

# **Rapport de la Commission du droit international**

**Soixante-septième session  
(4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2015)**



**Nations Unies • New York, 2015**

---

\*\* Deuxième tirage pour raisons techniques le 3 décembre 2015.



*Note*

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2015*.

## Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	8
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-septième session.....	12
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission.....	15
IV. La clause de la nation la plus favorisée.....	17
V. Protection de l'atmosphère.....	21
VI. Détermination du droit international coutumier.....	41
VII. Crimes contre l'humanité.....	52
VIII. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.....	91
IX. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.....	112
X. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	124
XI. Application provisoire des traités.....	140
XII. Autres décisions et conclusions de la Commission.....	148
Annexe Rapport final – Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée.....	158

---

## Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	8
A. Membres de la Commission . . . . .	8
B. Nomination à un siège devenu vacant après élection . . . . .	9
C. Membres du Bureau et Bureau élargi . . . . .	9
D. Comité de rédaction . . . . .	9
E. Groupe d'étude et Groupe de travail . . . . .	10
F. Secrétariat . . . . .	11
G. Ordre du jour . . . . .	11
II. Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-septième session . . . . .	12
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission . . . . .	15
A. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités . . . . .	15
B. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés . . . . .	15
C. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État . . . . .	16
D. Application provisoire des traités . . . . .	16
E. <i>Jus cogens</i> . . . . .	16
IV. La clause de la nation la plus favorisée . . . . .	17
A. Introduction . . . . .	17
B. Examen du sujet à la présente session . . . . .	17
C. Hommage au Groupe d'étude et à son président . . . . .	19
V. Protection de l'atmosphère . . . . .	21
A. Introduction . . . . .	21
B. Examen du sujet à la présente session . . . . .	21
C. Texte des projets de directives sur la protection de l'atmosphère, et des paragraphes du préambule, provisoirement adoptés par la Commission à ce jour . . . . .	23
1. Texte des projets de directives et des paragraphes du préambule . . . . .	23
2. Texte des projets de directives et des paragraphes du préambule, et commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session . . . . .	25
Commentaire général . . . . .	25
Préambule . . . . .	25
Commentaire . . . . .	26
Directive 1 Définitions . . . . .	29
Commentaire . . . . .	29
Directive 2 Champ d'application des directives . . . . .	34
Commentaire . . . . .	34

	Directive 5	Coopération internationale.....	36
		Commentaire.....	36
VI.	Détermination du droit international coutumier.....		41
	A.	Introduction.....	41
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	41
		1. Présentation par le Rapporteur spécial du troisième rapport.....	43
		2. Résumé du débat.....	45
		a) Observations générales.....	45
		b) Relation entre les deux éléments constitutifs.....	46
		c) L'inaction comme pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit ( <i>opinio juris</i> ).....	46
		d) Le rôle des traités et des résolutions.....	46
		e) Jurisprudence et doctrine.....	47
		f) Importance des organisations internationales et des acteurs non étatiques.....	48
		g) Coutume particulière.....	48
		h) Objecteur persistant.....	48
		i) Programme de travail futur.....	49
		3. Conclusions du Rapporteur spécial.....	49
VII.	Crimes contre l'humanité.....		52
	A.	Introduction.....	52
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	52
	C.	Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session.....	53
		1. Texte des projets d'article.....	53
		2. Texte des projets d'article et des commentaires s'y rapportant, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-septième session.....	55
		Article 1	
		Champ d'application.....	55
		Commentaire.....	55
		Article 2	
		Obligation générale.....	56
		Commentaire.....	56
		Article 3	
		Définition des crimes contre l'humanité.....	60
		Commentaire.....	61
		Article 4	
		Obligation de prévention.....	78
		Commentaire.....	78
VIII.	Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.....		91
	A.	Introduction.....	91
	B.	Examen du sujet à la présente session.....	92

C.	Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission jusqu'à présent . . . . .	92
1.	Texte des projets de conclusion . . . . .	92
2.	Texte du projet de conclusion et du commentaire y relatif adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session . . . . .	96
	Conclusion 11 Actes constitutifs d'organisations internationales . . . . .	96
	Commentaire . . . . .	96
IX.	Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés . . . . .	112
A.	Introduction . . . . .	112
B.	Examen du sujet à la présente session . . . . .	112
1.	Présentation par la Rapporteuse spéciale du deuxième rapport . . . . .	114
2.	Résumé du débat . . . . .	115
a)	Observations générales . . . . .	115
b)	Champ d'application . . . . .	117
c)	Objet . . . . .	118
d)	Emploi des termes . . . . .	118
e)	Projet de principe 1 . . . . .	119
f)	Projet de principe 2 . . . . .	119
g)	Projet de principe 3 . . . . .	120
h)	Projet de principe 4 . . . . .	120
i)	Projet de principe 5 . . . . .	121
j)	Programme de travail futur . . . . .	121
3.	Observations finales de la Rapporteuse spéciale . . . . .	122
X.	Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État . . . . .	124
A.	Introduction . . . . .	124
B.	Examen du sujet à la présente session . . . . .	125
1.	Présentation par la Rapporteuse spéciale du quatrième rapport . . . . .	125
2.	Résumé du débat . . . . .	130
a)	Observations générales . . . . .	130
b)	Méthodologie . . . . .	131
c)	Projet d'article 2 f) : Définition de l'expression « acte accompli à titre officiel » . . . . .	132
i)	« Acte accompli à titre officiel » par opposition à « acte accompli à titre privé » . . . . .	132
ii)	Nature pénale de l'acte . . . . .	133
iii)	Attribution de l'acte à l'État . . . . .	134
iv)	Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique . . . . .	135

d) Projet d'article 6 : Portée de l'immunité <i>ratione materiae</i> .....	136
e) Futur programme de travail .....	136
3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale .....	137
XI. Application provisoire des traités .....	140
A. Introduction .....	140
B. Examen du sujet à la présente session .....	140
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport .....	141
2. Résumé du débat .....	142
a) Observations générales .....	142
b) Relation avec d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 .....	144
c) Application provisoire d'un traité avec la participation d'organisations internationales .....	145
d) Observations sur les projets de directive .....	145
3. Conclusions du Rapporteur spécial .....	147
XII. Autres décisions et conclusions de la Commission .....	148
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission .....	148
1. Inscription d'un nouveau sujet au programme de travail de la Commission .....	148
2. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme .....	148
3. Examen de la résolution 69/123 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative à l'état de droit aux niveaux national et international .....	148
4. Examen des paragraphes 10 à 13 de la résolution 69/118 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session .....	150
5. Honoraires .....	151
6. Documentation et publications .....	151
7. <i>Annuaire de la Commission du droit international</i> .....	152
8. Aide de la Division de la codification .....	152
9. Sites Web .....	152
10. Médiathèque de droit international des Nations Unies .....	153
B. Dates et lieu de la soixante-huitième session de la Commission .....	153
C. Hommage au Secrétaire de la Commission .....	153
D. Coopération avec d'autres organes .....	153
E. Représentation à la soixante-dixième session de l'Assemblée générale .....	154
F. Séminaire de droit international .....	155
Annexe Rapport final – Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée .....	158

## Chapitre I

### Introduction

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-septième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 4 mai au 5 juin 2015 pour la première partie de la session et du 6 juillet au 7 août 2015 pour la seconde partie. La session a été ouverte par M. Shinya Murase, Premier Vice-Président de la Commission à la soixante-sixième session.

#### A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants :
- M. Mohammed Bello Adoke (Nigéria)
  - M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
  - M. Lucius Caflisch (Suisse)
  - M. Enrique J. A. Candiotti (Argentine)
  - M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)
  - M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libye)
  - M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández (Espagne)
  - M. Mathias Forteau (France)
  - M. Juan Manuel Gómez-Robledo (Mexique)
  - M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
  - M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
  - M. Huikang Huang (Chine)
  - M<sup>me</sup> Marie G. Jacobsson (Suède)
  - M. Maurice Kamto (Cameroun)
  - M. Kriangsak Kittichaisaree (Thaïlande)
  - M. Roman A. Kolodkin (Fédération de Russie)<sup>1</sup>
  - M. Ahmed Laraba (Algérie)
  - M. Donald M. McRae (Canada)
  - M. Shinya Murase (Japon)
  - M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)
  - M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
  - M. Georg Nolte (Allemagne)
  - M. Ki Gab Park (République de Corée)
  - M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)
  - M. Ernest Petrič (Slovénie)

---

<sup>1</sup> Voir par. 3 ci-après.

M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)  
 M. Narinder Singh (Inde)  
 M. Pavel Šturma (République tchèque)  
 M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)  
 M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)  
 M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)  
 M. Amos S. Wako (Kenya)  
 M. Nugroho Wisnumurti (Indonésie)  
 Sir Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord).

## B. Nomination à un siège devenu vacant après élection

3. Le 8 mai 2015, la Commission a élu M. Roman A. Kolodkin afin de pourvoir au siège rendu vacant par la démission de M. Kirill Gevorgian.

## C. Membres du Bureau et Bureau élargi

4. À sa 3244<sup>e</sup> séance, le 4 mai 2015, la Commission a élu le Bureau suivant :

<i>Président</i> :	M. Narinder Singh (Inde)
<i>Premier Vice-Président</i> :	M. Amos S. Wako (Kenya)
<i>Deuxième Vice-Président</i> :	M. Pavel Šturma (République tchèque)
<i>Président du Comité de rédaction</i> :	M. Mathias Forteau (France)
<i>Rapporteur</i> :	M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur).

5. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens Présidents de la Commission<sup>2</sup> et des rapporteurs spéciaux<sup>3</sup>.

6. La Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants : M. A. S. Wako (Président), M. L. Caflisch, M. P. Comissário Afonso, M. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M. H. Huang, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. B. H. Niehaus, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

## D. Comité de rédaction

7. À ses 3245<sup>e</sup>, 3250<sup>e</sup>, 3257<sup>e</sup>, 3261<sup>e</sup>, 3269<sup>e</sup>, 3278<sup>e</sup> et 3280<sup>e</sup> séances, tenues les 5, 13 et 27 mai et le 3 juin et les 14, 24 et 29 juillet 2015, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués :

<sup>2</sup> M. L. Caflisch, M. E. Candiotti, M. M. Kamto, M. B. H. Niehaus, M. E. Petrič et M. N. Wisnumurti.

<sup>3</sup> M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. J. M. Gómez-Robledo, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina et Sir Michael Wood.

a) *Détermination du droit international coutumier* : M. M. Forteau (Président), Sir Michael Wood (Rapporteur spécial), M. M. D. Hmoud, M. H. Huang, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

b) *Protection de l'atmosphère* : M. M. Forteau (Président), M. S. Murase (Rapporteur spécial), M. M. D. Hmoud, M. H. Huang, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. D. M. McRae, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. D. D. Tladi, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

c) *Crimes contre l'humanité* : M. M. Forteau (Président), M. S. D. Murphy (Rapporteur spécial), M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. M. D. Hmoud, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. D. D. Tladi, M. A. S. Wako, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

d) *Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* : M. M. Forteau (Président), M. G. Nolte (Rapporteur spécial), M. K. Kittichaisaree, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. S. D. Murphy, M. K. G. Park, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

e) *Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés* : M. M. Forteau (Président), M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson (Rapporteuse spéciale), M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. J. M. Gómez-Robledo, M. M. D. Hmoud, M. H. Huang, M. K. Kittichaisaree, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. G. V. Saboia, M. P. Šturma, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

f) *Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État* : M. M. Forteau (Président), M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández (Rapporteuse spéciale), M. M. D. Hmoud, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. D. D. Tladi, M. A. S. Wako, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit);

g) *Application provisoire des traités* : M. M. Forteau (Président), M. J. M. Gómez-Robledo (Rapporteur spécial), M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. M. Kamto, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. D. D. Tladi, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

8. Le Comité de rédaction a tenu un total de 34 séances sur les sept sujets susmentionnés.

## E. Groupe d'étude et Groupe de travail

9. À sa 3249<sup>e</sup> séance, tenue le 12 mai 2015, la Commission a reconstitué le groupe d'étude ci-après :

*Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée* : M. D. M. McRae (Président), M. L. Caflisch, M. M. Forteau, M. M. D. Hmoud, M. M. Kamto, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. K. G. Park, M. N. Singh, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

10. Le Groupe de planification a reconstitué le groupe de travail ci-après :

*Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le quinquennat* : M. D. M. McRae (Président), M. L. Caflisch, M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. K. Kittichaisaree,

M. A. Laraba, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. N. Singh, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, Sir Michael Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

## F. Secrétariat

11. Miguel de Serpa Soares, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, représentait le Secrétaire général. M. George Korontzis, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général du 4 mai au 5 juin 2015. M. Huw Llewellyn, juriste principal, assumait les fonctions de sous-secrétaire principal. Après le départ à la retraite de M. George Korontzis et la nomination de M. Huw Llewellyn au poste de directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, M. Huw Llewellyn a assumé les fonctions de secrétaire de la Commission à compter du 8 juin 2015. M. Trevor Chimimba et M. Arnold Pronto, juristes hors classe, assumaient les fonctions de secrétaires assistants principaux de la Commission. M<sup>me</sup> Hanna Dreifeldt-Lainé et M. David Nanopoulos, juristes, étaient secrétaires assistants de la Commission.

## G. Ordre du jour

12. À sa 3244<sup>e</sup> séance, le 4 mai 2015, la Commission a adopté pour sa soixante-septième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
3. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.
4. La clause de la nation la plus favorisée.
5. Application provisoire des traités.
6. Détermination du droit international coutumier.
7. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.
8. Protection de l'atmosphère.
9. Crimes contre l'humanité.
10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Date et lieu de la soixante-huitième session.
12. Coopération avec d'autres organes.
13. Questions diverses.

## Chapitre II

### Résumé des travaux de la Commission à sa soixante-septième session

13. En ce qui concerne le sujet « **Clause de la nation la plus favorisée** », la Commission a reçu et a accueilli avec satisfaction le rapport final sur les travaux du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée et a approuvé le résumé des conclusions du Groupe d'étude. Elle a recommandé que le rapport final soit porté à l'attention de l'Assemblée générale et a encouragé sa diffusion la plus large possible. Elle a ainsi achevé son examen du sujet (chap. IV).

14. En ce qui concerne le sujet « **Protection de l'atmosphère** », la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial [[A/CN.4/681](#) et [Corr.1](#) (chinois seulement)] qui, après une analyse plus approfondie des projets de directive soumis dans le premier rapport, présentait un ensemble de projets de directive révisés portant sur l'emploi des termes, le champ d'application des directives et la préoccupation commune de l'humanité, ainsi que des projets de directive relatifs à l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère et à la coopération internationale. À l'issue de son débat sur ce rapport, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1, 2, 3 et 5 tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, étant entendu que le projet de directive 3 serait examiné dans le contexte d'un éventuel préambule. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction ([A/CN.4/L.851](#)), elle a adopté provisoirement les projets de directives 1, 2 et 5 et quatre alinéas du préambule, ainsi que des commentaires s'y rapportant (chap. V).

15. Pour ce qui est du sujet « **Détermination du droit international coutumier** », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial ([A/CN.4/682](#)), qui contenait, notamment, des paragraphes supplémentaires à insérer dans trois des projets de conclusion proposés dans le deuxième rapport ([A/CN.4/672](#)) et cinq nouveaux projets de conclusion relatifs, respectivement, à la relation entre les deux éléments constitutifs du droit international coutumier, au rôle de l'inaction, au rôle des traités et des résolutions, à la jurisprudence et à la doctrine, à la pertinence des organisations internationales, ainsi qu'à la coutume particulière et à l'objecteur persistant. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport. Elle a reçu le rapport du Comité de rédaction ([A/CN.4/L.869](#)), et a pris note des projets de conclusions 1 à 16 [15] adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions (chap. VI).

16. S'agissant du sujet « **Crimes contre l'humanité** », la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial ([A/CN.4/680](#)), qui contenait notamment deux projets d'article relatifs, respectivement, à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité et à la définition des crimes contre l'humanité. À l'issue du débat en séance plénière, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'article proposés par le Rapporteur spécial. Après avoir examiné le rapport du Comité de rédaction ([A/CN.4/L.853](#)), elle a adopté provisoirement les projets d'articles 1 à 4, et les commentaires s'y rapportant (chap. VII).

17. En ce qui concerne le sujet « **Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités** », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial ([A/CN.4/683](#)), qui contenait, entre autres, un projet de conclusion relatif aux actes constitutifs des organisations internationales. À l'issue du débat en séance plénière, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial. Après avoir examiné le rapport du

Comité de rédaction (A/CN.4/L.854), elle a adopté provisoirement le projet de conclusion 11 ainsi que le commentaire y relatif (chap. VIII).

18. En ce qui concerne le sujet « **Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés** », la Commission était saisie du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685) qui, entre autres, recensait et examinait les règles existantes régissant les conflits armés qui intéressaient directement la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Ce rapport contenait cinq projets de principe et trois projets d'alinéa du préambule portant sur le champ d'application et l'objet du projet de principes ainsi que sur l'emploi des termes. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet de préambule et les projets de principe, tel qu'ils figuraient dans le rapport de la Rapporteuse spéciale, étant entendu que la disposition relative à l'« emploi des termes » était renvoyée dans le but de faciliter les discussions et serait laissée en suspens par le Comité de rédaction. La Commission a ensuite reçu le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.870) et a pris note des projets de dispositions introductives et des projets de principes I-(x) à II-5, adoptés provisoirement par le Comité de rédaction (chap. IX).

19. Pour ce qui est du sujet « **Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État** », la Commission était saisie du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/686), qui était consacré à l'examen des autres aspects de la portée matérielle de l'immunité *ratione materiae*, à savoir ce qui constituait un « acte accompli à titre officiel », et de sa portée temporelle. Le rapport contenait un projet d'article 2, alinéa f), proposant une définition de ce que l'on entend par « acte accompli à titre officiel » et un projet d'article 6 sur la portée de l'immunité *ratione materiae*. À l'issue du débat en séance plénière, la Commission a décidé de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction. Elle a reçu ensuite le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.865), et a pris note notamment des projets d'articles 2, alinéa f) et 6, adoptés provisoirement par le Comité de rédaction (chap. X).

20. S'agissant du sujet « **Application provisoire des traités** », la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/687) qui portait sur le rapport entre l'application à titre provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et la question de l'application à titre provisoire par les organisations internationales. Elle était aussi saisie d'une étude (A/CN.4/676) établie par le Secrétariat sur l'application provisoire en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986. La Commission a renvoyé au Comité de rédaction six projets de directive proposés par le Rapporteur spécial. Elle a ensuite entendu un rapport oral provisoire présenté par le Président du Comité de rédaction, sur les projets de directives 1 à 3, adoptés provisoirement par le Comité de rédaction, et qui lui ont été soumis uniquement à titre d'information (chap. XI).

21. La Commission a créé un Groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XII, sect. A). Elle a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « *Jus cogens* » et de nommer M. Dire Tladi Rapporteur spécial pour ce sujet (chap. XII, sect. A. 1).

22. La Commission a poursuivi ses échanges d'informations avec la Cour internationale de Justice, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), le Comité juridique interaméricain, le Comité des conseillers juridiques en matière de droit international public du Conseil de l'Europe (CAHDI) et la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme s'est également adressé à la Commission.

Un échange de vues informel a eu lieu entre les membres de la Commission et des représentants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR).

23. La Commission a recommandé que sa soixante-huitième session se tienne à Genève du 2 mai au 10 juin et du 4 juillet au 12 août 2016 (chap. XII, sect. B).

### Chapitre III

## Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

24. La Commission estime toujours pertinente la demande d'informations qu'elle a formulée au chapitre III du rapport sur sa précédente session concernant les sujets suivants : « Protection de l'atmosphère »<sup>4</sup>, « Détermination du droit international coutumier »<sup>5</sup> et « Crimes contre l'humanité »<sup>6</sup>, et apprécierait d'obtenir des informations supplémentaires.

25. La Commission apprécierait également toute information concernant les points suivants, qui pourrait lui être communiquée le 31 janvier 2016, au plus tard, afin d'être prise en compte dans les rapports respectifs des rapporteurs spéciaux.

#### A. Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

26. Il serait utile pour la Commission que les États et les organisations internationales lui fournissent :

a) Des exemples de décisions de tribunaux internes dans lesquelles un accord ultérieur ou une pratique ultérieure a contribué à l'interprétation d'un traité; et

b) Des exemples de cas dans lesquels les textes émanant d'un organe conventionnel composé d'experts indépendants ou autres actions d'un tel organe ont été considérés comme donnant naissance à des accords ultérieurs ou à une pratique ultérieure pertinents pour l'interprétation d'un traité.

#### B. Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

27. La Commission apprécierait que les États lui indiquent si, dans leur pratique, le droit international ou national de l'environnement a été interprété comme étant applicable en rapport avec un conflit armé international ou non international. La Commission apprécierait en particulier des exemples :

a) De traités, notamment de traités régionaux ou bilatéraux pertinents;

b) De législation nationale pertinente pour le sujet, y compris de législation donnant effet à des traités régionaux ou bilatéraux;

c) De jurisprudence relative à l'application du droit international ou national de l'environnement dans des différends relatifs à un conflit armé.

28. La Commission souhaiterait également que les États lui indiquent s'ils disposent d'instruments visant à protéger l'environnement en relation avec un conflit armé, par exemple : la législation et la réglementation nationales; les manuels militaires, les procédures opérationnelles normalisées, les règles d'engagement ou les accords sur le statut des forces applicables lors des opérations internationales; et les politiques de gestion de l'environnement en rapport avec les activités concernant la défense. La

<sup>4</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 27.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 29 et 30.

<sup>6</sup> *Ibid.*, par. 34.

Commission serait particulièrement intéressée par des informations sur les instruments relatifs aux mesures de prévention et de réparation.

**C. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**

29. La Commission apprécierait que les États lui fournissent des informations sur leur droit interne et leur pratique, en particulier leur pratique judiciaire, en ce qui concerne les limites et exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

**D. Application provisoire des traités**

30. La Commission apprécierait que les États lui fournissent des informations assorties d'exemples sur leur pratique en matière d'application provisoire des traités, y compris leur législation y relative, en particulier en ce qui concerne :

- a) La décision d'appliquer provisoirement un traité;
- b) La cessation de cette application provisoire; et
- c) Les effets juridiques de l'application provisoire.

**E. *Jus cogens***

31. La Commission apprécierait que les États lui fournissent des informations sur leur pratique en ce qui concerne la nature du *jus cogens*, les critères pour sa formation et les conséquences qui en découlent telle qu'elle ressort :

- a) De déclarations officielles, y compris de déclarations officielles devant les organes législatifs, les tribunaux et les organisations internationales; et
- b) Les décisions des cours et tribunaux nationaux et régionaux, y compris des organes quasi judiciaires.

## Chapitre IV

### La clause de la nation la plus favorisée

#### A. Introduction

32. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « La clause de la nation la plus favorisée » et, à sa soixante et unième session, de constituer un groupe d'étude sur ce sujet<sup>7</sup>.

33. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée a été constitué à la soixante et unième session (2009)<sup>8</sup> sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera, puis reconstitué aux soixante-deuxième (2010) et soixante-troisième (2011) sessions avec les mêmes coprésidents<sup>9</sup>. À ses soixante-quatrième (2012), soixante-cinquième (2013) et soixante-sixième (2014) sessions, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sous la présidence de M. Donald M. McRae<sup>10</sup>. En l'absence de M. McRae en 2013 et 2014, M. Mathias Forteau a assuré la présidence du Groupe d'étude.

#### B. Examen du sujet à la présente session

34. À la présente session, la Commission a, à sa 3249<sup>e</sup> séance tenue le 12 mai 2015, reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée sous la présidence de M. Donald M. McRae.

35. Le Groupe d'étude s'est réuni deux fois, les 12 mai et 16 juillet 2015, pour mener à bien un examen de fond et technique du projet de rapport final. Depuis sa création en 2009, le Groupe d'étude s'est réuni à 24 reprises.

<sup>7</sup> À sa 2997<sup>e</sup> séance, le 8 août 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 354). Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe B. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

<sup>8</sup> À sa 3029<sup>e</sup> séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (*ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 211 à 216). Le Groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

<sup>9</sup> À sa 3071<sup>e</sup> séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 359 à 373). Le Groupe d'étude avait examiné les divers documents élaborés sur la base du cadre défini en 2009 pour servir de feuille de route aux travaux futurs et arrêté un programme de travail pour 2010. À sa 3119<sup>e</sup> séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 349 à 363). Le Groupe d'étude avait examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009.

<sup>10</sup> À sa 3151<sup>e</sup> séance, le 27 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 245 à 265). Le Groupe d'étude avait examiné des documents supplémentaires élaborés sur la base du cadre de 2009. À sa 3189<sup>e</sup> séance, le 31 juillet 2013, la Commission a pris note du rapport oral du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 154 à 164). Le Groupe d'étude avait continué d'examiner des documents supplémentaires. Il avait également examiné la pratique et la jurisprudence contemporaines en matière d'interprétation des clauses NPF. À sa 3231<sup>e</sup> séance, le 25 juillet 2014, la Commission a pris note du rapport oral du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 254-262). Le Groupe d'étude avait procédé à un examen technique et de fond du projet de rapport final en vue d'en établir une version révisée.

36. La Commission a reçu et examiné le rapport final du Groupe d'étude à ses 3264 et 3277<sup>e</sup> séances, les 6 et 23 juillet 2015 respectivement. Le rapport final est annexé au présent rapport. La Commission note que le rapport final est divisé en cinq parties. Dans la première partie, le Groupe d'étude retrace l'historique du sujet et présente la genèse et l'objet de ses travaux, analyse les travaux antérieurs de la Commission relatifs au projet d'articles de 1978 sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et les développements observés depuis, en particulier dans le domaine des investissements, et examine comment d'autres organismes comme la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ont analysé les dispositions NPF. Le Groupe d'étude n'a pas cherché à réviser le projet d'articles de 1978 ni à élaborer un nouveau projet d'articles.

37. Dans la deuxième partie du rapport, le Groupe d'étude examine la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain et les questions que soulève leur interprétation, notamment dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et d'autres accords commerciaux et traités d'investissement. Il examine également les types de dispositions NPF figurant dans les accords bilatéraux d'investissement et souligne les questions d'interprétation que ces dispositions soulèvent, à savoir a) qui est en droit de bénéficier d'une clause NPF, b) en quoi consiste le traitement NPF et c) quelle est la portée de la clause NPF.

38. Dans la troisième partie, le Groupe d'étude analyse : a) les considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement, compte tenu de l'asymétrie dans les négociations des traités bilatéraux d'investissement et de la spécificité de chaque traité; b) l'arbitrage « mixte » comme mode de règlement des différends en matière d'investissement; et c) la pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions NPF.

39. Dans la quatrième partie, le Groupe d'étude donne des indications pour l'interprétation des clauses NPF et définit les paramètres de l'application dans cette l'interprétation des principes régissant l'interprétation des traités. Il passe en revue les différentes approches jurisprudentielles de l'interprétation des dispositions NPF figurant dans des accords d'investissement, et analyse en particulier trois questions principales : a) les clauses NPF sont-elles en principe applicables aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends?; b) la compétence d'un tribunal est-elle affectée par les conditions énoncées dans les accords bilatéraux d'investissement quant aux dispositions relatives au règlement des différends susceptibles d'être invoquées par les investisseurs?; et c) quels facteurs sont pertinents pour déterminer si une clause NPF s'applique aux conditions qui doivent être satisfaites pour pouvoir invoquer les clauses de règlement des différends? Dans cette partie, le Groupe d'étude examine également comment les États ont réagi dans le cadre de leur pratique conventionnelle à la sentence *Maffezini*<sup>11</sup>, notamment : a) en déclarant expressément que la clause NPF ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends; b) en déclarant expressément que la clause NPF s'applique aux dispositions relatives au règlement des différends; ou c) en énumérant expressément les domaines dans lesquels la clause NPF s'applique.

40. Dans la cinquième partie du rapport le Groupe d'étude résume les conclusions auxquelles il est parvenu et souligne en particulier l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme point de départ pour l'interprétation des traités d'investissement. L'interprétation des clauses NPF doit

---

<sup>11</sup> *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Décision du Tribunal sur les exceptions à la compétence, CIRDI, affaire n° ARB 97/7 (25 janvier 2000), *Rapports du CIRDI*, vol. 5, p. 396.

s'effectuer sur la base des règles d'interprétation des traités énoncées dans cette convention.

41. À sa 3277<sup>e</sup> séance, le 23 juillet 2015, la Commission a accueilli avec satisfaction le rapport final du Groupe d'étude. Elle a recommandé ce rapport à l'attention de l'Assemblée générale et invité celle-ci à en assurer la plus large diffusion possible.

42. À sa 3277<sup>e</sup> séance, le 23 juillet 2015, la Commission a adopté le résumé des conclusions suivant :

a) La Commission note que les clauses NPF n'ont pas changé de nature depuis l'époque où le projet d'articles de 1978 a été achevé. Les dispositions fondamentales de ce projet d'articles servent toujours de base pour l'interprétation et l'application des clauses NPF aujourd'hui. Cependant, elles n'apportent pas de réponses à toutes les questions d'interprétation qui peuvent se poser avec les clauses NPF;

b) La Commission souligne l'importance et la pertinence de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme point de départ pour l'interprétation des traités d'investissement. L'interprétation des clauses NPF doit être entreprise sur la base des règles relatives à l'interprétation des traités telles qu'énoncées par la Convention de Vienne;

c) La question centrale d'interprétation en ce qui concerne les clauses NPF a trait à la portée de la clause et à l'application du principe *ejusdem generis*. Autrement dit, la portée et la nature de l'avantage qui peut être obtenu en vertu d'une clause NPF dépendent de l'interprétation de la clause NPF elle-même;

d) L'application des clauses NPF aux dispositions relatives au règlement des différends dans l'arbitrage des traités d'investissement, au lieu de les limiter aux obligations de fond, a apporté une nouvelle dimension à la réflexion sur les dispositions NPF et peut-être entraîné des conséquences que les parties n'avaient pas prévues lorsqu'elles avaient négocié leurs accords d'investissement. Néanmoins, la question reste une question d'interprétation des traités;

e) En fin de compte, c'est aux États qui négocient des clauses NPF qu'il appartient de décider si celles-ci doivent inclure les dispositions relatives au règlement des différends. Un libellé explicite peut garantir qu'une clause NPF s'applique ou ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends. À défaut, il incombera aux tribunaux chargés du règlement des différends d'interpréter les clauses NPF au cas par cas.

43. La Commission souligne que les techniques d'interprétation passées en revue dans le rapport du Groupe d'étude sont destinées à aider à l'interprétation et à l'application des dispositions NPF.

### C. Hommage au Groupe d'étude et à son président

44. À sa 3277<sup>e</sup> séance, le 23 juillet 2015, la Commission a adopté la résolution suivante par acclamation :

« *La Commission du droit international,*

*Ayant accueilli avec satisfaction le rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée,*

*Exprime au Groupe d'étude et à son Président, M. Donald M. McRae, ses profonds remerciements et ses félicitations chaleureuses pour leur contribution*

insigne à l'élaboration du rapport sur la clause de la nation la plus favorisée et les résultats auxquels ils sont parvenus,

*Rappelle* avec gratitude la contribution de M. A. Rohan Perera, qui a coprésidé le Groupe d'étude de 2009 à 2011, et de M. Mathias Forteau, qui l'a présidé durant les sessions de 2013 et de 2014 en l'absence de M. McRae .».

## Chapitre V Protection de l'atmosphère

### A. Introduction

45. La Commission, à sa soixante-cinquième session (2013), a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Protection de l'atmosphère », en subordonnant cette inscription à certaines conditions, et a nommé M. Shinya Murase Rapporteur spécial<sup>12</sup>.

46. La Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial à sa soixante-sixième session (2014)<sup>13</sup>.

### B. Examen du sujet à la présente session

47. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial [A/CN.4/681 et Corr.1 (chinois seulement)]. Sur la base de son premier rapport, à la lumière des commentaires formulés par la Commission ainsi que par la Sixième Commission de l'Assemblée générale, le Rapporteur spécial, dans son deuxième rapport, a fourni une analyse plus approfondie des projets de directives proposés dans le premier rapport, présentant une série de directives révisées concernant les définitions, y compris une définition de l'atmosphère, le champ d'application des directives et la préoccupation commune de l'humanité. Le Rapporteur spécial a également fourni une analyse de l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère et de la coopération internationale pour la protection de l'atmosphère. Des projets de directives relatifs à l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère et à la coopération internationale ont été présentés<sup>14</sup>. Il a

<sup>12</sup> À sa 3197<sup>e</sup> séance, le 9 août 2013 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*), par. 168. La Commission a inscrit le sujet à son programme aux conditions suivantes : a) Les travaux sur ce sujet seraient conduits de façon à ne pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Les travaux ne concerneraient pas non plus des questions telles que la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, le principe « pollueur-payeur », le principe de précaution, les responsabilités communes mais différenciées, et le transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais seraient aussi sans préjudice de ces questions; b) Dans le cadre des travaux sur ce sujet, la Commission ne traiterai pas non plus de questions relatives à certaines substances qui font l'objet de négociations interétatiques, comme le noir de carbone ou l'ozone troposphérique, et à d'autres substances à double impact. Le projet ne viserait pas à « combler » les lacunes des régimes conventionnels; c) Les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation, seraient exclues du sujet; d) Les travaux de la Commission sur le sujet viseraient à élaborer des projets de directive, sans chercher à compléter les régimes conventionnels actuels par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques. Les rapports du Rapporteur spécial seraient fondés sur le respect de ces conditions. L'Assemblée générale, au paragraphe 6 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet a été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition contenue à l'annexe B du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*), par. 365).

<sup>13</sup> Premier rapport sur la protection de l'atmosphère (A/CN.4/667).

<sup>14</sup> Le texte des projets de directives, tel que proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport, se lisait comme suit (on trouvera à la section C.2 ci-dessous le texte des projets de directives et des paragraphes du préambule, ainsi que les commentaires y afférents, provisoirement adoptés par la Commission à la présente session) :

#### « Projet de directive 1

##### Définitions

Aux fins des présentes directives,

suggéré que la préoccupation commune de l'humanité, l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère et la coopération internationale étaient des principes établis dans la pratique des États et essentiellement interdépendants, qui formaient donc une trinité pour la protection de l'atmosphère. Le Rapporteur spécial a également présenté un futur programme de travail détaillé, à la lumière des demandes formulées en ce sens par les membres de la Commission en 2014. Il estimait, sous réserve de confirmation, que les travaux portant sur le sujet pourraient être terminés d'ici à 2020, après qu'auraient été examinées des questions comme le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, le principe de développement durable (utilisation de l'évaluation de l'impact sur l'atmosphère et l'environnement), le principe d'équité, les circonstances particulières et la vulnérabilité, en 2016; la prévention, la diligence due et le principe de précaution, en 2017; les principes régissant les rapports avec les autres branches du droit international, en 2018; le respect des dispositions et la mise en œuvre, et le règlement des différends, en 2019.

48. La Commission a examiné le rapport à ses 3244<sup>e</sup> à 3249<sup>e</sup> séances, les 4, 5, 6, 7, 8 et 12 mai 2015.

a) On entend par "atmosphère" l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre, au sein de laquelle sont transportées et propagées des substances de dégradation.

b) On entend par "pollution atmosphérique" l'introduction dans l'atmosphère par l'activité humaine, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre.

c) Par "dégradation atmosphérique", on entend la pollution atmosphérique, l'appauvrissement de l'ozone atmosphérique, les changements climatiques et toute autre altération des conditions atmosphériques ayant une action nocive sur la vie et la santé de l'homme et sur l'environnement naturel de la terre.

[D'autres définitions seront proposées ultérieurement.]

#### **Projet de directive 2**

##### **Champ d'application des directives**

a) Les présentes directives traitent des activités humaines qui ont, directement ou indirectement, pour effet d'introduire dans l'atmosphère des substances ou de l'énergie nocives ou d'altérer la composition de l'atmosphère, et qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, des répercussions néfastes majeures sur la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la terre.

b) Les présentes directives définissent les principes fondamentaux de la protection de l'atmosphère et les rapports qu'ils entretiennent avec les autres branches applicables du droit international.

c) Rien dans les présentes directives ne vient remettre en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable.

#### **Deuxième partie**

##### **Principes généraux**

#### **Projet de directive 3**

##### **Préoccupation commune de l'humanité**

L'atmosphère est une ressource naturelle indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres. La dégradation des conditions atmosphériques constitue donc une préoccupation commune de l'humanité.

#### **Projet de directive 4**

##### **Obligation générale des États de protéger l'atmosphère**

Les États ont l'obligation de protéger l'atmosphère.

#### **Projet de directive 5**

##### **Coopération internationale**

a) Les États ont l'obligation de coopérer de bonne foi entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère.

b) Les États sont encouragés à coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la dégradation de l'atmosphère. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint. ».

49. En parallèle au débat de la Commission s'est tenu, le 7 mai 2015, un dialogue avec des scientifiques organisé par le Rapporteur spécial<sup>15</sup>. Les membres de la Commission ont jugé ce dialogue utile et ont remercié les intervenants pour leurs contributions.

50. À l'issue de son débat sur le rapport, la Commission, à sa 3249<sup>e</sup> séance, le 12 mai 2015, a décidé de renvoyer les projets de directives 1, 2, 3 et 5 tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial au Comité de rédaction, étant entendu que le projet de directive 3 serait examiné dans le cadre d'un éventuel préambule. En outre, le Rapporteur spécial a proposé de différer le renvoi par la Commission au Comité de rédaction d'un projet de directive 4 sur l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère<sup>16</sup> en attendant l'analyse plus poussée de ce projet de directive en 2016.

51. À sa 3260<sup>e</sup> séance, le 2 juin 2015, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté provisoirement les projets de directives 1, 2 et 5 ainsi que quatre paragraphes du préambule (voir la section C.1 ci-dessous).

52. À ses 3287<sup>e</sup> et 3288<sup>e</sup> séances, les 5 et 6 août 2015, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets de directives adoptés provisoirement à la présente session (voir la section C.2 ci-dessous).

## C. Texte des projets de directives sur la protection de l'atmosphère, et des paragraphes du préambule, provisoirement adoptés par la Commission à ce jour

### 1. Texte des projets de directives et des paragraphes du préambule

53. Le texte des projets de directives sur la protection de l'atmosphère et des paragraphes du préambule adoptés provisoirement par la Commission jusqu'à présent est reproduit ci-après :

#### Préambule

...

*Conscients* que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

*Ayant à l'esprit* que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

*Reconnaissant par conséquent* que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

<sup>15</sup> Le dialogue organisé avec des scientifiques sur le sujet de la protection de l'atmosphère était présidé par le Rapporteur spécial, M. Shinya Murase. Le professeur Øystein Hov (Président de la Commission des sciences de l'atmosphère de l'OMM), le professeur Peringe Glennfelt (Président du Groupe de travail des effets, Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance), M. Masa Nagai (Directeur adjoint de la Division du droit de l'environnement et des convention du PNUE), M. Christian Blondin (Directeur du Cabinet du Secrétaire général et du Département des relations extérieures de l'OMM), M<sup>me</sup> Albena Karadjova (Secrétaire de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance) et M<sup>me</sup> Jacqueline McGlade (Scientifique en chef et Directrice de la Division d'alerte précoce et d'évaluation du PNUE) ont présenté des exposés. A suivi une séance de questions-réponses.

<sup>16</sup> On trouvera à la note 14 ci-dessus le texte du projet de directive 4, tel que proposé par le Rapporteur spécial.

*Rappelant* que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à « combler » les lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques<sup>17</sup>,

[Ultérieurement, des paragraphes pourront être ajoutés et l'ordre des paragraphes pourra être modifié.]

...

## **Directive 1**

### **Définitions**

Aux fins du présent projet de directives :

a) Par « atmosphère », on entend l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre;

b) Par « pollution atmosphérique », on entend l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre;

c) Par « dégradation atmosphérique », on entend toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

## **Directive 2**

### **Champ d'application des directives**

1. Le présent projet de directives [contient des principes directeurs concernant] [traite de]<sup>18</sup> la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est aussi sans préjudice de ces questions.

3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.

4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

<sup>17</sup> L'emplacement de ce paragraphe, ainsi que la terminologie employée, qui est reprise du paragraphe 168 du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*), par. 168) seront revus à un stade ultérieur des travaux de la Commission sur le sujet.

<sup>18</sup> Les différentes formulations proposées entre crochets seront examinées plus avant.

## **Directive 5**

### **Coopération internationale**

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

## **2. Texte des projets de directives et des paragraphes du préambule, et commentaires y relatifs, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session**

54. Le texte des projets de directives et des paragraphes du préambule, et les commentaires y afférents, adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session, est reproduit ci-après.

### **Commentaire général**

La Commission a conscience qu'il importe d'accorder l'attention nécessaire aux besoins de la communauté internationale contemporaine. Il est admis que l'environnement naturel et le milieu humain peuvent tous deux subir les effets de certains changements dans l'état de l'atmosphère résultant principalement de l'émission de substances nocives, qui sont à l'origine de la pollution atmosphérique transfrontière, de l'appauvrissement de la couche d'ozone ainsi que des modifications des conditions atmosphériques conduisant aux changements climatiques. La Commission vise, par le développement progressif du droit international et sa codification, à établir des directives susceptibles d'aider la communauté internationale à répondre à des questions critiques ayant trait à la protection transfrontière et mondiale de l'atmosphère. Ce faisant, la Commission n'entend pas empiéter sur les négociations politiques, concernant notamment la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou les changements climatiques, et ne vise pas à « combler » les lacunes des régimes conventionnels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques.

### **Préambule**

...

*Conscients* que l'atmosphère est indispensable à la vie sur terre, à la santé et au bien-être de l'homme, et aux écosystèmes aquatiques et terrestres,

*Ayant à l'esprit* que des substances polluantes et des substances de dégradation sont transportées et propagées dans l'atmosphère,

*Reconnaissant par conséquent* que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale,

*Rappelant* que le présent projet de directives ne doit pas empiéter sur les négociations politiques concernant, notamment, les changements climatiques, l'appauvrissement de la couche d'ozone ou la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, et qu'il ne vise pas non plus à « combler » les

lacunes des régimes conventionnels actuels ni à compléter ceux-ci par de nouvelles règles ou de nouveaux principes juridiques<sup>19</sup>,

[Ultérieurement, des paragraphes pourront être ajoutés et l'ordre des paragraphes pourra être modifié.]

...

### Commentaire

1) En de précédentes occasions, les préambules ont été établis une fois que la Commission avait conclu ses travaux sur le sujet considéré<sup>20</sup>. Dans le cas présent, la Commission a décidé de renvoyer le projet de directive 3 (portant sur la préoccupation commune de l'humanité), tel qu'il figurait dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, au Comité de rédaction afin qu'il soit examiné dans le cadre d'un éventuel préambule. Un préambule a donc été élaboré compte tenu de l'état actuel de l'examen du sujet, étant entendu que des paragraphes pourraient être ajoutés à mesure de l'avancement des travaux.

2) Le préambule vise à préciser le cadre contextuel du projet de directives. Le premier alinéa du préambule a un caractère général en ce qu'il reconnaît l'importance essentielle de l'atmosphère pour la vie sur terre, la santé et le bien-être de l'homme, et les écosystèmes aquatiques et terrestres. L'atmosphère est la plus grande des ressources naturelles de la Terre et l'une des plus importantes. Elle a été classée comme telle – au même titre que les minéraux, l'énergie et l'eau – par l'ancien Comité des ressources naturelles de l'ONU<sup>21</sup>, ainsi que dans la Déclaration de Stockholm sur

<sup>19</sup> L'emplacement de ce paragraphe, ainsi que la terminologie employée, qui est reprise du paragraphe 168 du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 168) seront revus à un stade ultérieur des travaux de la Commission sur le sujet.

<sup>20</sup> Dans le passé, la Commission a généralement présenté à l'Assemblée générale le résultat de ses travaux sans projet de préambule, en s'en remettant à cet égard aux États. Dans certains cas cependant, la Commission a établi un préambule. Tel a été le cas, par exemple, en ce qui concerne les deux projets de conventions sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir (1954), *Annuaire...*, 1954, vol. II, par. 25, et sur la réduction des cas d'apatridie dans l'avenir (1954), *Annuaire...*, 1954, vol. II, par. 25; le modèle de règles sur la procédure arbitrale (1958), *Annuaire...*, 1958, vol. II, par. 22 (le préambule énonçait les règles fondamentales sur lequel est basé l'engagement d'arbitrage); le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États (1999), *Annuaire...*, 1999, vol. II, deuxième partie, par. 47 (reproduit dans l'annexe à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2000); le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001), *Annuaire ... 2001*, vol. II, deuxième partie, par. 97 (reproduit dans l'annexe à la résolution 62/68 de l'Assemblée générale du 6 décembre 2007); les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques (2006), *Annuaire ... 2006*, vol. II, deuxième partie, par. 176; le projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006), *Annuaire...*, 2006, vol. II, deuxième partie, par. 66 (reproduit dans l'annexe à la résolution 61/36 de l'Assemblée générale du 6 décembre 2006); et le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 53 et 54.

<sup>21</sup> L'inscription des « ressources atmosphériques » parmi les « autres ressources naturelles » par l'ancien Comité des ressources naturelles de l'ONU est apparue pour la première fois dans le rapport du Comité sur les travaux de sa première session (New York, 10 mars 1971), sect. 4 (« autres ressources naturelles », par. 94 d). Les travaux du Comité (devenu ensuite le Comité de l'énergie et des ressources naturelles au service du développement de l'ONU) ont été ensuite transférés à la Commission du développement durable.

l'environnement de 1972<sup>22</sup> et dans la Charte mondiale de la nature de 1982<sup>23</sup>. L'atmosphère représente une ressource renouvelable indispensable à la survie de l'homme, des plantes et des animaux sur terre, et elle sert de moyen de transport et de communication. Il a été longtemps considéré que l'atmosphère était inépuisable et non exclusive, car on pensait que chacun pouvait en profiter sans en priver les autres. Cette opinion n'a plus cours<sup>24</sup>. Il ne faut pas oublier que l'atmosphère est une ressource épuisable aux capacités d'assimilation limitées.

3) Le deuxième alinéa du préambule vise l'aspect fonctionnel de l'atmosphère comme milieu à travers lequel ont lieu le transport et la propagation de substances polluantes et de dégradation. La Commission a estimé approprié de mentionner cet aspect fonctionnel dans le préambule dans le souci de ne pas laisser penser que, parce qu'il est question de l'aspect fonctionnel de l'atmosphère dans la définition, le transport et la propagation de ces substances sont souhaitables, ce qui n'est pas l'intention de la Commission. Les mouvements transfrontières à longue distance de substances polluantes et de dégradation sont considérés comme l'un des principaux problèmes de l'environnement atmosphérique actuel<sup>25</sup>, la région Arctique étant présentée comme l'une des zones les plus gravement touchées par la dispersion mondiale de polluants nocifs<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> « Les ressources naturelles du globe, y compris l'air [...] doivent être préservé[e]s dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin. » (Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, document A/CONF.48/14/Rev.1, 16 juin 1972, principe 2).

<sup>23</sup> « ... les ressources [...] atmosphériques qu'utilise l'homme, seront gérées de manière à assurer et maintenir leur productivité optimale et continue... » (Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale du 28 octobre 1982, Principes généraux, par. 4).

<sup>24</sup> Dans l'affaire *Gasoline* de 1996, le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC ont affirmé que l'air pur était une « ressource naturelle » qui pouvait être « épuisée ». *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), rapport de l'Organe d'appel : WT/DS2/AB/R (1996).

<sup>25</sup> Voir la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants de 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2256, p. 119 (mentionnant dans le préambule que « les polluants organiques persistants [...] sont propagés par l'air [...] par-delà les frontières internationales et déposés loin de leur site d'origine, où ils s'accumulent dans les écosystèmes terrestres et aquatiques »). Suite à la modification apportée en 2012 au Protocole de Göteborg à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2319, p. 81), le troisième alinéa du préambule indique ce qui suit : « Constatant avec préoccupation ... que les [éléments chimiques] émis ... sont transportés dans l'atmosphère sur de longues distances et peuvent avoir des effets transfrontières nocifs. ». La Convention de Minamata de 2013 sur le mercure (adoptée le 10 octobre 2013 à Kumamoto (Japon) à l'occasion de la Conférence de plénipotentiaires sur la Convention de Minamata sur le mercure qui s'est tenue du 7 au 11 octobre 2013 (texte disponible à l'adresse <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>) reconnaît que le mercure est « une substance chimique préoccupante à l'échelle mondiale vu sa propagation atmosphérique à longue distance » (premier alinéa du préambule); Voir J. S. Fuglesvedt, K. P. Shine, T. Berntsen, J. Cook, D. S. Lee, A. Stenke, R. B. Skeie, G. J. M. Velders et I. A. Waitz, « Transport impacts on atmosphere and climate : metrics », *Atmospheric Environment*, vol. 44, n° 37 (2010), p. 4648 à 4677; D. J. Wuebbles, H. Lei et J.-T. Lin, « Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences », *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), p. 65 à 84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang et D. J. Wuebbles, « Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States : Present and future assessment with a global model », *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008), L02805.

<sup>26</sup> Plusieurs de ces menaces de pollution à l'environnement arctique ont été identifiées, comme les polluants organiques persistants (POP) et le mercure, qui proviennent principalement de sources extérieures à la région. Ces polluants sont transportés jusqu'à l'Arctique depuis les régions industrielles méridionales de l'Europe et d'autres continents sous l'effet de vents du nord dominants et de la circulation océanique. Voir Timo Koivurova, Paula Kankaanpää et Adam Stepien,

4) Le troisième alinéa du préambule énonce, compte tenu de l'importance déjà mentionnée des problèmes relatifs à l'atmosphère, que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique est « une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale ». Alors qu'un certain nombre de conventions et la littérature montrent un certain appui à la notion de « préoccupation commune de l'humanité »<sup>27</sup>, la Commission a décidé de ne pas adopter cette terminologie pour qualifier le problème, les conséquences juridiques du concept de préoccupation commune de l'humanité n'étant pas encore très claires au stade actuel de développement du droit international relatif à l'atmosphère. La Commission a estimé approprié d'exprimer la préoccupation de la communauté internationale davantage comme une question de fait, et non comme une affirmation normative de la gravité des problèmes atmosphériques. C'est pourquoi, dans ce contexte, l'expression « préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale » a été employée. C'est une expression que la Commission a fréquemment utilisée comme l'un des critères lui permettant de déterminer quels nouveaux sujets inscrire à son programme de travail à long terme<sup>28</sup>.

5) Le quatrième alinéa du préambule reprend les conditions auxquelles la Commission a subordonné l'inscription du sujet à son programme de travail lors de sa

« Innovative Environmental Protection : Lessons from the Arctic », *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), par. 1 à 27, p. 13. Disponible à l'adresse : <http://jel.oxfordjournals.org/content/early/2015/02/13/jel.equ037.full.pdf?keytype=ref&ijkey=BjgzEgqY21ZXodu>.

<sup>27</sup> Le paragraphe 1 du préambule de la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107) affirme que les « changements du climat de la planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité toute entière ». De même, le préambule de la Convention de 1992 sur la diversité biologique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, p. 79) indique que les parties sont « [c]onscientes ... de l'importance de la diversité biologique pour l'évolution et pour la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère » (par. 2) et affirme que « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité » (par. 3). La Convention de 1994 sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1954, p. 3) a adopté des formules comparables à la « préoccupation commune » dans son préambule, notamment « centre des préoccupations », « la vive préoccupation ... dans la communauté internationale » et « un problème de dimension mondiale » en vue de lutter contre la désertification et la sécheresse. D'autres instruments comme la Convention de Minamata sur le mercure, la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants et le Protocole de Göteborg à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance emploient des concepts analogues à la préoccupation commune. Voir Alan E. Boyle, « International Law and the Protection of the Global Atmosphere : Concepts, Categories and Principles », Robin Churchill et David Freestone, dir. publ., *International Law and Global Climate Change* (Leiden : Kluwer Academic Publishing, 1991), p. 11 et 12; Duncan French, « Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts : Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge? », p. 13; Alexander Kiss, « The Common Concern of Mankind », *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), p. 246; A. A. Cançado-Trindade et D. J. Attard, « The Implication of the "Common Concern of Mankind" Concept on Global Environmental Issues », dans Toru Iwama, dir. publ., *Policies and Laws on Global Warming : International and Comparative Analysis* (Tokyo : Environmental Research Center, 1991), p. 7 à 13; Jutta Brunnée, « Common Areas, Common Heritage, and Common Concern », *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnee et Helen Hey, dir. publ. (Oxford : Oxford University Press, 2007), p. 565 et 566. Voir aussi Charlotte Kreuter-Kirchhoff, « Atmosphere, International Protection », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Rüdiger Wolfrum, dir. publ. (Oxford : Oxford University Press, 2012), p. 737 à 744 (the atmosphere as a « common concern of mankind »).

<sup>28</sup> *Annuaire ... 1997*, vol II, deuxième partie, par. 238; *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, par. 553. Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 269. La Commission a convenu qu'elle ne devrait pas s'en tenir aux sujets classiques, mais pourrait aussi envisager ceux qui correspondent à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale.

soixante-cinquième session en 2013. Il a été décidé que la terminologie et l'emplacement de cet alinéa seraient revus à un stade ultérieur du travail de la Commission sur le sujet<sup>29</sup>.

6) Ultérieurement, des alinéas pourront être ajoutés et l'ordre des alinéas pourra être modifié.

### **Directive 1** **Définitions**

Aux fins du présent projet de directives :

a) Par « *atmosphère* », on entend l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre;

b) Par « *pollution atmosphérique* », on entend l'émission ou le rejet dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances contribuant à des effets nocifs qui s'étendent au-delà de l'État d'origine et qui sont de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre;

c) Par « *dégradation atmosphérique* », on entend toute altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques, qui a des effets nocifs significatifs de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre.

### **Commentaire**

1) La Commission a estimé souhaitable, à titre de nécessité pratique, de prévoir un projet de directive relatif aux « définitions » afin de s'entendre sur ce que doit couvrir le présent projet de directives. Les définitions sont établies uniquement « aux fins du présent projet de directives », et ne visent en aucune façon à avoir une incidence sur les définitions existantes ou futures, en droit international, des termes considérés.

2) Il ne figure aucune définition du terme « atmosphère » dans les instruments internationaux pertinents. La Commission a cependant estimé nécessaire de concevoir une définition opérationnelle pour le présent projet de directives, et la définition qui figure au paragraphe a) s'inspire de celle proposée par un groupe de travail du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)<sup>30</sup>.

3) La Commission a estimé que sa définition juridique devait être conforme à l'approche des scientifiques. Selon ces derniers, l'atmosphère constitue ce que l'on a appelé « the atmospheric shell »<sup>31</sup>. Elle s'étend verticalement en partant de la surface du Globe, qui est la limite inférieure de l'atmosphère sèche. La composition moyenne de l'atmosphère jusqu'à une altitude de 25 kilomètres est la suivante : azote (78,08 %), oxygène (20,95 %), ainsi qu'un certain nombre de gaz présents à l'état de trace, tels que l'argon (0,93 %), l'hélium et des gaz à effet de serre qui influent sur le rayonnement, comme le dioxyde de carbone (0,035 %) et l'ozone; l'atmosphère

<sup>29</sup> Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 168.

<sup>30</sup> Cinquième rapport d'évaluation, Groupe de travail III, annexe I. GIEC, Climate Change 2014, disponible à : [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc\\_wg3\\_ar5\\_annex-1.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_annex-1.pdf).

<sup>31</sup> La Société météorologique américaine (American Meteorology Society) définit l'expression « atmospheric shell » (également appelée « atmospheric layer » ou « atmospheric region ») comme l'une des couches ou strates de l'atmosphère terrestre (voir <http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?id=atmospheric-shell1>).

contient également de la vapeur d'eau (effet de serre) en proportions très variables<sup>32</sup>. L'atmosphère contient également des nuages et des aérosols<sup>33</sup>. Elle est divisée verticalement en cinq couches atmosphériques en fonction de la température. De bas en haut, ces couches sont les suivantes : la troposphère, la stratosphère, la mésosphère, la thermosphère et l'exosphère. Environ 80 % de la masse d'air se trouve dans la troposphère et 20 % dans la stratosphère. L'atmosphère est cette fine couche brumeuse que l'on voit autour de la Terre depuis l'espace (d'une épaisseur inférieure à 1 % du rayon de la Terre). D'un point de vue scientifique, ces couches qui forment l'« *atmosphère inférieure* » vont jusqu'à une hauteur moyenne de 50 kilomètres; au-delà se trouve l'« *atmosphère supérieure* »<sup>34</sup>. La température de l'atmosphère varie en fonction de l'altitude. Dans la troposphère (qui s'étend jusqu'à la tropopause, à une hauteur d'environ 12 km), la température baisse à mesure que l'on s'élève en raison de l'absorption et de la réflexion des rayons du soleil par la surface de la planète<sup>35</sup>. Par contre, dans la stratosphère (qui s'étend jusqu'à la stratopause, à environ 50 km), la température augmente à mesure que l'on s'élève<sup>36</sup> en raison de l'absorption du rayonnement ultraviolet par l'ozone. Dans la mésosphère (qui s'étend jusqu'à la mésopause, à une hauteur d'environ 80 km), les températures recommencent à chuter à mesure que l'on s'élève et, dans la thermosphère, les températures augmentent rapidement sous l'effet du rayonnement X et du rayonnement ultraviolet du soleil. L'atmosphère ne possède pas de limite supérieure bien définie<sup>37</sup>.

4) La définition donnée au paragraphe a) de l'atmosphère comme l'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre correspond à une description « physique » de l'atmosphère. Il y a aussi l'aspect « fonctionnel », qui intéresse le mouvement de l'air à grande échelle. Le mouvement atmosphérique a un caractère dynamique et fluctuant. L'air se déplace et circule autour de la Terre dans une formation complexe appelée « circulation atmosphérique ». La Commission a décidé, ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire relatif au préambule, de faire référence à cet aspect fonctionnel de l'atmosphère dans le deuxième alinéa du préambule<sup>38</sup>.

5) Il est particulièrement important de reconnaître la fonction de l'atmosphère en tant que milieu en mouvement constant à travers lequel les substances polluantes et de dégradation sont « transportées et propagées ». Assurément, le mouvement transfrontière à longue distance de substances polluantes constitue l'un des problèmes majeurs relativement à l'environnement atmosphérique. Outre la pollution

<sup>32</sup> La vapeur d'eau, qui représente environ 0,25 % de la masse de l'atmosphère, est présente dans l'air à des concentrations extrêmement variables. Il est donc de coutume, dans les sciences atmosphériques, de donner la composition de l'air sec. La concentration d'ozone est, elle aussi, extrêmement variable. On considère qu'une concentration supérieure à 0,1 ppm (partie par million) est dangereuse pour l'homme. Voir John M. Wallace et Peter V. Hobbs, *Atmospheric Science : An Introductory Survey*, 2<sup>e</sup> éd. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> La Société météorologique américaine définit l'atmosphère inférieure comme étant, de manière très vague, la partie de l'atmosphère où la plupart des phénomènes météorologiques se produisent (c'est-à-dire la troposphère et la stratosphère inférieure); on l'oppose à l'atmosphère supérieure (voir <http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=lower+atmosphere&submit=Search>). L'atmosphère supérieure est définie comme une catégorie résiduelle, à savoir la partie de l'atmosphère qui se trouve au-dessus de la troposphère (voir <http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=upper+atmosphere&submit=Search>).

<sup>35</sup> La troposphère est d'épaisseur variable en fonction de la latitude et des saisons. Sa limite supérieure est à environ 17 kilomètres à l'équateur et est plus basse aux pôles, pour une épaisseur moyenne d'environ 12 kilomètres. Voir Edward J. Tarbuck, Frederick K. Lutgens et Dennis Tasa, *Earth Science*, 13<sup>e</sup> éd. (Pearson, 2011), p. 466.

<sup>36</sup> Plus précisément, la température dans la stratosphère reste constante jusqu'à une altitude d'environ 20 à 35 kilomètres avant de baisser graduellement.

<sup>37</sup> Voir Tarbuck, Lutgens et Tasa, note 35 ci-dessus, p. 467.

<sup>38</sup> Voir, ci-dessus, le paragraphe 3) du commentaire relatif au préambule.

transfrontière, d'autres préoccupations concernent l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques.

6) Le paragraphe b) définit la pollution atmosphérique et vise la pollution atmosphérique transfrontière, tandis que le paragraphe c) définit la dégradation atmosphérique et vise les problèmes atmosphériques mondiaux. Par l'expression « *par l'homme* », figurant dans les paragraphes b) et c), il est indiqué clairement que le projet de directives traite de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique d'origine « anthropique ». La Commission a conscience que l'accent mis sur l'activité, directe ou indirecte, de l'homme correspond à une intention délibérée dès lors que les présentes directives visent à donner des orientations aux États et à la communauté internationale.

7) L'expression « pollution atmosphérique » (ou pollution de l'air) est parfois utilisée dans une acception large pour désigner la dégradation mondiale des conditions atmosphériques comme l'appauvrissement de la couche d'ozone et les changements climatiques<sup>39</sup>, mais elle est employée dans le présent projet de directives dans un sens étroit, conformément à la pratique conventionnelle existante. Elle exclut donc les questions mondiales de la définition de la pollution atmosphérique.

8) Pour définir la « pollution atmosphérique », le paragraphe b) reprend essentiellement les termes de l'article 1 a) de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance<sup>40</sup>, qui dispose que :

« L'expression "pollution atmosphérique" désigne l'introduction dans l'atmosphère par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement, l'expression "polluants atmosphériques" étant entendue dans le même sens. »

On notera également que le paragraphe 4 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer<sup>41</sup> définit le terme « pollution » comme signifiant « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le

<sup>39</sup> Par exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article premier de la résolution du Caire de 1987 de l'Institut de droit international sur la pollution transfrontière de l'air : « Aux fins de la présente résolution, on entend par "pollution transfrontière de l'air" toute *altération* physique, chimique ou biologique *de la composition* ou de la qualité de l'atmosphère résultant directement ou indirectement d'un acte ou d'une omission de l'homme et produisant des effets dommageables ou nocifs dans l'environnement d'autres États ou de zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale. » (italiques ajoutées). Disponible à : [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1987\\_caire\\_03\\_fr.PDF](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_03_fr.PDF).

<sup>40</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, p. 217. La formulation de l'article 1 a) de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance s'inspire de la définition de la pollution donnée par le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans sa recommandation C(74)224 du 14 novembre 1974 (*International Legal Materials*, vol. 14, p. 242) intitulée « Principes relatifs à la pollution transfrontière », qui se lit ainsi : « Aux fins de ces principes, on entend, par pollution, l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement. » Voir H. van Edig (dir. publ.), *Aspects juridiques de la pollution transfrontière* (Paris : OCDE, 1977), p. 13; voir aussi Patricia Birnie, Alan Boyle, Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (Oxford : Oxford University Press, 2009), p. 188 et 189; A. Kiss et D. Shelton, *International Environmental Law* (Londres : Graham & Trotman, 1991), p. 117 (incluant également dans la définition de la pollution des formes d'énergie comme le bruit, les vibrations, la chaleur, et les radiations).

<sup>41</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3.

milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, [...] »<sup>42</sup>. Les effets nocifs de l'émission ou du rejet de substances doivent être de nature à mettre en danger la vie et la santé de l'homme et l'environnement naturel de la Terre, notamment en contribuant à les mettre en danger.

9) Si le paragraphe a de l'article premier de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et le paragraphe 4 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer mentionnent l'« introduction [...] d'énergie » (ainsi que de substances) dans l'atmosphère comme faisant partie de la définition de la « pollution », la Commission a décidé de ne pas inclure le terme « énergie » dans le texte du paragraphe b) du projet de directive. La Commission considère qu'aux fins du présent projet de directives, le mot « substances » inclut l'« énergie ». Il est entendu que l'« énergie » inclut la chaleur, la lumière, le bruit et la radioactivité introduits ou rejetés dans l'atmosphère par les activités humaines<sup>43</sup>.

10) L'expression « effets [...] qui s'étendent au-delà de l'État d'origine », au paragraphe b), précise que le projet de directives vise les effets transfrontières au sens de l'article 1 b) de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, à savoir que l'expression « pollution atmosphérique transfrontière à longue distance » désigne « la pollution atmosphérique dont la source physique est comprise totalement ou en partie dans une zone soumise à la juridiction nationale d'un État et qui exerce des effets dommageables dans une zone soumise à la

<sup>42</sup> L'article 212 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit une obligation de prévention de la pollution du milieu marin d'origine atmosphérique; dans cette mesure, la définition de la « pollution » dans cette Convention intéresse la pollution atmosphérique.

<sup>43</sup> S'agissant de la chaleur, voir le rapport de l'OMM et de l'IGAC : Impact of Megacities on Air Pollution and Climate, GAW Report n° 205, OMM (septembre 2012); David Simon et Hayley Leck, « Urban Adaptation to Climate/Environmental Change : Governance, Policy and Planning », numéro spécial, *Urban Climate*, vol. 7 (2014), p. 1 à 134; John A. Arnfield, « Two decades of urban climate research : a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island », *International Journal of Climatology*, vol. 23, p. 1 à 26; Lisa Gartland, *Heat Islands : Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (Londres : Earthscan, 2008); voir, en général, Brian Stone Jr., *The City and the Changing Climate : Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, MA : Cambridge University Press, 2012). À propos de la pollution lumineuse, voir Catherine Rich et Travis Longcore (dir. publ.), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting* (Washington : Island Press, 2006); Pierantonio Cinzano et Fabio Falchi, « The propagation of light pollution in the atmosphere », *Monthly Notices of the Royal Astronomical Society*, vol. 427 (2012), p. 3337 à 3357; Fereshteh Bashiri et Che Rosmani Che Hassan, « Light pollution and its effects on the environment », *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), p. 8 à 12. En ce qui concerne la pollution acoustique/par le bruit, voir par exemple l'annexe 16 de la Convention de 1944 sur l'aviation civile internationale (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, p. 295), vol. I : Bruit des aéronefs, 5<sup>e</sup> éd., 2008; voir P. Davies et J. Goh, « Air Transport and the Environment : Regulating Aircraft Noise », *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), p. 123 à 135. Concernant les émissions radioactives, voir Dietrich Rauschnig, « Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution : Interim Report », *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Séoul, 1986), p. 198 à 223, p. 219; et AIEA, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation : Twenty Years of Experience, Report of the Chernobyl Forum Expert Group « Environment »* (Radiological Assessment Report Series), AIEA, avril 2006, STI/PUB/1239. Voir aussi Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants, 2013 Report to the General Assembly, Scientific Annex A : Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami, 2014, publication des Nations Unies, numéro de vente : E.14.IX.1, disponible à l'adresse [http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418\\_Report\\_2013\\_Annex.A.pdf](http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex.A.pdf). Ceci est sans préjudice des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire en relation avec le changement climatique en particulier (voir *Climate Change and Nuclear Power*, AIEA (2014), p. 7).

juridiction d'un autre État à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports des sources individuelles ou groupes de sources d'émission ».

(11) Puisque la « pollution atmosphérique » est définie de façon étroite au paragraphe b), il est nécessaire, aux fins du projet de directives, de traiter des questions autres que la pollution atmosphérique dans une autre définition. C'est pourquoi le paragraphe c) donne la définition de l'expression « dégradation atmosphérique ». Cette définition est censée inclure les problèmes de l'appauvrissement de la couche d'ozone et des changements climatiques. Elle couvre l'altération par l'homme, directement ou indirectement, des conditions atmosphériques mondiales. Il peut s'agir de modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes ou d'altération de la composition de l'atmosphère mondiale. La Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone<sup>44</sup> dispose, au paragraphe 2 de l'article premier, que par « effets néfastes » on entend « les modifications apportées à l'environnement physique ou aux biotes, y compris les changements climatiques, qui exercent des effets nocifs significatifs sur la santé humaine ou sur la composition, la résistance et la productivité des écosystèmes naturels ou aménagés, ou sur les matériaux utiles à l'humanité ». Le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques définit l'expression « changements climatiques » comme « des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables ».

12) L'expression « effets nocifs significatifs » vise à déterminer la gamme des activités humaines susceptibles d'être couvertes par le projet de directives. Dans ses travaux précédents, la Commission a fréquemment employé le terme « significatif »<sup>45</sup>. La Commission a indiqué que « ... *“significatif” est plus que “détectable” mais sans nécessairement atteindre le niveau de “grave” ou “substantiel”*. Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel ... [et] [c]es effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs »<sup>46</sup>. De plus, « [l']adjectif “significatif”, quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme “significative” parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne conduisent pas à attribuer une grande valeur à ladite ressource ». La question de savoir ce qui est « significatif » relève davantage d'une appréciation factuelle que d'une décision juridique<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, p. 293.

<sup>45</sup> Voir par exemple l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997); le projet d'article premier du Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) (résolution 62/68 de l'Assemblée générale, annexe); le projet de principe 2 du Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006) (résolution 61/36 de l'Assemblée générale, annexe); le projet d'article 6 du Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières (2008) (résolution 63/124 de l'Assemblée générale, annexe).

<sup>46</sup> Par. 4) du commentaire relatif au projet d'article 2 des projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, 2001, *Annuaire...*, 2001, Vol. II (deuxième partie), p. 152, par. 98.

<sup>47</sup> Voir, par exemple, les commentaires du Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses [commentaire de l'article 2, par. 4) et 7)]. Voir aussi les commentaires du Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses [commentaire du projet de principe 2, par. 1) à 3)].

13) Si, en ce qui concerne la « pollution atmosphérique », l'introduction ou le rejet de substances doit seulement contribuer à des effets « nocifs », dans le cas de la « dégradation atmosphérique », l'altération des conditions atmosphériques doit avoir des « effets nocifs significatifs ». Ainsi qu'il ressort du projet de directive 2 sur le champ d'application des directives, le présent projet de directives traite de la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Comme il a été noté au paragraphe 11) ci-dessus, l'expression « effets néfastes » dans la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone<sup>48</sup> vise des modifications qui exercent des effets nocifs significatifs. L'adjectif « nocif » qualifie un effet préjudiciable, exercé souvent d'une manière subtile ou inattendue.

## **Directive 2**

### **Champ d'application des directives**

1. Le présent projet de directives [contient des principes directeurs concernant] [traite de] la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.
2. Le présent projet de directives ne traite pas de questions relatives au principe « pollueur-payeur », au principe de précaution, aux responsabilités communes mais différenciées, à la responsabilité de l'État et de ses ressortissants, et au transfert de fonds et de technologie, y compris des droits de propriété intellectuelle, vers les pays en développement, mais est aussi sans préjudice de ces questions.
3. Le présent projet de directives ne traite pas de certaines substances, telles que le carbone noir, l'ozone troposphérique et d'autres substances à double impact, qui font l'objet de négociations interétatiques.
4. Rien dans le présent projet de directives ne remet en cause le statut de l'espace aérien dans le droit international applicable ni les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique, y compris sa délimitation.

### **Commentaire**

- 1) Le projet de directive 2 fixe le champ d'application du projet de directives concernant la protection de l'atmosphère. Le paragraphe 1 décrit le champ d'application d'une manière positive, en indiquant ce qui est traité par les directives, tandis que les paragraphes 2 et 3 sont formulés d'une manière négative, en précisant ce qui n'est pas couvert par le présent projet de directives. Le paragraphe 4 contient une clause de sauvegarde sur l'espace aérien et l'espace extra-atmosphérique.
- 2) Le paragraphe 1 définit le champ d'application du projet de directives sur la base des définitions figurant aux paragraphes b) et c) du projet de directive 1. Il envisage les questions relatives à la protection atmosphérique dans deux domaines, la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique. Le projet de directives ne concerne que les causes d'origine anthropique et ne s'applique pas à celles d'origine naturelle comme des éruptions volcaniques et des collisions avec des météorites. L'accent mis sur la pollution transfrontière et la dégradation atmosphérique mondiale causées par l'activité humaine correspond aux réalités actuelles, qui sont appuyées par la science<sup>49</sup>. D'après le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), on peut affirmer scientifiquement avec un degré de certitude de 95 % que l'activité humaine est la cause principale du réchauffement observé depuis le milieu

<sup>48</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, p. 293.

<sup>49</sup> Voir, de façon générale, GIEC, *Climate Change 2013 : The Physical Science Basis, Summary for Policy makers*, disponible à : [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5\\_SummaryVolume\\_FINAL.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL.pdf).

du XX<sup>e</sup> siècle. Le GIEC indique que l'influence humaine sur le système climatique est claire. Cette influence a été observée dans le réchauffement de l'atmosphère et des océans, dans les modifications du cycle mondial de l'eau, dans la réduction de la neige et de la glace, dans l'élévation du niveau moyen des océans et des mers de la planète, et dans les modifications de certains extrêmes climatiques<sup>50</sup>. Le GIEC note en outre qu'il est extrêmement vraisemblable que plus de la moitié de l'augmentation de la température moyenne observée à la surface du globe de 1951 à 2010 soit imputable à l'accroissement d'origine anthropique des concentrations de gaz à effet de serre et d'autres facteurs d'origine anthropique agissant ensemble<sup>51</sup>.

3) Les directives ne traiteront pas non plus de la pollution au niveau interne ou local. On peut toutefois noter que ce qui se produit au niveau local peut parfois avoir des incidences sur le contexte transfrontière et mondial pour ce qui concerne la protection atmosphérique. Les actions humaines visant à améliorer la situation, individuellement ou collectivement, devraient peut-être envisager la totalité de l'atmosphère, de l'hydrosphère, de la biosphère et de la géosphère et leurs interactions.

4) Le dioxyde de soufre et les oxydes d'azote constituent les principales sources de pollution atmosphérique transfrontière<sup>52</sup>, tandis que les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone sont les deux principaux problèmes conduisant à la dégradation atmosphérique<sup>53</sup>. Certaines substances qui ont pour effet d'appauvrir la couche d'ozone contribuent également au réchauffement planétaire<sup>54</sup>.

5) Le point de savoir si le projet de directives « contient des principes directeurs concernant » ou « traite de » la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique devra être examiné plus avant au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

6) Les paragraphes 2 et 3, ainsi que le quatrième alinéa du préambule, reflètent les conditions posées par la Commission lorsqu'elle a inscrit le sujet à son programme de travail à sa soixante-cinquième session en 2013<sup>55</sup>.

7) Le paragraphe 4 est une clause de sauvegarde qui précise que le projet de directives n'affecte pas le statut de l'espace aérien dans le droit international. L'atmosphère et l'espace aérien sont deux notions totalement différentes qu'il convient de distinguer. L'espace aérien est une étendue statique reposant sur une base spatiale sur laquelle l'État, dans les limites de son territoire, exerce une « souveraineté complète et exclusive ». C'est ainsi que l'article premier de la Convention relative à l'aviation civile internationale<sup>56</sup> dispose que « ... chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire »<sup>57</sup>. Selon l'article 2 de la même Convention, il faut entendre par territoire d'un État les régions

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Birnie, Boyle, Redgwell, note 40 ci-dessus, p. 342.

<sup>53</sup> Ibid., p. 336. Il est traité des liens entre les changements climatiques et l'appauvrissement de la couche d'ozone dans le préambule ainsi que dans l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Les rapports entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques sont traités dans le préambule et au paragraphe 1 de l'article 2 de la modification apportée au Protocole de Göteborg en 2012.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 168.

<sup>56</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, p. 295.

<sup>57</sup> Voir le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), qui prévoit que la « souveraineté s'étend à l'espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu'au fond de cette mer et à son sous-sol » (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3).

terrestres et les eaux territoriales y adjacentes qui se trouvent sous la souveraineté, la suzeraineté, la protection ou le mandat dudit État. De même que la haute mer, l'espace aérien situé au-delà des eaux territoriales ne relève plus de la souveraineté d'aucun État et peut être librement utilisé par tous les États. En revanche, l'atmosphère, en tant qu'enveloppe gazeuse qui entoure la Terre, a un caractère dynamique et fluctuant, les gaz se déplaçant constamment sans considération de frontière territoriale<sup>58</sup>. L'atmosphère est invisible, intangible et indivisible.

8) De plus, alors que l'atmosphère se divise en couches successives en fonction de leurs propriétés thermiques, il n'existe pas de frontière précise entre l'atmosphère et l'espace extra-atmosphérique. Au-delà de 100 kilomètres, la masse de l'atmosphère se fond progressivement dans le vide spatial<sup>59</sup>. Le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ne comporte aucune définition de l'« espace extra-atmosphérique »<sup>60</sup>. La question est en discussion dans le cadre du Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique depuis 1959, lequel a envisagé les questions de délimitation selon une approche spatiale et une approche fonctionnelle<sup>61</sup>.

9) En conséquence, la Commission a choisi d'indiquer, au paragraphe 4, que le projet d'articles ne modifierait pas le statut juridique de l'espace aérien et n'examinerait pas les questions relatives à l'espace extra-atmosphérique. De plus, la mention de l'espace extra-atmosphérique correspond aux conditions fixées en 2013 par la Commission.

#### **Directive 5** **Coopération internationale**

1. Les États ont l'obligation de coopérer, selon qu'il convient, entre eux et avec les organisations internationales compétentes pour protéger l'atmosphère contre la pollution atmosphérique et la dégradation atmosphérique.

2. Les États devraient coopérer ensemble au développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Cette coopération pourra prendre la forme d'un échange d'informations et d'un suivi conjoint.

#### **Commentaire**

1) La coopération internationale est au cœur de l'ensemble du projet de directives sur la protection de l'atmosphère. Le concept de coopération internationale a subi une évolution importante en droit international<sup>62</sup> et repose aujourd'hui dans une large mesure sur la notion des intérêts communs de « l'ensemble de la communauté

<sup>58</sup> Voir de façon générale Birnie, Boyle et Redgwell, note 40 ci-dessus, chap. 6.

<sup>59</sup> Tarbuck, Lutgens et Tasa, note 35 ci-dessus, p. 465 et 466.

<sup>60</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p.205.

<sup>61</sup> Voir de façon générale Bhupendra Jasani (dir. publ.), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space : Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement (New York, Philadelphie, Washington, Londres, Taylor et Francis, 1991), notamment chap. 2 et 3.

<sup>62</sup> W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres : Stevens & Sons, 1964), p. 60 à 71; Charles Leben, « The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction », *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), p. 399 à 408. Voir aussi Jost Delbrück, « The International Obligation to Cooperate – An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? – A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law », H. P. Hestermeyer *et al.*, dir. publ., *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden : Martinus Nijhoff, 2012), p. 3 à 16.

internationale »<sup>63</sup>. Le troisième alinéa du préambule du présent projet de directives reconnaît ce fait en affirmant que la protection de l'atmosphère contre la pollution atmosphérique est « une préoccupation pressante de l'ensemble de la communauté internationale ».

2) Dans ce contexte, le paragraphe 1 du projet de directive 5 énonce l'obligation des États de coopérer selon qu'il convient. Concrètement, les États ont l'obligation de coopérer entre eux et avec les organisations internationales compétentes. L'expression « selon qu'il convient » vise à laisser une certaine souplesse et quelque latitude aux États pour s'acquitter de l'obligation de coopérer, en fonction de la nature et de l'objet de la coopération. Les formes de cette coopération peuvent aussi varier selon la situation et l'exercice d'une certaine marge d'appréciation des États. La coopération peut s'exercer aux niveaux bilatéral, régional ou multilatéral. Les États peuvent aussi prendre individuellement des mesures appropriées.

3) La notion de coopération internationale figure dans plusieurs instruments multilatéraux intéressant la protection de l'environnement. Tant le principe 24 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement que le principe 27 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement soulignent l'importance de la coopération<sup>64</sup>. En outre, dans l'*affaire relative à des usines de pâte à papier*, la Cour internationale de justice a insisté sur les liens entre le devoir d'informer, la coopération entre les parties et l'obligation de prévention. La Cour a estimé que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement [...] de manière à prévenir les dommages en question »<sup>65</sup>.

4) Parmi certains des traités en vigueur, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985) dispose, dans son préambule, que les Parties à cette convention sont « [c]onscientes que l'adoption de mesures visant à protéger la couche d'ozone des modifications imputables aux activités humaines ne peut se faire que dans le contexte d'une coopération et d'une action internationales ». En outre, dans le préambule de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), les Parties se disent conscientes que « le caractère planétaire des changements climatiques requiert de tous les pays qu'ils coopèrent le plus possible et participent à une action internationale, efficace et appropriée, ... », tout en réaffirmant que « le

<sup>63</sup> Bruno Simma, « From Bilateralism to Community Interests in International Law », The Hague Academy of International Law, *Recueil des cours*, vol. 250, 1994, p. 217 à 384; Naoya Okuwaki, « On Compliance with the Obligation to Cooperate : New Developments of "International Law for Cooperation" », dans Jun'ichi Eto, dir. publ., *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Tokyo : Shinzansha, 2015), p. 5 à 46; p. 16 et 17 (en japonais).

<sup>64</sup> Le principe 24 de la Déclaration de Stockholm se lit ainsi :

« Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, sur un pied d'égalité. Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce, dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les États. ».

*Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

Le principe 27 de la Déclaration de Rio se lit ainsi :

« Les États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement du droit international dans le domaine du développement durable. ».

*Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 5 et 6 juin 1972 (Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A et rectificatif), chap. I.

<sup>65</sup> *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J., *Recueil des arrêts*, 2010, p. 49, par. 77.

principe de la souveraineté des États doit présider à la coopération internationale destinée à faire face aux changements climatiques. »<sup>66</sup>.

5) L'article 8 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, portant sur l'obligation générale de coopérer, dispose que :

« Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international. ».

6) Dans ses travaux, la Commission a également considéré comme importante l'obligation de coopérer. Le Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001) prévoit, dans l'article 4 relatif à la coopération, que :

« Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. ».

Quant au Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, il prévoit à l'article 7, relatif à l'obligation générale de coopérer, que :

« 1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières.

2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération. ».

7) Enfin, dans l'ensemble de projets d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés en première lecture en 2014, le projet d'article 8 prévoit une obligation de coopérer<sup>67</sup>.

8) La coopération pourrait prendre des formes diverses. Le paragraphe b) du projet de directive met l'accent en particulier sur l'importance de la coopération dans le développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique. Le paragraphe b) met aussi l'accent sur l'échange d'informations et le suivi conjoint.

9) La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone dispose, dans son préambule, que la coopération et l'action internationales devraient être fondées

<sup>66</sup> Voir aussi la section 2 de la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), qui prévoit la « Coopération au plan mondial ou régional » (art. 197), la « Notification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif » (art. 198), des « Plans d'urgence contre la pollution » (art. 199), des « Études, programmes de recherche et échange de renseignements et de données » (art. 200) et les « Critères scientifiques pour l'élaboration de règlements » (art. 201). La section 2 (Coopération internationale) de la partie XIII consacrée à la recherche scientifique marine prévoit l'« Obligation de favoriser la coopération internationale » (art. 242), l'« Instauration de conditions favorables » (art. 243) et la « Publication et diffusion d'informations et de connaissances » (art. 244) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, p. 3).

<sup>67</sup> Le projet d'article 8 se lit ainsi : « En application du présent projet d'articles, les États doivent, selon le cas, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec les organisations non gouvernementales pertinentes. ».

« sur des données scientifiques et techniques pertinentes » et, dans son article 4, paragraphe 1), relatif à la coopération dans les domaines juridique, scientifique et technique, il est prévu ce qui suit :

« Les Parties facilitent et encouragent l'échange des renseignements scientifiques, techniques, socioéconomiques, commerciaux et juridiques appropriés aux fins de la présente Convention et comme précisé à l'annexe II. Ces renseignements sont fournis aux organes agréés par les Parties. ».

L'annexe II de la Convention énumère de façon détaillée les renseignements susceptibles d'être échangés. Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit que les Parties coopèrent dans les domaines techniques, en tenant compte des besoins des pays en développement.

10) Le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, relatif aux engagements, dispose que :

« Toutes les Parties ... e) [p]réparent, en coopération, l'adaptation à l'impact des changements climatiques; ... g) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération les travaux de recherche scientifique, technologique, technique, socioéconomique et autres, l'observation systématique et la constitution d'archives de données sur le système climatique permettant de mieux comprendre les causes, les effets, l'ampleur et l'échelonnement dans le temps des changements climatiques, ainsi que les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, et de réduire et dissiper les incertitudes qui subsistent à cet égard; h) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'échange de données scientifiques, technologiques, techniques, socioéconomiques et juridiques sur le système climatique et les changements climatiques ainsi que sur les conséquences économiques et sociales des diverses stratégies de riposte, ces données devant être échangées dans leur intégralité, librement et promptement; i) [e]ncouragent et soutiennent par leur coopération l'éducation, la formation et la sensibilisation du public dans le domaine des changements climatiques et encouragent la participation la plus large à ce processus, notamment celle des organisations non gouvernementales... ».

11) L'obligation de coopérer englobe notamment l'échange d'informations. À cet égard, on peut aussi noter que l'article 9 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation comporte un ensemble précis de dispositions concernant l'échange de données et d'informations. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance prévoit quant à elle, dans son article 4, que « [l]es Parties contractantes échangeront des informations et procéderont à des tours d'horizon sur leurs politiques, leurs activités scientifiques et les mesures techniques ayant pour objet de combattre dans toute la mesure du possible les rejets de polluants atmosphériques qui peuvent avoir des effets dommageables, et ainsi de réduire la pollution atmosphérique, y compris la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ». La Convention comporte aussi des dispositions précises sur la coopération dans les domaines de la recherche et du développement (art. 7); des échanges d'informations (art. 8); et de la mise en œuvre et de l'élargissement du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (art. 9). De même, l'Accord-cadre régional de l'Afrique de l'Est sur la pollution atmosphérique (Accord de Nairobi, 2008)<sup>68</sup> et l'Accord-cadre régional pour l'Afrique

<sup>68</sup> Onze pays – Burundi, Djibouti, Érythrée, Éthiopie, Kenya, Ouganda, République démocratique du Congo, Rwanda, Somalie, Soudan et Tanzanie – ont adopté cet accord-cadre, disponible à : [http://www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreementFR.pdf](http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreementFR.pdf).

occidentale et centrale sur la pollution atmosphérique (Accord d'Abidjan, 2009)<sup>69</sup> comportent des dispositions semblables en matière de coopération internationale. Les Parties conviennent de :

« 1.2 Considérer les synergies et avantages mutuels de la prise de mesure contre les émissions de polluants atmosphériques et gaz à effet de serre; 1.4 Promouvoir l'information sur la gestion de la qualité de l'air dans le domaine éducatif et de la recherche; 1.5 Promouvoir la coopération régionale afin de renforcer les institutions de normalisation... ».

12) La deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 17 du Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières prévoit que la « coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire. ». S'agissant du projet d'articles sur la protection des personnes en cas de catastrophe, le projet d'article 9 prévoit que « [a]ux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours et communications internationales et la mise à disposition de personnel, d'équipement et de biens de secours et de ressources scientifiques, médicales et techniques. ». De plus, le projet d'article 10 (Coopération en matière de prévention des risques de catastrophe) dispose que « [l]a coopération porte également sur l'adoption de mesures de nature à prévenir les risques de catastrophe ».

13) Dans le contexte de la protection de l'atmosphère, le développement des connaissances scientifiques sur les causes et les répercussions de la pollution atmosphérique et de la dégradation atmosphérique est considéré comme essentiel par la Commission.

---

<sup>69</sup> Vingt et un pays – Angola, Bénin, Burkina Faso, Cabo Verde, Cameroun, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, République démocratique du Congo, République du Congo, Sénégal, Sierra Leone, Tchad et Togo – ont souscrit à cet accord, disponible à : [http://www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/BAQ09\\_AgreementFr.pdf](http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementFr.pdf).

## Chapitre VI

### Détermination du droit international coutumier

#### A. Introduction

55. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Formation et identification du droit international coutumier » à son programme de travail et a nommé M. Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet<sup>70</sup>. À la même session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial (A/CN.4/653)<sup>71</sup>. À la même session également, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet<sup>72</sup>.

56. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/663), ainsi qu'une étude du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/659)<sup>73</sup>. À la même session, elle a décidé de renommer le sujet comme suit : « Détermination du droit international coutumier ». À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/672)<sup>74</sup>.

57. À sa 3227<sup>e</sup> séance, à l'issue du débat sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 11, figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. À la 3242<sup>e</sup> séance de la Commission, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport intérimaire du Comité de rédaction sur « La détermination du droit international coutumier », contenant les huit projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la soixante-sixième session.

#### B. Examen du sujet à la présente session

58. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/682). Elle a examiné le rapport de sa 3250<sup>e</sup> à sa 3254<sup>e</sup> séance, du 13 au 21 mai 2015.

59. À sa 3254<sup>e</sup> séance, le 21 mai 2015, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusion figurant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> À sa 3132<sup>e</sup> séance, le 22 mai 2012 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 157). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 67/92 en date du 14 décembre 2012, a pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa soixante-troisième session (2011), sur la base de la proposition reproduite à l'Annexe A de son rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, p. 305 à 314).

<sup>71</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 157 à 202.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 159.

<sup>73</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 64.

<sup>74</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 135.

<sup>75</sup> Le texte des projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/682) se lisait comme suit :

60. À la 3280<sup>e</sup> séance de la Commission, le 29 juillet 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité de rédaction sur « La détermination du droit international coutumier », contenant les projets de conclusions 1 à 16 [15] provisoirement adoptés par le Comité de rédaction aux soixante-sixième et soixante-septième sessions (A/CN.4/L.869)<sup>76</sup>. À sa 3288<sup>e</sup> séance, le 6 août 2015, la Commission a pris note des projets de conclusions 1 à 16. Il est prévu que la

---

**Projet de conclusion 3 [4]**

*Appréciation de la preuve pour les deux éléments*

...

2. Chaque élément doit être établi séparément. D'une manière générale, il faut pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément.

**Projet de conclusion 4 [5]**

*Exigence d'une pratique*

...

3. Le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier.

**Projet de conclusion 11**

*Preuve de l'acceptation comme étant le droit*

...

3. L'inaction peut également valoir preuve de l'acceptation comme étant le droit, à condition que les circonstances appellent une réaction.

**Partie V**

**Formes particulières de pratique et de preuves**

**Projet de conclusion 12**

*Traités*

Une disposition conventionnelle peut refléter ou être amenée à refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que la disposition en question :

- a) À la date de la conclusion du traité, codifie une règle de droit international coutumier existante;
- b) A abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier en voie de formation; ou
- c) A créé une nouvelle règle de droit international coutumier, en donnant naissance à une pratique générale acceptée comme étant le droit.

**Projet de conclusion 13**

*Résolutions des organisations et conférences internationales*

Les résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales peuvent, dans certaines circonstances, constater le droit international coutumier ou contribuer à son développement; elles ne peuvent en elles-mêmes constituer ce droit.

**Projet de conclusion 14**

*Jurisprudence et doctrine*

La jurisprudence et la doctrine peuvent servir de moyens auxiliaires d'identification des règles du droit international coutumier.

**Partie VI**

**Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier**

**Projet de conclusion 15**

*Coutume particulière*

1. Une coutume particulière est une règle de droit international coutumier qui ne peut être invoquée que par ou contre certains États.
2. Pour établir l'existence et le contenu d'une coutume particulière, il est nécessaire de déterminer s'il existe une pratique générale acceptée par tous les États concernés comme étant le droit (*opinio juris*).

**Projet de conclusion 16**

**Objecteur persistant**

Un État qui s'est opposé de façon persistante à une nouvelle règle de droit international coutumier lors de sa formation n'est pas lié par cette règle aussi longtemps qu'il maintient son objection.

<sup>76</sup> La déclaration du Président de Comité de rédaction, dont l'annexe comporte les 16 projets de conclusion adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, est disponible à l'adresse suivante : <http://legal.un.org/ilc>.

Commission envisage d'adopter à titre provisoire les projets de conclusion et les commentaires y afférents à sa prochaine session.

61. À sa 3288<sup>e</sup> séance, le 6 août 2015, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude sur le rôle des décisions des juridictions nationales dans la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux de caractère universel relative à la détermination du droit international coutumier.

### 1. Présentation par le Rapporteur spécial du troisième rapport

62. Présentant le troisième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que celui-ci visait à couvrir des questions déjà soulevées en 2014 au sujet des deux éléments constitutifs (« une pratique générale » et « acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) »), ainsi que de nouvelles questions comme celles de la coutume particulière ou de l'objecteur persistant. Le rapport proposait l'ajout de paragraphes dans trois des projets de conclusion qui figuraient dans le deuxième rapport, et comportait cinq nouveaux projets de conclusion relevant de deux nouvelles parties (Partie V, « Formes particulières de pratique et de preuves », et Partie VI, « Exceptions à l'application générale des règles de droit international coutumier »).

63. Le troisième rapport comprenait neuf sections. La première, introductive, retraçait l'historique du sujet en mettant l'accent sur les travaux accomplis par la Commission à la précédente session et sur le débat tenu sur le sujet à la Sixième Commission en 2014. La section II du rapport revenait sur le lien entre la pratique générale et l'*opinio juris* (projet de conclusion 3 [4], paragraphe 2). La section III traitait du rôle de l'inaction comme forme de pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (projet de conclusion 11, paragraphe 3). D'autres formes particulières de pratique et de preuves étaient traitées aux sections IV et V. La section IV portait sur le rôle des traités et des résolutions des organisations et conférences internationales (projets de conclusions 12 et 13, respectivement); deux moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international coutumier, à savoir la jurisprudence et la doctrine (projet de conclusion 14), étaient examinés à la section V. La section VI traitait de l'importance des organisations internationales et de la pratique des acteurs non étatiques (projet de conclusion 4 [5], paragraphe 3). Enfin, les sections VII et VIII du rapport traitaient à différents égards de l'application *ratione personae* des règles de droit international coutumier, question couverte par la Partie VI du projet de conclusions. Dans cette partie, figuraient deux projets de conclusion, respectivement relatifs à la coutume particulière et à l'objecteur persistant (projets de conclusions 15 et 16).

64. Dans sa présentation, le Rapporteur spécial a exprimé ses remerciements pour les informations et l'aide reçues pendant l'élaboration de son troisième rapport et pour les contributions écrites de certains gouvernements sur le sujet. Il a indiqué qu'il s'était employé à achever l'ensemble des projets de conclusion qui devaient être couverts par le résultat final des travaux sur le sujet, invitant les membres à soulever tout point qui aurait été négligé. Le Rapporteur spécial a mis l'accent sur les liens entre le sujet et d'autres sujets, qui avaient été ou étaient inscrits à l'ordre du jour de la Commission du droit international, déclarant que les travaux de la Commission devaient être envisagés globalement.

65. Le Rapporteur spécial a rappelé que, conformément à la demande de la Commission, il était revenu dans son troisième rapport sur le lien entre la pratique générale et l'*opinio juris*. Il a conclu à cet égard que pour déterminer si une règle de droit international coutumier avait émergé, il fallait systématiquement examiner et vérifier l'existence de chaque élément séparément, ce qui supposait généralement d'évaluer plusieurs preuves pour chaque élément. Autre point : c'était la présence des deux éléments et non leur ordre temporel d'apparition qui importait pour déterminer

l'existence d'une règle de droit international coutumier. Le rapport indiquait enfin qu'il pouvait y avoir des variations dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments selon la branche du droit international et que, dans certains cas, une forme particulière (ou plusieurs manifestations particulières) de pratique ou une preuve particulière de l'acceptation comme étant le droit pouvait être plus pertinente que dans d'autres.

66. Le Rapporteur spécial est également revenu sur la question de l'inaction, notamment sur sa contribution éventuelle à une pratique générale et sur son rôle possible en tant que preuve de l'acceptation comme étant le droit. Il a souligné que, nonobstant l'importance de l'inaction pour établir la pratique générale dans certains cas, les circonstances dans lesquelles elle pouvait être pertinente n'étaient pas toujours claires. Le Rapporteur spécial a ajouté que l'inaction pouvait servir de preuve de *l'opinio juris* lorsque les circonstances appelaient une réaction. Cela supposait que l'État concerné connaisse ou, compte tenu des circonstances, soit réputé connaître la pratique en question, et supposait également que l'inaction ait duré suffisamment longtemps.

67. Le troisième rapport traitait de certaines formes particulières de pratique et de preuve de *l'opinio juris*, à savoir les traités et les résolutions adoptés par des organisations internationales ou lors de conférences internationales, qui sont fréquemment utilisés pour déterminer le droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a relevé que les mêmes considérations valaient pour d'autres textes écrits comme ceux de la Commission du droit international. Le rapport recommandait toutefois la prudence pour ce qui était de la pertinence de ces textes pour déterminer le droit international coutumier et réaffirmait la nécessité de prendre en considération et d'apprécier toutes les circonstances. Aucun texte écrit ne pouvait de toute façon constituer en lui-même le droit international coutumier.

68. S'agissant de la pertinence des traités et de l'élaboration des traités, le rapport distinguait trois moyens par lesquels de tels textes écrits pouvaient se rapporter au droit international coutumier : en codifiant une règle existante, en aboutissant à la cristallisation d'une règle en voie de formation ou en créant une nouvelle règle. Le rapport traitait également la question de la pratique des États parties à des conventions multilatérales, ainsi que celle de l'éventuelle pertinence des traités bilatéraux.

69. Le rapport portait également sur la pertinence des résolutions adoptées par des États membres d'organisations internationales ou lors de conférences internationales en tant que pratique étatique ou preuve de *l'opinio juris*. Le Rapporteur spécial a reconnu que, dans certaines circonstances, ces résolutions pouvaient jouer un rôle important dans la formation et la détermination du droit international coutumier. Si elles n'étaient pas de nature à créer des règles de droit international coutumier, elles pouvaient fournir des éléments établissant l'existence ou l'émergence d'une règle et donner, en effet, naissance à une pratique susceptible d'aboutir à la formation d'une nouvelle règle. Dans le cadre de ce processus d'évaluation, la formulation précise de la résolution avait une importance cruciale, de même que les circonstances entourant son adoption.

70. Le rapport traitait également de deux moyens « auxiliaires », mais néanmoins importants, de détermination des règles de droit international coutumier : la jurisprudence et la doctrine. Par jurisprudence, le rapport visait tant les décisions des cours et tribunaux internationaux que celles des juridictions nationales, tout en soulignant l'importance des premières. Les décisions des juridictions nationales pouvaient également avoir un poids, mais devaient être considérées avec prudence. Le rapport reconnaissait en outre que les textes de la doctrine demeuraient une source d'information et d'analyse utile aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier, même s'il importait d'établir une distinction entre ceux qui

visaient à rendre compte du droit existant (*lex lata*) et ceux qui traitaient du développement d'un droit en formation (*lex ferenda*).

71. Pour ce qui était de la pratique des organisations internationales en tant que telle, le rapport rappelait la conclusion tirée l'année précédente selon laquelle, dans certains cas, la pratique des organisations internationales contribuait également à la création ou à la formulation de règles de droit international coutumier. Le Rapporteur spécial a insisté sur la nécessité de distinguer la pratique des États au sein d'une organisation internationale de la pratique de l'organisation internationale elle-même. Il a également souligné la nécessité de faire la distinction entre la pratique de l'organisation relative à son fonctionnement interne et la pratique de l'organisation dans ses relations avec les États et d'autres entités. Il était en outre proposé que la question du comportement d'acteurs non étatiques autres que les organisations internationales soit traitée dans le projet de conclusions.

72. Le rapport passait ensuite à la catégorie de la « coutume particulière », terme visant à englober, selon le Rapporteur spécial, ce qui pouvait être appelé règles coutumières « spéciales », « régionales », « locales » ou « bilatérales ». Le Rapporteur spécial a insisté sur le fait que, compte tenu de la nature de la coutume particulière, qui n'était contraignante que pour un petit nombre d'États, il était crucial d'établir clairement quels États avaient contribué à la pratique et l'avaient acceptée comme étant le droit. Pour déterminer l'existence d'une telle coutume, il était donc nécessaire d'établir l'existence d'une pratique générale des États concernés, acceptée par chacun d'eux comme étant le droit (*opinio juris*).

73. Le rapport traitait également de la règle de l'objecteur persistant, en vertu de laquelle l'État qui s'est systématiquement opposé à une règle du droit international coutumier en voie de formation et qui continue de s'y opposer après sa cristallisation, n'est pas lié par elle. Le Rapporteur spécial a souligné que cette règle était clairement établie dans la jurisprudence, dans les travaux antérieurs de la Commission et dans la doctrine. Il a insisté sur la nécessité de l'examiner, notamment pour en préciser les conditions strictes.

## **2. Résumé du débat**

### **a) Observations générales**

74. Les membres de la Commission ont réaffirmé leur appui à l'approche des deux éléments mise en œuvre par le Rapporteur spécial. Ils sont généralement convenus que le résultat des travaux sur le sujet devait être un ensemble de conclusions pratiques, simples, assorties de commentaires et destinées à aider les praticiens à déterminer l'existence de règles de droit international coutumier. Il fallait se garder de trop simplifier et les projets de conclusion méritaient d'être précisés plus avant.

75. La portée du sujet a donné lieu à un débat. Certains membres de la Commission ont affirmé qu'il fallait examiner plus en profondeur la formation des règles du droit international coutumier. Pour eux, ce n'était pas pour modifier l'axe du sujet que son intitulé avait été modifié. Pour d'autres membres, le projet de conclusions devait porter seulement sur la question de la détermination des règles susmentionnées et non sur celle de leur formation. À cet égard, il a été relevé que le sujet portait sur la détermination d'une règle coutumière à un moment donné, sans préjudice de son évolution future. Selon un autre point de vue, le sujet était certes axé sur la détermination; pour autant, il ne fallait pas se garder d'examiner les questions de formation dès lors qu'elles présentaient un intérêt pour la détermination.

**b) Relation entre les deux éléments constitutifs**

76. Selon certains membres de la Commission, même si la présence des deux éléments était systématiquement requise, il pouvait y avoir des différences dans l'application de l'approche des deux éléments selon le domaine ou le type de règle. Il a toutefois été affirmé qu'un même critère devait être établi pour tous les domaines. Certains membres de la Commission ont indiqué que l'approche des deux éléments n'avait pas été appliquée de manière cohérente et que le sujet appelait un examen plus approfondi du poids respectif des deux éléments selon les domaines.

77. Les membres ont appuyé la conclusion selon laquelle chaque élément devait être établi séparément et que, d'une manière générale, il fallait pour cela apprécier les preuves propres à chaque élément. Plusieurs membres de la Commission ont souligné que l'évaluation séparée du respect des deux conditions n'excluait pas qu'une même documentation puisse servir de preuve des deux éléments.

78. Quant à la relation temporelle entre les deux éléments constitutifs des règles coutumières, des membres ont estimé que la pratique devait précéder *l'opinio juris*, d'autres considérant que l'ordre d'apparition des deux éléments était indifférent.

**c) L'inaction comme pratique et/ou preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)**

79. Si, de manière générale, l'analyse dans le troisième rapport de la pertinence de l'inaction pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier a été favorablement accueillie, plusieurs membres de la Commission ont mis l'accent sur le fait que, concrètement, il était difficile de qualifier l'inaction à cette fin. Certains membres ont insisté sur la nécessité de préciser les circonstances particulières dans lesquelles l'inaction était pertinente, en particulier aux fins d'évaluer l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*). Il a été proposé que les critères précis permettant de qualifier l'inaction soient énoncés dans le corps du projet de conclusion.

80. Les conditions énoncées dans le rapport pour que l'inaction vaille preuve de l'acceptation comme étant le droit ont reçu un large appui au sein de la Commission. Certains membres ont indiqué que la situation devait appeler une réaction de la part des États concernés, que les États devaient avoir connaissance de la pratique en question et que l'inaction devait avoir duré suffisamment longtemps. Des points de vue divergents ont toutefois été exprimés sur le point de savoir si, dans ce contexte, l'inaction équivalait à l'acquiescement. Il a été ajouté que ce qui importait était de déterminer si l'inaction pouvait, dans un cas particulier, être assimilée à *l'opinio juris*.

**d) Le rôle des traités et des résolutions**

81. Des membres de la Commission ont appuyé la conclusion formulée dans le rapport sur le rôle des traités en tant que preuves du droit international coutumier. Certains membres ont proposé de supprimer les références à l'effet des traités sur la formation des règles coutumières et de mettre exclusivement l'accent sur leur force probante. Il a été dit qu'aucune différence ne devait être faite, aux fins des travaux sur le sujet, entre la cristallisation d'une règle coutumière et la création d'une nouvelle règle par l'adoption d'un traité. Il a en outre été proposé d'examiner l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Certains membres ont relevé que les dispositions conventionnelles n'avaient pas toutes la même pertinence en tant que preuves du droit international coutumier; seules les dispositions de « caractère fondamentalement normatif » pouvaient créer de telles règles.

82. La nécessité a été soulignée de définir les critères permettant de déterminer la pertinence d'une disposition conventionnelle en tant que preuve de l'existence d'une règle de droit international coutumier. Certains membres de la Commission ont rejeté

la notion « d'États particulièrement intéressés », l'avis selon lequel la répartition géographique des parties à un traité pouvait servir de preuve du caractère général de la pratique étant par ailleurs exprimé.

83. Divers points de vue ont été exprimés sur la force probante des résolutions adoptées par des organisations internationales ou lors de conférences internationales. Pour certains membres de la Commission, ces résolutions, notamment celles de l'Assemblée générale des Nations Unies, pouvaient être considérées dans certaines circonstances comme étant des sources du droit international coutumier. Des membres ont estimé que leur force probante devait être appréciée avec beaucoup de prudence. Divers éléments à prendre en considération, comme la composition de l'organisation, le résultat du vote, la procédure d'adoption de la résolution et l'objectif de celle-ci, ont été mis en relief. Il a également été dit que la pertinence des résolutions de conférences internationales dépendait de la participation des États à la conférence en question.

84. Les membres de la Commission sont généralement convenus que les résolutions des organisations et des conférences internationales n'étaient pas en elles-mêmes des preuves suffisantes de l'existence d'une règle coutumière. Un avis a été exprimé selon lequel, dans certains cas, les résolutions pouvaient valoir preuve de l'existence de règles de droit international coutumier. Il a été relevé que la force probante de telles résolutions dépendait d'autres preuves étayant la pratique générale et l'*opinio juris*. On a souligné qu'il fallait examiner séparément la question de savoir si une règle contenue dans une résolution était étayée par une pratique générale reconnue comme étant le droit (*opinio juris*) pour pouvoir s'appuyer sur une résolution (ce qui pouvait cependant servir de preuve à cette fin).

#### e) **Jurisprudence et doctrine**

85. Les membres de la Commission ont approuvé la conclusion selon laquelle la jurisprudence et la doctrine étaient pertinentes pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier. Les rôles précis respectivement joués par la jurisprudence et par la doctrine ont donné lieu à un échange de vues. On a fait observer qu'elles n'étaient pas de même nature et qu'elles devaient donc faire l'objet de conclusions distinctes. Il a également été relevé qu'il était impossible de traiter de leur importance de manière générale et qu'il fallait donc procéder au cas par cas.

86. Certains membres de la Commission ont souligné l'importance particulière de la jurisprudence, que l'on ne pouvait pas considérer comme un moyen de preuve secondaire ou auxiliaire. Certains membres ont souligné l'importance centrale de la Cour internationale de Justice, tandis que d'autres membres ont indiqué que l'on ne pouvait pas ignorer la jurisprudence des autres cours et tribunaux, ni le rôle des opinions individuelles ou dissidentes des juges internationaux. La pertinence des décisions des juridictions nationales a donné lieu à un échange de vues. Pour certains membres, ces décisions devaient être inscrites dans la catégorie de la « jurisprudence » aux fins de la détermination des règles de droit international coutumier. D'autres membres de la Commission ont toutefois estimé qu'il fallait traiter ces décisions séparément, leur poids étant à évaluer avec prudence.

87. Il a été dit que le terme « doctrine », proposé par le Rapporteur spécial, était trop général et devait être précisé. Plusieurs membres de la Commission ont également déclaré que la sélection de la doctrine pertinente ne devait privilégier les auteurs d'aucune région, mais devait être universelle.

88. Plusieurs membres ont affirmé que les travaux de la Commission du droit international, organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé de

promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification, ne pouvaient être assimilés à la « doctrine » ni à la doctrine des publicistes.

**f) Importance des organisations internationales et des acteurs non étatiques**

89. Divers points de vue ont été exprimés au sein de la Commission sur l'importance de la pratique des organisations internationales. Des membres ont notamment souligné qu'une telle pratique pouvait contribuer à la formation ou à la formulation de règles du droit international coutumier et qu'il fallait insister sur l'importance de la pratique des organisations internationales dans certains domaines. D'autres membres ont fait remarquer que cela ne pouvait être le cas que si la pratique d'une organisation internationale reflétait la pratique ou la conviction de ses États membres ou si elle contribuait à générer la pratique des États, mais que la pratique des organisations internationales n'était pas en elle-même pertinente pour évaluer une pratique générale. On a relevé que le projet de conclusion proposé, tel qu'il était libellé, omettait certains points essentiels comme ceux de savoir si l'inaction des organisations internationales pouvait valoir pratique, si la présence de la pratique et de *l'opinio juris* des organisations internationales était requise et si la règle à laquelle l'organisation internationale contribuait était contraignante pour les seules organisations internationales, pour les seuls États ou pour les deux.

90. Le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial selon lequel le comportement d'autres acteurs non étatiques ne constitue pas une pratique aux fins de la formation et l'identification du droit international coutumier, a été appuyé par plusieurs membres de la Commission. Les mots « d'autres acteurs non étatiques » n'ont pas été jugés tout à fait clairs dès lors que les organisations internationales sont composées d'États. Certains membres ont jugé cette proposition trop stricte, compte tenu en particulier de l'importance de la pratique d'acteurs non étatiques tels que le Comité international de la Croix-Rouge ou d'activités associant à la fois des États et des acteurs non étatiques.

**g) Coutume particulière**

91. La question de la coutume particulière a fait débat. Certains membres de la Commission ont appuyé le projet de conclusion proposé par le Rapporteur spécial, d'autres estimant que la question traitée ne relevait pas du champ du sujet. La question de la terminologie la plus appropriée pour désigner cette catégorie particulière de règles de droit international coutumier, dites « régionales », « locales » ou « particulières », a été débattue. Il a été en outre proposé de préciser la notion de « région » et de traiter la question du lien géographique entre les parties à une coutume régionale.

92. Il a été souligné qu'une attention spéciale devait être accordée à l'importance de l'acquiescement dans la détermination d'une coutume particulière. Pour certains membres, il s'ensuivait que la coutume particulière répondait à des normes plus strictes que la coutume générale ou universelle. D'autres membres ont toutefois indiqué que toutes les règles de droit international coutumier étaient subordonnées aux mêmes conditions. Il a été dit qu'en envisageant l'existence d'une coutume particulière entre un groupe d'États largement dispersés et dépourvus de lien géographique, le projet de conclusion proposé favorisait des affirmations confuses quant à l'existence d'une telle coutume et risquait de fragmenter le droit international coutumier alors que rien dans la pratique ne le justifiait.

**h) Objecteur persistant**

93. La règle de l'objecteur persistant a donné lieu à un large débat. Plusieurs membres ont approuvé l'inclusion de la règle dans l'ensemble du projet de

conclusions, d'autres membres estimant qu'il s'agissait d'une théorie controversée qui n'était pas étayée par une pratique étatique et une jurisprudence suffisantes et qui pouvait aboutir à la fragmentation du droit international. Il a été proposé de donner des exemples concrets dans le commentaire pour étayer cette règle, dont l'existence était, d'après certains membres, largement reconnue dans la doctrine.

94. Les membres de la Commission ont également examiné de manière approfondie les conditions d'application de la règle de l'objecteur persistant et ses conséquences. Certains d'entre eux ont indiqué qu'une telle règle, si elle existait, n'était de toute façon pas applicable aux obligations *erga omnes* ni aux normes impératives (*jus cogens*).

#### **i) Programme de travail futur**

95. S'agissant du programme de travail futur, la proposition du Rapporteur spécial tendant à examiner les moyens pratiques de rendre plus accessible la documentation permettant d'établir l'existence de la pratique générale et de l'acceptation comme étant le droit, a été favorablement accueillie. Plusieurs membres ont également proposé que le Rapporteur spécial étudie la question de l'évolution du droit international coutumier dans le temps et d'autres questions connexes.

96. Certains membres ont indiqué qu'il fallait allouer suffisamment de temps à la Commission pour qu'elle puisse achever les travaux sur le sujet sans que les progrès accomplis à cet égard se fassent au détriment de la qualité.

### **3. Conclusions du Rapporteur spécial**

97. Le Rapporteur spécial a souligné que le but des travaux sur le sujet était d'aider à déterminer l'existence ou non d'une règle de droit international coutumier et son contenu. Telle était la tâche des juges, des arbitres et des juristes, qui formulaient des avis sur le droit tel qu'il existait à un moment donné, par opposition à ceux qui donnaient des avis sur la manière dont le droit pouvait évoluer ou être développé. La question de savoir comment les règles coutumières se formaient et évoluaient faisait néanmoins partie intégrante du cadre général du sujet et serait abordée dans le commentaire.

98. S'agissant des diverses questions relatives au lien entre les deux éléments, le Rapporteur spécial a estimé que l'aspect temporel de cette relation intéressait davantage la formation des règles coutumières que leur détermination, mais qu'il s'agissait néanmoins d'un aspect important devant être couvert dans le commentaire. Quant à l'application de l'approche des deux éléments selon les domaines, il a souligné que le contexte dans lequel la preuve avait émergé devait être pris en considération, ce qui supposait l'examen approfondi des faits propres à chaque cas et de leur pertinence. Enfin, sur la question de l'évaluation séparée des deux éléments, le Rapporteur spécial a relevé que les membres de la Commission s'accordaient à considérer que chaque élément devait être établi séparément pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier. La question parfois désignée comme celle de la « double prise en compte » (« *double-counting* ») se révélait plus controversée. Sur ce point, le Rapporteur spécial a précisé qu'il se pouvait, dans certains cas, que la même preuve soit utilisée pour établir l'existence des deux éléments. Ce qui importait était la présence des deux éléments; les théories selon lesquelles l'abondance d'un élément pouvait compenser l'absence de l'autre n'étaient pas convaincantes.

99. Le Rapporteur spécial a estimé que la conclusion selon laquelle la pratique des organisations internationales était en elle-même pertinente pour déterminer l'existence de règles de droit international coutumier ne prêtait pas à controverse étant donné

qu'il apparaissait que la pratique des organisations internationales dans leurs relations entre elles pouvait à tout le moins créer des règles coutumières contraignantes dans le cadre de ces relations. Une telle conclusion était également importante dans le cas d'organisations internationales qui, comme l'Union européenne, exerçaient des compétences au nom de leurs États membres. Cette conclusion, déjà dégagée lors des travaux antérieurs de la Commission, semblait généralement approuvée par les États. Le Rapporteur spécial a souligné qu'en dépit de l'importance du rôle des organisations internationales, celui-ci n'était pas comparable à celui des États. S'agissant du rôle des acteurs non étatiques, le Rapporteur spécial a indiqué que ces entités pouvaient jouer un rôle dans la formation et la détermination des règles de droit international coutumier en ce qu'elles stimulaient ou révélaient la pratique des États et la pratique des organisations internationales, et non du fait de leur comportement même.

100. Quant au rôle de l'inaction, le Rapporteur spécial a indiqué que la proposition tendant à ce que le paragraphe correspondant du projet de conclusion reflète l'essence des conditions énoncées à cet égard dans le rapport méritait d'être examinée de près.

101. S'agissant du rôle des traités dans la détermination des règles de droit international coutumier, le Rapporteur spécial, tout en reconnaissant l'importance des traités multilatéraux, a estimé que le projet de conclusions ne pouvait ignorer les traités bilatéraux, dont le poids devait néanmoins être évalué avec prudence. Le Rapporteur spécial a également indiqué que l'importance, pour le sujet, de l'article 38 de la Convention de Vienne sur le droit des traités serait abordée dans le commentaire, où il serait aussi question de la notion de disposition de « caractère fondamentalement normatif ».

102. Le Rapporteur spécial a constaté que le projet de conclusion sur les résolutions adoptées par des organisations internationales et lors de conférences internationales n'avait pas suscité de controverse particulière au sein de la Commission. Il a reconnu que le rôle de ces résolutions pourrait être décrit plus positivement, même s'il fallait rester prudent lorsque l'on s'y référerait.

103. Le Rapporteur spécial a indiqué que le projet de conclusion sur la jurisprudence et la doctrine appelait des précisions et que ces deux sources devaient être traitées dans des projets de texte distincts. Il a convenu que la jurisprudence intervenait en réalité dans le cadre d'un processus unique de détermination de l'existence d'une règle coutumière. Le Rapporteur spécial a également reconnu que les opinions individuelles et dissidentes qui, selon lui, n'étaient pas des décisions judiciaires au sens de l'article 38, paragraphe 1) d) du Statut de la Cour internationale de Justice, n'étaient toutefois pas dénuées d'intérêt pour le sujet. Il a indiqué que par « doctrine », il entendait la « doctrine de juristes », et a en outre convenu qu'il fallait insister, dans le commentaire, sur l'intérêt de prendre en considération la doctrine de juristes représentatifs des divers systèmes juridiques du monde.

104. Le Rapporteur spécial a noté que de nombreux membres avaient proposé de consacrer une conclusion distincte aux travaux de la Commission du droit international. Il n'était pas convaincu de la nécessité d'une telle conclusion; des précisions sur le rôle de la Commission pouvaient par contre être apportées dans les commentaires. Cela étant, il espérait que la question serait examinée par le Comité de rédaction.

105. Au sujet de la coutume particulière, le Rapporteur spécial a confirmé que tous les autres projets de conclusion lui étaient applicables, y compris le projet de conclusion relatif aux traités, sauf si le projet de conclusion 15 en disposait autrement. Il a ajouté que si l'existence d'un lien géographique entre les États tenus par une telle règle n'était en principe pas requise, ce lien était souvent exigé dans la pratique.

106. Le Rapporteur spécial a noté que le projet de conclusion 16, relatif à l'objecteur persistant, avait recueilli un large appui et qu'il devrait être illustré par des exemples concrets dans le commentaire. Il a souligné que la règle de l'objecteur persistant pouvait être et était souvent invoquée devant des juges appelés à déterminer l'existence d'une règle du droit international coutumier; il importait donc d'offrir aux praticiens des indications sur la question et surtout, de préciser les conditions dans lesquelles un État devenait objecteur persistant.

107. À propos du programme de travail futur sur le sujet, le Rapporteur spécial a estimé, à la lumière de tous les échanges tenus pendant le débat, qu'un objectif réaliste consisterait à terminer la première lecture des projets de conclusion et des commentaires y afférents d'ici à la fin de la soixante-huitième session, en 2016. Il s'agissait en conséquence de savoir comment répartir le travail entre la présente session et la suivante. Compte tenu de l'importance des commentaires, il semblait approprié de procéder en deux temps. Premièrement, si le Comité de rédaction parvenait à achever ses travaux à la présente session et à adopter à titre provisoire un ensemble complet de projets de conclusion (complet, c'est-à-dire sous réserve de l'ajout de dispositions et sous réserve de propositions pouvant être faites à l'occasion du débat sur le quatrième rapport), le Rapporteur spécial pourrait élaborer les projets de commentaire relatifs à toutes les conclusions pour le début de la session de 2016. Cela laisserait aux membres assez de temps pour les examiner attentivement et permettrait à la Commission d'envisager d'adopter le jeu complet de projets de conclusion examinés en première lecture et leurs commentaires d'ici à la fin de la session de 2016.

## Chapitre VII Crimes contre l'humanité

### A. Introduction

108. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Crimes contre l'humanité » à son programme de travail à long terme<sup>77</sup>, sur la base de la proposition élaborée par M. Sean D. Murphy, reproduite à l'annexe B du rapport de la Commission sur les travaux de cette session<sup>78</sup>. Au paragraphe 8 de sa résolution 68/112 du 16 décembre 2013, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription de ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

109. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail, et elle a désigné M. Sean D. Murphy Rapporteur spécial pour le sujet<sup>79</sup>. Par la suite, au paragraphe 7 de sa résolution 69/118 du 10 décembre 2014, l'Assemblée générale a pris note de l'inscription de ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

### B. Examen du sujet à la présente session

110. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/680), qu'elle a examiné à ses 3254<sup>e</sup> à 3258<sup>e</sup> séances, du 21 au 28 mai 2015<sup>80</sup>.

111. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial, après avoir évalué les avantages potentiels de l'élaboration d'une convention sur les crimes contre l'humanité (sect. II), a énoncé un certain nombre de généralités concernant les crimes contre l'humanité (sect. III) et examiné quelques aspects des conventions multilatérales existantes favorisant la prévention de la criminalité, l'incrimination et la coopération interétatique en la matière (sect. IV). En outre, le Rapporteur spécial a examiné l'obligation générale, énoncée dans divers régimes conventionnels, qui incombe aux États de prévenir et de punir les crimes contre l'humanité (sect. V), ainsi que la définition des « crimes contre l'humanité » aux fins du sujet (sect. VI). Le rapport contient également des informations quant au programme de travail futur sur le sujet (sect. VII). Le Rapporteur spécial a proposé deux projets d'article correspondant aux questions abordées aux sections V et VI, respectivement<sup>81</sup>.

112. À sa 3258<sup>e</sup> séance, le 28 mai 2015, la Commission a renvoyé les projets d'article 1 et 2, tels qu'ils figurent dans le premier rapport du Rapporteur spécial, au Comité de rédaction.

113. À sa 3263<sup>e</sup> séance, le 5 juin 2015, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et provisoirement adopté les projets d'article 1, 2, 3 et 4 (voir sect. C.1 ci-dessous).

<sup>77</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10), par. 169 et 170.

<sup>78</sup> Ibid., annexe B.

<sup>79</sup> Ibid., soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10), par. 266.

<sup>80</sup> Voir comptes rendus provisoires des 3254<sup>e</sup> à 3258<sup>e</sup> séances (A/CN.4/SR.3254, A/CN.4/SR.3255, A/CN.4/SR.3256, A/CN.4/SR.3257 et A/CN.4/SR.3258).

<sup>81</sup> Voir premier rapport sur les crimes contre l'humanité, A/CN.4/680 (projet d'article 1 « Prévention et répression des crimes contre l'humanité » et projet d'article 2 « Définition des crimes contre l'humanité »).

114. À ses 3282<sup>e</sup> à 3284<sup>e</sup> séances, les 3 et 4 août 2015, la Commission a adopté les commentaires des projets d'article provisoirement adoptés à la session en cours (voir sect. C.2 ci-dessous).

115. À sa 3282<sup>e</sup> séance, le 3 août 2015, la Commission a demandé au secrétariat d'établir un mémoire contenant des informations sur les mécanismes conventionnels de suivi qui pourraient être pertinents pour ses travaux futurs sur le sujet<sup>82</sup>.

## **C. Texte des projets d'article sur les crimes contre l'humanité provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session**

### **1. Texte des projets d'article**

116. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-septième session est reproduit ci-dessous.

#### **Article 1 Champ d'application**

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

#### **Article 2 Obligation générale**

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

#### **Article 3 Définition des crimes contre l'humanité**

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) Meurtre;
- b) Extermination;
- c) Réduction en esclavage;
- d) Déportation ou transfert forcé de population;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f) Torture;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;

<sup>82</sup> Cette question a été soulevée au cours du débat plénier que la Commission a consacré au premier rapport du Rapporteur spécial en mai 2015 et a aussi été débattue lors de la visite que le Haut-Commissaire aux droits de l'homme a rendue à la Commission en juillet 2015.

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre;

i) Disparition forcée de personnes;

j) Crime d'apartheid;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

i) Par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

#### **Article 4** **Obligation de prévention**

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

a) Mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle; et

b) La coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité<sup>83</sup>.

#### **2. Texte des projets d'article et des commentaires s'y rapportant, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-septième session**

117. Le texte des projets d'article et des commentaires s'y rapportant, provisoirement adopté par la Commission à sa soixante-septième session, est reproduit ci-après.

#### **Article 1** **Champ d'application**

Les présents projets d'article s'appliquent à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité.

#### **Commentaire**

1) Le projet d'article 1 définit le champ d'application des présents projets d'article en indiquant que ceux-ci s'appliquent à la fois à la prévention et à la répression des crimes contre l'humanité. La prévention des crimes contre l'humanité est axée sur le fait d'empêcher la commission de ces infractions, tandis que leur répression porte sur les procédures pénales engagées contre des personnes après que ces crimes ont été commis ou pendant qu'ils sont commis.

2) Les présents projets d'article visent uniquement les crimes contre l'humanité, qui sont des crimes internationaux graves, où qu'ils se produisent. Ils ne traitent pas

<sup>83</sup> Il sera discuté de l'emplacement de ce paragraphe à un stade ultérieur.

d'autres crimes internationaux graves, comme le génocide, les crimes de guerre ou le crime d'agression. Il a été envisagé d'inclure ces crimes dans le sujet, mais la Commission a décidé de se concentrer sur les crimes contre l'humanité.

3) Par ailleurs, les présents projets d'article ne seront pas incompatibles avec les traités existants pertinents. Ainsi, tout conflit avec les traités relatifs à la prescription, aux réfugiés, aux disparitions forcées et à d'autres questions touchant aux crimes contre l'humanité sera évité. En temps voulu, un ou plusieurs projets d'article pourront être rédigés pour régler tout conflit qui pourrait surgir.

4) De même, les présents projets d'article ne seront pas en conflit avec les obligations des États découlant des instruments constitutifs des cours ou tribunaux pénaux internationaux ou « hybrides » (comprenant des éléments de juridiction internationale et des éléments de juridiction nationale), notamment la Cour pénale internationale (ci-après « la CPI »). Tandis que le Statut de Rome<sup>84</sup>, qui porte création de la CPI, régit les relations entre celle-ci et ses États parties (relation « verticale »), les présents projets d'article mettront l'accent sur l'adoption de lois nationales et sur la coopération entre États (relation « horizontale »). Il ressort du chapitre IX du Statut de Rome, intitulé « Coopération internationale et assistance judiciaire », que la coopération entre États pour des crimes relevant de la compétence de la CPI se poursuivra sans préjudice du Statut, mais cette coopération n'est pas réglementée. Les présents projets d'article traiteront de la coopération entre États dans les domaines de la prévention des crimes contre l'humanité ainsi que des enquêtes, arrestations, poursuites, extraditions et châtiments visant les auteurs de ces crimes dans les systèmes judiciaires nationaux, ce qui est un objectif compatible avec le Statut de Rome. Ce faisant, ils contribueront à la mise en œuvre du principe de complémentarité prévu par le Statut de Rome. Enfin, les instruments constitutifs des cours ou tribunaux pénaux internationaux ou hybrides traitent de la poursuite des personnes pour les crimes relevant de leur compétence, et non des mesures que les États devraient prendre pour empêcher ces crimes avant qu'ils ne soient commis ou pendant qu'ils le sont.

## **Article 2** **Obligation générale**

Les crimes contre l'humanité, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, sont des crimes au regard du droit international que les États s'engagent à prévenir et à punir.

### **Commentaire**

1) Le projet d'article 2 énonce l'obligation générale qu'ont les États de prévenir les crimes contre l'humanité et d'en punir les auteurs. La teneur de cette obligation générale sera examinée à travers les diverses obligations plus spécifiques énoncées dans les projets d'article suivants, à partir du projet d'article 4. Ces obligations spécifiques porteront sur les mesures que les États doivent prendre dans leurs systèmes juridiques nationaux, ainsi que sur leur coopération avec d'autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, s'il y a lieu, d'autres organisations.

2) En énonçant cette obligation générale, le projet d'article 2 reconnaît les crimes contre l'humanité comme des « crimes au regard du droit international ». Dans le

<sup>84</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, p. 3 (ci-après « le Statut de Rome »).

Statut du Tribunal militaire international (ci-après le « TMI ») établi à Nuremberg<sup>85</sup>, les « crimes contre l'humanité » font partie des actes relevant de la compétence du TMI. Le TMI a dit, notamment, que « la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »<sup>86</sup>. Les crimes contre l'humanité relevaient également de la juridiction du Tribunal de Tokyo<sup>87</sup>.

3) En 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a pris acte des principes de droit international reconnus par le Statut de Nuremberg et les a réaffirmés<sup>88</sup>. L'Assemblée a aussi chargé la Commission du droit international de « formuler » les principes du Statut de Nuremberg et de préparer un projet de code des crimes<sup>89</sup>. En 1950, la Commission a produit les « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal », selon lesquels les crimes contre l'humanité étaient « punis en tant que crimes de droit international »<sup>90</sup>. En outre, en 1954, la Commission a achevé la rédaction d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui incriminait, au paragraphe 11 de son article 2, une série d'actes inhumains aujourd'hui considérés comme des crimes contre l'humanité et disposait en son article 1 que « [I]es crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité définis dans le présent code sont des crimes de droit international, et les individus qui en sont responsables seront punis »<sup>91</sup>.

4) Le fait de qualifier les crimes contre l'humanité de « crimes de droit international » indique qu'ils existent en tant que crimes, que les actes en question soient ou non incriminés dans le droit interne. Le Statut de Nuremberg définit les crimes contre l'humanité comme la perpétration de certains actes « qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés »<sup>92</sup>. En 1996, la Commission a achevé un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui prévoit, entre autres, que les crimes contre l'humanité sont des « crimes au regard droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national »<sup>93</sup>. La gravité de ces crimes ne fait aucun doute; la Commission a déjà indiqué que l'interdiction des crimes contre l'humanité est « clairement acceptée et reconnue » en tant que norme impérative du droit international<sup>94</sup>.

<sup>85</sup> Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international, art. 6 c), signé à Londres le 8 août 1945, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279 (ci-après « le Statut de Nuremberg »).

<sup>86</sup> Arrêt du 30 septembre 1946, Tribunal militaire international, dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, vol. 22 (1947), p. 466.

<sup>87</sup> Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, art. 5 c), fait à Tokyo le 19 janvier 1946 (tel que modifié le 26 avril 1946), 4 Bevens 20. Personne, cependant, n'a été reconnu coupable d'un tel crime par ce tribunal; les condamnations prononcées concernaient des crimes qui avaient été commis en dehors du Japon et des personnes qui n'étaient pas japonaises.

<sup>88</sup> *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg*, résolution 95(I) de l'Assemblée générale (11 décembre 1946).

<sup>89</sup> *Formulation des principes reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour*, résolution 177(II) (21 novembre 1947).

<sup>90</sup> *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, p. 376, par. 109 (principe VI).

<sup>91</sup> *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 150, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>92</sup> Statut de Nuremberg, *supra* note 85, art. 6 c).

<sup>93</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 17, par. 50 (art. 1). Le projet de code de 1996 contenait cinq catégories de crimes, dont celle des crimes contre l'humanité.

<sup>94</sup> *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 91, par. 5) (commentaire de l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite) (réaffirmant que les « normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions [...] des crimes contre l'humanité [...] »); voir aussi Groupe d'étude de la Commission du droit international,

5) Le projet d'article 2 qualifie aussi les crimes contre l'humanité de crimes au regard du droit international « qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé ». La référence au « conflit armé » doit être lue comme recouvrant tant les conflits armés internationaux que les conflits armés non internationaux. La définition des crimes contre l'humanité figurant dans le Statut de Nuremberg, telle que modifiée par le Protocole de Berlin<sup>95</sup>, était liée à l'existence d'un conflit armé international; les actes visés ne constituaient des crimes au regard du droit international que s'ils étaient commis « à la suite » de « tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal » ou « en liaison » avec un tel crime, autrement dit un crime contre la paix ou un crime de guerre. Le fait de traiter de questions qui relevaient habituellement de la compétence nationale d'un État était justifié par l'existence d'un lien entre le crime et un conflit entre États. Ce lien, à son tour, suggérait des crimes odieux commis sur une grande échelle, peut-être dans le cadre d'une ligne de conduite<sup>96</sup>. Le TMI, chargé de juger les principaux dirigeants politiques et militaires du III<sup>e</sup> Reich, a condamné plusieurs accusés pour des crimes contre l'humanité commis pendant la guerre, bien que dans certains cas le lien entre ces crimes et d'autres crimes relevant de sa juridiction ait été tenu<sup>97</sup>.

6) En 1950, cependant, la Commission, dans ses « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal », a défini les crimes contre l'humanité dans le principe VI c) d'une manière qui n'exigeait aucun lien avec un conflit armé<sup>98</sup>. Dans le commentaire se rapportant à ce principe, elle a souligné qu'il n'était pas nécessaire que le crime soit commis pendant une guerre, mais a soutenu que les crimes commis avant devaient néanmoins être liés à un crime contre la paix<sup>99</sup>. En même temps, elle a fait valoir que « des actes peuvent constituer des crimes contre l'humanité, même s'ils sont commis par l'auteur contre sa propre population »<sup>100</sup>. La Convention de 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité fait référence, au paragraphe b) de l'article 1, aux « crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, tels qu'ils sont définis dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg du 8 août 1945 et confirmés par les résolutions 3 (I) et 95 (I) de

---

*Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, par. 374 (13 avril 2006), tel que rectifié par le document A/CN.4/L.682/Corr.1 (11 août 2006) (dans lequel les crimes contre l'humanité sont qualifiés de « règles les plus fréquemment citées comme pouvant prétendre au statut de *jus cogens* »).

<sup>95</sup> Protocole portant rectification d'une différence dans le texte du Statut, fait à Berlin le 6 octobre 1945, dans *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, vol. 1 (1947), p. 17 et 18. Le Protocole de Berlin a remplacé le point-virgule après « pendant la guerre » par une virgule, afin d'harmoniser les textes anglais et français avec le texte russe. Ibid., p. 17. Cela a eu pour effet de relier la première partie de la disposition à sa dernière partie [(à la suite de) « tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal ou en liaison avec ce crime »] et donc à l'existence d'un conflit armé international.

<sup>96</sup> Voir Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Histoire de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre et développement du droit de la guerre* (His Majesty's Stationery Office, 1948), p. 179 (« Seuls les crimes qui, par leur ampleur et leur sauvagerie, ou leur grand nombre, ou encore le fait qu'une entreprise similaire a été menée à différents moments et différents endroits, ont mis en danger la communauté internationale ou choqué la conscience de l'humanité, justifient l'intervention d'autres États que celui sur le territoire duquel ils ont été commis ou dont les ressortissants sont devenus les victimes. »).

<sup>97</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kupreškić et consorts*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-95-16-T, 14 janvier 2000, par. 576 (relevant le lien tenu entre les crimes contre l'humanité commis par Baldur von Schirach et les autres crimes relevant de la compétence du TMI) (ci-après « jugement Kupreškić de 2000 »).

<sup>98</sup> *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 377, par. 119.

<sup>99</sup> Ibid., par. 123.

<sup>100</sup> Ibid., par. 124.

l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, en date des 13 février 1946 et 11 décembre 1946 [...] »<sup>101</sup>.

7) La compétence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après « le TPIY ») couvre les « crimes contre l'humanité ». L'article 5 du Statut du TPIY dispose que le tribunal est habilité à poursuivre les personnes responsables d'une série d'actes (tels que l'assassinat, la torture ou le viol) « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit »<sup>102</sup>. Ainsi, la formule employée à l'article 5 a conservé le lien avec un conflit armé, mais on la comprend mieux si on la replace dans son contexte. Le Statut du TPIY a été élaboré en 1993, alors que l'on savait qu'un conflit armé était en cours dans l'ex-Yougoslavie; le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU) avait déjà déterminé que la situation constituait une menace pour la paix et la sécurité internationales, conduisant à l'exercice des pouvoirs de coercition prévus au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En tant que telle, la formule employée à l'article 5 (« conflit armé ») était essentiellement destinée à dissiper l'idée que les crimes contre l'humanité devaient être liés à un « conflit armé international ». Dans la mesure où cette formule pouvait être interprétée comme laissant entendre que le droit international coutumier exigeait un lien avec un conflit armé, la Chambre d'appel du TPIY a ensuite précisé qu'il n'y avait « aucun fondement logique ou juridique » pour retenir un lien avec un conflit armé, car cette condition « a[vait] été abandonnée » dans la pratique des États depuis Nuremberg<sup>103</sup>. Elle a aussi relevé que « [l]e caractère obsolète de l'exigence d'un lien ressort à l'évidence des Conventions internationales relatives au génocide et à l'apartheid, qui interdisent toutes les deux des types particuliers de crimes contre l'humanité abstraction faite de la relation avec un conflit armé »<sup>104</sup>. Et elle a fait valoir par la suite que la mention de ce lien dans le Statut du TPIY visait simplement à circonscrire le champ de compétence du TPIY, et non à codifier le droit international coutumier<sup>105</sup>.

8) En 1994, le Conseil de sécurité a établi le Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après « le TPIR ») et lui a donné compétence pour juger de « crimes contre l'humanité ». Bien que l'on trouve à l'article 3 du Statut du TPIR la même série d'actes que celle figurant dans le Statut du TPIY, la référence à un conflit armé n'a pas été retenue dans le libellé du paragraphe liminaire<sup>106</sup>. De même, l'article 7 du Statut de Rome, adopté en 1998, ne fait aucune référence à un conflit armé.

<sup>101</sup> Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, faite à New York le 26 novembre 1968, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, p. 73. En août 2015, il y avait 55 États parties à cette convention. Pour une convention régionale de nature semblable, voir la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, faite à Strasbourg le 25 janvier 1974, Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités et conventions européennes*, n° 82. En août 2015, il y avait huit États parties à cette convention.

<sup>102</sup> *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, résolution 827 du Conseil de sécurité (25 mai 1993), *S/RES/827*, art. 5 (ci-après « *Statut du TPIY* »).

<sup>103</sup> *Le Procureur c. Tadić*, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, affaire n° IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, par. 140.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Kordić et Čerkez*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-95-14/2-T, 26 février 2001, par. 33 (ci-après « jugement *Kordić* de 2001 »); *Le Procureur c. Tadić*, Chambre d'appel, arrêt, affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 249 à 251 (ci-après « arrêt *Tadić* de 1999 ») (« La condition relative au conflit armé est satisfaite dès lors que l'existence du conflit armé est prouvée; c'est la seule condition posée par le Statut qui, ce faisant, se montre déjà plus exigeant que le droit international coutumier. »).

<sup>106</sup> *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, résolution 955 du Conseil de sécurité (8 novembre 1994), *S/RES/955*, annexe, art. 3 (ci-après « *Statut du TPIR* »); voir *Semanza c. Le Procureur*, Chambre d'appel, arrêt, affaire n° ICTR-97-20-A, 20 mai 2005, par. 269 (« [...] »).

9) Alors que les premières définitions des crimes contre l'humanité exigeaient que les actes visés aient été commis en liaison avec un conflit armé, le lien en tant que tel a disparu des statuts des cours et tribunaux pénaux internationaux contemporains, y compris le Statut de Rome. Il a été remplacé, comme indiqué ci-après au sujet du projet d'article 3, par l'exigence, dans le paragraphe liminaire, que le crime soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque.

### **Article 3**

#### **Définition des crimes contre l'humanité**

1. Aux fins du présent projet d'articles, on entend par « crime contre l'humanité » l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) Meurtre;
- b) Extermination;
- c) Réduction en esclavage;
- d) Déportation ou transfert forcé de population;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f) Torture;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;
- h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou le crime de génocide ou les crimes de guerre;
- i) Disparition forcée de personnes;
- j) Crime d'apartheid;
- k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la

---

contrairement à l'article 5 du Statut du TPIY, l'article 3 du Statut du TPIR n'exige pas que les crimes soient commis dans le cadre d'un conflit armé. Il s'agit là d'une distinction importante. »).

nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

i) Par « disparition forcée de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent projet d'articles, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

4. Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale.

### **Commentaire**

1) Les trois premiers paragraphes de l'article 3 du projet établissent, aux fins du présent projet d'articles, une définition du « crime contre l'humanité ». Leur libellé est repris textuellement de celui de l'article 7 du Statut de Rome, à l'exception de trois modifications ne portant pas sur le fond (exposées plus loin) qui sont nécessaires compte tenu du contexte différent dans lequel la définition est employée. Le paragraphe 4 du projet d'article 3 est une clause « sans préjudice » qui indique que

cette définition n'a pas d'incidence sur les définitions plus larges prévues dans des instruments internationaux ou des lois nationales.

*Définitions données dans d'autres instruments*

2) Diverses définitions des « crimes contre l'humanité » ont été employées depuis 1945, tant dans des instruments internationaux que dans des législations nationales qui ont codifié ce crime. Le Statut de Nuremberg définit les « crimes contre l'humanité » comme étant :

« l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »<sup>107</sup>.

3) Le principe VI c) des Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, établis par la Commission en 1950, définit les crimes contre l'humanité comme « [l']assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes »<sup>108</sup>.

4) En outre, dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'elle a élaboré en 1954, la Commission a recensé parmi ces crimes « [l]es actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement »<sup>109</sup>.

5) L'article 5 du Statut du TPIY indique que le tribunal « est habilité à juger les personnes présumées responsables » d'une série d'actes (tels que l'assassinat, la torture et le viol) « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit [...] »<sup>110</sup>. Bien que le Secrétaire général ait proposé dans son rapport que cet article indique que les crimes contre l'humanité « désignent des actes inhumains d'une extrême gravité [...] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses »<sup>111</sup>, ce membre de phrase particulier n'a pas été retenu dans le texte de l'article 5.

6) En revanche, le Statut de 1994 du TPIR a retenu à l'article 3 la même série d'actes, mais le libellé du paragraphe liminaire reprend la formule figurant dans le rapport établi en 1993 par le Secrétaire général, à savoir « lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit » et se poursuit par « en raison de son appartenance nationale,

<sup>107</sup> Statut de Nuremberg, note 85 *supra*, art. 6 c).

<sup>108</sup> *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 377, par. 119.

<sup>109</sup> *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 150, par. 49 [art. 2, par. 11)].

<sup>110</sup> *Statut du TPIY*, note 102 *supra*, art. 5.

<sup>111</sup> Conseil de sécurité, Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, p. 13, par. 48.

politique, ethnique, raciale ou religieuse [...] »<sup>112</sup>. En tant que tel, le Statut du TPIR prévoit expressément qu'une intention discriminatoire est requise pour établir le crime. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé par la Commission en 1996 définit également les « crimes contre l'humanité » comme une série d'actes spécifiques lorsqu'ils sont commis « d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe », mais ne mentionne pas d'intention discriminatoire<sup>113</sup>. Les crimes contre l'humanité ont également été définis aux fins d'établir la compétence de cours ou de tribunaux pénaux hybrides<sup>114</sup>.

7) Le paragraphe 1 b) de l'article 5 du Statut de Rome fait relever les crimes contre l'humanité de la compétence de la CPI<sup>115</sup>. Le paragraphe 1 de l'article 7 définit le « crime contre l'humanité » comme l'un quelconque d'une série d'actes « lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque »<sup>116</sup>. Au paragraphe 2 du même article figure une série de définitions qui, entre autres, précisent que par « attaque lancée contre une population civile », on entend le « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »<sup>117</sup>. Quant au paragraphe 3, il prévoit que « le terme "sexe" s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens »<sup>118</sup>. L'article 7 ne retient pas le lien avec un conflit armé, qui caractérise le Statut du TPIY, ni (sauf à l'égard des actes de persécution)<sup>119</sup> l'exigence d'une intention discriminatoire, qui caractérise le Statut du TPIR.

8) La définition du « crime contre l'humanité » énoncée à l'article 7 du Statut de Rome a été acceptée par les plus de 120 États qui sont parties à ce statut, et bon nombre d'États la reprennent à présent lorsqu'ils adoptent ou modifient leurs lois nationales. La Commission a considéré l'article 7 du Statut de Rome comme une base appropriée pour définir ces crimes aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3. De fait, le texte de l'article 7 est repris textuellement à l'exception de trois modifications ne portant pas sur le fond, qui sont nécessaires compte tenu du contexte différent dans lequel la définition est employée. Tout d'abord, le début du paragraphe 1 est « Aux fins du présent projet d'articles » au lieu de « Aux fins du présent Statut ». Deuxièmement, la même modification a été apportée au début du paragraphe 3. Troisièmement, le paragraphe 1 h) de l'article 7 du Statut de Rome incrimine les actes de persécution lorsqu'ils sont commis « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ». Là aussi, pour tenir compte de la différence de contexte, ce membre de phrase est devenu, au projet d'article 3, « en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou du crime de génocide ou des crimes de guerre ». Le moment venu, la CPI pourra exercer

<sup>112</sup> *Statut du TPIR*, note 106 *supra*, annexe, art. 3.

<sup>113</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49, art. 18.

<sup>114</sup> Voir, par exemple, l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone (avec statut), fait à Freetown le 16 janvier 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 154, statut p. 161; « Loi relative à la création de chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour la poursuite des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique », art. 5, 27 octobre 2004, disponible à l'adresse [http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC\\_law\\_2004\\_French.pdf](http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/ECCC_law_2004_French.pdf) (consultée le 22 juin 2015).

<sup>115</sup> Statut de Rome, note 84 *supra*.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Voir *ibid.*, art. 7, par. 1 h).

sa compétence sur le crime d'agression, une fois que les conditions fixées par la Conférence de Kampala seront remplies, auquel cas il faudra peut-être remanier le paragraphe.

*Paragraphes 1 à 3*

9) La définition des « crimes contre l'humanité » énoncée aux paragraphes 1 à 3 de l'article 3 contient trois conditions générales qui méritent d'être examinées plus en détail. Ces conditions, qui figurent toutes au paragraphe 1, ont été mises en évidence dans la jurisprudence de la CPI et d'autres cours ou tribunaux internationaux ou hybrides. La définition énumère aussi les actes prohibés sous-jacents aux crimes contre l'humanité et définit plusieurs des termes qu'elle emploie (donnant ainsi des définitions dans la définition). Il ne fait pas de doute que l'évolution de la jurisprudence de la CPI et d'autres cours ou tribunaux internationaux ou hybrides continuera à contribuer à éclairer les autorités nationales, y compris les tribunaux, sur le sens de cette définition, et, partant, favorisera l'harmonisation des approches au niveau national. La Commission note que la jurisprudence pertinente continue de se développer dans le temps, de sorte que la discussion qui suit vise simplement à indiquer certains paramètres de ces termes en 2015.

*« Attaque généralisée ou systématique »*

10) La première condition générale est que les actes doivent être commis dans le cadre d'une attaque « généralisée ou systématique ». Cette condition a été formulée pour la première fois dans le Statut du TPIR<sup>120</sup>, même si dans certaines décisions, le TPIY a soutenu qu'elle était implicite dans son propre Statut, car ces termes figuraient dans le rapport du Secrétaire général proposant ce statut<sup>121</sup>. Selon la jurisprudence du TPIY et du TPIR, la condition selon laquelle l'attaque doit être « généralisée » et « systématique » est disjonctive et non conjonctive; l'une ou l'autre condition peut être remplie pour établir l'existence du crime<sup>122</sup>. Cette lecture de la condition du caractère généralisé/systématique se retrouve aussi dans le commentaire se rapportant au projet de code de 1996, dans lequel la Commission a affirmé qu'« un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères [d'échelle ou de systématisme] est constatée »<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Contrairement à la version anglaise, la version française de l'article 3 du Statut du TPIR emploie une formule conjonctive (« généralisée et systématique »). Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance a indiqué ce qui suit : « Dans la version originale française du Statut, ces exigences sont cumulatives [...], ce qui relève sensiblement le seuil d'application de cette disposition. Dans la mesure où le droit international coutumier se borne à exiger que l'attaque soit généralisée ou systématique, il y a tout lieu de croire que la version française souffre d'une erreur de traduction. ». *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, par. 579, note 144 (ci-après « jugement *Akayesu* de 1998 »).

<sup>121</sup> *Le Procureur c. Blaškić*, Chambre de première instance, Jugement, affaire n° IT-95-14-T, 3 mars 2000, par. 202 (ci-après « jugement *Blaškić* de 2000 »); *Le Procureur c. Tadić*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, par. 648 (ci-après « jugement *Tadić* de 1997 »).

<sup>122</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mrkšić*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-95-13/1-T, 27 septembre 2007, par. 437 (ci-après « jugement *Mrkšić* de 2007 ») (« [L]’attaque doit être généralisée ou systématique, cette condition étant disjonctive et non cumulative. »); *Le Procureur c. Kayishema*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par. 123 (ci-après « jugement *Kayishema* de 1999 ») (« L'attaque doit remplir l'une ou l'autre des deux conditions suivantes, à savoir être généralisée ou systématique. »); jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 579; jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 648 (« [U]ne conclusion faisant état d'un caractère soit général [...] soit systématique [...] satisfait cette condition. »).

<sup>123</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 50. Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 22 (A/50/22)*, par. 78 (Rapport du Comité ad hoc

11) Lorsque cette norme a été examinée en vue de l'élaboration du Statut de Rome, certains États ont dit qu'à leur avis, les conditions d'échelle et de systématisme (« généralisée » et « systématique ») devaient être conjonctives – autrement dit, que les deux devaient être présentes pour que l'existence du crime soit établie – car à défaut, la norme serait trop inclusive<sup>124</sup>. Ils ont fait valoir que, si la seule commission « généralisée » des actes était suffisante, les vagues spontanées de crimes généralisés mais sans rapport entre eux constitueraient des crimes contre l'humanité. Compte tenu de cette préoccupation, un compromis a été élaboré, aux termes duquel, si ces deux conditions sont restées disjonctives<sup>125</sup>, une définition du terme « attaque » qui, comme on le verra ci-dessous, contient un élément politique, a été ajoutée au paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome.

12) Selon la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Kunarac*, « [l']adjectif “généralisé” indique que l'attaque est menée sur une grande échelle et que le nombre des victimes est élevé »<sup>126</sup>. En tant que telle, cette condition fait référence à une « multiplicité de victimes »<sup>127</sup> et exclut les actes de violence isolés<sup>128</sup>,

---

pour la création d'une cour criminelle internationale) (« [Les] éléments qui devraient apparaître dans la définition des crimes contre l'humanité [...] [sont notamment le fait que] ces crimes [...] consistaient généralement en une agression généralisée [ou] systématique ») (italiques ajoutées); *Annuaire ... 1995*, vol. II (deuxième partie), p. 25, par. 90 (« les notions de violations “systématiques” et “massives” étaient des éléments complémentaires des crimes considérés »); *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 42 (« la définition des crimes contre l'humanité englobe les actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques »); *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 108 (« Il suffit que l'un ou l'autre de ces caractères – systématique ou massif – soit présent dans l'un quelconque des actes énumérés [...] pour que l'infraction soit réalisée. »).

<sup>124</sup> Voir Nations Unies, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, A/CONF/183/13 (vol. II), p. 159 (Inde); *ibid.*, p. 161 et 162 (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, France); *ibid.*, p. 162 et 163 (Thaïlande, Égypte); *ibid.*, p. 164 (République islamique d'Iran); *ibid.*, p. 165 (Turquie); *ibid.*, p. 167 (Fédération de Russie); *ibid.*, p. 168 (Japon).

<sup>125</sup> Dans sa jurisprudence, la CPI a affirmé que les conditions de caractère « généralisé » et « systématique » dans le Statut de Rome, art. 7, sont disjonctives. Voir *Chambre préliminaire, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*, ICC-01/09, 31 mars 2010, par. 94 (ci-après « *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya* »); voir aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire, décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 juin 2009, par. 82 (ci-après « *décision Bemba de 2009* »).

<sup>126</sup> *Le Procureur c. Kunarac, Chambre de première instance, Jugement*, affaire n° IT-96-23-T, 22 février 2001, par. 428 (ci-après « *jugement Kunarac de 2001* »); voir *Le Procureur c. Katanga, Chambre de première instance, Jugement*, ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, par. 1123 (ci-après « *jugement Katanga de 2014* »); *Le Procureur c. Katanga*, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07, 26 septembre 2008, par. 394 (ci-après « *décision Katanga de 2008* »); *Le Procureur c. Blagojević & Jokić, Chambre de première instance, Jugement*, affaire n° IT-02-60-T, 17 janvier 2005, par. 545 et 546; *Le Procureur c. Kordić & Čerkez*, Chambre d'appel, arrêt, affaire n° IT-95-14/2-A, 17 décembre 2004, par. 94 (ci-après « *arrêt Kordić de 2004* »).

<sup>127</sup> *Décision Bemba de 2009, supra note 125*, par. 83; *jugement Kayishema de 1999, supra note 122*, par. 123; *jugement Akayesu de 1998, supra note 120*, par. 580; *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49, art. 18 (où l'expression « sur une grande échelle » est employée à la place de « généralisée »); voir aussi *jugement Mrkšić de 2007, supra note 122*, par. 437 (« L'adjectif “généralisé” renvoie au fait que l'attaque a été menée sur une grande échelle et au nombre de victimes qu'elle a faites. »). Dans l'affaire *Le Procureur c. Ntaganda*, Chambre préliminaire, décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, 9 juin 2014, par. 24 (ci-après « *décision Ntaganda de 2014* »), la Chambre a conclu que l'attaque contre la population civile avait été généralisée car elle avait fait un grand nombre de victimes civiles.

comme les assassinats faisant des victimes individuelles commis par des personnes agissant de leur propre chef et non dans le cadre d'une initiative plus large. En même temps, un acte unique commis par un auteur individuel peut constituer un crime contre l'humanité s'il se produit dans le contexte d'une campagne plus large<sup>129</sup>. Il n'existe pas de seuil numérique particulier – nombre de victimes – devant être atteint pour qu'une attaque soit « généralisée ».

13) L'adjectif « généralisée » peut aussi avoir une dimension géographique, l'attaque se produisant dans plusieurs endroits à la fois<sup>130</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la CPI a conclu qu'il existait des preuves suffisantes pour établir qu'une attaque était « généralisée » compte tenu des témoignages faisant état d'attaques menées en divers endroits dans une zone géographique étendue, notamment des preuves attestant de milliers de viols, de l'existence de fosses communes et d'un nombre élevé de victimes<sup>131</sup>. Cela étant, il n'est pas nécessaire que la zone géographique soit étendue; le TPIY a constaté qu'une attaque pouvait être menée dans une zone géographique restreinte contre un grand nombre de civils<sup>132</sup>.

14) Dans sa *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, la Chambre préliminaire de la CPI a indiqué que « [l']appréciation de cet élément ne doit répondre à des critères ni exclusivement quantitatifs ni géographiques, mais être effectuée sur la base des faits »<sup>133</sup>. Une attaque peut être généralisée en raison de l'effet cumulé d'une multiplicité d'actes inhumains ou être le résultat d'un seul acte inhumain de grande ampleur<sup>134</sup>.

15) De même que le terme « généralisée », le terme « systématique » exclut les actes de violence isolés ou sans lien<sup>135</sup> et la jurisprudence du TPIY, du TPIR et de la CPI fait apparaître une compréhension similaire du sens de ce terme. Le TPIY a défini le terme « systématique » comme dénotant « le caractère organisé des actes de violence et la répétition délibérée et l'improbabilité de leur caractère fortuit »<sup>136</sup> et a jugé que la preuve d'un schéma ou un plan méthodique permettait d'établir qu'une attaque avait été systématique<sup>137</sup>. En conséquence, la Chambre d'appel a confirmé en l'affaire

<sup>128</sup> Voir *Le Procureur c. Ntaganda*, Chambre préliminaire, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-02/06, 13 juillet 2012, par. 19 (ci-après « décision *Ntaganda* de 2012 »); *Le Procureur c. Harun*, Chambre préliminaire, décision relative à la requête déposée par l'accusation en vertu de l'article 58 7) du Statut, ICC-02/05-01/07, 27 avril 2007, par. 62 (ci-après « décision *Harun* de 2007 »); voir aussi *Le Procureur c. Rutaganda*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999, par. 67 à 69; jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 122 et 123; *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49; *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 108.

<sup>129</sup> Jugement *Kupreškić* de 2000, *supra* note 97, par. 550; jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 649.

<sup>130</sup> Voir, par exemple, décision *Ntaganda* de 2012, *supra* note 128, par. 30; *Le Procureur c. Ruto*, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61 7) du Statut de Rome, ICC-01/09-01/11, 23 janvier 2012, par. 177 (ci-après « décision *Ruto* de 2012 »).

<sup>131</sup> Décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 117 à 124.

<sup>132</sup> Arrêt *Kordić* de 2004, *supra* note 126, par. 94; jugement *Blaškić* de 2000, *supra* note 121, par. 206.

<sup>133</sup> *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 95 et 96.

<sup>134</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49; voir aussi décision *Bemba 2009*, *supra* note 125, par. 83 (où la Chambre a estimé que l'adjectif « généralisé » suppose qu'il s'agisse « d'une attaque couvrant une zone géographique étendue ou d'une attaque couvrant une zone géographique restreinte mais dirigée contre un grand nombre de civils »).

<sup>135</sup> Voir *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49; *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 108.

<sup>136</sup> Jugement *Mrkšić* de 2007, *supra* note 122, par. 437; jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 429.

<sup>137</sup> Voir, par exemple, jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 648.

*Kunarac* que « c'est au scénario des crimes – c'est-à-dire à la répétition délibérée et régulière de comportements criminels similaires – que l'on reconnaît leur caractère systématique »<sup>138</sup>. Le TPIR a adopté une approche similaire<sup>139</sup>.

16) Dans le droit fil de la jurisprudence du TPIY et du TPIR, une Chambre préliminaire de la CPI a constaté en l'affaire *Harun* que l'adjectif « systématique » dénote « le caractère organisé des actes de violence et l'improbabilité de leur caractère fortuit »<sup>140</sup>. Dans l'affaire *Katanga*, une Chambre préliminaire a constaté que ce terme « a été compris comme dénotant soit un plan organisé dans la poursuite d'une politique commune, qui suit un schéma régulier et se traduit par la commission continue d'actes, soit un "ensemble de crimes" tel que les crimes constituent une "répétition non accidentelle de comportements criminels similaires et réguliers" »<sup>141</sup>. En appliquant cette norme en l'affaire *Ntaganda*, une Chambre préliminaire a estimé qu'une attaque était systématique dès lors que « les auteurs avaient employé des moyens et des méthodes similaires pour attaquer les différents lieux : ils s'étaient approchés des cibles simultanément, en grand nombre, et, à partir de directions différentes, avaient attaqué des villages avec des armes lourdes, et systématiquement chassé la population par des méthodes similaires, allant de maison en maison et battant les buissons, brûlant toutes les propriétés et se livrant au pillage »<sup>142</sup>. En outre, dans la décision de confirmation des charges rendue en l'affaire *Ntaganda*, une Chambre préliminaire a estimé que l'attaque avait été systématique parce qu'elle avait suivi un « schéma régulier » avec un « mode opératoire récurrent, notamment la mise en place de barrages routiers, la pose de mines terrestres, et coordonné la commission des actes illégaux [...] pour attaquer la population civile non Hema »<sup>143</sup>. Dans l'affaire *Gbagbo*, une Chambre préliminaire a dit qu'une attaque était systématique lorsque « des préparatifs ont été entrepris à l'avance » et que l'attaque a été planifiée et coordonnée, les actes de violence révélant « une série manifeste » de violences<sup>144</sup>.

« Lancée contre toute population civile »

17) La deuxième condition générale est que l'acte doit être commis dans le cadre d'une attaque « lancée contre toute population civile ». Le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 définit « l'attaque lancée contre toute population civile » aux fins du paragraphe 1 comme « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »<sup>145</sup>. Comme on le verra ci-dessous, dans leur jurisprudence le TPIY, le TPIR et la CPI ont interprété la signification de chacun des termes

<sup>138</sup> *Le Procureur c. Kunarac*, Chambre d'appel, arrêt, affaire n° IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, par. 94 (ci-après « arrêt *Kunarac* de 2002 »).

<sup>139</sup> Jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 123; jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 580.

<sup>140</sup> Décision *Harun* de 2007, *supra* note 128, par. 62 (renvoyant à l'arrêt *Kordić* de 2004, *supra* note 128, par. 94, qui renvoie lui-même au jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 429); voir aussi décision *Ruto* de 2012, *supra* note 130, par. 179; *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 96; décision *Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 394.

<sup>141</sup> Décision *Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 397.

<sup>142</sup> Décision *Ntaganda* de 2012, *supra* note 128, par. 31; voir aussi décision *Ruto* de 2012, *supra* note 130, par. 179.

<sup>143</sup> Décision *Ntaganda* de 2014, *supra* note 43, par. 24.

<sup>144</sup> *Le Procureur c. Gbagbo*, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, 12 juin 2014, par. 225 (ci-après « décision *Gbagbo* de 2014 »).

<sup>145</sup> Statut de Rome, *supra* note 84; voir aussi Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, p. 11 (ci-après « *Éléments des crimes* de la CPI »).

suiuants : « lancée contre », « toute », « population », « civile », « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes » et « la politique d'un État ou d'une organisation ».

18) Le TPIY a jugé que l'expression « lancée contre » suppose que les civils soient la cible principale visée par l'attaque, et non des victimes incidentes<sup>146</sup>. Les Chambres préliminaires de la CPI ont ensuite adopté cette interprétation dans l'affaire *Bemba* et la *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*<sup>147</sup>. Une Chambre de première instance de la CPI a adopté la même interprétation dans le jugement *Katanga*<sup>148</sup>. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la CPI a estimé qu'il existait des preuves suffisantes pour établir que l'attaque était « dirigée contre » les civils de la République centrafricaine<sup>149</sup>. Elle a conclu que les soldats du Mouvement de libération du Congo (ci-après le « MLC ») savaient que leurs victimes étaient des civils, compte tenu des preuves directes montrant que les civils étaient attaqués dans leur maison ou dans leur cour<sup>150</sup>. Elle a aussi considéré que les soldats du MLC visaient *principalement* les civils, comme le démontrait une attaque menée dans une localité où les soldats du MLC n'avaient pas trouvé les troupes rebelles qu'ils prétendaient chasser<sup>151</sup>. Le terme « lancée » met l'accent sur l'intention de l'attaque plutôt que sur son résultat physique<sup>152</sup>. C'est l'attaque, et non les actes de l'auteur, qui doit être « lancée contre » la population visée<sup>153</sup>.

19) L'adjectif « toute » indique que la « population civile » doit être définie au sens large et interprétée de même<sup>154</sup>. Une attaque peut être commise contre des civils, « indépendamment de toute condition de nationalité, d'appartenance ethnique ou d'autres attributs distinctifs »<sup>155</sup> et peut aussi être commise contre des nationaux ou des étrangers<sup>156</sup>. La population visée peut « comprendre un groupe défini par son affiliation politique (supposée) »<sup>157</sup>. Afin d'être reconnues comme une « population civile » en temps de conflit armé, les personnes ciblées doivent être « principalement » des civils; la présence de certains combattants au sein de la population ne modifie pas le caractère de cette population<sup>158</sup>. Cette approche est

<sup>146</sup> Voir, par exemple, jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 421 (« L'expression "dirigée contre" indique que dans le cas d'un crime contre l'humanité, la population civile doit être la cible principale de l'attaque. »).

<sup>147</sup> *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 82; décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 76.

<sup>148</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1104.

<sup>149</sup> Décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 94; voir aussi décision *Ntaganda* de 2012, *supra* note 125, par. 20 et 21.

<sup>150</sup> Décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 94.

<sup>151</sup> *Ibid.*, par. 95 à 98.

<sup>152</sup> Voir, par exemple, jugement *Blaškić* de 2000, *supra* note 121, par. 208, note 401.

<sup>153</sup> Arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 103.

<sup>154</sup> Voir, par exemple, jugement *Mrkšić* de 2007, *supra* note 122, par. 442; jugement *Kupreškić* de 2000, *supra* note 97, par. 547 (« L'intention semble être de donner une définition large des termes "population" et "civile". L'objet et le but des principes généraux et des règles du droit humanitaire en donnent une première confirmation. C'est notamment le cas des règles prohibant les crimes contre l'humanité. »); jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 127; jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 643.

<sup>155</sup> Décision *Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 399 (citant le jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 635); voir aussi jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1103.

<sup>156</sup> Voir, par exemple, jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 423.

<sup>157</sup> Décision *Ruto* de 2012, *supra* note 130, par. 164.

<sup>158</sup> Voir, par exemple, jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1105 (soulignant que la population prise pour cible « doit être essentiellement composée de civils » et que « la présence en son sein de personnes ne l'étant pas n'ayant dès lors aucune incidence sur sa qualification de population civile »); jugement *Mrkšić* de 2007, *supra* note 122, par. 442; jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 425 (« sans que, cependant, la présence de certains non-civils en son sein modifie la nature de cette population »); jugement *Kordić* de 2001, *supra* note 105, par. 180;

conforme à d'autres règles découlant du droit international humanitaire. Par exemple, le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève dispose ce qui suit : « La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité. »<sup>159</sup>. Dans l'affaire *Kayishema*, la Chambre de première instance a considéré qu'en temps de paix, le terme de « civil » devait s'appliquer à toutes les personnes exception faite de celles chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique à cette fin au moment où elles sont attaquées<sup>160</sup>. La situation de chaque victime en particulier doit être appréciée au moment où l'infraction est commise<sup>161</sup>; une personne doit être considérée comme civile s'il existe un doute quelconque sur son statut<sup>162</sup>.

20) Le terme « population » ne signifie pas que toute la population d'une région géographique donnée doit faire l'objet de l'attaque<sup>163</sup>; il vise plutôt à transmettre le caractère collectif du crime en tant qu'attaque contre de multiples victimes<sup>164</sup>. Comme l'a noté la Chambre de première instance en l'affaire *Gotovina*, cette notion signifie que l'attaque vise plus qu'un simple « nombre limité d'individus choisis au hasard »<sup>165</sup>. Dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Bemba* et dans sa *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, la CPI a adopté une approche similaire, déclarant que le Procureur doit démontrer que l'attaque ne peut être décrite comme une attaque lancée contre un groupe limité d'individus<sup>166</sup>.

21) La première partie du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 mentionne le « comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1

---

jugement *Blaškić* de 2000, *supra* note 121, par. 214 (« la présence de militaires, au sein de la population civile qui fait l'objet d'une attaque délibérée, ne modifie pas le caractère civil de celle-ci »); jugement *Kupreškić* de 2000, *supra* note 97, par. 549 (« la présence dans une population de personnes activement impliquées dans le conflit ne devrait pas empêcher de la qualifier de civile »); jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 128; jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 582 (« La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité. »); jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 638.

<sup>159</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 50 3), adopté à Genève le 8 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3.

<sup>160</sup> Jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 127 (qui fait référence à « toutes les personnes [...], exception faite de celles chargées de maintenir l'ordre public et investies du pouvoir de faire usage de la force publique. À titre d'exemple, ne sont pas considérés comme des civils les éléments des FAR, du FPR, de la police et de la gendarmerie nationale. »).

<sup>161</sup> Jugement *Blaškić* de 2000, *supra* note 121, par. 214 (« [L]a situation concrète de la victime au moment où les crimes sont commis, plutôt que son statut, doit être pris en compte pour déterminer sa qualité de civil. »); voir aussi jugement *Kordić* de 2001, *supra* note 105, par. 180 (« [D]es personnes qui, à un moment donné, se sont livrées à des actes de résistance peuvent, dans certaines circonstances, être victimes de crimes contre l'humanité. »); jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 582 (constatant que la population civile comprend « les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat »).

<sup>162</sup> Jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 426.

<sup>163</sup> Voir *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 82; décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 77; jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 424; jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 644; voir aussi *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 40 (qui définit les crimes contre l'humanité comme des « actes inhumains de caractère très grave comportant des violations très étendues ou systématiques dirigées contre l'ensemble ou une partie de la population civile ») (italiques ajoutées).

<sup>164</sup> Voir jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 644.

<sup>165</sup> *Le Procureur c. Gotovina*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-06-90-T, 15 avril 2011, par. 1704.

<sup>166</sup> *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 81; décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 77.

à l'encontre d'une population civile quelconque ». Bien que ce membre de phrase ne figure pas dans la définition statutaire des crimes contre l'humanité retenue par le TPIY et le TPIR, il est le reflet de la jurisprudence de ces deux tribunaux<sup>167</sup> et on le trouve expressément au paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome. Aux termes des Éléments des crimes prévus par le Statut de Rome, les « actes » visés au paragraphe 2 a) de l'article 7 « ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire »<sup>168</sup>. En l'affaire *Katanga*, la Chambre de première instance a dit que « l'attaque ne doit pas nécessairement être de nature militaire et [...] peut impliquer toute forme de violence à l'encontre d'une population civile »<sup>169</sup>.

22) La deuxième partie du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 indique que l'attaque doit être lancée « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». L'exigence d'un élément de « politique » n'est pas apparue dans la définition des crimes contre l'humanité dans les statuts des tribunaux internationaux jusqu'à l'adoption du Statut de Rome<sup>170</sup>. Alors que les statuts du TPIY et du TPIR ne contenaient aucune exigence de politique dans leur définition des crimes contre l'humanité<sup>171</sup>, une jurisprudence antérieure la prévoyait<sup>172</sup>. En effet, en l'affaire *Tadić* la Chambre de première instance a, au début du mandat du TPIY, soulevé des points importants au sujet de l'élément de politique, qui allaient plus tard influencer la rédaction du Statut de Rome. Cette Chambre a dit que :

« la raison pour laquelle les crimes contre l'humanité scandalisent tellement la conscience de l'humanité et justifient l'intervention de la communauté internationale tient à ce qu'il ne s'agit pas d'actes isolés, commis fortuitement par des individus, mais qu'ils résultent plutôt d'une tentative délibérée de cibler une population civile. Traditionnellement, cette condition a été interprétée comme signifiant qu'il doit exister une certaine forme de politique pour commettre ces actes. [...] Plus important encore, cependant, une telle politique n'a pas besoin d'être énoncée de façon formelle et elle peut être déduite de la façon dont les actes sont commis. »<sup>173</sup>.

<sup>167</sup> Voir, par exemple, jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 415 (définissant l'attaque comme « un type de comportement entraînant des actes de violence »); jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 122 (définissant l'attaque comme « le fait auquel les crimes énumérés sont rattachables »); jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 581 (« L'« attaque » peut se définir comme tout acte contraire à la loi du type énuméré [dans le Statut]. Les actes non violents par nature, y compris l'imposition d'un système d'apartheid [...] ou l'exercice de pressions publiques sur une population pour amener celle-ci à agir de telle ou telle manière pourraient être rangés sous ce vocable [...]. »).

<sup>168</sup> Voir CPI, *Éléments des crimes*, *supra* note 145, p. 11.

<sup>169</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1101.

<sup>170</sup> L'article 6 c) du Statut de Nuremberg ne contient aucune référence expresse à un plan ou une politique. Le Jugement de Nuremberg, cependant, mentionne le terme « politique » lors de l'examen de l'article 6 c) dans le cadre de la notion d'« attaque » dans son ensemble. Voir *Jugement du 30 septembre 1946*, *supra* note 86, p. 493 (« La politique de terreur a certainement été menée sur une grande échelle, et dans de nombreux cas a été organisée et systématique. La politique de persécution, de répression et d'assassinat de civils susceptibles d'être hostile au gouvernement qui a été menée en Allemagne avant la guerre de 1939 a été exécutée de la manière la plus impitoyable. »). L'article II 1) c) de la *Control Council Law n° 10* (loi n° 10 relative au Conseil de contrôle) ne fait pas non plus référence à un plan ou une politique dans sa définition des crimes contre l'humanité.

<sup>171</sup> La Chambre d'appel du TPIY a déterminé qu'il n'y avait pas d'élément de politique relatif aux crimes contre l'humanité dans le droit international coutumier, voir arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 98 (« Rien, dans le Statut ou le droit international coutumier tel qu'il existait à l'époque des faits allégués, n'exige la preuve de l'existence d'un plan ou d'une politique visant à la perpétration de ces crimes. »), bien que cette position ait été critiquée dans la doctrine.

<sup>172</sup> Jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 644, 653 à 655 et 626.

<sup>173</sup> *Ibid.*, par. 653.

La Chambre de première instance a en outre noté que, en raison de l'élément de politique, ces crimes « ne peuvent pas être l'œuvre de seuls individus isolés »<sup>174</sup>. Dans sa jurisprudence ultérieure, toutefois, le TPIY a minimisé l'élément de politique, considérant qu'il suffisait simplement de prouver l'existence d'une attaque généralisée ou systématique<sup>175</sup>.

23) Avant le Statut de Rome, la CDI avait tendance, dans ses travaux sur des projets de codes, à exiger un élément de politique. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1954 définissait les crimes contre l'humanité comme : « [l]es actes inhumains, tels que l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments de la population civile pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, *par les autorités d'un État ou par des particuliers agissant à l'instigation de ces autorités ou avec leur consentement.* »<sup>176</sup>. La Commission a décidé d'insérer la condition d'instigation ou de consentement de l'État afin d'exclure les actes inhumains commis par des personnes privées agissant de leur propre chef, sans aucune participation de l'État<sup>177</sup>. En même temps, la définition des crimes contre l'humanité figurant dans le projet de code 1954 ne comportait aucune condition d'échelle (« généralisée ») ou de systématisme.

24) Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité rédigé par la Commission en 1996 contenait aussi un élément de politique, puisqu'il définissait les crimes contre l'humanité comme « le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et *à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe*, l'un des actes ci-après »<sup>178</sup>. La Commission a inséré cette condition pour exclure des actes inhumains commis par un individu « de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation »<sup>179</sup>. En d'autres termes, l'élément de politique visait à exclure les crimes « ordinaires » d'individus agissant de leur propre initiative et sans aucun lien avec un État ou une organisation.

25) Le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 contient le même élément de politique que celui défini au paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome. Aux termes des *Éléments des crimes* prévus par le Statut de Rome, une « politique ayant pour but une telle attaque » suppose que « l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile »<sup>180</sup> et « [d]ans des circonstances exceptionnelles, une telle politique peut prendre la forme d'une

<sup>174</sup> Ibid., par. 655 (citant *Le Procureur c. Nikolić*, Chambre de première instance, examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, affaire n° IT-94-2-R61, 20 octobre 1995, par. 26).

<sup>175</sup> Voir, par exemple, arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 98; jugement *Kordić* de 2001, *supra* note 105, par. 182 (estimant que « l'existence d'un plan ou d'une politique devrait davantage être considérée comme indicative du caractère systématique des infractions qualifiées de crimes contre l'humanité »); jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 124 (« Pour qu'un acte de persécution à grande échelle constitue un crime contre l'humanité, il faut que l'existence d'un élément politique soit démontrée. L'absence de l'une ou de l'autre des deux conditions que sont le caractère généralisé ou systématique du crime suffit pour entraîner l'exclusion des actes qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une politique ou d'un plan plus vaste. »); jugement *Akayesu* de 1998, *supra* note 120, par. 580.

<sup>176</sup> *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 150 (italiques ajoutées).

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 49 (italiques ajoutées).

<sup>179</sup> Ibid., p. 50. Pour expliquer qu'elle ait inséré un élément de politique, la Commission a noté ce qui suit : « Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question, tels que l'article 18 les envisage. ».

<sup>180</sup> CPI, *Éléments des crimes*, *supra* note 145, p. 11.

abstention délibérée d'agir, par laquelle l'État ou l'organisation entend consciemment encourager une telle attaque »<sup>181</sup>.

26) Cet élément de « politique » a été examiné par la CPI dans le cadre de plusieurs affaires<sup>182</sup>. Dans le jugement *Katanga* de 2014, la Chambre de première instance a souligné que l'exigence de l'existence d'une politique n'était pas synonyme de « caractère systématique », car cela serait contraire à la formulation disjonctive des termes de l'article 7 du Statut, qui dispose qu'une attaque doit être « généralisée » ou « systématique »<sup>183</sup>. De fait, alors que l'adjectif « systématique » exige des niveaux élevés d'organisation et l'existence d'un schéma fait de comportements répétitifs ou la commission renouvelée d'actes de violence<sup>184</sup>, « [é]tablir une "politique" vise uniquement à démontrer que l'État ou l'organisation entendait mener une attaque contre une population civile. L'analyse du caractère systématique de l'attaque va dès lors au-delà de l'existence d'une quelconque politique visant à éliminer, persécuter ou affaiblir une communauté »<sup>185</sup>. En outre, la condition de « politique » ne requiert pas l'existence de projets formels ou de plans préétablis, peut être mise en œuvre en agissant ou en s'abstenant d'agir et peut être déduite des circonstances<sup>186</sup>. La Chambre de première instance a estimé que la politique n'a pas besoin d'être établie officiellement ou promulguée avant l'attaque et que son existence peut être déduite du constat de la répétition d'actes, de l'existence d'activités préparatoires ou encore de mobilisations collectives<sup>187</sup>. De plus, cette politique n'a pas besoin d'être concrète ou précise, et elle peut évoluer dans le temps en fonction des circonstances<sup>188</sup>.

27) De même, dans sa décision de confirmation des charges portées contre Laurent Gbagbo, la Chambre préliminaire de la CPI a dit que les termes « politique » et « systématique » ne devaient pas être amalgamés<sup>189</sup>. En l'espèce, elle a relevé que « la preuve qu'un État ou une organisation a planifié, organisé ou dirigé l'attaque peut être utile pour établir tant l'existence d'une politique que le caractère systématique de l'attaque, mais les deux notions ne doivent pas être amalgamées car elles servent des fins différentes et correspondent à des critères différents au regard des articles 7 1) et 7 2) a) du Statut »<sup>190</sup>. L'élément de politique exige que les actes soient « mis en place » par un État ou une organisation<sup>191</sup> et il exclut les « actes de violence spontanés ou isolés, mais il n'est pas nécessaire que la politique ait été formellement adoptée<sup>192</sup> et la preuve des raisons ou des motivations de la politique n'est pas exigée<sup>193</sup>. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre préliminaire de la CPI a estimé que l'attaque relevait d'une politique appliquée par une organisation en se fondant sur les éléments montrant

<sup>181</sup> Ibid. D'autres précédents soulignent aussi que le fait de s'abstenir délibérément d'agir peut satisfaire à la condition de l'élément de politique. Voir jugement *Kupreškić* de 2000, *supra* note 97, par. 554 et 555 (« approuvée », « tolérée », « assentiment explicite ou implicite »); *Annuaire ... 1954*, vol. II, p. 150 [art. 2 11)] (« consentement »); Conseil de sécurité, Rapport de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, *S/1994/674*, par. 85.

<sup>182</sup> Voir, par exemple, décision *Ntaganda* de 2012, *supra* note 128, par. 24; décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 81; jugement *Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 396.

<sup>183</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1112; voir aussi *ibid.*, par. 1101; décision *Gbagbo* de 2014, *supra* note 144, par. 208.

<sup>184</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1111 à 1113.

<sup>185</sup> *Ibid.*, par. 1113.

<sup>186</sup> *Ibid.*, par. 1108, 1109 et 1113.

<sup>187</sup> *Ibid.*, par. 1109; voir aussi décision *Gbagbo* de 2014, *supra* note 144, par. 211, 212 et 215.

<sup>188</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1110.

<sup>189</sup> Décision *Gbagbo* de 2014, *supra* note 144, par. 208 et 216.

<sup>190</sup> *Ibid.*, par. 216.

<sup>191</sup> *Ibid.*, par. 217.

<sup>192</sup> *Ibid.*, par. 215.

<sup>193</sup> *Ibid.*, par. 214 (notes omises).

que les soldats du MLC « lançaient des attaques qui se déroulaient suivant le même modèle »<sup>194</sup>.

28) Le second membre de phrase du paragraphe 2 a) du projet d'article 3 fait référence à la politique d'un « État » ou d'une « organisation » ayant pour but une telle attaque, à l'instar du paragraphe 2 a) de l'article 7 du Statut de Rome. Dans sa *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, la Chambre préliminaire de la CPI a fait observer que le sens du terme « État » au paragraphe 2 a) de l'article 7 est « explicite »<sup>195</sup>. Elle a ensuite relevé qu'une politique adoptée par des organes régionaux, voire locaux, de l'État pourrait donc remplir la condition relative à l'existence de la politique d'un État<sup>196</sup>.

29) La jurisprudence de la CPI porte à croire que le terme « organisation » recouvre tout organisme ou groupe ayant les capacités et les ressources nécessaires pour planifier et mener une attaque généralisée ou systématique. Dans l'affaire *Katanga*, par exemple, la Chambre préliminaire a dit ce qui suit : « Cette politique peut être mise en place par des groupes de personnes dirigeant un territoire donné ou par toute organisation capable de commettre une attaque généralisée ou systématique contre une population civile. »<sup>197</sup>. Dans la même affaire, une Chambre de première instance a fait observer que l'organisation doit disposer « de ressources, de moyens et de capacités suffisantes pour permettre la réalisation de la ligne de conduite ou de l'opération impliquant la commission multiple d'actes [...] [et être] dotée d'un ensemble de structures ou de mécanismes, quels qu'ils soient, suffisamment efficaces pour assurer la coordination nécessaire à la réalisation d'une attaque dirigée contre une population civile »<sup>198</sup>.

30) Dans sa *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, la majorité de la Chambre préliminaire de la CPI a rejeté l'idée selon laquelle « seules les organisations présentant les caractéristiques d'un État peuvent entrer en ligne de compte » en tant qu'organisations aux fins du paragraphe 2 a) de l'article 7, puis a noté que « le caractère structuré d'un groupe et son degré d'organisation ne devraient pas être considérés comme des critères essentiels à cet égard. Il convient plutôt [...] de déterminer si un groupe a la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales »<sup>199</sup>. En 2012, dans l'affaire *Ruto*, la Chambre préliminaire a dit que, pour déterminer si un groupe donné peut être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7 du Statut de Rome :

« [la Chambre] peut prendre en compte un certain nombre d'éléments, notamment : i) si le groupe dispose d'un commandement responsable ou d'une hiérarchie bien établie; ii) s'il possède, de fait, les moyens de lancer une attaque généralisée ou systématique contre une population civile; iii) s'il exerce un

<sup>194</sup> *Décision Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 115.

<sup>195</sup> *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 89.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> *Décision Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 396 (renvoyant à la jurisprudence du TPIY et du TPIR ainsi qu'au Projet de code établi par la Commission en 1991, *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 103; voir *décision Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 81.

<sup>198</sup> *Jugement Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1119.

<sup>199</sup> *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 90. Cette position a aussi été adoptée dans l'affaire *Katanga* par la Chambre de première instance, qui a relevé que « [l]e fait que l'attaque doive par ailleurs être qualifiée de généralisée ou de systématique ne signifie pas, pour autant, que l'organisation qui la favorise ou l'encourage soit structurée d'une manière telle qu'elle présente les mêmes caractéristiques que celles d'un État ». *Jugement Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1120. La Chambre de première instance a aussi constaté que « la "pratique générale acceptée comme étant le droit" [...] fait état de crimes contre l'humanité commis par des États et des organisations qui ne sont pas spécifiquement définies comme devant revêtir des caractéristiques quasi-étatiques ». *Ibid.*, par. 1121.

contrôle sur une partie du territoire d'un État; iv) s'il a pour but principal de mener des activités criminelles au préjudice de la population civile; v) s'il exprime, explicitement ou implicitement, l'intention d'attaquer une population civile; vi) s'il fait partie d'un groupe plus important qui remplit certains ou la totalité des critères susmentionnés »<sup>200</sup>.

31) En conséquence de la « politique » émanant éventuellement d'une organisation non étatique, la définition énoncée aux paragraphes 1 à 3 du projet d'article 3 n'exige pas que l'auteur soit un responsable ou un agent de l'État. Cette position est conforme à l'évolution de la notion de crimes contre l'humanité en droit international. La Commission, commentant en 1991 le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité qui allait devenir le projet de code des crimes de 1996, a indiqué que « le projet d'article ne limite pas les auteurs possibles des crimes y prévus aux seuls agents ou représentants d'un État » et qu'il « n'exclut pas que de simples particuliers, pourvus d'un pouvoir de fait ou organisés en bandes ou groupes criminels, puissent eux aussi commettre le genre de violations systématiques ou massives des droits de l'homme prévues dans le présent article, hypothèse dans laquelle leurs actes tomberaient sous le coup du projet de code »<sup>201</sup>. Comme indiqué précédemment, le projet de code de 1996 a ajouté l'exigence que, pour être des crimes contre l'humanité, les actes inhumains doivent avoir été commis « à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe »<sup>202</sup>. Dans son commentaire sur cette condition, la Commission a noté que « [c]e sont l'instigation ou les directives soit d'un gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe, que ceux-ci aient ou non un lien avec le gouvernement, qui donnent à l'acte sa dimension et en font un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'État »<sup>203</sup>.

32) Dans sa jurisprudence, le TPIY a accepté la possibilité que des acteurs non étatiques soient poursuivis pour crimes contre l'humanité. En l'affaire *Tadić*, par exemple, la Chambre de première instance a dit que « le droit relatif aux crimes contre l'humanité a évolué de sorte à tenir compte de forces qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent le contrôle de facto sur un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement »<sup>204</sup>. Cette constatation a été reprise dans l'affaire *Limaj*, où la Chambre de première instance a considéré que les défendeurs, membres de l'Armée de libération du Kosovo, pouvaient être poursuivis pour crimes contre l'humanité<sup>205</sup>.

33) Dans l'affaire *Ntaganda*, la CPI a confirmé les charges portées contre un défendeur associé à deux groupes paramilitaires, l'Union des patriotes Congolais et les Forces patriotiques pour la libération du Congo en République démocratique du Congo<sup>206</sup>. De même, dans l'affaire *Callixte Mbarushimana*, le procureur a porté des charges contre un défendeur associé aux Forces démocratiques pour la libération du Rwanda, décrites, dans leurs statuts, comme un « groupe armé ayant pour objectif de

<sup>200</sup> Décision *Ruto* de 2012, *supra* note 130, par. 185; voir aussi *Décision de 2010 relative à la demande d'autorisation concernant le Kenya*, *supra* note 125, par. 93; rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, ICC-02/11-14-Corr., 15 novembre 2011, par. 45 et 46.

<sup>201</sup> *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 108.

<sup>202</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 50 (art. 18) (italiques ajoutées).

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> Jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 654. Pour plus de détails sur les auteurs non étatiques, voir *ibid.*, par. 655.

<sup>205</sup> *Le Procureur c. Limaj et consorts*, jugement, Chambre de première instance, affaire n° IT-03-66-T, 30 novembre 2005, par. 212 et 213.

<sup>206</sup> Décision *Ntaganda* de 2012, *supra* note 128, par. 22.

“reconquérir et défendre la souveraineté nationale” du Rwanda »<sup>207</sup>. Dans l’action contre Joseph Kony engagée au titre de la situation en Ouganda, le défendeur serait associé à l’Armée de résistance du Seigneur, « un groupe armé qui aurait mené [...] une insurrection contre le Gouvernement ougandais [et] l’armée ougandaise »<sup>208</sup> et qui « serait organisé selon une hiérarchie de type militaire et fonctionnerait comme une armée »<sup>209</sup>. En ce qui concerne la situation au Kenya, la Chambre préliminaire a confirmé les charges de crimes contre l’humanité portées contre les défendeurs en raison de leur association dans un « réseau » d’auteurs « composé de hauts responsables politiques [du Mouvement démocratique orange (ODM)], de représentants des médias, d’anciens membres de la police kényane et de l’armée, d’anciens de la communauté kalenjin ainsi que de chefs locaux »<sup>210</sup>. De même, les charges ont été confirmées en ce qui concerne d’autres défendeurs associés à des « attaques coordonnées » menées « à différents endroits de Nakuru et de Naivasha, [par] les Mungiki et des jeunes sympathisants du Parti de l’unité nationale (PNU) », attaques qui « étaient dirigées contre des personnes tenues pour des partisans [de l’]ODM, identifiées de diverses manières, notamment au moyen de listes et de barrages routiers, par leurs caractéristiques physiques et par la langue »<sup>211</sup>.

« En connaissance de cette attaque »

34) La troisième condition générale est que l’auteur doit commettre l’acte « en connaissance de cette attaque ». Dans leur jurisprudence, le TPIY et le TPIR ont conclu que l’auteur doit avoir connaissance qu’il y a une attaque contre la population civile et, en outre, que son acte fait partie de cette attaque<sup>212</sup>. Cette approche en deux parties se reflète dans les *Éléments des crimes* du Statut de Rome, qui, pour chacun des actes proscrits, prévoient, comme dernier élément de cet acte, que « [l]’auteur savait que ce comportement faisait partie d’une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu’il en fasse partie ». Cela étant,

« le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu’il soit prouvé que l’auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l’attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l’État ou de l’organisation. Dans le cas où une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est dans sa phase initiale, l’intention visée dans le dernier élément indique que l’élément psychologique est présent dès lors que l’auteur avait l’intention de mener une telle attaque.»<sup>213</sup>.

35) Dans sa décision confirmant les charges portées contre Laurent Gbagbo, la Chambre préliminaire de la CPI a fait observer qu’ « il est seulement nécessaire de prouver que l’intéressé avait connaissance de l’attaque de manière générale »<sup>214</sup>. En effet, il n’est pas nécessaire de prouver que l’auteur connaissait les détails spécifiques

<sup>207</sup> *Le Procureur c. Mbarushimana*, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10, 16 décembre 2011, par. 2.

<sup>208</sup> Mandat d’arrêt de Joseph Kony délivré le 8 juillet 2005, tel que modifié le 27 septembre 2005, ICC-02/04-01/05, 27 septembre 2005, par. 5.

<sup>209</sup> *Ibid.*, par. 7.

<sup>210</sup> Décision *Ruto* de 2012, *supra* note 130, par. 182.

<sup>211</sup> *Le Procureur c. Muthaura et consorts*, Chambre préliminaire, décision relative à la confirmation des charges rendue en application des alinéas a) et b) de l’article 61 7) du Statut de Rome, ICC-01/09-02/11, 23 janvier 2012, par. 102.

<sup>212</sup> Voir, par exemple, jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 418; jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 133.

<sup>213</sup> *Éléments des crimes* de la CPI, *supra* note 145, p. 11.

<sup>214</sup> Décision *Gbagbo* de 2014, *supra* note 144, par. 214.

de l'attaque<sup>215</sup>; au contraire, la connaissance de l'auteur peut être inférée de preuves indirectes<sup>216</sup>. En conséquence, lorsqu'elle a conclu en l'affaire *Bemba* que les troupes du MLC savaient que leurs actes s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque menée, la Chambre préliminaire de la CPI a estimé que le fait que les troupes avaient connaissance de cette attaque pouvait être déduit « des méthodes d'attaque mises en œuvre », qui suivaient clairement un modèle<sup>217</sup>. Dans l'affaire *Katanga*, elle a estimé que :

« le fait que l'auteur avait connaissance de l'attaque et qu'il avait conscience que sa participation à cette attaque peut être inférée de preuves indirectes comme : la place occupée par l'accusé dans la hiérarchie militaire; le fait qu'il assumait un rôle important dans la campagne criminelle dans son ensemble; sa présence sur les lieux des crimes; le fait qu'il fasse mention de la supériorité de son groupe par rapport à l'ennemi; et le contexte historique et politique général dans lequel les actes ont été commis. »<sup>218</sup>.

36) En outre, les mobiles ayant poussé l'auteur à participer à l'attaque importent peu; il n'est pas exigé que l'auteur partage le but ou l'objectif assigné à l'attaque<sup>219</sup>. Selon le TPIY dans l'arrêt *Kunarac*, la preuve que l'auteur a agi pour des raisons purement personnelles pourrait, tout au plus, « indiquer qu'il n'était pas conscient que ses actes faisaient partie de l'attaque, présomption qui n'a rien d'irréfragable »<sup>220</sup>. C'est la connaissance qu'a l'auteur de ce que son acte fait partie de l'attaque, ou son intention de l'inscrire dans le cadre de celle-ci, qui sont pertinentes pour satisfaire à cette condition. En outre, la condition est satisfaite lorsqu'il peut être prouvé que l'auteur a commis l'infraction sous-jacente en profitant directement d'une attaque plus large, ou lorsque la commission de l'infraction sous-jacente a eu pour effet de perpétuer l'attaque plus large<sup>221</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Kunarac*, les auteurs étaient accusés de diverses formes de violence sexuelle, d'actes de torture, et de réduction en esclavage concernant des femmes et des jeunes filles musulmanes. La Chambre de première instance du TPIY a conclu que les accusés avaient la connaissance requise, car non seulement ils savaient qu'une attaque dirigée contre la population civile musulmane était en cours, mais ils l'avaient aussi perpétrée en « [mettant] directement à profit la situation ainsi créée » et « [avaient] [...] pleinement approuvé l'attaque lancée [...] pour des motifs ethniques »<sup>222</sup>. De même, une Chambre de première instance de la CPI a jugé que l'auteur doit savoir que l'acte fait partie d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile, mais que le mobile de l'auteur est sans importance pour que l'acte soit qualifié de crime contre l'humanité. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait connaissance de toutes les caractéristiques ou des

<sup>215</sup> Jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 434 (estimant que si l'auteur doit savoir qu'il y a une attaque, « [i]l n'est toutefois pas nécessaire qu'il soit informé des détails de [cette] attaque »).

<sup>216</sup> Voir jugement *Blaškić* de 2000, *supra* note 121, par. 259 (estimant que la connaissance du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque peut se déduire d'un certain nombre de faits, notamment « de la nature des crimes commis et de leur notoriété »); jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 657 (« Donc si la connaissance est requise, elle est approchée sur un plan objectif et elle peut être déduite implicitement des circonstances. »); voir aussi jugement *Kayishema* de 1999, *supra* note 122, par. 134 (estimant qu'« une connaissance objective ou raisonnée du contexte plus large dans lequel s'inscrit l'attaque » est suffisante).

<sup>217</sup> Décision *Bemba* de 2009, *supra* note 125, par. 126.

<sup>218</sup> Décision *Katanga* de 2008, *supra* note 126, par. 402.

<sup>219</sup> Voir, par exemple, arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 103; jugement *Kupreškić* de 2000, *supra* note 97, par. 558.

<sup>220</sup> Arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 103.

<sup>221</sup> Voir, par exemple, jugement *Kunarac* de 2001, *supra* note 126, par. 592.

<sup>222</sup> *Ibid.*

détails de l'attaque, pas plus qu'il n'est demandé que l'auteur adhère « aux buts du projet criminel de l'État ou de l'organisation »<sup>223</sup>.

#### *Actes prohibés*

37) De même que l'article 7 du Statut de Rome, le paragraphe 1 du projet d'article 3 énumère, aux alinéas a) à k), les actes prohibés en matière de crimes contre l'humanité. Ces actes apparaissent aussi dans la définition des crimes contre l'humanité figurant à l'article 18 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité établi par la Commission en 1996, bien que le libellé diffère légèrement. Une personne qui commet l'un de ces actes peut commettre un crime contre l'humanité; elle n'a pas besoin d'avoir commis de multiples actes, mais son acte doit faire « partie » d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile<sup>224</sup>. L'infraction n'a pas besoin d'être commise au cœur de l'attaque contre la population civile pour satisfaire à cette exigence; elle peut faire partie de l'attaque si un lien suffisant avec celle-ci peut être établi<sup>225</sup>.

#### *Définitions dans la définition*

38) Comme indiqué plus haut, le paragraphe 2 a) du projet d'article 3 définit l'« attaque lancée contre une population civile » aux fins du paragraphe 1 de l'article 3. Les alinéas b) à i) du paragraphe 2 du projet d'article 3 définissent d'autres termes qui figurent dans le paragraphe 1, à savoir : « extermination »; « réduction en esclavage »; « déportation ou transfert forcé de population »; « torture »; « grossesse forcée »; « persécution »; « crime d'apartheid »; « disparition forcée de personnes ». Le paragraphe 3 du projet d'article 3 donne en outre une définition du terme « sexe ». On trouve aussi ces définitions à l'article 7 du Statut de Rome et la Commission a estimé utile de les retenir dans le projet d'article 3.

#### *Paragraphe 4*

39) Le paragraphe 4 du projet d'article 3 dispose ce qui suit : « Ce projet d'article est sans préjudice de toute définition plus large prévue par tout instrument international ou loi nationale. ». Cette disposition est similaire au paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui est libellé comme suit : « Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large. »<sup>226</sup>. L'article 10 du Statut de Rome (qui figure dans le chapitre II intitulé « Compétence, recevabilité et droit applicable ») contient lui aussi une « clause sans préjudice », qui dispose ce qui suit : « Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut. ».

40) Le paragraphe 4 est destiné à garantir que la définition des « crimes contre l'humanité » énoncée au projet d'article 3 ne remet pas en cause les définitions plus

<sup>223</sup> Jugement *Katanga* de 2014, *supra* note 126, par. 1125.

<sup>224</sup> Voir, par exemple, arrêt *Kunarac* de 2002, *supra* note 138, par. 100; jugement *Tadić* de 1997, *supra* note 121, par. 649.

<sup>225</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Mrkšić et consorts*, Chambre d'appel, arrêt, affaire n° IT-95-13/1-A, 5 mai 2009, par. 41; *Le Procureur c. Naletilić*, Chambre de première instance, jugement, affaire n° IT-98-34-T, 31 mars 2003, par. 234; jugement *Mrkšić* de 2007, *supra* note 122, par. 438; arrêt *Tadić* de 1999, *supra* note 105, par. 249.

<sup>226</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, faite à New York le 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 123 (ci-après « Convention contre la torture »).

larges qui peuvent exister dans d'autres instruments internationaux ou dans la législation nationale. « Instrument international » doit s'entendre au sens large du terme et pas seulement dans le sens d'un accord international contraignant. Par exemple, la définition des « disparition forcée de personnes » figurant dans le projet d'article 3 reprend celle de l'article 7 du Statut de Rome, mais diffère des définitions figurant dans la Déclaration de 1992 sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>227</sup>, dans la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes<sup>228</sup> et dans la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>229</sup>. Ces différences tiennent essentiellement au fait que ces instruments ne contiennent pas le membre de phrase « dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi », ni les termes « pendant une période prolongée » et ne mentionnent pas les organisations en tant qu'auteurs potentiels du crime lorsqu'elles agissent sans participation de l'État.

41) À la lumière de ces différences, la Commission a jugé prudent d'insérer le paragraphe 4 du projet d'article 3. Sur le fond, si les trois premiers paragraphes du projet d'article 3 définissent les crimes contre l'humanité aux fins du projet d'articles, cela est sans préjudice des définitions plus larges prévues par des instruments internationaux ou des lois nationales. En conséquence, si un État souhaite adopter une définition plus large dans son droit interne, le présent projet d'articles ne l'empêche pas de le faire. En même temps, l'un des objectifs importants du projet d'articles est l'harmonisation des législations nationales, afin qu'ils puissent servir de base à une coopération solide entre États. Les éléments adoptés dans le cadre d'une loi nationale, qui n'entreraient pas dans le champ d'application du présent projet d'articles, ne bénéficieraient pas des dispositions prévues par celui-ci, notamment en matière d'extradition et d'entraide judiciaire.

#### **Article 4** **Obligation de prévention**

1. Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité, en conformité avec le droit international, notamment au moyen de :

- a) Mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle; et
- b) La coopération avec les autres États, les organisations intergouvernementales pertinentes et, selon qu'il convient, d'autres organisations.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse, entre autres, de conflit armé, d'instabilité politique intérieure ou d'un autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier les crimes contre l'humanité.

#### **Commentaire**

1) Le projet d'article 4 énonce une obligation de prévention à l'égard des crimes contre l'humanité. Lorsqu'elle a examiné cette obligation, la Commission a jugé utile d'étudier la pratique relative aux traités existants concernant la prévention des crimes

<sup>227</sup> Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale (18 décembre 1992), A/RES/47/133.

<sup>228</sup> Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, faite à Belém do Pará le 9 juin 1994, OEA/Ser.P/AG/Doc 3114/94 de l'Organisation des États américains.

<sup>229</sup> Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, fait à New York le 20 décembre 2006, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2716, p. 3 (ci-après « Convention sur les disparitions forcées »).

et d'autres actes. Dans de nombreux cas, ces traités portent sur des actes qui, lorsqu'ils sont commis dans certaines circonstances, peuvent constituer des crimes contre l'humanité (par exemple, le génocide, la torture, l'apartheid ou la disparition forcée). Ainsi, l'obligation de prévention énoncée dans ces traités s'étend également à la prévention des actes en question lorsqu'ils peuvent aussi être qualifiés de crimes contre l'humanité.

2) Un exemple éloquent de l'obligation de prévention se trouve déjà dans la Convention de 1948 sur le génocide, qui dispose en son article I que : « [I]es Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir. »<sup>230</sup>. De plus, l'article V prévoit que : « [I]es Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. ». L'article VIII est libellé comme suit : « Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III. ». La Convention sur le génocide contient donc plusieurs éléments ayant trait à la prévention : une obligation générale de prévenir le génocide, une obligation d'adopter des mesures nationales pour donner effet aux dispositions de la Convention, et une disposition relative à la coopération des États parties avec l'Organisation des Nations Unies pour la prévention du génocide.

3) Une telle obligation de prévention est une caractéristique de la plupart des traités multilatéraux portant sur les crimes élaborés depuis les années 1960. Tel est notamment le cas des instruments suivants : Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile<sup>231</sup>; Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques<sup>232</sup>; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid<sup>233</sup>; Convention internationale contre la prise d'otages<sup>234</sup>; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels,

<sup>230</sup> Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, faite à Paris le 9 décembre 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 279.

<sup>231</sup> Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, faite à Montréal le 23 septembre 1971, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, p. 185. L'article 10, par. 1, dispose ce qui suit : « Les États contractants s'engagent, conformément au droit international et national, à s'efforcer de prendre les mesures raisonnables en vue de prévenir les infractions visées à l'article 1. ».

<sup>232</sup> Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, faite à New York le 14 décembre 1973, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 173. L'article 4, par. 1, est libellé comme suit : « Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2, notamment : a) En prenant toutes les mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leur territoire [...]. ».

<sup>233</sup> Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, faite à New York le 30 novembre 1973, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, p. 249. L'article IV a) prévoit ce qui suit : « Les États parties à la présente Convention s'engagent [...] [à] prendre toutes les mesures, législatives ou autres, nécessaires pour empêcher que le crime d'apartheid et autres politiques ségrégationnistes semblables ou leurs manifestations ne soient encouragés de quelque manière que ce soit ainsi que pour éliminer tout encouragement de cette nature et pour punir les personnes coupables de ce crime [...]. ».

<sup>234</sup> Convention internationale contre la prise d'otages, faite à New York le 17 décembre 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 212. L'article 4 1) dispose que : « Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 1, notamment : a) En prenant toutes les

inhumains ou dégradants<sup>235</sup>; Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture<sup>236</sup>; Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes<sup>237</sup>; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>238</sup>; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif<sup>239</sup>; Convention contre la criminalité transnationale organisée<sup>240</sup>; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants<sup>241</sup>; Protocole facultatif se rapportant à la

mesures possibles afin de prévenir la préparation, sur leurs territoires respectifs, de ces infractions destinées à être commises [...] y compris des mesures tendant à interdire sur leur territoire les activités illégales des individus, des groupes et des organisations qui encouragent, fomentent, organisent ou commettent des actes de prise d'otages. ».

<sup>235</sup> Convention contre la torture, *supra* note 226. L'article 2, par. 1, est ainsi libellé : « Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. ».

<sup>236</sup> Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, faite à Carthagène des Indes le 9 décembre 1985, Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 67. L'article 1 prévoit que : « Les États parties s'engagent à prévenir et à réprimer la torture selon les termes de la présente Convention », et l'article 6 que : « Les États parties prennent, selon les termes de l'article premier, des mesures efficaces pour prévenir et réprimer la torture dans leur juridiction. ».

<sup>237</sup> Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, *supra* note 228. L'article 1<sup>er</sup>, par. c) et d), dispose que : « Les États parties à la présente Convention s'engagent [...] [à] coopérer entre eux pour contribuer par tous les moyens à prévenir, à sanctionner et à éradiquer la disparition forcée des personnes; [à] prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres, nécessaires à l'exécution des engagements qu'elles ont contractés dans le cadre de la présente Convention. ».

<sup>238</sup> Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, faite à New York le 9 décembre 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2051, p. 400. L'article 11 est libellé comme suit : « Les États parties coopèrent à la prévention des infractions visées à l'article 9, notamment : a) en prenant toutes les mesures possibles pour empêcher que ne se préparent sur leurs territoires respectifs de telles infractions destinées à être commises à l'intérieur ou en dehors de leurs territoires; et b) en échangeant des renseignements conformément à leur législation nationale et en coordonnant les mesures administratives et autres à prendre, le cas échéant, afin de prévenir la perpétration de ces infractions. ».

<sup>239</sup> Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, faite à New York le 15 décembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, p. 294. L'article 15 a) prévoit ce qui suit : « Les États parties collaborent à la prévention des infractions prévues à l'article 2 [...] ». ».

<sup>240</sup> Convention contre la criminalité transnationale organisée, faite à New York le 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, p. 303. L'article 9, par. 1, dispose que : « Outre les mesures énoncées à l'article 8 de la présente Convention, chaque État partie, selon qu'il convient et conformément à son système juridique, adopte des mesures efficaces d'ordre législatif, administratif ou autre pour promouvoir l'intégrité et prévenir, détecter et punir la corruption des agents publics. », et l'article 9, par. 2, que : « Chaque État Partie prend des mesures pour s'assurer que ses autorités agissent efficacement en matière de prévention, de détection et de répression de la corruption des agents publics, y compris en leur donnant une indépendance suffisante pour empêcher toute influence inappropriée sur leurs actions. ». L'article 29, par. 1, est libellé comme suit : « Chaque État Partie établit, développe ou améliore, dans la mesure des besoins, des programmes de formation spécifiques à l'intention du personnel de ses services de détection et de répression, y compris des magistrats du parquet, des juges d'instruction et des agents des douanes, ainsi que d'autres personnels chargés de prévenir, de détecter et de réprimer les infractions visées par la présente Convention. ». L'article 31, par. 1, prévoit que : « Les États parties s'efforcent d'élaborer et d'évaluer des projets nationaux ainsi que de mettre en place et de promouvoir les meilleures pratiques et politiques pour prévenir la criminalité transnationale organisée. ».

<sup>241</sup> Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, fait à New York le 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2237, p. 352. L'article 9, par. 1, est libellé comme suit : « Les États parties établissent des politiques, programmes et autres mesures d'ensemble pour : a) prévenir et combattre la traite des personnes; et b) protéger les victimes de la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, contre une nouvelle victimisation. ».

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>242</sup>; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées<sup>243</sup>.

4) Certains traités multilatéraux relatifs aux droits de l'homme, même s'ils ne sont pas axés sur la prévention et la répression de crimes en tant que tels, contiennent des obligations de prévenir et de réprimer les violations des droits de l'homme. Tel est le cas, par exemple, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>244</sup>, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>245</sup> et de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique<sup>246</sup>. D'autres ne mentionnent pas expressément la « prévention »

<sup>242</sup> Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, fait à New York le 18 décembre 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2375, p. 274. Le préambule est ainsi libellé : « Rappelant que la prévention efficace de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants requiert un programme d'éducation et un ensemble de mesures diverses, législatives, administratives, judiciaires et autres ». L'article 3 dispose que : « Chaque État partie met en place, désigne ou administre, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants [...] ». »

<sup>243</sup> Convention sur les disparitions forcées, *supra* note 229. Le préambule est ainsi libellé : « Déterminé à prévenir les disparitions forcées et à lutter contre l'impunité du crime de disparition forcée ». L'article 23 dispose que : « 1. Tout État partie veille à ce que la formation du personnel militaire ou civil chargé de l'application des lois, du personnel médical, des agents de la fonction publique et des autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde ou le traitement de toute personne privée de liberté puisse inclure l'enseignement et l'information nécessaires concernant les dispositions pertinentes de la présente Convention, en vue de : a) prévenir l'implication de ces agents dans des disparitions forcées; b) souligner l'importance de la prévention et des enquêtes en matière de disparition forcée; c) veiller à ce que l'urgence de la résolution des cas de disparition forcée soit reconnue. 2. Tout État partie veille à ce que soient interdits les ordres ou instructions prescrivant, autorisant ou encourageant une disparition forcée. Tout État partie garantit qu'une personne refusant de se conformer à un tel ordre ne sera pas sanctionnée. 3. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que les personnes visées au paragraphe 1 du présent article qui ont des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite ou est projetée signalent le cas à leurs supérieurs et, au besoin, aux autorités ou instances de contrôle ou de recours compétentes. »

<sup>244</sup> Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, faite à New York le 7 mars 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195. L'article 3 prévoit que : « Les États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature. »

<sup>245</sup> Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, faite à New York le 18 décembre 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, p. 13. L'article 2 est libellé comme suit : « Les États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes. ». L'article 3 prévoit que : « Les États parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes. »

<sup>246</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, faite à Istanbul le 5 novembre 2011, Conseil de l'Europe, *Recueil des Traités*, n° 210. Le libellé de l'article 4, par. 2, est le suivant : « Les Parties condamnent toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et prennent, sans retard, les mesures législatives et autres nécessaires pour la prévenir, en particulier : en inscrivant dans leurs constitutions nationales ou toute autre disposition législative appropriée, le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, et en assurant l'application effective dudit principe; en interdisant la discrimination à l'égard des femmes, y compris le cas échéant par le recours à des sanctions; en abrogeant toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes. »

ou « l'élimination » de l'acte, mais mettent plutôt l'accent sur l'obligation de prendre les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour « donner effet » au traité ou le « mettre en œuvre », ce qui peut être considéré comme englobant les mesures nécessaires ou appropriées pour prévenir l'acte visé. Tel est notamment le cas du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>247</sup> et de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>248</sup>.

5) Les cours et tribunaux internationaux ont examiné ces obligations de prévention. Dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a noté que l'obligation de punir dans le contexte de cette convention est liée à l'obligation de prévenir, mais en est distincte. Si « l'une des manières les plus efficaces de prévenir la commission d'actes criminels, en général, est de prévoir des sanctions pénales à l'encontre des personnes qui viendraient à commettre de tels actes, et d'appliquer effectivement ces sanctions à ceux qui auraient commis les actes dont on cherche à éviter le renouvellement »<sup>249</sup>, la Cour a jugé que « l'obligation de prévenir le génocide et celle d'en punir les auteurs [...] [sont] [...] deux obligations distinctes, quoique reliées entre elles »<sup>250</sup>. De fait, « [l']obligation pour chaque État contractant de prévenir le génocide revêt une portée normative et un caractère obligatoire. Elle ne se confond pas avec l'obligation de punition, elle ne peut pas non plus être regardée comme une simple composante de cette dernière »<sup>251</sup>.

6) La pratique conventionnelle, la jurisprudence, et l'acceptation par les États, qui est bien établie, du fait que les crimes contre l'humanité sont des crimes relevant du droit international qui doivent être punis, qu'ils soient ou non commis en temps de conflit armé, et qu'ils soient ou non incriminés dans la législation nationale, impliquent que les États se sont engagés à s'acquitter de l'obligation de prévenir les crimes contre l'humanité. Le paragraphe 1 du projet d'article 4, par conséquent, formule une obligation de prévention semblable à celle figurant à l'article premier de la Convention sur le génocide, en commençant par : « Tout État s'engage à prévenir les crimes contre l'humanité [...] ».

7) Dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de Justice a analysé le sens du terme « s'engagent à prévenir » tel qu'il figure à l'article I de la Convention de 1948 sur le génocide. Au stade de la demande en indication de mesures conservatoires, elle a dit que compte tenu de cet engagement, les parties sont tenues de « l'incontestable obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour [...] assurer la prévention [d'actes de génocide] à

<sup>247</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171. L'article 2, par. 2, dispose que : « Les États parties 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. ».

<sup>248</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, faite à New York le 20 novembre 1989, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3. L'article 4 prévoit que : « Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. ».

<sup>249</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 219, par. 426 (ci-après « *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* »).

<sup>250</sup> Ibid., par. 425.

<sup>251</sup> Ibid., p. 220, par. 427.

l'avenir »<sup>252</sup>. Au stade de la procédure sur le fond, elle a décrit le sens ordinaire du terme « s'engagent » dans ce contexte comme suit :

« promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation. C'est là un terme qui est souvent utilisé dans les traités énonçant les obligations des Parties contractantes. [...] Il ne revêt pas un caractère purement incitatif et ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité. L'engagement n'est assorti d'aucune réserve [...]; et ne doit pas être interprété comme une simple introduction aux dispositions qui évoquent ensuite expressément les mesures législatives, les poursuites et l'extradition. Ces caractéristiques portent à conclure que l'article premier, en particulier l'engagement de prévenir qui y est formulé, crée des obligations distinctes de celles qui apparaissent dans les articles suivants »<sup>253</sup>.

L'engagement de prévenir les crimes contre l'humanité, tel qu'énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, est destiné à exprimer le même genre d'effet juridiquement contraignant pour les États; il ne revêt pas lui non plus un caractère purement incitatif et il ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité, pas plus qu'il n'est simplement une introduction à la suite du projet d'articles.

8) Dans la même affaire, la Cour internationale de Justice a en outre noté que, lorsqu'il met en œuvre des mesures de prévention, « il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale »<sup>254</sup>. La Commission a jugé important d'exprimer cette exigence expressément au paragraphe 1 du projet d'article 4, et a donc inséré une clause indiquant que les mesures de prévention doivent être « en conformité avec le droit international ». Ainsi, les mesures prises par un État pour s'acquitter de cette obligation doivent être compatibles avec les règles du droit international, y compris les règles relatives à l'usage de la force énoncées dans la Charte des Nations Unies, le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme. Il est seulement demandé à l'État de prendre les mesures qu'il peut légitimement prendre en vertu du droit international pour prévenir les crimes contre l'humanité.

9) Comme il découle du paragraphe 1 du projet d'article 4, cette obligation de prévention, expressément ou implicitement, contient quatre éléments. Tout d'abord, du fait de cet engagement, les États ont l'obligation de ne pas « commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international »<sup>255</sup>. Selon la Cour internationale de Justice, qui a examiné l'obligation analogue de prévention figurant à l'article I de la Convention contre le génocide :

« L'article I fait obligation aux États parties de prévenir la commission d'un génocide, qu'il qualifie de "crime du droit des gens". Il n'impose pas *expressis verbis* aux États de s'abstenir de commettre eux-mêmes un génocide. De l'avis de la Cour, cependant, eu égard à l'objet de la Convention tel que généralement accepté, l'article I a pour effet d'interdire aux États parties de commettre eux-mêmes un génocide. Une telle prohibition résulte, d'abord, de la qualification de "crime du droit des gens" donnée par cet article au génocide : en acceptant cette qualification, les États parties s'engagent logiquement à ne pas commettre l'acte ainsi qualifié. Elle résulte, ensuite, de l'obligation,

<sup>252</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 22, par. 45.

<sup>253</sup> *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 249, p. 111, par. 162.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 221, par. 430.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 113, par. 166.

expressément stipulée, de prévenir la commission d'actes de génocide. Cette obligation impose notamment aux États parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent, dans des conditions qui seront précisées plus loin dans le présent arrêt, afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III. Il serait paradoxal que les États soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international. En somme, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre.»<sup>256</sup>.

10) La Cour a également jugé que les obligations matérielles découlant de cet article ne semblaient pas être territorialement limitées, mais, au contraire, « s'appliqu[ai]ent à un État, où que celui-ci se trouve agir ou en mesure d'agir pour s'acquitter des obligations en question »<sup>257</sup>.

11) Un manquement à cette obligation de ne pas commettre de tels actes directement implique la responsabilité de l'État si le comportement en cause est imputable à l'État en vertu des règles relatives à la responsabilité de l'État. En effet, en ce qui concerne les différends qui peuvent se produire au regard de la Convention sur le génocide, l'article IX mentionne, notamment, les différends « relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ». Bien que cette convention porte principalement sur les poursuites engagées contre des personnes pour crime de génocide, la Cour internationale de Justice a souligné que le non-respect de l'obligation de prévenir ne constitue pas une violation à caractère pénal commise par l'État, mais plutôt une violation du droit international qui engage la responsabilité de l'État<sup>258</sup>. L'approche de la Cour est conforme aux vues exprimées précédemment par la Commission<sup>259</sup>, notamment dans le commentaire relatif au projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. »<sup>260</sup>.

12) Deuxièmement, en vertu de l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, les États ont l'obligation « de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent [...] afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre » de tels actes<sup>261</sup>. À cette fin, l'État partie doit faire tout ce qu'il peut (norme de diligence voulue) lorsqu'il a la « capacité d'influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide », capacité qui est fonction des liens géographiques, politiques et autres entre l'État partie et les personnes ou les groupes

<sup>256</sup> Ibid., p. 113, par. 166.

<sup>257</sup> Ibid., p. 120, par. 183.

<sup>258</sup> Ibid., p. 114, par. 167 (où la Cour constate que la responsabilité internationale d'un État « possède une nature tout à fait différente de celle de la responsabilité pénale »).

<sup>259</sup> *Annuaire ... 1998*, vol. II (deuxième partie), p. 67, par. 249 (où il est indiqué que la Convention sur le génocide « n'envisageait pas le crime d'État ni la responsabilité criminelle des États dans son article IX sur la responsabilité des États »).

<sup>260</sup> *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 153 (par. 3 du commentaire se rapportant à l'article 58).

<sup>261</sup> *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, *supra* note 249, p. 113, par. 166.

en cause<sup>262</sup>. La Cour internationale de Justice a analysé comme suit cette norme au regard de l'obligation de prévention prévue par la Convention sur le génocide :

« [I]l est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de "due diligence", qui appelle une appréciation *in concreto*, revêt une importance cruciale. Plusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un État s'est correctement acquitté de l'obligation en cause. Le premier d'entre eux est évidemment la capacité, qui varie grandement d'un État à l'autre, à influencer effectivement l'action des personnes susceptibles de commettre, ou qui sont en train de commettre, un génocide. Cette capacité est elle-même fonction, entre autres, de l'éloignement géographique de l'État considéré par rapport au lieu des événements, et de l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit État et les acteurs directs de ces événements. Par ailleurs, la capacité d'influence de l'État doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale; de ce point de vue, la capacité d'influence dont dispose un État peut varier selon la position juridique qui est la sienne à l'égard des situations et des personnes concernées par le risque, ou la réalité, du génocide. Peu importe, en revanche, que l'État dont la responsabilité est recherchée allègue, voire qu'il démontre, que s'il avait mis en œuvre les moyens dont il pouvait raisonnablement disposer, ceux-ci n'auraient pas suffi à empêcher la commission du génocide. Une telle circonstance, d'ailleurs généralement difficile à prouver, est sans pertinence au regard de la violation de l'obligation de comportement dont il s'agit. Il en va d'autant plus ainsi qu'on ne saurait exclure que les efforts conjugués de plusieurs États, dont chacun se serait conformé à son obligation de prévention, auraient pu atteindre le résultat – empêcher la commission d'un génocide – que les efforts d'un seul d'entre eux n'auraient pas suffi à obtenir. »<sup>263</sup>.

En même temps, la Cour a soutenu que « la responsabilité d'un État pour violation de l'obligation de prévenir le génocide n'est susceptible d'être retenue que si un génocide a effectivement été commis »<sup>264</sup>.

13) Troisièmement, et en conséquence de ce qui précède, l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4 oblige les États à prendre activement et en amont des mesures destinées à contribuer à empêcher l'infraction d'être commise, par exemple au moyen de « mesures législatives, administrative, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle », comme indiqué à l'alinéa a). Ce texte est inspiré du paragraphe 1 de l'article 2 de la

<sup>262</sup> Ibid., p. 221, par. 430.

<sup>263</sup> Ibid.

<sup>264</sup> Ibid., p. 221, par. 431; voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 27 (Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 13, par. 3 : « La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient [...] »).

Convention contre la torture, qui dispose ce qui suit : « Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction. »<sup>265</sup>.

14) L'expression « autres mesures [...] de prévention » a été employée de préférence à simplement « autres mesures » pour souligner que les mesures visées dans cette disposition relèvent exclusivement de la prévention. Le terme « efficaces » suppose que l'État doit examiner régulièrement les mesures qu'il a prises et, si elles sont insuffisantes, les améliorer en prenant des mesures plus efficaces. Dans ses observations sur la disposition correspondante de la Convention contre la torture, le Comité contre la torture a dit ce qui suit :

« Les États parties sont tenus de supprimer tous les obstacles, juridiques ou autres, qui empêchent l'élimination de la torture et des mauvais traitements et prendre des mesures positives effectives pour prévenir efficacement de telles pratiques et empêcher qu'elles ne se reproduisent. Ils sont également tenus d'effectuer un examen régulier de leur législation et de la mise en œuvre de la Convention et, si besoin est, de les améliorer, conformément aux observations finales du Comité et aux constatations adoptées au sujet de communications individuelles. Si les mesures prises par les États parties ne parviennent pas à éradiquer les actes de torture, la Convention impose de les réviser et/ou d'en adopter de nouvelles qui soient plus efficaces.»<sup>266</sup>.

15) Quant aux types spécifiques de mesures qui doivent être prises par un État, en 2015, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a adopté une résolution sur la prévention du génocide<sup>267</sup> qui donne quelques indications sur le genre de mesures qui sont attendues pour mettre en œuvre l'article premier de la Convention sur le génocide. Dans cette résolution, le Conseil a notamment : 1) réaffirmé « la responsabilité qu'a chaque État de protéger sa population contre le génocide, ce qui entraîne l'obligation de prévenir un tel crime, ainsi que l'incitation à le commettre, par les moyens nécessaires et appropriés »<sup>268</sup>; 2) encouragé « les États Membres à renforcer leur capacité de prévention du génocide en développant les compétences individuelles et en créant, au sein des gouvernements, des bureaux compétents chargés de renforcer le travail de prévention »<sup>269</sup>; et 3) encouragé « les États à envisager de désigner des points de contact pour la prévention du génocide, qui coopéreraient et échangeraient des informations et des bonnes pratiques entre eux et avec le Conseiller spécial pour la prévention du génocide, les organismes des Nations Unies concernés et les mécanismes régionaux et sous-régionaux »<sup>270</sup>.

16) Au niveau régional, la Convention européenne de 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>271</sup> ne prévoit aucune obligation expresse de « prévenir » les violations de la Convention, mais la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le paragraphe 1 de l'article 2 (sur le droit à la vie) prévoyait une telle obligation et exigeait que des mesures appropriées de prévention soient prises, notamment « en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, supprimer et sanctionner les

<sup>265</sup> Convention contre la torture, *supra* note 226, art. 2, par. 1.

<sup>266</sup> Voir Comité contre la torture, Observation générale n° 2, par. 4 (CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4) (2007).

<sup>267</sup> A/HRC/28/L.25 (23 mars 2015).

<sup>268</sup> *Ibid.*, par. 2.

<sup>269</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>270</sup> *Ibid.*, par. 4.

<sup>271</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faite à Rome le 4 novembre 1950, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221.

violations »<sup>272</sup>. Cela étant, la Cour a aussi reconnu que l'obligation de l'État partie à cet égard est limitée<sup>273</sup>. De même, même si la Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'homme<sup>274</sup> ne contient aucune obligation expresse de « prévenir » les violations de la Convention, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, lorsqu'elle a interprété l'obligation qu'ont les États parties de « garantir » le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention<sup>275</sup>, a estimé que cette obligation emporte une « obligation de prévention » qui exige à son tour que l'État partie prenne certaines mesures. La Cour a dit ce qui suit : « Cette obligation de prévention comprend tous les moyens d'ordre juridique, politique, administratif et culturel qui favorisent la protection des droits de l'homme et garantissent que toutes les violations sont considérées et traitées comme des actes illégaux, qui, en tant que tels, peuvent conduire au châtement des responsables et à l'obligation d'indemniser les victimes pour le préjudice subi. Il est impossible d'établir la liste détaillée de toutes ces mesures, car elles varient en fonction de la législation et de la situation dans chaque État partie. »<sup>276</sup>. Elle s'est fondée sur un raisonnement analogue pour interpréter l'article 6 de la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture<sup>277</sup>.

17) Ainsi, les mesures de prévention spécifiques que tout État doit prendre en ce qui concerne les crimes contre l'humanité dépendront du contexte et des risques en cause pour cet État au regard de ces infractions. Cette obligation astreint normalement l'État à, pour le moins : 1) adopter les lois et politiques nationales nécessaires pour faire prendre conscience du caractère criminel de l'acte et pour promouvoir la détection précoce de tout risque qu'il soit commis; 2) examiner régulièrement ces lois et politiques et si nécessaire les améliorer; 3) prendre des initiatives propres à informer les responsables gouvernementaux des obligations qui incombent à l'État au titre du

<sup>272</sup> *Makaratzis c. Grèce*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), Recueil des arrêts et décisions 2004-XI, CEDH, Grande chambre, requête n° 50385/99, 20 décembre 2004, par. 57; voir *Kiliç c. Turquie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), Recueil des arrêts et décisions 2000-III, CEDH, Chambre, requête n° 22492/93, 28 mars 2000, par. 62 (où la Cour constate que l'article 2, par. 1, astreint l'État partie non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction).

<sup>273</sup> *Mahmut Kaya c. Turquie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), Recueil des arrêts et décisions 2000-III, CEDH, Chambre, requête n° 22535/93, 28 mars 2000, par. 86 (« Eu égard aux difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, à l'imprévisibilité du comportement humain et aux choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive [énoncée au paragraphe 1 de l'article 2] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. »); voir aussi *Kerimova et autres c. Russie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), CEDH, Chambre, requêtes n°s 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 et 5684/05, 3 mai 2011 (final 15 septembre 2011), par. 246; *Osman c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction), Recueil 1998-VIII, CEDH, Grande chambre, requête n° 87/1997/871/1083, 28 octobre 1998, par. 116.

<sup>274</sup> Convention américaine relative aux droits de l'homme, faite à San José le 22 novembre 1969, Organisation des États américains, *Recueil des Traités*, n° 36.

<sup>275</sup> L'article 1, par. 1, dispose ce qui suit : « Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction [...] ». Il convient de noter que l'article 1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit que les États parties « reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ». (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, p. 217).

<sup>276</sup> *Velasquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt, 4 Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), 29 juillet 1989, par. 175; voir aussi *Gómez-Paquiayauri Brothers c. Pérou*, arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), n° 110, 8 juillet 2004, par. 155; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C), n° 99, 7 juin 2003, par. 137 et 142.

<sup>277</sup> *Tibi c. Équateur*, arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série C) n° 114, 7 septembre 2004, par. 159; voir aussi *Gómez-Paquiayauri Brothers c. Pérou*, *supra* note 276, par. 155.

projet d'articles; 4) mettre en œuvre des programmes de formation destinés aux personnels de la police, de l'armée, des milices et autres personnels concernés, selon que de besoin, pour contribuer à prévenir la commission de crimes contre l'humanité; 5) une fois que l'acte prohibé est commis, s'acquitter de bonne foi de toutes les autres obligations d'enquêter sur les faits et de poursuivre ou d'extrader les auteurs, car cela permet, en partie, de dissuader d'autres personnes de commettre de tels actes à l'avenir<sup>278</sup>. Certaines mesures, comme des programmes de formation, peuvent déjà avoir été prises par l'État pour contribuer à prévenir des faits illicites (tels que l'assassinat, la torture ou le viol) qui se rapportent aux crimes contre l'humanité. L'État est tenu de compléter ces mesures, selon que de besoin, pour prévenir spécifiquement les crimes contre l'humanité. Là aussi, la responsabilité internationale de l'État est engagée si celui-ci n'a pas fait tout son possible pour organiser l'appareil gouvernemental et administratif, par les moyens nécessaires et appropriés pour prévenir autant que possible les crimes contre l'humanité.

18) Le paragraphe 1 a) du projet d'article 4 mentionne le fait que l'État prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces de prévention « dans tout territoire sous sa juridiction ou son contrôle ». Ce libellé doit être compris dans le même sens que ceux figurant dans des sujets antérieurs de la Commission et traitant de la prévention dans d'autres contextes, comme la prévention des dommages à l'environnement<sup>279</sup>. Cette formulation couvre le territoire d'un État mais aussi les activités menées dans d'autres territoires sous le contrôle de l'État. Comme la Commission l'a déjà expliqué,

« elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction *de jure*, par exemple les situations d'intervention, d'occupation et d'annexion illicites au regard du droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la CIJ relatif à l'affaire de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*. Dans cet avis, la Cour, après avoir estimé l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation dont la Cour avait constaté l'illicéité et avoir conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto exercé sur celle-ci par l'Afrique du Sud. »<sup>280</sup>.

<sup>278</sup> Pour des mesures comparables en ce qui concerne la prévention de certains types de violations des droits de l'homme, voir Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 6, par. 1 et 2 (A/43/38) (1988); Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 15 (A/45/38) (1990); Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 19, par. 9 (A/47/38) (1992); Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 5, par. 9 (CRC/GC/2003/5) (2003); Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, par. 50 à 63 (CRC/GC/2005/6) (2005); Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 31, par. 5 (CERD/C/GC/31/Rev.4) (2005); voir aussi *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, résolution 60/147 de l'Assemblée générale (16 décembre 2005), annexe, A/RES/60/147, par. 3 a) (« L'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, telle qu'elle est prévue dans les régimes juridiques pertinents, comprend, entre autres, l'obligation [...] [d]e prendre les mesures législatives et administratives appropriées ainsi que d'autres mesures appropriées pour prévenir les violations. »).

<sup>279</sup> *Annuaire... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 161 et 162, par. 7) à 12) (commentaire se rapportant à l'article 1 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 162, par. 12) (renvoyant aux *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, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, p. 54, par. 118); voir aussi *Annuaire ... 2006*,

19) Quatrièmement, de par l'engagement énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 4, les États ont l'obligation de mettre en œuvre certaines formes de coopération, non seulement entre eux mais aussi avec des organisations telles que l'ONU, le Comité international de la Croix-Rouge et la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. L'obligation qu'ont les États de coopérer en vue de la prévention des crimes contre l'humanité découle, en premier lieu, du paragraphe 3 de l'Article 1 de la Charte des Nations Unies<sup>281</sup>, qui indique que l'un des buts de la Charte est de « [r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre [...] humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous [...] ». En outre, aux Articles 55 et 56 de la Charte, tous les Membres des Nations Unies s'engagent « à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation » « en vue d'atteindre » certains buts, dont « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous [...] ». En ce qui concerne plus précisément la prévention des crimes contre l'humanité, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu, dans ses Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (1973), une responsabilité générale en matière de coopération entre États et de mesures intra-étatiques visant à prévenir la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Elle a notamment déclaré que « [l]es États coopèrent sur une base bilatérale et multilatérale en vue de faire cesser et de prévenir les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et prennent à cette fin les mesures nationales et internationales indispensables »<sup>282</sup>.

20) En conséquence, l'alinéa b) du projet d'article 4 indique que les États doivent coopérer les uns avec les autres pour prévenir les crimes contre l'humanité et coopérer avec les organisations intergouvernementales pertinentes. Le terme « pertinentes » est destiné à indiquer que la coopération avec une organisation intergouvernementale donnée dépendra, entre autres, des fonctions de l'organisation, de la relation de l'État avec cette organisation et du contexte dans lequel le besoin de coopération se manifeste. En outre, l'alinéa b) prévoit que les États coopèrent, selon qu'il convient, avec d'autres organisations. Ces organisations sont notamment des organisations non gouvernementales qui pourraient jouer un rôle important dans la prévention des crimes contre l'humanité dans certains pays. L'expression « selon qu'il convient » est employée pour indiquer que l'obligation de coopération, en plus d'être d'ordre contextuel, ne renvoie pas à ces organisations dans la même mesure qu'aux États et aux organisations intergouvernementales pertinentes.

21) Le paragraphe 2 du projet d'article 4 indique qu'aucune circonstance exceptionnelle ne peut être invoquée pour justifier l'infraction. Ce texte est inspiré du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention contre la torture<sup>283</sup> mais a été remanié

vol. II (deuxième partie), p. 72, par. 25) (commentaire se rapportant au principe 2 des Projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, p. 242, par. 29 (mentionnant l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées « dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle » respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale).

<sup>281</sup> Charte des Nations Unies, faite à San Francisco le 26 juin 1945.

<sup>282</sup> *Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité*, résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale (3 décembre 1973), par. 3.

<sup>283</sup> Convention contre la torture, *supra* note 226. L'article 2, par. 2, est libellé comme suit : « Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. ».

pour mieux s'insérer dans le contexte des crimes contre l'humanité. L'expression « état de guerre ou de menace de guerre » a été remplacée par « conflit armé », comme dans le projet d'article 2. En outre, on a employé l'expression « qu'il s'agisse, entre autres » et non simplement « qu'il s'agisse » pour souligner que les exemples donnés ne prétendent pas à l'exhaustivité.

22) On trouve des libellés comparables dans d'autres traités internationaux ou régionaux portant sur des crimes graves. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 1 de la Convention internationale de 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées contient des dispositions semblables<sup>284</sup>, de même que l'article 5 de la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture<sup>285</sup>.

23) L'un des avantages de ce libellé en ce qui concerne les crimes contre l'humanité est qu'il est rédigé de manière à pouvoir renvoyer à la conduite d'acteurs étatiques ou non étatiques. En même temps, le paragraphe traite cette question uniquement dans le cadre de l'obligation de prévention et non pas, par exemple, dans le contexte des moyens de défense possibles pour un individu dans une procédure pénale ou d'autres motifs d'exonération de la responsabilité pénale, question qui sera traitée à un stade ultérieur.

---

<sup>284</sup> Convention sur les disparitions forcées, *supra* note 229. L'article 1, par. 2, dispose que : « Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la disparition forcée. ».

<sup>285</sup> Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, *supra* note 236. L'article 5 dispose ce qui suit : « Ne peut être invoquée ni admise comme justification du crime de torture l'existence de certaines circonstances, telles que l'état de guerre, la menace de guerre, l'état de siège, l'état d'alerte, les bouleversements ou conflits intérieurs, la suspension des garanties constitutionnelles, l'instabilité politique interne et d'autres crises ou calamités publiques. ».

## Chapitre VIII

### Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

#### A. Introduction

118. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session<sup>286</sup>. À sa soixante et unième session (2009), elle a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est attaché à recenser les questions à examiner et à réfléchir à ses méthodes de travail ainsi qu'au résultat possible des travaux de la Commission sur le sujet<sup>287</sup>.

119. De la soixante-deuxième à la soixante-quatrième session (2010-2012), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte. Il a examiné trois rapports, présentés oralement par son président, qui portaient respectivement sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée<sup>288</sup>, les décisions de mécanismes mis en place au titre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs<sup>289</sup> et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires<sup>290</sup>.

120. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude<sup>291</sup>, la Commission a décidé : a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), les modalités de ses travaux sur le sujet, en suivant à cet égard la proposition du Groupe d'étude; et b) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »<sup>292</sup>.

121. À la soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660) et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion<sup>293</sup>.

<sup>286</sup> À sa 2997<sup>e</sup> séance, le 8 août 2008. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 353. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe A. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

<sup>287</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 220 à 226.

<sup>288</sup> *Ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 344 à 354; et *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 337.

<sup>289</sup> *Ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 338 à 341; et *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 230 et 231.

<sup>290</sup> *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 232 à 234. À la soixante-troisième session (2011), le Président du Groupe d'étude a présenté neuf conclusions préliminaires, remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 344). À la soixante-quatrième session (2012), le Président a présenté le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 240). Le Groupe d'étude a également débattu des modalités et du résultat des futurs travaux sur le sujet. Plusieurs propositions ont été faites par le Président et acceptées par le Groupe d'étude (*ibid.*, par. 235 à 239).

<sup>291</sup> *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 226 et 239.

<sup>292</sup> *Ibid.*, par. 227.

<sup>293</sup> *Ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 33 à 39. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusion 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités), 2 (Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques),

122. À la soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion<sup>294</sup>.

## B. Examen du sujet à la présente session

123. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/683), dans lequel était examiné le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte des traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales et qui proposait un projet de conclusion 11 sur la question. En particulier, après avoir traité de l'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Traité constitutifs d'organisations internationales et traités adoptés au sein d'une organisation internationale), le troisième rapport abordait des questions concernant l'application des règles de la Convention de Vienne sur l'interprétation des traités aux actes constitutifs d'organisations internationales. Il y était également question de diverses questions relatives aux accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), et de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités en tant que moyen d'interprétation d'actes constitutifs d'organisations internationales.

124. La Commission a examiné le rapport à ses 3259<sup>e</sup> à 3262<sup>e</sup> séances, les 29 mai et 2, 3 et 4 juin 2015.

125. À l'issue de son débat sur le troisième rapport, la Commission, à sa 3262<sup>e</sup> séance, le 4 juin 2015, a décidé de renvoyer le projet de conclusion 11 sur les actes constitutifs d'organisations internationales présenté par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction.

126. À sa 3266<sup>e</sup> séance, le 8 juillet 2015, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a adopté provisoirement le projet de conclusion 11 (voir sect. C.1. ci-dessous).

127. À ses 3284<sup>e</sup> à 3285<sup>e</sup> et 3288<sup>e</sup> séances, les 4 et 6 août 2015, respectivement, la Commission a adopté le commentaire relatif au projet de conclusion provisoirement adopté à la présente session (voir sect. C.2 ci-dessous).

## C. Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission jusqu'à présent

### 1. Texte des projets de conclusion

128. Le texte des projets de conclusion adoptés provisoirement par la Commission jusqu'à présent est reproduit ci-après<sup>295</sup>.

3 (L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps),  
4 (Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure) et 5 (L'attribution d'une pratique ultérieure).

<sup>294</sup> Ibid., *Soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 70 à 76. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusion 6 (Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure); 7 (Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation); 8 (Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation); 9 (Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité); et 10 (Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties).

<sup>295</sup> Pour les commentaires des projets de conclusion 1 à 5, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 39. Pour les commentaires des

## **Conclusion 1**

### **Règle générale et moyens d'interprétation des traités**

1. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énoncent, respectivement, la règle générale d'interprétation et la règle relative aux moyens complémentaires d'interprétation. Ces règles sont également applicables à titre de droit international coutumier.

2. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

3. L'article 31, paragraphe 3, dispose notamment qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions, et b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

4. Il peut être fait appel à toute autre pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32.

5. L'interprétation d'un traité constitue une seule opération complexe, qui accorde l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation mentionnés, respectivement, aux articles 31 et 32.

## **Conclusion 2**

### **Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques**

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a) et b), en tant qu'ils constituent une preuve objective du sens attribué à un traité par les parties, sont des moyens d'interprétation authentiques dans l'application de la règle générale d'interprétation des traités reflétée à l'article 31.

## **Conclusion 3**

### **L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps**

Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps.

## **Conclusion 4**

### **Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure**

1. Un « accord ultérieur » en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) a), est un accord au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application des dispositions de celui-ci, auquel sont parvenues les parties après la conclusion du traité.

2. Une « pratique ultérieure » en tant que moyen d'interprétation authentique en vertu de l'article 31, paragraphe 3) b), est constituée par toute

---

projets de conclusion 6 à 10, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 76.

conduite dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci, par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

3. Toute autre « pratique ultérieure » en tant que moyen complémentaire d'interprétation en vertu de l'article 32 est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci.

### **Conclusion 5**

#### **L'attribution d'une pratique ultérieure**

1. Une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32 peut être constituée par toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international.

2. Toute autre conduite, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure en vertu des articles 31 et 32. Une telle conduite peut toutefois être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

### **Conclusion 6**

#### **Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure**

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Tel n'est généralement pas le cas si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

### **Conclusion 7**

#### **Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation**

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

**Conclusion 8****Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation**

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), dépend en outre de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

**Conclusion 9****Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité**

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Bien qu'il doive en être tenu compte, un tel accord n'a pas besoin d'être juridiquement contraignant.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

**Conclusion 10****Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties**

1. Aux fins du présent projet de conclusion, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond au sujet de l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

**Conclusion 11****Actes constitutifs d'organisations internationales**

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique

ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou tout autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31, paragraphe 1, et 32.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

## **2. Texte du projet de conclusion et du commentaire y relatif adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session**

129. Le texte du projet de conclusion et du commentaire y relatif adopté provisoirement par la Commission à sa soixante-septième session est reproduit ci-après.

### **Conclusion 11**

#### **Actes constitutifs d'organisations internationales**

1. Les articles 31 et 32 s'appliquent à un traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale. En conséquence, les accords et la pratique ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont, et toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut être, un moyen d'interprétation d'un tel traité.

2. Les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 ou toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 peuvent résulter de, ou être exprimés par, la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif.

3. La pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif peut contribuer à l'interprétation de cet acte, lors de l'application des articles 31, paragraphe 1, et 32.

4. Les paragraphes 1 à 3 s'appliquent à l'interprétation de tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation.

### **Commentaire**

1) Le projet de conclusion 11 concerne un type particulier de traités, à savoir les actes constitutifs d'organisations internationales, et la façon dont les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure doivent ou peuvent être pris en considération pour leur interprétation au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

2) Les actes constitutifs d'organisations internationales sont spécifiquement visés à l'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose :

« La présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une

organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation. »<sup>296</sup>.

3) L'acte constitutif d'une organisation internationale au sens de l'article 5 est, comme tout traité, un accord international, « qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes » [art. 2 1) a)]. Les dispositions contenues dans un tel traité font partie intégrante de l'acte constitutif<sup>297</sup>.

4) D'une manière générale, l'article 5, qui dispose que la Convention de Vienne s'applique aux actes constitutifs d'organisations internationales, sans préjudice de toutes règles pertinentes de l'organisation<sup>298</sup>, est conforme à l'approche générale de la Convention selon laquelle les traités entre États sont soumis aux règles énoncées dans la Convention « à moins que le traité n'en dispose autrement »<sup>299</sup>.

5) Le projet de conclusion 11 ne porte que sur l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales. Il ne traite donc pas de tous les aspects du rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités concernant des organisations internationales. En particulier, il ne s'applique pas à l'interprétation des traités adoptés au sein d'une organisation internationale ni aux traités conclus par des organisations internationales qui ne sont pas eux-mêmes des actes constitutifs d'organisations internationales<sup>300</sup>. Le projet de conclusion 11 ne s'applique pas non plus à l'interprétation de décisions émanant d'organes d'organisations internationales<sup>301</sup>, notamment à l'interprétation de décisions de juridictions internationales<sup>302</sup>, ni à l'effet d'une jurisprudence constante<sup>303</sup> de cours ou

<sup>296</sup> Voir également la disposition jumelle contenue à l'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales du 21 mars 1986 (A/CONF.129/15).

<sup>297</sup> L'article 20 3) de la Convention de Vienne dispose qu'en cas de réserve à un acte constitutif d'une organisation, l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation est exigée. Douzième rapport sur les réserves au traité, *Annuaire ... 2007*, vol. II (première partie), p. 47, par. 75 à 77, A/CN.4/584; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204.

<sup>298</sup> *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 191; K. Schmalenbach, « Art. 5 », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach, dir. publ., Heidelberg, Springer, 2012, p. 89, par. 1.

<sup>299</sup> Voir par exemple art. 16; 19 a) et b); 20 1), 3), 4) et 5); 22; 24 3); 25 2); 44 1); 55; 58 2); 70 1); 72 1); 77 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232).

<sup>300</sup> Cette dernière catégorie est couverte par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (A/CONF.129/15).

<sup>301</sup> *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil 2010*, p. 442, par. 94 (« Il est vrai que les règles relatives à l'interprétation des traités consacrées par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités peuvent fournir certaines indications mais, compte tenu des différences qui existent entre les instruments conventionnels et les résolutions du Conseil de sécurité, d'autres éléments doivent aussi être pris en considération aux fins de l'interprétation de ces dernières. »); voir également H. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Eight », *British Yearbook of International Law*, vol. 67 (1996), p. 29; M. C. Wood, « The Interpretation of Security Council Resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 85; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 127.

<sup>302</sup> *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), arrêt*, C.I.J. *Recueil 2013*, p. 307, par. 75 (« Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalent à un traité, qui tient sa force obligatoire et son contenu du consentement des États contractants dont le comportement ultérieur peut, conformément au principe énoncé à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, avoir une incidence sur l'interprétation de l'instrument en question. »).

<sup>303</sup> Voir *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury (Developments Limited and others)* [2001] UKHL 231; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina*

tribunaux<sup>304</sup>. Enfin, la conclusion ne traite pas spécifiquement de questions relatives aux décisions d'un organe de surveillance de l'application des traités composé d'experts indépendants, ni plus généralement du poids à accorder à certaines formes particulières de pratique; ces questions pourront être abordées à un stade ultérieur.

6) La *première phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion II* affirme que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sont applicables aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales<sup>305</sup>. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* :

« D'un point de vue formel, les actes constitutifs d'organisations internationales sont des traités multilatéraux, auxquels s'appliquent les règles bien établies d'interprétation des traités. »<sup>306</sup>.

7) La Cour a expliqué au sujet de la Charte des Nations Unies :

« Dans les affaires précédentes où la Cour a dû interpréter la Charte des Nations Unies, elle a suivi les principes et les règles applicables en général à l'interprétation des traités, étant donné qu'elle a reconnu que la Charte est un traité multilatéral, bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales. »<sup>307</sup>.

8) Par ailleurs, comme l'article 5 le laisse entendre et les décisions de juridictions internationales le confirment, les actes constitutifs d'organisations internationales sont également des traités d'un type particulier dont l'interprétation peut être soumise à des exigences propres. La Cour internationale de Justice a déclaré à cet égard :

« Mais les actes constitutifs d'organisations internationales sont aussi des traités d'un type particulier; ils ont pour objet de créer des sujets de droit nouveaux, dotés d'une certaine autonomie, auxquels les parties confient pour tâche la réalisation de buts communs. De tels traités peuvent poser des problèmes d'interprétation spécifiques en raison, notamment, de leur caractère à la fois conventionnel et institutionnel; la nature même de l'organisation créée, les objectifs qui lui ont été assignés par ses fondateurs, les impératifs liés à l'exercice effectif de ses fonctions ainsi que sa pratique propre constituent autant d'éléments qui peuvent mériter, le cas échéant, une attention spéciale au moment d'interpréter ces traités constitutifs. »<sup>308</sup>.

9) La *deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion II* vise plus précisément les éléments des articles 31 et 32 qui traitent des accords et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, et confirme que les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 sont un moyen d'interprétation d'un tel traité, comme peut l'être toute autre pratique ultérieure au sens de l'article 32.

10) La Cour internationale de Justice a reconnu l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b), aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un*

(*On The Application of Animal Defenders International*) v. *Secretary of State For Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

<sup>304</sup> Une telle jurisprudence peut posséder un poids considérable aux fins de l'interprétation d'un traité dans des affaires ultérieures, comme indiqué, en particulier, à l'article 38, paragraphe 1 d) du Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945.

<sup>305</sup> Gardiner, *supra* note 301, p. 247.

<sup>306</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 74, par. 19.

<sup>307</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 157.

<sup>308</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 75, par. 19.

*conflit armé*, après avoir qualifié les actes constitutifs d'organisations internationales de traités d'un type particulier, la Cour a indiqué en guise d'introduction à son interprétation de la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) :

« Conformément à la règle coutumière d'interprétation qui a trouvé son expression à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les termes d'un traité doivent être interprétés "dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but" et il doit être "tenu compte en même temps que du contexte :

[...] b) [d]e toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité." »<sup>309</sup>.

Après avoir cité différents précédents tirés de sa propre jurisprudence dans lesquels elle avait notamment eu recours comme moyen d'interprétation à la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), la Cour a déclaré qu'elle ferait également application de l'article 31, paragraphe 3 b) :

« ... en la présente espèce aux fins de déterminer si, d'après la Constitution de l'OMS, la question à laquelle il lui a été demandé de répondre se pose "dans le cadre de [l']activité" de cette organisation »<sup>310</sup>.

11) Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, où il était également question de l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale<sup>311</sup>, la Cour a mis l'accent sur la pratique ultérieure des parties. Partant du constat que les « États membres [avaient] en outre confié à la commission certaines tâches qui n'avaient pas été initialement prévues par les textes conventionnels »<sup>312</sup>, elle a conclu :

« Il ressort des textes conventionnels et de la pratique [des parties] analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la commission du bassin du Lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte. »<sup>313</sup>.

12) L'article 31, paragraphe 3 a), est également applicable aux actes constitutifs d'organisations internationales<sup>314</sup>. Les accords ultérieurs autonomes entre les États membres relatifs à l'interprétation des actes constitutifs d'organisations internationales ne sont cependant pas courants. Lorsque des questions se posent quant à l'interprétation de tels instruments, les parties agissent le plus souvent dans le cadre de l'organe plénier de l'organisation en qualité de membre de cet organe. S'il est nécessaire de modifier, d'amender ou de compléter le traité, les États membres, soit ont recours à la procédure d'amendement qu'il prévoit, soit concluent un nouveau

<sup>309</sup> Ibid.

<sup>310</sup> Ibid.

<sup>311</sup> Voir art. 17 de la Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Traité de Fort-Lamy de 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), p. 80; pour une analyse plus générale : P. H. Sand, « Development of International Water Law in the Lake Chad Basin », *ibid.*, p. 52 à 76.

<sup>312</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt*, C.I.J. Recueil 1998, p. 305, par. 65.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 306 et 307, par. 67.

<sup>314</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]*, C.I.J. arrêt du 31 mars 2014, par. 46, disponible à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>; voir aussi *infra* note 49 et texte correspondant.

traité, habituellement un protocole<sup>315</sup>. Il n'est toutefois pas exclu que les parties agissent en tant que telles lorsqu'elles se réunissent au sein de l'organe plénier de l'organisation concernée. En 1995 :

« [L]es gouvernements des quinze États Membres sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitu[ait] l'interprétation agréée et définitive des dispositions du traité. »<sup>316</sup>.

En d'autres termes :

« [...] le nom de la monnaie européenne sera[it] "euro" [...] Le nom spécifique "euro" [serait] utilisé au lieu du terme générique "écu" employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne<sup>317</sup>. »

Cette décision des « États membres réunis au sein » de l'Union européenne a été considérée, dans la doctrine, comme un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a)<sup>318</sup>.

13) Il est parfois difficile de savoir si les « États membres réunis au sein » de l'organe plénier d'une organisation internationale entendent agir en leur qualité de membres de cet organe, comme ils le font généralement, ou en leur qualité indépendante d'État partie à l'acte constitutif de l'organisation<sup>319</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur cette question, s'est d'abord fondée sur le libellé de l'acte en question :

« Du libellé de cette disposition, il ressort clairement que les actes adoptés par les représentants des États membres agissant non pas en qualité de membres du Conseil, mais en qualité de représentants de leur gouvernement, et exerçant ainsi collectivement les compétences des États membres, ne sont pas soumis au contrôle de légalité exercé par la Cour. »<sup>320</sup>.

Pendant, la Cour a ensuite accordé une importance déterminante au « contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la décision] [avait] été adopté[e] » pour déterminer si cette décision était à mettre au compte de l'organe ou des États membres eux-mêmes en tant que parties au traité :

« En conséquence, il ne suffit pas qu'un acte soit qualifié de "décision des États membres" pour qu'il échappe au contrôle institué par l'article 173 du traité. Encore faut-il pour cela vérifier que l'acte en question, eu égard à son contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles il a été adopté, ne constitue pas en réalité une décision du Conseil. »<sup>321</sup>.

14) Outre les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure par lesquels est établi l'accord de toutes les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), il se peut qu'il faille tenir compte d'autres formes de pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties dans l'application de l'acte constitutif d'une organisation

<sup>315</sup> Voir art. 39 à 41 de la Convention de Vienne.

<sup>316</sup> Voir Conseil européen de Madrid, Conclusions de la Présidence, Bulletin de l'Union européenne, n° 12 (1995), p. 10, I. A. I.

<sup>317</sup> Ibid.

<sup>318</sup> Voir A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215; G. Hafner, « Subsequent Agreements and Practice : Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment », in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 109 et 110.

<sup>319</sup> P.C.G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3<sup>e</sup> éd. (Londres, Kluwer Law International, 1998), p. 340 à 343.

<sup>320</sup> Affaires C-181/91 et C-248/91, *Parlement c. Conseil et Commission* [1993], ECR I-3713, par. 12.

<sup>321</sup> Ibid., par. 14.

internationale pour interpréter ce genre de traité<sup>322</sup>. Il arrive que, tout comme d'autres traités multilatéraux, les actes constitutifs d'organisations internationales soient mis en œuvre par le biais de pratiques ou d'accords bilatéraux ou régionaux ultérieurs<sup>323</sup>. Conclues entre un nombre restreint de parties à l'acte constitutif multilatéral, ces traités bilatéraux ne constituent pas à proprement parler des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), mais n'en donnent pas moins des indications sur l'interprétation correcte dudit acte et peuvent être un moyen additionnel d'interprétation au sens de l'article 32.

15) Le *paragraphe 2 du projet de conclusions 11* met en évidence un mode particulier d'apparition ou d'expression d'accords et de pratique ultérieurs au sens des articles 31, paragraphe 3, et 32. Les accords et la pratique ultérieurs des États parties peuvent « résulter de » leurs réactions à la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. Ou encore, les accords et la pratique ultérieurs des États parties à un acte constitutif peuvent « être exprimés par » la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif. "Résulter de" englobe la création et le développement des accords et de la pratique ultérieurs, tandis que « être exprimés par » renvoie à la manière dont de tels accords ou pratique se traduisent et s'articulent. Dans les deux cas, la pratique au sein d'une organisation internationale peut traduire un accord ultérieur ou une pratique ultérieure des États parties à l'acte constitutif de l'organisation (voir projet de conclusion 4)<sup>324</sup>.

16) Dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, la Cour internationale de Justice a admis la possibilité que la pratique d'une organisation puisse traduire un accord ou la pratique des États membres en tant que parties au traité elles-mêmes, mais a considéré que, dans ce cas, la pratique ne pouvait être considérée comme « exprimant ou constituant » une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) :

« La résolution WH46.40 elle-même, adoptée, non sans opposition, dès que la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires a été soulevée au sein de l'OMS, ne saurait être considérée comme exprimant ou constituant à elle seule une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation pour interpréter sa Constitution comme l'habilitant à traiter de la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires. »<sup>325</sup>.

17) Dans cette affaire, en s'interrogeant sur la pertinence d'une résolution d'une organisation internationale pour l'interprétation de son acte constitutif, la Cour a examiné tout d'abord si la résolution exprimait ou constituait « une pratique qui

<sup>322</sup> Voir projets de conclusion 1 4) et 4 3), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV, p. 11 et 12; p. 17, par. 10); p. 37 à 42, par. 22) à 36).

<sup>323</sup> Cela vaut, par exemple, pour la Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago), signée en 1944 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102); P. P. C. Haanappel, « Bilateral Air Transport Agreements – 1913-1980 », *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), p. 241 à 267; L. Tomas, « Air Transport Agreements, Regulation of Liability », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>); B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), p. 10.

<sup>324</sup> R. Higgins, « The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations », *ASIL Proceedings 59th Annual Meeting* (1965), p. 119; la pratique d'une organisation internationale peut résulter de, ou être exprimée par, un accord ou la pratique des parties elles-mêmes en vertu du paragraphe 2, mais elle peut en outre être un moyen d'interprétation en soi en vertu du paragraphe 3 [voir *infra* par. 25) à 35)].

<sup>325</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 81, par. 27.

établirait un accord entre les États membres de l'Organisation » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)<sup>326</sup>.

18) De la même façon, l'Organe d'appel de l'OMC a conclu en termes généraux :

« En nous fondant sur le texte de l'article 31 3 a) de la Convention de Vienne, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si : i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent; et ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition du droit de l'OMC.<sup>327</sup> ».

19) En ce qui concerne les conditions dans lesquelles la décision d'un organe plénier peut valoir accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), l'Organe d'appel de l'OMC a estimé :

« 263. S'agissant du premier élément, nous notons que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée par consensus le 14 novembre 2001 à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC.

[...] Pour ce qui est du deuxième élément, la question clef à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un *accord* entre les Membres concernant l'*interprétation* ou l'*application* de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

264. Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose ce qui suit :

Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression "délai raisonnable" sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés.

265. Pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*. L'Organe d'appel a observé que la Commission du droit international ("CDI") avait décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* "comme [un] autre *élément authentique d'interprétation* dont il faut tenir compte en même temps que du contexte". Selon lui, "en faisant référence à une « interprétation authentique », la CDI [interprétait] l'article 31 3) a) comme visant *les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité*". Nous examinerons donc si le

<sup>326</sup> La Cour permanente de justice internationale avait déjà adopté cette approche dans l'affaire relative à la *Compétence de l'Organisation internationale du travail pour régler accessoirement le travail personnel du patron, avis consultatif, 1926, C.P.J.I., série B n° 13*, p. 19 et 20; voir S. Engel, « "Living" International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs under their Constituent Instruments) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), p. 871.

<sup>327</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012, par. 262.

paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. [...]

268. Pour les raisons qui précèdent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial [...] selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* au sujet de l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. »<sup>328</sup>.

20) Bien qu'elle n'ait pas expressément mentionné le paragraphe 3 a) de l'article 31 pour interpréter le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte à la lumière de la Déclaration de l'Assemblée générale sur les relations amicales entre États, la Cour internationale de Justice a insisté sur « l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale » et sur leur consentement à ces textes<sup>329</sup>. À cet égard, des auteurs ont confirmé que des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) peuvent, dans certaines circonstances, résulter de, ou être exprimés par, les actes d'organes pléniers d'organisations internationales<sup>330</sup>, comme l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>331</sup>. Cela étant, comme l'a indiqué l'Organe

<sup>328</sup> Ibid. (notes de bas de page omises); bien que la Décision ministérielle de Doha ne concerne pas une disposition de l'Accord sur l'OMC lui-même, elle a trait à une annexe de cet accord (l'Accord OTC) qui fait « partie intégrante » de l'Accord instituant l'OMC, et donc d'un acte constitutif d'une organisation internationale (art. 2 2) de l'Accord instituant l'OMC).

<sup>329</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 100, par. 188 : « L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes ». Cette affirmation, dont le but premier est d'expliquer le rôle possible des résolutions de l'Assemblée générale en matière de formation du droit coutumier, confirme aussi un élément d'ordre conventionnel, à savoir que ces résolutions peuvent servir à exprimer l'accord, ou la position, des parties au sujet d'une certaine interprétation de la Charte des Nations Unies en tant que traité (« spécification »); de même, voir : *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010, p. 437, par. 80; en ce sens, voir par exemple L. B. Sohn, « The UN System as Authoritative Interpreter of its Law » in *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter et C. C. Joyner, dir. publ. (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995) p. 176 et 177 (observant, au sujet de l'affaire relative au *Nicaragua*, que la Cour a accepté la Déclaration sur les relations amicales en tant qu'interprétation authentique de la Charte).

<sup>330</sup> H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), p. 854 (qui mentionnent les interprétations des instruments constitutifs du Fonds par l'Assemblée du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures); M. Cogen, « Membership, Associate Membership and Pre-Accession Arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT », *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), p. 157 et 158 (qui cite comme exemple possible d'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), une décision du Conseil du CERN du 17 juin 2010, adoptée à l'unanimité, qui interprète les conditions d'adhésion prévues par la Convention du CERN).

<sup>331</sup> Voir E. Jiménez de Aréchaga, « International Law in the Past Third of a Century », *Recueil des Cours*, vol. 159 (1978), p. 32 (qui affirme, à propos de la Déclaration relative aux relations amicales, que cette résolution constitue une expression, faisant autorité, de l'opinion de la totalité des Parties à la Charte au sujet de ces principes fondamentaux, ainsi que de certains principes corollaires en découlant; qu'à la lumière de ces circonstances, il semble difficile de nier le poids et l'autorité juridiques de cette déclaration, aussi bien en tant que résolution reconnaissant ce que les États Membres eux-mêmes estiment constituer les règles en vigueur du droit coutumier, qu'en tant qu'interprétation de la Charte par l'accord et la pratique ultérieurs de toutes les parties); O. Schachter, « General Course in Public International Law », *Recueil des Cours*, vol. 178 (1982), p. 113 (les résolutions déclaratoires de droit qui ont interprété et « concrétisé » les principes de la Charte – soit en tant que règles générales, soit concernant des cas particuliers – peuvent être considérées comme une interprétation authentique par les Parties des obligations

d'appel de l'OMC à propos de la Commission<sup>332</sup>, qualifier une décision collective d'« élément authentique d'interprétation » aux fins de l'article 31, paragraphe 3 a), ne se justifie que si les parties à l'acte constitutif d'une organisation internationale ont agi en qualité de parties et non, comme elles le font habituellement, à titre institutionnel en tant que membres de l'organe plénier concerné<sup>333</sup>.

21) Le paragraphe 2 mentionne la pratique d'une organisation internationale, plutôt que la pratique d'un organe d'une organisation internationale. La pratique d'une organisation internationale peut résulter de la conduite d'un organe, mais peut aussi naître de la pratique de deux ou plusieurs organes.

22) Les accords et la pratique ultérieurs des parties qui peuvent « résulter de, ou être exprimés par, » la pratique d'une organisation internationale, sont parfois très étroitement liés à la pratique de l'organisation elle-même. C'est ainsi que, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a interprété l'expression « dans lequel sont comprises les voix de tous les membres permanents » employée au paragraphe 3 de l'Article 27 de la Charte des Nations Unies comme incluant les abstentions, en s'appuyant avant tout sur la pratique de l'organe compétent de l'Organisation, conjuguée au fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres :

« [...] les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée, à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolutions. [...] La procédure suivie par le Conseil de sécurité, qui est demeurée inchangée après l'amendement apporté à l'Article 27 de la Charte en 1965, a été généralement acceptée par le Membre des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation. »<sup>334</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a mis tout autant l'accent sur la pratique d'un ou plusieurs organes de l'Organisation internationale que sur le fait que cette pratique était « généralement acceptée » par les États Membres, qualifiant l'association de ces deux éléments de « pratique générale de l'Organisation »<sup>335</sup>. C'est cette même approche que

---

conventionnelles qui leur incombent; à cet égard, elles relèvent de l'interprétation et, approuvées par tous les États Membres, elles ont aisément trouvé leur place en tant que source de droit établie); P. Kunig, « United Nations Charter, Interpretation of » in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, R. Wolfrum, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 275 (qui affirme que, si elles sont adoptées par consensus, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent jouer un rôle majeur dans l'interprétation de la Charte des Nations Unies); Aust, *supra* note 318, p. 213 (qui estime que la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, intitulée « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », peut être considérée comme un accord ultérieur aux fins de l'interprétation de la Charte des Nations Unies).

<sup>332</sup> Voir *supra* note 327, par. 265.

<sup>333</sup> Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 114 et 115.

<sup>334</sup> *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, C.I.J. Recueil 1971, p. 22.*

<sup>335</sup> H. Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two », *British Yearbook of International Law*, vol. 61 (1990), p. 76 et 77 (considérant que par l'expression « pratique [...] de l'Organisation », la Cour a vraisemblablement visé, non pas une pratique suivie par l'Organisation en tant qu'entité dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, mais plutôt une pratique suivie, approuvée ou respectée dans toute l'Organisation, et que, vue sous cet angle, la pratique constitue plutôt la reconnaissance par les autres membres du Conseil de sécurité au moment pertinent, et d'ailleurs par tous les États Membres par voie d'acceptation tacite, de la validité de telles résolutions).

la Cour a adoptée dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* lorsqu'elle a déclaré :

« La Cour estime que la pratique *acceptée* [italiques ajoutées] de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte. »<sup>336</sup>.

En parlant de la « pratique acceptée de l'Assemblée générale »<sup>337</sup>, la Cour a affirmé implicitement que l'acquiescement donné au nom des États Membres quant à la pratique suivie par l'Organisation dans l'application du traité permettait d'établir l'accord au sujet de l'interprétation de la disposition pertinente du traité<sup>338</sup>.

23) Sur cette base, il est raisonnable de considérer que la pratique pertinente sera généralement celle des titulaires de l'obligation de faire<sup>339</sup>, en ce sens que lorsque des États confient par traité l'exécution d'activités à une organisation, la manière dont ces activités sont menées peut constituer une pratique au titre du traité; mais la question de savoir si une telle pratique établit un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité peut nécessiter la prise en compte d'autres éléments<sup>340</sup>.

24) Ainsi, dans l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, la Cour internationale de Justice, faisant référence aux recommandations (non contraignantes) de la commission baleinière internationale (nom qui désigne à la fois l'organisation internationale établie par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine<sup>341</sup> et un organe de celle-ci), a précisé que lorsqu'elles sont « adoptées par consensus ou à l'unanimité, [ces recommandations] peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la convention ou du règlement qui lui est annexé »<sup>342</sup>. Cependant, la Cour a aussi exprimé une mise en garde en ces termes :

« [...] l'Australie et la Nouvelle-Zélande surestiment [...] l'importance juridique des résolutions et lignes directrices qu'elles invoquent, et qui ont simple valeur de recommandations. Premièrement, nombre des résolutions de la Commission baleinière internationale ont été adoptées sans l'appui de tous les États parties à la Convention, et en particulier sans l'aval du Japon. Ces instruments ne sauraient donc être considérés comme constitutifs d'un accord ultérieur au sujet de l'interprétation de l'article VIII, ni d'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité au sens des alinéas a) et b), respectivement, du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. »<sup>343</sup>.

<sup>336</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 150.

<sup>337</sup> Ibid.

<sup>338</sup> Voir le commentaire du projet de conclusion 9 2), deuxième phrase, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, chap. VII, p. 208 à 212, par. 13) à 24); M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 431 et 432, par. 22; J. Arato, « Treaty Interpretation and Constitutional Transformation », *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), p. 322.

<sup>339</sup> Gardiner, *supra* note 301, p. 246.

<sup>340</sup> Ibid.

<sup>341</sup> S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes : The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 37 et 38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy : Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), p. 411.

<sup>342</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]*, C.I.J. arrêt du 31 mars 2014, par. 46, disponible à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18137.pdf>.

<sup>343</sup> Ibid., par. 83.

25) Cette réserve n'exclut cependant pas qu'une résolution qui a été adoptée sans l'appui de tous les États Membres puisse établir, ou exprimer, la position ou la pratique de certains États Membres dans l'application du traité qui est susceptible d'être prise en considération au titre de l'article 32<sup>344</sup>.

26) Le *paragraphe 3 du projet de conclusion 11* concerne une autre forme de pratique qui peut être pertinente pour l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale : la pratique de l'organisation internationale en tant que telle, au sens de sa « pratique propre », distincte de la pratique des États membres. La Cour internationale de Justice a dans certains cas pris en considération la pratique d'une organisation internationale dans son interprétation des actes constitutifs sans se référer à la pratique ou à l'acceptation des États membres de l'organisation. Elle a notamment déclaré que la « pratique propre » de l'organisation internationale pouvait « mériter [...] une attention spéciale » dans le processus d'interprétation<sup>345</sup>.

27) Dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission aux Nations Unies*, la Cour a ainsi affirmé :

« Les organes auxquels l'Article 4 a confié le jugement de l'Organisation en matière d'admission ont constamment interprété ce texte en ce sens que l'Assemblée générale ne peut décider une admission que sur la base d'une recommandation émanant du Conseil de sécurité. »<sup>346</sup>.

28) De même, dans son avis consultatif relatif à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour, en faisant référence à la « pratique des Nations Unies », a visé les actes des organes de l'Organisation :

« Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. [...] Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardées comme des experts en missions au sens de la section 22. »<sup>347</sup>.

29) Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, la Cour internationale de Justice a recouru, comme moyen d'interprétation, à la « pratique suivie par l'Organisation elle-même pour appliquer la Convention »<sup>348</sup>.

30) Dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, la Cour a expliqué pourquoi la pratique d'une organisation internationale en tant que telle,

<sup>344</sup> Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 149 (dans lequel la Cour vise la résolution 1600 (XV) de l'Assemblée générale en date du 15 avril 1961, A/RES/1600 (adoptée par 60 voix contre 16, dont celles de l'URSS et d'autres États du « bloc de l'Est », avec 23 abstentions); et la résolution 1913 (XVIII) en date du 13 décembre 1963, A/RES/1913 (adoptée par 91 voix contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal).

<sup>345</sup> *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 74, par. 19; Voir aussi D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 379 à 384.

<sup>346</sup> *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 9.

<sup>347</sup> *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, p. 194, par. 48.

<sup>348</sup> *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1960*, p. 169.

notamment celle d'un organe particulier, pouvait être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif :

« Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis consultatif. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationale et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des « dépenses de l'Organisation. »<sup>349</sup>.

31) De nombreuses organisations internationales partagent cette caractéristique, à savoir qu'il n'y a pas d'« autorité suprême [pour] interpréter » leur acte constitutif. La conclusion que la Cour a tirée de cette circonstance est donc aujourd'hui généralement acceptée comme applicable aux organisations internationales<sup>350</sup>. Dédire l'existence d'une présomption de la pratique, d'une organisation internationale, notamment de celle d'un ou de plusieurs de ses organes, comme elle l'a fait dans l'avis consultatif relatif à *Certaines dépenses des Nations Unies*, est une manière de reconnaître cette pratique comme moyen d'interprétation<sup>351</sup>.

32) S'il est généralement admis que la pratique des organes des organisations internationales est pertinente comme moyen d'interprétation de leur acte constitutif<sup>352</sup>, il existe des divergences entre les auteurs sur le point de savoir comment s'explique la pertinence, aux fins de l'interprétation, de la « pratique propre » d'une organisation internationale au regard des règles d'interprétation de Vienne<sup>353</sup>. Cette pratique peut, au minimum, être considérée comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32<sup>354</sup>. En renvoyant à des actes d'organisations internationales adoptés

<sup>349</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 168.

<sup>350</sup> J. Klabbbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 90; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), p. 25; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 80; Rosenne, *supra* note 297, p. 224 et 225.

<sup>351</sup> E. Lauterpacht, « The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals », *Recueil des Cours*, vol. 152 (1976), p. 460; N. M. Blokker, dans « Beyond "Dili" : On the Powers and Practice of International Organizations », in *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 312 à 318.

<sup>352</sup> C. Brölmann, « Specialized Rules of Treaty Interpretation : International Organizations », dans *The Oxford Guide to Treaties*, D. Hollis (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 520 et 521; S. Kadelbach, « The Interpretation of the Charter », dans *The Charter of the United Nations : A Commentary*, B. Simma et al., dir. publ., 3<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 80; Gardiner, *supra* note 301, p. 113 et 246.

<sup>353</sup> Gardiner, *supra* note 301, p. 247; Schermers et Blokker, *supra* note 330, p. 844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187; Klabbbers, *supra* note 350 p. 89 et 90; voir également *Partial Award on the Lawfulness of the Recall of the Privately Held Shares on 8 January 2001 and the Applicable Standards for Valuation of those Shares*, 22 novembre 2002, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 224, par. 145.

<sup>354</sup> La Commission pourra revenir sur la définition de l'expression « autre pratique ultérieure » figurant dans les projets de conclusions 1 4) et 4 3) afin d'indiquer si la pratique d'une organisation internationale devrait en tant que telle entrer dans cette catégorie qui, jusqu'ici, est limitée à la pratique des parties, voir Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV, p. 11 et 12.

en dépit de l'opposition de certains États membres<sup>355</sup>, la Cour a reconnu que de tels actes peuvent constituer la pratique aux fins de l'interprétation, mais pas, de manière générale, une pratique établissant l'accord des parties (ce qui aurait plus de poids) au sujet de l'interprétation qui relèverait du paragraphe 3 de l'article 31. Les auteurs conviennent toutefois pour la plupart que, souvent, la pratique d'une organisation internationale contribue en soi à préciser le sens ordinaire qu'il convient de donner aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité<sup>356</sup>.

33) La Commission a confirmé, dans son commentaire du projet de conclusion 1, que « des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs ont contribué, ou non, à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité »<sup>357</sup>. Ces considérations valent également pour la pratique d'une organisation internationale elle-même.

34) La pertinence éventuelle de la « pratique propre » d'une organisation internationale peut donc ainsi découler des articles 31 1) et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En particulier, ces dispositions permettent de considérer la pratique d'une organisation elle-même, notamment celle d'un ou plusieurs de ses organes, comme pertinente pour déterminer l'objet et le but du traité, y compris la fonction de l'organisation, en application du paragraphe 1) de l'article 31<sup>358</sup>.

35) Ainsi, l'article 5 de la Convention de Vienne permet d'appliquer les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 d'une manière qui tienne compte de la pratique d'une organisation internationale, y compris de la pratique relative à son caractère institutionnel, aux fins de l'interprétation de son acte constitutif<sup>359</sup>. De tels éléments peuvent contribuer à déterminer si et, dans l'affirmative, comment, l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale peut évoluer au fil du temps<sup>360</sup>.

<sup>355</sup> *Supra* note 344.

<sup>356</sup> La Cour internationale de Justice a utilisé l'expression « buts et [...] fonctions [...], énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique », *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 180.

<sup>357</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV, p. 19, note 58; voir, en particulier, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 306 et 307, par. 67.

<sup>358</sup> Voir *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, opinion individuelle de M. Lauterpacht, C.I.J. Recueil 1955*, p. 67, p. 106 (« Une interprétation correcte d'un instrument constitutionnel doit tenir compte non seulement de la lettre formelle de l'instrument original, mais encore de son fonctionnement dans la pratique effective et à la lumière des tendances qui se sont révélées dans la vie de l'Organisation. »).

<sup>359</sup> Les commentateurs débattent du point de savoir si le caractère institutionnel spécifique de certaines organisations internationales, associé aux principes et valeurs consacrés dans leur acte constitutif, peut également aboutir à une interprétation « constitutionnelle » de ces actes inspirée par le droit constitutionnel interne, voir, par exemple, J. E. Alvarez, « Constitutional Interpretation in International Organizations », dans *The Legitimacy of International Organizations* J.-M. Coicaud et V. Heiskanen, dir. publ. (Tokyo, United Nations University Press, 2001), p. 104 à 154; A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales* (Paris, LGDJ, 2013), p. 216-218; M. Wood, « "Constitutionalization" of International Law : A Sceptical Voice », in K. H. Kaikabad, M Bohlinder (dir. publ.), *International Law and Power : Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick* (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), p. 85-97.

<sup>360</sup> *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, C.I.J. Recueil 1971*, p. 22.). Voir aussi projet de conclusion 3, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée*

36) Le paragraphe 3, comme le paragraphe 2, vise la pratique de l'organisation internationale dans son ensemble, et non celle d'un de ses organes. La pratique de l'organisation internationale considérée peut aussi être résulter de la conduite d'un organe mais peut aussi naître de la conduite de deux ou plusieurs de ses organes<sup>361</sup>. Il est entendu que la pratique d'une organisation internationale ne peut être pertinente pour l'interprétation de son acte constitutif que si cette organisation agit dans l'exercice de sa compétence, car les organisations internationales sont assujetties à l'obligation générale de ne pas agir *ultra vires*<sup>362</sup>.

37) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 11 s'appuie sur les travaux antérieurs de la Commission. Le projet de conclusion 5 porte sur la « pratique ultérieure » telle que définie dans le projet de conclusion 4, qui concerne la conduite des *parties* à un traité dans l'application de celui-ci. Le projet de conclusion 5 n'implique pas que la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son acte constitutif ne peut en tant que telle constituer une pratique pertinente au regard des articles 31 et 32. Dans son commentaire du projet de conclusion 5, la Commission a expliqué ce qui suit :

« Les décisions, résolutions et autres manifestations de la pratique des organisations internationales peuvent en elles-mêmes être pertinentes pour l'interprétation des traités. C'est ce qu'atteste, par exemple, l'article 2 1) j) de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui mentionne la "pratique établie de l'organisation" comme l'une des formes des "règles de l'organisation"»<sup>363</sup>.

38) Le *paragraphe 4 du projet de conclusion 11* reflète l'article 5 de la Convention de Vienne et s'inspire de son libellé. Il vise les situations relevant des paragraphes 1 à 3 et dispose que les règles qu'ils énoncent sont applicables, interprétées et appliquées « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». L'expression « règle pertinente de l'organisation » doit être entendue de la même manière qu'à l'article 2 1) j) de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités et qu'à l'article 2 b) des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales.

39) La Commission a déclaré dans son commentaire général des articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales :

« Il existe des différences considérables entre les organisations internationales au regard de leurs pouvoirs et fonctions, du nombre de leurs membres, des relations entre l'organisation et ses membres, des procédures de délibération, de leurs structure et moyens matériels, ainsi que s'agissant des

---

*générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV, p. 12 et 24 à 30; O. Dörr, « Art. 31 General rule of interpretation », dans *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Heidelberg, Springer, 2012), p. 537, par. 31; Schmalenbach, *supra* note 298, p. 92, par. 7.

<sup>361</sup> Voir *supra*, par. 21.

<sup>362</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 168 (« Mais, lorsque 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 le pouvoir de l'Organisation. »)

<sup>363</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV, p. 46, par. 14. La Commission voudra peut-être remanier le projet de conclusion 5 compte tenu du projet de conclusion 11, afin d'éclaircir le rapport entre les deux dispositions. Voir aussi *supra*, note 354.

règles primaires comportant des obligations conventionnelles dont elles sont tenues. »<sup>364</sup>.

40) Le paragraphe 4 implique notamment que des « règles pertinentes » d'interprétation plus spécifiques énoncées dans l'acte constitutif d'une organisation internationale puissent prévaloir sur les règles générales d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne<sup>365</sup>. Si, par exemple, l'acte constitutif contient une disposition assujettissant son interprétation à une procédure spéciale, il convient de présumer que si, après la conclusion du traité, un accord intervient entre les parties, celles-ci n'entendent pas contourner cette procédure au moyen d'un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a). La procédure spéciale prévue par le traité et l'accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) peuvent toutefois être compatibles s'ils « ont des fonctions différentes et des effets juridiques différents »<sup>366</sup>. Peu d'actes constitutifs contiennent des règles procédurales ou de fond expresses concernant leur interprétation<sup>367</sup>. Les « règles pertinentes » d'interprétation spécifiques ne doivent pas nécessairement être expressément énoncées dans l'acte constitutif; elles peuvent également être implicites dans celui-ci, ou découler de la « pratique établie de l'organisation. »<sup>368</sup>. L'expression « pratique établie de l'organisation » a un sens plus étroit que l'expression « pratique d'une organisation en tant que telle ».

41) La Commission a noté, dans son commentaire de l'article 2 1) j) de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, que l'importance d'une pratique particulière d'une organisation pouvait dépendre des règles et caractéristiques spécifiques de l'organisation concernée, telles qu'exprimées dans son acte constitutif :

« La plupart des organisations internationales connaissent en effet au bout de quelques années une pratique qui fait partie intégrante des règles de l'organisation. Mais la mention ici faite n'entend nullement affirmer que la pratique tient dans toutes les organisations une place identique; bien au contraire chaque organisation présente à cet égard ses caractères propres »<sup>369</sup>.

42) En ce sens, la « pratique établie de l'organisation » peut aussi constituer un moyen d'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale. L'article 2 1) j) de la Convention de Vienne de 1986 et l'article 2 b) des articles sur la

<sup>364</sup> Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, commentaire général, par. 7 (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, chap. V, p. 70, par. 88).

<sup>365</sup> Voir, par exemple, Klabbbers, *supra* note 350, p. 88; Schmalenbach, *supra* note 298, p. 89, par. 1 et p. 96, par. 15; Brölmann, *supra* note 352, p. 522; Dörr, *supra* note 360, p. 538, par. 32.

<sup>366</sup> OMC, Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012, par. 257.

<sup>367</sup> La plupart des clauses dites d'interprétation indiquent quel organe est compétent pour donner au traité ou à certaines de ses dispositions une interprétation faisant autorité, mais n'énoncent pas de règles spécifiques « sur » l'interprétation elle-même, voir C. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlin/Heidelberg, Springer, 2007), p. 26 et 27; Dörr, *supra* note 360, p. 537, par. 32.

<sup>368</sup> Voir Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, art. 2 1) j); et projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission du droit international, art. 2 b), Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, chap. V, 54; C. Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations », *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617 à 642.

<sup>369</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 10 (A/37/10)*, commentaire de l'article 2 (1) j), chap. II, p. 36, par. 25.

responsabilité des organisations internationales<sup>370</sup> considèrent la « pratique établie de l'organisation » comme une « règle de l'organisation ». Cette pratique peut produire des effets juridiques différents selon les organisations et le point de savoir si ces effets relèvent d'abord des sources traditionnelles du droit international (les traités et la coutume) ou du droit institutionnel n'est pas toujours clair<sup>371</sup>. Mais même s'il est difficile de tirer des conclusions générales, la « pratique établie de l'organisation » comprend habituellement une forme spécifique de pratique<sup>372</sup>, qui a généralement été acceptée par les membres de l'organisation, ne serait-ce que tacitement<sup>373</sup>.

<sup>370</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, chap. V, p. 52.

<sup>371</sup> Higgins, *supra* note 324, p. 121 (« les aspects relevant de l'interprétation des traités et de la pratique coutumière dans ce domaine ont tendance à se confondre »); Peters, *supra* note 368, p. 631 (« doit être considéré comme une espèce de droit international coutumier de l'organisation »); limiter la « pratique établie de l'organisation » aux règles dites internes n'est pas convaincant puisque, selon la Commission, « [i]l aurait été difficile de se référer au "droit interne" d'une organisation, parce que si ce droit a un aspect interne, par d'autres côtés, il a un aspect international », Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-quatrième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 10 (A/37/10)*, commentaire de l'article 2 1 j), chap. II, p. 36, par. 25; Schermers et Blokker, *supra* note 330, p. 766; mais voir C. Ahlborn, *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), 397, p. 424 à 428.

<sup>372</sup> Blokker, *supra* note 351, p. 312.

<sup>373</sup> Lauterpacht, *supra* note 351 p. 464 (« le consentement de la grande majorité des membres »); Higgins, *supra* note 324, p. 121 (« [l]a durée et la force de l'acquiescement ne doivent peut-être pas nécessairement, en l'espèce, être aussi marquées qu'ailleurs, parce que les organes de l'ONU ont sans aucun doute le pouvoir initial de prendre de telles décisions [concernant leurs propres juridiction et compétence] »); Peters, *supra* note 368, p. 633 à 641.

## Chapitre IX

### Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés

#### A. Introduction

130. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission du droit international a décidé d'inscrire le sujet « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés » à son programme de travail et de nommer M<sup>me</sup> Marie G. Jacobsson Rapporteuse spéciale pour le sujet<sup>374</sup>.

131. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/674 et Corr.1)<sup>375</sup>.

#### B. Examen du sujet à la présente session

132. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/685), qu'elle a examiné de sa 3264<sup>e</sup> à sa 3269<sup>e</sup> séance, du 6 au 10 juillet et le 14 juillet 2015.

133. À sa 3269<sup>e</sup> séance, le 14 juillet 2015, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les alinéas du préambule et les projets de principes 1 à 5 tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale<sup>376</sup>, étant entendu que le

<sup>374</sup> La décision a été prise à la 3171<sup>e</sup> séance de la Commission, le 28 mai 2013. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 167. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, annexe E.

<sup>375</sup> *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 186 à 222.

<sup>376</sup> Le texte proposé par la Rapporteuse spéciale dans son deuxième rapport (A/CN.4/685), se lisait comme suit :

##### « Préambule

##### **Champ d'application des principes**

Les présents principes s'appliquent à la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés.

##### **Objet**

Ces principes visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés par des mesures de prévention et de réparation. Ils visent également à réduire au minimum les dommages collatéraux infligés à l'environnement durant un conflit armé.

##### **Emploi des termes**

Aux fins des présents principes :

a) Le terme "conflit armé" désigne une situation de recours à la force armée entre États ou de recours prolongé à la force armée entre forces gouvernementales et groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État;

b) Le terme "environnement" désigne les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et l'interaction entre elles, ainsi que les caractéristiques du paysage.

##### **Principe 1**

L'environnement naturel est de caractère civil et ne saurait faire l'objet d'attaques, à moins que certaines de ses parties ne deviennent un objectif militaire. Il est respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit international humanitaire.

##### **Principe 2**

Lors d'un conflit armé, les règles et principes fondamentaux du droit international humanitaire, notamment les principes de précautions dans l'attaque, de distinction et de proportionnalité et les règles concernant la nécessité militaire, s'appliquent de manière à assurer le niveau de protection de l'environnement le plus élevé possible.

renvoi de la disposition relative à l'« Emploi des termes » visait à faciliter les discussions et que cette disposition serait laissée en attente par le Comité de rédaction à ce stade.

134. À la 3281<sup>e</sup> séance, le 30 juillet 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté<sup>377</sup> le rapport du Comité sur la « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », contenant les projets de dispositions préliminaires et de principes I-(x) à II-5 provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-septième session (A/CN.4/L.870)<sup>378</sup>, qui peuvent être consultés sur le site Web de la

---

### **Principe 3**

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'évaluation de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires licites.

### **Principe 4**

Les attaques commises contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

### **Principe 5**

Avant le début d'un conflit armé, ou au plus tard lorsqu'il éclate, les États déclarent zones démilitarisées les zones d'importance écologique majeure. ».

<sup>377</sup> La déclaration du Président du Comité de rédaction est consultable sur le site Web de la Commission, à l'adresse : <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>378</sup> Le texte adopté provisoirement par le Comité de rédaction se lisait comme suit :

#### **« Introduction**

#### **Champ d'application**

Les présents projets de principes s'appliquent à la protection de l'environnement avant, pendant ou après un conflit armé.

#### **Objet**

Les présents projets de principes visent à améliorer la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, notamment par le biais de mesures de prévention destinées à réduire au minimum les dommages infligés à l'environnement durant un conflit armé et par le biais de mesures réparatrices.

#### **Partie I**

#### **Mesures préventives**

#### **Principe I-(x)**

#### **Déclaration de zones protégées**

Les États devraient déclarer, par accord ou autrement, zones protégées les zones d'importance environnementale et culturelle majeure.

#### **Partie II**

#### **Projets de principes applicables pendant un conflit armé**

#### **Projet de principe II-1**

#### **Protection générale de l'environnement [naturel] pendant un conflit armé**

1. L'environnement [naturel] doit être respecté et protégé conformément au droit international applicable et, en particulier, au droit des conflits armés.
2. Le conflit armé sera conduit en veillant à protéger l'environnement [naturel] contre des dommages étendus, durables et graves.
3. Aucune partie de l'environnement [naturel] ne saurait être attaquée, à moins qu'elle soit devenue un objectif militaire.

#### **Projet de principe II-2**

#### **Application du droit des conflits armés à l'environnement**

Le droit des conflits armés, notamment les principes et règles de distinction, de proportionnalité, de nécessité militaire et de précautions dans l'attaque s'appliquent à l'environnement [naturel], en vue de sa protection.

#### **Projet de principe II-3**

#### **Considérations environnementales**

Les considérations environnementales sont prises en compte dans l'application du principe de proportionnalité et des règles relatives à la nécessité militaire.

#### **Projet de principe II-4**

#### **Interdiction des représailles**

Les attaques commises contre l'environnement [naturel] à titre de représailles sont interdites.

Commission. La Commission a pris note des projets de dispositions préliminaires et de principes présentés par le Comité de rédaction. Il est prévu que les commentaires sur les projets de principes soient examinés à la prochaine session.

### 1. Présentation par la Rapporteuse spéciale du deuxième rapport

135. Dans le deuxième rapport, qui visait à déterminer quelles règles existantes régissant les conflits armés intéressaient directement la protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés, la Rapporteuse spéciale passait ces règles en revue et proposait en outre un préambule et cinq projets de principes. Les alinéas du préambule portaient sur le champ d'application des projets de principes, leur objet et l'emploi des termes, en incluant une définition, aux fins des principes, des termes « conflit armé » et « environnement ». Le libellé proposé pour la définition de ces termes avait déjà été soumis dans le rapport préliminaire. Le projet de principe 1 contenait une disposition sur la protection de l'environnement en temps de conflit armé, et avait un caractère général. Le projet de principe 2 concernait l'application du droit des conflits armés à l'environnement et le projet de principe 3 traitait de la prise en compte des considérations environnementales dans l'évaluation de ce qui était nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires. Le projet de principe 4 portait interdiction des attaques contre l'environnement à titre de représailles et le projet de principe 5 concernait la désignation de zones d'importance écologique majeure comme zones démilitarisées. En présentant son rapport, la Rapporteuse spéciale a précisé que la forme de « principes » qu'il était proposé de donner aux résultats des travaux lui paraissait la plus appropriée car elle offrait suffisamment de souplesse pour couvrir toutes les phases du sujet. À propos du projet de préambule, elle a réaffirmé ses doutes quant à la nécessité d'une disposition relative à l'« Emploi des termes » mais a fait observer qu'il aurait été prématuré de la supprimer compte tenu des vues exprimées par certains membres de la Commission et par des États quant à la valeur d'une telle clause. La nécessité de maintenir une telle disposition serait réévaluée à la lumière des débats durant la session.

136. La Rapporteuse spéciale a indiqué que le rapport présentait, outre un examen du droit applicable en temps de conflit armé, certains aspects de la méthode et des sources. Il comportait également une brève synthèse des débats tenus par la Commission lors de la précédente session, ainsi que des données sur les vues et la pratique des États et quelques exemples de la jurisprudence pertinente. S'agissant des informations données par les États, la Rapporteuse spéciale a noté leur caractère extrêmement hétérogène, les États ayant communiqué des renseignements sur des questions différentes, si bien qu'il était difficile de dégager de ces informations une tendance générale. Il en ressortait néanmoins deux conclusions qui méritaient d'être soulignées, à savoir que la plupart des textes qui réglementaient les opérations militaires en temps de paix étaient récents et que les opérations multilatérales étaient de plus en plus souvent engagées dans le cadre d'une réglementation environnementale relativement nouvelle. À propos du chapitre du rapport consacré à la jurisprudence, la Rapporteuse spéciale a appelé l'attention sur la difficulté que présentait l'analyse des décisions, s'agissant de la distinction à opérer entre les biens, les moyens de subsistance, la nature, la terre et les ressources naturelles, et du lien évident avec les droits de l'homme, en particulier lorsque des peuples autochtones étaient concernés. Elle a estimé qu'il conviendrait de revenir sur cette question.

---

#### **Projet de principe II-5**

##### **Zones protégées**

Une zone d'importance environnementale et culturelle majeure déclarée zone protégée par accord est protégée contre toute attaque, aussi longtemps que ne s'y trouve aucun objectif militaire. ».

137. Le deuxième rapport s'articulait autour du droit applicable en temps de conflit armé. Il présentait une analyse des dispositions conventionnelles directement applicables et des principes pertinents du droit des conflits armés, comme les principes de distinction, de proportionnalité et de précautions dans l'attaque, ainsi que des règles concernant la nécessité militaire. La Rapporteuse spéciale a cependant souligné que la Commission n'étant pas chargée de réviser le droit des conflits armés, elle s'était abstenue d'analyser dans le rapport les mesures à mettre en œuvre pour l'application de ces dispositions, en s'employant seulement à déterminer si cette application emportait aussi des mesures visant à protéger l'environnement.

138. Le rapport traitait aussi des zones protégées et examinait le cadre juridique relatif aux zones démilitarisées, zones exemptes d'armes nucléaires et zones de patrimoine naturel et d'importance écologique majeure en rapport avec le sujet. La Rapporteuse spéciale a fait observer que le chapitre correspondant tentait d'analyser le lien existant entre l'environnement et les zones de patrimoine culturel, ainsi que le droit des peuples autochtones à leur environnement en tant que ressource culturelle et naturelle.

139. La Rapporteuse spéciale a en outre signalé certaines questions qu'elle n'avait pas traitées dans son deuxième rapport, dont la Clause de Martens, les opérations multilatérales, les travaux de la Commission d'indemnisation des Nations Unies et les situations d'occupation, qui seraient toutes examinées dans le troisième rapport, compte tenu de leur pertinence aussi pour la phase III – celle des obligations postérieures aux conflits.

140. La Rapporteuse spéciale a conclu en exposant le programme de travail futur, à savoir que son troisième rapport contiendrait des propositions de mesures à prendre après le conflit, s'agissant notamment de la coopération, du partage d'informations et des bonnes pratiques, ainsi que des mesures de réparation. Elle tenterait aussi d'achever l'étude des trois phases temporelles dans le troisième rapport, qui comporterait donc trois parties. La première porterait sur le droit applicable après un conflit armé, la deuxième traiterait des questions non encore étudiées, telles que l'occupation, et la troisième contiendrait un résumé analytique des trois phases. La Rapporteuse spéciale a indiqué son intention de poursuivre ses consultations avec d'autres institutions et avec des organisations régionales et a rappelé qu'il serait utile que les États continuent de communiquer des renseignements sur la législation et les décisions judiciaires internes intéressant le sujet.

## **2. Résumé du débat**

### **a) Observations générales**

141. L'importance du sujet a été réaffirmée par certains membres, qui ont relevé non seulement sa pertinence dans le monde contemporain mais aussi les défis qu'il représentait, en particulier pour tenter de réaliser un équilibre satisfaisant entre la sauvegarde des droits légitimes existant dans le cadre du droit des conflits armés et la protection de l'environnement. Pour parvenir à cet équilibre, il serait indispensable d'analyser en profondeur la notion de « dommages étendus, durables et graves » ainsi que les normes employées pour ces critères.

142. Certains membres ont salué le fait que le deuxième rapport visait à déterminer les règles existantes du droit des conflits armés qui intéressaient directement la protection de l'environnement. Quelques membres ont par ailleurs insisté sur la nécessité de passer systématiquement en revue les règles et principes du droit international de l'environnement afin de voir s'ils continuaient de s'appliquer en temps de conflit armé, et d'examiner leurs liens avec ce régime juridique. Une telle analyse était essentielle pour le sujet dans son ensemble, et en particulier pour ce qui

concernait la deuxième phase actuellement à l'examen. Il a été recommandé d'utiliser comme point de départ pour cet exercice le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, adopté par la Commission en 2011. Il a été admis que le droit des conflits armés s'appliquait, en principe, en tant que *lex specialis* durant le conflit armé. Cela étant, il a aussi été dit que ne pas exclure l'application en parallèle du droit international de l'environnement permettrait d'éviter des lacunes juridiques. La Commission avait adopté ce type d'approche pour traiter des questions comparables se rapportant au sujet de la protection des personnes en cas de catastrophe. Certains membres ont aussi appelé l'attention sur la pertinence pour le sujet d'autres domaines du droit, comme les droits de l'homme, et ont encouragé la Rapporteuse spéciale à examiner plus avant les liens existant entre ces domaines. À cet égard, il a été proposé d'étudier la question de savoir comment le sujet était censé influencer le débat concernant les relations entre droit international humanitaire et droit des droits de l'homme. Cette analyse devrait viser à clarifier, d'une part la façon dont les protections relatives à l'environnement seraient appliquées et, d'autre part, comment elles s'accorderaient avec les protections connexes relatives aux droits de l'homme.

143. D'un point de vue méthodologique, certains membres ont aussi mis en garde contre l'idée de simplement transposer à la protection de l'environnement les dispositions du droit des conflits armés applicables à la protection des civils ou des biens de caractère civil. Il convenait de respecter le champ d'application matériel, personnel et temporel du droit des conflits armés. Il a été dit qu'une solution plus appropriée consisterait peut-être à élaborer des règles spécifiques pour la protection de l'environnement au lieu de combler les lacunes existant dans le régime de la protection de l'environnement en temps de conflit armé en affirmant simplement le caractère civil de l'environnement.

144. Les données précises relatives à la pratique des États et l'analyse des règles applicables figurant dans le rapport ont été généralement bien accueillies, même si certains membres ont aussi fait remarquer qu'il n'apparaissait pas clairement quelles conclusions pouvaient en être tirées ni en quoi l'élaboration et le contenu des projets de principes proposés découlaient de ces informations. Il a été souligné que la Commission devrait savoir comment utiliser les informations dans ses travaux, et si la pratique représentait le droit international coutumier, des règles émergentes ou de nouvelles tendances. Selon un point de vue, certaines règles du droit des conflits armés se rapportant à la protection de l'environnement ne semblaient pas refléter le droit international coutumier. La Commission devrait donc se demander dans quelle mesure le résultat final de ses travaux contribuerait au développement de la *lex ferenda*.

145. À propos de la terminologie employée dans les projets de principes, plusieurs membres ont mis en question le manque d'uniformité des concepts, s'agissant en particulier de termes comme « environnement » et « environnement naturel » qui étaient employés de manière incohérente dans le texte, ce qui était source de confusion. En outre, les membres se sont demandé de manière générale si les dispositions relatives au champ d'application, à l'objet et à l'emploi des termes devaient figurer dans le préambule. Tout en comprenant que la Rapporteuse spéciale ne considérait pas de telles dispositions comme des « principes » en soi, ils ont évoqué la pratique de la Commission et ont engagé la Rapporteuse spéciale à revoir la place de ces dispositions, notamment en transférant certaines d'entre elles dans le texte même des projets de principes. Il a cependant été également proposé de les regrouper dans une section intitulée « Introduction ».

146. Concernant le résultat et la forme des travaux sur le sujet, certains membres ont exprimé leur préférence pour des projets d'articles, ce qui correspondrait mieux au caractère prescriptif de la terminologie employée dans certains des projets de

principes proposés. Plusieurs membres ont appuyé la proposition de la Rapporteuse spéciale d'élaborer des projets de principes. Ils ne pensaient pas comme certains autres membres que la Commission n'avait adopté des principes que lorsqu'elle avait eu l'intention d'influer sur le développement du droit international, et non d'énoncer des prescriptions normatives. Selon eux, des principes auraient une véritable portée juridique, bien que revêtant un caractère plus général et abstrait que des règles. Il a aussi été soutenu que des projets de principes étaient particulièrement appropriés si l'intention n'était pas d'élaborer une nouvelle convention. Il a également été dit que la Commission souhaiterait peut-être ne pas se limiter à des projets de principes, mais proposer aussi des recommandations, ou des pratiques optimales. Si plusieurs membres ont estimé que la structure des projets de principes devrait être alignée sur les phases temporelles, il a aussi été remarqué que puisque certains des projets de principes couvriraient plus d'une phase, une stricte division temporelle ne serait ni possible ni souhaitable.

#### **b) Champ d'application**

147. La délimitation du champ du sujet a donné lieu à un débat animé. Certains membres ont fait observer qu'il pourrait être utile d'ajouter un élément de seuil indiquant qu'il s'agissait de traiter des cas d'un certain degré de dommage causé à l'environnement durant un conflit armé. Il a été largement convenu que le sujet devrait couvrir les conflits armés nationaux et internationaux, mais il a aussi été dit qu'il serait souhaitable de clarifier comment se traduisaient les différences entre ces deux types de conflits. Il a été souligné que si la Commission décidait d'adopter un seul régime couvrant les deux types de conflit armé, une approche qui pouvait se justifier, il serait important d'indiquer clairement la méthode suivie à cet effet. Plusieurs membres ont aussi insisté sur la nécessité d'approfondir l'examen de la pratique des acteurs non étatiques dans le contexte des conflits armés non internationaux.

148. S'agissant de certains types d'armes, des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir si les projets de principes s'appliqueraient ou non, compte tenu du droit existant, aux armes nucléaires et autres armes de destruction massive. Au vu des déclarations faites par les États lors de la ratification du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) concernant la non-applicabilité du Protocole I aux armes nucléaires, il a été proposé de traiter cette question au moyen d'une clause « sans préjudice ». Il a aussi été dit qu'il pourrait être nécessaire de délimiter plus précisément le champ d'application du sujet au regard de la question des armes.

149. Certains membres ont estimé que le patrimoine naturel et culturel devrait être exclu, mais il a aussi été remarqué que, compte tenu des liens étroits existant avec l'environnement, cet aspect méritait d'être abordé. Certains membres ont également souligné qu'il importait de distinguer clairement l'environnement humain et l'environnement naturel, le premier concept ne relevant pas du champ d'application du sujet. Alors que certains membres ont fait valoir que l'exploitation des ressources naturelles ne concernait pas directement le champ d'application du sujet, il a aussi été dit qu'il conviendrait de traiter la question des atteintes aux droits de l'homme causées par des actions affectant les ressources naturelles. En outre, certains membres ont estimé que les projets de principes devraient comprendre une disposition sur les peuples autochtones, compte tenu de la relation particulière que ceux-ci entretenaient avec l'environnement.

150. Certains membres ont évoqué ce qu'ils considéraient comme des lacunes dans les projets de principes proposés, et diverses propositions de dispositions complémentaires ont été faites. À cet égard, plusieurs membres ont estimé important

de refléter dans les projets de principes l'interdiction énoncée au paragraphe 3 de l'article 35 du Protocole I « d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ». Il a été admis que le seuil fixé par cette disposition était élevé, mais il a été noté que celle-ci offrait au moins une norme minimale. Il a aussi été fait référence au devoir de protection énoncé au paragraphe 1 de l'article 55 du Protocole I en ces termes : « [l]a guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves ». Il a été proposé de refléter cette disposition soit dans le projet de principe 1, soit dans un projet de principe distinct. L'idée a aussi été émise qu'il serait opportun de viser dans les projets de principes l'obligation, figurant dans la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles<sup>379</sup>, « de ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices ». S'il n'était pas certain que cette obligation fasse partie du droit international coutumier, il a été dit qu'il serait difficile de contester la valeur du principe par rapport au droit international de l'environnement contemporain. Il a été en outre proposé d'inclure dans les projets de principes l'interdiction de toute destruction de l'environnement non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit, en s'inspirant des termes de la résolution 47/37 de l'Assemblée générale en date du 25 novembre 1992. Cet aspect n'était apparemment pas couvert par le projet de principe 1, qui mentionnait des « attaques » mais ne visait pas nécessairement la notion de « destruction ».

151. Certains membres ont regretté que la reconnaissance, dans le rapport, de l'importance de la législation nationale pour la protection de l'environnement n'ait pas été traduite dans les projets de principes. Il a donc été proposé d'ajouter un projet de principe distinct prévoyant que les États s'engagent à protéger l'environnement en période de conflit armé par des mesures législatives conformes au droit international applicable.

#### c) **Objet**

152. Plusieurs membres ont estimé que la disposition proposée à ce titre était par trop restrictive. Outre les mesures de prévention et de réparation, les projets de principes comportaient aussi des dispositions posant des interdictions, ainsi que des obligations de prendre des mesures de précaution. Certains membres ont proposé de supprimer le terme « collatéraux ». Il a été souligné que l'objectif était de réduire au minimum tous les dommages, qu'ils soient ou non collatéraux. Il a aussi été proposé d'établir une distinction entre dommages intentionnels et dommages collatéraux. L'avis a été exprimé que la question des dommages collatéraux pourrait faire l'objet d'un projet de principe distinct, bien que certains membres aient fait valoir la nécessité d'analyser plus avant ce terme.

#### d) **Emploi des termes**

153. Plusieurs membres ont appuyé l'inclusion dans les projets de principes d'une disposition relative à l'emploi des termes car celle-ci permettrait de délimiter exactement la portée du texte et de clarifier le sujet à l'examen. Il a néanmoins été mis en garde contre toute tentative de définition, aux fins du sujet, des termes « conflit armé » et « environnement », compte tenu de la complexité des questions en cause. S'agissant de la définition du terme « conflit armé », plusieurs membres ont fait observer qu'elle était suffisamment large pour englober les conflits armés non

<sup>379</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, p. 151.

internationaux, qui étaient plus fréquents, plus difficiles à régler et plus préjudiciables à l'environnement. Il a été dit en outre qu'il faudrait peut-être préciser la définition de telle sorte que les projets de principes ne s'appliquent qu'à des situations où l'emploi prolongé de la force atteignait un certain niveau d'intensité. Les situations de troubles intérieurs relevant purement de mesures de police seraient ainsi exclues du champ d'application du sujet. La définition large du terme « environnement » a suscité des questions de plusieurs membres, et il a été dit qu'il faudrait limiter la portée de la protection à l'environnement en rapport avec les situations de conflit armé. Il a été observé à cet égard qu'il n'était pas possible de tirer une définition d'un instrument applicable en temps de paix et de le transposer simplement à des situations de conflit armé.

**e) Projet de principe 1**

154. Alors que certains membres ont appuyé le projet de principe 1, plusieurs autres membres ont dit qu'ils ne voyaient pas bien comment l'on pouvait attribuer à l'environnement dans son ensemble un « caractère civil », expression qu'ils estimaient trop générale et ambiguë. Cette proposition semblait assimiler l'environnement dans son ensemble à la notion de « bien de caractère civil », ce qui entraînerait d'importantes difficultés pour l'application du principe de distinction. Il a été souligné que le droit des conflits armés n'envisageait pas la protection des personnes ou des biens de manière abstraite et qu'il serait donc plus approprié de faire porter l'exigence de protection de l'environnement sur certaines des parties ou composantes de celui-ci. Il a aussi été proposé de définir l'environnement en tant que bien de caractère civil. Une telle approche permettrait une qualification de la protection en vertu des règles applicables à la protection des biens de caractère civil, mais il a aussi été remarqué que ces règles ne pourraient pas être automatiquement appliquées à l'environnement. Il a été souligné qu'il serait bon de préciser dans quelles circonstances un bien de caractère civil devenait un objectif militaire, et qu'il faudrait aussi préciser s'il le devenait dans son ensemble ou pour certaines de ses parties. Certains autres membres ont souligné que l'environnement ne pouvait pas être considéré comme un « bien » de caractère civil même s'il incluait de tels biens.

155. Certains membres ont appelé l'attention sur le fait que la seconde phrase du projet de principe 1 pourrait servir de premier principe, ce qui permettrait de traiter d'abord de la protection de l'environnement dans son ensemble, puis de ses parties. La seconde phrase pourrait donc, soit devenir la première, soit constituer un principe totalement distinct. Il a aussi été suggéré de clarifier l'expression « droit international applicable », et de déterminer les règles pertinentes du droit international humanitaire.

**f) Projet de principe 2**

156. Les membres ont en général souscrit à l'idée maîtresse du projet de principe 2, bien que la formule « niveau [...] le plus élevé possible » de protection ait suscité des inquiétudes. Il a été souligné que l'expression ne traduisait pas correctement la norme du droit international humanitaire qui pose l'obligation de prendre toutes les précautions possibles en vue d'éviter ou de réduire au minimum les dommages qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'avantage militaire concret attendu. Il a en outre été observé que le libellé ne paraissait pas tenir compte du fait que, dans certains cas, il ne serait pas possible d'assurer le respect d'une telle norme pour la protection à la fois des civils et de l'environnement. Il a aussi été dit qu'il serait nécessaire d'adapter les principes visés dans cette disposition à la spécificité de l'environnement, ainsi que de clarifier leur applicabilité compte tenu du caractère civil attribué à l'environnement dans le projet de principe 1. S'agissant du principe de précaution, il a été noté qu'il conviendrait d'explicitier la norme applicable à l'évaluation nécessaire des « dommages », en particulier de préciser si elle devait être

distinguée du critère des « dommages étendus, graves et durables ». Il a été dit par ailleurs que le projet de principe devrait préciser que le principe de proportionnalité s'appliquait aux parties de l'environnement qui n'étaient plus protégées. Selon une proposition, ce projet de principe devait spécifiquement viser le principe d'humanité.

**g) Projet de principe 3**

157. Plusieurs membres ont appuyé le projet de principe 3, en notant qu'il était tiré de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif aux Armes nucléaires<sup>380</sup>. Il a cependant été signalé que la Cour paraissait avoir envisagé la question des considérations environnementales sous l'angle du *jus ad bellum* et non du *jus in bello*, ce qui rendrait problématique la proposition énoncée dans le projet de principe 3. Il a été au contraire affirmé que, dans son avis consultatif, la Cour avait visé le *jus in bello*. L'attention a aussi été appelée sur le fait que dans certains cas, les considérations environnementales n'étaient tout simplement pas pertinentes; la disposition devrait comporter un caveat à cet égard. Selon une proposition, il fallait remanier le contenu du projet de principe 3 afin de préciser comment les considérations environnementales devraient être prises en compte pour juger si une action était conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité. À cet égard, il a été souligné qu'il faudrait dûment définir l'expression « considérations environnementales » et expliquer quelle était la limite applicable à ces considérations. Il a été proposé d'ajouter une phrase afin de préciser que le risque de dommage à l'environnement devait être évalué objectivement, sur le fondement des informations disponibles au moment de son appréciation. Certains membres ont remarqué qu'il existait un certain chevauchement entre les projets de principes 2 et 3, et la possibilité de fusionner ces deux projets de principes a donc été évoquée. Il a néanmoins été observé que le projet de principe 3 ayant un caractère plus précis que le projet de principe 2, il devait être maintenu.

**h) Projet de principe 4**

158. Plusieurs membres ont relevé que le projet de principe 4 reprenait mot pour mot le paragraphe 2 de l'article 55 du Protocole I et ont exprimé leur appui à l'inclusion de ce principe. Une interdiction absolue semblait appropriée; si l'environnement ou une partie de celui-ci devenait un objectif militaire, d'autres règles s'appliquaient alors aux attaques. L'interdiction absolue ne devait donc souffrir aucune exception. Il a été dit en outre que le fait que l'interdiction n'existe peut-être que comme obligation conventionnelle et non comme règle coutumière pourrait être expliqué dans le commentaire; la Commission n'était pas chargée d'élaborer un catalogue de règles coutumières. Cependant, certains autres membres ont jugé extrêmement pertinent le fait que l'interdiction des représailles ne soit pas généralement admise comme une règle de droit international coutumier, et ont estimé que cela devrait être reflété dans le projet de principe. Dès lors, ces membres ont remis en question la formulation de l'interdiction en termes aussi absolus que ceux proposés par la Rapporteuse spéciale. Il a en outre été relevé que dans des cas exceptionnels, les représailles entre belligérants pouvaient être considérées comme légitimes lorsqu'elles visaient à faire respecter le droit en réaction à des actes illicites de l'adversaire. Dans ce contexte, il a été fait référence aux réserves formulées par des États au paragraphe 2 de l'article 55 du Protocole I, ainsi qu'à la définition des représailles donnée par le CICR dans son étude sur le droit international coutumier<sup>381</sup>. Dans la mesure où les projets de principes concernaient tous les conflits armés – internationaux et non internationaux –,

<sup>380</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.

<sup>381</sup> Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary international humanitarian law*, vol. I et II, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

l'attention a été appelée sur le fait que les représailles entre belligérants n'étaient spécifiquement interdites ni par l'article 3 commun des Conventions de Genève ni par le Protocole II. Il convenait donc de remanier le projet de principe en y incluant les restrictions appropriées. L'idée a cependant été émise que dans ce domaine, la Commission pourrait souhaiter faire œuvre de développement progressif du droit en vue d'étendre l'interdiction des représailles aux conflits armés non internationaux.

**i) Projet de principe 5**

159. Plusieurs membres ont approuvé l'idée directrice du projet de principe 5, consacré à la désignation de zones d'importance écologique majeure comme zones démilitarisées avant le début d'un conflit armé ou lorsqu'il éclatait, mais ils ont fait observer que ce projet de principe soulevait un certain nombre de questions importantes qu'il fallait examiner plus avant, concernant tant l'application pratique d'une telle disposition que ses implications normatives. Un doute a cependant aussi été exprimé quant au fondement juridique de ce projet de principe et à sa réalisation.

160. Tandis que certains membres considéraient que cette disposition se rapportait à la phase I, celle des obligations en temps de paix, d'autres membres ont souligné qu'elle pouvait aussi s'appliquer à la phase II, durant un conflit armé, ou même à la phase III concernant les obligations après le conflit. Des propositions ont donc été faites tendant à élargir la portée temporelle du projet de principe 5 ainsi qu'à traiter des implications juridiques de telles zones vis-à-vis des autres parties au conflit, notamment l'obligation de ne pas y mener d'attaques. Il a été noté que la conclusion d'accords entre les parties à un conflit aux fins d'établir de telles zones offrirait un meilleur degré de protection qu'une déclaration unilatérale, et que cela devrait être explicité dans le libellé du projet de principe. Certains membres ont aussi estimé que les sites appartenant au patrimoine culturel et naturel devraient relever du champ d'application de ce projet de principe. Il a été proposé d'ajouter un projet de principe distinct sur les zones exemptes d'armes nucléaires, traitant de la protection de leur environnement et mentionnant la nécessité pour les États tiers de donner effet aux obligations auxquelles ils avaient souscrit concernant le respect de ces zones.

161. Plusieurs membres ont encouragé la Rapporteuse spéciale à approfondir dans son prochain rapport l'analyse des questions complexes, d'ordre juridique et pratique, liées à ce projet de principe, et de préciser le régime proposé.

**j) Programme de travail futur**

162. Certains membres ont approuvé la proposition de la Rapporteuse spéciale de traiter dans son troisième rapport du droit applicable après un conflit armé et des questions qui n'avaient pas encore été examinées concernant la deuxième phase, et de présenter un résumé analytique des trois phases. Cependant, il a aussi été noté que l'on ne voyait pas très clairement comment la Rapporteuse spéciale entendait poursuivre son étude du sujet après son troisième rapport, et qu'il serait bon que cela soit clarifié. Il a été proposé que soit élaborée une ébauche des projets de principes envisagés par la Rapporteuse spéciale afin de faciliter les travaux.

163. S'agissant des questions précises à étudier dans le troisième rapport, l'idée a été émise que la Rapporteuse spéciale devrait approfondir l'analyse d'autres traités de droit international humanitaire qui limitent l'utilisation de méthodes et moyens de guerre susceptibles de porter atteinte à l'environnement naturel, et en particulier examiner l'évolution des technologies et les armes nouvelles. Plusieurs membres ont salué l'intention de la Rapporteuse spéciale d'examiner la question de l'occupation en relation avec les phases II et III. Il a aussi été suggéré que la Rapporteuse spéciale propose des projets de principes relatifs à la formation des forces armées et à l'élaboration et la diffusion de matériels didactiques pertinents. Enfin, il a été dit que

la Rapporteuse spéciale devrait inclure des propositions concernant la manière dont les organisations internationales pouvaient contribuer à la protection juridique de l'environnement en rapport avec les conflits armés. Certains membres ont engagé la Rapporteuse spéciale à structurer les futurs projets de principes afin qu'ils correspondent aux phases temporelles.

164. Certains membres ont salué l'intention de la Rapporteuse spéciale de poursuivre ses consultations avec d'autres institutions telles que le CICR, l'UNESCO et le PNUE, ainsi qu'avec des organisations régionales. Ils ont également convenu qu'il serait utile que les États continuent de communiquer des exemples de législation et de décisions judiciaires pertinentes.

### 3. Observations finales de la Rapporteuse spéciale

165. Compte tenu des observations formulées lors du débat en plénière au sujet de la méthodologie et de la structure du rapport et des projets de principes, la Rapporteuse spéciale a estimé utile de préciser que le schéma général du sujet consisterait en plusieurs projets de principes regroupés en fonction de leur objet fonctionnel, afin de refléter autant que possible les trois phases temporelles. Il a été réaffirmé que les projets de principes proposés dans le deuxième rapport concernaient la deuxième phase temporelle (c'est-à-dire pendant le conflit armé), qui constituait l'axe de ce rapport. C'était par conséquent dans ce contexte qu'il fallait considérer la place et la numérotation des projets de principes, qui avaient donc un caractère provisoire; les projets de principes relatifs aux phases I et III seraient ajoutés dans un futur rapport. La Rapporteuse spéciale a reconnu la nécessité d'élaborer un préambule en bonne et due forme pour le sujet, ce qui pourrait être fait à un stade ultérieur des travaux. La Rapporteuse spéciale a en outre souligné que la question de savoir quelles autres règles pouvaient s'appliquer durant un conflit armé, notamment les règles et principes du droit international de l'environnement, était au cœur du sujet et qu'elle approuvait donc pleinement les observations qui avaient été faites quant à la nécessité de traiter ces questions. Toutefois, compte tenu de l'accent mis dans le deuxième rapport sur la détermination des règles et principes du droit des conflits armés se rapportant à la protection de l'environnement, il n'était pas possible d'ajouter à cette étude d'autres domaines du droit. Il serait procédé ultérieurement à un tel examen.

166. En réponse aux questions qui avaient été soulevées concernant l'emploi des deux termes « environnement » et « environnement naturel » dans les projets de principes, la Rapporteuse spéciale a expliqué que cela avait trait à la délimitation du sujet, qui avait un caractère général et visait l'« environnement ». C'était en conséquence ce qui devait être reflété dans la disposition relative au champ d'application et à l'objet. En revanche, les projets de principes relatifs à la phase II correspondaient à des dispositions du droit des conflits armés qui visaient une notion plus étroite, celle de l'« environnement naturel ». Afin de ne pas paraître élargir la portée du droit des conflits armés, le terme « environnement naturel » avait été maintenu pour ce contexte particulier. L'emploi des deux termes visait à rendre compte de cette distinction.

167. La Rapporteuse spéciale a constaté que le projet de principe 1 avait suscité d'amples débats. Elle a précisé que la formule « l'environnement [...] est de caractère civil » se fondait sur le principe de distinction, dans le droit des conflits armés, entre biens de caractère civil et objectifs militaires, ce qui signifiait que l'environnement relevait de l'une ou l'autre de ces deux catégories aux fins de l'application du droit des conflits armés. C'était ce dont elle avait voulu rendre compte par cette formulation. Elle s'était abstenue de qualifier l'environnement de « bien » de caractère civil, car cela risquait d'être source de confusion, tout en étant d'avis que des parties de l'environnement pouvaient constituer un bien de caractère civil. Elle admettait néanmoins qu'il serait inapproprié de qualifier d'« objet » l'environnement dans son

---

ensemble. Puisque la proposition avait suscité quelque confusion, la Rapporteuse spéciale jugeait préférable d'éviter de la reprendre dans le projet de principe.

168. Concernant le terme « dommages collatéraux », la Rapporteuse spéciale a constaté qu'il était devenu presque synonyme de dommage causé à des civils et à des biens civils qui était susceptible de résulter d'une attaque légitime et était directement lié au principe de proportionnalité. Compte tenu des observations formulées au cours du débat, la Rapporteuse spéciale a proposé qu'il soit supprimé des projets de principes.

169. S'agissant des vues exprimées par certains membres qui considéraient que l'interdiction des représailles ne constituait pas une règle de droit international coutumier, la Rapporteuse spéciale a souligné que le but du sujet était non pas d'établir des règles coutumières mais de fixer une norme. De plus, compte tenu du grand nombre d'États parties au Protocole I, il serait regrettable que la Commission ne soit pas en mesure de reconnaître cette importante interdiction ou qu'elle la minimise.

170. Enfin, la Rapporteuse spéciale a estimé qu'il ne serait pas opportun que la Commission tente de s'attaquer à la question des seuils au regard de certains termes employés dans le droit des conflits armés, en particulier des articles 35 et 55 du Protocole I, comme certains membres l'avaient suggéré.

## Chapitre X

### Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

#### A. Introduction

171. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État » et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet<sup>382</sup>. À la même session, elle a prié le secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session<sup>383</sup>.

172. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)<sup>384</sup>. Elle n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)<sup>385</sup>.

173. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a nommé M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission. Elle a reçu et examiné le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale à la même session (2012), le deuxième rapport de la Rapporteuse spéciale à la soixante-cinquième session (2013) et son troisième rapport à la soixante-sixième session (2014)<sup>386</sup>. Sur la base des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale dans les deuxième et troisième rapports, la Commission a adopté provisoirement cinq projets d'article et les commentaires y relatifs, le projet d'article 2 relatif aux définitions étant encore en cours d'élaboration<sup>387</sup>.

<sup>382</sup> À sa 2940<sup>e</sup> séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 376). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. La Commission avait décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme à sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A de son rapport (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

<sup>383</sup> *Ibid.*, soixante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 386. Pour l'étude du secrétariat, voir *A/CN.4/596* et *Corr.1*.

<sup>384</sup> *A/CN.4/601* (rapport préliminaire); *A/CN.4/631* (deuxième rapport); et *A/CN.4/646* (troisième rapport).

<sup>385</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 207; et *ibid.*, soixante-cinquième session, *Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 343.

<sup>386</sup> *A/CN.4/654* (rapport préliminaire); *A/CN.4/661* (deuxième rapport) et *A/CN.4/673* et *Corr.1* (troisième rapport).

<sup>387</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 48 et 49. À sa 3174<sup>e</sup> séance, le 7 juin 2013, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 1<sup>er</sup>, 3 et 4 et de sa 3193<sup>e</sup> séance à sa 3196<sup>e</sup> séance, tenues les 6 et 7 août 2013, elle a adopté les commentaires y relatifs. *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 48 et 49. À sa 3231<sup>e</sup> séance, le 25 juillet 2014, la Commission a entendu le rapport du Comité de rédaction et a adopté à titre provisoire les projets d'articles 2 e) et 5, et de sa 3240<sup>e</sup> séance à sa 3242<sup>e</sup> séance, tenues les 6 et 7 août 2014, elle a adopté les commentaires y relatifs.

## B. Examen du sujet à la présente session

174. La Commission était saisie du quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/686). Elle a examiné ce rapport de sa 3271<sup>e</sup> séance à sa 3278<sup>e</sup> séance, tenues le 16 juillet et du 21 au 24 juillet 2015.

175. À sa 3278<sup>e</sup> séance, le 24 juillet 2015, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 2 f) et le projet d'article 6<sup>388</sup> proposés par la Rapporteuse spéciale.

176. À sa 3284<sup>e</sup> séance, le 4 août 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté<sup>389</sup> le rapport du Comité sur le sujet « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », contenant les projets d'articles 2 f) et 6 provisoirement adoptés par le Comité à la soixante-septième session (A/CN.4/L.865)<sup>390</sup>, qui peut être consulté sur le site Web de la Commission. La Commission a pris note des projets d'article présentés par le Comité de rédaction. Il est prévu que les commentaires se rapportant à ces projets d'article seront examinés à la session suivante.

### 1. Présentation par la Rapporteuse spéciale du quatrième rapport

177. Le quatrième rapport constituait la suite de l'analyse, entreprise dans le troisième rapport (A/CN.4/646), des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*. La portée subjective de cette immunité (détermination des personnes

<sup>388</sup> Le texte proposé par la Rapporteuse spéciale dans son quatrième rapport, tel que corrigé, se lisait comme suit :

**« Projet d'article 2**

**Définitions**

Aux fins du présent projet d'articles :

...

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend d'un acte accompli par un agent de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et qui, de par sa nature, constitue un crime au regard duquel l'État compétent peut exercer sa compétence pénale.

**« Projet d'article 6**

**Portée de l'immunité *ratione materiae***

1. Les agents de l'État agissant en leur qualité officielle bénéficient de l'immunité *ratione materiae* pendant qu'ils sont en fonctions et postérieurement.
2. L'immunité *ratione materiae* s'étend uniquement aux actes accomplis à titre officiel par les agents de l'État au cours de l'exercice de leurs fonctions.
3. Les anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères bénéficient de l'immunité *ratione materiae* aux conditions énoncées aux alinéas 1 et 2 du présent article. »

<sup>389</sup> La déclaration du Président du Comité de rédaction peut être consultée sur le site Web de la Commission à l'adresse suivante : <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>390</sup> Le texte provisoirement adopté par le Comité de rédaction se lisait comme suit :

**« Projet d'article 2**

**Définitions**

Aux fins du présent projet d'articles :

...

f) « Acte accompli à titre officiel » s'entend de tout acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de l'autorité étatique.

**Projet d'article 6**

**Portée de l'immunité *ratione materiae***

1. Les représentants de l'État bénéficient de l'immunité *ratione materiae* uniquement en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel.
2. L'immunité *ratione materiae* en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel subsiste après que les individus concernés ont cessé d'être des représentants de l'État.
3. Les individus ayant bénéficié de l'immunité *ratione personae* conformément au projet d'article 4, dont le mandat a pris fin, continuent de bénéficier de l'immunité en ce qui concerne les actes accomplis à titre officiel au cours dudit mandat. »

bénéficiaires de cette immunité) ayant été traitée dans le troisième rapport, le quatrième rapport était consacré à l'examen de sa portée matérielle (un « acte accompli à titre officiel ») et à sa portée temporelle. Comme suite à cette analyse, le rapport contenait aussi un projet d'article 2 f), définissant, aux fins générales de l'immunité, un « acte accompli à titre officiel », et un projet d'article 6 relatif à la portée matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae*, visant expressément l'application de l'immunité *ratione materiae* aux anciens chefs d'État, anciens chefs de gouvernement et anciens ministres des affaires étrangères.

178. En présentant le rapport, la Rapporteuse spéciale a fait observer qu'il convenait de le rapprocher des rapports précédents avec lesquels il constituait un tout. Comme cela avait été le cas pour l'examen de l'immunité *ratione personae*, le présent rapport ne traitait pas directement la question des limites et exceptions à l'immunité, que la Rapporteuse spéciale traiterait dans son cinquième rapport en 2016. La Rapporteuse spéciale a signalé certains problèmes de traduction du rapport dans les diverses versions linguistiques à partir de l'original espagnol, en indiquant qu'elle avait fait distribuer aux membres de la Commission un rectificatif concernant les modifications à apporter. Elle a prié le secrétariat d'élaborer un rectificatif qui serait distribué comme document officiel de la présente session.

179. Dans son quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale, en traitant des critères normatifs de l'immunité *ratione materiae*, mettait tout d'abord en évidence les éléments caractéristiques de ce type d'immunité, à savoir qu'elle était reconnue à tous les représentants de l'État, qu'elle ne s'appliquait qu'aux « actes accomplis à titre officiel » et qu'elle n'était soumise à aucune limite temporelle. S'agissant de ces critères normatifs, la portée subjective ayant été traitée dans le troisième rapport, le quatrième rapport était axé sur la portée matérielle et temporelle, comme indiqué précédemment.

180. La notion « d'acte accompli à titre officiel » donnait d'abord lieu à quelques considérations générales qui faisaient ressortir l'importance qu'elle revêtait dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*. Cette importance résultait du caractère fonctionnel de ce type d'immunité. Le rapport traitait ensuite de la distinction entre « actes accomplis à titre officiel » et « actes accomplis à titre privé », dont l'étude faisait ressortir, entre autres choses, qu'elle n'était pas l'équivalent de la distinction entre acte *iure imperii* et acte *iure gestionis*, ni de la distinction entre actes licites et actes illicites.

181. Le rapport s'attachait ensuite à établir des critères permettant de déterminer ce qui constituait un « acte accompli à titre officiel », ce qui supposait qu'il soit procédé successivement à une analyse de la jurisprudence (internationale et nationale), de la pratique conventionnelle et des travaux antérieurs de la Commission. L'analyse de la jurisprudence internationale mettait l'accent sur l'importance que revêtaient plusieurs décisions rendues par la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. L'étude de la jurisprudence interne était fondée sur un grand nombre de décisions rendues par des juridictions nationales à propos de différents aspects de l'immunité *ratione materiae*, et prenait en considération des affaires tant pénales que civiles, étant donné que les formes de comportement susceptibles d'être qualifiées d'« actes accomplis à titre officiel » se manifestaient dans les deux types de procédure et qu'il était possible d'en déduire des éléments communs à ces actes. L'analyse de la pratique conventionnelle portait sur plusieurs conventions des Nations Unies mentionnant directement ou indirectement les immunités, et sur des instruments internationaux de droit pénal (de caractère universel ou régional) visant le caractère officiel d'actes qualifiés de comportements interdits par le droit pénal international. S'agissant de l'analyse des travaux antérieurs de la Commission du droit international, l'accent était mis sur les

articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, les Principes de Nuremberg, le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1954, sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996 et les articles de 2011 sur la responsabilité des organisations internationales.

182. Au terme de cette analyse, la Rapporteuse spéciale s'employait à dégager les caractéristiques d'un « acte accompli à titre officiel » aux fins de l'immunité de juridiction pénale étrangère, à savoir la nature pénale de l'acte, l'attribution à l'État de cet acte et l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique au moment où l'acte était accompli. La référence à la nature pénale de l'acte permettait de mettre en évidence le lien entre la juridiction pénale et les situations dans lesquelles l'immunité *ratione materiae* pouvait être invoquée. Cela conduisait à un modèle de relation entre responsabilité individuelle et la responsabilité de l'État que la Rapporteuse spéciale désignait par la formule « un acte, deux responsabilités », et dont plusieurs scénarios étaient exposés dans le rapport. L'examen de la question de l'attribution de l'acte à l'État était indispensable puisque l'immunité *ratione materiae* n'était justifiée que s'il existait un lien entre l'État et l'acte accompli par son représentant. À cet égard, la conclusion selon laquelle certains critères d'attribution figurant dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne présentaient pas d'utilité aux fins de l'immunité était particulièrement intéressante. Enfin, un troisième élément de nature téléologique caractérisait les « actes accomplis à titre officiel », à savoir le fait que ces actes constituaient une manifestation de la souveraineté et une forme d'exercice de prérogatives de puissance publique. Des exemples étaient donnés dans le rapport. Cette section s'achevait par un examen de la relation entre crimes internationaux et actes accomplis à titre officiel. La notion « d'acte accompli à titre officiel » faisait l'objet d'une définition, en conclusion de la section B du rapport.

183. La section C du rapport présentait une brève analyse de la portée temporelle reflétant le consensus existant sur la durée indéfinie de l'immunité *ratione materiae* et l'intérêt de la distinction à opérer entre le moment où l'acte était accompli et celui où l'immunité était invoquée. La section D du rapport était axée sur la portée de l'immunité *ratione materiae* et se terminait par le projet d'article 6 que proposait la Rapporteuse spéciale sur cette question. En conclusion du quatrième rapport, la Rapporteuse spéciale abordait la question du futur programme de travail sur ce sujet et annonçait un cinquième rapport consacré aux limites et exceptions à l'immunité.

184. La Rapporteuse spéciale a indiqué que le rapport suivait le même modèle que le troisième rapport quant à l'approche méthodologique, consistant à se fonder, pour l'analyse des questions, sur la jurisprudence (internationale et nationale) et la pratique conventionnelle, ainsi que sur les travaux antérieurs de la Commission. Il était aussi fait référence aux observations reçues de gouvernements en 2014 et 2015, lesquelles avaient été dûment prises en considération lorsqu'elles avaient été communiquées, ainsi qu'aux observations ressortant des interventions orales faites par les délégations à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La Rapporteuse spéciale a aussi appelé l'attention des membres de la Commission sur les observations des Pays-Bas et de la Pologne, qui avaient été reçues après l'achèvement du quatrième rapport.

185. Ce rapport s'articulait autour de l'analyse de la notion « d'acte accompli à titre officiel ». La Rapporteuse spéciale a expliqué la brièveté de l'analyse de l'élément temporel par le fait que cette question ne suscitait pour l'essentiel aucune controverse; il existait un large consensus dans la pratique et la doctrine sur le caractère « indéfini » ou « permanent » de l'immunité *ratione materiae*. Elle a néanmoins souligné qu'il fallait analyser quelle était la nature de cet élément (limite ou condition), ainsi que les dates critiques à prendre en considération aux fins de déterminer s'il était satisfait au critère temporel; s'agissait-il de la date à laquelle

l'acte était commis ou de celle où l'immunité était invoquée? La Rapporteuse spéciale a aussi appelé l'attention sur le projet d'article proposé.

186. La Rapporteuse spéciale a souligné que l'analyse de la portée matérielle de l'immunité *ratione materiae* était au cœur du rapport. Celui-ci consistait donc en une étude de « l'acte accompli à titre officiel », qui passait par l'examen de la distinction entre « actes accomplis à titre officiel » et « actes accomplis à titre privé », présentait les critères d'identification d'un « acte accompli à titre officiel » et les caractéristiques de celui-ci, et se concluait par un projet d'article portant sur la définition de cette catégorie d'actes. Le paragraphe 2 du projet d'article 6 disposait quant à lui que seuls les actes accomplis à titre officiel par les représentants de l'État étaient couverts par l'immunité *ratione materiae*.

187. La notion d'« acte accompli à titre officiel », qui était essentielle pour le sujet dans son ensemble, revêtait un intérêt particulier pour l'immunité *ratione materiae*; seuls les actes accomplis par les représentants de l'État en leur qualité officielle étaient couverts par l'immunité de juridiction pénale étrangère. Plusieurs formules servaient à désigner cette notion mais, en l'occurrence, l'expression « acte accompli à titre officiel », qui suivait la terminologie employée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, permettait d'assurer la continuité de l'emploi des termes au sein de la Commission.

188. La Rapporteuse spéciale a fait observer que l'expression n'avait pas été définie dans le droit international contemporain et était souvent interprétée par opposition à un « acte accompli à titre privé », catégorie elle-même non définie. En se fondant sur une analyse de la pratique pertinente, la Rapporteuse spéciale proposait néanmoins d'en dégager certains critères permettant d'identifier les actes accomplis à titre officiel. En particulier, il ressortait de l'observation ce qui suit : a) les actes étaient, entre autres, liés à un nombre limité d'infractions, dont les crimes de droit international, des violations systématiques et graves des droits de l'homme, certains actes commis par les membres des forces armées et de la police et des actes liés à la corruption; b) divers traités multilatéraux reliaient la commission de certains actes à la qualité officielle des auteurs de tels actes; c) un acte considéré comme ayant été accompli à titre officiel lorsqu'il avait été commis par un représentant de l'État agissant au nom de l'État, exerçant des prérogatives de puissance publique ou accomplissant des actes de souveraineté; d) l'immunité était généralement refusée par les juridictions nationales dans des affaires liées à la corruption, au motif que des représentants de l'État ne pouvaient bénéficier de l'immunité pour des activités étroitement liées à des intérêts privés et ayant pour objectif l'enrichissement personnel de l'intéressé et non le bénéfice du souverain; e) il n'était pas facile de déterminer ce que l'on entendait par « exercice des prérogatives de puissance publique » ou « actes souverains ». Néanmoins, les tribunaux avaient considéré comme relevant de cette catégorie des activités comme les activités de maintien de l'ordre des forces de sécurité et des forces armées, les affaires étrangères, les actes législatifs, l'administration de la justice et les actes administratifs de différents contenus; f) la notion d'acte accompli à titre officiel ne correspondait pas automatiquement à celle d'acte *jure imperii*. Bien au contraire, un « acte accompli à titre officiel » pouvait excéder les limites d'un acte *jure imperii*, et pouvait aussi s'entendre de certains actes *jure gestionis* accomplis par des représentants de l'État dans le cadre de leurs responsabilités et dans l'exercice de fonctions étatiques; g) cette notion n'avait aucun lien avec la licéité ou l'illicéité de l'acte considéré h) aux fins de l'immunité, la détermination d'un tel acte était toujours effectuée au cas par cas.

189. Compte tenu des critères ci-dessus énoncés, la Rapporteuse spéciale a mis en évidence les caractéristiques suivantes d'un acte accompli à titre officiel : a) il

s'agissait d'un acte de nature pénale; b) l'acte était accompli au nom de l'État; et c) il supposait l'exercice de la souveraineté et de prérogatives de puissance publique.

190. Le caractère pénal de l'acte accompli à titre officiel avait des conséquences au regard de l'immunité puisqu'il était susceptible de donner lieu à deux formes différentes de responsabilité, l'une, pénale, attribuable à l'auteur, et l'autre, civile, imputable à l'auteur ou à l'État. La Rapporteuse spéciale a particulièrement insisté sur le fait que le modèle « un acte, deux responsabilités » pouvait conduire à plusieurs scénarios relatifs à l'immunité, dont les suivants : a) responsabilité exclusive de l'État lorsque l'acte ne pouvait être attribué à la personne qui l'avait commis; b) responsabilité de l'État et responsabilité pénale individuelle de la personne, lorsque l'acte était attribuable à l'un et à l'autre; c) responsabilité exclusive de la personne lorsque l'acte était seulement attribuable à celle-ci, bien qu'elle ait agi en qualité de représentant de l'État. La Rapporteuse spéciale a aussi indiqué que, sur la base des trois scénarios possibles, l'immunité pouvait être invoquée sur le fondement de : a) l'immunité de l'État, dans le cas où l'acte ne pouvait être attribué qu'à l'État et l'État seul pouvait être tenu responsable; b) l'immunité de l'État et l'immunité *ratione materiae* du représentant de l'État, lorsque l'acte était attribuable à la fois à l'État et à la personne.

191. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, l'immunité *ratione materiae* de juridiction pénale étrangère dont bénéficiaient les représentants de l'État était autonome et distincte de l'immunité de l'État au sens strict. Cette distinction produisait un effet maximum dans le cas de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État puisque le fondement de la responsabilité était différent, étant de caractère civil pour l'État et de caractère pénal pour son représentant. De plus, la nature de la juridiction à l'égard de laquelle l'immunité était invoquée était différente. La Rapporteuse spéciale a fait observer que cette distinction n'était pas toujours opérée de manière suffisamment nette dans la doctrine et la pratique, en grande partie parce que l'accent était généralement mis sur le fait que c'était l'État (et ses droits et intérêts) qui bénéficiait de la protection résultant de l'immunité. Elle a expliqué que l'immunité *ratione materiae* était reconnue dans l'intérêt de l'État, dont il fallait protéger la souveraineté, mais que c'était le représentant qui en bénéficiait directement lorsque son acte était la manifestation de cette souveraineté. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, pour que l'application de l'immunité *ratione materiae* soit justifiée, il devait exister un lien entre l'État et l'acte accompli par son représentant. Ce lien supposait la possibilité d'attribuer l'acte à l'État. La Rapporteuse spéciale a néanmoins estimé que tous les critères d'attribution énoncés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'étaient peut-être pas utiles aux fins de l'immunité, les critères énoncés aux articles 7, 8, 9, 10 et 11 étant particulièrement inappropriés à cet égard.

192. La Rapporteuse spéciale a indiqué que, bien qu'il ne soit pas facile de déterminer l'existence d'un lien entre l'acte et le souverain, il ressortait de la jurisprudence que certaines activités qui, par nature, étaient considérées comme exprimant la souveraineté de l'État ou étant inhérentes à celle-ci (police, administration de la justice, activités des forces armées, ou affaires étrangères), ainsi que des activités menées dans l'exercice des fonctions en application de politiques et décisions de l'État impliquant l'exercice de la souveraineté, étaient censées satisfaire au critère de l'existence d'un lien. La Rapporteuse spéciale soutenait une stricte interprétation de la notion d'« acte accompli à titre officiel » qui conférerait à l'immunité son juste rôle, à savoir protéger la souveraineté de l'État. Elle estimait que la qualification de crimes internationaux d'actes accomplis par des représentants de l'État à titre officiel ne devait pas se traduire par la reconnaissance automatique et mécanique de l'immunité de juridiction pénale étrangère à l'égard de cette catégorie d'actes. Cette question ferait l'objet d'une étude approfondie dans le cinquième rapport.

## 2. Résumé du débat

### a) Observations générales

193. Les membres ont dans l'ensemble accueilli le quatrième rapport de la Rapporteuse spéciale avec satisfaction, soulignant l'abondance des exemples bien documentés et systématiques de pratique conventionnelle et l'analyse de la jurisprudence internationale et nationale que la Rapporteuse spéciale avait réunis tout en établissant un lien clair entre cette analyse et les projets d'article proposés. Ce rapport brossait ainsi un tableau complet des différentes considérations pertinentes pour déterminer la portée matérielle et temporelle de l'immunité *ratione materiae*, contribuant ce faisant à mieux expliquer un élément essentiel du sujet. Pour la majorité des membres, il s'agissait d'un sujet juridiquement complexe et qui soulevait des questions politiquement délicates et importantes pour les États.

194. On a dit que la pratique des États n'était pas uniforme et, plus important encore, que la direction que prenait cette pratique changeait constamment, si bien qu'il n'était pas facile de déterminer les règles claires et non ambiguës qui étaient applicables. La Commission devait faire face non seulement à des questions théoriques et doctrinales en relation avec d'autres branches du droit international, mais aussi, du point de vue de la codification et du développement progressif, à des choix difficiles qui contribueraient à faire progresser le droit international. On a aussi dit qu'il fallait parvenir à un équilibre entre la lutte contre l'impunité et la préservation de la stabilité des relations interétatiques. Dans de telles circonstances, la transparence et un débat éclairé sur les choix qui pourraient être faits et la direction que devaient prendre les travaux étaient essentiels.

195. Certains membres ont noté que le rapport offrait la possibilité d'une approche théorique du sujet partant de l'hypothèse qu'il existait des limitations ou exceptions à la portée de l'immunité *ratione materiae*, par opposition à celle consistant à considérer tous les actes, y compris les crimes internationaux, comme des actes accomplis à titre officiel. D'autres membres ont estimé qu'une possibilité de développement progressif s'offrait ainsi à la Commission, étant donné la faveur dont jouissait actuellement l'immunité restreinte dans la pratique des États concernant leurs immunités juridictionnelles.

196. Dans l'ensemble, les membres se sont déclarés favorables au renvoi au Comité de rédaction des projets d'article proposés par la Rapporteuse spéciale. Certains ont fait des commentaires et des observations, notamment sur l'analyse et les conclusions figurant dans le rapport.

197. Des membres ont souligné que la distinction entre l'immunité *ratione personae*, fondée sur la qualité, et l'immunité *ratione materiae*, fondée sur le comportement, demeurait pertinente. Pour certains, ces deux immunités comportaient des éléments fondamentaux communs et, plus important, leur fondement juridique était le même, à savoir le principe de l'égalité souveraine des États. Dans le même temps, il fallait être prudent et ne pas surestimer le principe de l'égalité souveraine des États s'agissant d'expliquer les questions complexes que soulevait le sujet et que ce principe n'expliquait pas – par exemple, celle de l'immunité juridictionnelle restreinte qui autorisait un État à exercer sa compétence sur des activités commerciales et autres activités non publiques d'un autre État. Selon ce point de vue, les critères appropriés pour reconnaître à un représentant l'immunité pour un acte accompli à titre officiel devaient être l'intérêt que représentait l'acte en question pour l'État et la nécessité de garantir l'exercice efficace des fonctions du représentant. Si certains membres ont reconnu qu'il existait des différences entre les diverses règles et régimes régissant le système juridique international, une mise en garde a été émise quant au fait que la Commission risquait de créer un régime incompatible avec celui institué par le Statut

de Rome de la Cour pénale internationale, à l'élaboration duquel elle avait elle-même contribué. On a d'autre part rappelé qu'à la différence du sujet à l'examen, qui reposait sur une « relation horizontale » entre les États, la compétence pénale internationale établissait entre ceux-ci une « relation verticale ». Cette considération fondamentale renvoyait à différents facteurs appelant un examen critique.

198. On a dit par exemple, s'agissant de déterminer la portée de l'immunité *ratione materiae*, que certains actes pouvaient aller au-delà du bénéfice de l'immunité *ratione materiae*. Tel était le cas des actes impliquant des allégations de crimes internationaux graves, des actes *ultra vires*, des *acta jure gestionis*, ou des actes accomplis à titre officiel mais exclusivement pour en tirer un avantage personnel ainsi que des actes accomplis sur le territoire de l'État du for sans son consentement.

199. Selon certains membres de la Commission, il existait deux possibilités s'agissant de ces actes : soit adopter une approche inclusive et affirmer qu'un acte constituant un crime était un acte accompli à titre officiel, et devoir alors répondre à la question de savoir si ces actes étaient officiels, privés ou les deux, ou envisager ces questions comme des limitations ou exceptions. Certains membres ont fait valoir que, comme il était difficile de qualifier les crimes internationaux graves, les actes *ultra vires* et les *acta jure gestionis* d'actes accomplis à titre privé, il était préférable de les envisager dans le cadre des limitations ou exceptions plutôt que dans celui d'une définition des actes accomplis à titre officiel. Cette approche semblait présenter l'avantage d'avoir déjà été suivie par la pratique en ce qui concerne les immunités juridictionnelles des États. Certains membres ont fait observer qu'elle permettrait aussi de trouver des solutions associant l'acceptation des limitations et exceptions à des garanties procédurales et droits de la défense appropriés.

## b) Méthodologie

200. L'approche méthodique adoptée par la Rapporteuse spéciale dans l'analyse systématique de la pratique pour déterminer la portée de l'immunité *ratione materiae* a d'une manière générale fait l'objet d'éloges pour l'abondance du matériel examiné et la pertinence de l'analyse effectuée. Certains membres ont toutefois relevé que parfois le rapport ne faisait que citer des affaires sans les analyser dans leur contexte. De plus, la Rapporteuse spéciale procédait dans certains cas par affirmations catégoriques excessives ou injustifiées tandis que, dans d'autres parties de son rapport, le lien entre les matériels visés et les formulations proposées n'était pas toujours clair.

201. Certains membres ont aussi noté qu'était surtout invoquée la jurisprudence de certains pays ou certaines régions, de même que la jurisprudence relative à l'exercice de la juridiction civile, alors que le sujet était celui de l'immunité de la juridiction pénale. La Rapporteuse spéciale a été invitée à élargir le champ de ses recherches afin de tenir compte de la jurisprudence de toutes les traditions juridiques et des diverses régions du monde. On a fait observer qu'il fallait être prudent lorsqu'on invoquait la jurisprudence, car s'il était concevable qu'il n'y avait pas de différence notable entre la juridiction civile et la juridiction pénale s'agissant de déterminer ce qui constituait un acte accompli à titre officiel, dans certaines situations il pouvait être essentiel d'analyser le contexte dans lequel l'immunité avait été accordée ou refusée; l'immunité pouvait être différente selon que l'instance était engagée contre un souverain étranger, contre un particulier dans un contexte civil ou contre un particulier dans un contexte pénal.

202. Certains membres ont aussi contesté l'affirmation figurant dans le rapport selon laquelle le droit interne n'était pas pertinent pour déterminer les actes accomplis à titre officiel, soulignant que ce droit constituait une pratique aux fins de la détermination du droit international coutumier, et que la Rapporteuse spéciale avait, de fait, évoqué dans son analyse la jurisprudence interprétant et appliquant le droit interne. On a

également dit qu'il fallait mettre davantage l'accent sur l'analyse de la pratique législative et exécutive des États, et accorder plus d'importance à l'analyse de la jurisprudence internationale, et notamment tenir compte de toutes les implications des arrêts rendus par les juridictions internationales dans des affaires comme celle du *Mandat d'arrêt*<sup>391</sup> et celle relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*<sup>392</sup>, dont on a dit qu'ils avaient traité certaines des questions se posant avec quelque cohérence.

**c) Projet d'article 2 f) : Définition de l'expression « acte accompli à titre officiel »**

203. Le projet d'article 2 f) est une définition dont le libellé est bref, mais il a suscité des observations eu égard à l'analyse approfondie présentée par la Rapporteuse spéciale dans son rapport pour le justifier.

**i) « Acte accompli à titre officiel » par opposition à « acte accompli à titre privé »**

204. On a souligné que la doctrine de l'« acte de gouvernement » (« *act of state* ») était une notion juridique totalement différente de l'immunité *ratione materiae*. D'une manière générale, l'idée qu'un « acte accompli à titre officiel » se définissait et s'évaluait par opposition à un « acte accompli à titre privé » a été largement acceptée. Il a également été convenu que les actes accomplis à titre privé n'étaient pas nécessairement identiques aux *acta jure gestionis*, pas plus que les actes accomplis à titre officiel ne coïncidaient avec les *acta jure imperii*. De plus, la distinction entre un « acte accompli à titre officiel » et un « acte accompli à titre privé » était sans lien aucun avec la distinction entre acte licite et illicite. On a toutefois fait observer que ces oppositions n'en fournissaient pas moins des éléments utiles susceptibles d'aider à comprendre si un acte était accompli à titre officiel ou à titre privé, ou si un acte était licite ou illicite. Des commentaires mûrement réfléchis rendant compte des diverses nuances pourraient faciliter la compréhension de ce qui constituait un acte accompli à titre officiel.

205. Certains membres n'étaient pas convaincus de la nécessité de définir l'expression « acte officiel » ou « acte accompli à titre officiel » aux fins du présent sujet. On a dit que les notions juridiques tendaient à être indéterminées et ne se prêtaient pas toujours à une définition juridique. Il n'était pas certain qu'il fût utile d'élaborer une définition allant au-delà de la distinction entre actes accomplis à titre officiel et actes accomplis à titre privé. Toute tentative de ce type serait vouée à l'échec. On a estimé que la distinction entre actes accomplis à titre officiel et actes accomplis à titre privé était générale et suffisante pour procéder à une détermination au cas par cas compte tenu des circonstances de l'espèce. Cette opposition binaire était confirmée par la pratique et par la jurisprudence internationale et nationale. Certains membres doutaient de l'utilité de réunir de nombreux exemples de cas dans lesquels des expressions comme « acte officiel » ou « acte accompli à titre officiel » étaient employées, une telle compilation ne pouvant être exhaustive et appelant une analyse plus approfondie pour comprendre le contexte. On a dit que la Rapporteuse spéciale aurait dû analyser plus avant la mesure dans laquelle un État pouvait décider des activités qu'il considérait comme constituant les actes accomplis à titre officiel. D'autres membres ont toutefois maintenu qu'une définition, si elle était

<sup>391</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

<sup>392</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

judicieusement élaborée, pouvait être nécessaire ou utile. On a également proposé que le commentaire cite des exemples d'actes accomplis à titre officiel.

## ii) Nature pénale de l'acte

206. Certains membres ont fait observer que, dans certains traités, la participation d'un représentant de l'État à la commission de l'acte faisait partie de la définition d'une infraction alors que dans d'autres cas, cette participation n'était pas un élément constitutif de l'infraction même si cela n'excluait pas nécessairement qu'un représentant de l'État puisse être impliqué en cette qualité dans la commission de celle-ci. Toutefois, pour ces membres, le caractère prescriptif ou descriptif de la qualification particulière d'une infraction n'était pas nécessairement pertinent s'agissant de savoir si la personne concernée avait agi à titre officiel.

207. Certains membres ont estimé que la question centrale qui déterminait le caractère officiel d'un acte aux fins de l'immunité n'était pas la nature de cet acte mais la qualité en laquelle il avait été accompli.

208. Certains membres ont relevé que, si la nature pénale de l'acte n'avait pas d'incidence sur son caractère officiel, cela ne signifiait pas qu'elle pouvait être considérée comme un élément de la définition de l'acte accompli à titre officiel. Il a aussi été noté que qualifier d'infraction un acte accompli à titre officiel, ce que semblait faire la définition proposée, aboutirait à un résultat surprenant, à savoir que tout acte accompli à titre officiel serait considéré comme une infraction. Ceci revenait à dire que chaque « acte accompli à titre officiel » constituait par définition une infraction et, nécessairement, que les représentants de l'État commettaient toujours des infractions lorsqu'ils agissaient à titre officiel. Un acte était une infraction non de par sa nature, mais parce qu'il était réprimé à tous les niveaux du droit pénal national et international.

209. On a rappelé que tout l'objet du droit international de l'immunité était de permettre aux tribunaux de l'État du for de déterminer, au stade procédural, si tel ou tel acte accompli par le représentant d'un État étranger relevait de sa compétence. Ces questions étaient examinées *in limine litis*. Si la licéité de l'acte devait en tant que telle être un critère pertinent pour déterminer si le tribunal était compétent, le droit de l'immunité *ratione materiae* serait dans cette mesure rendu superflu. Une telle approche aurait également des conséquences sur la présomption d'innocence.

210. Pour certains membres, la référence à la « nature pénale » de l'acte n'avait qu'un caractère descriptif aux fins du projet d'articles. Il ne s'agissait pas de dire que tous les actes officiels étaient « criminels ». Des membres ont fait observer qu'ils ne comprenaient pas la logique selon laquelle l'immunité existait parce que l'acte avait été accompli à titre officiel et non parce qu'il comportait un élément pénal. À cet égard, on a rappelé qu'il avait été proposé par le passé de définir l'expression « comportement délictueux ». On a aussi demandé pourquoi arrêter un représentant de l'État si ce n'était parce qu'il était accusé d'avoir commis une infraction, et on a dit douter qu'à ce stade la présomption d'innocence fût engagée.

211. Pour d'autres membres, par contre, le projet d'article 1, relatif au champ d'application, provisoirement adopté par la Commission en 2013 indiquait déjà que le projet d'articles était axé sur la juridiction pénale.

212. Diverses propositions ont été faites visant à supprimer ou nuancer, dans le texte de la définition proposée, tout ce qui portait à croire qu'un acte accompli à titre officiel était en soi une infraction. On a en particulier proposé de remanier le projet d'article 2 f) pour qu'il n'exige plus que l'acte soit de nature pénale.

213. S'agissant de la proposition selon laquelle un même acte donnait naissance à deux formes de responsabilité, elle était pour certains membres bien établie en droit international. Il était clair que tout acte accompli à titre officiel par un représentant de l'État était attribuable non seulement à celui-ci (aux fins de sa responsabilité pénale individuelle) mais aussi à l'État (aux fins de la responsabilité de l'État). D'autres membres, même s'ils n'étaient pas opposés à cette proposition, considéraient que le lien entre l'idée qu'un même acte donnait naissance à deux formes de responsabilité et la conclusion selon laquelle les actes accomplis à titre officiel devaient être de nature pénale n'était pas totalement apparent. Il semblait exister une confusion entre la question de la juridiction et de l'immunité, deux notions elles-mêmes différentes mais liées, et celle de la responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité pénale de l'individu ou de la responsabilité internationale de l'État.

### iii) Attribution de l'acte à l'État

214. Pour certains membres, il était important que la Rapporteuse spéciale ait traité la question de l'attribution, contribuant ainsi à clarifier certaines questions concernant la portée de l'immunité *ratione materiae*.

215. Pour d'autres membres, la référence faite, dans le contexte de l'immunité *ratione materiae*, aux règles d'attribution régissant la responsabilité de l'État s'inscrivait dans la logique, puisque, selon eux, l'immunité en question était exclusivement celle de l'État. Ils ont donc mis en doute l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle « l'infraction susceptible d'être couverte par l'immunité *ratione materiae* n'[était] pas à strictement parler commise par l'État mais par son représentant », estimant qu'elle créait une confusion et compliquait les choses.

216. On a également rappelé que les règles de l'immunité de l'État étaient de nature procédurale et avaient pour seul objet de déterminer si l'État du for devait ou non exercer sa juridiction à l'égard d'un autre État, et non si le comportement ayant motivé l'exercice de l'action pénale était licite ou illicite.

217. Plusieurs membres n'étaient pas prêts à admettre que l'immunité d'un représentant de l'État de la juridiction pénale d'un autre État fût alignée sur l'immunité de l'État. Selon eux, la distinction était utile et devait être examinée plus avant; comme le montrait l'évolution du droit pénal international, en particulier depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'immunité *ratione materiae* n'était pas nécessairement alignée sur l'immunité de l'État. D'autres membres ont souligné que l'État avait le droit de lever l'immunité de ses représentants, ce qui démontrait l'existence d'un lien entre toutes les formes d'immunité de l'État.

218. Certains membres pensaient également avec la Rapporteuse spéciale que les critères d'attribution énoncés aux articles 4 à 11 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'étaient pas tous pertinents aux fins de l'immunité. Ainsi, le comportement de certaines personnes attribué à l'État dans certaines circonstances en application des articles 7, 8, 9, 10 et 11 des articles susvisés ne relevait pas des actes accomplis à titre officiel aux fins de l'immunité des personnes concernées.

219. Plusieurs membres se sont demandés, eu égard à la rareté de la pratique des États et de la jurisprudence en la matière, sur quelle base la Rapporteuse spéciale affirmait que le terme « représentant de l'État » ne s'entendait pas, aux fins de l'immunité, des personnes généralement considérées comme des représentants de facto. Il fallait, pour certains membres, adopter une approche plus large de manière à ce que soient considérés comme officiels les actes accomplis par une personne agissant sur instructions ou sous le contrôle d'un gouvernement. On a aussi dit que les accords conclus et les principes élaborés récemment en ce qui concerne les entrepreneurs

privés avaient tendance à restreindre l'immunité dont ceux-ci pouvaient bénéficier ou à la leur refuser.

220. Selon une autre opinion, le droit de l'immunité et le droit de la responsabilité de l'État étaient des régimes différents, dont les raisons d'être étaient différentes et qu'il en découlait qu'ils prévoyaient des solutions et des recours différents.

221. En ce qui concerne spécifiquement le projet de définition proposé, certains membres se sont réjouis que la Rapporteuse spéciale n'ait pas fait figurer l'attribution de l'acte à l'État dans le texte, estimant qu'il ne s'agissait pas d'un critère utile pour déterminer ce qui constituait un acte accompli à titre officiel.

#### iv) Souveraineté et exercice de prérogatives de puissance publique

222. Pour certains membres, il importait, comme l'indiquait la Rapporteuse spéciale dans son rapport, de distinguer les actes qui étaient accomplis à titre officiel au sens où ils relevaient de l'exercice d'une fonction publique, ou de la prérogative souveraine de l'État, de ceux qui n'étaient accomplis que pour servir un intérêt privé. Ils ont estimé que les extrapolations des aspects « représentatifs » et « fonctionnels » du fonctionnement de l'État étaient bien reflétées dans les formulations de la Rapporteuse spéciale. On a relevé avec approbation que l'expression « prérogatives de puissance publique » était employée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Pour d'autres membres, cette expression était dans ces articles employée dans un autre contexte. Plusieurs membres ont en outre fait observer qu'il était difficile de définir la souveraineté et l'exercice de prérogatives de puissance publique.

223. Pour certains membres, l'argument selon lequel un crime international était contraire au droit international ne fournissait aucun élément pertinent supplémentaire pour la qualification d'un acte accompli à titre officiel, et pourtant la proposition selon laquelle un acte accompli à titre officiel était de nature pénale portait à croire que la Rapporteuse spéciale avait effectivement pris position sur la question alors que les limitations et exceptions ne seraient examinées que dans son cinquième rapport, en 2016. D'autres membres ont considéré avec la Rapporteuse spéciale qu'étant donné la nature des crimes internationaux et leur gravité, force était d'en tenir compte pour définir la portée de l'immunité de juridiction pénale étrangère.

224. Certains membres estimaient, à la différence de la Rapporteuse spéciale, que la question de la relation entre actes accomplis à titre officiel et crimes internationaux n'était pas réglée. Ils citaient à cet égard l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, dans laquelle ceux-ci disaient douter que « les crimes internationaux graves [puissent] être considérés comme des actes officiels parce qu'ils ne correspond[aient] ni à des fonctions étatiques normales ni à des fonctions qu'un État seul (par opposition à un individu) [pouvait] exercer »<sup>393</sup>. D'autres membres ont fait observer que la Rapporteuse spéciale s'était concentrée sur la question de savoir si les crimes internationaux ne pouvaient jamais être des « actes accomplis à titre officiel » sans examiner celle des limitations ou exceptions. On a dit que les commentaires de cette disposition devraient être élaborés de manière à ne pas préjuger le débat sur les immunités en relation avec les crimes internationaux.

225. Certains membres ont néanmoins affirmé, en invoquant l'affaire du *Mandat d'arrêt*, que l'« exception de crime international » n'était pas applicable à l'immunité *ratione personae*. D'autre part, on a noté que l'arrêt rendu dans cette affaire laissait

<sup>393</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Rapports 2002, p. 2 à 89, par. 85.

ouverte la question des exceptions possibles à l'immunité *ratione materiae* car lorsque la Cour internationale de Justice déclarait qu'elle n'était pas parvenue à déduire de la pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, elle limitait sa conclusion à l'immunité *ratione personae*.

226. Certains membres, contestant qu'une définition fût nécessaire, ont dit douter de l'utilité de la formule « acte accompli par un représentant de l'État dans l'exercice de prérogatives de puissance publique », estimant que le mot « prérogatives » n'était pas clair et que le mot « publique » éludait la question. Une autre solution consistait à utiliser la formule figurant à l'alinéa e) du projet d'article 2 provisoirement adopté par la Commission en 2014, la définition visant alors un « acte accompli par un représentant de l'État lorsqu'il représente l'État ou exerce des fonctions étatiques ». On a rappelé que lorsque la Commission avait adopté cette disposition, elle avait débattu de l'expression « prérogatives de puissance publique » et s'était délibérément abstenue de l'utiliser. Pour d'autres membres, par contre, cette expression était utile dans le cadre du sujet.

227. Certains membres ont relevé que, si la Commission adoptait une définition d'un acte accompli à titre officiel, il serait sans doute approprié de modifier en conséquence le projet d'article 5 tel qu'adopté provisoirement par le Comité de rédaction.

**d) Projet d'article 6 : Portée de l'immunité *ratione materiae***

228. Le projet d'article 6 a été jugé généralement acceptable. On a toutefois proposé de remanier les paragraphes 1 et 2 pour ne pas donner l'impression qu'il ne visait que les représentants élus, ce en utilisant la formule « lorsqu'ils représentent l'État ou exercent des fonctions étatiques, et postérieurement ». La possibilité d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2 a aussi été évoquée, l'idée étant de distinguer clairement l'immunité *ratione materiae* de l'immunité *ratione personae*. On a aussi dit que si le projet de paragraphe 2 était acceptable, son acceptation ne préjugerait pas la question des exceptions possibles.

229. Selon une opinion, le paragraphe 3 était superflu car il traitait d'une question déjà envisagée au paragraphe 3 du projet d'article 4 et dans le commentaire de cette disposition, adoptée provisoirement par la Commission en 2013. Cette question devait être traitée dans le commentaire mais, si l'on décidait de conserver ce paragraphe 3, il fallait supprimer le mot « anciens » puisque l'immunité *ratione materiae* protégeait également les chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères en exercice.

**e) Futur programme de travail**

230. On a dit que les limitations et exceptions à l'immunité étaient un aspect fondamental du sujet. À cet égard, des membres ont souligné qu'il importait d'analyser les commentaires reçus des gouvernements de manière approfondie, non seulement pour en tirer des éléments sur la pratique des États mais aussi pour dégager les nuances dans les positions prises, notamment sur la question de savoir si les États considéraient que le droit international dans ce domaine était généralement fixé. D'autres membres ont regretté que l'analyse des limitations et des exceptions ne soit pas prévue avant 2016, alors même que dans les rapports antérieurs cette question avait été souvent mentionnée sans guère être examinée.

231. Certains membres ont invité la Rapporteuse spéciale à traiter la question des limitations et des exceptions avec les questions de procédure non seulement parce que ces deux aspects du sujet étaient liés mais parce qu'une telle approche pourrait aider la

Commission à répondre à certaines des questions épineuses que soulevait le sujet dans son ensemble. On a même suggéré d'examiner les questions de procédure en premier. Pour d'autres membres, il était prématuré de traiter des limitations et exceptions l'année suivante car il restait encore des questions générales à examiner.

### 3. Conclusions de la Rapporteuse spéciale

232. La Rapporteuse spéciale a traité les questions soulevées pendant le débat qu'elle a réparties en deux groupes : l'un consacré aux questions de méthode posées par différents membres de la Commission et l'autre aux questions relatives à la notion « d'acte accompli à titre officiel ».

233. En ce qui concerne le premier groupe de questions, la Rapporteuse spéciale a remarqué d'une manière générale que certaines des observations faites par les membres de la Commission soulevaient bien plus que de simples questions de méthode. Elle a néanmoins répondu aux observations qui avaient porté sur l'analyse de la jurisprudence et son utilité, l'analyse de la législation nationale et l'examen des déclarations et contributions des États.

234. En ce qui concerne la jurisprudence, la Rapporteuse spéciale a noté avec satisfaction que les membres de la Commission avaient été nombreux à saluer l'analyse de la pratique judiciaire à laquelle elle avait procédé dans le rapport. Pour ce qui est des remarques de certains membres quant à l'utilité de l'analyse de la jurisprudence nationale, elle a rappelé l'importance qu'elle attachait à cette dernière aux fins de l'examen de l'immunité *ratione materiae*, en particulier compte tenu du fait que c'étaient les tribunaux nationaux qui avaient directement à connaître des problèmes liés à l'immunité. Elle a souligné que même si la jurisprudence nationale n'était pas cohérente ni homogène, ce constat était en lui-même utile pour les travaux de la Commission. Elle a également reconnu l'importance de la jurisprudence des tribunaux internationaux, mais a contesté toute idée de hiérarchie entre jurisprudence internationale et jurisprudence nationale. Parallèlement, elle a signalé qu'elle ne partageait pas l'avis selon lequel la jurisprudence internationale était parfaitement cohérente et constante.

235. En ce qui concerne la place accordée à la législation nationale pour définir la notion d'« acte accompli à titre officiel » aux fins du présent projet d'articles, la Rapporteuse spéciale a reconnu que les termes « sans pertinence » employés au paragraphe 32 du rapport n'étaient pas très heureux. Elle a néanmoins précisé que son intention n'était pas de dire que la législation nationale ne présentait aucun intérêt mais de souligner qu'elle devrait être utilisée uniquement comme un moyen complémentaire d'interprétation, en particulier compte tenu des différences notables que pouvaient présenter les législations nationales, ainsi que de la difficulté à déterminer quelles normes nationales étaient pertinentes aux fins de la définition de la notion d'« acte accompli à titre officiel », notion qui, en outre, n'était pas définie dans les lois nationales relatives à l'immunité de l'État.

236. Enfin, la Rapporteuse spéciale a de nouveau souligné l'importance qu'elle accordait aux déclarations et observations émanant des États, qui constituaient de précieuses sources d'information dont elle s'était toujours servie pour établir ses rapports. Elle a noté avec satisfaction que les membres de la Commission jugeaient eux aussi ces contributions utiles, non seulement parce qu'elles donnaient des informations sur la pratique des États mais aussi parce qu'elles permettaient de comprendre comment les États envisageaient les différentes questions juridiques qui faisaient partie du sujet.

237. En réponse aux observations relatives à la définition d'un « acte accompli à titre officiel », la Rapporteuse spéciale a fait plusieurs remarques finales sur l'importance

de l'incorporation de cette définition dans le projet d'articles, les rapports de l'acte en question avec la souveraineté et l'exercice de prérogatives de la puissance publique, la dimension pénale de la notion d'« acte accompli à titre officiel » et la relation entre responsabilité et immunité.

238. Au sujet de l'importance que revêtait le fait de définir la notion d'« acte accompli à titre officiel », la Rapporteuse spéciale a réaffirmé sa conviction selon laquelle une telle définition était nécessaire aux fins du projet d'articles, ce à quoi avaient souscrit un grand nombre de membres de la Commission. Selon elle, cette définition contribuerait à assurer la sécurité juridique, en particulier pour les raisons suivantes : cette notion ne pouvait pas être définie simplement par opposition à un acte accompli à titre privé, dont il n'existait pas non plus de définition; la diversité et le manque d'homogénéité de la jurisprudence ne permettaient pas de considérer qu'il s'agissait d'une notion juridique indéterminée susceptible d'être définie par les tribunaux; cette définition contribuerait en outre à la codification et au développement progressif du droit international et aiderait les praticiens du droit, notamment les tribunaux nationaux. À cet égard, la Rapporteuse spéciale estimait que la Commission n'agirait pas conformément à son mandat si elle recourait à nouveau à la technique de la « déréglementation » (c'est-à-dire, en l'espèce, si elle n'adoptait aucune définition).

239. Sur la question de la souveraineté et de l'exercice de la puissance publique, la Rapporteuse spéciale a souligné que pour pouvoir qualifier « un acte accompli à titre officiel » d'élément matériel, par opposition à subjectif, il fallait qu'un lien particulier existe entre le représentant de l'État et l'État. Même si la « souveraineté » ne se prêtait pas à une définition précise, la pratique offrait des exemples d'« actes inhérents à la souveraineté » ou d'« actes intrinsèquement souverains », notamment les exemples mentionnés aux paragraphes 54 et 58 du rapport. En outre, l'expression « exercice de la puissance publique » avait déjà été employée par la Commission dans ses précédents travaux sur la responsabilité de l'État. La Rapporteuse spéciale a rappelé que la Commission avait réservé cette question en vue d'une analyse ultérieure plus approfondie.

240. En ce qui concerne les rapports entre responsabilité et immunité, la Rapporteuse spéciale a réaffirmé que, bien que ces deux régimes répondent indubitablement à des logiques distinctes, ils présentaient néanmoins des éléments communs qui empêchaient de les dissocier totalement. Le débat sur les crimes internationaux et leur rapport avec l'immunité qui avait eu lieu entre différents membres de la Commission en était une bonne illustration. Par conséquent, la Rapporteuse spéciale estimait qu'il ne fallait pas faire l'économie des questions relatives à la responsabilité aux fins de l'étude du sujet, du moins pour ce qui était de certaines règles régissant l'attribution de l'acte à l'État. Elle ne partageait pas l'avis d'un membre de la Commission selon qui un acte n'était pas officiel parce qu'il avait été commis par un représentant de l'État.

241. En ce qui concerne le projet d'article 6, la Rapporteuse spéciale a insisté sur la combinaison des deux éléments (matériel et temporel), et s'est montrée disposée à envisager la possibilité d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2. Pour ce qui est du paragraphe 3, elle a estimé qu'il fallait le conserver, sans toutefois exclure la possibilité que la Commission décide de le supprimer, auquel cas son contenu et les explications y relatives seraient incorporés dans les commentaires.

242. La Rapporteuse spéciale a répondu à plusieurs questions soulevées par divers membres de la Commission. Enfin, à propos du futur programme de travail, elle a noté le débat intéressant qui s'était déroulé en plénière et qui faisait dans une large mesure écho à un débat qui avait eu lieu dans le cadre de travaux antérieurs de la Commission. Elle a rappelé que la Commission avait approuvé le programme de travail et que de nombreux membres avaient appuyé sa proposition tendant à examiner

la question des limites et exceptions dans le rapport suivant. Cela étant, elle a pris bonne note des propositions faites par divers membres de la Commission visant à ce que soient traités en premier lieu ou conjointement les aspects du sujet relevant de la procédure. À cet effet, elle a indiqué qu'elle étudierait ces aspects dans son rapport suivant autant que nécessaire et possible.

243. En conclusion, la Rapporteuse spéciale a recommandé à la Commission de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci les examinerait en tenant compte des débats de la plénière.

## Chapitre XI

### Application provisoire des traités

#### A. Introduction

244. À sa soixante-quatrième session (2012), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Application provisoire des traités », et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour ce sujet. À la même session, elle a pris note d'un rapport oral présenté par le Rapporteur spécial sur les consultations informelles qui avaient été tenues sur le sujet sous sa direction. L'Assemblée générale a ensuite, dans sa résolution 67/92 du 14 décembre 2012, pris note avec satisfaction de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

245. À sa soixante-cinquième session (2013), la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/664), qui visait à répertorier, en termes généraux, les principales questions juridiques se posant dans le contexte de l'application provisoire des traités en examinant les positions doctrinales sur le sujet et en passant brièvement en revue la pratique des États. Elle était aussi saisie d'une étude du Secrétariat (A/CN.4/658) qui retraçait l'historique des négociations ayant abouti à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (« la Convention de Vienne de 1969 »), et analysait brièvement certaines des questions de fond soulevées au cours des débats au sein de la Commission ainsi qu'à la Conférence de Vienne de 1968-1969.

246. À sa soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/675), qui visait à approfondir la réflexion sur les effets juridiques de l'application provisoire des traités.

#### B. Examen du sujet à la présente session

247. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/687), dans lequel celui-ci poursuivait l'analyse de la pratique des États et examinait la relation entre l'application provisoire et les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, ainsi que la question de l'application provisoire en ce qui concerne les organisations internationales. Le rapport contenait des propositions concernant six projets de directives relatifs à l'application provisoire<sup>394</sup>.

<sup>394</sup> Le texte proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

**Projet de directive 1**

Les États et les organisations internationales pourront appliquer à titre provisoire tout ou partie d'un traité, si le traité en dispose ainsi ou si les États et organisations internationales en question en sont convenus d'une autre manière et à condition que le droit interne des États ou les règles des organisations internationales ne l'interdisent pas.

**Projet de directive 2**

L'accord permettant l'application provisoire de tout ou partie d'un traité pourra découler des termes du traité lui-même ou pourra être établi dans le cadre d'un accord distinct, ou par d'autres moyens, comme par la résolution d'une conférence internationale, ou de toute autre façon dont auront convenu les États ou les organisations internationales.

**Projet de directive 3**

L'application provisoire d'un traité pourra commencer au moment de la signature, de la ratification ou de l'acceptation du traité, ou de l'adhésion à celui-ci, ou à tout autre moment dont auront convenu les États ou les organisations internationales, conformément aux modalités fixées par le traité ou à celles dont auront convenu les États ou les organisations internationales ayant participé à la négociation.

248. La Commission était aussi saisie d'une étude (A/CN.4/676), établie par le Secrétariat, sur l'application provisoire en vertu de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (« la Convention de Vienne de 1986 »).

249. La Commission a examiné le troisième rapport à ses 3269<sup>e</sup> et 3270<sup>e</sup> séances, les 14 et 15 juillet 2015, et de ses 3277<sup>e</sup> à 3279<sup>e</sup> séances, les 23, 24 et 28 juillet 2015.

250. À sa 3279<sup>e</sup> séance, le 28 juillet 2015, la Commission a renvoyé les projets de directive 1 à 6 au Comité de rédaction.

251. À la 3284<sup>e</sup> séance, le 4 août 2015, le Président du Comité de rédaction a présenté un rapport oral intérimaire sur les projets de directive 1 à 3 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la soixante-septième session. Ce rapport a été présenté pour information seulement à ce stade et peut être consulté, de même que les projets de directives, sur le site Web de la Commission<sup>395</sup>.

## 1. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport

252. Lorsqu'il a présenté son troisième rapport, le Rapporteur spécial a rappelé le travail effectué par la Commission lors des sessions précédentes, ainsi que le contenu et l'objet de ses deux premiers rapports. En particulier, il a rappelé qu'à son avis, sous réserve des caractéristiques spécifiques du traité considéré, les droits et obligations de l'État qui avait consenti à appliquer à titre provisoire un traité étaient les mêmes que les droits et obligations qui résulteraient du traité lui-même si celui-ci était entré en vigueur pour cet État, et que la violation par un État d'une obligation découlant de l'application provisoire d'un traité engageait sa responsabilité.

253. Une vingtaine d'États membres avaient communiqué des informations sur leur pratique. Constatant que la pratique des États n'était pas uniforme, le Rapporteur spécial restait d'avis qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une étude comparative des dispositions des différents droits internes. Il a relevé que le nombre de traités qui prévoyaient l'application provisoire des traités et qui avaient été appliqués à titre provisoire était relativement élevé.

254. Le troisième rapport était axé sur deux grandes questions : d'une part, la relation avec les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969, et, de l'autre, la pratique des organisations internationales en ce qui concerne l'application provisoire des traités. S'agissant de la première, son analyse, qui ne se voulait pas exhaustive, se concentrait sur les articles 11 (Modes d'expression du consentement à être lié par un traité), 18 (Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but), 24 (Entrée en vigueur), 26 (*Pacta sunt servanda*) et 27 (Droit interne et respect des traités). Ces dispositions avaient été choisies parce qu'elles se trouvaient en relation naturelle et étroite avec l'application provisoire. En ce qui concerne l'application provisoire des

### Projet de directive 4

L'application provisoire d'un traité produit des effets juridiques.

### Projet de directive 5

Les obligations qui découlent de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité doivent être respectées : i) jusqu'à l'entrée en vigueur du traité; ou ii) jusqu'à ce que l'application provisoire prenne fin conformément aux dispositions, selon le cas, du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

### Projet de directive 6

Le non-respect d'une obligation découlant de l'application provisoire de tout ou partie d'un traité mettra en cause la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale concernée.

<sup>395</sup> Disponible à l'adresse suivante : <http://legal.un.org/ilc>.

traités entre États et avec les organisations internationales ou entre organisations internationales, le Rapporteur spécial a fait observer que l'étude du Secrétariat avait clairement indiqué que les États jugeaient valide la formulation adoptée dans la Convention de Vienne de 1969. Néanmoins, il a réaffirmé qu'à son sens l'analyse de la question de savoir si l'article 25 de la Convention de 1969 reflétait le droit international coutumier serait sans incidence sur l'approche générale du sujet.

255. Le chapitre IV du rapport couvrait plusieurs aspects : 1) l'application provisoire de traités portant création d'organisations internationales ou de régimes internationaux; 2) l'application provisoire de traités négociés au sein des organisations internationales ou des conférences diplomatiques convoquées sous l'égide d'organisations internationales; et 3) l'application provisoire des traités auxquels des organisations internationales sont parties. À propos de la création d'organisations internationales ou de régimes internationaux, le Rapporteur spécial a précisé qu'il se référerait aux organes internationaux créés en vertu d'un traité et qui jouaient un rôle important dans l'application dudit traité, même sans avoir vocation à devenir des organisations internationales à part entière. S'agissant de l'application provisoire de traités négociés au sein des organisations internationales ou de conférences diplomatiques convoquées sous l'égide d'organisations internationales, le Rapporteur spécial a mentionné, en particulier, la création de l'Organisation du Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (OTICE). Bien que ce traité ne soit pas entré en vigueur, l'OTICE fonctionnait depuis près de vingt ans sous une forme transitoire. Le Rapporteur spécial a également indiqué que plus d'une cinquantaine de traités avaient été négociés sous l'égide de la CEDEAO et que bon nombre d'entre eux contenaient des dispositions qui en prévoyaient l'application provisoire. Il a soumis à l'examen de la Commission la possibilité d'étudier la pratique de l'application provisoire des traités dans le cadre des organisations internationales régionales.

256. La tâche qui attendait la Commission consistait selon lui à établir une série de directives à l'usage des États désireux de recourir à l'application provisoire des traités, et à son avis la Commission pourrait en outre envisager, dans le cadre de ces directives, d'élaborer des clauses types pour guider les États dans leurs négociations. Il a noté que les six projets de directive sur l'application provisoire des traités étaient l'aboutissement de l'examen des trois rapports dont chacun devait être lu à la lumière des autres. Le point de départ de leur rédaction était les articles 25 respectifs de la Convention de Vienne de 1969 et de celle de 1986.

## **2. Résumé du débat**

### **a) Observations générales**

257. De l'avis général des membres, le droit interne et la pratique relatifs à la manière dont les États adhéraient aux traités, à titre provisoire ou non, différaient considérablement et leur classification, même si elle était possible, ne serait probablement pas utile aux fins de l'identification des règles pertinentes du droit international. On a aussi fait valoir que la prudence s'imposait en matière de classification des États selon que leur droit interne acceptait ou non, et dans quelle mesure, l'application provisoire des traités. Il a été souligné que dans certains ordres juridiques internes, la possibilité d'appliquer provisoirement des traités faisait toujours l'objet d'un débat.

258. D'autres membres ont estimé que les règles internes ne pouvaient pas être laissées de côté. L'analyse des différences que présentaient les dispositions du droit interne et la pratique des États concernant les processus intervenant avant le consentement à l'application provisoire présentait un intérêt, en ce que cela pourrait permettre de mieux appréhender la manière dont les États percevaient la nature de l'application provisoire en tant que phénomène juridique. Il pourrait, par exemple, être

utile de déterminer si les États, dans leur pratique, tendaient à interpréter l'article 25 d'une manière portant à croire que, en tant qu'élément du droit international, un État ne pouvait y recourir que si son droit interne le prévoyait. Selon un autre point de vue, la Commission devait d'abord prendre position sur l'applicabilité de l'article 46 de la Convention de Vienne (Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités) à l'application provisoire des traités. On a fait observer que l'interaction entre le droit interne et le droit international pouvait prendre deux formes distinctes. En premier lieu, des dispositions de droit interne pouvaient définir la procédure ou les conditions pour l'expression du consentement d'un État à l'application provisoire du traité. En second lieu, les dispositions pertinentes d'un traité prévoyant son application provisoire renvoyaient parfois aussi au droit matériel interne.

259. Certains membres ont noté que, si l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 constituait la base du régime juridique de l'application provisoire des traités, il ne répondait pas à toutes les questions relatives à celle-ci. Il a été proposé que la Commission donne aux États des orientations sur des questions telles que les suivantes : quels États peuvent s'entendre sur l'application provisoire de traités (seulement les États négociateurs ou d'autres États également)? Un accord sur une application provisoire doit-il être juridiquement contraignant? Un tel accord peut-il être tacite ou sous-entendu? Il a également été dit que la Commission devait orienter les États sur la question de savoir quelles autres règles du droit international, par exemple dans le domaine de la responsabilité et de la succession, s'appliquaient aux traités appliqués à titre provisoire.

260. Il a dans l'ensemble été convenu que l'application provisoire des traités avait des effets juridiques et créait des droits et des obligations. Le Rapporteur spécial a néanmoins été prié d'étayer davantage sa conclusion selon laquelle les effets juridiques de l'application provisoire étaient les mêmes que ceux existant après l'entrée en vigueur du traité, et que ces effets ne pouvaient pas être mis en question par la suite à raison du caractère provisoire de l'application du traité. Ce qui n'était pas tout à fait clair était le point de savoir si l'application provisoire produisait exactement les mêmes effets que l'entrée en vigueur du traité. Plusieurs possibilités ont été exposées. Une solution consistait à comparer l'application provisoire au régime de l'extinction des traités énoncé à l'article 70 de la Convention de Vienne de 1969. Une autre possibilité était de se référer aux dispositions de la Convention de 1969 relatives aux conséquences de la nullité du traité (art. 69), selon lesquelles les actes accomplis de bonne foi sont opposables aux parties au traité. Selon un autre point de vue, alors que les effets juridiques de l'application provisoire pouvaient être pratiquement les mêmes que ceux existant après l'entrée en vigueur du traité, l'application provisoire n'était que provisoire, et n'avait d'effets juridiques que pour les seuls États qui avaient convenu d'appliquer provisoirement le traité et que pour les parties du traité ayant fait l'objet d'un tel accord. En outre, il a été proposé que le Rapporteur spécial étudie aussi la question de savoir si les processus d'extinction et de suspension étaient identiques dans les deux régimes.

261. Des membres ont été d'avis, comme le Rapporteur spécial, que les effets juridiques d'un traité appliqué à titre provisoire étaient les mêmes que ceux résultant d'un traité en vigueur. Il a été affirmé qu'un État ne pouvait pas invoquer le caractère provisoire de l'application d'un traité pour arguer qu'il ne pouvait pas reconnaître la validité de certains des effets produits par l'obligation d'appliquer provisoirement ce traité. En conséquence, un traité appliqué à titre provisoire était soumis à la règle *pacta sunt servanda* visée à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969. Sa violation déclenchait dès lors le régime de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, comme dans le cas d'une violation d'un traité en vigueur. Selon un autre point de vue, la distinction entre les traités en vigueur et ceux appliqués

à titre provisoire relevait moins du droit matériel que du droit procédural, le commencement et la cessation de l'application provisoire étant plus simples. Certains membres ont noté que l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 pouvait également s'appliquer aux traités appliqués à titre provisoire.

262. Pour ce qui est de l'exemple, cité dans le rapport, de l'application provisoire de la Convention sur les armes chimiques à la suite d'une déclaration unilatérale de la Syrie, certains membres ont été d'avis qu'il ne concernait pas l'application provisoire *stricto sensu* en vertu de l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969, à moins que le Rapporteur spécial estime que l'accord des parties s'était manifesté par leur inaction ou leur silence face à la déclaration unilatérale de la Syrie. S'il en était ainsi, un examen plus circonstancié de ce qu'il fallait entendre dans l'article 25 par « en étaient ainsi convenus d'une autre manière » s'imposait en vue de déterminer si le silence ou l'inaction pouvait valoir accord d'appliquer provisoirement le traité. Selon un autre point de vue, les parties en question avaient consenti tacitement à l'application provisoire du traité étant donné que la déclaration d'application provisoire par la Syrie avait été notifiée par le dépositaire aux États parties et qu'aucun n'avait formulé d'objection à cette décision.

263. En ce qui concerne les travaux futurs, il a été proposé que le Rapporteur spécial se concentre sur le régime juridique et les modalités de la cessation et de la suspension de l'application provisoire. Par exemple, il serait intéressant de savoir dans quelle mesure on pouvait suspendre l'application provisoire d'un traité ou y mettre fin, par exemple du fait de violations du traité par une autre Partie qui l'appliquait aussi à titre provisoire ou dans des situations où l'entrée en vigueur du traité était incertaine. Il a été dit que la poursuite indéfinie de l'application provisoire pouvait avoir des conséquences indésirables, étant donné, en particulier, qu'elle se prêtait au mode de cessation simplifié envisagé au paragraphe 2 de l'article 25.

264. Il a en outre été proposé que le Rapporteur spécial s'attache à identifier les types de traités et les dispositions des traités qui faisaient souvent l'objet d'une application provisoire et à déterminer s'il existait ou non des catégories de traités contenant des dispositions similaires relatives à l'application provisoire. De même, on a estimé qu'il convenait d'examiner la question de savoir quels étaient les bénéficiaires de l'application provisoire. Il a en outre été proposé que le Rapporteur spécial procède à l'analyse des clauses limitatives servant à moduler les obligations assumées afin d'en assurer la conformité avec le droit interne ou conditionnant l'application provisoire au respect du droit interne.

265. Certains membres ont appuyé l'opinion selon laquelle il convenait de rédiger des clauses types, dans le cadre du projet de directives, car ces clauses pourraient revêtir une importance pratique pour les États et les organisations internationales. D'autres membres ont toutefois déconseillé au Rapporteur spécial d'élaborer des clauses types relatives à l'application provisoire des traités, faisant valoir que cette tâche risquait de se révéler complexe en raison des différences que présentaient les systèmes juridiques nationaux.

#### **b) Relation avec d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969**

266. La manière dont la relation entre l'article 25 et certaines autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 était envisagée dans le rapport a été accueillie favorablement. Il a été indiqué que d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 étaient elles aussi pertinentes. Tel était le cas de l'article 60, par exemple, puisque la violation substantielle d'un traité appliqué à titre provisoire pouvait, selon ce point de vue, conduire à mettre fin à l'application provisoire ou à la suspendre. Selon un autre point de vue, il était douteux que l'article 60 puisse fonctionner de la même manière pour un traité appliqué à titre provisoire. À propos de la relation avec

l'article 26, il a été noté que la règle *pacta sunt servanda* pouvait être utilisée pour expliquer la situation susceptible de résulter d'une terminaison unilatérale de l'application provisoire.

267. Selon un autre point de vue, il n'était pas nécessaire d'élargir l'examen de la relation entre l'article 25 et d'autres règles du droit des traités ni davantage d'étudier la relation avec les articles 19 et 46 de la Convention de Vienne de 1969, car il valait mieux se focaliser sur la détermination des différences entre l'application d'un traité à titre provisoire et l'application d'un traité en vigueur pour un État considéré.

**c) Application provisoire d'un traité avec la participation d'organisations internationales**

268. Certains intervenants ont exprimé des doutes quant à l'affirmation selon laquelle la Convention de Vienne de 1986, dans son intégralité, reflétait le droit international coutumier. Il a été noté, cependant, qu'il pourrait être possible d'affirmer que l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 et, peut-être, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986, reflétaient une règle de droit international coutumier. Cependant, une analyse plus approfondie de la question, dans un futur rapport du Rapporteur spécial, serait nécessaire avant de pouvoir parvenir à une telle conclusion.

269. Il a été souligné que même si un traité était négocié au sein d'une organisation internationale ou d'une conférence diplomatique convoquée sous l'égide d'une organisation internationale, la conclusion du traité était un acte des États concernés et non de l'organisation internationale.

270. Il a en outre été souligné que l'application provisoire des traités avec la participation d'organisations internationales était différente. Ces dispositifs étaient plus compliqués car, souvent, ils étaient conçus pour assurer la participation simultanée d'un aussi grand nombre que possible de membres de l'organisation en question et de l'organisation elle-même. Il a été jugé utile de déterminer si les organisations internationales avaient envisagé ou envisageaient l'application provisoire comme un mécanisme utile et si un tel mécanisme avait été intégré à leur instrument constitutif.

271. Il a en outre été proposé que le Rapporteur spécial se penche sur d'autres catégories de traités qui pourraient se prêter à une forme particulière d'application provisoire. Par exemple, les accords de siège n'étaient en général pas permanents et étaient souvent conclus pour une conférence ou une manifestation particulière devant être organisée par l'organisation internationale dans l'État en question. De par leur nature, ils devaient être mis en œuvre immédiatement, et donc prévoyaient souvent leur application provisoire.

272. Certains membres ont fait observer qu'il serait opportun d'entreprendre en premier lieu l'examen des questions relatives à l'application provisoire des traités conclus par des États et de procéder ensuite seulement à l'examen de l'application provisoire des traités avec la participation d'organisations internationales.

**d) Observations sur les projets de directive**

273. Les membres ont dans l'ensemble appuyé l'approche adoptée par le Rapporteur spécial pour établir des projets de directive ayant pour objet de fournir un outil pratique aux États et aux organisations internationales. Certains membres ont toutefois estimé qu'il serait plus exact de qualifier de projets de conclusion les projets de directive proposés par le Rapporteur spécial. De l'avis général aussi, il serait préférable de distinguer le cas des États du cas de traités impliquant la participation d'organisations internationales.

274. Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel concernant le projet de directive 1 ont été faites en vue d'en aligner davantage le libellé sur l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. Par exemple, il a été noté que la référence à la condition de non-interdiction de l'application provisoire par le droit interne ne semblait pas compatible avec l'article 25 et devait être supprimée car elle portait à croire que les États pouvaient invoquer leur droit interne pour se soustraire à l'obligation d'appliquer provisoirement un traité. Il a aussi été avancé que le projet de directive pourrait être couplé à un autre – relatif à la portée du projet de directives.

275. S'agissant du projet de directive 2, il a été proposé de clarifier la référence faite à la résolution d'une organisation internationale. Il a été dit que dans de nombreux cas les résolutions ne pouvaient pas être assimilées à un accord instituant l'application provisoire. Il a de plus été proposé de faire référence à d'autres formes d'accords telles qu'un échange de notes diplomatiques ou de lettres. Selon un autre point de vue, la disposition pourrait aussi être plus claire quant à la possibilité pour les États ayant participé aux négociations ou pour les États contractants d'acquiescer à l'application provisoire par un État tiers.

276. Au sujet du projet de directive 3, il a été indiqué, entre autres, que la disposition pourrait être simplifiée et que l'on pourrait mentionner le fait que l'application provisoire prenait place seulement avant l'entrée en vigueur du traité pour la partie concernée. Il a été proposé que les éléments relatifs aux modes d'expression du consentement et au point de départ temporel de l'application provisoire fassent l'objet de deux projets de directive distincts.

277. Il a été proposé de préciser ce que l'on entendait par le terme « effets juridiques » dans le projet de directive 4 et d'élaborer plus avant le texte de ce projet, car il s'agissait là de la principale disposition du projet de directives. Par exemple, on pourrait étudier la question de savoir si les obligations découlant de l'application provisoire concernaient l'ensemble du traité ou seulement certaines de ses dispositions. Une autre possibilité était d'indiquer que l'effet juridique de l'application provisoire d'un traité pouvait se poursuivre après sa cessation. Selon une autre proposition, la disposition pourrait être rédigée en tenant compte du libellé de l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 et il pourrait être précisé que l'application provisoire d'un traité ne pouvait pas aboutir à la modification du contenu dudit traité.

278. À propos du projet de directive 5, il a été proposé d'y préciser que les effets des obligations découlant de l'application provisoire dépendaient de ce que les États avaient prévu quand ils étaient convenus de l'application provisoire. En outre, il était nécessaire de savoir à quelle entrée en vigueur du traité il était fait référence, c'est-à-dire à l'entrée en vigueur du traité lui-même ou à son entrée en vigueur pour l'État lui-même. On a fait observer que lorsqu'un traité multilatéral entrait en vigueur, son application provisoire ne cessait que pour les États qui l'avaient ratifié ou y avaient adhéré. L'application provisoire se poursuivait toutefois pour un État qui n'avait pas encore ratifié le traité ou adhéré au traité, jusqu'à ce que le traité entre en vigueur pour cet État. Selon un autre point de vue, le projet de directive pourrait faire état de la possibilité de formuler des dispositions particulières régissant la cessation de l'application provisoire.

279. Certains membres ont émis des doutes quant à la nécessité d'inclure le projet de directive 6, mais d'autres s'y sont dits favorables. Il a été souligné que le projet de directive ne traitait pas la question de savoir si la suspension ou la cessation unilatérale de l'application provisoire, selon le droit des traités, était illicite au regard du droit international, et, dans l'affirmative, déclenchait la mise en œuvre des règles du droit international relatives à la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

### 3. Conclusions du Rapporteur spécial

280. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'à son avis le point de départ de l'examen du sujet par la Commission était l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969. On ne pouvait aller au-delà de cet article que dans la mesure où cela se révélait utile pour déterminer les conséquences juridiques de l'application provisoire. Pour le Rapporteur spécial, le principal bénéficiaire de l'application provisoire était le traité lui-même, puisqu'il était appliqué sans être entré en vigueur. Les États ayant pris part aux négociations qui pouvaient participer à l'application provisoire étaient en outre eux aussi des bénéficiaires potentiels.

281. Le Rapporteur spécial a constaté que le point de vue prépondérant au sein de la Commission n'était pas favorable à la réalisation d'une étude comparative des dispositions du droit interne des États régissant l'application provisoire. Il a cependant rappelé qu'il continuait de recevoir des États membres des communications relatives à leur pratique, dans lesquelles figuraient systématiquement des informations sur la situation prévalant dans leur ordre juridique interne. Néanmoins, cela n'allait pas à l'encontre de son intention déclarée de ne pas entreprendre une analyse de droit comparé, l'accent étant surtout mis sur la pratique internationale des États. Pour dissiper tous les doutes, il pouvait accepter que la référence au droit interne dans le projet de directive 1 soit supprimée et que la question soit traitée dans le commentaire correspondant.

282. Le Rapporteur spécial s'est dit en désaccord avec l'affirmation selon laquelle il pouvait aussi être mis fin à l'application provisoire d'un traité parce que son entrée en vigueur était incertaine ou parce qu'il était appliqué à titre provisoire depuis longtemps. Son sentiment était qu'il n'était pas possible de fonder l'éventualité de la cessation de l'application provisoire d'un traité uniquement sur l'imprévisibilité de son entrée en vigueur. En outre, l'article 25 ne fixait pas pareille limite pour fonder la cessation de l'application provisoire.

283. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait l'intention, dans son prochain rapport, d'examiner la question de la cessation de l'application provisoire et de son régime juridique et d'étudier d'autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 ayant un lien avec l'application provisoire, dont les articles 19, 46 et 60.

## Chapitre XII

### Autres décisions et conclusions de la Commission

#### A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

284. À sa 3248<sup>e</sup> séance, le 8 mai 2015, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours<sup>396</sup>.

285. Le Groupe de planification a tenu trois séances. Il était saisi de la section I du Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-neuvième session, intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission », de la résolution 69/118 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session, et de la résolution 69/123 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

##### 1. Inscription d'un nouveau sujet au programme de travail de la Commission

286. À sa 3257<sup>e</sup> séance, le 27 mai 2015, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet « Jus cogens » et de nommer M. Dire Tladi Rapporteur spécial pour le sujet.

##### 2. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

287. À sa 1<sup>re</sup> séance, le 11 mai 2015, le Groupe de planification a décidé de constituer à nouveau, pour la session en cours, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Donald M. McRae. Le Président du Groupe de travail a présenté oralement, à la 3<sup>e</sup> séance du Groupe de planification, le 30 juillet 2015, un rapport sur les travaux menés par le Groupe de travail pendant la session en cours.

##### 3. Examen de la résolution 69/123 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

288. Dans sa résolution 69/123 en date du 10 décembre 2014 relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a, entre autres, invité de nouveau la Commission à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait pour promouvoir l'état de droit. Depuis sa soixantième session (2008), la Commission a fait chaque année des observations sur son action à cet égard. Elle signale que les observations qui figurent aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008 (A/63/10) demeurent pertinentes, et elle réaffirme la teneur des observations faites à ses précédentes sessions<sup>397</sup>.

<sup>396</sup> Le Groupe de planification était composé comme suit : M. A. S. Wako (Président), M. L. Caflisch, M. P. Comissário Afonso, M. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, M<sup>me</sup> C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M. H. Huang, M<sup>me</sup> M. G. Jacobsson, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. B. H. Niehaus, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. P. Šturma, M. D. D. Tladi, M. N. Wisnumurti, M. M. Wood, et M. M. Vázquez-Bermúdez (membre de droit).

<sup>397</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 231; *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 390 à 393; *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 392 à 398; *ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 274 à 279; *ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément*

289. La Commission rappelle que l'état de droit est l'essence même de ses travaux. Le but de la Commission, tel qu'il est énoncé à l'article premier de son Statut, est de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification.

290. Ayant le principe de l'état de droit en permanence à l'esprit, la Commission sait parfaitement l'importance que revêt l'application du droit international au niveau national, et œuvre à promouvoir le respect de l'état de droit au niveau international.

291. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, la Commission continuera de tenir compte, le cas échéant, de l'état de droit en tant que principe de gouvernance ainsi que des droits de l'homme qui sont fondamentaux pour l'état de droit, comme l'indiquent le Préambule et l'Article 13 de la Charte des Nations Unies et la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international<sup>398</sup>.

292. Dans ses travaux en cours, la Commission tient compte des « rapports entre l'état de droit et la triple vocation de l'Organisation des Nations Unies (paix et sécurité, développement et droits de l'homme) »<sup>399</sup>, sans privilégier l'un au détriment de l'autre. Dans l'exercice de son mandat concernant le développement progressif du droit international et sa codification, la Commission est consciente des difficultés auxquelles fait face actuellement l'état de droit.

293. À la session en cours, la Commission a continué d'apporter sa contribution à l'état de droit, notamment examinant les sujets « Protection de l'atmosphère », « Crimes contre l'humanité », « Détermination du droit international coutumier », « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés », « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État », « Application provisoire des traités » et « Clause de la nation la plus favorisée ». La Commission a en outre nommé un rapporteur spécial pour le sujet « Jus cogens ».

294. La Commission note que l'Assemblée générale a invité les États Membres à formuler en particulier des observations sur « Le rôle des processus d'établissement des traités multilatéraux dans la promotion et le renforcement de l'état de droit »<sup>400</sup>. Elle tient à rappeler les travaux qu'elle a menés sur différents sujets et qui, sur la base de propositions en vertu des articles 16 et 23 de son Statut, ont fait l'objet de processus d'établissement de traités multilatéraux, à savoir notamment le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2001, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, le projet de statut d'une Cour criminelle internationale de 1994 et le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1994. La Commission appelle aussi l'attention sur ses travaux récents relatifs à différents sujets, dont :

- Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001;

<sup>n° 10</sup> (A/68/10), par. 171 à 179; *ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/69/10), par. 273 à 280.

<sup>398</sup> Résolution 67/1 de l'Assemblée générale, en date du 30 novembre 2012 (« Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international »), A/RES/67/1, par. 41.

<sup>399</sup> Rapport du Secrétaire général sur l'évaluation de l'efficacité de la contribution du système des Nations Unies à l'instauration de l'état de droit en période et au lendemain de conflits (S/2013/341), 11 juin 2013, par. 70.

<sup>400</sup> Résolution 69/123 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 2014, par. 20.

- Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses de 2001;
- Le projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006;
- Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières de 2008;
- Le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités de 2011;
- Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de 2011;
- Le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers de 2014.

La Commission rappelle en outre le Guide de la pratique sur les réserves aux traités (2011).

295. La Commission réaffirme l'importance qu'elle attache à l'état de droit dans l'ensemble de ses activités.

**4. Examen des paragraphes 10 à 13 de la résolution 69/118 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2014 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session**

296. La Commission a pris note des paragraphes 10 à 13 de la résolution 69/118 de l'Assemblée générale, dans lesquels elle a salué les efforts que faisait la Commission pour améliorer ses méthodes de travail et l'a encouragée à persévérer; a rappelé que la Commission avait son siège à l'Office des Nations Unies à Genève; a noté que la Commission étudiait la possibilité de tenir une partie de ses sessions futures à New York; a souligné qu'il importait que la Commission tienne compte, à cette fin, des coûts estimatifs et des facteurs administratifs, organisationnels et autres, et lui a demandé d'examiner de manière approfondie la possibilité de tenir une partie de sa soixante-huitième session à New York; et a décidé, sans préjuger de l'issue de ces délibérations, de reprendre à sa soixante-dixième session l'examen de la recommandation formulée au paragraphe 388 du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session.

297. La Commission a rappelé que lors de sa soixante-troisième session, dans le cadre du débat sur ses relations avec la Sixième Commission, elle avait exprimé le souhait que soit étudiée la possibilité de tenir à New York une demi-session par quinquennat afin de favoriser les contacts directs entre la Commission et les délégations de la Sixième Commission. Elle a en outre rappelé qu'en de précédentes occasions, elle avait tenu des sessions ailleurs qu'à son siège. En particulier, elle a noté que, dans le cadre des dispositions générales relatives à la convocation de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour pénale internationale, elle avait tenu la première partie de sa cinquantième session à son siège à l'Office des Nations Unies à Genève, du 20 avril au 12 juin 1998, et la deuxième partie au siège de l'Organisation des Nations Unies à New York, du 27 juillet au 14 août 1998.

298. La Commission a étudié la possibilité de tenir une partie de sa soixante-huitième session à New York, en se fondant sur les informations fournies par le Secrétariat concernant les coûts estimatifs et les facteurs administratifs, organisationnels et autres pertinents, y compris la charge de travail escomptée pour la dernière année du quinquennat en cours. Eu égard à tous les éléments à sa disposition, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il ne lui serait pas possible de tenir une partie de sa soixante-huitième session à New York sans causer de perturbations indues. Elle a cependant affirmé le souhait que soit étudiée la possibilité de tenir une demi-session à New York au cours du prochain quinquennat. Cette possibilité devrait être prévue lors

de la planification des sessions futures de la Commission pour le prochain quinquennat. À cet égard, la Commission a noté que cette convocation, compte tenu des coûts estimatifs et des facteurs administratifs, organisationnels et autres pertinents, pourrait être prévue pour la première partie d'une session de la première année (2017) ou de la deuxième (2018) du prochain quinquennat. Se fondant sur les informations qui ont été mises à sa disposition, la Commission recommande de procéder aux travaux préparatoires et aux estimations en prenant pour hypothèse que la première partie de sa soixante-dixième session (2018) se tiendrait au siège de l'Organisation des Nations Unies à New York. En conséquence, la Commission a demandé au Secrétariat de s'employer à prendre les dispositions nécessaires à cet effet pour faciliter l'adoption d'une décision idoine par la Commission à sa soixante-huitième session en 2016.

## 5. Honoraires

299. La Commission réaffirme ses vues à propos des honoraires, compte tenu de la résolution 56/272 de l'Assemblée générale en date du 27 mars 2002, telles qu'elles ont déjà été exprimées dans ses rapports précédents<sup>401</sup>. Elle souligne que l'adoption de cette résolution a une incidence particulière sur les rapporteurs spéciaux car elle risque de les priver de l'appui que nécessitent leurs travaux de recherche.

## 6. Documentation et publications

300. La Commission a souligné une fois de plus que les publications juridiques élaborées par le Secrétariat avaient pour ses travaux un intérêt particulier et une valeur considérable<sup>402</sup>. Elle a rappelé que la Division de la codification avait pu accélérer sensiblement la parution des publications grâce à son activité très réussie de publication assistée par ordinateur, qui améliorerait considérablement l'actualité et la pertinence de ces publications pour les travaux de la Commission depuis plus d'une décennie. Elle a noté de nouveau avec regret que cette initiative avait été réduite et risquait d'être suspendue en raison du manque de ressources et qu'en conséquence aucune nouvelle publication juridique n'avait été distribuée à la session en cours. La Commission a de nouveau estimé que la poursuite de cette initiative était indispensable pour garantir une parution en temps utile des publications juridiques, en particulier de *La Commission du droit international et son œuvre* dans les différentes langues officielles. Elle a rappelé l'intérêt particulier et la valeur considérable que revêtaient pour ses travaux les publications juridiques de la Division de la codification et a demandé une nouvelle fois que celle-ci continue de les mettre à sa disposition.

301. La Commission s'est de nouveau dite satisfaite de ce que les comptes rendus analytiques des séances de la Commission, qui constituent des travaux préparatoires essentiels pour le développement progressif et la codification du droit international, ne feraient pas l'objet de limitation arbitraire de leur longueur. Elle a noté avec

<sup>401</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 525 à 531; *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 447; *ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 369; *ibid.*, soixantième session, *Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 501; *ibid.*, soixante et unième session, *Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 269; *ibid.*, soixante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 379; *ibid.*, soixante-troisième session, *Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 358; *ibid.*, soixante-quatrième session, *Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 240; *ibid.*, soixante-cinquième session, *Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 396; *ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 399; *ibid.*, soixante-septième session, *Supplément n° 10 (A/67/10)*, par. 280; *ibid.*, soixante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 181; et *ibid.*, soixante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/69/10)*, par. 281.

<sup>402</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 387 à 395. Voir aussi *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 185.

satisfaction que les mesures expérimentales introduites à la session de 2013 pour rationaliser le traitement de ces comptes rendus analytiques avaient permis une communication plus rapide des comptes rendus provisoires aux membres de la Commission en vue de leur correction ponctuelle et une publication rapide. La Commission s'est félicitée également de ce que ces nouvelles méthodes aient permis une utilisation plus rationnelle des ressources et a appelé le Secrétariat à poursuivre ses efforts pour faciliter l'élaboration des comptes rendus définitifs dans toutes les langues, sans compromettre leur intégrité.

302. La Commission a exprimé sa gratitude à tous les services intervenant dans la production des documents, à Genève comme à New York, pour leur traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés, contribuant ainsi au bon déroulement des travaux de la Commission.

303. La Commission a aussi exprimé sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève, pour l'aide qu'elle apportait avec efficacité et compétence aux membres de la Commission.

#### **7. *Annuaire de la Commission du droit international***

304. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire de la Commission du droit international* était d'une importance déterminante pour qui voulait comprendre ce que faisait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international et renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 69/118, l'Assemblée générale avait exprimé sa reconnaissance aux gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'Annuaire et avait encouragé le versement d'autres contributions à ce fonds.

305. La Commission recommande à l'Assemblée générale, à l'instar de ce que cette dernière a fait dans sa résolution 69/118, d'exprimer sa satisfaction devant les progrès remarquables accomplis ces dernières années pour résorber l'arriéré de publication de l'Annuaire dans les six langues, de saluer les efforts faits par la Division de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Genève, notamment sa Section de l'édition, pour donner effectivement suite à ses résolutions appelant à une résorption de l'arriéré, et d'encourager la Division de la gestion des conférences à continuer de fournir à la Section de l'édition tout l'appui nécessaire à la publication de l'Annuaire.

#### **8. Aide de la Division de la codification**

306. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat de l'aide précieuse qu'elle apportait à la Commission par ses services fonctionnels et, en particulier, de l'appui continu fourni aux rapporteurs spéciaux et pour la réalisation de travaux de recherche approfondis sur des aspects de sujets actuellement à l'étude, à la demande de la Commission.

#### **9. Sites Web**

307. La Commission a vivement remercié le Secrétariat d'avoir mis en place un nouveau site Web de la Commission et lui a demandé de continuer d'actualiser et d'administrer ce site<sup>403</sup>. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification<sup>404</sup> étaient une ressource très précieuse pour la Commission et pour les divers chercheurs s'intéressant à ses travaux, et contribuaient ainsi à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la

<sup>403</sup> À l'adresse <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>404</sup> Généralement accessibles via <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

compréhension du droit international. Elle a noté avec satisfaction que le site Web de la Commission donnait des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour, ainsi qu'une version préliminaire éditée des comptes rendus analytiques des séances. La Commission a également remercié le Secrétariat d'avoir achevé avec succès la numérisation et la publication sur le site Web des Annuaire de la Commission en version russe.

#### **10. Médiathèque de droit international des Nations Unies**

308. La Commission a constaté avec satisfaction la très grande valeur de la Médiathèque de droit international des Nations Unies en tant qu'outil permettant de mieux faire connaître le droit international et les travaux de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine, notamment ceux de la Commission.

#### **B. Dates et lieu de la soixante-huitième session de la Commission**

309. La Commission recommande que sa soixante-huitième session se tienne à Genève du 2 mai au 10 juin et du 4 juillet au 12 août 2016.

#### **C. Hommage au Secrétaire de la Commission**

310. À sa 3263<sup>e</sup> séance, le 5 juin 2015, la Commission a rendu hommage à M. George Korontzis, qui s'était éminemment distingué au poste de secrétaire de la Commission depuis 2013 et qui a pris sa retraite pendant la session. Elle lui a exprimé sa reconnaissance pour la remarquable contribution qu'il a apportée aux travaux de la Commission ainsi qu'à la codification et au développement progressif du droit international, a salué son professionnalisme, son dévouement à la fonction publique et son engagement en faveur du droit international et lui a souhaité le plus grand succès dans ses futures activités.

#### **D. Coopération avec d'autres organes**

311. À la 3274<sup>e</sup> séance, le 22 juillet 2015, M. Ronny Abraham, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités judiciaires récentes de la Cour<sup>405</sup>. Un échange de vues a suivi.

312. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) était représentée à la session de la Commission par son Secrétaire général, M. Rahmat Mohamad, qui a pris la parole à la 3250<sup>e</sup> séance, le 13 mai 2015<sup>406</sup>. Celui-ci a informé la Commission des activités actuelles de l'AALCO et a donné un aperçu des travaux de l'organisation à sa cinquante-quatrième session annuelle, tenue à Beijing du 13 au 17 avril 2015, qui ont porté, notamment, sur quatre sujets inscrits au programme de travail de la Commission, à savoir « Détermination du droit international coutumier », « Expulsion des étrangers », « Protection de l'atmosphère » et « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Un échange de vues a suivi.

313. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la session de la Commission par son Vice-Président, M. Carlos Mata Prates, qui a pris la parole à la 3265<sup>e</sup> séance, le

<sup>405</sup> Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance en question.

<sup>406</sup> Ibid.

7 juillet 2015<sup>407</sup>. Il a donné un aperçu des activités menées par le Comité en 2014-2015 sur diverses questions juridiques intéressant le Comité. Un échange de vues a suivi.

314. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe était représenté à la session de la Commission par le Président du CAHDI, M. Paul Rietjens, et par la chef de la Division du droit international public et du Bureau des traités de la Direction du conseil juridique et du droit international public, M<sup>me</sup> Marta Requena, qui ont tous deux pris la parole à la 3268<sup>e</sup> séance, le 10 juillet 2015<sup>408</sup>. Ils ont mis l'accent sur les activités en cours du CAHDI dans le domaine du droit international public, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

315. La Commission de l'Union africaine pour le droit international était représentée à la session par M. Solo Kholisani et M. Ebenezer Appreku, membres de la Commission de l'Union africaine pour le droit international, ainsi que par M. Mourad Ben-Dhiab, Secrétaire de la Commission. M. Solo Kholisani et M. Ebenezer Appreku ont pris la parole à la 3276<sup>e</sup> séance, le 23 mai 2015<sup>409</sup>. Ils ont donné un aperçu des activités de la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Un échange de vues a suivi.

316. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, M. Zeid Ra'ad Al Hussein, a pris la parole devant la Commission à la 3272<sup>e</sup> séance, le 21 juillet 2015<sup>410</sup>. Il a donné un aperçu des activités du Haut-Commissariat et de certaines de ses préoccupations dans le domaine des droits de l'homme et a formulé des observations concernant des sujets inscrits au programme de travail de la Commission, à savoir « Crimes contre l'humanité » et « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Un échange de vues a suivi.

317. Le 9 juillet 2015, les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge ont eu un échange de vues informel sur des sujets d'intérêt commun. Des exposés ont été faits sur les préparatifs de la trente-deuxième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et sur l'actualisation des Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels. Des exposés ont également été faits sur le programme de travail de la Commission, notamment sur les sujets « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et « Crimes contre l'humanité »<sup>411</sup>.

## E. Représentation à la soixante-dixième session de l'Assemblée générale

318. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-dixième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Narinder Singh.

<sup>407</sup> Ibid.

<sup>408</sup> Ibid.

<sup>409</sup> Ibid.

<sup>410</sup> Ibid.

<sup>411</sup> Des déclarations ont été faites par M<sup>me</sup> Christine Beerli, Vice-Présidente du CICR, et M. Narinder Singh, Président of the Commission. Les exposés suivants ont été présentés : « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » (M. Georg Nolte); « Crimes contre l'humanité » (M. Sean D. Murphy); « Préparatifs de la trente-deuxième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge » (M. Knut Doermann, Conseiller juridique en chef et Chef de la Division juridique du CICR); « Actualisation des Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels » (Jean-Marie Henckaerts, Chef du projet de mise à jour des Commentaires, CICR).

## F. Séminaire de droit international

319. Conformément à la résolution 69/118 de l'Assemblée générale, la cinquante et unième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 6 au 24 juillet 2015 pendant la session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à de jeunes juristes se spécialisant en droit international, parmi lesquels de jeunes enseignants ou représentants de l'État qui mènent une carrière universitaire ou diplomatique dans la fonction publique de leur pays.

320. Vingt-quatre personnes de nationalités différentes et de tous les groupes régionaux ont participé à la session<sup>412</sup>. Les participants ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des exposés qui leur étaient spécialement destinés, et ont participé à des groupes de travail sur certains sujets.

321. M. Narinder Singh, Président de la Commission, a ouvert le Séminaire. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal de l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG), était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire. La coordination du Séminaire pour les questions de fond était assurée par l'Université de Genève. M. Vittorio Mainetti, spécialiste de droit international à l'Université de Genève, a fait office de coordonnateur, secondé par M. Cédric Apercé et M<sup>me</sup> Yusra Suedi, assistants juridiques, et M<sup>me</sup> Cami Schwab, stagiaire au Bureau de liaison juridique de l'ONUG.

322. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes : M. Ernest Petrič : « Les travaux de la Commission du droit international »; M. Dire Tladi : « Jus cogens »; M. Pavel Šturma : « La succession d'États en rapport avec la responsabilité des États »; M<sup>me</sup> Concepción Escobar Hernández : « L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État »; M. Shinya Murase : « La protection de l'atmosphère »; M. Georg Nolte : « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »; Sir Michael Wood : « Détermination du droit international coutumier »; M<sup>me</sup> Marie Jacobsson : « Protection de l'environnement en rapport avec les conflits armés »; M. Sean D. Murphy : « Les crimes contre l'humanité ».

323. Les participants au séminaire ont assisté à six réunions organisées à l'extérieur. Ils ont participé à un atelier organisé par l'Université de Genève en collaboration avec le Pôle eau Genève sur le sujet : « Droit international de l'eau : Questions de mise en œuvre ». Les orateurs suivants ont pris la parole : M<sup>me</sup> Danae Azaria (Maître de conférence, University College of London), M<sup>me</sup> Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève), M. Lucius Cafilisch (membre de la Commission du droit international), M. Maurice Kamto (membre de la Commission du droit international), M. Attila Tanzi [Université de Bologne (Italie)], M<sup>me</sup> Christina Leb (Banque mondiale), M. Marco Sassòli (Université de Genève) et M<sup>me</sup> Mara Tignino (Université de Genève). L'atelier a été suivi d'une réception offerte par le Pôle eau Genève. Une séance spéciale sur le sujet « Les tribunaux administratifs internationaux » a été

<sup>412</sup> Ont participé au Séminaire : Kakanang Amaranand (Thaïlande), Hamed Camara (Mauritanie), Eleen A. Cañas Vargas (Costa Rica), Francis W. Changara (Zimbabwe), Namgay Dorji (Bhoutan), Fatoumata P. Doumbouya (Guinée), Pilar Eugenio (Argentine), Soaad Hossam (Égypte), Gédéon Jean (Haïti), Akino Kowashi (Japon), Gift Kweka (Tanzanie), Lucia Leontiev (République de Moldova), Matilda Mendy (Gambie), Momchil Milanov (Bulgarie), Quyen T. H. Nguyen (Viet Nam), Elinathan Ohiomoba (États-Unis d'Amérique), Francisco J. Pascual Vives (Espagne), Ye Joon Rim (République de Corée), Matteo Sarzo (Italie), Cornelius V. N. Scholtz (Afrique du Sud), Darcel G. Smith-Williamson (Bahamas), Luka M. Tomazic (Slovénie), Shuxi Yin (Chine) et Franz J. Zubieta (Bolivie). Le Comité de sélection, présidé par M. Makane Moïse Mbengue, professeur de droit international à l'Université de Genève, s'est réuni le 7 avril 2015 et a retenu 25 candidats sur 102. Un des candidats désignés n'a pas pu participer au Séminaire.

organisée à l'Organisation internationale du Travail (OIT), sous la direction de M. Drazen Petrovic, greffier du Tribunal administratif de l'OIT. Les participants au séminaire ont également assisté à un exposé sur le droit international des réfugiés, présenté par M. Cornelis Wouters, Conseiller juridique principal du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR). Ils ont aussi assisté à la Lalive Lecture annuelle, à l'invitation de l'Institut de hautes études internationales et du développement. La conférence, intitulée « A Rising Tide : Dispute Settlement under the Law of the Sea », a été donnée par M. Sean D. Murphy. Une séance d'information a été assurée à l'Union internationale des télécommunications (UIT) par M. Nikos Volanis, Conseiller juridique à l'UIT, et suivie d'une visite du Musée de l'UIT. Enfin, une séance spéciale a été organisée à l'Organisation mondiale de la Santé (OMS); à cette occasion, des exposés sur « Le droit international et la santé » ont été présentés par M. Steven A. Solomon, juriste principal, et M. Jakob Quirin, juriste adjoint de première classe.

324. Deux groupes de travail ont été organisés pour le Séminaire, l'un sur « Jus cogens » et l'autre sur « Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État ». Tous les participants ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Deux membres de la Commission, M. Dire Tladi et M. Pavel Šturma, ont supervisé et conseillé les groupes de travail. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions à la dernière séance de travail du Séminaire. Les rapports ont été synthétisés et distribués à tous les participants, ainsi qu'aux membres de la Commission.

325. La République et canton de Genève a fait bénéficier les participants de son hospitalité traditionnelle à l'hôtel de ville de Genève, où ils ont visité la salle de l'Alabama et participé à un cocktail.

326. Le Représentant permanent du Royaume-Uni auprès de l'Office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève a invité les participants au Séminaire à une réception à la résidence.

327. M. Narinder Singh, Président de la Commission du droit international, M. Markus Schmidt, Directeur du Séminaire de droit international, et M. Momchil Milanov, au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission et les participants lors de la cérémonie de clôture du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant de sa participation.

328. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que, depuis 2013, les Gouvernements de l'Argentine, de l'Autriche, de la Chine, de la Finlande, de l'Inde, de l'Irlande, du Mexique, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Le Circolo di diritto internazionale (CIDIR), association privée sise à Rome qui se consacre à la promotion du droit international, a également versé une contribution au Séminaire. Bien que la crise financière de ces dernières années ait sérieusement porté atteinte aux finances du Séminaire, le Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants, originaires notamment de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique adéquate des participants. Cette année, 14 bourses (9 couvrant les frais de voyage et de séjour, 3 couvrant les frais de séjour seulement et 2 couvrant les frais de voyage seulement) ont été octroyées.

329. Depuis 1965, année de la création du Séminaire, 1 163 participants, représentant 171 nationalités, ont pris part au Séminaire; 713 d'entre eux ont bénéficié d'une bourse.

330. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités de nombreuses organisations

internationales qui ont leur siège à Genève. Elle recommande à l'Assemblée générale d'inviter à nouveau les États à verser des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2016 la plus large participation possible.

## Annexe

## Rapport final

## Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée

## Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>
Introduction.....	1–2
Partie I	
Historique.....	3–33
A. Genèse et objet des travaux du Groupe d'étude.....	4–9
B. Le projet d'articles de 1978.....	10–19
1. Origines.....	10–12
2. Dispositions fondamentales.....	13–18
3. La décision de l'Assemblée générale concernant le projet d'articles de 1978.....	19
C. L'évolution ultérieure.....	20–23
D. L'analyse des dispositions NPF par d'autres organes.....	24–33
1. La CNUCED.....	25–27
2. L'OCDE.....	28–33
Partie II	
Pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain et questions concernant leur interprétation.....	34–140
A. Caractéristiques essentielles des dispositions NPF.....	35–40
1. La raison d'être du traitement NPF.....	37–40
B. Clauses de la nation la plus favorisée : la pratique actuelle.....	41–66
1. Les clauses NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC.....	41–52
2. Les dispositions NPF dans d'autres accords commerciaux.....	53–54
3. La règle de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement.....	55–66
C. Questions d'interprétation relatives aux clauses NPF dans les accords d'investissement.....	67–140
1. Qui est en droit de bénéficier d'une clause NPF?.....	69–73
2. En quoi consiste un traitement qui n'est « pas moins favorable »?.....	74–78
3. Quelle est la portée du traitement à accorder au titre d'une clause NPF?.....	79–140
a) <i>La clause NPF et les enjeux procéduraux : aux origines de la question.....</i>	<i>82–90</i>
b) <i>L'interprétation a posteriori des clauses NPF par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement en ce qui concerne les questions de procédure.....</i>	<i>91–140</i>
i) <i>La distinction entre obligations de fond et obligations de procédure.....</i>	<i>93–99</i>

ii) <i>L'interprétation des clauses NPF et les questions de compétence</i> . . . .	100–114
1. Norme d'interprétation des questions de compétence . . . . .	101–103
2. Règlement des différends et compétence . . . . .	104–114
iii) <i>L'intention spécifique des dispositions d'autres traités</i> . . . . .	115–118
iv) <i>La pratique des parties</i> . . . . .	119–122
v) <i>Le moment pertinent pour déterminer l'intention des parties</i> . . . . .	123
vi) <i>Le contenu de la disposition qui serait modifiée par l'invocation d'une clause NPF</i> . . . . .	124–134
vii) <i>La cohérence dans la prise des décisions</i> . . . . .	135–136
viii) <i>La définition du traitement qui n'est « pas moins favorable »</i> . . . . .	137–139
ix) <i>L'existence d'exceptions de politique générale</i> . . . . .	140
<b>Partie III</b>	
Considérations intervenant dans l'interprétation des clauses NPF . . . . .	141–160
A. Considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement . . . . .	141–149
1. L'asymétrie dans les négociations des traités bilatéraux d'investissement . . . . .	141–144
2. La spécificité de chaque traité . . . . .	145–149
B. L'arbitrage « mixte » comme mode de règlement des différends en matière d'investissement . . . . .	150–157
C. La pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions NPF . . . . .	158–160
<b>Partie IV</b>	
Orientations pour l'interprétation des clauses NPF . . . . .	161–211
A. Les dispositions NPF sont en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends . . . . .	162–163
B. Conditions relatives au règlement des différends et à la compétence d'un tribunal . . . . .	164–173
C. Facteurs pertinents pour déterminer si une clause NPF s'applique aux conditions pour invoquer les clauses de règlement des différends . . . . .	174–193
1. Le principe de contemporanéité . . . . .	176–178
2. La pertinence des travaux préparatoires . . . . .	179
3. La pratique conventionnelle des parties . . . . .	180–183
4. Le sens du contexte . . . . .	184–188
a) <i>L'équilibre entre dispositions spécifiques et dispositions générales</i> . . . . .	186–187
b) <i>Le principe expressio unius</i> . . . . .	188
5. La pertinence de la teneur de la disposition que l'on cherche à remplacer . . . . .	189–190
6. L'interprétation de la disposition que l'on cherche à insérer . . . . .	191–193

D.	Conséquences de différents modèles de clauses NPF .....	194–211
1.	Les clauses des accords existants au moment de la décision <i>Maffezini</i> .....	195–202
2.	Clauses figurant dans des accords conclus depuis la décision <i>Maffezini</i> .....	203–211
Partie V		
	Résumé des conclusions .....	212–217

## Introduction

1. Le présent rapport rend compte des travaux du Groupe d'étude établi par la Commission pour examiner les questions qui se posent de nos jours relativement à la clause de la nation la plus favorisée (NPF). La Commission s'est penchée une première fois sur le sujet de la clause NPF de 1967 à 1978, mais aucun traité multilatéral n'a été conclu sur la base du projet d'articles qu'elle a élaboré. Entre-temps, la clause NPF est devenue la pierre angulaire des traités de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et a été incorporée à d'innombrables accords bilatéraux ou régionaux d'investissement. La question de savoir si cette clause pouvait étendre ses effets des obligations de fond aux dispositions de règlement des différends a suscité des controverses, notamment dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement. Dans le présent rapport, le Groupe d'étude décrit l'évolution qui s'est produite dans ce domaine et fait quelques observations sur l'interprétation des clauses NPF<sup>1</sup>.

2. Le Groupe d'étude a cherché à déterminer si ses travaux sur le sujet pourraient aboutir à l'élaboration d'un document final qui soit d'une utilité pratique à la fois en ce qui concerne l'incorporation des clauses NPF aux traités et en ce qui concerne leur interprétation ou leur application dans les décisions des tribunaux ou ailleurs. Le Groupe d'étude s'est demandé s'il serait utile de revoir le projet d'articles de 1978 ou d'élaborer un nouvel ensemble de projets d'articles, et a conclu par la négative<sup>2</sup>. Bien qu'il se soit intéressé en particulier aux clauses NPF dans le cadre des accords d'investissement, le Groupe d'étude a également examiné ces clauses dans un contexte plus large. Ses conclusions sont présentées aux paragraphes 212 à 217 ci-après.

## Partie I Historique

3. Dans la partie qui suit, le Groupe d'étude retrace l'historique de ses propres travaux et passe en revue les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, puis examine ce qui a changé depuis 1978 dans l'utilisation des clauses NPF.

### A. Genèse et objet des travaux du Groupe d'étude

4. En 1978, la Commission du droit international a adopté un projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée<sup>3</sup>. L'Assemblée générale n'a pas convoqué de conférence pour convertir ce projet d'articles en convention. En 2006, à la cinquante-huitième session de la Commission, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a débattu de l'opportunité de reprendre l'examen du sujet. À la cinquante-neuvième session (2007), un groupe de travail informel s'est penché sur la question, et à sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail à long terme, sous l'intitulé « La clause de la nation la plus favorisée ». À la même session, elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail et de constituer à sa soixante et unième session un groupe d'étude, sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera<sup>4</sup>. Depuis 2012, le

<sup>1</sup> Les expressions « clause NPF » et « disposition NPF » sont employés indifféremment dans le présent rapport.

<sup>2</sup> Certains membres du Groupe d'étude estimant qu'il serait opportun d'entreprendre une révision du projet d'articles de 1978.

<sup>3</sup> *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 19 à 83.

<sup>4</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 351 et 352. Voir aussi *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*,

Groupe d'étude a été présidé par M. McRae et, en l'absence de celui-ci, par M. Mathias Forteau.

5. La décision de la Commission de se pencher à nouveau sur la question de la clause de la nation la plus favorisée a été motivée par les faits nouveaux observés dans ce domaine depuis 1978, notamment l'extension du champ d'application des dispositions NPF dans le cadre des accords de l'OMC, l'incorporation généralisée de dispositions NPF aux traités bilatéraux d'investissement et de dispositions relatives à l'investissement dans les accords d'intégration économique régionale, et les difficultés particulières qui se posent dans l'interprétation et l'application des dispositions NPF des traités d'investissement.

6. Le Groupe d'étude a tenu 24 séances entre 2009 et 2015. Il a élaboré un cadre destiné à servir de feuille de route pour ses travaux, en tenant compte des questions qui avaient été soulevées dans le plan d'étude du sujet<sup>5</sup>. Le Groupe d'étude s'est appuyé sur différents documents de travail informels, ainsi que sur d'autres documents informels que des membres de la Commission ont préparés pour l'assister dans ses travaux<sup>6</sup>.

7. Tout au long des travaux de la Commission sur le sujet, les États à la Sixième Commission ont fait part de leurs observations sur le travail du Groupe d'étude. Même si certains États étaient réticents à l'idée que la Commission traite le sujet<sup>7</sup>, l'opinion générale était que celle-ci pouvait apporter une contribution dans ce domaine. Elle devait respecter le fait que les dispositions NPF existent sous des formes diverses et que l'on ne doit pas nécessairement s'attendre à ce que leur interprétation ou leur application soient uniformes<sup>8</sup>. Nombre d'États étaient d'avis que la Commission ne

---

par. 211 à 216; *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 359 à 373; *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 349 à 363.

<sup>5</sup> *Ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 216.

<sup>6</sup> Le Groupe d'étude a examiné des documents de travail portant sur les sujets suivants : a) examen du projet d'articles de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée (S. Murase); b) les clauses NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC (D. M. McRae); c) la clause de la nation la plus favorisée et l'affaire *Maffezini* (A. R. Perera); d) les travaux de l'OCDE sur les clauses NPF (M. D. Hmoud); e) les travaux de la CNUCED sur les clauses NPF (S. C. Vasciannie); f) l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement (D. M. McRae); g) l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage chargés d'affaires d'investissement (D. M. McRae) (version remaniée du document de travail sur l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement); h) l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissement sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau); i) le caractère juridique de l'arbitrage mixte en matière d'investissement (S. Murase); et j) la formulation des clauses NPF et la jurisprudence liée à l'affaire *Maffezini* (M. D. Hmoud). Le Groupe d'étude était également saisi des documents suivants : a) un catalogue des dispositions NPF (élaboré par D. M. McRae et A. R. Perera); b) un document informel, présenté sous forme de tableau, recensant les arbitres et les conseils intervenus dans des affaires d'investissement liées aux clauses NPF, avec indication du type de disposition NPF interprétée; c) un document de travail informel sur les clauses NPF types après l'affaire *Maffezini*, examinant les différentes réactions des États à cette sentence arbitrale; d) un document de travail informel contenant une synthèse des libellés types des dispositions NPF dans les accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation les mêmes privilèges et immunités que ceux dont bénéficient les diplomates dans le pays hôte; e) un document de travail informel sur les clauses NPF dans les accords diplomatiques; f) un document de travail informel sur les traités de navigation et la clause NPF; et g) un document de travail informel sur les traités bilatéraux d'imposition et la clause de la nation la plus favorisée.

<sup>7</sup> Voir par exemple : *A/C.6/65/SR.25*, par. 75 (Portugal); *A/C.6/66/SR.27*, par. 49 [Iran (République islamique d)]; *A/C.6/67/SR.23*, par. 27 [Iran (République islamique d)].

<sup>8</sup> Voir par exemple : *A/C.6/64/SR.23*, par. 52 (États-Unis d'Amérique); *A/C.6/64/SR.23*, par. 31 (Japon); *A/C.6/65/SR.26*, par. 17 (États-Unis d'Amérique); *A/C.6/66/SR.27*, par. 94 (États-Unis d'Amérique); *A/C.6/67/SR.21*, par. 103 (États-Unis d'Amérique).

devait pas élaborer un nouveau projet d'articles ni chercher à réviser celui de 1978<sup>9</sup>, ce qui était également la ligne de conduite retenue par le Groupe d'étude. L'idée générale était que la Commission devrait cerner les tendances dans l'interprétation des clauses NPF et donner des orientations pour guider tous ceux qui négocient des traités, ainsi que les décideurs et les praticiens dans le domaine de l'investissement<sup>10</sup>.

8. Le Groupe d'étude a décidé de ne pas chercher à départager les vues divergentes des tribunaux chargés d'affaires d'investissement sur l'application des clauses NPF aux dispositions de règlement des différends. S'agissant des décisions de ces tribunaux, la Commission ne fait pas autorité et en concluant que tel tribunal a raison tandis que tel autre a tort elle ne ferait qu'exprimer une voix de plus dans un débat continu.

9. Le Groupe d'étude a estimé qu'il serait plus utile d'explicitier ou de développer l'approche suivie par la Commission en 1978, compte tenu en particulier de l'incertitude qui règne quant à l'interprétation à donner aux clauses NPF, et qu'il serait également utile de préciser comment les règles relatives à l'interprétation des traités peuvent être appliquées à l'interprétation des dispositions NPF.

## B. Le projet d'articles de 1978

### 1. Origines

10. C'est dans le cadre de ses débats sur « les traités et les États tiers », en 1964, que la Commission a envisagé pour la première fois d'étudier la clause de la nation la plus favorisée<sup>11</sup>. Et c'est sous l'intitulé « la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités » qu'elle a décidé d'inscrire le sujet à son programme de travail, en 1967<sup>12</sup>. Il s'agissait donc d'une question relevant du droit des traités.

11. Historiquement, les clauses NPF figuraient dans les traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation, dont la principale fonction était de régler diverses questions, généralement de nature commerciale, entre les Parties contractantes<sup>13</sup>. Bien que les Rapporteurs spéciaux pour le sujet aient analysé une vaste pratique, examinant la manière dont les clauses NPF étaient appliquées par les juridictions nationales, dans les traités et dans les décisions des tribunaux internationaux, le projet d'articles de 1978 a été axé principalement sur la fonction traditionnelle des clauses NPF dans les traités bilatéraux de commerce.

12. Ainsi, alors que de nos jours on considère souvent qu'une clause NPF sert principalement à étendre des avantages de manière automatique et inconditionnelle, le projet d'articles de 1978 contient des dispositions exhaustives et détaillées sur la

<sup>9</sup> Voir par exemple : *A/C.6/64/SR.23*, par. 52 (États-Unis d'Amérique); *A/C.6/65/SR.25*, par. 82 (Royaume-Uni); *A/C.6/65/SR.26*, par. 17 (États-Unis d'Amérique); *A/C.6/69/SR.25*, par. 115 (Autriche); *A/C.6/69/SR.26*, par. 18 (Royaume-Uni); *A/C.6/69/SR.27*, par. 26 (États-Unis d'Amérique).

<sup>10</sup> Voir par exemple : *A/C.6/64/SR.18*, par. 66 (Hongrie); *A/C.6/64/SR.22*, par. 75 (Nouvelle-Zélande); *A/C.6/65/SR.26*, par. 45 (Sri Lanka); *A/C.6/66/SR.27*, par. 28 (Sri Lanka); *A/C.6/66/SR.27*, par. 69 (Fédération de Russie); *A/C.6/66/SR.27*, par. 78 (Portugal); *A/C.6/66/SR.27*, par. 89 (Viet Nam); *A/C.6/66/SR.28*, par. 21 (Canada); *A/C.6/67/SR.20*, par. 109 (Canada); *A/C.6/69/SR.25*, par. 21 (Viet Nam); *A/C.6/69/SR.26*, par. 69 (Singapour); *A/C.6/69/SR.26*, par. 73 (Australie); *A/C.6/69/SR.27*, par. 76 (République de Corée).

<sup>11</sup> Nations Unies, *La Commission du droit international et son œuvre*, 8<sup>e</sup> éd., vol. 1 (2012), numéro de vente E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4) (en anglais), p. 171.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>13</sup> Shinya Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokyo : Yuhikaku, 2001), p. 14 à 201 [en japonais]; Shinya Murase, « *The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905* », *American Journal of International Law*, vol. 70 (1976), p. 273 à 297.

« condition de contrepartie » et la « condition de traitement réciproque », ce qui traduisait peut-être une préoccupation liée en partie à la situation des pays pratiquant le commerce d'État, qui n'étaient pas favorables à une application entièrement automatique des clauses NPF. En outre, des questions telles que les unions douanières et les préférences pour les pays en développement allaient susciter des controverses.

## 2. Dispositions fondamentales

13. Le projet d'articles de 1978 couvre des questions diverses, dont certaines semblent être devenues secondaires avec l'évolution ultérieure, mais il pose les éléments fondamentaux des dispositions NPF et les orientations qu'il offre pour guider leur mise en application restent essentielles pour le fonctionnement des clauses NPF aujourd'hui. Le traitement de la nation la plus favorisée y est défini comme étant :

« [...] le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers. »<sup>14</sup>.

Bien que cette définition ait été critiquée pour son manque de clarté<sup>15</sup>, elle énonce bel et bien les éléments clefs d'une clause NPF, qui sont ensuite précisés dans les autres articles.

14. En particulier, le projet d'articles indique clairement que le traitement NPF ne constitue pas une exception à la règle générale relative aux effets des traités à l'égard des États tiers<sup>16</sup>. Le droit au traitement de la nation la plus favorisée est subordonné à la condition que le traité contenant la clause NPF soit le traité de base par lequel est établi le lien juridique entre l'État concédant et l'État bénéficiaire. En d'autres termes, le droit de l'État bénéficiaire au traitement NPF ne peut découler que de la clause NPF d'un traité entre lui-même et l'État concédant, et non d'un traité entre l'État concédant et l'État tiers. Ainsi, aucun *jus tertii* n'est créé. Ce faisant, la Commission donnait effet à ce que la Cour internationale de Justice avait déjà établi dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co*<sup>17</sup>.

15. Le projet d'articles contient également une référence importante à l'application du principe *ejusdem generis* aux clauses NPF. Ce faisant, la Commission s'est largement fondée sur la pratique et la jurisprudence concernant la notion de « produits similaires » au sens de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). L'application qu'elle fait du principe *ejusdem generis* est double. Tout d'abord, l'article 9 (par. 1) dispose que :

« En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans

<sup>14</sup> Voir par exemple l'article 5 du projet d'articles de 1978, *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 24.

<sup>15</sup> Ce problème a été mis en avant par le Luxembourg dans ses observations sur le projet d'articles adopté en première lecture : « On doit en effet s'interroger sur la portée de la formule [...] faisant référence à des "personnes" ou à des "choses" se trouvant dans un "rapport déterminé" avec un État donné. De quelles personnes s'agit-il? Si la situation peut paraître claire pour les personnes physiques, elle l'est beaucoup moins pour les entreprises économiques, personnifiées ou non personnifiées. Quant aux choses visées, s'agit-il seulement d'objets matériels, ou encore de valeurs immatérielles comme des prestations de services ou des droits de propriété commerciale, industrielle ou intellectuelle? Enfin, que faut-il entendre par "rapport déterminé" avec un État, spécialement dans le cas d'entreprises économiques ou d'objets immatériels? », *ibid.*, p. 183.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 28 et 29 (art. 7 et 8).

<sup>17</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), Exception préliminaire*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 109 et 110.

un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause. »

Ensuite, l'article 10 (par. 1) dispose que :

« En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause. ».

16. Les articles 9 et 10 indiquent aussi clairement que si les droits sont acquis au bénéfice de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec l'État bénéficiaire, celles-ci doivent appartenir à la même catégorie et avoir le même rapport avec l'État bénéficiaire que les personnes ou les choses se trouvant dans un rapport déterminé avec l'État tiers<sup>18</sup>.

17. Le projet d'articles de 1978 examine également les effets des clauses NPF qui sont soumises à une condition de contrepartie ou de traitement réciproque, et prévoit des règles particulières pour le traitement de la clause de la nation la plus favorisée dans le cas des États en développement, du trafic frontalier et des États sans littoral.

18. Entre autres raisons, c'est à cause des dispositions relatives aux pays en développement que les travaux de la Commission sont restés au stade du projet d'articles. Les États étaient d'avis que ces dispositions soit allaient au-delà de ce qui était accepté en droit international coutumier<sup>19</sup>, soit ne reflétaient pas les nouveautés qui se produisent ailleurs, en particulier dans le cadre du GATT<sup>20</sup>. Plusieurs États estimaient que le projet d'articles ne protégeait pas suffisamment les intérêts des pays en développement<sup>21</sup>. D'autres jugeaient que l'article 24, relatif aux arrangements entre États en développement, était trop restrictif<sup>22</sup> ou pas assez précis<sup>23</sup>. D'autres encore reprochaient au projet d'articles de n'avoir pas su prendre en considération la complexité des liens entre le traitement NPF dans les accords bilatéraux et le traitement NPF dans les accords multilatéraux<sup>24</sup>. En particulier, de nombreux États voyaient d'un mauvais œil la conversion du projet d'articles en convention contraignante sans l'ajout d'une disposition spécifique visant à exempter les unions douanières<sup>25</sup>. Certains États redoutaient que le projet d'articles n'empêche les pays de « s'engager sur la voie de l'intégration régionale »<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 31 (voir en particulier art. 10, par. 2).

<sup>19</sup> *A/C.6/33/SR.37*, par. 52 (Canada).

<sup>20</sup> *A/C.6/33/SR.46*, par. 2 (Danemark); *A/C.6/33/SR.37*, par. 11 (Royaume-Uni).

<sup>21</sup> *A/C.6/33/SR.37*, par. 24 (Libéria); *A/C.6/33/SR.41*, par. 43 (Équateur); *A/C.6/33/SR.43*, par. 23 (Ghana); *A/C.6/33/SR.45*, par. 21 à 26 (Swaziland). La Communauté économique européenne estimait que le projet d'articles aurait dû traiter explicitement la question des relations entre des États dont la situation économique est différente : *A/C.6/33/SR.32*, par. 6 et 7, 16 et 17 (CEE). Voir également *A/C.6/33/SR.39*, par. 24 (Belgique).

<sup>22</sup> *A/C.6/33/SR.32*, par. 20 (Jamaïque); *A/C.6/33/SR.42*, par. 30 (Bangladesh).

<sup>23</sup> *A/C.6/33/SR.37*, par. 42 (Chili); *A/C.6/33/SR.43*, par. 39 (Guyana). Plusieurs États ont demandé que les termes « État en développement » et « État développé » soient mieux définis juridiquement :

*A/C.6/33/SR.39*, par. 27 (Belgique); *A/C.6/33/SR.40*, par. 5 (États-Unis d'Amérique).

<sup>24</sup> *A/C.6/33/SR.33*, par. 28 (République fédérale allemande); *A/C.6/33/SR.37*, par. 33 (Roumanie); *A/C.6/33/SR.40*, par. 63 (Syrie); *A/C.6/33/SR.41*, par. 60 (Jamahiriya arabe libyenne). L'Italie regrettait que les organes supranationaux n'aient pas été inclus dans le champ d'application du projet d'articles : *A/C.6/33/SR.44*, par. 9 (Italie).

<sup>25</sup> *A/C.6/33/SR.31*, par. 5 (Pays-Bas); *A/C.6/33/SR.33*, par. 2 (Danemark); *A/C.6/33/SR.36*, par. 2 et 3 (Suède); *A/C.6/33/SR.37*, par. 2 (Autriche); *A/C.6/33/SR.37*, par. 10 (Royaume-Uni); *A/C.6/33/SR.39*, par. 10 (Grèce); *A/C.6/33/SR.39*, par. 25 (Belgique); *A/C.6/33/SR.39*, par. 48 (Colombie); *A/C.6/33/SR.40*, par. 52 (Zambie); *A/C.6/33/SR.41*, par. 11 (Turquie); *A/C.6/33/SR.42*, par. 6 (Irlande); *A/C.6/33/SR.42*, par. 39 (Nigéria); *A/C.6/33/SR.42*, par. 43 (Pérou); *A/C.6/33/SR.43*, par. 11 (Venezuela); *A/C.6/33/SR.43*, par. 30 (Uruguay); *A/C.6/33/SR.44*, par. 13

### 3. La décision de l'Assemblée générale concernant le projet d'articles de 1978

19. De 1978 à 1988, l'Assemblée générale a invité les Gouvernements à formuler des observations sur le projet d'articles, puis elle a clos l'examen du sujet en décidant :

« [...] de porter le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée qui figure dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session à l'attention des États Membres et des organisations intergouvernementales intéressées afin qu'ils le prennent en considération le cas échéant et selon qu'il conviendra »<sup>27</sup>.

### C. L'évolution ultérieure

20. Les circonstances qui prévalaient lorsque la Commission a étudié la clause de la nation la plus favorisée, dans ses rapports sur le sujet et dans le projet d'articles de 1978, ont changé de manière significative. L'utilisation du traitement NPF est devenue plus restreinte dans la sphère économique, mais, parallèlement, sa portée s'y est élargie. Les Rapporteurs spéciaux qui ont élaboré le projet d'articles de 1978 ont examiné un vaste éventail de domaines dans lesquels les clauses NPF produisaient leurs effets, y compris les droits de navigation et les immunités diplomatiques. Aujourd'hui, le principe de la nation la plus favorisée est appliqué principalement en droit économique international, en particulier en ce qui concerne le commerce et l'investissement. Dans certains cas, le traitement NPF prévu par les traités bilatéraux a été remplacé par des conventions multilatérales imposant des obligations de non-discrimination de manière plus générale<sup>28</sup>.

21. Dans d'autres domaines également, on trouve des clauses de non-discrimination qui ressemblent aux dispositions NPF, notamment dans les accords de siège et les conventions fiscales, mais leur utilisation est apparemment peu fréquente et n'a pas donné lieu à controverse<sup>29</sup>. Dans le domaine économique, en revanche, le recours au traitement NPF est devenu à la fois plus fréquent et plus étendu. Le GATT, qui a consacré le traitement NPF comme principe fondamental du système des échanges multilatéraux, est désormais intégré à l'OMC, qui applique le traitement NPF aussi bien au commerce des services qu'aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. En outre, le traitement NPF est devenu un principe essentiel des traités bilatéraux d'investissement, une forme de traité dont l'existence pratique était très limitée à l'époque où le projet d'articles de 1978 a été élaboré. Même si le premier traité bilatéral d'investissement a été conclu à la fin des années 1950, c'est

(Italie); A/C.6/33/SR.44, par. 20 (Égypte); A/C.6/33/SR.45, par. 27 (Swaziland); A/C.6/33/SR.46, par. 2 (résumé du Président de la Commission du droit international).

<sup>26</sup> A/C.6/33/SR.32, par. 8 à 12 (Communauté économique européenne). Voir également A/C.6/33/SR.31, par. 4 (Pays-Bas) : « Le défaut le plus frappant du projet définitif tient au fait qu'il ignore encore en grande partie l'évolution moderne de la coopération économique régionale ainsi que ses effets sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée. ».

<sup>27</sup> Assemblée générale, décision 46/416 du 9 décembre 1991.

<sup>28</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, faite à Vienne le 18 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95 et Convention de Vienne sur les relations consulaires, faite à Vienne le 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261.

<sup>29</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et les États-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, signé à Lake Success le 26 juin 1947, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 11, n° 147, p. 13, art. V, sect. 15, par. 4); Convention entre le Gouvernement d'Australie et le Gouvernement des États-Unis du Mexique en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signée à Mexico le 9 septembre 2002, *Recueil des traités australiens*, vol. 4 (2004), peut être consulté à l'adresse <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>.

après la guerre froide que l'on a observé une prolifération de ces accords, ainsi qu'un recours de plus en plus fréquent aux dispositions de règlement des différends qu'ils contiennent<sup>30</sup>.

22. Les mécanismes de règlement des différends de l'OMC, ainsi que ceux qui sont chargés de résoudre les différends en matière d'investissement, ont produit un corps de droit sur l'interprétation des clauses NPF, en particulier dans le cadre du commerce et de l'investissement. L'article premier du GATT, qui consacre la clause NPF, a été invoqué lors du règlement de différends entre membres de l'OMC et interprété par l'Organe d'appel de cette organisation. Le traitement NPF a également sa place dans le règlement de différends relatifs au commerce des services. En outre, il existe un nombre important d'affaires où les tribunaux ont cherché comment interpréter la portée et l'application des dispositions NPF dans des traités bilatéraux d'investissement, avec des résultats divergents, voire contradictoires.

23. En résumé, les clauses NPF s'appliquent aujourd'hui dans un contexte très différent de celui qui prévalait lorsque la Commission s'est initialement penchée sur ce sujet. C'est au vu de ce constat que la Commission a estimé qu'un nouvel examen de la question présentait une certaine utilité.

#### **D. L'analyse des dispositions NPF par d'autres organes**

24. Le Groupe d'étude s'est informé des nombreux travaux réalisés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur les clauses NPF.

##### **1. La CNUCED**

25. La CNUCED contribue depuis longtemps au développement international, notamment en diffusant des informations techniques sur des questions liées à l'investissement. Elle a élaboré deux séries de publications, l'une intitulée « Collection de la CNUCED consacrée aux accords internationaux d'investissement » et l'autre intitulée « Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement ». Plus récemment, elle a publié une série de notes thématiques intitulée « Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement », qui comprend une publication annuelle sur les faits nouveaux en matière de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Ses recueils d'accords internationaux d'investissement – *International Investment Instruments : A Compendium*<sup>31</sup> – et sa base de données – *Investment Policy Hub*<sup>32</sup> – sont des outils inestimables pour rechercher des traités internationaux d'investissement.

26. Plusieurs autres publications de la CNUCED traitent également des questions liées à la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre d'une analyse plus large des accords d'investissement. En particulier, le bilan annuel du règlement des différends investisseur-État qui est publié dans la série de notes thématiques passe en revue les décisions rendues dans l'année considérée par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement, y compris les décisions portant sur l'interprétation des

<sup>30</sup> Stephan W. Schill, « *W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law* », *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), p. 875 à 908.

<sup>31</sup> CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium*, UNCTAD/DITE/4, vol. XIII, peut être consulté à l'adresse <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>. Les volumes VI, VII, VIII, IX et X sont également disponibles sous forme électronique.

<sup>32</sup> CNUCED, site Web « *Investment Policy Hub* » (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.)

dispositions NPF. Le rapport offre un résumé des décisions ainsi qu'une comparaison avec les décisions des années antérieures, mais sans procéder à une analyse des approches suivies par les tribunaux d'investissement dans leur interprétation.

27. Les travaux de la CNUCED sur la clause NPF offrent un ensemble important d'informations générales et contextuelles pour l'examen des dispositions NPF. Toutefois, ces travaux sont généralement centrés sur les grandes questions de politique générale applicables aux dispositions NPF, plutôt que sur les questions de droit international coutumier et d'interprétation des traités qui constituent l'objet principal des travaux du Groupe d'étude.

## 2. L'OCDE

28. Le rôle principal de l'OCDE dans le domaine de l'investissement a consisté à élaborer des instruments pour faciliter l'investissement, auxquels les États membres peuvent adhérer. Ces instruments énoncent des obligations de non-discrimination, notamment sous la forme de clauses NPF.

29. Le Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux, qui porte sur l'investissement direct et l'établissement, et le Code de l'OCDE de la libération des opérations invisibles courantes, qui porte sur les services, prévoient tous deux une obligation de non-discrimination. Bien qu'elle ne soit pas formulée dans le langage traditionnel des clauses NPF, cette obligation est considérée par l'OCDE comme un équivalent pratique d'une disposition NPF. L'article 9 commun aux deux codes dispose ce qui suit :

« En autorisant la conclusion et l'exécution des transactions et des transferts énumérés à l'annexe A et qui sont libérés à un degré quelconque, les Membres ne procéderont à aucune discrimination envers les autres Membres. ».

30. Dans son Guide de référence sur les Codes, l'OCDE rappelle que<sup>33</sup> :

« Les pays Membres de l'OCDE doivent accorder l'avantage de l'ouverture des marchés aux résidents de tous les autres pays Membres, sans discrimination. Là où des restrictions existent, elles doivent être appliquées à tous. [...] Les codes ne permettent pas l'inscription de réserves au principe de non-discrimination, ou NPF. ».

31. Les Codes prévoient d'importantes dérogations à l'application du traitement NPF, notamment pour les membres appartenant à une union douanière ou un système monétaire particulier, et plus généralement pour des motifs liés au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publiques, à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité des membres, ou encore à l'exécution de leurs obligations concernant la paix et la sécurité internationales<sup>34</sup>.

32. L'OCDE est également à l'origine des négociations sur le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), dont l'une des dispositions est une clause NPF qui prévoit l'application d'un « traitement non moins favorable » en ce qui concerne « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements »<sup>35</sup>. Au moment où les négociations ont été abandonnées, il existait un désaccord sur la question de savoir si la clause NPF s'appliquait aux

<sup>33</sup> OCDE, *Codes de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes, Guide de référence 2008* (en ligne, édition 2007), p. 11, peut être consulté à l'adresse <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/38073320.pdf>.

<sup>34</sup> Ibid., art. 3.

<sup>35</sup> OCDE, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), *L'Accord multilatéral sur l'investissement*, projet de texte consolidé, 24 avril 1998, DAF/MAI(98)7/REV1.

investissements sur le territoire de l'État concédant le traitement NPF et si l'expression « dans des circonstances similaires » qualifiait les bénéficiaires ayant droit au traitement NPF.

33. Le projet d'AMI prévoyait également un certain nombre de dérogations à l'octroi du traitement NPF, notamment pour des motifs liés à la protection des intérêts en matière de sécurité ou à l'exécution des obligations au titre de la Charte des Nations Unies, ou en raison de mesures fiscales. Plusieurs autres motifs de dérogation ont suscité des controverses qui n'ont jamais été résolues, notamment le rééchelonnement de la dette publique, les transactions exécutées au titre de politiques monétaires et économiques et les accords d'intégration économique régionale<sup>36</sup>.

## Partie II

### Pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain et questions concernant leur interprétation

34. Dans la présente partie, il sera question de la nature des clauses NPF, de l'utilisation qui en est faite aujourd'hui dans les traités et de la façon dont elles sont appliquées. Seront également examinées des questions d'interprétation qui se sont posées au sujet des clauses NPF, en particulier dans le cadre des accords internationaux d'investissement.

#### A. Caractéristiques essentielles des dispositions NPF

35. Ainsi qu'il ressort du projet d'articles de 1978, les dispositions NPF contenues dans les traités bilatéraux et multilatéraux<sup>37</sup> présentent les caractéristiques essentielles suivantes :

- Premièrement, ces dispositions prévoient que chaque État accepte d'accorder un niveau de traitement particulier à l'autre État ou aux autres États, ainsi qu'aux personnes et entités se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État ou ces États<sup>38</sup>;
- Deuxièmement, le niveau de traitement prévu dans une disposition NPF est fonction du traitement qu'accorde l'État concédant aux États tiers (« non moins favorable »)<sup>39</sup>;
- Troisièmement, un engagement NPF s'applique uniquement au traitement entrant dans la même catégorie que le traitement conféré à l'État tiers (« *ejusdem generis* »)<sup>40</sup>;
- Quatrièmement, seules ont droit au traitement NPF les personnes ou entités entrant dans la même catégorie que les personnes ou entités de l'État tiers qui bénéficient du traitement revendiqué<sup>41</sup>.

36. Ce sont les deuxième et troisième caractéristiques visées ci-dessus qui posent les plus grandes difficultés au niveau de l'application des dispositions NPF. La question de ce qu'est un « traitement non moins favorable » et celle de savoir si le traitement

<sup>36</sup> Ibid., p. 13.

<sup>37</sup> La Commission n'a pas exclu la possibilité que des dispositions NPF puissent être utilisées ailleurs que dans les traités. *Annuaire ... 1978*, p. 19 (art. 1).

<sup>38</sup> Ibid., p. 24 (art. 5).

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid., p. 31 (art. 9).

<sup>41</sup> Ibid. [art. 10 (par. 2)].

revendiqué entre dans la même catégorie que le traitement conféré aux États tiers ont donné lieu à des différends dans le cadre du GATT et de l'OMC. De plus, comme on le verra, la question de savoir si le traitement revendiqué entre dans la même catégorie que le traitement conféré aux États tiers est au cœur de controverses actuelles dans le domaine de l'investissement.

## 1. La raison d'être du traitement NPF

37. Le traitement NPF est essentiellement un moyen d'assurer la non-discrimination entre un État et d'autres États; il peut donc être perçu comme le reflet du principe d'égalité souveraine. Toutefois, ses origines portent à croire que ce traitement est né du souhait plus pragmatique d'éviter l'avantage concurrentiel dans la sphère économique. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial pour le projet d'articles de 1978 dans son premier rapport<sup>42</sup>, au Moyen-Âge, les commerçants qui ne pouvaient pas obtenir de monopole sur les marchés étrangers cherchaient à bénéficier d'un traitement qui ne soit pas moins bon que celui de leurs concurrents. Un tel traitement a ensuite été incorporé dans les accords entre puissances souveraines – traités d'amitié, de commerce et de navigation – et appliqué au-delà de la sphère du commerce de façon à ce que les sujets d'un État souverain bénéficient, dans un autre État, d'un traitement aussi bon que les sujets d'autres États souverains.

38. La prévention de la discrimination est également liée à la notion économique de l'avantage comparatif, qui constitue l'un des piliers des notions de libre-échange et de libéralisme économique. Selon la théorie de l'avantage comparatif, les pays devraient produire ce qu'ils produisent le plus efficacement. Toujours selon cette théorie, se spécialiser dans le commerce de biens que l'on produit efficacement est dans l'intérêt des consommateurs et accroît le niveau de vie<sup>43</sup>. Au contraire, on perd en efficacité lorsqu'un pays A exerce une discrimination à l'égard des biens produits par un pays B par rapport aux mêmes biens produits par un pays C. La règle NPF permet d'éviter cette discrimination en garantissant que le pays A accorde au pays B un traitement non moins favorable que celui qu'il confère au pays C. C'est pourquoi le traitement NPF est perçu comme la pierre angulaire du GATT et du système commercial de l'OMC<sup>44</sup>.

39. Le débat autour des avantages de la non-discrimination par rapport à ceux du système des préférences, en particulier en ce qui concerne les pays en développement, a duré longtemps et, à bien des égards, n'est pas clos pour ce qui est du commerce<sup>45</sup>.

40. La justification économique du traitement NPF en dehors de la sphère du commerce des biens, dans le commerce des services, l'investissement et d'autres domaines, est aussi une question controversée. Il a été avancé que, si dans le domaine du commerce, la non-discrimination préservait l'égalité des chances en matière de concurrence (logique de l'avantage comparatif), dans le domaine de l'investissement elle avait pour but de protéger les droits des investisseurs<sup>46</sup>. Cependant, quelle que soit la justification de la non-discrimination en dehors du secteur du commerce des biens,

<sup>42</sup> *Annuaire ... 1968*, vol. II, p. 169, document A/CN.4/L.127.

<sup>43</sup> John Jackson, *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge : MIT Press, 1997), chap. 2.

<sup>44</sup> Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (WT/DS139/AB/R), adopté le 31 mai 2000. Voir aussi rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (WT/DS246/AB/R), adopté le 20 avril 2004, par. 101.

<sup>45</sup> *L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, Directeur général (Genève, OMC, 2004), par. 88 à 102 (« Rapport Sutherland »).

<sup>46</sup> Nicholas DiMascio et Joost Pauwelyn, « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties : Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? », *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), p. 48 à 89.

les accords portant sur l'investissement et les services continuent de comporter des clauses de traitement NPF (et de traitement national). Ayant pris note de ces différences de vues, le Groupe d'étude n'a pas jugé nécessaire d'examiner plus avant la question de la justification économique des dispositions NPF.

## **B. Clauses de la nation la plus favorisée : la pratique actuelle**

### **1. Les clauses NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC**

41. Le traitement NPF a toujours été considéré comme l'obligation centrale du système commercial multilatéral. Énoncée dans sa forme la plus complète à l'article premier (par. 1) du GATT, l'obligation en matière de traitement NPF est également présente directement et indirectement dans d'autres dispositions du GATT<sup>47</sup>. La règle NPF telle qu'elle figurait dans le GATT comprenait deux caractéristiques essentielles. Premièrement, elle fonctionnait de manière multilatérale et les « avantages, faveurs, privilèges ou immunités » accordés à une Partie contractante devaient être accordés à toutes les Parties contractantes. Deuxièmement, le traitement devait être accordé sans conditions.

42. La place centrale du traitement NPF dans le GATT tient au fait qu'il permettait d'éviter la discrimination dans l'application des tarifs douaniers et autres traitements accordés aux biens au franchissement des frontières. Traditionnellement les tarifs douaniers étaient négociés de façon bilatérale ou parmi des groupes de pays puis étaient appliqués uniformément à toutes les Parties contractantes en vertu de la disposition NPF. C'est de cette façon que l'égalité des chances des commerçants en matière de concurrence devait être préservée.

43. Dans le cadre du système de l'OMC, cependant, le traitement NPF, appliqué à l'origine uniquement au commerce des biens, a été étendu au nouveau régime relatif au commerce des services<sup>48</sup>. Il a été intégré aux nouvelles obligations de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Ainsi, le traitement NPF est partout présent dans le système de l'OMC.

44. Le Groupe d'étude a examiné la façon dont les clauses NPF avaient été appliquées dans le cadre du GATT et de l'OMC. Un certain nombre de conclusions générales ont été tirées de cet examen en ce qui concerne la portée et l'application du traitement NPF au sein du système de l'OMC.

45. Premièrement, bien que les dispositions NPF utilisées au sein de l'OMC soient libellées différemment, l'Organe d'appel a choisi de les considérer comme ayant la même signification<sup>49</sup>. L'interprétation des termes a moins d'importance que la notion qui sous-tend le traitement NPF.

46. Deuxièmement, l'Organe d'appel a interprété le traitement NPF tel que prévu à l'article premier du GATT comme ayant l'application la plus large possible. Comme il l'a fait observer, l'expression « tous avantages, faveurs et privilèges » signifie

<sup>47</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, p. 187, art. II, III (par. 4), IV, V (par. 2, 5 et 6), IX (par. 1), XIII (par. 1), XVII (par. 1) et XX [al. j)].

<sup>48</sup> Accord général sur le commerce des services, 15 avril 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1869, p. 183, art. II.

<sup>49</sup> Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (WT/DS27/AB/R), adopté le 25 septembre 1997, par. 231.

vraiment « tous »<sup>50</sup>. Cela étant, il n'a pas traité la question particulière de savoir si le traitement NPF s'applique à la fois aux droits substantiels et aux droits procéduraux.

47. Troisièmement, bien que le traitement NPF soit censé être inconditionnel, tous les accords de l'OMC prévoient des exceptions à l'application du traitement NPF; dans la pratique, son application est donc plus limitée qu'il n'y paraît. Les exceptions concernant les unions douanières et les zones de libre-échange<sup>51</sup>, les mesures de sauvegarde et autres mesures correctives commerciales, ainsi que les exceptions générales et les dispositions prévoyant un « traitement spécial et différencié » sont autant de limites à la portée véritable du traitement NPF dans les accords de l'OMC. Bien que l'Organe d'appel ait souvent adopté une approche restrictive de l'interprétation des exceptions<sup>52</sup>, la portée et l'étendue de celles-ci limite pourtant souvent l'application du traitement NPF dans les accords de l'OMC.

48. Du fait de la nature particulière du système de l'OMC, qui possède son propre ensemble d'accords et sa propre procédure de règlement des différends pour interpréter et mettre en œuvre ces accords, l'interprétation des dispositions NPF figurant dans les accords de l'OMC présente peu d'intérêt direct du point de vue des clauses NPF utilisées dans d'autres accords. L'interprétation du traitement NPF au sein du système de l'OMC peut se poursuivre indépendamment de la façon dont les clauses NPF sont traitées dans d'autres contextes.

49. Cela dit, le traitement NPF utilisé au sein du système de l'OMC n'est pas entièrement circonscrit à ce système. Il peut s'appliquer au-delà des accords de l'OMC. Avant la création de l'OMC s'était posée la question de savoir si un État Partie contractante au GATT pouvait, en vertu d'une disposition NPF, bénéficier des avantages conférés par un des codes issus du Tokyo Round auquel il n'était pas partie. Cette question n'a jamais été tranchée. Une autre question qui se pose actuellement est celle de savoir si un membre de l'OMC qui n'est pas partie à l'un des « accords multilatéraux » qui sont liés aux accords de l'OMC mais n'en font pas partie, peut se prévaloir de la disposition NPF pour revendiquer les avantages que confèrent les accords multilatéraux, même s'il n'est pas partie à cet accord. Là encore, la question reste à régler.

50. Une question connexe se pose en ce qui concerne la disposition NPF de l'Accord général sur le commerce des services. Le commerce des services dans le cadre de cet accord suppose la prestation d'un service par un prestataire de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire d'un autre Membre<sup>53</sup>. L'article II de l'Accord général sur le commerce des services se lit comme suit :

« En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays. ».

51. Les mesures ayant des effets sur les prestataires de services qui découlent de traités bilatéraux d'investissement avec des États tiers pourraient entrer dans le champ

<sup>50</sup> *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (WT/DS139/AB/R), adopté le 19 juin 2000, par. 79.

<sup>51</sup> GATT, art. XXIV. Les unions douanières et les zones de libre-échange prennent encore plus d'importance avec la prolifération des accords commerciaux régionaux.

<sup>52</sup> Voir par exemple : Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R), adopté le 12 octobre 1998.

<sup>53</sup> Accord général sur le commerce des services, art. 1 [par. 2 d)].

d'application de l'article II. En d'autres termes, il s'agit de savoir si un Membre de l'OMC pourrait, en vertu de l'article II de l'Accord général sur le commerce des services, demander à bénéficier des dispositions d'un traité bilatéral d'investissement conclu par un autre Membre de l'OMC avec un État tiers lorsque les mesures que contient ledit traité confèrent un traitement plus favorable aux prestataires de services de l'État tiers en question. Jusqu'à présent, le Groupe d'étude n'a trouvé aucune pratique ni jurisprudence à ce sujet.

52. Bien qu'il reste, concernant le traitement NPF dans le cadre de l'OMC, des questions non résolues qui pourraient poser problème à l'avenir, le Groupe d'étude n'a pas jugé qu'il pourrait utilement étudier ces questions à l'heure actuelle. L'OMC a son propre mécanisme de règlement des différends et les accords de l'OMC sont interprétés sur la base des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>54</sup> (ci-après « Convention de Vienne de 1969 »). L'existence d'un organe d'appel garantit la possibilité que les interprétations collégiales des diverses dispositions NPF des accords puissent être repensées et, si nécessaire, annulées.

## 2. Les dispositions NPF dans d'autres accords commerciaux

53. Les accords commerciaux régionaux<sup>55</sup> ou bilatéraux portant sur le commerce de biens ne comprennent généralement pas de dispositions NPF. Ils prévoient déjà l'octroi d'un régime tarifaire préférentiel à toutes les parties, de sorte qu'une clause NPF aurait peu d'utilité. Le principe du traitement national joue au contraire un rôle important. Certains accords régionaux contiennent toutefois une certaine forme de disposition NPF s'appliquant au commerce des biens, en ce sens qu'ils prévoient que si le taux de droit de douane NPF est abaissé, il doit être accordé à l'autre partie s'il descend en-dessous du taux agréé dans le cadre de l'accord commercial régional<sup>56</sup>.

54. En revanche, les accords économiques régionaux ou bilatéraux qui ne portent pas exclusivement sur le commerce prévoient le traitement NPF pour ce qui est des services et de l'investissement<sup>57</sup>. À cet égard, ils ne sont pas différents des accords de l'OMC concernant les services ou des accords bilatéraux d'investissement. S'agissant de tels accords, l'approche de l'interprétation du traitement NPF ne serait pas différente de celle qui s'applique aux accords bilatéraux d'investissement. Toutefois, il ne semble pas exister, jusqu'à présent, de commentaire de tribunaux sur ces dispositions, qui n'ont en général pas fait l'objet d'études universitaires.

## 3. La règle de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement

55. L'obligation de concéder un traitement NPF existe depuis longtemps dans les accords d'investissement. Elle était déjà présente dans les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation et a continué de figurer dans les traités bilatéraux d'investissement modernes ainsi que dans les accords commerciaux régionaux contenant des dispositions en matière d'investissement. Le traitement NPF et le traitement national sont donc appliqués dans les traités bilatéraux d'investissement, dans lesquels ils constituent, comme dans le GATT, des obligations fondamentales.

<sup>54</sup> Faite à Vienne le 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, p. 150.

<sup>55</sup> Les termes « accords régionaux » désignent également les accords d'intégration économique régionale, les accords d'association et les unions douanières.

<sup>56</sup> Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *Journal officiel de l'Union européenne*, L127 vol. 54 (14 mai 2011), p. 9, art. 2.5; Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *Journal officiel de l'Union européenne*, L352 vol. 45 (30 décembre 2002), p. 19, art. 60, par. 4.

<sup>57</sup> Accord de libre-échange nord-américain, *International Legal Materials* vol. 32 (1993), p. 289 et 605, chap. 11, art. 1103 (Investissement), art. 1203 (Services), et art. 1406 (Services financiers).

56. Bien que leur libellé puisse varier considérablement, les clauses NPF dans les accords d'investissement reprennent généralement les termes de « traitement non moins favorable » employés à l'article II du GATT. Par exemple, l'accord du 15 octobre 1990 entre l'Autriche et la République tchèque et slovaque prévoit ce qui suit :

« Chacune des Parties contractantes traite les investisseurs de l'autre Partie contractante et leurs investissements de manière au moins aussi favorable que ses propres investisseurs ou les investisseurs d'États tiers et leurs investissements. »<sup>58</sup>.

57. Dans certains cas, une clause NPF peut comprendre à la fois une obligation de traitement NPF et une obligation de traitement national. Par exemple, l'accord du 11 décembre 1990 entre l'Argentine et le Royaume-Uni prévoit ce qui suit :

« Aucune des Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante, ni leurs produits, à un traitement moins favorable que celui par elle accordé aux investissements de ses propres investisseurs, ou à ceux d'un État tiers, ou aux produits de ces investissements. »<sup>59</sup>.

58. Dans d'autres cas, l'obligation d'accorder un traitement NPF est liée à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable. Par exemple, dans l'accord du 9 juin 1994 entre la Chine et le Pérou, il est écrit que :

« Les investissements et activités associées aux investissements des investisseurs de chaque Partie contractante jouiront, sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable et d'une protection.

Le traitement et la protection dont il est question au paragraphe 1 du présent article ne seront pas moins favorables que ceux accordés aux investissements et activités associées aux investissements des investisseurs d'un État tiers. »<sup>60</sup>.

59. Bien que l'obligation de traitement NPF soit commune aux traités bilatéraux d'investissement, la façon dont cette obligation est exprimée varie. Six types d'obligation ont ainsi été recensés, mais dans certains accords, la clause NPF peut associer différents types d'obligation.

60. Dans le premier type, l'obligation NPF a trait seulement au « traitement » accordé à l'investisseur ou aux investissements. L'accord entre l'Autriche et la République tchèque et slovaque en est un exemple.

61. Dans le deuxième type d'obligation, l'étendue du traitement à accorder a été élargie en faisant référence à « tout » traitement. On en trouve un exemple dans l'accord entre l'Argentine et l'Espagne, dans lequel il est précisé que le traitement de

<sup>58</sup> Accord entre la République d'Autriche et la République fédérale tchèque et slovaque relatif à l'encouragement et à la protection des investissements, fait à Vienne le 15 octobre 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1653, p. 127, art. 3 (par. 1).

<sup>59</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection des investissements, fait à Londres le 11 décembre 1990, art. 3 (par. 1), disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

<sup>60</sup> Accord entre le Gouvernement de la République du Pérou et le Gouvernement de la République populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, fait à Beijing le 9 juin 1994, art. 3 (par. 1 et 2), disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/42/treaty/954>.

la nation la plus favorisée s'applique « [d]ans tous les domaines régis par le présent Accord »<sup>61</sup>.

62. Dans le troisième type d'obligation, le terme « traitement » s'applique à des aspects particuliers du processus d'investissement, tels que « la gestion », « l'entretien », l'utilisation et l'aliénation de l'investissement auquel s'applique le traitement NPF<sup>62</sup>. Dans certains cas, les accords prévoient que le traitement NPF est accordé en ce qui concerne « l'établissement » de l'investissement, ce qui permet d'assurer une protection à la fois pour la période qui précède l'investissement et pour celle qui le suit<sup>63</sup>.

63. Le quatrième type d'obligation concerne les cas dans lesquels le traitement NPF est lié à des obligations spéciales visées par le traité, comme l'obligation de fournir un traitement juste et équitable.

64. Le cinquième type d'obligation concerne les cas dans lesquels le traitement NPF ne doit être accordé qu'aux investisseurs ou investissements se trouvant « dans des circonstances similaires »<sup>64</sup> ou « des situations similaires »<sup>65</sup> à celles des investisseurs ou investissements avec lesquels la comparaison est faite.

65. Le sixième type d'obligation concerne les accords dans lesquels une limite territoriale semble avoir été fixée. Par exemple, dans l'accord du 21 juillet 1996 entre l'Italie et la Jordanie, il est prévu que les Parties contractantes décident d'accorder le traitement NPF « à l'intérieur des frontières de leur propre territoire »<sup>66</sup>.

66. Dans les accords d'investissement, les clauses NPF prévoient souvent aussi des exceptions dans lesquelles l'obligation d'accorder un traitement NPF ne s'applique pas. Les exceptions les plus courantes concernent l'imposition, les marchés publics ou le bénéfice dont jouit une Partie contractante parce qu'elle est partie à une union douanière<sup>67</sup>.

### C. Questions d'interprétation relatives aux clauses NPF dans les accords d'investissement

67. Il est largement admis par les tribunaux chargés de régler des différends en matière d'investissement que les clauses NPF, en tant que dispositions conventionnelles, doivent être interprétées conformément aux règles d'interprétation

<sup>61</sup> Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, signé à Buenos Aires le 3 octobre 1991, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1699, p. 187.

<sup>62</sup> L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) du 17 décembre 1992 prévoit le traitement NPF relativement à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements ». (ALENA, art. 1103)

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Accord entre la République turque et le Turkménistan concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, fait à Ashgabat le 2 mai 1992, art. II, disponible à l'adresse [http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

<sup>66</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume hachémite de Jordanie et le Gouvernement de la République italienne sur la promotion et la protection des investissements, fait à Amman le 21 juillet 1996, disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>.

<sup>67</sup> Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection des investissements, fait à Londres le 11 décembre 1990, art. 7, disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>. Voir OCDE, « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2004/2, p. 5.

des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Or, les controverses sur l'interprétation des clauses NPF ont parfois pour soubassement une différence dans l'application des dispositions de la Convention de Vienne de 1969<sup>68</sup>.

68. Par-delà les différences de formulation des clauses NPF, il y a des questions d'interprétation qui sont communes à toutes ces dispositions, qu'il s'agisse de commerce, d'investissement ou de services. Les clauses NPF comportent trois aspects qui soulèvent des questions d'interprétation, lesquelles seront examinées successivement ci-dessous et portent sur la définition du bénéficiaire de la clause, la définition du traitement qui s'impose et la définition de la portée de la clause. Parmi ces trois grandes questions d'interprétation, seule celle relative à la portée du « traitement » à accorder en vertu d'une clause NPF a donné lieu à un véritable débat et à des différends soumis à des tribunaux chargés d'affaires d'investissement.

### 1. Qui est en droit de bénéficier d'une clause NPF?

69. La première question d'interprétation porte sur la définition des bénéficiaires d'une clause NPF. En 1978, la Commission a estimé que le titulaire du droit de bénéficiaire d'une clause NPF était « l'État bénéficiaire ou des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État ». Dans les accords d'investissement, il est généralement précisé que l'obligation porte sur l'octroi du traitement NPF à « l'investisseur » ou à son « investissement ». Certains accords limitent le bénéfice du traitement NPF à l'investissement<sup>69</sup>. Toutefois, si certains accords d'investissement n'en disent pas plus sur ce point, d'autres précisent que le bénéficiaire doit être un investisseur ou un investissement qui se trouve dans des « circonstances similaires » ou « une situation similaire » à celles de l'investisseur ou de l'investissement tiers comparateur.

70. Il en est résulté d'innombrables controverses sur la question de savoir en quoi consiste un « investissement », s'agissant de savoir en particulier si celui-ci est censé contribuer au développement économique du pays dans lequel il est réalisé<sup>70</sup>. Or, la définition de l'investissement est un sujet qui concerne l'ensemble de l'accord d'investissement et ne soulève aucune question systémique quant aux clauses NPF ou quant à leur interprétation. En conséquence, le Groupe d'étude a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cette question plus avant.

71. L'expression « circonstances similaires » se retrouve dans le chapitre consacré à l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), mais elle est absente de nombreux autres accords. Cette expression semble introduire une certaine limitation dans la définition des investisseurs ou investissements qui peuvent réclamer le bénéfice d'une clause NPF – en portant peut-être à croire que seuls peuvent le faire les investisseurs ou investissements qui se trouvent dans des « circonstances similaires » à celles du traité comparateur.

72. Se pose donc la question de savoir si l'insertion de la condition des « circonstances similaires » ajoute quoi que ce soit à une clause NPF. En vertu du principe *ejusdem generis*, le traitement NPF ne peut en tout état de cause être réclaté que si la matière objet de la clause NPF est la même que celle de la clause NPF figurant dans le traité comparateur et si les personnes ou choses au profit desquelles le

<sup>68</sup> Voir par. 174 à 193, *infra*.

<sup>69</sup> Le Traité sur la Charte de l'énergie (Annexe 1 à l'Acte final de la Conférence sur la Charte européenne de l'énergie), fait à Lisbonne le 17 décembre 1994, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2080, p. 95, voir art. 10, par. 7.

<sup>70</sup> *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/00/4, par. 52; et, plus récemment, *Standard Chartered Bank c. République-Unie de Tanzanie*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/10/12, 2 novembre 2012.

traitement NPF peut être réclamé se trouvent dans le même rapport déterminé avec l'État bénéficiaire dans les deux clauses. Il s'agit là de l'effet des articles 9 et 10 du projet d'articles de 1978.

73. Dans les négociations sur l'AMI les parties étaient précisément divisées sur ce point et il n'y a donc jamais eu accord sur le fait d'inclure ou non l'expression « circonstances similaires » dans le texte de négociation. L'importance pratique de cette question tient au fait qu'elle renvoie à la question de savoir si les interprétations des accords où figure cette expression est pertinente pour l'interprétation des accords où elle ne figure pas. Comme on le verra plus loin, il n'est pas sans danger de considérer que les interprétations d'un accord d'investissement sont automatiquement applicables à d'autres accords, surtout lorsque la formulation est différente d'un accord à l'autre.

## 2. En quoi consiste un traitement qui n'est « pas moins favorable »?

74. La deuxième question d'interprétation est celle de savoir en quoi consiste un traitement qui n'est « pas moins favorable ». En 1978, la Commission n'a pas dit grand-chose sur le sujet, si ce n'est qu'elle a expliqué pourquoi elle employait le terme « pas moins favorable » au lieu de « égal » et pourquoi le traitement pouvait ne pas être moins favorable si le bénéficiaire tiers comparateur ne bénéficiait pas effectivement de ce traitement mais était néanmoins en droit d'en bénéficier<sup>71</sup>. Cette question est dans une certaine mesure liée à la troisième, celle de savoir quelle est la portée du traitement.

75. Selon un point de vue, la raison d'être de l'octroi d'un traitement « pas moins favorable » réside dans la volonté de l'État bénéficiaire d'assurer l'égalité des avantages compétitifs entre ses propres nationaux et ceux d'États tiers<sup>72</sup>. Telle est la raison d'être des clauses NPF en ce qui concerne le commerce des biens dans le cadre du GATT et de l'OMC, et cette logique est tout aussi fondamentale pour les investisseurs et leurs investissements. Selon un autre point de vue, l'objectif du traitement NPF et du traitement national est de reconnaître les « droits » des investisseurs et de leur donner effet<sup>73</sup>. Cela étant dit, la finalité d'un « droit » dans le contexte du traitement NPF et du traitement national est d'assurer à un investisseur l'égalité des avantages compétitifs avec les autres investisseurs étrangers ou avec les nationaux, selon le cas.

76. Lorsqu'une disposition prévoyant un traitement « pas moins favorable » établit un lien avec des dispositions relatives au « traitement national », l'État concédant accepte d'accorder un traitement qui n'est « pas moins favorable » que celui qu'il accorde à ses propres nationaux. Cette disposition accordant le traitement national est porteuse du même problème d'*ejusdem generis* touchant la détermination du degré suffisant de similarité entre les matières objets. Dans le même ordre d'idées, les dispositions accordant un traitement national, tout comme les dispositions NPF, utilisent souvent les expressions « en des circonstances similaires » ou « dans des situations similaires » pour définir la portée du droit du bénéficiaire à un traitement national. Les deux clauses soulèvent donc des questions d'interprétation similaires.

77. Le projet d'articles de 1978 ne s'arrêtait guère sur le lien entre le traitement NPF et le traitement national. Il disposait que les deux pouvaient coexister au sein d'un

<sup>71</sup> Voir le commentaire relatif à l'article 5, *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 24.

<sup>72</sup> Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law : Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2013), p. 415 et 416.

<sup>73</sup> DiMascio et Pauwelyn (voir *supra* la note 46).

même instrument sans que le premier en pâtisse<sup>74</sup>. Il prévoyait également que le traitement NPF s'appliquait même lorsque le traitement accordé à l'État tiers l'était à titre de traitement national. De l'avis du Groupe d'étude, les interprétations d'expressions telles que « dans des circonstances similaires » ou « dans des situations similaires » dans le contexte du traitement national peuvent fournir des orientations importantes pour l'interprétation de ces mêmes expressions dans le contexte des clauses NPF.

78. L'expression « pas moins favorable » n'a pas donné lieu à de grandes controverses dans les différends en matière d'investissement faisant intervenir le traitement NPF. Dans les négociations sur l'AMI, il a été plus ou moins suggéré que l'expression « égal à » soit adoptée comme norme de traitement dans la clause NPF, au lieu de l'expression « pas moins favorable ». Ce point n'a jamais été définitivement tranché, l'argument contraire étant qu'une clause NPF n'est pas censée limiter l'État concédant quant à ce qu'il peut accorder. Il est loisible à celui-ci d'accorder un traitement plus qu'« égal », sachant toutefois que cela peut avoir des incidences sur ses autres accords NPF. L'expression « pas moins favorable » constitue une norme plancher pour le traitement à accorder.

### 3. Quelle est la portée du traitement à accorder au titre d'une clause NPF?

79. La dernière question d'interprétation a trait à l'étendue des droits qui sont accordés au titre d'une clause NPF. En d'autres termes, que recouvre le mot « traitement »? Cette question a été traitée par la Commission en 1978 à l'article 9 du projet d'articles, où il est dit qu'une clause NPF permet d'acquérir « uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause »<sup>75</sup>. Il s'agit là, comme la Commission l'a fait remarquer dans son commentaire, de ce qu'il est convenu d'appeler la règle *ejusdem generis*<sup>76</sup>.

80. La question de la portée du traitement à accorder en vertu d'une clause NPF est devenue aujourd'hui l'une des plus controversées dans les accords d'investissements internationaux. Elle a trait à l'applicabilité d'une clause NPF à des dispositions d'ordre procédural, par opposition aux dispositions de fond d'un traité. Elle appelle aussi la question plus vaste de savoir si des droits qui figurent dans un traité conclu avec un État tiers et sont plus avantageux pour un investisseur pourraient être invoqués par cet investisseur en vertu de la clause NPF.

81. Il est arrivé que des clauses NPF figurant dans un traité de base soient invoquées pour étendre le champ d'application des dispositions dudit traité, et ce de plusieurs manières. Il s'agit en l'occurrence : a) d'invoquer une procédure de règlement des différends non prévue dans le traité de base; b) d'élargir la portée juridictionnelle du traité lorsque celui-ci circonscrit l'applicabilité de la clause de règlement des différends à une catégorie déterminée de différends, ceux relatifs à l'indemnisation en cas d'expropriation, par exemple; c) d'écarter l'applicabilité d'une disposition portant obligation de soumettre un différend à une juridiction interne pendant une « période d'attente » de dix-huit mois avant de le soumettre à l'arbitrage international. C'est dans ce troisième cas de figure que les clauses NPF ont été les plus communément invoquées, d'où l'attention particulière qui lui sera portée.

#### a) La clause NPF et les enjeux procéduraux : aux origines de la question

82. Le recours aux clauses NPF pour s'ouvrir un accès aux questions de procédure est souvent considéré comme ayant pour origine la sentence arbitrale rendue en 1956

<sup>74</sup> *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 58 (art. 19).

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 31 (art. 9, par. 1).

<sup>76</sup> *Ibid.* (commentaire des articles 9 et 10).

en l'affaire *Ambatielos*<sup>77</sup>, dans laquelle il a été jugé que l'« administration de la justice » représentait une partie importante des droits des commerçants et devrait donc être, en vertu de la clause NPF, considérée comme incluse dans l'expression « *all matters relating to commerce and navigation* » (toutes les questions relatives au commerce et à la navigation)<sup>78</sup>.

83. Près de quarante-cinq ans plus tard, cette question a resurgi dans l'affaire *Maffezini c. Le Royaume d'Espagne*<sup>79</sup>, lorsque le tribunal a accepté l'argument du requérant selon lequel celui-ci pouvait invoquer la clause NPF figurant dans le traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne de 1991 pour passer outre l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois avant d'engager une action en vertu dudit traité. Le requérant a invoqué en l'occurrence le traité bilatéral d'investissement Espagne-Chili, qui ne comportait pas une pareille obligation et permettait à l'investisseur d'opter pour l'arbitrage international au bout de six mois<sup>80</sup>. La clause NPF du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne stipulait que :

« En toutes matières régies par le présent Accord, ce traitement ne saurait être moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements réalisés sur son territoire par les investisseurs d'un pays tiers. »<sup>81</sup>.

84. En souscrivant à l'argument du requérant, le tribunal a pris au sens large les termes de la clause NPF, qui s'appliquait « dans toutes les matières régies par le présent Accord ». Il a mis l'accent sur la nécessité de discerner l'intention des Parties contractantes, sur l'importance qu'il y avait à évaluer la pratique antérieure des États concernant l'inclusion de la clause NPF dans d'autres traités bilatéraux d'investissement (dont l'appréciation confortait l'argument du requérant) et sur l'importance d'une prise en compte des considérations de politiques publiques.

85. Le tribunal s'est fondé en particulier sur l'affaire *Ambatielos*<sup>82</sup>, dans laquelle la Commission d'arbitrage avait confirmé la pertinence du principe *ejusdem generis*. La Commission d'arbitrage avait estimé qu'une clause NPF ne pouvait couvrir que les sujets appartenant à la même catégorie de matières objets et que « la question ne [pouvait] être tranchée que conformément à l'intention des Parties contractantes telle qu'elle ressort[ait] d'une interprétation raisonnable du traité »<sup>83</sup>.

86. S'agissant du principe *ejusdem generis*, dans l'affaire *Maffezini*, le tribunal a estimé que les arrangements relatifs au règlement des différends, dans le contexte économique existant, étaient inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers et que le règlement des différends était un dispositif extrêmement important de protection des investisseurs. En conséquence, ces arrangements devraient être considérés non pas comme de simples dispositifs de procédure mais comme des arrangements conçus pour mieux protéger les droits des investisseurs par le recours à l'arbitrage international.

87. Partant, le tribunal a conclu que :

« ... si un traité avec un État tiers contient des dispositions de règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et intérêts de

<sup>77</sup> *The Ambatielos Claim (Grèce c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 83.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>79</sup> *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Décision du Tribunal sur les exceptions à la compétence, CIRDI, affaire n° ARB 97/7 (25 janvier 2000), CIRDI, Rapport, vol. 5, p. 396.

<sup>80</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>81</sup> Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements, fait à Buenos Aires le 3 octobre 1991, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1699, p. 187, art. IV.

<sup>82</sup> *Maffezini*, par. 49.

<sup>83</sup> *Ambatielos*, p. 107.

l'investisseur que celles figurant dans le traité de base, ces dispositions peuvent être étendues aux bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée, parce que pleinement conformes au principe *ejusdem generis*. »<sup>84</sup>.

88. Cette application de la clause NPF aux arrangements en matière de règlement des différends aboutirait, selon le tribunal, à « l'harmonisation et l'élargissement de la portée de ces arrangements »<sup>85</sup>. Le tribunal avait néanmoins conscience du fait qu'il faisait une interprétation large de la clause NPF, pouvant donner lieu, entre autres, à une « recherche systématique du traité le plus favorable » qui peut aller à l'encontre du but initial<sup>86</sup>. Il a noté à ce propos que :

« En principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas pouvoir passer outre les considérations de politique publique que les Parties contractantes pourraient avoir envisagées comme étant des conditions fondamentales de leur acceptation de l'accord, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé, comme ce sera souvent le cas. La portée de la clause pourrait donc être plus restreinte qu'il n'y paraît de prime abord. »<sup>87</sup>.

89. Le tribunal a ensuite énoncé quatre situations dans lesquelles la clause NPF ne pourrait pas être invoquée, à savoir :

- Lorsqu'une Partie contractante a conditionné son consentement à l'obligation d'épuiser les voies de recours locales, parce que cette condition correspond à une « règle fondamentale du droit international »;
- Lorsque les parties se sont accordées sur un arrangement de règlement des différends qui comportait une disposition dite d'« option irrévocable », parce qu'une telle disposition contrarierait la « finalité d'arrangements » que les pays jugent importants au regard de leurs politiques publiques;
- Lorsque l'arrangement prévoit une instance particulière d'arbitrage, le Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI), par exemple, et qu'une partie souhaite changer d'instance d'arbitrage; et
- Lorsque les parties se sont accordées sur un système d'arbitrage fortement institutionnalisé et comportant des règles de procédure précises (ALENA, par exemple), parce que ces dispositions très spécifiques correspondent précisément à la volonté des Parties contractantes<sup>88</sup>.

90. Le tribunal a laissé ouverte la possibilité que « d'autres éléments de politique publique limitant le fonctionnement de la clause seront sans doute identifiés par les Parties ou les tribunaux »<sup>89</sup>.

b) *L'interprétation a posteriori des clauses NPF par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement en ce qui concerne les questions de procédure*

91. Les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement dénotaient des avis partagés sur la question de savoir s'il fallait suivre *Maffezini*. Il était largement admis par ces tribunaux, tant expressément qu'implicitement, que la question de la portée des clauses NPF dans un traité bilatéral d'investissement donné est affaire

<sup>84</sup> *Maffezini*, par. 56.

<sup>85</sup> *Ibid.*, par. 62.

<sup>86</sup> *Ibid.*, par. 63.

<sup>87</sup> *Ibid.*, par. 62.

<sup>88</sup> *Ibid.*, par. 63.

<sup>89</sup> *Ibid.*

d'interprétation du traité en question<sup>90</sup>. Les tribunaux chargés d'affaires d'investissement citent fréquemment les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et des principes tels que *expressio unius exclusio alterius*. Ils font valoir qu'ils cherchent à cerner l'intention des parties. Il n'en demeure pas moins qu'il n'y a aucune approche systématique de l'interprétation et que différentes considérations tactiques, parfois sans rapport avec les termes utilisés dans le traité considéré, semblent avoir été prises en compte.

92. Le Groupe d'étude s'est employé à recenser les facteurs qui semblaient avoir pesé sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux chargés d'affaires d'investissement et à déterminer si des tendances particulières s'en dégageaient. Ce faisant, il avait conscience de la nécessité de renforcer le respect des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969, qui s'appliquent à tous les traités. Les facteurs qui ont le plus manifestement pesé sur les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement en ce qui concerne les questions de procédure relatives à l'application des clauses NPF sont décrits ci-dessous.

i) *La distinction entre obligations de fond et obligations de procédure*

93. Les tribunaux commencent fréquemment par déterminer si, en principe, une clause NPF peut relever à la fois de la procédure et du fonds dans les dispositions du traité. En l'affaire *Maffezini*, la question posée était de celle de savoir :

« si les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans un traité avec un État tiers peuvent être considérées comme étant raisonnablement en rapport avec le traitement juste et équitable auquel la clause de la nation la plus favorisée s'applique en vertu des traités de base sur le commerce, la navigation ou l'investissement et, partant, si elles peuvent être considérées comme une matière objet couverte par la clause »<sup>91</sup>.

94. Comme on l'a vu plus haut, le tribunal a estimé en l'espèce que le traitement NPF pouvait être étendu aux dispositions procédurales sous réserve de certaines considérations de « politique publique »<sup>92</sup>. Pour statuer de la sorte, il a invoqué en ces termes la décision rendue par la Commission d'arbitrage en l'affaire *Ambatielos* : « il y a de bonnes raisons de conclure que les arrangements de règlement des différends sont aujourd'hui inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers, tout comme ils sont aussi liés à la protection des droits des commerçants en vertu des traités de commerce »<sup>93</sup>.

95. En l'affaire *Maffezini*, l'élément clef de la décision du tribunal résidait dans la conclusion que les dispositions en matière de règlement des différends font, par principe, partie de la protection des investisseurs et des investissements accordée en vertu des accords bilatéraux d'investissement. De ce fait, ces dispositions sont, par définition, pratiquement toujours incorporables à un accord d'investissement en vertu d'une clause NPF. En vertu d'un accord d'investissement, pour reprendre la terminologie de l'article 9 du projet d'articles de 1978, le règlement des différends « rentre dans les limites de la matière objet » de la clause NPF.

96. La conclusion selon laquelle les questions de procédure, et plus précisément les dispositions en matière de règlement des différends, relèvent de par leur nature même de la même catégorie que les protections de fond accordées aux investisseurs étrangers

<sup>90</sup> *Salini; Siemens A.G. c. The Argentine Republic*, décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/02/8 (3 août 2004) (traité bilatéral d'investissement Argentine-Allemagne), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

<sup>91</sup> *Maffezini*, par. 46.

<sup>92</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>93</sup> *Ibid.*, par. 54.

constitue un élément important du raisonnement dans certaines décisions ultérieures de tribunaux chargés d'affaires d'investissement. En l'affaire *Siemens*, le tribunal a déclaré que le règlement des différends « fait partie de la protection conférée par le Traité. Il fait partie du traitement des investisseurs et investissements étrangers et des avantages qui leur sont ouverts grâce à la clause NPF »<sup>94</sup>. En l'affaire *AWG*, le tribunal a déclaré qu'il ne voyait « aucune raison de distinguer les questions de règlement des différends de toute autre question couverte par un traité bilatéral d'investissement »<sup>95</sup>.

97. Cela étant, certains tribunaux se sont demandé si les dispositions en matière de règlement des différends sont intrinsèquement couvertes par les clauses NPF. Le tribunal appelé à statuer en l'affaire *Salini* a émis des doutes quant à la possibilité de tirer une telle proposition de la décision *Ambatielos*<sup>96</sup>, citant à ce propos les opinions dissidentes de certains juges dans une décision antérieure rendue par la Cour internationale de Justice qui faisaient valoir que l'expression « le commerce et la navigation » ne comprenait pas « l'administration de la justice »<sup>97</sup>. En l'affaire *Salini*, le tribunal a en outre fait remarquer qu'en tout état de cause, lorsque la Commission arbitrale en l'affaire *Ambatielos* avait parlé d'« administration de la justice », elle renvoyait à des dispositions procédurales de règlement des différends et non à des dispositions de fond d'autres traités d'investissement relatives au traitement des nationaux conformément aux critères de justice et d'équité<sup>98</sup>.

98. En l'affaire *Telenor*, le tribunal a été encore plus disert à propos de l'exclusion des dispositions procédurales du champ d'application des clauses NPF :

« En l'absence de texte ou de contexte exprimant le contraire, par “il est accordé aux investissements un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux investissements réalisés par des investisseurs de tout autre État tiers”, il faut d'ordinaire entendre que les droits *substantiels* de l'investisseur concernant l'investissement ne doivent pas faire l'objet d'un traitement moins favorable en vertu d'un traité bilatéral d'investissement entre l'État d'accueil et

<sup>94</sup> *Siemens*, par. 102.

<sup>95</sup> *AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine*, décision sur la compétence, CNUDCI (3 août 2006), par. 59 (traité bilatéral d'investissement Argentine-Royaume-Uni) disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/cases/106>. Voir aussi *National Grid, plc c. La République d'Argentine*, décision sur la compétence, CNUDCI (20 juin 2006), par. 89 (traité bilatéral d'investissement Argentine-Royaume-Uni) disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/cases/732>; *Gas Natural SDG, S.A. c. La République d'Argentine*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/03/10 (17 juin 2005), par. 29 (traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestionsonJurisdiction.pdf>; *RosInvest Co. UK Ltd. c. La Fédération de Russie*, arrêt sur la compétence, SCC, affaire n° V079/2005 (1<sup>er</sup> octobre 2007), par. 131 et 132 (traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-URSS), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>; *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. La Fédération de Russie*, arrêt sur les exceptions préliminaires, SCC n° 24/2007 (20 mars 2009), par. 100 (traité bilatéral d'investissement Espagne/Russie), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>; *Austrian Airlines c. La République slovaque, sentences finales*, CNUDCI (9 octobre 2009), par. 124 (traité bilatéral d'investissement Autriche-République tchèque/slovaque) disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/cases/103>.

<sup>96</sup> *Salini*, par. 112; voir aussi *Vladimir Berschader et Moïse Berschader c. La Fédération de Russie*, SCC affaire n° 080/2004 (21 avril 2006), par. 175 (TBI Belgique/Luxembourg-URSS).

<sup>97</sup> *Salini*, par. 106. *Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)* (fond : obligation d'arbitrage), arrêt, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

<sup>98</sup> *Ibid.*, par. 111 et 112.

un État tiers, et rien ne justifie que la phrase susmentionnée soit interprétée comme incluant également les droits procéduraux. »<sup>99</sup>.

99. Le point de vue selon lequel les clauses NPF dans les traités d'investissement peuvent, théoriquement, s'appliquer aux questions de procédure comme aux questions de fond ne signifie pas qu'il doit toujours en être ainsi<sup>100</sup>. Or, dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont interprété les clauses NPF comme incluant les procédures de règlement des différends parce que ces clauses s'appliqueraient par principe aux deux types de question.

ii) *L'interprétation des clauses NPF et les questions de compétence*

100. Certains tribunaux ont été influencés par le point de vue selon lequel les clauses NPF ne peuvent pas être appliquées aux dispositions relatives au règlement des différends si elles ont trait à la compétence du tribunal. Il en est résulté une divergence de vues entre les tribunaux sur deux points précis. Le premier est celui de savoir si les problèmes de compétence imposent une approche plus stricte de l'interprétation et le second celui de savoir si l'applicabilité d'une clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends concerne la compétence du tribunal.

1. Norme d'interprétation des questions de compétence

101. En l'affaire *Plama*, le tribunal a traité la question de la portée d'une clause NPF comme étant celle d'un accord de consentement à l'arbitrage, en faisant valoir que « [i]l est un principe bien établi, tant en droit interne qu'en droit international, que cet accord devrait être clair et sans équivoque »<sup>101</sup>. De ce fait, « l'intention d'incorporer des dispositions relatives au règlement des différends doit être exprimée clairement et sans équivoque »<sup>102</sup>. En conséquence, c'est à la partie qui demande l'application d'une clause NPF qu'incombe la charge de prouver que la possibilité d'une telle application était clairement envisagée – ce qui place la barre assez haut. Ce point de vue a été pleinement repris par le tribunal appelé à statuer en l'affaire *Telenor*<sup>103</sup> et l'on en retrouve l'écho dans l'affaire *Wintershall*<sup>104</sup>.

102. Cette approche a toutefois rencontré une très forte opposition. Elle a été rejetée en l'affaire *Austrian Airlines*, ainsi qu'en l'affaire *Suez* où le tribunal a déclaré que « les dispositions relatives au règlement des différends sont sujettes à interprétation, à l'instar de toutes les autres dispositions d'un traité, sans plus de restrictions ni plus de latitude »<sup>105</sup>. Les clauses juridictionnelles, a ajouté le tribunal, doivent être

<sup>99</sup> En italique dans l'original. *Telenor Mobile Communications A.S. c. La République de Hongrie*, CIRDI affaire n° ARB/04/15 (13 septembre 2006), par. 92 (traité bilatéral d'investissement Norvège-Hongrie).

<sup>100</sup> *Renta*, par. 100; *Austrian Airlines*; *ICS Inspection and Control Services Limited (Royaume-Uni) c. République d'Argentine*, Sentences sur la compétence, CNUDCI, CPA affaire n° 2010-9 (10 février 2012) (traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni/Argentine).

<sup>101</sup> *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/03/24 (8 février 2005), par. 198 (traité bilatéral d'investissement Chypre-Bulgarie).

<sup>102</sup> *Ibid.*, par. 204.

<sup>103</sup> *Telenor*, par. 91.

<sup>104</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. République d'Argentine*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/04/14 (8 décembre 2008), par. 167 (traité bilatéral d'investissement Argentine-Allemagne). Le Tribunal a estimé que les dispositions procédurales ne pouvaient être incluses dans la portée d'une clause NPF que si « la clause NPF du traité de base indique de manière claire et sans ambiguïté qu'elle doit être ainsi interprétée, ce qui n'est pas le cas en la présente affaire ».

<sup>105</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. The Argentine Republic*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/03/17 (16 mai 2006), par. 64 (traité bilatéral d'investissement France-Argentine et traité bilatéral d'investissement Espagne-Argentine).

interprétées comme toute autre disposition d'un traité, sur la base des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969<sup>106</sup>.

103. Le point de vue selon lequel, parce que l'application d'une clause NPF au règlement des différends est affaire de compétence, le critère de la charge de la preuve est plus strict pour la partie qui invoque cette clause, a rencontré peu de soutien dans les décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement plus récentes, encore qu'il a été approuvé par quelques commentateurs<sup>107</sup>. Les adversaires de cette approche ont également fait valoir qu'elle n'est pas conforme au droit international général pour ce qui est de l'interprétation des dispositions juridictionnelles. Toutefois, en l'affaire *ICS* le tribunal a laissé entendre qu'en l'affaire *Plama*, le tribunal n'établissait pas une règle juridictionnelle et faisait simplement observer qu'il ne fallait pas partir du principe que le consentement était acquis en matière de compétence<sup>108</sup>.

## 2. Règlement des différends et compétence

104. Les tribunaux ont fait montre plus récemment d'un regain d'intérêt pour la question de savoir si l'application d'une clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends a des répercussions sur la compétence d'un tribunal. Les droits substantiels et les droits procéduraux sont différents en droit international, fait-on valoir, parce que contrairement à ce qu'il en est en droit interne, un droit substantiel n'est pas automatiquement porteur d'un droit procédural ayant force exécutoire<sup>109</sup>. Le fait qu'un État a assumé une obligation substantielle ne signifie pas qu'il puisse être contraint de soumettre cette obligation à un tribunal. Le droit de le forcer à le faire nécessite de surcroît l'acceptation de la compétence du tribunal appelé à statuer sur ce point<sup>110</sup>.

105. Selon ce point de vue, pour faire appliquer des droits substantiels en vertu d'un traité bilatéral d'investissement, le requérant doit satisfaire aux conditions *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis* de l'exercice de la compétence par un tribunal de règlement des différends. À titre d'exemple, une personne qui ne satisfait pas aux critères requis pour être un investisseur en vertu du traité bilatéral d'investissement ne peut pas devenir un investisseur en invoquant une clause NPF<sup>111</sup>. Tout comme celle-ci ne saurait être utilisée pour modifier les conditions d'exercice des droits substantiels, elle ne saurait non plus être utilisée pour modifier les conditions d'exercice des droits procéduraux ou juridictionnels. Un investisseur qui ne satisfait pas aux conditions requises pour engager une action contre l'État défendeur ne peut pas écarter ces conditions en invoquant les dispositions procédurales d'un autre traité bilatéral d'investissement.

<sup>106</sup> *Austrian Airlines*, par. 95. Le tribunal s'est également fondé sur l'opinion individuelle du juge Higgins en l'affaire des *Plateformes pétrolières* selon laquelle on ne trouve ni dans la jurisprudence de la CPIJ ni dans celle de la CIJ un soutien à l'approche restrictive de l'interprétation des clauses compromissaires, ni en fait une indication qu'il faudrait être libéral ou strict dans leur interprétation : *Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt du 12 décembre 1996, Opinion individuelle du juge Higgins, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 857, par. 35, cité dans *Austrian Airlines*, par. 120.

<sup>107</sup> Campbell MacLachlan, Laurence Shore et Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration : Substantive Principles* (Oxford : Oxford University Press, 2008), par. 7.168.

<sup>108</sup> *ICS c. Argentine*, par. 281 et 282.

<sup>109</sup> *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Opinion concordante et dissidente du Professeur Brigitte Stern, CIRDI, affaire n° ARB/07/17 (21 juin 2011).

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Effectivement, cette position semble avoir été admise par le tribunal en l'affaire *HICEE B.V. c. La République slovaque*, Sentence partielle, CNUDCI, CPA affaire n° 2009-11 (23 mai 2011), par. 149 (traité bilatéral d'investissement Pays-Bas/République tchèque et slovaque).

106. La question a été également posée sous l'angle d'un consentement à l'arbitrage<sup>112</sup>. La compétence d'un tribunal est formée par les conditions énoncées dans l'accord d'investissement pertinent stipulant les bases sur lesquelles l'État défendeur a consenti à l'exercice de cette compétence par le tribunal. Le respect de ces conditions par l'investisseur requérant est essentiel pour que le tribunal puisse exercer sa compétence à statuer sur le différend. Sauf à ce que l'État défendeur renonce à l'application des conditions de son consentement à l'exercice par le tribunal de sa compétence, le tribunal n'a pas compétence pour entendre le requérant même lorsque ce dernier est un investisseur au sens du traité bilatéral d'investissement en question. Une clause NPF ne peut donc pas être utilisée pour modifier les conditions d'exercice de la compétence.

107. L'idée qu'il s'agit d'une question de compétence a été soutenue dans la décision du tribunal appelé à statuer en l'affaire *ICS c. Argentine*, qui fait en partie appel à la déclaration de la Cour internationale de Justice en l'affaire *République démocratique du Congo c. Rwanda*<sup>113</sup>, à savoir que lorsque le

« consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l'avis de la Cour, l'examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête »<sup>114</sup>.

108. En l'affaire *ICS*, le tribunal a conclu que la période d'attente de dix-huit mois inscrite dans le traité bilatéral d'investissement était une condition préalable de l'acceptation par l'Argentine de la saisine du tribunal et que « le non-respect de la condition préalable au consentement du Défendeur à l'arbitrage conduit forcément à conclure que le tribunal n'a pas compétence pour trancher le présent différend »<sup>115</sup>.

109. Pour déterminer si la condition des dix-huit mois d'attente avait un rapport avec sa compétence, le tribunal s'est penché sur le sens du terme « traitement » dans le paragraphe 2 de l'article 3 du traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Argentine. Il a admis que « traitement » peut avoir un sens large et qu'il n'y a intrinsèquement aucune limite quant à ses aspects de fond. Toutefois, appliquant ce qu'il est convenu d'appeler le principe de la « contemporanéité dans l'interprétation des traités »<sup>116</sup>, il a examiné ce que les parties auraient entendu par ce terme lors de la conclusion du traité bilatéral d'investissement. Compte tenu de la jurisprudence de l'époque et du projet de lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement de l'investissement étranger direct, il a conclu que les parties auraient en toute probabilité considéré que le terme « traitement » ne désignait que les obligations de fond.

110. En l'affaire *ICS*, le tribunal a aussi fait remarquer que : a) le traitement NPF en vertu du traité bilatéral d'investissement se limitait à « la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation » des investissements; b) la clause NPF se limitait au traitement par l'État d'accueil « sur son territoire »; c) les exceptions au traitement NPF en vertu du traité bilatéral d'investissement avaient trait aux questions de fond uniquement; d) l'introduction dans un traité d'une condition instaurant une période d'attente de dix-huit mois était potentiellement sans objet (absence d'effet

<sup>112</sup> Opinion dissidente de l'arbitre Christopher Thomas en l'affaire *Hochtief AG c. La République d'Argentine*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/07/31 (24 octobre 2011) (TBI Allemagne/Argentine).

<sup>113</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, par. 88.

<sup>114</sup> *ICS c. Argentine*, par. 258.

<sup>115</sup> *Ibid.*, par. 362.

<sup>116</sup> *Ibid.*, par. 289.

utile) si les Parties contractantes avaient déjà conclu des traités ne comportant pas une telle condition, auquel cas l'obligation de respecter cette période d'attente serait rendue d'emblée sans valeur par l'application de la clause NPF. Tous ces facteurs ont amené le tribunal à conclure que les parties ne pouvaient pas avoir eu l'intention, en concluant le traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Argentine, d'inclure des dispositions relatives au règlement international des différends dans le champ d'application de la clause NPF<sup>117</sup>.

111. L'approche adoptée en l'affaire *ICS* a été reprise en l'affaire *Daimler Financial Services AG c. Argentine Republic*<sup>118</sup>, dans laquelle le tribunal a conclu que la période d'attente de dix-huit mois était une condition antérieure à l'exercice de la compétence. En conséquence, elle ne pouvait être modifiée par application de la clause NPF. L'affaire *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistan*<sup>119</sup> a abouti à une décision similaire, à savoir que le tribunal a estimé que le consentement à l'arbitrage de l'État défendeur était tributaire de la réalisation des conditions inscrites dans le traité bilatéral d'investissement, y compris l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois. Étant donné que le non-respect d'une telle disposition avait pour effet un déni de compétence, le problème ne pouvait être résolu par l'application d'une clause NPF. Dans le même ordre d'idées, en l'affaire *ST-AD GmbH (Allemagne) c. République de Bulgarie*<sup>120</sup>, le non-respect de la période d'attente de dix-huit mois a été également jugé privatif de compétence du tribunal.

112. Toutefois, le tribunal saisi de l'affaire *Hochtief* a été d'avis qu'une condition réservant au contentieux interne une période préalable de dix-huit mois est affaire non pas de compétence mais de recevabilité<sup>121</sup> – c'est-à-dire une question qui peut être soulevée à titre d'objection par une partie au différend, mais pas nécessairement. Il a établi une distinction entre une disposition touchant le droit d'engager une action (compétence) et une disposition touchant la manière dont une action doit être engagée (recevabilité). En conséquence, le fait que le requérant avait ignoré la période d'attente de dix-huit mois inscrite dans le traité bilatéral d'investissement Allemagne/Argentine et avait invoqué les dispositions relatives au règlement des différends du traité bilatéral d'investissement Chili/Argentine n'avait aucun effet sur sa compétence<sup>122</sup>.

113. En l'affaire *Teinver*<sup>123</sup>, le tribunal a confirmé l'applicabilité de la clause NPF à la fois à une période d'attente de dix-huit mois et à une période de négociation de six mois. Le tribunal a considéré que ces clauses étaient pertinentes pour ce qui était de la recevabilité, mais pas de la compétence. Cette approche semblait reposer sur le rapport de la CNUCED relatif aux clauses NPF<sup>124</sup>, dans lequel les affaires relatives à

<sup>117</sup> Ibid., par. 326. Le tribunal a admis que le règlement interne des différends était couvert par la clause NPF puisqu'il avait lieu sur le territoire de l'État d'accueil.

<sup>118</sup> *Daimler Financial Services AG c. Argentine Republic*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/05/1, 22 août 2012. Décision prise à la majorité, avec une opinion dissidente.

<sup>119</sup> *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistan*, Décision sur l'article VII.2 du Traité bilatéral d'investissement Turquie -Turkménistan, CIRDI, affaire n° ARB/10/1, 2 juillet 2013, disponible à l'adresse [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf).

<sup>120</sup> *ST-AD GmbH c. République de Bulgarie*, Décision sur la compétence, CNUDCI, CPA, affaire n° 2011-06, 18 juillet 2013.

<sup>121</sup> *Hochtief* (opinion de la majorité).

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La République d'Argentine*, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/09/01, 21 décembre 2012.

<sup>124</sup> Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, vol. II, *Traitement de la nation la plus favorisée*, 24 janvier 2011, document UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, p. 63 à 65.

la période d'attente de dix-huit mois étaient qualifiées d'affaires de recevabilité et les autres affaires dans lesquelles la clause NPF était invoquée en matière de règlement des différends étaient dites de « portée de la compétence ». Or, ce rapport de la CNUCED ne donne aucune explication quant aux raisons pour lesquelles les affaires relatives à la période d'attente de dix-huit mois concerneraient la recevabilité et non la compétence.

114. Les affaires dans lesquelles le tribunal n'a pas permis que la condition des dix-huit mois d'attente soit écartée avaient en commun une même approche. Elles imposent qu'il soit prouvé que la clause NPF a été conçue de manière à ce que son application permette de modifier les limites à la compétence du tribunal parce que le consentement de l'État d'accueil était tributaire du respect de ces limites. En fait, il s'agit implicitement d'exiger que soit prouvée de manière « claire et sans équivoque » l'intention de modifier la compétence d'un tribunal, où l'on retrouve l'approche *Plama*, quoique pas pour les mêmes raisons.

iii) *L'intention spécifique des dispositions d'autres traités*

115. Dans certaines affaires, en interprétant les clauses NPF, les tribunaux ont pris en compte le fait que les avantages que l'on cherche à retirer de l'autre traité sont déjà couverts, de manière différente et plus spécifique, dans le traité de base lui-même. En un sens, il s'agit là de l'essence même de la finalité du traitement NPF, à savoir permettre au bénéficiaire d'obtenir mieux que ce qu'il obtiendrait par ailleurs en vertu du traité de base. Dans ces conditions, il semble difficile d'éviter que si le traité de base prévoit un certain type de traitement, l'application de la clause NPF ait pour conséquence d'écarter la disposition en question du traité de base.

116. Le tribunal saisi de l'affaire *RosInvest* a estimé que le fait que le fonctionnement de la clause NPF élargirait la portée de la compétence du tribunal était « le résultat normal de l'application des clauses NPF, dont le caractère et l'intention mêmes sont que la protection qui n'est pas acceptée dans un traité soit étendue par transfert des dispositions accordées dans un autre traité »<sup>125</sup>.

117. Toutefois, le point de vue contraire existe également. En l'affaire *CME*, l'arbitre qui a exprimé une opinion dissidente, Ian Brownlie, n'était pas disposé à admettre qu'une clause NPF serve à importer dans le traité une autre formule d'indemnisation, parce que cela rendrait sans valeur la formule d'indemnisation expressément inscrite dans le traité<sup>126</sup>. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a estimé que les dispositions particulières du traité concernant la compétence indiquaient en elles-mêmes clairement que les parties n'avaient pas l'intention de permettre que la compétence du tribunal soit élargie par le biais d'une clause NPF. De l'avis du tribunal, l'intention spécifique de ces dispositions ne devait pas être écartée par l'intention générale de la clause NPF<sup>127</sup>. Le tribunal a renforcé cette conclusion en examinant l'historique des négociations relatives au traité bilatéral d'investissement Autriche-Slovaquie, au cours desquelles une formulation plus large de la compétence du tribunal avait été rejetée. En l'affaire *Berschader*, le tribunal a examiné les autres dispositions du traité pour montrer que certaines d'entre elles ne pouvaient pas se prêter à une application de la

<sup>125</sup> *RosInvest*, par. 131. In *Renta*, par. 92, le tribunal a déclaré que « l'extension des engagements est dans la nature même des clauses NPF ».

<sup>126</sup> *CME Czech Republic B.V. c. La République tchèque*, Opinion individuelle sur les questions relatives aux phases de détermination du montant, CNUDCI (14 mars 2003), par. 11 (traité bilatéral d'investissement Pays-Bas-République tchèque) disponible à l'adresse <http://italaw.com/cases/documents/282>.

<sup>127</sup> *Austrian Airlines*, par. 137.

clause NPF et, partant, que l'expression « toutes les matières couvertes par le présent Traité » ne pouvait pas être prise à la lettre<sup>128</sup>.

118. Le tribunal saisi de l'affaire *Austrian Airlines* a lui aussi replacé la clause NPF dans le contexte des autres dispositions du traité, en mettant l'accent sur le fait que le traité lui-même prévoyait spécifiquement un arbitrage de portée limitée. De l'avis du tribunal, étant donné qu'il y avait dans le traité une intention « manifeste et spécifique » de limiter l'arbitrage aux différends portant sur le montant de l'indemnisation, par opposition aux différends portant sur le principe de l'indemnisation, « il serait paradoxal d'invalider cette intention spécifique en se référant à l'intention générale et imprécise exprimée dans la clause NPF »<sup>129</sup>. En l'affaire *Tza Yap Shum*, le tribunal a aussi estimé que l'intention générale d'une clause NPF devait s'effacer devant l'intention spécifique énoncée dans une disposition particulière du traité de base<sup>130</sup>.

iv) *La pratique des parties*

119. L'autre pratique d'élaboration des traités par les parties aux traité bilatéral d'investissement au titre desquels une action a été engagée en vertu d'une clause NPF a été citée par certains tribunaux en tant que moyens de déterminer l'intention des parties concernant la portée desdites clauses. En l'affaire *Maffezini*, le tribunal a examiné la pratique d'élaboration des traités bilatéraux d'investissement de l'Espagne, en notant que la pratique espagnole était de permettre que les différends soient soumis à règlement sans imposer la condition des dix-huit mois d'attente dans le traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne. Il a aussi noté que ce traité bilatéral d'investissement était le seul dans lequel l'Espagne avait employé la formulation large « dans toutes les matières régies par le présent Accord » dans sa clause NPF<sup>131</sup>. Cela étant dit, le tribunal n'a clairement indiqué ni la pertinence juridique de cette pratique ultérieure des parties ni la justification interprétative de l'acte de s'y référer.

120. Le tribunal saisi de l'affaire *Telenor*<sup>132</sup> a considéré la pratique des parties pertinentes d'une manière quelque peu différente. Le fait que la Hongrie avait conclu d'autres traités bilatéraux d'investissement qui ne limitaient pas la portée de l'arbitrage a conduit le tribunal à conclure qu'il y avait effectivement une intention de limiter la portée de l'arbitrage dans le traité bilatéral d'investissement Hongrie-Norvège. La clause NPF ne saurait donc être dans ce cas utilisée pour étendre la portée de l'arbitrage.

121. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal s'est fondé sur l'autre pratique conventionnelle de la Slovaquie pour confirmer sa conclusion<sup>133</sup>. À l'inverse, le tribunal saisi de l'affaire *Renta* s'est refusé à examiner la pratique de la Russie dans ses autres traités bilatéraux d'investissement, en notant que puisque sa décision se fondait sur le texte du TBI dont il était saisi, la pratique ressortant d'autres traités bilatéraux d'investissement ne pouvait se substituer à ce texte<sup>134</sup>.

122. On ne voit pas clairement sur quelle base juridique les tribunaux justifient le fait de se référer à la pratique ultérieure d'un seul État. S'agit-il d'une aide à l'interprétation reposant sur la Convention de Vienne ou d'une forme indépendante de vérification de l'intention plus ou moins implicite des parties, ou du moins de la partie

<sup>128</sup> *Berschader*, par. 192.

<sup>129</sup> *Austrian Airlines*, par. 135.

<sup>130</sup> *Señor Tza Yap Shum c. La République du Pérou*, Décision sur la juridiction et la compétence (espagnol), CIRDI, affaire n° ARB/07/6 (19 juin 2009), par. 220 (traité bilatéral d'investissement Pérou-Chine).

<sup>131</sup> *Maffezini*, par. 57.

<sup>132</sup> *Telenor*, par. 96 et 97.

<sup>133</sup> *Austrian Airlines*, par. 134.

<sup>134</sup> *Renta*, par. 120.

contre laquelle une action est engagée? En l'affaire *Plama*, le tribunal a fait la remarque suivante : « Il est vrai que les traités entre l'une des Parties contractantes et un État tiers peuvent être pris en compte pour clarifier le sens que le texte d'un traité avait à l'époque où il a été conclu »<sup>135</sup>. Or, le tribunal n'indique pas sur quoi il se fonde pour considérer que les traités conclus par un État avec une tierce partie sont pertinents pour l'interprétation d'un traité entre cet État et un autre État, à moins qu'il ne s'agisse d'une référence implicite à l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969.

v) *Le moment pertinent pour déterminer l'intention des parties*

123. La plupart des tribunaux ne se sont pas arrêtés sur la question du moment auquel il convient de déterminer l'intention des parties à un traité bilatéral d'investissement. Toutefois, en l'affaire *ICS*, le tribunal s'est précisément penché sur cette question, et, après avoir dit que le moment pertinent était celui de la conclusion du traité, il a interprété le terme « traitement » à partir du sens qu'il avait à ce moment-là<sup>136</sup>. Selon lui, le principe de la « contemporanéité » dans l'interprétation des traités devait être appliqué. Certes, aucun tribunal n'a expressément indiqué son désaccord avec cette position mais avant l'affaire *ICS*, les tribunaux ne s'étaient pas penchés expressément sur le sens qu'une clause NPF avait à la date de conclusion du traité. Ils avaient examiné les travaux préparatoires mais en l'absence de toute indication dans lesdits travaux, la clause NPF était interprétée sans aucune mention du fait qu'on lui donnait le sens qu'elle avait à l'époque ou son sens d'aujourd'hui.

vi) *Le contenu de la disposition qui serait modifiée par l'invocation d'une clause NPF*

124. La question se pose de savoir si le contenu de la disposition du traité de base modifiée a eu une influence sur la volonté des tribunaux de permettre qu'une clause NPF soit invoquée. Il convient de noter à cet égard que sur les 18 affaires dans lesquelles, jusqu'ici, une clause NPF a été invoquée avec succès, 12 avaient trait à la même disposition, à savoir l'obligation d'engager une action auprès des tribunaux nationaux et d'attendre dix-huit mois avant de pouvoir invoquer les clauses de règlement des différends inscrites dans le traité bilatéral d'investissement. Dans chacune de ces affaires, la clause NPF avait eu pour effet de dégager le requérant de l'obligation de poursuivre son action devant les tribunaux nationaux jusqu'à expiration de cette période de dix-huit mois. Ces affaires portaient sur des traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Argentine avec l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni. L'effet quant au fond de la période d'attente de dix-huit mois était certes le même mais les clauses NPF invoquées n'étaient pas toutes formulées de la même façon.

125. L'idée que la nature de la disposition du traité de base pourrait avoir une influence sur l'issue de l'action engagée a été avancée dans l'affaire *Plama*, où le tribunal saisi (qui n'avait pas affaire à une période de contentieux interne de dix-huit mois) a déclaré que la décision *Maffezini* était « compréhensible » parce qu'elle visait à neutraliser une disposition qui était « insensée d'un point de vue pratique »<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> *Plama*, par. 195.

<sup>136</sup> *ICS c. Argentine*, par. 289.

<sup>137</sup> *Plama*, par. 224. Toutefois, l'on ne saurait dire exactement pourquoi la disposition relative à la période de contentieux interne de dix-huit mois a été jugée insensée. Cette disposition offre une possibilité de régler la question au niveau des tribunaux nationaux, ce qui constitue une forme limitée d'obligation d'épuiser les recours internes, avec la garantie pour l'investisseur qu'il ne sera pas retardé au-delà des dix-huit mois en question.

126. En l'affaire *Abaclat c. Argentine*<sup>138</sup>, le tribunal a estimé que le fait de retarder de dix-huit mois l'exercice du droit de l'investisseur à engager une action contredisait l'objectif express du traité bilatéral d'investissement consistant à assurer un règlement rapide du différend et que cette obligation pouvait donc être ignorée par le requérant. Ce point de vue a été néanmoins rejeté par le tribunal saisi de l'affaire *ICS c. Argentine*, qui a déclaré qu'un tribunal ne saurait attacher « aux règles du traité des exceptions qui ne reposeraient que sur une évaluation du bien-fondé de la politique en question »<sup>139</sup>.

127. Les tentatives d'utilisation des clauses NPF pour rajouter d'autres types de dispositions relatives au règlement des différends, allant au-delà de la période d'attente de dix-huit mois, n'ont généralement pas abouti. En l'affaire *Salini*, une clause NPF a été invoquée pour modifier la procédure de règlement des différends en cas de différend d'ordre contractuel. En l'affaire *Plama*, une clause NPF a été utilisée pour modifier le processus de règlement des différends afin de passer d'un arbitrage ad hoc à un règlement par le CIRDI. Il s'agissait dans les deux cas d'une tentative de remplacer une forme d'arbitrage par une autre mais les deux tribunaux les ont rejetées.

128. À l'inverse, un tribunal a autorisé un requérant à invoquer une clause NPF pour substituer une forme de règlement des différends à une autre. Ainsi, en l'affaire *Garanti Kos LLP c. Turkménistan*<sup>140</sup>, le tribunal a décidé que si le recours à l'arbitrage du CIRDI en vertu du traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Turkménistan n'était possible que moyennant le consentement du Défendeur, lequel ne l'avait pas donné, l'arbitrage du CIRDI pouvait être obtenu en vertu d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par le Turkménistan et importés dans le traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Turkménistan par application de la clause NPF. Au bout du compte, l'arbitrage selon les règles de la CNUDCI, qui était en vertu du traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Turkménistan la solution de repli en l'absence d'accord sur une autre forme de règlement des différends, a été, par application de la clause NPF, supplanté par l'arbitrage du CIRDI.

129. En tout état de cause, même si les affaires faisant intervenir l'obligation de respecter une période d'attente de dix-huit mois peuvent être en partie expliquées par l'idée qu'il ne s'agirait là que de peccadilles, en réalité, le raisonnement des tribunaux n'est pas fondé sur l'importance relative d'une disposition imposant une période de contentieux interne de dix-huit mois. Comme on l'a fait remarquer plus haut, dans bien des cas, ce raisonnement partait du principe que dans les traités bilatéraux d'investissement, les clauses NPF, par nature, couvrent le règlement des différends.

130. D'autres affaires dans lesquelles les clauses NPF ont pu être utilisées pour bénéficier de dispositions tirées de traités conclus avec des États tiers portent sur des questions de fond et non de procédure. En l'affaire *RosInvest*, le tribunal a considéré qu'en vertu de la clause NPF figurant dans le traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-URSS, il avait compétence pour statuer sur la légalité d'une

<sup>138</sup> En l'affaire *Abaclat*, la majorité n'a pas traité de l'invocation d'une clause NPF, mais le tribunal s'est effectivement penché sur l'obligation de respecter la période de contentieux interne de dix-huit mois sous la rubrique « Recevabilité de l'action ». *Abaclat et al. c. République d'Argentine (affaire précédemment dite Giovanna a Beccara et al.)*, Décision sur la compétence et la recevabilité, CIRDI, affaire n° ARB/07/5 (4 août 2011) (traité bilatéral d'investissement Italie-Argentine). Le point de vue contraire a été exprimé dans l'avis dissident de l'arbitre Georges Abi-Saab, par. 31 à 33.

<sup>139</sup> En outre, le tribunal saisi de l'affaire *ICS* a déclaré qu'aucune preuve ne lui avait été produite qui aurait pu l'amener à conclure que les tribunaux argentins ne seraient pas une instance efficace pour régler la question. *ICS c. Argentine*, par. 267 à 269. Voir aussi l'opinion dissidente de l'arbitre J. Christopher Thomas en l'affaire *Hochtief*.

<sup>140</sup> *Garanti Kos LLP c. Turkménistan*, Décision sur l'exception de compétences, 3 juillet 2013, CIRDI, affaire n° ARB/11/20. Cette décision a été prise à la majorité des voix. L'arbitre Laurence Boisson de Chazournes a joint un point de vue dissident.

expropriation présumée et pas seulement sur la question plus restreinte des questions relatives à l'indemnisation comme cela était prévu dans ledit traité.

131. Deux tribunaux ont néanmoins rejeté cette utilisation des clauses NPF. En l'affaire *Renta*, le tribunal était majoritairement peu disposé à faire de cette clause dans l'accord Espagne-Russie une interprétation qui permettrait d'engager une action pour des motifs autres que l'indemnisation pour cause d'expropriation, parce qu'il était d'avis que la clause NPF en question ne s'appliquait qu'à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable<sup>141</sup>. En l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a également conclu, à partir de l'interprétation de la clause NPF, que la portée de celle-ci ne pouvait pas être étendue au-delà de l'octroi exprès de la compétence de traiter des questions relatives à l'indemnisation en cas d'expropriation<sup>142</sup>.

132. En l'affaire *MTD*, le tribunal était disposé à élargir la portée du traitement juste et équitable en vertu du traité bilatéral d'investissement Chili-Malaisie en se référant aux traités bilatéraux d'investissement Chili-Danemark et Chili-Croatie. Or, aucune des deux parties ne semblait contester la capacité du tribunal à statuer en ce sens, encore qu'elles n'approuvaient pas toutes les incidences de cette décision<sup>143</sup>.

133. En l'affaire *Telsim*<sup>144</sup> également, les parties étaient apparemment d'accord sur le fait que, par suite de l'application de la clause NPF, le traitement juste et équitable en vertu du traité bilatéral d'investissement Turquie-Kazakhstan devait être interprété compte tenu du sens qu'il avait dans d'autres traités bilatéraux d'investissement auquel le Kazakhstan était partie. En outre, en l'affaire *Bayindir*<sup>145</sup>, il n'y a pas eu d'objection au principe général selon lequel, par suite de l'application de la clause NPF, le contenu du « traitement juste et équitable » dans le traité bilatéral d'investissement Turquie-Pakistan devait être déterminé compte tenu des dispositions relatives au traitement juste et équitable d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par le Pakistan.

134. Dans une seule affaire, le tribunal a fait un ajout de fond aux obligations des parties par application d'une clause NPF en présence d'une objection formulée par l'une des parties. En l'affaire *CME*, le tribunal a majoritairement conclu que l'expression « juste indemnisation » dans le traité bilatéral d'investissement Pays-Bas-République tchèque devait être interprétée comme signifiant « juste valeur marchande », en partie parce qu'il était disposé, sur la base de la clause NPF, à incorporer la notion de « juste valeur marchande » tirée du traité bilatéral d'investissement États-Unis-République tchèque<sup>146</sup>.

vii) *La cohérence dans la prise des décisions*

135. Les tribunaux ont certes noté que les décisions d'autres tribunaux n'avaient pas formellement valeur de précédents mais le désir de cohérence a clairement pesé dans

<sup>141</sup> *Renta*, par. 105 à 119.

<sup>142</sup> *Austrian Airlines*, par. 138 et 139.

<sup>143</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/01/7, 25 mai 2004, disponible à l'adresse [http://www.italaw.com/documents/MTD-Award\\_000.pdf](http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf).

<sup>144</sup> *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/05/16 (29 juillet 2008), par. 581 à 587 et 591 à 605 (traité bilatéral d'investissement Turquie-Kazakhstan), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>.

<sup>145</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, Sentence, CIRDI, affaire n° ARB/03/29 (27 août 2009), par. 153 (traité bilatéral d'investissement Turquie-Pakistan), disponible à l'adresse <http://www.italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf>.

<sup>146</sup> *CME*, par. 500.

la prise des décisions. Peu ont été sur ce point aussi explicites que la majorité du tribunal qui a statué en l'affaire *Impregilo* :

« Il n'en demeure pas moins que, dans les affaires où la clause NPF se référerait à "toutes les matières" ou à "toute matière" régie(s) par le traité bilatéral d'investissement, il y avait une quasi-unanimité sur le constat que cette clause couvrait les règles relatives au règlement des différends. Dans ces conditions, la majorité du Tribunal parvient à la conclusion qu'*Impregilo* est en droit de faire appel, à cet égard, aux règles relatives au règlement des différends figurant dans le traité bilatéral d'investissement Argentine-États-Unis. »<sup>147</sup>.

136. La majorité était en effet d'avis que, du moins en ce qui concerne les clauses NPF à formulation large et l'obligation d'engager une action et de la poursuivre pendant dix-huit mois, la question de l'applicabilité de la clause NPF avait été réglée.

viii) *La définition du traitement qui n'est « pas moins favorable »*

137. La difficulté de déterminer quel traitement est moins favorable est illustrée par les affaires où la clause NPF est utilisée pour remplacer une forme de règlement des différends par une autre. Certains tribunaux se sont demandé si l'on procède bien à la comparaison qui convient lorsqu'on compare les dispositions d'un traité conclu avec un État tiers aux dispositions du traité de base<sup>148</sup>. Si le traité de base stipule une période d'attente de dix-huit mois et si le traité avec un État tiers ne comporte pas cette obligation mais contient une formule d'option irrévocable, est-il exact de dire que le traité avec un État tiers accorde un traitement plus favorable? Dans un cas, dans le traité de base, il y a une période d'attente de dix-huit mois avant d'invoquer les dispositions relatives au règlement des différends du traité bilatéral d'investissement, mais l'investisseur a accès aux procédures tant interne qu'internationale. Dans l'autre cas, en vertu du traité avec un État tiers, l'investisseur a accès au règlement international plus rapidement mais perd la faculté de recourir à la fois au règlement international et au règlement interne du différend. Lequel de ces deux traitements est le plus favorable?

138. Le tribunal saisi de l'affaire *ICS* a estimé que l'investisseur qui tablait sur la clause NPF pour éviter la période d'attente de dix-huit mois serait tenu par les termes de la disposition relative à l'option irrévocable du traité avec l'État tiers<sup>149</sup>. Le tribunal saisi de l'affaire *Garanti Kos* a estimé qu'il était difficile de dire si l'arbitrage du CIRDI était objectivement plus favorable que l'arbitrage de la CNUDCI mais que les deux étaient « sans conteste différents »<sup>150</sup>. Pour finir, le tribunal est parvenu à la conclusion qu'un choix valait mieux que pas de choix, et il a autorisé le requérant à importer l'arbitrage du CIRDI en invoquant la clause NPF du traité de base<sup>151</sup>.

139. La question de savoir si la disposition du traité avec un État tiers que l'on cherche à utiliser est plus favorable que la disposition du traité de base que l'on cherche à éviter n'a pas été examinée de manière quelque peu détaillée dans les décisions antérieures des tribunaux chargés d'affaires d'investissement. En général, on partait du principe que le fait de ne pas avoir à soumettre un contentieux aux tribunaux nationaux pendant dix-huit mois constituait un traitement plus favorable que dix-huit mois de procédure devant ces tribunaux. Or, il faut peut-être se poser des questions sur ce principe, sauf à avoir des présupposés négatifs concernant les tribunaux nationaux en question.

<sup>147</sup> *Impregilo*, par. 108.

<sup>148</sup> Ibid.; voir aussi *Hochtief*.

<sup>149</sup> *ICS c. Argentine*, par. 318 à 325.

<sup>150</sup> *Garanti Kos*, par. 92.

<sup>151</sup> Ibid., par. 94 à 97.

ix) *L'existence d'exceptions de politique générale*

140. En l'affaire *Maffezini*, le tribunal, s'inquiétant semble-t-il de l'ampleur des incidences de sa décision, a énoncé un certain nombre d'exceptions de « politique publique » en vertu desquelles une clause NPF ne pourrait pas s'appliquer à des questions de procédure<sup>152</sup>. Des tribunaux ont par la suite souscrit à l'idée que certaines exceptions de politique publique sont nécessaires mais ils n'ont pas invoqué ces exceptions à l'appui de leur décision, même si dans certains cas ces exceptions auraient pu s'appliquer. À titre d'exemple, en l'affaire *Garanti Kos*, le tribunal a substitué l'arbitrage du CIRDI à celui de la CNUDCI, ce que les exceptions de politique publique dans l'affaire *Maffezini* interdisaient. Le Groupe d'étude a noté des divergences entre les raisons invoquées pour autoriser ou exclure l'utilisation de la clause NPF comme moyen de faire varier les dispositions relatives au règlement des différends des accords bilatéraux d'investissement et a constaté que les différences d'approche en la matière procédaient parfois de différences quant aux hypothèses de départ et non de raisonnements directement contradictoires.

### **Partie III**

## **Considérations intervenant dans l'interprétation des clauses NPF**

### **A. Considérations de politique générale dans l'interprétation des accords d'investissement**

#### **1. L'asymétrie dans les négociations des traités bilatéraux d'investissement**

141. Par le passé, les accords d'investissement étaient conclus principalement entre pays développés et pays en développement, avec la présupposition qu'il existait une asymétrie et une inégalité de pouvoir de négociation<sup>153</sup>. De nos jours, nombre de ces accords sont conclus entre des pays développés ou entre des pays en développement, sans ce postulat.

142. Une autre remarque importante peut être faite au sujet du processus de négociation des accords d'investissement. Certains pays ont leur propre modèle d'accord bilatéral d'investissement et l'utilisent comme base pour leurs négociations avec d'autres pays. Par conséquent, au lieu de partir d'une base nouvelle, les négociations consistent à accepter ou à modifier un modèle déjà élaboré par une partie. Il s'ensuit que ces négociations peuvent tout au plus déboucher sur la reformulation de certaines dispositions, plutôt que sur un accord entièrement nouveau.

143. Cela étant, en réalité les accords d'investissement se ressemblent sur nombre de points essentiels, quelles que soient les parties qui les concluent et quel que soit le modèle utilisé. Et cela n'a rien de surprenant. Les accords d'investissement contemporains reposent sur un certain nombre de dispositions fondamentales concernant : le traitement NPF, le traitement national, le traitement juste et équitable, l'interdiction de l'expropriation hormis sous certaines conditions, et le règlement des différends, qui inclut généralement le règlement des différends entre investisseur et État. Il semble que les négociations aboutissent toutes à un résultat similaire, qu'il y ait eu ou non asymétrie.

<sup>152</sup> Voir par. 88 à 90.

<sup>153</sup> Jeswald W. Salacuse et Nicholas P. Sullivan, « *Do BIT's Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain* », *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), p. 67 à 78.

144. Après avoir examiné la question de l'asymétrie, le Groupe d'étude a conclu que c'était un facteur à prendre en considération pour mieux comprendre le droit international de l'investissement, mais qu'il n'était pas pertinent pour interpréter des accords d'investissement individuels.

## 2. La spécificité de chaque traité

145. Plusieurs États considéraient que les dispositions NPF étaient spécifiques à chaque traité<sup>154</sup> et qu'elles ne se prêtaient donc pas à une approche uniforme<sup>155</sup>. Il ne fait aucun doute que les dispositions NPF en matière d'investissement sont largement présentes dans les accords bilatéraux d'investissement, mais avec un libellé propre à chaque accord.

146. En même temps, les dispositions NPF, indépendamment du processus de négociation qui les a conçues ou du accord qui les contient, ont un objectif commun. En 1978, dans l'article 4 de son projet d'articles, la Commission a défini une clause NPF comme « une disposition conventionnelle par laquelle un État assume à l'égard d'un autre État l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations ». Dans l'article 5, elle a défini le traitement NPF comme « le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire [...] non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ». Autrement dit, quel que soit son libellé, toute clause conventionnelle qui prévoit un traitement non moins favorable que celui accordé à des États tiers est une clause NPF. Elle est de la même nature que toutes les autres clauses NPF et partage avec celles-ci le même objectif global.

147. Cependant, la manière dont cet objectif global est atteint tient au langage employé pour exprimer l'obligation d'accorder le traitement NPF ainsi que pour définir la portée de ce traitement, sa couverture et ses bénéficiaires. Par conséquent, la question clef de l'*ejusdem generis* – jusqu'où le traitement peut-il être étendu – doit être déterminée au cas par cas.

148. Le Groupe d'étude a toutefois estimé qu'en raison de cette communauté d'objectif des dispositions NPF et de la similitude du langage employé dans de nombreux accords d'investissement, l'interprétation d'une disposition NPF dans un accord d'investissement donné pouvait fournir des orientations sur l'interprétation à donner à une disposition NPF dans un autre accord. De fait, lorsqu'ils ont cherché à interpréter une disposition NPF, certains tribunaux chargés d'affaires d'investissement ont d'abord examiné les dispositions d'autres accords que celui dont ils étaient saisis.

149. Il reste que toute clause NPF doit être interprétée conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Ainsi, même si l'on peut tirer des orientations du sens qui est donné au traitement NPF dans d'autres accords, chaque disposition NPF doit être interprétée à la lumière de ses propres termes et du contexte de l'accord dans lequel elle figure. Par conséquent, rien ne permet de conclure à une interprétation unique d'une clause NPF applicable à tous les accords d'investissement.

<sup>154</sup> A/C.6/65/SR.25, par. 75 et 76 (Portugal); A/C.6/66/SR.27 par. 49 [Iran (République islamique d')]; A/C.6/66/SR.27, par. 78 (Portugal); A/C.6/66/SR.28 (Royaume-Uni); A/C.6/67/SR.23 [Iran (République islamique d')].

<sup>155</sup> A/C.6/65/SR.26, par. 17 (États-Unis d'Amérique); A/C.6/66/SR.27, par. 94 (États-Unis d'Amérique).

## B. L'arbitrage « mixte » comme mode de règlement des différends en matière d'investissement

150. En 1978, la Commission a envisagé que le bénéficiaire d'une disposition NPF puisse être non seulement l'État partie à l'accord où figure la disposition, mais aussi « des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État »<sup>156</sup>. En vertu des accords d'investissement, les États accordent généralement le traitement NPF non seulement à l'autre État signataire, mais aussi aux investisseurs ou investissements de cet État. À l'époque, la Commission n'a pas souhaité se pencher plus avant sur les implications du cas de figure où le bénéficiaire est une personne car, étant donné que le projet d'articles sur le droit des traités ne traitait pas de l'application des traités aux individus, elle estimait ne pas devoir poursuivre l'examen de cette question.

151. Quoi qu'il en soit, à l'époque où le projet d'articles de 1978 a été élaboré, la pratique concernant des bénéficiaires qui étaient des personnes était très limitée et n'offrait donc guère matière à analyse. C'est à l'État bénéficiaire qu'il incombe de faire respecter par l'État concédant son obligation d'accorder le traitement NPF. Le non-octroi de ce traitement constitue une violation du traité, susceptible de motiver une action d'un État contre l'autre, pour autant qu'il y ait une instance appropriée. Mais il n'existait alors aucune instance internationale qu'un investisseur aurait pu saisir pour intenter une action contre un État étranger, même s'il pouvait le faire devant les juridictions nationales de l'État concerné si celui-ci avait incorporé ses obligations conventionnelles dans le droit interne, ou si un droit d'action indépendant était prévu en droit interne. En pareil cas, une action intentée contre l'État concédant devant ses propres tribunaux serait fondée sur un droit découlant non pas du traité mais du droit interne de l'État concerné.

152. L'avènement du règlement des différends investisseur-État a signifié un changement majeur à cet égard, en permettant aux investisseurs d'intenter des actions indépendamment de l'État dont ils relèvent, directement contre l'État concédant, au moyen d'un mécanisme de règlement des différends mis en place par les parties à l'accord d'investissement concerné. Les tribunaux chargés de régler des différends entre investisseurs et États ont ainsi produit une importante jurisprudence sur l'interprétation des accords d'investissement et en particulier sur les clauses NPF.

153. Cependant, la nature mixte de l'arbitrage investisseur-État est source de difficultés particulières dans l'interprétation des accords d'investissement. L'accord est conclu entre des États, ce qui en fait un traité. Mais l'instance qui l'interprète présente une certaine analogie avec les mécanismes d'arbitrage commercial, lesquels, historiquement, sont des institutions de droit privé plutôt que de droit public. Ainsi, une disposition NPF pourra être interprétée différemment selon que l'interprète considère l'accord comme un instrument de droit international plutôt que comme un arrangement contractuel.

154. Le statut des tribunaux qui font de l'arbitrage « mixte » et le produit de leurs travaux peuvent susciter des interrogations. Ces tribunaux sont « mixtes » au sens où les parties aux différends n'ont pas le même statut au regard du droit international. À l'époque des concessions, l'accord en soi était conclu entre une entité de droit international public – l'État – et une entité de droit privé – la personne ou la société signataire. Une première préoccupation avait déjà été soulevée à cet égard, concernant la question de savoir si de tels accords, dans lesquels seule l'une des parties était un sujet de droit international, relevaient du droit international ou du droit national, et les

<sup>156</sup> *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 24 (art. 5).

notions de droit transnational et de droit quasi-international avaient été mises en débat.

155. Ce problème ne se pose pas avec les accords d'investissement, car il est clair que ce sont des traités. Néanmoins, un litige soulevé au titre d'une clause de règlement des différends investisseur-État est toujours un litige entre des parties qui ont un statut différent en droit international. C'est pourquoi il a été dit que l'arbitre qui intervient dans un arbitrage mixte concernant la réclamation d'une partie privée, qui pourrait s'apparenter à une action en droit interne, est investi d'une mission et d'une fonction qui ne sont pas très différentes de celles d'un juge national<sup>157</sup>. En ce sens, le règlement des différends investisseur-État pourrait être considéré comme une solution de substitution à la procédure interne, ce que confirme l'existence des dispositions dites « d'option irrévocable » (« *electa una via* »), courantes dans les accords d'investissement, qui prévoient qu'un investisseur plaignant doit choisir, à un moment donné, entre le recours à une action interne et le recours à un mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

156. Il reste que le tribunal saisi d'un différend de cette sorte, qui est un tribunal établi en vertu d'un mécanisme convenu par les États, doit interpréter et appliquer les dispositions d'un traité. Habituellement, il ne se fondera pas sur la législation nationale même si, dans certains cas, le traité concerné peut exiger l'application du droit interne. En outre, s'il est établi en vertu de la Convention du CIRDI, le tribunal est expressément tenu d'appliquer « les principes de droit international en la matière »<sup>158</sup>.

157. Le Groupe d'étude a conclu que la nature « mixte » de l'arbitrage des différends investisseur-État ne justifiait pas qu'une approche différente soit suivie à l'égard des règles d'interprétation des traités lorsqu'il s'agit d'appliquer celles-ci aux dispositions NPF. Un accord d'investissement est un traité dont les dispositions ont été convenues par les États. L'investisseur individuel n'a joué aucun rôle dans la création des obligations conventionnelles; il a seulement le droit d'intenter une action au titre du traité. En tant que traité, l'accord doit être interprété selon les règles reconnues du droit international relatives à l'interprétation des traités.

### C. La pertinence actuelle du projet d'articles de 1978 pour l'interprétation des dispositions NPF

158. Comme il a été dit plus haut, le projet d'articles de 1978 prévoyait que le bénéficiaire d'une disposition NPF puisse être une personne ou une entité « se trouvant dans un rapport déterminé » avec l'État bénéficiaire. Les implications de ce cas de figure n'ont toutefois pas été examinées car les droits des individus ne relèvent pas du mandat de la Commission. Le projet d'articles est néanmoins souvent invoqué par les tribunaux chargés de régler des différends entre investisseur et État, car il a posé les fondements juridiques des dispositions NPF, en particulier en ce qui concerne le principe *ejusdem generis*.

159. Le Groupe d'étude a toutefois relevé que, si le projet d'articles de 1978 pose les principaux fondements juridiques de la définition et du sens des clauses NPF et du traitement NPF et qu'il en énonce des principes de base, il ne fournit pas

<sup>157</sup> Au sujet du chevauchement des aspects publics et privés de l'arbitrage international, voir : Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford : Oxford University Press, 2007), chap. 3.

<sup>158</sup> Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, faite à Washington le 18 mars 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159, art. 42.

d'orientations sur des questions particulières d'interprétation qui peuvent se poser au regard des termes spécifiques employés dans un traité donné. Il ne répond pas, en tout cas directement, à la question de savoir si une disposition procédurale relative au règlement des différends peut être modifiée en vertu d'une clause NPF.

160. Le Groupe d'étude estime que les dispositions fondamentales du projet d'articles de 1978<sup>159</sup>, du fait qu'elles n'ont jamais été remises en question et sont fréquemment appliquées, restent une source importante de droit international pour quiconque doit analyser la définition, la portée et l'application des clauses NPF.

## **Partie IV**

### **Orientations pour l'interprétation des clauses NPF**

161. La présente partie définit un cadre pour la bonne application des règles et principes relatifs à l'interprétation des traités à des clauses NPF. Le Groupe d'étude a conclu de son analyse antérieure qu'il y a trois questions centrales concernant la façon dont les tribunaux ont abordé l'interprétation des clauses NPF en relation avec les dispositions relatives au règlement des différends. Premièrement, les dispositions NPF sont-elles en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions de règlement des différends des traités bilatéraux d'investissement? Deuxièmement, les conditions prévues par les traités bilatéraux d'investissement concernant les dispositions relatives au règlement des différends qui peuvent être invoquées par les investisseurs ont-elles des incidences sur la compétence d'un tribunal? Troisièmement, quels sont les facteurs pertinents dans le processus d'interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition NPF figurant dans un traité bilatéral d'investissement s'applique aux conditions prévues pour invoquer le règlement des différends? Ces questions sont examinées successivement dans les sections ci-dessous.

#### **A. Les dispositions NPF sont en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends**

162. Bien que ce point soit controversé dans certaines des décisions antérieures des tribunaux, il ne fait guère de doute que, en principe, les dispositions NPF sont susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends. Tel est effectivement le cas, même si cette proposition a pu être au départ fondée sur une interprétation erronée de ce que la Commission arbitrale entendait lorsqu'elle a dit, en l'affaire *Ambatielos*, que « l'administration de la justice » entrait dans le champ de la clause NPF qui faisait référence à « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». La Commission y faisait allusion à l'accès aux tribunaux du Royaume-Uni pour faire respecter des droits substantiels et non à un droit de modifier les conditions dans lesquelles le règlement des différends pouvait être invoqué. Mais cela semble de peu d'importance aujourd'hui. La question essentielle est celle de l'autonomie des parties; les parties à un traité bilatéral d'investissement peuvent, si elles le souhaitent, incorporer les conditions d'accès au règlement des différends dans le champ d'application d'une disposition NPF. La question qui se pose dans chaque cas est celle de savoir si elles l'ont fait.

163. En ce sens, cette question est vraiment une question d'interprétation des traités à laquelle il ne peut être répondu qu'au regard de chaque cas particulier. Lorsque les

<sup>159</sup> Voir en particulier les articles 1<sup>er</sup> à 14, *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 19 à 45.

parties ont incorporé expressément les conditions d'accès au règlement des différends dans le cadre de leur disposition NPF<sup>160</sup>, aucune difficulté ne se pose. De même, lorsqu'elles ont exclu expressément l'application de la clause NPF aux conditions d'accès au règlement des différends, aucune difficulté ne se pose non plus. Mais la grande majorité des dispositions NPF des traités bilatéraux d'investissement existants ne sont pas explicites sur ce point, si bien que la question de savoir comment ces dispositions doivent être interprétées se posera dans chaque cas. À tout le moins, cependant, on peut dire qu'il n'est pas nécessaire que les tribunaux qui interprètent les dispositions NPF de traités bilatéraux d'investissement mènent une enquête pour déterminer si de telles dispositions peuvent être en principe applicables aux dispositions relatives au règlement des différends.

## B. Conditions relatives au règlement des différends et à la compétence d'un tribunal

164. Si l'on accepte, cependant, l'idée que cette question est une question d'interprétation, se pose alors celle de savoir s'il y a quelque chose dans la nature des dispositions NPF ou des dispositions relatives aux conditions d'accès des investisseurs au règlement des différends qui pourrait être pertinent pour le processus d'interprétation. À ce sujet, le point de savoir si ces questions vont jusqu'à la compétence d'un tribunal conserve sa pertinence. Une clause NPF doit opérer dans le contexte de certains paramètres (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, etc.)<sup>161</sup>, et la question devient donc celle de savoir si les conditions relatives à l'accès au règlement des différends sont elles-mêmes un paramètre pertinent.

165. L'interprétation et l'application d'une disposition NPF ne peuvent pas se faire de manière totalement libre. Comme le prévoit l'article 14 du projet d'articles de 1978 :

« L'exercice des droits qui découlent d'une clause de la nation la plus favorisée pour l'État bénéficiaire ou pour des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État est subordonné au respect des termes et conditions pertinents énoncés dans le traité contenant la clause ou convenus de toute autre manière entre l'État concédant et l'État bénéficiaire. »

166. Il ne fait aucun doute que si un État a consenti dans un traité bilatéral d'investissement à reconnaître comme investisseurs certaines catégories de personnes, une disposition NPF ne peut pas être invoquée pour modifier ces catégories<sup>162</sup>. Un tribunal mis en place en vertu d'un traité bilatéral d'investissement n'a tout simplement pas compétence pour statuer sur les droits à l'égard d'une entité qui ne constitue pas un investisseur. La question qui se pose est celle de savoir si une limitation de l'accès au règlement des différends, telle qu'une condition réservant au contentieux interne une période préalable de dix-huit mois, est une limitation de compétence similaire applicable à des investisseurs qualifiés.

167. La réponse à cette question dépend, en partie, de ce qu'il s'agit d'un problème de compétence ou d'un problème de recevabilité. La distinction entre compétence et recevabilité n'est pas toujours claire et ces termes sont parfois employés de manière interchangeable<sup>163</sup>. Cependant, la différence entre des objections concernant le tribunal

<sup>160</sup> Traité bilatéral d'investissement type du Royaume-Uni, 2008, disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

<sup>161</sup> Voir aussi par. 105 plus haut.

<sup>162</sup> Voir *HICEE*, par. 149.

<sup>163</sup> Voir, de manière générale, Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4<sup>e</sup> éd. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006) p. 505 à 586.

et des objections concernant l'action en justice est réputée être le fondement de cette distinction<sup>164</sup>.

168. Sur cette base, on pourrait soutenir que, étant donné que la condition instaurant dix-huit mois d'attente est une condition qui détermine si une action peut ou non être engagée par l'investisseur, c'est la compétence du tribunal qui est en jeu – le problème n'est pas celui de l'action particulière qui est engagée par l'investisseur; aucune action ne peut être engagée par cet investisseur tant que la condition instaurant dix-huit mois d'attente n'est pas remplie.

169. De l'avis du Groupe d'étude, ces approches concurrentes reflètent ce qui a été mentionné plus haut – la différence entre ceux qui considèrent les accords d'investissement comme des instruments de droit international public, et ceux qui considèrent le règlement des différends entre investisseur et État comme relevant davantage du droit privé, à l'instar des arrangements contractuels. Dans le premier cas, la compétence et le consentement à l'arbitrage sont des questions qui intéressent vivement l'État, alors que dans le second, il s'agit simplement de savoir quel est le sens du terme « traitement » ou de tout autre mot qui stipule le droit du bénéficiaire.

170. La conséquence pratique de ces approches différentes est que ceux qui mettent l'accent sur la dimension de droit international public des accords d'investissement tendent à considérer qu'une condition instaurant dix-huit mois d'attente a valeur d'épuisement des recours internes. Ceux qui envisagent davantage ces accords en termes d'arbitrage privé ou commercial sont susceptibles de la considérer comme une disposition de temporisation ayant pour effet de reporter le droit qu'a un investisseur d'engager une action, et donc de la juger contraire à l'objectif général d'un traité bilatéral d'investissement qui est de créer des conditions favorables à l'investissement.

171. La caractéristique commune des approches « juridictionnelles » est que, à moins qu'elle ne soit clairement formulée ou qu'il y ait des circonstances contextuelles particulières, une disposition NPF ne peut pas modifier les conditions d'accès au règlement des différends. Il s'agit toujours d'une question d'interprétation des traités, mais d'une interprétation qui part de l'hypothèse initiale qu'une disposition NPF ne s'applique pas automatiquement aux dispositions d'un traité bilatéral d'investissement relatives au règlement des différends. Et cela contraste avec les hypothèses de départ d'un certain nombre de tribunaux, selon qui les dispositions NPF sont a priori applicables au règlement des différends, parce que celui-ci fait partie des protections prévues dans un traité bilatéral d'investissement. Selon cette approche, la clause NPF s'applique au règlement des différends à moins qu'il puisse être démontré que les parties au traité bilatéral d'investissement n'entendaient pas qu'elle soit applicable.

172. Le Groupe d'étude a estimé que ce débat en partie théorique sur la nature des accords d'investissement, compte tenu des hypothèses auxquelles il aboutissait à propos de l'interprétation de ces accords, ne se prêtait guère à la formulation d'une solution définitive. Les accords d'investissement présentent des éléments à caractère public et d'autres à caractère privé. L'impossibilité d'apporter une réponse formelle définitive vient de ce que cette question est traitée dans le cadre d'un arbitrage « mixte » rendu par des arbitres « ad hoc ». Dans un système « fermé » tel que celui de l'OMC, un tribunal d'appel pourrait statuer sur la question et, qu'il ait tort ou raison, sa décision s'appliquerait à toutes les affaires examinées au sein du système. Cette possibilité n'existe pas dans le cas du règlement des différends entre investisseur

---

<sup>164</sup> Jan Paulsson, « Jurisdiction and Admissibility » in Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi et Anne Marie Whitesell (dir. publ.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris, ICC Publishing, 2005) p. 601 à 616.

et État. Pas plus, de l'avis du Groupe d'étude, qu'il ne serait approprié que la Commission joue un tel rôle.

173. Cependant, le Groupe d'étude fait observer que les conclusions concernant l'applicabilité des clauses NPF aux dispositions de règlement des différends devraient être fondées sur l'interprétation et l'analyse des dispositions en question et non sur des hypothèses quant à la nature des accords d'investissement ou des droits qui sont accordés en vertu de ces accords.

### C. Facteurs pertinents pour déterminer si une clause NPF s'applique aux conditions pour invoquer les clauses de règlement des différends

174. Les traités bilatéraux d'investissement étant des accords internationaux, les règles d'interprétation des traités énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont applicables à leur interprétation<sup>165</sup>. La règle générale d'interprétation des traités est énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, dont le paragraphe 1 prévoit qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et son but »<sup>166</sup>. Il a été dit que cette formule était « à l'évidence fondée sur l'idée que le texte du traité doit être présumé être l'expression authentique de l'intention des parties »<sup>167</sup>.

175. Dans leurs décisions, les tribunaux chargés d'affaires d'investissement partent souvent du principe que les règles de la Convention de Vienne fournissent le cadre juridique approprié pour interpréter les dispositions NPF. Pourtant, dans ce cadre commun, il existe des divergences d'approche. Par le passé, le Groupe d'étude a recensé plusieurs facteurs qui se sont révélés avoir influencé les tribunaux dans l'interprétation de dispositions NPF. Certains de ces facteurs sont passés en revue ci-après.

#### 1. Le principe de contemporanéité

176. Le principe de contemporanéité, invoqué expressément par les tribunaux dans les affaires *ICS* et *Daimler* et implicitement dans les décisions de certains autres tribunaux<sup>168</sup>, ne se trouve pas spécifiquement dans les règles de la Convention de Vienne de 1969. Pourtant, la Cour internationale de Justice et des tribunaux internationaux y ont fait référence directement ou indirectement. Dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, la Cour a fait état de la « nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion »<sup>169</sup>. La Commission pour le tracé de la frontière entre l'Érythrée et

<sup>165</sup> Ces dispositions sur l'interprétation sont généralement considérées comme reflétant le droit international coutumier.

<sup>166</sup> *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 240, par. 11.

<sup>167</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>e</sup> éd. (Manchester, Manchester University Press, 1984), p. 115.

<sup>168</sup> *Plama*, par. 197.

<sup>169</sup> *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*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, p. 31, par. 53.

l'Éthiopie a elle aussi approuvé ce qu'elle a qualifié de « doctrine de la "contemporanéité" »<sup>170</sup>.

177. Par ailleurs, dans son arrêt concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour internationale de Justice a estimé que « [t]outefois, cela ne signifie pas qu'il ne faille jamais tenir compte du sens que possède un terme au moment où le traité doit être interprété en vue d'être appliqué, lorsque ce sens n'est plus le même que celui qu'il possédait à la date de la conclusion. »<sup>171</sup> Selon la Cour, il en de même, notamment, « des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés – ou à certains d'entre eux – un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international »<sup>172</sup>.

178. De l'avis du Groupe d'étude, le fait qu'une interprétation évolutive (*evolutive*) soit appropriée dans un cas donné dépendra d'un certain nombre de facteurs, notamment l'intention des parties que le terme en question soit interprété d'une manière évolutive (*evolutive*)<sup>173</sup>, la pratique ultérieure des parties et la façon dont elles ont elles-mêmes interprété et appliqué leur accord. L'approche du tribunal qui, dans l'affaire *ICS*, a cherché à déterminer le sens du « traitement » auquel la disposition NPF s'appliquait, en examinant comment ce terme aurait été compris au moment où le traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni-Argentine a été conclu, donne des indications importantes pour l'interprétation mais ne peut pas être considérée comme nécessairement définitive.

## 2. La pertinence des travaux préparatoires

179. En un sens, la référence aux travaux préparatoires est une application du principe de contemporanéité, car il s'agit d'un effort visant à déterminer l'intention des parties au moment de la conclusion de l'accord<sup>174</sup>. Le recours aux travaux préparatoires n'est pas fréquent dans les décisions des tribunaux qui interprètent des dispositions NPF, peut-être parce que ce matériel n'est souvent pas aisément disponible<sup>175</sup>. Cependant, dans l'affaire *Austrian Airlines*, le tribunal a examiné les projets successifs de clauses du traité, qui mettaient en évidence un rétrécissement progressif de la portée des dispositions relatives à l'arbitrage, afin de confirmer la conclusion que les parties avaient l'intention de limiter l'arbitrage en vertu de cet accord à certaines questions spécifiées<sup>176</sup>. Le Groupe d'étude a estimé que cet exemple illustre bien la pertinence des travaux préparatoires.

<sup>170</sup> *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et la République fédérale démocratique d'Éthiopie* (13 avril 2002), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV, p. 83 à 195, par. 3.5.

<sup>171</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., à la page p. 242, par. 64.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> Commission du droit international, Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, A/CN.4/L.813, projet de conclusion 3. Voir aussi la suite de ce document dans Commission du droit international, Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, A/CN.4/L.833. Voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV.

<sup>174</sup> L'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 prévoit : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires ».

<sup>175</sup> Dans l'affaire *Plama*, le tribunal a relevé (par. 196) que les parties n'avaient pas présenté de travaux préparatoires.

<sup>176</sup> *Austrian Airlines*, par. 137.

### 3. La pratique conventionnelle des parties

180. La pratique contemporaine ou ultérieure des parties est clairement pertinente pour l'interprétation des dispositions d'un traité. Toutefois, en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, la pratique pertinente est limitée aux accords ayant rapport au traité et qui sont intervenus entre toutes les parties, aux instruments ayant rapport au traité établis par une partie et acceptés par les autres, aux accords ultérieurs intervenus entre les parties et à la pratique ultérieurement suivie par laquelle est établi l'accord des parties<sup>177</sup>. En conséquence, dans la mesure où les tribunaux chargés d'affaires d'investissement invoquent ce type de matériel, ils agissent clairement conformément au matériel interprétatif pertinent.

181. Cela étant, la plupart des traités bilatéraux d'investissement sont seulement des accords entre deux États et ne s'accompagnent pas d'accords ou de pratique contemporains ou ultérieurs entre les parties au traité<sup>178</sup>. Par conséquent, ce sont aux accords conclus par l'une des parties à l'accord bilatéral avec des États tiers que les tribunaux se réfèrent souvent<sup>179</sup>. Un tribunal a estimé que les traités avec des États tiers n'étaient pas pertinents, car c'était le texte du traité bilatéral d'investissement dont il était saisi qu'il convenait d'interpréter<sup>180</sup>.

182. Les actions d'un État partie à un traité bilatéral d'investissement qui ne font pas intervenir l'autre État partie peuvent avoir une certaine pertinence contextuelle en montrant l'attitude de l'une des parties au traité. Toutefois, ces actions ne relèvent pas du paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne, qui prend en considération l'intention commune des parties, mais peuvent être prises en compte en vertu de l'article 32<sup>181</sup>.

183. Reste néanmoins à savoir s'il existe une autre base sur laquelle la pratique d'élaboration de traités d'une seule partie peut être pertinente. Dans l'affaire *ICS*, le tribunal a estimé que la pratique d'une seule partie n'était pas pertinente. Cependant, il a considéré comme pertinent le fait qu'un État avait continué à incorporer une condition instaurant dix-huit mois d'attente dans des traités bilatéraux d'investissement ultérieurs. Il a estimé que l'État n'était guère susceptible d'insister sur la conclusion d'une disposition dont il savait qu'elle serait dépourvue de tout effet utile en raison de l'incorporation d'une clause NPF<sup>182</sup>. Cela illustre la pertinence potentielle, quoique limitée, de la pratique d'une partie.

### 4. Le sens du contexte

184. L'expression « dans leur contexte » figurant à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 est susceptible d'avoir un sens large. Elle recouvre, en vertu du paragraphe 2 de l'article 31, outre le texte même du traité, le préambule et les annexes

<sup>177</sup> Commission du droit international, Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, *A/CN.4/L.813* [partie 1], et *A/CN.4/L.833* [partie 2]. Voir en particulier le projet de conclusion 7. Voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/69/10)*, chap. VII.

<sup>178</sup> En vertu de l'ALENA, toutefois, les parties ont le pouvoir, en vertu du traité, de rendre « des interprétations faisant autorité » qui sont ensuite obligatoires pour les tribunaux. Voir ALENA, art. 1131, par. 2.

<sup>179</sup> Dans l'affaire *Plama*, le tribunal a dit ce qui suit : « Il est vrai que les traités entre l'une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en considération dans le but de clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu ». *Plama*, par. 195.

<sup>180</sup> *Renta*.

<sup>181</sup> Voir en particulier, Commission du droit international, accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, voir projets de conclusions 1 (par. 4) et 4 (par. 3), ainsi que les commentaires y relatifs, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, par. 38 et 39.

<sup>182</sup> *ICS c. Argentine*, par. 314 et 315.

ainsi que tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre les parties à l'occasion de la conclusion du traité, et tout instrument établi par une partie et accepté par l'autre partie en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

185. Deux questions particulières concernant le contexte découlent des décisions des tribunaux chargés d'affaires d'investissement. Tout d'abord, une disposition NPF rédigée en termes plus généraux peut-elle l'emporter sur une disposition spécifique d'un traité bilatéral d'investissement? Deuxièmement, quelle est la pertinence du fait qu'un traité bilatéral d'investissement énumère des exclusions spécifiques à l'application du principe NPF? Cela exclut-il les autres exceptions non énumérées au traitement NPF?

a) *L'équilibre entre dispositions spécifiques et dispositions générales*

186. Dans certaines décisions, les arbitres ont cherché à évaluer le poids d'une disposition expresse d'un traité, portant sur les circonstances dans lesquelles un investisseur peut invoquer un arbitrage investisseur-État, au regard de la disposition générale d'une clause NPF. La conclusion qu'ils en ont tirée est qu'une déclaration générale applicable à « tout traitement » telle que celles que l'on trouve dans une clause NPF ne peut pas l'emporter sur une déclaration spécifique concernant le traitement accordé en vertu d'un traité, telle qu'une condition qui doit être remplie pour invoquer les clauses de règlement des différends. Comme la Commission l'a noté dans son rapport sur la fragmentation du droit international, le principe *lex specialis derogat legi generali* est un principe généralement admis d'interprétation des traités<sup>183</sup>. Cependant, sa pertinence dans le contexte de l'interprétation d'une disposition NPF peut être limitée.

187. Par sa nature même, une clause NPF promet quelque chose de mieux que ce qui est prévu dans le traité, de sorte que le simple fait qu'il existe une disposition spécifique dans le traité de base lui-même ne permet pas de conclure si une disposition NPF peut ou non assurer un meilleur traitement que celui déjà prévu dans le traité de base. Bien sûr, s'il y a dans le traité des éléments d'interprétation indépendants qui montrent que les parties ont voulu que la disposition NPF ne s'applique pas à la disposition spécifique en question, c'est une autre affaire. Mais, de l'avis du Groupe d'étude, la présomption selon laquelle le spécifique l'emporte sur le général n'est simplement pas concluante dans l'interprétation d'une disposition NPF.

b) *Le principe expressio unius*

188. Le principe *expressio unius est exclusio alterius* a souvent été cité, en particulier en rapport avec les exclusions expresses de l'application d'une disposition NPF. L'argument est que, lorsque le traité bilatéral d'investissement contient des exceptions expresses à l'application d'une disposition NPF, ces exceptions excluent les autres exceptions qui ne sont pas énumérées<sup>184</sup>. Ainsi, le fait ne pas mentionner les dispositions de règlement des différends parmi les questions qui sont exclues de l'application d'une clause NPF signifie que cette clause couvre le règlement des différends. Toutefois, comme l'ont relevé certains auteurs, le principe *expressio unius* est dans le meilleur des cas une présomption et il ne doit pas être considéré comme une réponse définitive à la question<sup>185</sup>. C'est un facteur à prendre en considération, et rien de plus. En outre, comme le tribunal l'a fait observer en l'affaire *ICS*, ce principe

<sup>183</sup> Conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, *Annuaire ... 2006*, Vol. II, deuxième partie, conclusion 5.

<sup>184</sup> Voir l'opinion individuelle de Charles N. Brower dans l'affaire *Austrian Airlines*.

<sup>185</sup> Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge : Cambridge University Press, 2007), p. 248 et 249.

peut conduire à la conclusion inverse. Si seules des exceptions ayant trait au fond sont énumérées, cela peut signifier que les parties ne croyaient pas qu'une clause NPF était pertinente pour les questions de procédure ou de règlement des différends<sup>186</sup>. En conséquence, le Groupe d'étude a estimé que, si le principe *expressio unius* est un facteur dont il faut tenir compte, il ne peut pas être considérée comme un facteur décisif.

##### 5. La pertinence de la teneur de la disposition que l'on cherche à remplacer

189. Certains tribunaux ont estimé que la condition instaurant dix-huit mois d'attente imposait un obstacle inutile à un investisseur cherchant à faire valoir ses droits par l'invocation de la clause de règlement des différends d'un traité bilatéral d'investissement et était contraire à l'objectif général d'un traité bilatéral d'investissement, qui vise à promouvoir et à faciliter les investissements. Cependant, comme l'ont souligné d'autres tribunaux, une telle disposition est une variante d'une condition d'épuisement des recours internes et a sa propre raison d'être. Dans la mesure où les tribunaux chargés d'affaires d'investissement ont été influencés dans l'interprétation d'une disposition NPF par la teneur de la disposition figurant dans le traité de base qui est modifiée par l'application du traitement NPF, le Groupe d'étude a du mal à voir comment une telle considération peut être justifiée en vertu des règles d'interprétation des traités.

190. La décision de principe d'incorporer une disposition particulière dans leur traité bilatéral d'investissement appartient aux parties et n'est pas critiquable a posteriori par les tribunaux chargés du règlement des différends. La fonction du tribunal est de déterminer le sens des dispositions et l'intention des parties, et non de contester leurs choix politiques. Sur cette base, la teneur d'une disposition à laquelle l'application de la disposition NPF permet de passer outre est, de l'avis du Groupe d'étude, sans incidence en ce qui concerne l'interprétation des traités.

##### 6. L'interprétation de la disposition que l'on cherche à insérer

191. La question essentielle de la portée ou de l'étendue de l'avantage qui peut être obtenu du traité avec un État tiers grâce à une clause NPF soulève celle de l'application de la règle *ejusdem generis*. Il est clair que si la matière objet de la clause NPF dans le traité de base est limitée à des questions de fond, la disposition ne peut pas être utilisée pour obtenir le bénéfice de droits procéduraux dans le cadre du traité avec un État tiers. Plus difficile est la question de savoir si le bénéficiaire d'une disposition NPF qui se rapporte effectivement à des dispositions d'ordre procédural peut choisir les avantages procéduraux pouvant être invoqués.

192. À cet égard, s'il apporte une réponse générale, le projet d'articles de 1978 n'est pas assez précis pour contribuer à régler le problème réel qui se pose dans le contexte des traités d'investissement. Les projets d'articles 9 et 10 se rapportent à l'État bénéficiaire pouvant prétendre à des droits ou à un traitement « dans les limites de la matière objet de la clause ». Le commentaire suggère que l'expression « dans les limites de la matière objet de la clause » contient une référence implicite à la notion de similarité<sup>187</sup>. Cependant, les tribunaux chargés d'affaires d'investissement n'ont pas encore élaboré de jurisprudence sur cette notion. Il n'y a pas d'accord commun, pour prendre l'exemple précédent, sur le fait de savoir si une condition instaurant dix-huit mois d'attente sans disposition d'option irrévocable est plus ou moins favorable que l'accès direct à l'arbitrage investisseur-État avec disposition d'option irrévocable.

<sup>186</sup> *ICS c. Argentine*, par. 315 à 317.

<sup>187</sup> *Annuaire ... 1978*, Vol. II, deuxième partie, p. 37 et 38, par. 25 et 26 du commentaire des articles 9 et 10.

193. De l'avis du Groupe d'étude, on ne peut répondre à la question de savoir ce qui constitue un traitement moins favorable qu'en procédant à une analyse au cas par cas. À tout le moins, c'est une question qui doit être examinée dans toute interprétation ou application d'une disposition NPF.

## D. Conséquences de différents modèles de clauses NPF

194. Bien qu'il ait envisagé, au début de ses travaux, la possibilité de rédiger lui-même des clauses NPF types, le Groupe d'étude est parvenu à la conclusion que ce ne serait pas utile. Il existe un grand nombre de clauses NPF déjà incorporées par les États dans leurs accords d'investissement qui peuvent servir de modèles pour de futurs accords. Ce qui est plus important, c'est de comprendre les conséquences que peuvent emporter un libellé particulier.

### 1. Les clauses des accords existants au moment de la décision *Maffezini*

195. Mises à part les différentes approches interprétatives déjà recensées, il semble y avoir une certaine similitude dans l'interprétation de certains types de libellés des clauses NPF.

196. Premièrement, lorsque la clause NPF prévoit simplement un « traitement non moins favorable » sans aucune précision qui pourrait être considérée comme élargissant la portée du traitement à accorder, les tribunaux ont systématiquement refusé d'interpréter une telle disposition comme incluant le règlement des différends.

197. Deuxièmement, lorsque la clause NPF contient des clauses qui font référence à « tout traitement » ou « toutes les questions » régis par le traité, les tribunaux ont eu tendance à accorder une interprétation large à ces clauses, et à conclure qu'elles appliqueraient aux dispositions relatives au règlement des différends. Dans une seule affaire, une clause formulée en termes généraux n'a pas été considérée comme s'appliquant au règlement des différends<sup>188</sup>.

198. Troisièmement, lorsque la clause NPF qualifie le traitement devant être reçu en employant les termes « utilisation », « gestion », « entretien », « jouissance » et « aliénation », la majorité des tribunaux ont conclu que de telles clauses sont suffisamment générales pour couvrir les dispositions de règlement des différends.

199. Quatrièmement, dans les deux affaires liant le traitement NPF directement à un traitement juste et équitable, aucun des tribunaux n'a conclu que la clause couvrait les dispositions de règlement des différends.

200. Cinquièmement, dans les affaires où une restriction territoriale avait été imposée à une clause NPF, le résultat a été mitigé. Certains tribunaux ont conclu que la restriction territoriale n'était pas pertinente pour décider si les dispositions de règlement des différends étaient concernées<sup>189</sup>, tandis que d'autres ont jugé qu'une clause de restriction territoriale empêchait l'inclusion de dispositions relatives au règlement international des différends dans une clause NPF<sup>190</sup>.

201. Sixièmement, dans aucune affaire où les clauses NPF limitaient leur application aux investisseurs ou investissements se trouvant « dans des circonstances similaires » ou « des situations similaires » un tribunal n'a considéré comme pertinente la question de savoir si ces clauses s'appliquaient aux dispositions relatives au règlement des différends.

<sup>188</sup> *Berchsader*.

<sup>189</sup> *Maffezini*, par. 61; *Hochtief*, par. 107 à 111 (majorité).

<sup>190</sup> *ICS c. Argentine*, par. 296 et 305 à 308; *Daimler*, par. 225 à 231 et 236 (majorité).

202. Cette analyse montre la pratique passée et ne constitue pas une prise de position sur la façon dont les décisions seront rendues à l'avenir. Étant donné que les tribunaux chargés d'affaires d'investissement sont des instances ad hoc et que les dispositions exactes et le contexte des clauses NPF varient, il est impossible de prévoir ce que les membres des tribunaux décideront, même si certains ou tous ont déjà jugé des affaires portant sur des dispositions NPF. Toutefois, lorsque les clauses NPF peuvent faire l'objet d'une interprétation plus large, il semble que les tribunaux soient plus enclins à les considérer comme s'appliquant aux dispositions de règlement des différends. De l'avis du Groupe d'étude, cela donne aux États une première orientation sur la façon dont des libellés particuliers pourraient être traités par des tribunaux.

## 2. Clauses figurant dans des accords conclus depuis la décision *Maffezini*

203. Depuis la décision *Maffezini*, il y a eu un certain nombre d'accords d'investissement conclus qui comportent des dispositions NPF. Généralement, ils se répartissent en trois catégories.

204. La première catégorie est celle des accords qui excluent expressément l'application de la décision *Maffezini*. Ils le font par référence expresse à la décision<sup>191</sup> ou en prévoyant que les dispositions relatives au règlement des différends ne relèvent pas du champ d'application de la clause NPF<sup>192</sup>. En général, il ne semble pas qu'ils le fassent en mentionnant cette décision dans la liste des exceptions à l'application du traitement NPF.

205. La deuxième catégorie est celle des accords qui incluent expressément les dispositions relatives au règlement des différends dans le champ de la clause NPF<sup>193</sup>.

206. Enfin, on trouve dans la troisième catégorie les accords qui n'indiquent en rien si les dispositions relatives au règlement des différends sont incluses dans le champ d'application de la clause NPF. Certains définissent le champ d'application de la clause NPF comme s'appliquant à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire ». Cependant, comme indiqué plus haut, certains tribunaux ont considéré que cette disposition couvrirait le règlement des différends, et d'autres pas.

207. Le Groupe d'étude a noté que la question de la NPF et des dispositions relatives au règlement des différends n'a pas motivé les États à clarifier le libellé des accords existants pour exclure le règlement des différends, ni à négocier de nouveaux accords excluant son application. En fait, la plupart des nouveaux accords ont tendance à ignorer cette question. Il existe au moins trois explications possibles de ce fait.

208. Premièrement, la renégociation des accords existants est un processus long et complexe et les États peuvent ne pas accorder un rang de priorité élevé à ce sujet dans leur programme d'élaboration de traités ou peuvent craindre que cela ne ravive d'autres problèmes dans le traité.

209. Deuxièmement, les États peuvent craindre que la modification du libellé de leurs nouveaux accords destinée à éviter l'application du traitement NPF au règlement des

<sup>191</sup> Projet d'accord de libre-échange États-Unis/Amérique centrale (28 janvier 2004), disponible à l'adresse [http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp).

<sup>192</sup> Accord entre la Confédération suisse et la République de Colombie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, conclu à Berne le 17 mai 2006, disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/1008>.

<sup>193</sup> Accord entre le Japon et les États-Unis du Mexique pour le renforcement de leur partenariat économique, conclu à Mexico le 17 septembre 2004, disponible à l'adresse [http://www.sice.oas.org/Trade/MEX\\_JPN\\_e/agreement.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf). Le Royaume-Uni n'a pas modifié son traité bilatéral d'investissement type, qui applique le traitement NPF au règlement des différends.

différends soit considérée par les tribunaux comme une indication que leurs accords existants couvrent effectivement le règlement des différends.

210. Troisièmement, les États peuvent considérer que, dans la pratique, comme indiqué plus haut, les dispositions NPF n'ont été appliquées au règlement des différends que dans le cas des clauses NPF formulées en termes généraux, et que leurs dispositions NPF ne sont pas formulées en termes généraux.

211. En tout état de cause, le Groupe d'étude a conclu que les orientations fournies dans le présent document au sujet des libellés qui peuvent être interprétés comme incluant les dispositions relatives au règlement des différends dans le champ d'application du traitement NPF, ainsi que des exemples d'accords où les gouvernements l'ont expressément exclu, pourraient aider les États à examiner comment leurs accords d'investissement pourraient être interprétés et ce qu'ils pourraient prendre en compte dans la négociation de nouveaux accords.

## **Partie V**

### **Résumé des conclusions**

212. Les clauses NPF n'ont pas changé de nature depuis l'époque où le projet d'articles de 1978 a été achevé. Les dispositions fondamentales de ce projet d'articles servent toujours de base pour l'interprétation et l'application des clauses NPF aujourd'hui. Cependant, elles n'apportent pas de réponses à toutes les questions d'interprétation qui peuvent se poser avec les clauses NPF.

213. L'interprétation des clauses NPF doit être entreprise sur la base des règles relatives à l'interprétation des traités telles qu'énoncées par la Convention de Vienne de 1969.

214. La question centrale d'interprétation en ce qui concerne les clauses NPF a trait à la portée de la clause et à l'application du principe *ejusdem generis*. Autrement dit, la portée et la nature de l'avantage qui peut être obtenu en vertu d'une clause NPF dépendent de l'interprétation de la clause NPF elle-même.

215. L'application des clauses NPF aux dispositions relatives au règlement des différends dans l'arbitrage des traités d'investissement, au lieu de les limiter aux obligations de fond, a apporté une nouvelle dimension à la réflexion sur les dispositions NPF et peut-être entraîné des conséquences que les parties n'avaient pas prévues lorsqu'elles avaient négocié leurs accords d'investissement. Néanmoins, la question reste une question d'interprétation des traités.

216. En fin de compte, c'est aux États qui négocient des clauses NPF qu'il appartient de décider si celles-ci doivent inclure les dispositions relatives au règlement des différends. Un libellé explicite peut garantir qu'une clause NPF s'applique ou ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends. À défaut, il incombera aux tribunaux chargés du règlement des différends d'interpréter les clauses NPF au cas par cas.

217. Les techniques d'interprétation passées en revue par le Groupe d'étude dans le présent rapport sont destinées à aider à l'interprétation et à l'application des dispositions NPF.

