'interdire sa remise durant le temps de la protection, pour ensuite donner un avis favorable à l'extradition, a excédé ses pouvoirs et violé les principes précités et l'article 696-15 du code de procédure pénale, privant ainsi son arrêt des conditions essentielles de son existence légale ;

2°/ que la protection subsidiaire a été octroyée à la personne réclamée sur le fondement de l'article L. 712-1 b) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en raison de risques avérés de subir « la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants », par une décision de la cour nationale du droit d'asile du 16 octobre 2019 ; qu'en s'abstenant de rechercher si l'extradition de M. M... vers son pays d'origine ne l'exposerait pas à un risque de torture ou de peine ou traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de ce dernier texte et ce faisant privé son arrêt des conditions essentielles de son existence légale ; la cassation interviendra sans renvoi. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 696-15 du code de procédure pénale et L 712-1 du CESEDA :

11. Il résulte de ces textes que la chambre de l'instruction qui constate que la personne réclamée encourt, en cas d'extradition vers son pays d'origine, le risque d'être soumise à un traitement inhumain et dégradant, doit donner un avis défavorable.

12. Un tel risque est avéré lorsque la personne bénéficie de la protection subsidiaire aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin.

13. Pour donner un avis favorable à la demande d'extradition des autorités albanaises, l'arrêt attaqué retient que l'octroi de la protection subsidiaire, justifiée en l'espèce

par la production d'une copie du récépissé n° 38031 18152, établi au nom de M. M..., a pour effet d'interdire sa remise durant le temps de la protection accordée.

14. Ils ajoutent que, cependant, ce statut provisoire protecteur n'affecte pas la régularité de la demande d'extradition.

15. En statuant ainsi, la chambre de l'instruction, qui a violé les articles et principes susvisés, n'a pas répondu aux conditions essentielles de son existence légale.

16. La cassation est dès lors encourue de ce chef.

Portée et conséquences de la cassation

17. Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens. La Cour de cassation étant en mesure de dire la règle de droit en application de l'article L411-3 du Code d'organisation judiciaire, il n'y a pas lieu à renvoi.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens, la Cour :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Chambéry, en date du 30 janvier 2020 ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

EMET un avis défavorable à la demande d'extradition formulée par les autorités albanaises à l'encontre de M. M... »

On s'étonnait, il y a cinq ans, que la chambre criminelle de la Cour de cassation émette un avis favorable à l'extradition d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire vers son Etat de nationalité. La solution nous paraissait trois fois à rebours de ce que la logique juridique implique et tout simplement contraire à l'obligation de non-refoulement (Cass. crim., 8 avril 2015, n° 15-80.603, cette *Revue*, 2016, p. 203). Il est dès lors satisfaisant de rendre compte aujourd'hui de l'arrêt lu le 13 janvier 2021 par la même chambre qui émet un avis défavorable à la demande d'extradition d'un « protégé subsidiaire » (Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-81.359, *D.* 2021, p. 82 ; *D. Actualité*, 12 février 2021, obs. M. Dominati). M. M... a en effet obtenu le bénéfice de cette protection par une décision de la Cour nationale du droit d'asile (Cnda) du 16 octobre 2019, quelques jours avant d'être interpellé en exécution d'une demande des autorités albanaises aux fins d'exécution d'une peine d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve prononcée en 2017 pour des faits de production et vente de stupéfiants commis trois ans auparavant. La chambre de l'instruction dont l'arrêt est ici cassé s'était, à vrai dire, déjà écartée de la solution dorénavant abandonnée mais en des termes qui encourageaient malgré tout cassation. En 2015, le bénéfice de la protection subsidiaire n'emportait aucune conséquence sur la légalité de l'extradition. Dans une telle hypothèse, un avis favorable était conforme à l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme (convention EDH) dès lors que le juge procédait à l'appréciation du risque de mauvais traitements, quitte à aboutir à une solution divergente de celle émise par les autorités de l'asile. Ici, la chambre de l'instruction a, pour sa part, bien pris en compte la protection accordée et elle n'entend pas s'en départir. Elle estime en effet que le bénéfice de la protection subsidiaire « a pour effet d'interdire [l]a remise durant le temps de la protection accordée ». Pour autant, elle estime que « ce statut provisoire protecteur n'affecte pas la régularité de la demande d'extradition ». C'est cet aspect qui motive l'annulation pour violation des articles 3 de la Convention EDH, 692-15 du code de procédure pénale et L. 712-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda). Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, la protection subsidiaire emporte l'impossibilité d'extrader vers l'Etat d'origine et entraîne donc l'irrégularité de la procédure d'extradition. Cette décision achève de banaliser l'acte

d'extradition. Parce qu'il relève de la coopération pénale internationale et qu'il n'est donc pas une simple mesure administrative d'éloignement, il a parfois été soutenu que l'extradition échapperait au champ d'application du principe de non-refoulement. Les doutes sont levés, en France tout du moins, s'agissant des réfugiés. Ils le sont dorénavant aussi s'agissant des bénéficiaires d'une protection subsidiaire. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'aligne à ce titre sur la position du Conseil d'Etat qui, dans un arrêt du 30 janvier 2017, estimait pour sa part que les « principes généraux du droit de l'extradition font obstacle à ce qu'une personne bénéficiant de la protection subsidiaire puisse faire l'objet, aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à cette protection, d'une extradition vers son pays d'origine » (CE, 30 janvier 2017, *K. Gjini*, n°394172, *Leb.*, *AJDA*, 2017, p. 204 ; *ibid.*, p. 550, concl. X. Domino ; *ibid.*, p. 521, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJ pénal*, 2017, p. 195, obs. C. Otero). On savait ainsi déjà que le bénéfice de la protection subsidiaire entraîne l'illégalité du décret accordant l'extradition demandée par le pays d'origine, on sait désormais qu'il lie le pouvoir de la chambre de l'instruction qui ne peut qu'émettre un avis défavorable. La solution présente l'avantage de mettre un terme à une procédure, dès avant l'édiction du décret d'extradition, qui aboutirait en toute hypothèse à un échec. La solution harmonise en outre le régime des bénéficiaires de la protection subsidiaire avec celui des réfugiés. Elle tire par ailleurs les conséquences logiques de la transposition en droit de l'asile des prescriptions de la convention EDH sans pour autant l'ériger en un obstacle définitif aux exigences de la coopération pénale internationale. L'arrêt de la chambre criminelle est donc, cette fois-ci, triplement cohérent.

Cohérence avec le droit des réfugiés. La solution de la chambre criminelle a le mérite d'effacer toute distinction entre les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire. On sait en effet de longue date que les premiers ne peuvent faire l'objet d'une extradition vers leur Etat d'origine (CE, Ass., 1^{er} avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, *Rec.* p. 135 ; *JCP*, 1988.II, p. 21071, concl. Vigouroux ; *RFDA*, 1988, p. 499, note Genevois ; *Gaz. Pal.* 1988-2, p. 549, note Julien-Laferrière ; cette *Revue*, 1990, p. 159, note Rousseau). Or, rien ne justifie une différence de traitement entre les réfugiés et ceux qui, sans satisfaire la définition de cette dernière qualité, présentent malgré tout un besoin de protection. Le fait que celui-ci soit apprécié de manière subsidiaire à la convention de Genève de 1951 ne reflète en rien une différence de gravité des craintes. C'est autant une affaire de hiérarchie des normes entre la convention de 1951 et la directive « Qualification » (Dir. 2011/95/UE du 13 décembre 2011) qui crée cette seconde protection, qu'une question de pure logique. Les conditions pour obtenir la qualité de réfugié sont dans une certaine mesure plus restrictives que celles permettant l'octroi de la protection subsidiaire. La différence tient essentiellement au fait que les « persécutions craintes » par les uns doivent être motivées par leur appartenance à un groupe (social, national ou racial) ou par leurs opinions (politiques ou religieuses) alors que cet aspect est totalement indifférent pour caractériser le « risque réel de subir l'une des atteintes graves » énumérées à l'article L. 712-1 du *Ceseda* qui transpose la directive précitée. Cela ne justifie pas toutefois que l'existence de craintes de « persécutions non motivées » permettent d'obtenir à coup sûr la protection subsidiaire. Encore faut-il craindre « la peine de mort ou une exécution », la « torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants » et, s'agissant d'un civil, une menace résultant d'un conflit armé. Il a certes parfois été avancé qu'en raison des conditions de sa reconnaissance, l'asile découlant de la protection subsidiaire aurait vocation à être moins pérenne. L'arrêt

de la chambre de l'instruction se fait l'écho de cette position par la formule qui motive précisément la cassation : « *ce statut provisoire protecteur n'affecte pas la régularité de la demande d'extradition* ». L'objection ne tient pas. Elle est essentiellement fondée sur l'hypothèse de la crainte due à des conflits armés (visée à l'alinéa *c*) de l'article L. 712-1 du Ceseda) qui serait par hypothèse temporaire ; ce que la physionomie des nouveaux conflits dément par ailleurs. Peu importe par ailleurs le fondement de la protection, celle-ci prend toujours fin par l'effet d'un acte juridique et non d'un fait. A ce titre, encouragé par la directive « Qualification » précitée (voy. le par. 39 de son préambule), le législateur a progressivement réduit l'écart entre le statut de réfugié et le celui de « protégé subsidiaire ». Les premiers bénéficient d'une carte de résident qui autorise leur séjour pour dix ans et les seconds sont dorénavant titulaires d'une carte pluriannuelle de quatre ans, automatiquement renouvelable (art. L. 313-25, 1° et L. 314-11, 12° du Ceseda). A vrai dire, il importe peu que cette différence entre les titres s'amenuise dans la mesure où, la protection des uns et des autres étant purement déclarative, elle demeure en l'absence de renouvellement de l'autorisation de séjourner sur le territoire (s'agissant de la protection subsidiaire, voy. CE, 30 décembre 2014, n°363161, *Leb.* ; *AJDA*, 2015, p. 729). Il est donc légitime que les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire soient également protégés contre une extradition vers leurs Etats d'origine.

Il est par ailleurs logique que le fondement de cette protection soit distinct. Si l'impossibilité d'extrader un réfugié vers son Etat de nationalité découle des principes généraux du droit des réfugiés résultant notamment de la convention de Genève, ceux-ci ne peuvent, par hypothèse, être appliqués à des personnes qui n'en relèvent pas. Pour le Conseil d'Etat ce sont donc les principes généraux du droit de l'extradition qui empêchent d'accéder à la demande d'extradition présentée par l'Etat d'origine d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire (CE, 30 janvier 2017, *K. Gjini*, n°394172, *préc.*). Dans l'arrêt rapporté, la chambre criminelle ne reprend pas ce fondement. Selon elle, ce sont les « règles et principes » garantis par l'article 3 de la convention EDH – autrement dit le principe de non refoulement consacré « par ricochet » – et l'article L. 712-1 du Ceseda qui s'y opposent. N'était-il pas plus pertinent et tout aussi aisé de puiser au sein du droit de l'asile lui-même un droit des bénéficiaires de la protection subsidiaire à ne pas être extradé vers leur Etat d'origine ? L'article 21 de la directive « Qualification » et les articles 18 et 19 de la Charte des droits fondamentaux qui rappellent la protection contre le refoulement et l'attachement du régime d'asile européen commun à la convention de Genève auraient pu y inciter le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation. L'office spécifique de cette dernière dans le cadre de la procédure d'extradition ne l'y invitait sans doute pas. Quoi qu'il en soit, le fondement choisi témoigne d'une continuité logique entre le droit d'asile et le droit international des droits de l'homme.

Cohérence avec le droit international des droits de l'homme. La lecture de l'arrêt ne permet pas d'identifier le fondement exact de la protection subsidiaire obtenue. On peut aisément écarter l'alinéa *c*) de l'article L. 712-1 du Ceseda relatif aux risques découlant d'un conflit armé. Restent le *a*) et le *b*) qui reprennent respectivement les 2 et 3 de la Convention EDH. Pour autant, cette transposition en droit de l'asile de droits de l'homme internationalement protégés ne permet pas de présupposer que les deux corps de règles se recoupent parfaitement et, notamment, que l'obligation d'abstention (ne pas refouler) implique une obligation positive (protéger au titre de l'asile, voire autoriser le maintien sur le territoire). La Cour de Justice de l'Union Européenne a insisté sur le fait

que les deux corps de règles ne répondent pas à la même logique en rappelant la nécessité d'identifier, dans le cadre de l'asile, les auteurs des mauvais traitements alors que l'interdiction de refouler peut se satisfaire d'un risque lié au contexte général régnant dans l'Etat d'origine (CJUE, GC, 18 décembre 2014, *M'Bodj*, aff. C-542/13, prononcé à propos des insuffisances générales du système de santé). Dans le cadre de leurs cercles communs, le Conseil d'Etat a néanmoins estimé que « *la complète exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme implique nécessairement, non seulement que les autorités compétentes s'abstiennent de mettre à exécution la mesure d'éloignement, mais aussi, à tout le moins, que, sauf changement de circonstances et sous réserve de l'application de l'article L. 712-2 du Ceseda, la protection subsidiaire* » soit accordée à un demandeur d'asile bénéficiant d'un arrêt jugeant que son éloignement constituerait une violation de l'article 3 de la convention (CE, 3 octobre 2018, n° 40622, *Leb.* ; AJDA, 2018, p. 1938 ; *ibid.*, p. 2249, concl. A. Bretonneau ; cette *Revue*, 2019, p. 301, note H. Raspail).

En l'espèce, le pont qui relie ces deux corps de règles était d'autant plus aisé à dresser qu'il emprunte le chemin inverse, d'une part, et qu'il s'appuie sur la raison d'être même de ce titre subsidiaire de protection, d'autre part. C'est ici bien logiquement l'exécution de l'obligation de protéger les personnes qui craignent sur le territoire de leur Etat d'origine des « atteintes graves » au droit à la vie ou au droit de ne pas subir des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants qui implique le devoir de ne pas les y extradier. Au visa d'une lecture combinée des articles 3 de la Convention EDH et de l'article L. 712-1 du Ceseda, la juridiction estime en effet, d'une part, « (...) *que la chambre de l'instruction qui constate que la personne réclamée encourt, en cas d'extradition vers son pays d'origine, le risque d'être soumise à un traitement inhumain et dégradant, doit donner un avis défavorable* » (point 11) et, d'autre part qu'« *un tel risque est avéré lorsque la personne bénéficie de la protection subsidiaire aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* » (point 12). Sans opérer de distinction selon l'alinéa de l'article L. 712-1 sous couvert duquel la personne est protégée (on présume toutefois qu'il était question de l'alinéa *b*) mais la solution n'aurait vraisemblablement pas été différente pour les autres alinéas), la chambre estime ainsi que le bénéfice de la protection subsidiaire entraîne automatiquement l'impossibilité d'extrader la personne ainsi protégée vers son Etat d'origine. Autrement dit, la crainte des « atteintes graves » qui justifie l'asile implique, par elle-même, que l'extradition constitue en un refoulement prohibé par l'article 3 de la convention EDH. Le parallélisme entre le droit de l'asile et le droit international des droits de l'homme est une question de preuve. L'octroi de la protection subsidiaire permet de présumer l'existence du risque de mauvais traitement qui fait obstacle à l'extradition. La formule de la chambre criminelle est à ce point catégorique que cette présomption semble être irréfragable. Elle ne distingue pas, par exemple, selon qu'il s'agit de persécutions d'origine privée ou étatique. Elle ne réserve par ailleurs pas non plus l'hypothèse d'une assurance diplomatique de l'Etat d'origine l'engageant à protéger la personne réclamée, permettant ainsi de lever le risque de maltraitance. L'unique précision est que cette présomption tient pour autant que la protection est maintenue. En cela, cette solution reste cohérente avec le droit de l'extradition.

Cohérence avec le droit de l'extradition. Lorsque la chambre criminelle insiste sur le fait que le risque de violation de l'article 3 de la convention EDH existe aussi longtemps

que la protection est maintenue, elle reprend ce que le Conseil d'Etat exprimait explicitement dans son arrêt du 30 janvier 2017 (n° 394172 préc.) à propos de légalité du décret d'extradition : « *il appartenait au Gouvernement, s'il s'y croit fondé, de demander à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides de mettre fin à la protection* ». Celui-ci détient en effet la possibilité de retirer (ou de demander à la Cour de retirer) le bénéfice de la protection subsidiaire en cas de cessation des craintes qui l'ont justifiée, de fraude mais aussi et surtout lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que le bénéficiaire de la protection constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat ou qu'il a commis l'un des crimes qui auraient dû conduire à son exclusion de cette protection. Ces derniers sont conçus de manière bien plus large que ceux susceptibles de priver de la qualité de réfugié énumérés à l'article 1, F de la convention de 1951. L'article L. 712-2 du Ceseda en dresse la liste suivante : crime contre la paix, crime de guerre, crime contre l'humanité, crime grave, agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies et même en un ou plusieurs crimes commis avant l'entrée en France et qui y sont passibles d'une peine de prison si la personne a quitté son pays d'origine uniquement pour échapper aux sanctions qui en résultent. En somme, les faits qui justifient la demande d'extradition peuvent également motiver un retrait de la protection même s'ils sont connus après son octroi (qu'ils aient été commis en amont ou en aval de l'asile ; art. L. 712-3 du Ceseda). Dans la mesure où le bénéfice de la protection subsidiaire n'est qu'un mode de preuve du risque de mauvais traitement encouru en cas d'extradition, son retrait laisse intact l'appréciation de celui-ci. Le juge judiciaire doit donc toujours établir que l'extradition ne sera pas exécutée en violation de l'article 3 de la Convention EDH. Or, l'exclusion de la protection implique logiquement, avant toute chose, que la personne satisfasse les conditions de son inclusion. En d'autres termes, un retrait de la protection n'implique pas que les craintes ne soient pas, ou ne soient plus, fondées. Il faut toutefois rappeler que l'arrêt de la chambre criminelle précité du 8 avril 2015 (n° 15-80603 préc.) admet que la chambre de l'instruction puisse valablement s'écarter du dispositif d'une décision octroyant une protection. Le juge judiciaire ne sera dès lors aucunement lié par les éléments établis par le dispositif d'une décision retirant ladite protection tout en constatant l'actualité des craintes.

L'extradition reste par ailleurs d'autant plus envisageable que, dans le contexte de la protection subsidiaire, il est délicat d'estimer que l'« atteinte grave » contre laquelle la personne doit être protégée puisse consister en des poursuites ou en une condamnation pénales motivant également une demande d'extradition. Sur cet aspect, la protection fondée sur la convention de Genève est plus exigeante. D'abord, la « persécution », entendue comme une violation grave des droits fondamentaux, peut prendre la forme de l'utilisation des voies de droit pénales. Ensuite, même si les poursuites sont légitimes, elles peuvent malgré tout être assimilées à une persécution pour peu qu'elles soient discriminatoires ou disproportionnées. S'agissant de la protection subsidiaire, seule une condamnation à mort ou qualifiable de peine inhumaine ou dégradante relèvera du champ d'application de la protection subsidiaire. Le Conseil d'Etat a par exemple récemment estimé que la Cour nationale du droit d'asile commettait une erreur de droit en accordant la protection subsidiaire en raison de la crainte d'un mauvais traitement alors qu'elle se borne à relever que le demandeur ne peut espérer bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la convention EDH (CE, 2 mars 2020, n°430144).

Lorsqu'une demande d'extradition porte à la connaissance de l'administration des faits ignorés lors de l'octroi de la protection subsidiaire, il convient en définitive de procéder par étapes. Seules les autorités de l'asile sont susceptibles d'apprécier si la protection doit être retirée. C'est seulement si, et à partir du moment où, l'asile est écarté que la procédure d'extradition peut être engagée et, sous réserve du respect des conditions propres à ce corps de règles ainsi que de l'article 3 de la convention EDH, mise en œuvre. Rien de plus logique : à défaut de toujours impliquer le droit de séjour, l'asile ne peut admettre aucune possibilité d'éloignement vers l'Etat d'origine. C'est là sa raison d'être. Peut-être est-il regrettable qu'il faille recourir à un autre corps de règles pour le rappeler ?

ALEXIS MARIE

CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 17 novembre 2020, *Etat de Libye c. SA Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique – SORELEC*, n° RG 18/02568

[Arbitrage — Investissement — Corruption — Annulation / Arbitration — Investment — Corruption — Annulment]

« [...] »

Sur le deuxième moyen d'annulation tiré de la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public international en ce qu'elle donne effet à un contrat entaché de corruption (article 1520, 5° du code de procédure civile) :

29. *L'Etat de Libye invoque un faisceau d'indices dont il prétend qu'ils sont graves, précis et concordants et démontrent que le Protocole a été obtenu par des procédés illicites qui rendent son exécution par le biais de la sentence contraire à l'ordre public international.*

[...]

31. *SORELEC réplique en relevant à titre liminaire d'une part, que la critique tirée d'une prétendue corruption n'a pas été soumise au tribunal arbitral pendant les 16 mois qui se sont écoulés entre la date de communication du protocole de 2016 et la date à laquelle la sentence partielle a été rendue alors que le conseil de l'Etat de Libye était désigné par le département des litiges et que l'Etat de Libye n'a pas plus formulé une telle allégation devant le tribunal arbitral entre le 20 décembre 2017 et le 10 avril 2018, date de la sentence finale, aucun fait nouveau n'étant invoqué devant la cour, d'autre part, que la sentence partielle a reconnu le pouvoir du ministre de la Justice mandaté par le conseil des ministres comme engageant valablement l'Etat de Libye.*

[...]

Sur ce :

33. *La lutte contre la corruption est un objectif poursuivi, notamment, par la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997, entrée en vigueur le 15 février 1999, et par la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Merida le 9 décembre 2003, entrée en vigueur le 14 décembre 2005.*

34. *Suivant le consensus international exprimé par ces textes, la corruption d'agent public, qu'il soit national ou étranger, consiste à offrir à celui-ci, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu, en liaison avec des activités de commerce international.*

35. *La prohibition de la corruption d'agents publics est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international. Elle relève en conséquence de l'ordre public international.*

36. *Lorsqu'il est prétendu qu'une sentence donne effet à un accord des parties entaché de corruption, il appartient au juge de l'annulation, saisi d'un recours fondé sur l'article 1520, 5° du code de procédure civile, de rechercher en droit et en fait tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de cet accord et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international.*

37. *Le respect de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse apprécier le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international alors même qu'il n'a pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'ont pas mis dans le débat. Ainsi, la circonstance invoquée par SORELEC que le grief tenant à une activité de corruption est nouveau alors qu'il aurait été possible à l'Etat de Libye d'en saisir le tribunal arbitral, ne prive pas le juge de l'annulation d'examiner si la sentence partielle qui homologue le Protocole n'a pas pour effet de couvrir une telle activité sans laquelle il n'aurait pas été conclu.*

38. *L'annulation de la sentence partielle en cause est encourue s'il est démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants qu'en homologuant le Protocole conclu entre l'Etat de Libye et SORELEC, elle couvrirait des faits de corruption, sans qu'il y ait lieu, eu égard au caractère occulte de cette activité, d'exiger que l'Etat de Libye ait engagé des poursuites pénales.*

39. *Au surplus, le contrôle du juge de l'annulation a une finalité propre et distincte de celui du tribunal arbitral auquel en l'espèce, le moyen tiré de ce que le Protocole serait entaché de corruption n'a pas été soumis. Le juge de l'annulation peut ainsi, dans le respect du principe de non révision de la sentence, rechercher dans l'ensemble des faits qui lui sont soumis, les indices de nature à caractériser l'illicéité du Protocole, en particulier en examinant si le contournement de procédures internes et des autorités de contrôle libyennes constitue un des indices de la corruption alléguée, nonobstant les motifs que le tribunal arbitral a retenus, en application du principe de l'estoppel et de la théorie de l'apparence, pour juger que SORELEC pouvait légitimement croire en l'apparente légitimité du ministre de la Justice du gouvernement provisoire émanant du Parlement.*

[...]

41. *Sans que le juge de l'annulation ne soit limité dans son pouvoir de rechercher dans l'ensemble des faits qui lui sont soumis ces indices d'une éventuelle corruption, il convient d'examiner ceux invoqués par l'Etat de Libye.*

Les indices tirés de la situation politique de la Lybie

42. *La reconnaissance par des organisations ou instances, internationales ou nationales, d'un climat de corruption élevé en Libye, aggravé par le contexte politique contemporain de la signature du Protocole, sans pouvoir à lui seul établir que ce dernier est entaché de corruption, constitue un indice pertinent s'il est corroboré par d'autres éléments matériels qui peuvent être tirés des circonstances ayant entouré la conclusion du Protocole lui-même et du Protocole lui-même.*

43. *La Libye était classée par les organisations internationales dont la compétence est reconnue en matière d'appréciation du niveau de corruption, parmi les pays les plus touchés au monde par la corruption, en particulier pendant la période concernée par la conclusion du Protocole (172^{ème} sur 177 pays classés en 2013 par Transparency International). Cette organisation, dans son rapport de 2014, au sujet de la Libye, relevait que la situation politique actuelle entravait la lutte contre la corruption, que le secteur public était majoritairement considéré par la population comme corrompu, avec la perception que la situation s'était aggravée depuis 2011.*

44. *En 2015 au sein de l'Etat libyen, le Libyan Audit Bureau, autorité financière de contrôle des comptes publics dont l'organisation Transparency International, dans son rapport de 2014, souligne l'indépendance dont il fait preuve au regard des pouvoirs législatif*

et exécutif, le reconnaissant comme seul organe de l'Etat libyen qui adhère réellement aux principes de transparence, a fait le même constat du niveau de corruption des agents publics.

45. Ainsi, en 2015, le Libyan Audit Bureau, dans son rapport annuel général, écrivait que certaines entités locales et étrangères avaient tiré profit de la situation caractérisée « par une division politique et régionale, un manque de stabilité, la détérioration des ressources, la fragmentation des institutions, et une ségrégation de l'Etat en résultant, fractionné en deux régions, chacune d'elle ayant son propre gouvernement et ses institutions », pour s'engager dans des actes de corruption.

[...]

46. Il est établi en effet que la période au cours de laquelle le Protocole a été négocié et conclu entre l'Etat de Libye et SORELEC est marquée par la guerre civile en Lybie, deux gouvernements revendiquant leur légitimité, d'un côté, le « gouvernement de Tobrouk » (également appelé « gouvernement provisoire »), basé à l'Est du pays, de l'autre côté, le « gouvernement de Tripoli » ; qu'afin de mettre un terme aux divisions résultant de cette guerre civile libyenne, un processus politique initié fin 2015 sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies a donné lieu à la signature, le 17 décembre 2015 à Skhirat (Maroc), de l'Accord politique libyen, prévoyant la formation d'un gouvernement d'entente nationale et que même si l'accord de Skhirat n'a pas été ratifié par le Parlement et si le gouvernement provisoire de Tobrouk s'est en définitive maintenu, ce gouvernement d'entente nationale a été formé en janvier 2016 et reconnu au plan international en mars 2016.

47. La signature du Protocole les 27 et 29 mars 2016 est donc intervenue dans cette période chaotique et incertaine sur le devenir du gouvernement provisoire, la veille de l'installation du président du gouvernement d'entente nationale à Tripoli et avant le deuxième vote du Parlement refusant sa confiance à ce gouvernement en août 2016 (sentence pages 58 à 60), particulièrement propice donc à la corruption des acteurs publics dans un pays connaissant une corruption endémique.

Les indices tirés du Protocole

1. Le contournement volontaire des procédures par M. Omran

48. Il n'est pas question à cet égard de vérifier si M. Omran, ministre de la Justice du gouvernement provisoire, avait qualité pour représenter l'Etat de Libye dans la négociation du Protocole avec SORELEC, ni de déterminer si SORELEC a pu croire en l'apparente légitimité du gouvernement provisoire mais d'examiner les circonstances qui ont accompagné la négociation et la signature du Protocole et en particulier de rechercher si malgré une apparence de formalisme, résultant de la nomination d'une commission et de l'approbation du conseil des ministres, le contournement par M. Omran et le cas échéant, d'autres intervenants à ses côtés, du département du contentieux dont le rôle était connu et reconnu par le gouvernement provisoire, est révélateur d'un comportement qui ne pourrait s'expliquer autrement que par une offre directe ou indirecte émanant de SORELEC lui procurant un avantage indu.

49. Ainsi, M. Omran, en sa qualité de ministre de la Justice a écrit le 7 septembre 2015, au premier ministre du gouvernement provisoire à l'occasion d'une autre demande d'arbitrage qui se trouvait « auprès du Département du contentieux » à Tripoli, qu'il était interdit à un ministre agissant seul de transiger, que la transaction n'est valable qu'en vertu d'une décision prise en conseil des ministres ou après autorisation du premier ministre, que « L'autorisation du Département du contentieux est nécessaire vu qu'il est le représentant légal de l'Etat, lequel a le droit de transiger en présence du Département du contentieux ».

50. M. Omran lui-même reconnaissait donc à cette date que même si le département du contentieux relevait de son ministère, et même si une transaction était approuvée par une décision prise en conseil des ministres ou autorisée par le premier ministre, il était nécessaire d'obtenir préalablement l'autorisation du département du contentieux pour qu'un représentant de l'Etat de Libye, quel qu'il soit, puisse régulièrement approuver une transaction.

51. Par ailleurs, la commission que le ministre de la Justice a personnellement désignée a été particulièrement explicite dans son rapport du 10 janvier 2016 sur l'obligation d'informer le département du contentieux.

52. L'article 6 de la loi de 1971 qui a institué le département du contentieux prévoit que celui-ci donne à la partie administrative son avis motivé et que cette dernière ne peut contrevenir à cet avis qu'en vertu d'une décision du ministre compétent. Il en résulte que ce texte s'il permet au ministre compétent, le cas échéant, comme le soutient SORELEC, de ne pas suivre l'avis du département du contentieux, ne l'autorise pas en revanche à ne pas solliciter son avis préalable. Or, M. Omran n'a pas sollicité cet avis avant de signer le Protocole.

53. L'attitude de M. Omran qui a signé le Protocole fin mars 2016, sans avoir sollicité l'avis du département du contentieux qu'il savait obligatoire et qui n'a communiqué que le 12 avril 2016, ce qu'il a appelé un « projet de protocole transactionnel préparé en vue de régler le différend opposant la société française Sorelec et l'Etat libyen », en dissimulant qu'il avait déjà signé le Protocole, constitue un indice grave et précis d'une collusion entre SORELEC et le ministre de la Justice qui a signé cet accord dans l'exercice de ses fonctions officielles, susceptible d'en tirer un avantage personnel.

54. Cet indice est d'autant plus sérieux que cette suspicion sur le comportement de M. Omran et de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice a été également évoquée et retenue par la sentence Ghenia (CNUDCI), rendue le 24 mai 2019, statuant sur un recours en révision d'une sentence d'accord-parties du 9 décembre 2016.

55. En effet, selon l'exposé des circonstances dans lesquelles la sentence d'accord-parties avait été obtenue, il apparaît que malgré un avis négatif exprimé le 1^{er} décembre 2015 par le département du contentieux sur une proposition de transaction et l'opposition exprimée par une autre autorité publique libyenne, par une décision du 7 janvier 2016, le ministre de la Justice a constitué une commission de trois membres dont il était le président pour mener les négociations, que son représentant, M. Dalla, a rencontré M. Ghenia à Tunis pour négocier l'accord transactionnel qui a été signé dès le 16 février 2016, sans que le département du contentieux ait été associé à la négociation et malgré même son avis négatif. A l'issue de cette procédure en révision, le tribunal arbitral a rétracté la sentence d'accord-parties après avoir considéré que "l'examen des faits et l'instruction ont démontré qu'il [M. Ghenia] s'était livré à des manœuvres frauduleuses en collusion avec les agents de l'Etat agissant à titre personnel et conclu que M. Ghenia avait trompé la religion arbitrale avec la complicité de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice".

56. Il importe peu comme le soutient SORELEC que la sentence Ghenia soit une sentence de révision dès lors que les faits évoqués sont contemporains de ceux qui ont conduit à la signature du Protocole et mettent en cause dans des circonstances comparables, le même ministre de la Justice. Il est également sans incidence d'une part, que la sentence ait pointé la responsabilité d'un autre collaborateur dudit ministre, la cour n'ayant pas à identifier des faits précis de corruption contre les personnes nommément citées et d'autre part, que M. Omran n'ait pas fait l'objet de poursuites pénales alors qu'il est décédé le 1^{er} juin 2016.

[...]

58. La similitude et la concomitance des faits exposés, notamment des conditions analogues de la signature des accords litigieux par le ministre de la Justice, corroborent donc la suspicion de corruption qui pèse sur lui.

2. L'absence de trace de négociation pendant la période précédant immédiatement la signature du Protocole

59. Le défaut de précision ou la brièveté de la durée des négociations comme l'absence ou l'insuffisance de documents, qui ne sont pas compatibles avec un processus sérieux, susceptible d'avoir permis le rapprochement des parties, sont des indices de corruption.

60. En l'espèce, il résulte de l'historique du différend entre SORELEC et l'Etat de Libye que si en 2003, les parties étaient arrivées à un accord, celui-ci n'a pas été exécuté, et

que par la suite, plusieurs initiatives prises par différentes autorités étatiques, notamment par le ministre des finances ou le directeur du contentieux en 2012 n'ont pas abouti, ce qui a motivé la saisine de la CCI par SORELEC. Les parties avaient donc tenté de se rapprocher à plusieurs reprises depuis 2003, sans jamais y parvenir.

61. Par ailleurs, les conclusions de l'Etat de Libye dans la procédure d'arbitrage devant la CCI avant que le Protocole ne soit porté à la connaissance du tribunal arbitral démontre encore que celui-ci contestait fermement les réclamations de SORELEC dans leur intégralité.

62. Dans cette même perspective, le rapport du 10 janvier 2016 de la commission désignée aux fins de négocier un accord préconisait de s'en tenir au principal de la dette telle que constaté dans l'accord signé en 2003, aboutissant après calcul des intérêts joint à son rapport, à la somme de 59 389 889 €.

63. Il s'en déduit qu'au regard des prétentions de SORELEC devant la CCI et du rapport du 10 janvier 2016 manifestant la position recommandée au représentant de l'Etat de Libye dans les négociations, les positions des parties étaient très éloignées même si elles souhaitaient trouver un arrangement.

64. Or, le Protocole se borne à énoncer que les négociations ont été ardues et ont duré plus d'une semaine.

[...]

68. Le seul document produit concernant cette négociation, constitué par le témoignage écrit daté du 18 février 2020 émanant de l'avocat libyen de SORELEC qui, pour les besoins de la présente procédure (pièce 81), atteste quatre ans plus tard, de discussions avec l'expert financier du Parlement, est dépourvu de force probante, faute d'être corroboré par le moindre élément matériel contemporain des discussions alléguées.

[...]

70. Enfin, sauf à demander à l'Etat de Libye d'apporter une preuve négative puisqu'il soutient l'absence de négociations réelles, faute de documents, seule SORELEC était à même de justifier de la réalité et du sérieux desdites négociations. Il ne peut qu'être constaté qu'elle n'a pas déféré à la sommation de produire de tels éléments.

71. Compte tenu de l'éloignement de leurs positions initiales et des enjeux financiers pour l'Etat de Libye de ce contentieux, la célérité avec laquelle les parties seraient arrivées, prétendument en une semaine, après s'être rencontré au mieux une journée, à s'accorder sur les termes du Protocole comme l'absence de toute preuve attestant de la réalité de ces négociations, constituent des indices supplémentaires, graves et précis, de ce que ce Protocole couvre une activité de corruption d'un agent public, sans laquelle il n'aurait pas été conclu.

3. Les termes et conditions du Protocole

[...]

73. L'article cinquième, dernier article du Protocole, stipule que pour démontrer sa bonne foi, l'Etat de Libye s'engage à régler la somme de 230.000.000 euros dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la date de l'acceptation du présent accord et arrangement par la Chambre de commerce internationale de Paris, que toute violation par l'Etat libyen quant au règlement des créances, rend le rabais consenti nul et non avenue, que SORELEC reprendra alors son droit de réclamer la totalité de sa créance sans rabais, soit le montant de la somme de 452.042.452,85 euro, l'instance arbitrale devant alors prononcer une sentence faisant obligation à l'Etat libyen de payer cette somme.

[...]

81. Il en ressort que le Protocole satisfait à quasiment toutes les prétentions de SORELEC sans contrepartie obtenue par l'Etat de Libye, ce que met en évidence de façon frappante, la comparaison entre d'une part, le résultat de la prétendue négociation et d'autre part, le mémoire récapitulatif de l'Etat de Libye du 12 novembre 2015 devant la CCI et le rapport de la commission du 10 janvier 2016 exposant la position qui, aux yeux des membres

de ladite commission, correspondait « aux exigences de l'intérêt supérieur de l'Etat libyen » laquelle préconisait de s'en tenir, rapport financier à l'appui, à la reconnaissance d'une créance de 59.389.889 euros.

82. L'existence d'un tel déséquilibre entre les parties dans un Protocole présenté pourtant comme le résultat d'une négociation, l'absence de concessions réciproques visibles dans les termes et conditions de ce protocole, tellement contraires à la position prise par l'Etat de Libye dans le cours de la procédure devant la CCI et aux recommandations de la commission spécialement désignée pour préserver ses intérêts dans la recherche d'un accord, conduisent à considérer que celui-ci n'avait aucun intérêt évident à conclure ce Protocole, dont il ne tirait un quelconque avantage économique ou politique.

83. Au surplus, au moment de sa signature, la procédure d'arbitrage était suffisamment avancée pour que cet accord ne lui permette pas de s'épargner la procédure arbitrale et les coûts afférents et qu'il n'ait guère à craindre, compte tenu de ces termes, une décision de la CCI qui lui aurait été plus désavantageuse.

84. Ainsi, ces conditions manifestement dommageables aux intérêts de l'Etat de Libye, sciemment acceptées par le ministre de la Justice, ne pouvaient trouver leur cause que dans sa corruption par SORELEC et dans la volonté de celle-ci d'assurer le succès de ses prétentions, sans subir les aléas de la procédure d'arbitrage devant la CCI.

85. Il est ainsi démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants que le Protocole entre l'Etat de Libye et SORELEC a couvert des relations sous-jacentes entretenues entre cette dernière et M. Omran, permettant à SORELEC de retirer les bénéfices de ce Protocole obtenu de manière illicite.

86. La sentence partielle rendue le 20 décembre 2017 qui heurte la conception française de l'ordre public international doit en conséquence être annulée. »

Le cadre. La société française SORELEC avait, en 1979, conclu avec les autorités libyennes un contrat portant sur la construction d'écoles, d'unités de logements et de bâtiments annexes. Rapidement un différend survient entre les deux parties et plusieurs protocoles sont conclus en vue d'établir une créance au profit de SORELEC. Du fait de l'inexécution d'un protocole conclu en 2003 (créance de 37 millions d'euros), la société française initie en 2013 une procédure arbitrale devant la CCI sur le fondement du TBI France-Libye de 2004 et réclame plus de 100 millions d'euros. Alors que l'affaire est pendante devant le tribunal arbitral, un nouveau protocole est conclu en mars 2016. Le 20 décembre 2017, le tribunal arbitral rend une sentence partielle aux termes de laquelle l'Etat libyen doit verser à SORELEC la somme de 230 millions d'euros (CCI, 20 décembre 2017, n° 19329/MCP/DDA). Il s'agit d'une sentence d'accord-parties qui se limite à constater l'existence du protocole qui prévoit également qu'en cas de non-règlement de la somme de 230 millions d'euros dans un délai de 45 jours après la notification de la sentence, la somme à payer à la société serait portée à plus de 450 millions d'euros. Du fait de l'absence de paiement dans le délai indiqué de la somme prévu par le protocole consigné dans la sentence, le tribunal adopte une sentence finale condamnant la Libye à verser 452 millions d'euros à SORELEC (CCI, 10 avril 2018, n° 19329/MCP/DDA). Deux recours sont dirigés par les autorités libyennes contre ces deux sentences. L'arrêt rapporté ne porte que sur le recours en annulation de la sentence partielle du 20 décembre 2017.

Une sentence d'accord-parties. La nature des décisions d'accord-parties est incertaine (J.-M. Tchakoua, « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement utile », *Revue de droit des affaires internationales*, 2002, p. 775 ; E. Bertrand, « Sur le bon usage des sentences d'accord parties », *ASA Bulletin*, 2006, pp. 13-24). A propos d'un arbitrage du bâtonnier de l'ordre des avocats au barreau de Paris entérinant un accord transactionnel, la Cour de cassation avait pu affirmer que « la simple constatation, dans le dispositif de la décision, de l'accord des parties, sans aucun motif dans le corps de celle-ci, ne peut s'analyser en un acte juridictionnel » (Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2012, *M. X. c. M. Y.*, n° 11-24.238 ; *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2013, p. 476, note E. Loquin ; *Dalloz*, 2012, p. 2991, obs. T. Clay ; *Gazette du Palais*, 2013, n° 8, p. 21, obs. D. Bensaude). L'enjeu de la qualification d'un tel acte est évidemment considérable dans la mesure où elle conditionne la recevabilité d'un recours en annulation. Dans le cadre de l'arbitrage international, la position dominante consiste à considérer, à l'image de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international que « [l]a sentence d'accord des parties [...] mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire » (*Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, article 30.2). On peut s'étonner que la Cour d'appel de Paris n'ait pas été explicitement saisie d'une telle question qui divise pourtant la doctrine. Elle ne se prononce qu'implicitement en acceptant d'examiner au fond le recours formé contre la sentence entérinant le protocole.

Les motifs à l'appui du recours en annulation. L'Etat libyen fonde son recours en annulation sur les motifs d'incompétence du tribunal arbitral, de la violation de l'ordre public international par la sentence et du fait que le tribunal arbitral aurait statué sans se conformer à sa mission. C'est quant au moyen d'annulation tiré de la contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris mérite l'attention. Il est en effet défendu par les autorités libyennes que la sentence donne effet à un contrat entaché de corruption. Le protocole aurait « été obtenu par des procédés illicites qui rendent son exécution par le biais de la sentence contraire à l'ordre public international » (CA Paris, *SORELEC*, § 29).

Le développement de la confrontation de l'arbitrage à la corruption. La confrontation de l'arbitrage aux pratiques de corruption ou de blanchiment a donné lieu à des décisions juridictionnelles françaises aussi récentes que spectaculaires. L'affaire *Kirghizstan c. Belokon* apparaît particulièrement significative (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c. Monsieur Valeriy Belokon*, RG n° 15/01650 ; notre commentaire, cette chronique, cette *Revue*, 2018, p. 256). Elle avait conduit Emmanuel Gaillard à affirmer que « [l]a période de décalage entre la réprobation internationale [de la corruption] affichée et la timidité réelle de la pratique arbitrale s'est refermée avec l'arrêt Belokon rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 février 2017 dans la matière voisine du blanchiment » (E. Gaillard, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 3, p. 809). Au-delà du contentieux interne, plusieurs tribunaux arbitraux d'investissement ont pu prendre des positions très fermes sur les allégations de corruption. Ainsi, les arbitres de l'affaire *Sanum c. Laos* ont pu affirmer l'existence d'une norme coutumière internationale de lutte contre la corruption (CPA, 6 août 2019, *Sanum Investments Limited c. Laos*, n° 2013-13, sentence, § 103 ; on lira également avec intérêt : T. CIRDI, 6 août 2019, *Lao Holdings N.V. c. Laos*,

ICSID/ARB(AF)/12/6 sentence ; T. CIRDI, 25 février 2019, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") et Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ARB/10/11-ARB/10/18, décision sur la prétention de corruption). L'affaire SORELEC donne une éclatante confirmation de cette évolution qui conduit certains des meilleurs observateurs de l'arbitrage contemporain à affirmer que « [d]epuis quelques années, la corruption dévaste tout sur son passage » (J. Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : compétence et corruption – le recours en annulation à rude épreuve », *Dalloz actualité*, 24 décembre 2020).

La lutte contre la corruption comme composante de l'ordre public international français. Comme dans l'affaire *Kirghizstan c. Belokon*, la Cour rappelle que la lutte contre la corruption est un objectif poursuivi par la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption du 17 décembre 1997 (à laquelle la France est partie depuis le 29 septembre 2000) et par la convention des Nations Unies contre la corruption du 9 décembre 2003 (à laquelle est partie la Libye depuis le 7 juin 2005 et la France depuis le 11 juillet 2005). La définition retenue de la corruption est désormais classique. Il s'agit de considérer que « la corruption d'agent public, qu'il soit national ou étranger, consiste à offrir à celui-ci, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu, en liaison avec des activités de commerce international » (CA Paris, *SORELEC*, § 34). Il est fermement établi que la prohibition de la corruption d'agents publics est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international et relève de l'ordre public international.

Le silence du tribunal arbitral sur les allégations de corruption. A l'appui de sa défense, la société française objecte qu'aucun soupçon de corruption n'a été porté devant le tribunal arbitral CCI. On sait que cela n'est pas toujours un obstacle à l'examen par le tribunal d'une telle question. Ainsi, dans l'affaire *Infinito Gold c. Costa Rica*, aucune des deux parties au différend n'avait évoqué des allégations de corruption, mais elles ont été portées à la connaissance du tribunal arbitral CIRDI par une ONG environnementaliste intervenant en qualité d'*amicus curiae*. Le tribunal a estimé ne pas être lié par la position commune des parties et devoir évaluer lui-même les éléments produits (il a demandé aux parties de présenter des observations sur les allégations présentées par l'ONG). Il ajoute que cette obligation de se prononcer sur les éléments présentés par l'ONG est « *particularly true when there are allegations of corruption, which is a matter of international public policy* » (T. CIRDI, 4 décembre 2017, *Infinito Gold Ltd c. Costa Rica*, ARB/14/5, décision sur la juridiction, § 137 ; nos observations, « chronique de jurisprudence internationale », cette *Revue*, 2018, p. 221). Dans des circonstances un peu dissemblables, le tribunal CIRDI constitué pour régler l'affaire *Glencore c. Colombie* avait pu souligner que lorsqu'il y a *prima facie* des raisons de soupçonner des malversations, un tribunal arbitral international a le devoir d'enquêter sur les faits, même à son initiative (T. CIRDI, 27 août 2019, *Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. Colombie*, ARB/16/6, sentence, § 664). Dans le contexte de l'affaire SORELEC, on peut s'étonner que la question de la corruption n'ait donné lieu à aucun débat devant le tribunal arbitral dans la mesure où la sentence finale (CCI, 10 avril 2018,

n° 19329/MCP/DDA) a été rendue postérieurement à l'exercice du recours contre la sentence partielle (en janvier 2018). Mais quoi qu'il en soit, le silence du tribunal arbitral sur cette question ne prive pas le juge interne de la possibilité de l'examiner. La Cour d'appel de Paris rappelle, que « le juge étatique chargé du contrôle [peut] apprécier le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international alors même qu'il n'a pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'ont pas mis dans le débat » (CA Paris, *SORELEC*, § 37). Cette position est bien établie dans la jurisprudence française relative à l'arbitrage (Cass., civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, *Société Indagro c. Sté Ancienne Maison Marcel Bauche*, n° 16-25.657 et 16-26.445) et toute autre solution irait à l'encontre du principe selon lequel c'est l'intérêt public qui est poursuivi dans l'exercice du recours en annulation de la sentence pour contrariété avec l'ordre public international. C'est au nom des mêmes principes que l'on considère que le fait que « le tribunal arbitral ait dans le cadre de sa sentence déjà procédé à un examen des indices de corruption [...] ne saurait priver le juge de l'annulation de la faculté de procéder à nouveau à cet examen pour s'assurer qu'une violation de l'ordre public international n'est pas caractérisée » (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 27 octobre 2020, *République du Bénin c. Securiport*, n° 19/04177, § 32). Afin de donner corps à cette faculté de contrôle, il est évident que le juge de l'annulation ne saurait être lié par les appréciations portées par le tribunal arbitral sur les allégations de corruption (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 30 juin 2020, *Monsieur Sheikh Faisal Bin Fayyadh Al Gobain c. S.A. Crédit foncier de France et Société LGT Bank*, n° 17/22515 ; *Dalloz*, 2020, p. 1970, note S. Bollée).

La précision de la Cour d'appel quant aux conséquences du défaut d'examen par le tribunal arbitral est néanmoins importante dans la mesure où l'article 1466 du code de procédure civile (applicable en matière d'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du code de procédure civile) dispose que « [l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

Le recours au faisceau d'indices – Méthode des *red flags*. La cour d'appel affirme que l'annulation de la sentence « est encourue s'il est démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants qu'en homologuant le Protocole conclu entre l'Etat de Libye et SORELEC, elle couvrirait des faits de corruption » (CA Paris, *SORELEC*, § 38). Face aux difficultés de preuve de la corruption, le recours à cette méthode du faisceau d'indices (ou des *red flags* selon l'expression anglophone souvent utilisée) apparaît pleinement logique. Elle avait été contestée devant la Cour d'appel de Paris à l'occasion de l'affaire *Samwell c. Airbus*. La société Airbus avait eu recours à un intermédiaire pour vendre des hélicoptères en Chine, mais, constatant un pacte de corruption, elle avait par la suite refusé de rémunérer cet intermédiaire. Le tribunal arbitral saisi par l'intermédiaire, utilise la méthode des *red flags* pour constater la corruption. Un recours en annulation contre la sentence est présenté devant la Cour d'appel de Paris, au motif notamment que le tribunal arbitral ne pouvait appliquer la méthode des *red flags* issue du droit américain alors que le droit applicable à l'arbitrage était le droit français. La Cour d'appel écarte cette allégation, affirmant que le « fait pour le tribunal arbitral d'avoir, pour caractériser la corruption, examiné des indices de corruption avancés par la société Airbus H., fussent-ils inspirés des "red flags" issus de la liste annexée à l'*US Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 [...] ne peut conduire à considérer qu'il a fait, même partiellement, application de la loi américaine pour trancher

le litige » (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 15 septembre 2020, *Samwell International Holdings Limited c. Airbus Helicopters*, n° 19/09058, § 41).

Cette manière d'aborder les allégations de corruption rejoint celle défendue dans la pratique arbitrale récente. Ainsi, dans l'affaire *Lao Holding c. Laos*, un tribunal CIRDI, tout en rappelant la constante difficulté de preuve des pratiques corruptives, avait souligné la nécessité d'accepter qu'il existe des *red flags*, c'est-à-dire des faits qui devraient alerter sur les risques de pratiques irrégulières (T. CIRDI, 6 août 2019, *Lao Holdings N.V. c. Laos*, ICSID/ARB(AF)/12/6 sentence, § 107). Il n'est pas nécessaire pour le tribunal arbitral d'avoir des « *clear and convincing evidences* » sur chacun des points allégués, mais les preuves rassemblées qui auraient cette qualité devraient pointer clairement vers des pratiques de corruption (T. CIRDI, 25 février 2019, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") et Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ARB/10/11-ARB/10/18, décision sur la prétention de corruption, § 806).

L'absence de poursuites pour corruption de la part de la Libye. La cour d'appel considère qu'il n'y a pas « lieu, eu égard au caractère occulte de cette activité, d'exiger que l'Etat de Libye ait engagé des poursuites pénales » (CA Paris, *SORELEC*, § 38). Si cette position est majoritaire dans la jurisprudence arbitrale d'investissement, certains tribunaux défendent une position alternative. Le tribunal de l'affaire *Karkey c. Pakistan* souligne que l'Etat dispose de prérogatives de puissance publique pour enquêter sur des allégations de corruption et que l'absence de preuves ou de poursuites concernant ces allégations serait un facteur déterminant pour conclure à l'absence de corruption (T. CIRDI, 22 août 2017, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. Pakistan*, ARB/13/1, sentence, § 537 ; voir également T. CIRDI, 31 août 2018, *Unión Fenosa Gas S.A. c. Egypte*, ARB/14/4, sentence, § 7.53). Il convient de tenir compte des circonstances de chaque espèce mais une telle position apparaît très discutable. Devant le juge interne, refuser de limiter la possibilité d'annulation à l'existence de poursuites exercées contre les agents corrompus est pleinement logique mais évidemment, dans de telles circonstances se posent des questions de standard de preuve. La rédaction de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris illustre le souci du juge national de prendre en compte tous les indices pouvant laisser croire à une situation de corruption. Il n'appartient évidemment au juge de l'annulation de se muer en juge pénal pour établir des pratiques de corruption. L'indifférence de l'existence de poursuites dans l'ordre interne libyen peut tout de même interroger dans le contexte de l'affaire *SORELEC*. En effet, dans l'affaire *Kirghizstan c. Belokon*, la Cour d'appel de Paris avait pu affirmer que « la circonstance que les poursuites engagées par les autorités kirghizes en 2010 n'aient pas encore débouché sur un procès au fond est dénuée de pertinence » (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 21 février 2017, *République du Kirghizistan c. Monsieur Valeriy Belokon*, RG n° 15/01650). En l'espèce, les corrupteurs et corrompus présumés étaient connus et des poursuites avaient été engagées. C'était donc le non-aboutissement (elles ont abouti par la suite) des poursuites qui était indifférent et non un éventuel défaut d'ouverture de celles-ci. Dans l'affaire *SORELEC*, le ministre de la justice du gouvernement de transition est clairement identifié comme étant au cœur de la corruption alléguée et l'Etat n'a rien fait pour le poursuivre. Malgré ce défaut de poursuites, l'Etat peut pourtant, se prévaloir de la corruption pour échapper à la sentence arbitrale qui lui est défavorable. Ainsi que le relève Thomas Clay, « [e]n quelque sorte, après avoir été corrompu, par l'intermédiaire

d'un de ses agents, [l'Etat] obtient l'annulation du contrat produit de cette corruption, ce qui lui permet de gagner à tous les coups » (T. Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des différends », *Dalloz*, 2020, p. 2495). Cela n'est évidemment pas faux, mais il convient de rappeler, qu'outre le contexte libyen très chaotique, le décès en juin 2016 (moins de trois mois après la conclusion du protocole) du ministre en question peut expliquer cette absence de poursuites internes.

Caractérisation de la corruption. La formule retenue par la Cour d'appel de Paris peut être soulignée. Il est précisé que « l'annulation de la sentence partielle en cause est encourue s'il est démontré par un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants » que le protocole a été conclu par corruption (CA Paris, *SORELEC*, § 38). Cette formule diffère quelque peu de celle retenue quelques semaines auparavant dans une affaire très semblable par la Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 27 octobre 2020, *République du Bénin c. Securiport*, n° 19/04177). A l'origine de cet arrêt se trouve un contrat conclu entre le Bénin et la société américaine Securiport aux fins de la mise en place de systèmes de contrôles aéroportuaires de passager. Or, à la suite d'un changement de gouvernement, les autorités béninoises avaient mis un terme au contrat. Un tribunal arbitral de la CCI saisi du différend par la société avait écarté les allégations de corruption présentées par le défendeur et avait accordé une réparation de 95 millions de dollars au demandeur (CCI, 24 janvier 2019, *Securiport c. République du Bénin*, ICC n° 22814/DDA). La Cour d'appel de Paris avait indiqué à l'occasion du recours en annulation dirigé contre la sentence, que « l'annulation de la sentence n'est encourue que s'il est démontré par des indices graves, précis et concordants que l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique interne aurait pour effet de donner force à un contrat obtenu par corruption (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 27 octobre 2020, *République du Bénin c. Securiport*, § 29). Il est bien difficile de savoir si cette différence de formulation emporte des conséquences en termes de méthode d'identification ou de prise en compte des indices graves, précis et concordants.

Les indices pouvant être pris en compte pour caractériser un contrat de corruption avaient été clairement exposés dans l'arrêt Alstom (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et Société Alstom Network UK Ltd c. Société Alexander Brothers Ltd*, n° 16/11182 ; *Revue de l'arbitrage*, 2018, p. 574, note E. Gaillard). Le juge national doit se montrer pragmatique et ne saurait s'enfermer dans une grille de lecture qui ne saurait s'appliquer indifféremment à l'analyse d'un contrat d'intermédiaire conclu avec une entreprise privée (comme dans l'affaire Alstom) ou d'un contrat conclu directement avec l'Etat (comme dans l'affaire SORELEC). En outre, même si la liste des faits pertinents pour qualifier la corruption, présentée dans l'arrêt Alstom semble s'imposer comme une constante référence, il convient de rappeler qu'il « ne ressort nullement de cette décision que cette liste devrait être regardée comme limitative en droit français » (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 15 septembre 2020, *Samwell International Holdings Limited c. Airbus Helicopters*, n° 19/09058, § 42).

Les autorités libyennes présentaient devant la Cour d'appel de Paris les nombreux indices de corruption entourant la conclusion du protocole entériné par la sentence arbitrale. Les principaux sont : le climat général de corruption existant en Libye – les circonstances aggravantes liées à la période de transition – un *modus operandi* frauduleux déjà employé comme en atteste plusieurs sentences arbitrales – le passif des

agents impliqués dans la conclusion du protocole – le non-respect des procédures internes libyennes – l’absence de trace de négociation dans la période précédant la conclusion du protocole – l’absence de rationalité des termes et conditions du protocole qui apparaissent en rupture avec la défense opposée par la Libye dans la procédure arbitrale et reprenaient toutes les prétentions de SORELEC. La Cour les soumet un à un à son examen et recherche si chacun permet de corroborer les suspicions de corruption.

Le juge de l’annulation constate que le climat de corruption en Libye, reconnu internationalement, ne peut à lui seul établir que la conclusion du protocole est entachée de corruption, mais « constitue un indice pertinent s’il est corroboré par d’autres éléments matériels qui peuvent être tirés des circonstances ayant entouré la conclusion du Protocole lui-même et du Protocole lui-même » (CA Paris, SORELEC, § 42). Cette position reprend le principe exposé dans l’arrêt Alstom qui soulignait la nécessité de tenir compte du « fait que le pays en cause ou certains secteurs d’activités de ce pays soient notoirement corrompus » (CA Paris, pole 1, ch. 1, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et Société Alstom Network UK Ltd c. Société Alexander Brothers Ltd*, n° 16/11182). Dans le cadre de l’affaire SORELEC, la corruption endémique est renforcée par la coexistence de deux gouvernements revendiquant l’exercice du pouvoir légitime d’Etat à l’époque de la signature du protocole (CA Paris, SORELEC, § 47).

Il est établi que le ministre de la justice a signé le protocole sans solliciter l’avis préalable du département du contentieux qu’il savait obligatoire. Lorsque, pourtant déjà signé par le ministre de la justice, le protocole a été tardivement transmis au département du contentieux, celui-ci était présenté comme un projet de protocole. La Cour d’appel voit dans ces éléments « un indice grave et précis d’une collusion entre SORELEC et le ministre de la justice qui a signé cet accord dans l’exercice de ses fonctions officielles, susceptible d’en tirer un avantage personnel » (CA Paris, SORELEC, § 53). Le fait qu’un tribunal arbitral ait retenu en mai 2019 que le ministre et certains hauts fonctionnaires du ministère de la justice s’étaient rendus coupables de pratiques analogues vient renforcer cette suspicion (T. ad hoc, CNUDCI, 24 mai 2019, *Slim Ben Mokhtar Ghenia c. Libye*, décision rétractant la sentence d’accord-parties). On peut cependant être surpris, comme le souligne Jeremy Jourdan-Marques, du poids que la Cour d’appel semble donner à ces violations des normes internes libyennes (J. Jourdan-Marques, « Chronique d’arbitrage : compétence et corruption – le recours en annulation à rude épreuve », *Dalloz actualité*, 24 décembre 2020). On rappellera que, dans un contexte certes différent, la Cour d’appel de Paris avait pu, à l’occasion de l’affaire *RDC c. Customs and Tax Consultancy*, affirmer qu’en « vertu du principe de bonne foi dans l’exécution des conventions, un Etat ne peut invoquer devant le juge de l’annulation, afin de se délier de ses engagements contractuels, la violation de sa propre législation » (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 16 mai 2017, *République démocratique du Congo c. Customs and Tax Consultancy LLC*, n° 15/17442). Le contournement des procédures libyennes dans la conclusion du protocole renvoie à un contexte pour le moins opaque mais certains éléments permettraient de défendre l’idée selon laquelle les autorités libyennes étaient bien au courant de la conclusion du protocole. En effet, le département libyen du contentieux n’a certes pas été informé de la négociation du protocole mais le protocole lui a été transmis après signature (il était certes uniquement présenté comme un projet). Ensuite, le représentant du département libyen du contentieux était conseil assistant de l’Etat libyen dans la procédure CCI, or, à aucun moment la question de la corruption n’a été soulevée

devant le tribunal arbitral. Enfin, on soulignera que la procédure de conclusion du protocole a mobilisé, outre le ministre suspecté de corruption passive, une commission assistée d'un conseiller financier désigné par le président du Parlement.

Il n'en reste pas moins vrai que l'absence de précision sur les conditions des négociations mais aussi le fait que l'Etat libyen contestait devant le tribunal arbitral les prétentions de SORELEC jusqu'à ce que le protocole validant toutes ces prétentions de l'entreprise française soit porté à la connaissance du tribunal corroborent les suspicions de corruption. Jeremy Jourdan-Marques invite à écarter cet argument au motif que « la posture contentieuse tenue par les parties devant un tribunal [...] n'est absolument pas incompatible avec des négociations menées en parallèle » (J. Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : compétence et corruption – le recours en annulation à rude épreuve », *Dalloz actualité*, 24 décembre 2020). On ne saurait évidemment contester la pertinence d'une telle affirmation mais on peut relever qu'il apparaît pour le moins déroutant que « le Protocole satisfait à quasiment toutes les prétentions de SORELEC sans contrepartie obtenue par l'Etat de Libye » (CA Paris, *SORELEC*, § 81) alors même que quelques semaines auparavant, la commission en charge de la défense des intérêts libyens préconisait de s'en tenir à la reconnaissance d'une créance de moins de 60 millions d'euros (contre 230 ou 450 dans le protocole). En outre, la procédure arbitrale était suffisamment avancée à la date de la conclusion du protocole pour que la conclusion de celui-ci n'épargne pas à la Libye le coût de la procédure. Ainsi, ce n'est pas la tenue en parallèle d'une procédure arbitrale et de négociations directes qui est un indice de corruption mais bien la teneur des revendications devant le tribunal arbitral, en décalage profond avec le produit de la négociation qui s'apparente largement à la validation intégrale des revendications de l'une des parties.

L'incapacité de SORELEC à présenter le moindre document relatif à ces négociations est particulièrement déroutante (CA Paris, *SORELEC*, § 70). On retrouve ici un argument qui avait pu être retenu dans l'arrêt *Alstom* qui retenait comme indice de corruption « l'absence ou l'insuffisance de production de documents – tels que rapports, études techniques, projets de contrat ou d'amendements, traductions, correspondances, procès-verbaux de réunions, etc. – précis et probants et dont l'origine peut être établie avec certitude » (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 10 avril 2018, *Société Alstom Transport SA et Société Alstom Network UK Ltd c. Société Alexander Brothers Ltd*, n° 16/11182).

« Ainsi, ces conditions manifestement dommageables aux intérêts de l'Etat de Libye, sciemment acceptées par le ministre de la Justice, ne pouvaient trouver leur cause que dans sa corruption par SORELEC et dans la volonté de celle-ci d'assurer le succès de ses prétentions, sans subir les aléas de la procédure d'arbitrage devant la CCI » (CA Paris, *SORELEC*, § 84). Il ressort de ce faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants que le protocole a été obtenu de manière illicite. La sentence partielle rendue le 20 décembre 2017 heurte donc la conception française de l'ordre public et doit être annulée. « La validité de la sentence finale est [...] directement tributaire de la validité de la sentence partielle dont elle assure l'exécution [...]. L'annulation de la sentence partielle du 20 décembre 2017 doit entraîner, par voie de conséquence, celle de la sentence finale qui sanctionne l'inexécution de la précédente » (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 novembre 2020, *Etat de Libye c. SA Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique – SORELEC*, n° RG 18/07347, §§ 13-14).

JULIEN CAZALA

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notes et notules de

Jean-Baptiste DUDANT, Basak ETKIN,

Mathilde FRAPPIER, Cécile GOUBAULT-LARRECQ,

Claire MERIC, Sébastien TOUZÉ et Evangelia VASALOU

NOTE

BURGORGUE-LARSEN (LAURENCE). – *Les trois Cours régionales des droits de l'homme* in contexte – *La justice qui n'allait pas de soi*, 1 vol. broché de 588 p., 2020, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00955 5 1

L'ouvrage de Laurence BURGORGUE-LARSEN est remarquable. Il serait possible d'arrêter cette recension sur cette phrase tant ce dernier mot résume l'extrême complexité du défi qu'a su relever Laurence BURGORGUE-LARSEN en s'attaquant à une analyse et une synthèse comparative des trois mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme.

Si le sous-titre de l'ouvrage peut être paraphrasé, cette étude « n'allait pas de soi » sauf pour ceux qui appréhendent le droit international des droits de l'homme comme un tout en s'affranchissant des frontières entre ordres et systèmes juridiques et profitant de chaque convention, de chaque organe, de chaque interprétation pour étendre la réflexion sur la portée des droits garantis par un phénomène d'évolution constante des sociétés et du Droit.

Mais, au-delà du sujet de cet ouvrage et de cette approche, ce qui transparaît de manière très nette à sa lecture, c'est une vision, celle de Laurence BURGORGUE-LARSEN, sur la matière. Pas une vision théorique, strictement doctrinale et chirurgicale, mais une vision concrète alimentée par une culture, des convictions fortes et la belle humilité d'une excellente universitaire qui, en plus de maîtriser parfaitement les conventions et mécanismes, en a saisi l'essence, l'esprit et la substance et nous offre des analyses et des réflexions d'une très grande densité. Il y a en ce sens de profondes et excellentes idées dans cet ouvrage.

La première bonne idée a été de lier ces trois systèmes dans une analyse commune fondée sur un constat évident mais trop rarement souligné. Chaque système, même s'il est spécifique et arrimé à un cadre régional et conventionnel restreint, s'inscrit dans un ensemble universel au sein duquel il est amené à évoluer avec l'ensemble des règles et mécanismes de protection internationale des droits de l'homme. Ceci est d'ailleurs

parfaitement démontré dès la présentation de la genèse des trois conventions de référence et par l'inscription dans une double logique. Celle du prolongement normatif et institutionnel de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et, corrélativement, celle de la nécessaire complémentarité entre cet universel souhaité et un régionalisme voulu. Incarnant « *les figures de la Justice des droits de l'homme à l'échelle internationale* », ces trois juridictions régionales assurent ainsi la complexe mise en œuvre d'un idéal commun dont l'effectivité n'a pu être réellement trouvée (avec quelques réserves toutefois) qu'en prenant en compte des particularismes historiques, sociaux, économiques, politiques, juridiques, éthiques... tout en les inscrivant dans une dynamique commune que cet ouvrage porte avec une extraordinaire pertinence.

La deuxième belle idée est d'avoir fait le choix d'une articulation en trois points révélant à la fois une dynamique réelle et une réflexion sur des difficultés qui, bien que s'inscrivant dans des contextes régionaux distincts, n'en révèlent pas moins des liens naturels entre ces trois juridictions régionales.

Que ce soit ainsi lié à leur évolution, l'interprétation ou l'application (les trois parties de l'ouvrage), ces trois organes juridictionnels ont une vie commune qui les mène à affronter les mêmes perturbations, les mêmes difficultés politiques et à devoir relever les mêmes défis. Cette analyse *macrojuridique* à laquelle se livre Laurence BURGORGUE-LARSEN est d'une très grande justesse et révèle une rare hauteur de vue sur le contexte global du droit international des droits de l'homme. L'approche historique et politique est en cela des plus pertinente et, en particulier dans le cadre de la partie consacrée à l'évolution de ces trois organes, permet de saisir l'absence de linéarité tout en révélant, sans ce que cela soit un paradoxe, un parallélisme certain dans les évolutions vécues par les trois cours régionales. Reflet des difficultés observées, l'efficacité de ces juridictions est un sujet récurrent qui rappelle comme l'expose très bien Laurence BURGORGUE-LARSEN la fragilité d'un édifice dont les évolutions n'ont pas toujours permis de consolider les fondations. Ici, la place de l'Etat souverain est rappelée dès l'introduction et conduit certes à relever que sans lui, rien n'aurait été possible mais que sans lui (ou à cause de lui suivant l'angle de vue), également, tout peut s'effondrer. Si « le jeu du consensualisme ne disparaît point dans l'univers humaniste » et explique en grande partie la fragilité de l'édifice, il ne faut pas forcément le déplorer au regard de l'objet même des conventions internationale de protection des droits de l'homme. La multiplicité des stratégies nationales, évoluant en fonction des gouvernements et des politiques menées au niveau national ou international, n'est pas chose aisée à lier autour d'un idéal commun que le temps, depuis 1945, a pu éroder de manière continue au point de fragiliser à l'extrême les organes que les Etats avaient pourtant voulus et institués. L'enjeu étatique est ainsi protéiforme et source de fragilisation comme de consolidation des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

L'enjeu de la légitimité est également relevé avec justesse à travers, bien entendu, l'action de fond menée par ces différents organes mais aussi au regard de leur composition et règles de fonctionnement. Sur ce dernier point, l'analyse proposée est aussi très pertinente car elle met en évidence des enjeux liés à la composition de ces juridictions et des processus de désignation des juges amenés à se prononcer dans des affaires qui, très souvent, peuvent conduire à des remises en cause profonde de certaines logiques nationales. Dans cet esprit, la présentation du processus de désignation des candidats aux fonctions de juges à la Cour européenne des droits de l'homme,

notamment, est particulièrement éclairante (ou édifiante pour celui qui le découvrirait en lisant cet ouvrage). En évoquant ce qui peut être décrit comme « un pur artifice », Laurence BURGORGUE-LARSEN confirme bien ce que Jean-François FLAUSS avait en son temps mis en lumière dans ses « radioscopies » régulières, parfois mal vécues, des élections à la Cour européenne des droits de l'homme et démontre que ce processus est, quoiqu'on en dise, de nature politique sous couvert d'un encadrement procédural d'apparence. Le constat établi par Laurence BURGORGUE-LARSEN, fondé en partie sur une expérience concrète évoquée de manière très sincère, est d'une grande lucidité car ces procédés, également observés au niveau interaméricain et africain avec quelques variantes toutefois – parce qu'ils reposent en partie sur une volonté manifeste de contrôle des orientations de fond développées par les organes régionaux de protection des droits de l'homme – représentent un risque évident de remise en cause des objectifs de protection et de promotion des valeurs démocratiques.

Mis en balance avec les riches développements portant sur l'interprétation, ce risque se voit pour partie temporisé par le jeu d'une dynamique révélée par le décloisonnement normatif sur lequel Laurence BURGORGUE-LARSEN porte une attention particulière. Si cette partie expose des tendances distinctes entre les trois organes juridictionnels, elle met aussi en exergue une ligne commune qui est d'aller au-delà de la seule convention régionale dont ils assurent la surveillance et la sanction. Mais, même si les développements proposés permettent de saisir toutes les modalités et l'esprit de ce décloisonnement nécessaire, l'ensemble permet d'élargir la réflexion et de poser la question suivante : n'est-ce pas finalement la fonction naturelle de ces organes de protection des droits de l'homme de prendre en considération l'ensemble des normes nationales ou internationales de protection des droits de l'homme pour faire évoluer les standards énoncés dans les traités ? En d'autres termes, et c'est ce qui nous semble pouvoir être dégagé des analyses proposées, toutes ces normes sont amenées à évoluer conjointement et à interagir naturellement. Sans qu'il soit impérativement nécessaire de le justifier quant à ses objectifs, ce décloisonnement est ainsi évident car lié à la nature des normes interprétées et au cadre dans lequel cette opération intervient. Au-delà, la cohérence interprétative de standards communs et des règles partagées par les conventions interprétées sont aussi des éléments qui expliquent ce qui est appliqué par les organes de protection des droits de l'homme qu'ils soient juridictionnels ou non d'ailleurs. Cette partie, particulièrement stimulante donc, interroge dans le bon sens du terme et on doit ainsi être reconnaissant à Laurence BURGORGUE-LARSEN de nous en offrir la possibilité.

Un constat identique doit être fait pour la troisième et dernière partie de l'ouvrage consacrée à l'application. Les premiers mots de cette partie réjouissent d'ailleurs. Partant du droit de la responsabilité internationale, Laurence BURGORGUE-LARSEN inscrit sa réflexion de manière très évidente (et logique) dans le droit international général. En englobant ainsi l'ensemble des règles liées au respect des obligations conventionnelles, elle participe ainsi à cette nécessaire extension du spectre d'analyse des traités de protection des droits de l'homme. Focalisée bien entendu sur l'« accomplissement des obligations découlant d'une décision juridictionnelle », cette partie est particulièrement éclairante sur les modalités d'exécution des décisions rendues mais aussi sur les moyens connexes qui en assurent la mise en œuvre effective. Une nouvelle fois confrontée au spectre de l'Etat souverain, l'analyse développée

présente l'alchimie complexe de l'exécution et l'exercice différencié des compétences des organes juridictionnels dans ce cadre. Les réflexions proposées, tout système confondu, sont d'une très grande actualité et pose la question générale de l'acceptabilité des décisions juridictionnelles et de leur mise en application complète dans les ordres juridiques internes. Là encore, des constats relatifs s'imposent et rappellent avec une grande évidence que de la conventionnalisation au contrôle comme du contrôle à l'exécution, l'acteur étatique est celui avec lequel il faut conjuguer et sur lequel repose l'ensemble des obligations et leur mise en application. Dans une situation de repli identitaire, de controverses sur l'individualisme des droits de l'homme, sur le développement de communautarismes exclusifs ou de vives réfutations des progrès réalisés dans la protection des droits et des libertés, cette dernière partie vient ainsi ponctuer un ouvrage dont la publication était nécessaire. Nécessaire car chaque page révèle une chose évidente. Si la conventionnalisation des droits et l'instauration de mécanismes de contrôle universels (un peu écartés arbitrairement de l'analyse... je ne pouvais m'empêcher de l'écrire...) ou régionaux ont constitué un progrès majeur et finalement assez rapide dans l'histoire du droit international, les contextes actuels montrent que cet édifice, plutôt que de se consolider, se fragilise continuellement. L'acquis institutionnel comme celui qui résulte du formidable travail réalisé par les trois juridictions régionales est plus que jamais menacé. Laurence BURGORGUE-LARSEN nous le rappelle dans une stimulante conclusion dans laquelle elle martèle avec force la place centrale que le juge européen, interaméricain et africain occupe pour en assurer la défense. Mais au-delà, et ce travail nous en offre la preuve éclatante, c'est aussi et surtout par la réflexion sur cette action et par la diffusion permanente de cet acquis par les universitaires que le combat est mené sans relâche. Laurence BURGORGUE-LARSEN nous en offre, par la publication de ce remarquable ouvrage, une très belle preuve.

SÉBASTIEN TOUZÉ

NOTULES

CAHIN (GÉRARD) – « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », 1 vol. broché de 566 p., Leiden, 2020, (Editions Brill/Nijhoff) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tome 411, ISBN : 9789004448988.....1

Dans la continuité de ses travaux portant sur les procédés de reconstruction d'Etats dits « défailants », le Professeur CAHIN semble clore définitivement les discussions y relatives avec son cours prodigué à l'Académie de La Haye et publié en décembre 2020. Comme en témoignent les quelque 565 pages de l'ouvrage, la tâche entreprise était considérable. Il fallait pouvoir aborder les nombreuses opérations initiées, principalement par les Nations Unies, sans se borner à une analyse successive d'études de cas, paralysant tout effort de systématisation.

Plutôt que de décrire la toile immense et difficile à appréhender que représentent ces efforts internationaux de conservation et de protection du statut d'Etat, le cours offre au lecteur une conceptualisation jusqu'alors jamais réalisée. A rebours de la doctrine contemporaine s'intéressant à la reconstruction de l'Etat sous l'angle de la science

politique ou des relations internationales, le Professeur CAHIN entend bien raccrocher l'examen de son sujet au droit international.

Il semblait pourtant normal que cette question concerne directement cette branche du droit, tant la représentation dominante que s'en font « en France les professeurs qui l'enseignent et les agents qui l'appliquent est structurée par la figure de l'Etat souverain » (p. 26). Comment, à la lumière de cette « intimité systémique » reliant l'Etat au droit international, était-il possible de considérer l'action de reconstruction du premier en-dehors du second ? C'est à cette question que le Professeur CAHIN répond lorsqu'il évalue l'incidence de cette action sur le droit international, « et en particulier celles de ses règles relatives à l'Etat » (p. 31).

A-t-elle pour effet d'inverser le principe classique selon lequel le droit international est indifférent à l'existence de l'Etat ? Aux fins de résoudre cette problématique, il convenait de répondre à trois nouvelles interrogations : pourquoi, comment, et que reconstruire ? Chacune de ces questions évoquant respectivement les aspects conceptuels (chapitre I), procéduraux (chapitre II) et substantiels (chapitre III) de l'action de reconstruction.

Ces chapitres seront l'occasion de mettre en lumière l'incidence « modeste, mais riche de virtualités » de la pratique étudiée. Elle est modeste, car « l'existence de l'Etat (...) est et demeure le produit d'un fait du droit international » (p. 533). L'étude des aspects conceptuels rappelle la force de ce constat grâce à des synthèses brillantes sur les effets juridiques limités de la reconnaissance d'Etat (pp. 55-56), sur l'absence de réglementation des modalités d'apparition de l'Etat (principalement sur la sécession, pp. 57-68), ou encore sur l'absence d'une conception matérielle du domaine réservé (pp. 116-120).

Enfin, ce premier chapitre délivre au lecteur les clefs de compréhension du lexique employé dans le cadre de l'étude : qu'est-ce qu'un Etat défaillant ? A partir de quand le devient-il ? Ne faudrait-il pas lier, plutôt que de les distinguer, « reconstruction » et « construction » d'un Etat ? Si ces deux dernières expressions semblent se différencier aussi bien chronologiquement (la construction précédant la reconstruction) que conceptuellement (la construction ayant trait à l'établissement de certains éléments essentiels de l'Etat tandis que la reconstruction recherche le maintien de cet Etat dans son être), il faut néanmoins en relever le recoupement. La reconstruction s'apparentant bien souvent « à une *construction* avortée ou inachevée » (p. 165), le Professeur CAHIN choisira de parler d'action de « (re)construction » pendant le reste de son ouvrage, dont le chapitre II décrit les principes directeurs, les conditions de sa mise en œuvre et le droit qui lui est applicable.

Si l'influence est modeste, l'horizon des possibles est cependant riche : la pratique tend à atténuer « l'indifférence traditionnelle du droit international à son affaiblissement une fois l'Etat apparu » (p. 534). L'examen de l'aspect substantiel de l'action de (re)construction permet de saisir l'importance d'un sujet qui révèle que l'Etat ne peut rester la pierre angulaire juridique international « que si le droit international se préoccupe sérieusement, au-delà de ses conditions d'existence, de ses conditions de vie » (p. 536).

Le Professeur CAHIN remarque à cet égard que les actions de (re)construction se concentrent, plutôt que sur les trois éléments constitutifs généralement cités (population, territoire et gouvernement), sur trois éléments « correspondant à autant de "condition de vie", et pas seulement d'"existence" de l'Etat » (p. 315). Ces trois caractéristiques sur

laquelle s'axe la démonstration – autorité, légitimité et viabilité – permet justement de démontrer une « pénétration du droit international dans une sphère à laquelle il demeure traditionnellement étranger, et donc aussi d'atténuation de son indifférence originelle à la construction historique de l'Etat » (p. 315).

Le cours achève finalement l'exploit d'offrir une réflexion profonde sur ces considérations théoriques, fondamentales pour tout internationaliste, tout en examinant en toile de fond, grâce à la mobilisation opportune des cas pratiques de (re)construction d'Etats, l'efficacité réelle de telles entreprises. Davantage qu'un cours, l'ouvrage du Professeur CAHIN est une leçon pour quiconque entreprend une systématisation de la pratique internationale servant autant la théorie juridique que, justement, cette pratique.

JEAN-BAPTISTE DUDANT

PALESTINI (LORENZO). – *La protection des intérêts juridiques de l'Etat tiers dans le procès de délimitation maritime*, 1 vol. broché de 520 p., 2020, Bruxelles (Editions Bruylant), collection de Droit international, ISBN : 978 2 8027 6608 7 2

Cet ouvrage est issu d'une thèse de doctorat soutenue à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève sous la direction du professeur Marcelo KOHEN. Il porte sur un objet précis, celui de la prise en compte des intérêts juridiques des Etats tiers dans les délimitations maritimes juridictionnellement décidées. L'auteur maîtrise parfaitement la matière et se livre à des analyses très détaillées de nombreuses affaires de délimitations maritimes. Il y a là un domaine source de tensions dans les relations internationales, les conflits en mer de Chine méridionale ou dans l'Arctique n'en sont que deux des plus récentes illustrations. De plus, la thèse possède un apport plus général pour tout juriste intéressé par le contentieux international. En effet, des notions centrales comme celles d'Etat tiers, d'intérêt juridique, de partie indispensable, ou encore d'Etat intervenant sont approfondies à partir de la pratique juridictionnelle en matière de délimitations maritimes.

L'ouvrage est agrémenté de nombreux croquis en couleur qui facilitent la compréhension des développements les plus techniques de l'auteur. La richesse des sources mobilisées est à souligner : l'auteur analyse non seulement les décisions juridictionnelles procédant à des délimitations maritimes, mais aussi les positions exprimées par les parties dans leurs écritures et leurs plaidoiries, par les juges dans leurs opinions individuelles, et par la doctrine. En fin d'ouvrage, les index de jurisprudence et des traités témoignent de l'importance de l'appareil scientifique examiné.

Si l'auteur s'attache à clarifier le droit positif, il n'hésite pas non plus à souligner, le cas échéant, son manque de cohérence, à en faire la critique, et à proposer son évolution. A titre d'exemple, il démontre les contradictions de la jurisprudence relative à la pertinence des circonstances macrogéographiques, par opposition aux seules côtes des parties à l'instance (pp. 136-149), avant de défendre que ces circonstances macrogéographiques sont un facteur primordial de distinction des délimitations maritimes par rapport aux délimitations de frontières terrestres (pp. 150-153). Ailleurs, l'auteur s'attaque aux incohérences de la jurisprudence relative aux effets *erga omnes* des délimitations maritimes conventionnelles (pp. 208-247), avant de démontrer qu'en pratique, et à rebours du principe de l'effet relatif de chose jugée, ce sont les

délimitations maritimes juridictionnelles qui sont dotées de tels effets *erga omnes* (pp. 247-253).

Ce que l'on peut regretter c'est le caractère parfois peu lisible du plan choisi qui conduit l'auteur à de nombreux renvois dans le cœur du texte. En effet, après une première partie portant sur l'Etat tiers au procès de délimitation maritime, qui étudie successivement la situation de l'Etat tiers juridiquement intéressé et celle de l'Etat tiers partie indispensable, la thèse consacre une deuxième partie, bien plus réduite, à l'Etat intervenant dans le procès de délimitation maritime, distinguant d'abord l'Etat intervenant non-partie, puis l'Etat intervenant partie. Or, il y a de nombreux recoupements entre ces différents Etats tiers. L'auteur s'attache à expliciter son approche en introduction (pp. 19-20) : il s'agit d'abord d'identifier l'Etat tiers possédant non seulement un intérêt matériel mais un intérêt juridique dans un procès en délimitation maritime, cet Etat tiers pouvant même se révéler une partie indispensable au procès ; une fois cet Etat tiers juridiquement intéressé identifié, il s'agit d'évaluer son éventuel choix de participer au procès en délimitation maritime à travers la procédure incidente de l'intervention.

Le premier chapitre est consacré à la recension des différents intérêts d'ordre juridique qu'un Etat tiers peut posséder dans le procès en délimitation maritime : l'auteur démontre que ces intérêts ne peuvent pas être distingués de la revendication d'un droit subjectif (pp. 48-49). Ce premier chapitre est le plus spécifique au contentieux des délimitations maritimes et un lecteur non averti pourrait s'y perdre. En revanche, on notera en particulier le plaidoyer de l'auteur en faveur de l'intervention en tant que non-partie, sous réserve d'une refonte de la procédure applicable (chapitre troisième), ainsi que ses développements complets et convaincants sur la notion d'Etat tiers partie indispensable, tant dans le contexte de la commission d'un fait internationalement illicite que dans le contexte des différends maritimes (deuxième chapitre). Cette notion plurivoque de partie indispensable fut encore tout récemment en cause dans l'arrêt du 28 janvier 2021 sur les exceptions préliminaires de la Chambre spéciale du TIDM dans le différend entre Maurice et les Maldives.

MATHILDE FRAPPIER

HERRAN (THOMAS) (DIR.). – *Les 20 ans du Statut de Rome : bilan et perspectives de la Cour pénale internationale*, 1 Vol. broché de 406 p., 2020, Paris (Editions Pedone), ISBN : 978 2 233 00963 0 3

Cet ouvrage réunit les vingt-trois contributions des participants au colloque organisé en 2018 par l'Université de Bordeaux, à l'occasion du vingtième anniversaire du Statut de Rome. Ces contributions sont réparties en quatre temps, tenant aux aspects substantiels et aux aspects formels du Statut, ainsi qu'à son appréhension de la peine et de la justice transitionnelle. Le Statut de Rome est le traité instituant la Cour pénale internationale, marquant un moment historique, tant sur le plan juridique que politique. Le Statut de Rome est tout d'abord un texte juridique historique, en ce qu'il a permis de codifier les règles – écrites, coutumières et jurisprudentielles – du droit international pénal (pp. 103 et 282). Ce phénomène n'est toutefois pas parfait : des innovations ont été introduites, pour élargir tantôt le champ (pp. 116 et 307) tantôt la portée (p. 204) de certaines de ces règles, pour en restreindre d'autres (p. 154), et pour ajouter des règles procédurales inédites (p. 252). La multiplicité de ces modulations s'explique par le

caractère politique de l'adoption du Statut de Rome, fruit de négociations lors desquelles les compromis furent nombreux (pp. 56 et 391). Nombre d'éléments ont ainsi été écartés du texte à défaut de consensus, tels que la notion de groupe politique dans la définition du génocide (pp. 131 et 133), les actes de terrorisme dans celles du crime de guerre (p. 153) et l'idée d'une responsabilité pénale des personnes morales (p. 220). Si l'importance historique de l'adoption de ce Statut est indéniable pour la promotion de la *justice* dans le monde, l'impact du *politique* sur son contenu révèle les défis d'interprétation et les obstacles à sa mise en œuvre qu'il traîne depuis vingt ans maintenant. Nombreux sont pourtant ceux qui présentent le système de Rome comme un succès (p. 278). Là se trouve tout le paradoxe de cet ouvrage : un optimisme à toute épreuve (p. 274), malgré des critiques systémiques partagées par tous. En effet, les difficultés rencontrées par le système de Rome sont multiples et sont au cœur de plusieurs paradoxes.

Premièrement, le système de Rome rencontre des difficultés tant juridiques que pratiques. Sur le plan juridique tout d'abord, le Statut de Rome, comme tout traité en *droit international*, est confronté au fait que se creuse un inévitable écart entre la rigueur de sa lettre et la variabilité des réalités visées (p. 249). Sous cet aspect, la souplesse du texte retenu lors des négociations est louable car elle permet d'en assurer la malléabilité pour son application casuistique (pp. 60 et 256) et son interprétation évolutive (p. 238) – cruciale eu égard à la diversité des situations pouvant être soumises à la Cour (p. 268) et de l'évolution rapide du contexte international (p. 272). Le Statut de Rome dénote toutefois, en tant que texte de *droit pénal*, en raison de ses nombreuses imprécisions (pp. 183, 352 et 386), lacunes (pp. 195 et 333) et silences (p. 166). La rigueur nécessaire à la garantie du principe de légalité lui fait donc défaut (p. 143). Pire encore, la Cour pénale internationale peine à combler ces défauts, et ce pour deux raisons. La première est que sa jurisprudence est opaque, en raison de divergences d'interprétations entre les chambres (p. 238) et de l'inutile complexité de certaines de ses décisions (p. 190). La seconde est que la Cour semble chercher avec difficulté le juste équilibre entre une position jurisprudentielle trop sage (pp. 288 et 341) et une position jurisprudentielle trop audacieuse (p. 186), laissant ainsi perdurer les défauts du Statut (pp. 182 et 200) tout en le compliquant et mettant en péril l'effectivité de la lutte contre l'impunité (pp. 12 et 178). C'est ainsi qu'apparaît légitime la question de savoir si le système de Rome ne permettrait pas le développement d'un droit pénal de l'ennemi (p. 73), sous couvert d'une sélectivité donnant prise à une répression aléatoire (p. 163) et anecdotique (pp. 83 et 192). En somme, la Cour pénale internationale se trouve prise en tenaille entre la *volonté politique du législateur*, les Etats négociateurs (p. 136), et sa *fonction juridictionnelle* supposant d'adapter la lecture du Statut à son objectif (p. 288). Sur le plan pratique désormais, des Etats sont à l'origine de nombreux obstacles à l'action de la Cour (p. 21). A défaut de disposer d'un pouvoir coercitif, l'efficacité de son action repose sur la coopération des Etats parties. Or, celle-ci fait bien souvent défaut (p. 264), la participation à la justice pénale internationale n'étant perçue par les Etats que comme une option politique (p. 275). Pire encore, la Cour semble s'être résignée à accepter cette limite politique de son action, en refusant d'ouvrir une enquête en Afghanistan, à défaut d'espoir d'une coopération suffisante (p. 291). L'ensemble des difficultés, juridiques et pratiques, auxquelles se confronte la Cour, semblent se réunir autour d'une seule et même question : la question du temps (p. 296). A défaut de coopération effective, les Etats ralentissent le processus judiciaire, réduisant ainsi les affaires portées devant la Cour à un faible nombre. Outre les dispositions du Statut

n'ayant pas encore pu être interprétées (pp. 115 et 215), c'est l'émergence de précédents stables qui est en péril (p. 338). Si on ajoute à cela les divergences de jurisprudences, l'action de la Cour se présenterait comme un facteur de découragement des Etats, ralentissant d'autant plus son œuvre (pp. 72 et 291). La Cour apparaît alors prise au piège dans un cercle vicieux. Il est donc heureux de voir émerger des mécanismes de justice transitionnelle (p. 363) en complément de l'action de la Cour (p. 374). Si certains craignent que la prolongation de l'examen préliminaire sur la situation colombienne qui en découle affecte négativement la crédibilité de la Cour (p. 374), il doit être souligné que là ne se trouve pas le cœur du risque encouru (pp. 163 et 375).

Deuxièmement, les difficultés auxquelles fait face la Cour sont la source de paradoxes. D'une part, si la Cour se veut la « vitrine de la justice la plus pure » (p. 22), son objectif de lutte contre l'impunité ne saurait être atteint (p. 88) dès lors que la peine est vécue comme une forme d'impunité (p. 379). C'est pourtant précisément ce qui se produit à l'heure actuelle, en raison du caractère dérisoire des peines d'emprisonnement prononcées (p. 340) et à défaut parfois, comme dans l'affaire *Bemba*, de peine réalisée *a posteriori* de la condamnation, car le temps passé en détention provisoire équivalait à la durée de la peine prononcée (p. 337). Plus encore, si la responsabilité première de condamner les crimes de masses incombe aux Etats (pp. 20 et 272), en vertu du principe de complémentarité (p. 237), l'opacité juridique du Statut freine leur action pénale – certains auteurs confondant alors la complémentarité du système de Rome avec une forme de subsidiarité (p. 382). L'impunité, en principe au cœur du Statut de Rome (pp. 263 et 329), se trouve donc réduite en pratique à une peau de chagrin. D'autre part, l'universalité du Statut de Rome interroge : non seulement les divergences entre les dispositions juridiques selon la langue de rédaction du Statut (p. 42), mais encore les différences culturelles entre les juges qui gangrènent la Cour (pp. 57 et 399), freinent le développement d'une justice pénale véritablement internationale. Plus encore, alors que les Etats sont les premiers responsables de punir les crimes de masse, la question de la compétence universelle est absente du Statut (p. 249). L'universalité, en principe caractéristique du système de Rome, est donc bien loin de correspondre à la réalité de l'activité judiciaire pénale internationale. De ces deux paradoxes systémiques découlent plusieurs questionnements, encore en suspens : des auteurs divergent sur les modalités de calcul de la peine (comp. pp. 170 et 337), d'autres sur l'aménagement de la peine par les autorités étatiques (comp. pp. 28 et 345). Pire, des questions sont délibérément laissées sans réponse par les auteurs (p. 303), admettant parfois leur incapacité à y répondre (p. 26). Il est donc particulièrement étonnant de faire le constat d'un optimisme généralisé, les auteurs choisissant de se réjouir de la pose des « premières briques » d'un système pénal international (p. 353) alors que celles-ci sont bien loin de constituer de solides fondations à la construction d'une forteresse impénétrable. Il n'en demeure pas moins que la complétude de l'ouvrage offre un bilan pertinent sur l'activité de la Cour pénale internationale, d'autant plus opportun à l'aune de son actualité que constituent la condamnation de Dominic Ongwen le 4 février et l'élection de Karim Kahn aux fonctions de Procureur le 12 février dernier.

CÉCILE GOUBAULT-LARRECQ

RASPAIL (HÉLÈNE) (DIR.). – Les droits de l’homme et la mer – *Actes du colloque du Mans, 24 et 25 mai 2018*, 1 vol. broché de 344 p. 2020, Paris (Editions Pedone – Publications de la Fondation René Cassin – Institut International des Droits de l’Homme), ISBN : 978 2 233 00965 4 4

Cet ouvrage, regroupant les actes d’un colloque de 2018, présente les multiples facettes du lien entre les droits de l’homme et la mer. Avant d’explorer plus en détail cette thématique, le rapport introductif particulièrement riche présenté par Hélène RASPAIL permet de souligner l’existence de « problématiques croisées de l’application des droits de l’Homme en mer et de l’émergence de règles de droit de la mer protectrices des droits de l’Homme » (p. 13). Le contributeur y expose clairement l’évolution du droit de la mer, d’un droit interétatique à un droit traversé par le droit international des droits de l’homme. Ainsi, ce recueil de contributions vise à envisager le droit de la mer au-delà des règles contenues dans l’ensemble normatif strict de cet espace, notamment la Convention de Montego Bay. La mer est ainsi analysée dans le cadre d’un triptyque : un espace de liberté, une zone de survie et un moyen de subsistance.

Premièrement, la mer est envisagée comme un espace de liberté. Le postulat de cette première partie est exposé par Jean-Paul COSTA qui explique que « [l]es droits fondamentaux reconnus aux êtres humains ne s’effacent [...] pas du seul fait qu’ils se trouvent en mer » (p. 6). Ce postulat est éclairé par trois contributions. D’abord, Niki ALOUPI présente les possibilités de protection contentieuse de l’équipage et d’autres acteurs privés. Outre les classiques saisines du juge international et actions en protection diplomatique, il existe une action spécifique au droit de la mer qui est « exercée par l’Etat du pavillon à l’égard du navire privé conçu comme un ensemble organisé, autrement dit y compris à l’égard de toute personne privée impliquée dans les activités du navire » (pp. 54-55). Ensuite, Pierre-François LAVAL étudie la projection en haute mer des pouvoirs souverains de l’Etat aux fins de protection des droits fondamentaux. Le contributeur souligne que « les différents systèmes conventionnels de protection des droits donnent peu d’informations sur leur portée *ratione loci* et, ainsi, sur leur vocation à régir les activités étatiques en mer » (p. 76) mais aussi que « [l]a haute mer n’est pas un espace où s’exerce habituellement et durablement une seule et même souveraineté étatique » (p. 86). Enfin, Serena FORLATI se penche sur le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté le cadre de la lutte contre la criminalité en mer. L’auteur explique notamment que « [l]es instruments internationaux de coopération contre la criminalité sont susceptibles d’affecter de manière significative les droits humains » (p. 94). Fort de ces diverses analyses, Lucius CAFLISCH conclut ce premier chapitre en soulignant l’importance des liens entre les droits de l’homme et la mer.

Deuxièmement, la mer est envisagée comme une zone de survie. Jean-Paul COSTA effleure cette problématique en rappelant que « [l]e plus fondamental des droits de l’homme, le droit à la vie, est malheureusement en danger en mer » (p. 6). Diverses contributions permettent d’aborder plusieurs aspects de ce thème. Tout d’abord, Guillaume LE FLOCH étudie la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l’usage de la force en mer. Cette thématique est d’une particulière actualité, l’auteur soulignant que « [a]u cours des dernières décennies, la transcriminalité internationale a largement cru sous toutes ses formes » et que « les Etats ont [...] été contraints de multiplier les opérations de police en mer » (p. 123). Dans ce cadre, même « [s]i l’usage de la force en mer n’est pas interdit, il n’en est pas moins très encadré par différentes

normes issues tant du droit international général que du droit international des droits de l'homme » (p. 125). Ensuite, Seline TREVISANUT aborde la thématique du sauvetage en mer. Le contributeur explique que la reconnaissance du droit individuel au sauvetage en mer « clarifie le contenu de l'obligation de prêter assistance et permet aux victimes de mauvaise gestion ou de négligence dans l'exécution des services SAR (i.e. opérations de recherche et de sauvetage) de rechercher un recours fondé sur le droit à la vie » (p. 163). Enfin, Laura SALVADEGO étudie le principe de non-refoulement en mer. L'auteur s'appuie notamment sur l'exemple des opérations navales conduites par l'Union européenne et ses Etats membres en Méditerranée centrale depuis 2015. L'auteur conclut que « même s'il est possible d'affirmer que l'obligation de non-refoulement est généralement respectée dans le cadre des opérations navales de l'UE, il est néanmoins nécessaire de mener une enquête approfondie sur le respect effectif de l'obligation au cas par cas » (p. 175). Julian FERNANDEZ clôt ce deuxième chapitre en soulignant un problème particulière saillant : « [l]a protection des droits fondamentaux en mer se heurte [...] au défaut de volonté ou au manque de capacité des Etats » (p. 192). En sus de cette analyse doctrinale, les propos de quatre praticiens, résumés par Stefanos GAKIS, mettent en lumière le fait que l'existence d'une réglementation juridique incomplète les expose à des enjeux concrets.

Troisièmement, la mer est envisagée comme un moyen de subsistance. Jean-Paul COSTA évoque notamment « la protection des droits économiques, sociaux et culturels, et aussi du droit de l'environnement » (p. 6). En premier lieu, Alexandre CHARBONNEAU étudie les droits sociaux fondamentaux des gens de mer. Le contributeur souligne l'importance de « la reconnaissance par l'OIT de principes et de droits fondamentaux au travail ayant une portée universelle » (p. 215) mais explique que, malgré celle-ci, « l'accès au juge demeure le plus souvent hypothétique pour celui qui travaille en mer » (p. 215). Ensuite, Sabrina ROBERT-CUENDET analyse la valorisation des énergies marines renouvelables comme moyen de subsistance de l'humanité. L'auteur conclut que « [l]a mise en valeur des ressources énergétiques de la mer dans l'intérêt de l'humanité ne passe pas nécessairement par la définition d'un statut juridique qui opérerait une patrimonialisation commune de ces ressources » (p. 245). De plus, Alexia POGNONEC s'interroge sur le lien entre les ressources biologiques marines et les droits de l'homme. L'auteur rappelle notamment « l'urgence d'adopter des instruments permettant de préserver les espaces marins et leurs ressources biologiques contre le développement croissant des activités en mer » (p. 268). En outre, Béatrice TRIGEAUD, explorant le rapport entre les ressources maritimes et les peuples de l'Arctique, considère que « [l]'accès des peuples autochtones aux ressources maritimes biologiques constituant les bases de leur alimentation ne constitue [...] qu'une infime partie d'un problème plus vaste : celui de la reconnaissance globale de ces peuples sur la scène juridique internationale » (p. 184). Enfin, Marine THEY questionne la place des droits de l'homme dans la protection des éléments du patrimoine culturel sous-marin. L'auteur souligne notamment que « le droit international n'accorde qu'une place très réduite aux droits de l'homme dans le champ de la protection du patrimoine culturel de la mer et [...] se contente plutôt d'imposer certaines obligations aux Etats concernés » (p. 290).

En guise de prélude à la conclusion de cet ouvrage, Tafsir Malick NDIAYE rappelle que « [l]e droit de la mer s'est développé dans un cadre interétatique de partage où les intérêts individuels ont vocation à la subsistance » (p. 327). Cependant, cela n'empêche

nullement la pénétration mutuelle de ces deux corpus, notamment en raison des actes « extra territoriaux » des Etats (p. 338). Les conclusions d'Alain PELLET permettent de souligner la nécessité de la présente étude. Cependant, l'auteur explique que « tout dépend finalement de la volonté politique des Etats et des gouvernements de mettre en œuvre les règles existantes et de les améliorer » (p. 344). Ainsi, le thème pour le moins inédit de ce colloque et la richesse des différentes contributions que celui-ci regroupe permettent de dépasser les distinctions classiques en interrogeant les interstices entre différents domaines du droit international.

CLAIRE MÉRIC

DUCLAUX DE L'ESTOILLE (MARIE). — Les stratégies juridiques en vue de l'abolition universelle de la peine de mort – Rechtsstrategien zur weltweiten Abschaffung der Todesstrafe, 1 vol. broché de 499 p., 2020, Paris (Editions Pedone), ISBN : 978 2 233 00953 1 5

L'ouvrage dont il est ici question est le fruit du travail doctoral de Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE qui a soutenu sa thèse, faite en cotutelle à l'Université de Potsdam et à l'Université Paris 13, le 30 novembre 2018. Le jury était composé des Professeurs Hélène TIGROUDJA et William SCHABAS, rapporteurs, Professeurs Franck LATTY et Andreas ZIMMERMANN, codirecteurs, ainsi que des Professeurs Julien CAZALA et Rainer HOFFMAN. Le Ministère fédéral de la justice et de la protection des consommateurs d'Allemagne a honorée ces travaux du Prix Fritz-Bauer pour les droits de l'homme et l'histoire juridique contemporaine en 2019, ce qui a permis leur publication sous la collection Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme.

La peine de mort, sujet d'apparence classique du droit international des droits de l'homme, est étudiée avec une approche particulièrement originale, bâtie sur la notion de la « politique juridique extérieure » de Guy de Lacharrière (p. 63). Jouant avec les limites du droit, l'auteure explore le passage du politique au juridique à travers la diplomatie et le résultat est plus fidèle à la réalité qu'une analyse stérile confinée au monde juridique ne pourrait jamais l'être. Cette démarche est peut-être expliquée par un engagement associatif auprès de « Ensemble contre la peine de mort » : l'ouvrage est donc le point de rencontre de la théorie avec la pratique, dans tous les sens du terme.

L'étude ouvre avec une introduction offrant un panorama complet sur le droit et la pratique de la peine de mort en droit international. Sont introduits les termes clés qui seront employés par la suite comme les Etats « abolitionnistes *de facto* » et la « communauté fonctionnelle abolitionniste » (p. 56). Ayant donné au lecteur tous les outils, l'auteure présente l'hypothèse de l'existence de stratégies juridiques en faveur de l'abolition de la peine de mort et expose ici l'intérêt des Etats abolitionnistes au respect des règles de droit international qui encadrent la peine de mort, transcendant les intérêts de puissance, qui selon notre humble avis est le point culminant de l'intérêt du sujet.

Par la suite, l'ouvrage est divisé en deux parties. Dans la première consacrée aux stratégies normatives en vue de l'abolition universelle de la peine de mort, Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE étudie les stratégies « d'étirement » des règles abolitionnistes dans un premier temps, consistant en l'extension des abolitions partielles ou des encadrements à la peine de la peine de mort (pp. 75 ss.). Le rôle du *soft law* est analysé de manière méticuleuse dans ce titre. Ensuite, le *soft law* est exploré sous le concept

d'*opinio juris* dans la coutumierisation des nouvelles règles d'abolition, deuxième stratégie normative. L'auteure dépasse la dichotomie *hard law* et *soft law* pour en faire un examen original et contribue d'une certaine manière à la théorie des sources du droit, du moins du point de vue opérationnel (p. 144). Ce faisant, le potentiel normatif des certains instruments non-contraignants est pleinement exploité. Parmi ces instruments, habituellement négligés, nous pouvons citer les observations finales et générales et les constatations des comités conventionnels, les rapports des rapporteurs spéciaux, les comptes-rendus des sessions, ou encore les travaux des commissions de l'Assemblée générale des Nations Unies ; ils trouvent une place substantielle dans la pensée de Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE et lui permettent d'illustrer ces stratégies.

Si la première partie est le fruit d'une réflexion et d'une recherche très profondes, c'est la deuxième partie de l'ouvrage qui est, si l'on peut dire, révolutionnaire pour une thèse en droit. Dédiée aux stratégies opérationnelles en vue de l'abolition universelle de la peine de mort, elle couvre le combat contre la peine de mort à travers le droit des relations consulaires, ayant gagné en importance avec des décisions de la Cour internationale de justice (affaires *LaGrand et Avena*), à travers la suspension des mesures d'éloignement et donc l'extraterritorialisation de l'abolition, mais aussi à travers les moratoires dans le cadre interétatique. D'une manière inédite, l'auteure explore ensuite le partenariat avec les organisations non-gouvernementales dans le cadre transnational (pp. 347 ss.) ; ce chapitre est la charnière de la théorie et de la pratique. Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE explique le rôle que jouent les ONG et les réseaux-d'institutions nationales des droits de l'homme entre autres-dans la lutte contre la peine de mort et se plonge dans l'analyse d'un domaine très largement négligé dans les thèses de droit. Les écrits de l'auteur démontrent la nécessité et la possibilité d'élargir le champ des études juridiques sans basculer vers les relations internationales, mais en sachant rester dans le droit, en l'espèce à travers la notion de la « politique juridique extérieure ».

Clôturant avec un résumé de langue allemande d'une petite trentaine de pages, l'ouvrage est d'ores et déjà un incontournable de toute recherche sur la peine de mort et sur son abolition plus précisément. Grâce à son style clair et un travail de recherche mené minutieusement, Marie DUCLAUX DE L'ESTOILLE allie parfaitement fond et forme.

BAŞAK ETKIN

DAVID (VALESKA). — *Cultural Difference and Economic Disadvantage in Regional Human Rights Courts, An integrated review*, 1 vol. broché de 406 p., 2020, Cambridge, (Editions Intersentia), ISBN : 978 1 78068 833 6 6

Le présent ouvrage est issu de la publication de la thèse de l'auteure préparée sous la direction du Professeur Eva BREMS à Ghent University. L'auteure a pour ambition d'offrir une analyse poussée d'une problématique qui n'a été traitée jusqu'ici que de manière fragmentaire par la doctrine, en proposant une lecture holistique des affaires liées aux difficultés que rencontrent certains groupes de personnes en raison à la fois de leur différence culturelle et de leur situation économique. L'ouvrage présente aussi un intérêt pluridisciplinaire puisqu'il est susceptible d'attirer l'attention non seulement des juristes mais aussi des sociologues, voire des anthropologues.

L'auteure examine ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et celle de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme (CourIADH) portant sur les droits des minorités culturelles et linguistiques, des peuples autochtones et des personnes privées de moyens financiers qui leur permettraient de vivre en dignité. En particulier, l'ouvrage se concentre sur l'analyse critique de la jurisprudence de la CourEDH concernant la reconnaissance de l'identité ethnoculturelle de Roms et l'identité religieuse des musulmans. La présentation de la jurisprudence de la CourIADH est par ailleurs focalisée sur la différence culturelle des peuples autochtones, des communautés indigènes et des personnes d'ascendance africaine. Ceci étant, l'auteure n'explique pas la raison pour laquelle la jurisprudence de la CourEDH relative à la protection des droits des peuples autochtones en Europe a été exclue de son champ de recherche. Il en résulte que les références à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sont loin d'être abondantes en la matière. S'il est vrai que la majorité des recours relatifs aux droits des autochtones ont été jugés irrecevables par la CourEDH, il n'en reste pas moins qu'une brève allusion à ces affaires, dans l'introduction et au premier chapitre qui délimitent la portée de l'étude, aurait permis aux lecteurs d'avoir un aperçu global de la jurisprudence des deux juridictions régionales sur les droits invoqués par les autochtones.

En se concentrant sur les rapports entre la protection des droits de l'homme, la diversité culturelle et la pauvreté, l'auteure souligne qu'il s'agit d'un sujet controversé. Visant à démontrer le lien entre ces notions, elle choisit de manière prudente les termes et les concepts dans le premier chapitre de son ouvrage. Le terme « désavantage » est fréquemment utilisé à la place du terme « diversité » pour démontrer que les droits de certains individus ou groupes de personnes sont méconnus en raison de leur race, religion, situation familiale ou économique. De plus, l'auteure se sert de concepts aptes à fonder les rapports entre les droits de l'homme, la diversité culturelle et la pauvreté, tels l'interdépendance normative et l'indivisibilité des droits de l'homme.

Après avoir défini dans le premier chapitre les notions sur lesquelles elle va fonder son raisonnement, l'auteure utilise les mêmes critères au niveau de la méthodologie pour présenter la jurisprudence de la CourEDH et de la CourIADH dans les chapitres suivants. Elle cible dans un premier temps les éléments permettant de comprendre comment ces deux juridictions appréhendent l'identité culturelle ou la position socio-économique des requérants. Dans un second temps, l'auteure examine la question de savoir si les juridictions adoptent une approche globale de l'affaire en se penchant sur des critères qui vont au-delà des traits caractérisant un groupe. Dans le cadre de ce contrôle, elle ne manque pas de vérifier les références des juridictions à des sources externes à leur propre système juridique pour évaluer leur apport aux arrêts rendus.

Il ne fait aucun doute que les affaires portant sur les différences culturelles des personnes physiques présentent un intérêt tant individuel que collectif. L'originalité du traitement du sujet retenu par le présent ouvrage réside dans l'exposition des risques que soulèvent les affaires impliquant les intérêts d'un groupe ethnoculturel ou religieux. L'auteure associe la théorie de l'essentialisme à la pratique des juridictions régionales lorsque celles-ci se fondent sur des catégorisations abstraites sans tenir compte du contexte spécifique de chaque cas examiné. Elle propose ainsi que la juridiction de Strasbourg adopte une approche holistique qui lui permettrait d'établir que certains individus peuvent appartenir à plusieurs groupes.

Il découle des affaires examinées que le mode de vie des Roms ainsi que le port de signes religieux peuvent être considérés nuisibles à l'Etat et à autrui. De plus, la communauté indigène et surtout les activités qu'elle mène peuvent être contraires au bien économique du pays. Sur ce point, plusieurs exemples jurisprudentiels illustrent le cas d'un conflit entre l'intérêt général de l'Etat défendeur et le besoin des groupes culturels de protéger leurs modes de vie traditionnels. Il importe d'ailleurs de souligner que les approches de la CourEDH et de la CourIADH divergent s'agissant de l'identité culturelle des groupes et des individus. En effet, la CourEDH met l'accent sur la liberté des personnes de choisir un mode de vie qui ne se heurte pas à l'intérêt étatique. En revanche, un tel critère ne figure pas dans la jurisprudence de la CourIADH. Selon l'auteure, la liberté des requérants quant au choix de leur mode de vie ne devrait pas être prise en considération par la CourEDH. Bien qu'elle considère que la jurisprudence de la CourIADH soit plus développée en la matière, son analyse jurisprudentielle révèle les défis que cette juridiction a rencontrés au niveau de la protection des droits des peuples autochtones et la réparation qu'ils devraient recevoir pour les violations subies. Si l'auteure adopte une approche critique à l'égard des positions jurisprudentielles pertinentes, elle n'en reconnaît pas moins dans son argumentation les éléments marquant un développement au niveau de la protection des droits des groupes ayant une différence culturelle. Il en va tout particulièrement ainsi de la reconnaissance des caravanes en tant que domicile au titre de l'article 8 de la CEDH par la CourEDH, ainsi que de l'élargissement opéré par la CourIADH des détenteurs de droits et plus précisément des communautés indigènes.

Contrairement aux caractéristiques culturelles, les désavantages socio-économiques ne sont pas évoqués comme éléments constitutifs de l'identité d'un groupe dans la jurisprudence des juridictions régionales. L'auteure précise les difficultés que certains groupes de personnes peuvent rencontrer lorsque la CourEDH n'associe pas leur situation économique à d'autres facteurs sociaux propres à justifier leur vulnérabilité. L'autonomie dont disposent les individus pour améliorer leur situation économique a été souvent utilisée en tant qu'argument principal par les Etats défendeurs dans des affaires portées devant la CourEDH et cette dernière a parfois retenu cette position. L'accent de la CourEDH sur la situation économique d'un Etat peut selon l'auteure être défavorable pour la protection des droits de l'homme, dans la mesure où la CourEDH risque de reconnaître une marge d'appréciation étendue aux Etats dans le domaine économique. Contrairement à la CourEDH, la CourIADH s'est dans plusieurs cas fondée sur des facteurs sociaux pour justifier une situation de pauvreté. Du reste, le lien entre les choix personnels et la pauvreté a été peu discuté dans la jurisprudence de cette juridiction. Si la CourIADH est plus familiarisée avec des questions de pauvreté et d'inégalité, sa jurisprudence ne reconnaît qu'implicitement la vulnérabilité des personnes en pauvreté nécessitant une protection spéciale.

Ayant exposé les positions, dans la majorité des cas divergentes, des deux juridictions régionales s'agissant d'affaires portant sur la différence culturelle ou la position économique des groupes de personnes ou des individus, l'auteure complète son approche critique en faisant quelques propositions à l'intention des juges. Ainsi, dans sa conclusion particulièrement intéressante et originale, elle se réfère aux moyens tant procéduraux que substantiels que la CourEDH et la CourIADH pourraient mobiliser dans le but de forger une approche plus avantageuse à l'égard des groupes de personnes et des individus dont plusieurs aspects de la vie sociale sont dissociés de leur différence culturelle et de leur situation économique.

EVANGELIA VASALOU

DOCUMENTS

ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE ARABE D'ÉGYPTE ET LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE HELLÉNIQUE SUR LA DÉLIMITATION DE LA ZONE ÉCONOMIQUE EXCLUSIVE ENTRE LES DEUX ÉTATS

Traduction libre de l'arabe par Mme Mira Hamad

Le Gouvernement de la République arabe d'Égypte et le Gouvernement de la République hellénique (ci-après, « Partie » individuellement, ou « les Parties » communément) :

Se référant aux principes et buts de la Charte des Nations-Unies ;

Désirant contribuer de bonne foi à la stabilité de la région, conformément au droit international ;

Désirant renforcer les relations de voisinage et les liens d'amitié et de coopération mutuelle ;

Conscients du besoin de délimiter la Zone Economique Exclusive propre à chacune des Parties, et sur laquelle chacune des Parties a le droit d'exercer ses droits souverains et sa compétence, conformément au droit international ;

Reconnaissant l'importance de délimiter leurs zones économiques dans le but du développement des deux Etats ;

Ayant connaissance de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, à laquelle les deux Etats sont parties ;

Conscient de l'importance de la conclusion d'un accord basé sur le droit international ;

Ont décidé ce qui suit :

Article (1)

a. Cet accord établit une délimitation partielle de la frontière maritime entre les deux Parties. L'achèvement de sa délimitation devra être conduite, au moment approprié, par le biais de consultations entre les deux Parties au delà du point (A) et du point (E), conformément au droit international.

b. La ligne de délimitation partielle entre la zone économique exclusive de chacune des deux Parties est définies par les points (A Est) à (E Ouest), conformément à la liste de coordonnées géographiques ci-jointe en Annexe I, qui constitue une partie intégrante du présent accord. La partie de la ligne de délimitation entre la zone économique exclusive de chacune des deux Parties entre les points (A Est) et (E Ouest) est obligatoire et finale.

c. La ligne de délimitation, telle que déterminée au paragraphe 1(b) ci-dessous, apparaît graphiquement sur le tableau hydrographique ci-joint en Annexe II, qui constitue une partie intégrante du présent accord.

d. Les coordonnées géographiques du point (A) peuvent être révisées vers l'est, et ceux du point (E) vers l'ouest, par un accord entre les deux Parties, dans le cas de futures délimitations de la zone économique exclusive avec d'autres Etats voisins concernés, pourvu que la révision soit limitée au regard du point (A) dans le sens d'une extension vers l'est, et le point (E) dans le sens d'une extension vers l'Ouest.

e. Sans préjudice des dispositions de l'article 1 (d), si l'un des deux Etats s'engage dans des négociations visant la délimitation de la zone économique exclusive avec un autre Etat qui partage avec les deux Etats des zones maritimes, cette Partie, avant la conclusion finale d'accord avec cet Etat tiers, devra notifier et consulter l'autre Partie.

Article (2)

Dans l'hypothèse où il y aurait des ressources naturelles, y compris des réservoirs d'hydrocarbures, s'étendant de la zone économique exclusive d'une Partie vers la zone économique exclusive de l'autre, les deux Parties doivent coopérer afin de parvenir à un accord sur les modalités d'exploitation de telles ressources.

Article (3)

Toute différends relatif à l'interprétation ou l'application du présent accord est réglé par les voies diplomatiques dans un esprit de compréhension et de coopération.

Article (4)

a. Cette accord ne peut faire l'objet d'une dénonciation, d'un retrait ou d'une suspension pour quelque raison que ce soit.

b. Cet accord peut être amendé uniquement par accord entre les deux Parties.

Article (5)

a. Le présent accord est soumis est soumis à la ratification suivant les procédures constitutionnelles dans chacune des deux Parties.

b. Le présent accord entre en vigueur à la date d'échange des instruments de ratification par les deux Parties.

Fait au Caire, le 6 août 2020, en deux copies originales en langues arabe, grecque et anglaise, tous les textes étant également authentiques. En cas de divergences dans l'interprétation des textes, la version anglaise prévaut.

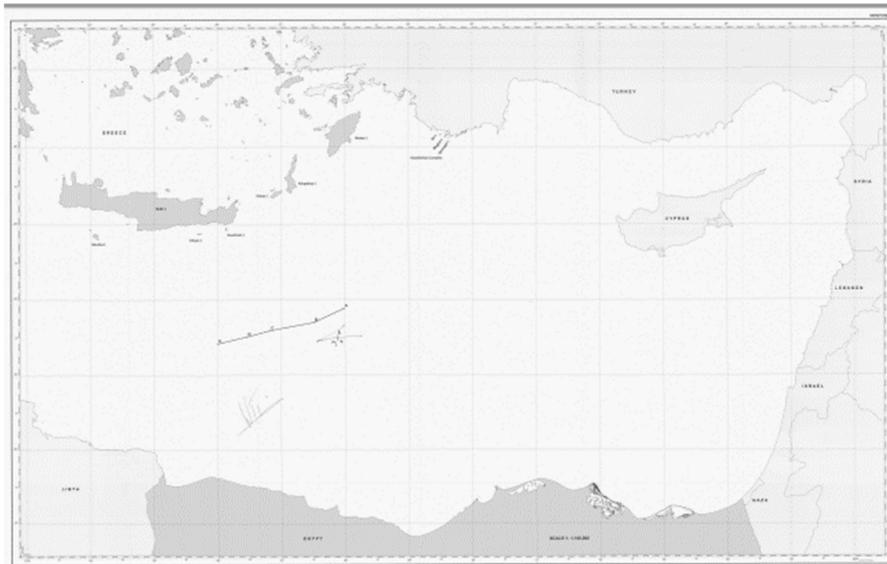
Pour la République arabe d'Egypte
Sameh Choukry
Ministre des Affaires étrangères

Pour la République hellénique
Nikolaos-Georgios S. Dendias
Ministre des Affaires étrangères

ANNEXE I

Liste des coordonnées géographiques

Coordonnées géographiques (WGS84)		Point
Latitude	Longitude	
33-53-05.00N	027-59-02.00E	A
33-41-56.41N	027-30-42.47E	B
33-35-24.09N	026-49-34.27E	C
33-30-26.24N	026-27-35.54E	D
33-24-56.14N	026-00-00.00E	E



Sommaire

In memoriam

jean-Pierre QUENEUDEC Jacques DEHAUSSY (1924-2021)	5
Jean-Denis MOUTON et Batyah SIERPINSKI Jean CHARPENTIER (1928-2020)	9

Articles

Serge SUR - Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) Le traité international entre bouquet d'actes unilatéraux et fait juridique international	13
Leonardo BORLINI - Professeur associé de droit international public, Université Bocconi de Milan Robert KOLB - Professeur de droit international public à l'Université de Genève Le Conseil de sécurité des Nations Unies et les entités non étatiques	25

Chronique des faits internationaux Sous la direction de Thibaut FLEURY GRAFF	49
--	----

Chronique de jurisprudence internationale Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL	109
---	-----

Jurisprudence française en matière de droit international public Sous la direction de Baptiste TRANCHANT	177
--	-----

Bibliographie critique Sous la direction de Sébastien TOUZÉ	205
---	-----

Documents	221
------------------	-----
