

## Chapitre XI

### LES TRAITÉS DANS LE TEMPS

#### A. Introduction

333. La Commission, à sa soixantième session (2008), 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>672</sup>. À sa soixante et unième session (2009), la Commission 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 efforcé de recenser les questions à examiner et a réfléchi à ses méthodes de travail ainsi qu'aux résultats possibles des travaux de la Commission sur le sujet<sup>673</sup>. À la soixante-deuxième session (2010), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte et a commencé ses travaux sur les aspects du sujet relatifs à l'accord et la pratique ultérieurs, sur la base d'un rapport introductif, établi par son Président, sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée<sup>674</sup>.

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

334. À la présente session, le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a été reconstitué une nouvelle fois sous la présidence de M. Georg Nolte.

335. À sa 3119<sup>e</sup> séance, le 8 août 2011, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude sur les traités dans le temps et a approuvé la recommandation du Groupe d'étude tendant à ce que la demande d'informations formulée dans le chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-deuxième session (2010)<sup>675</sup> soit réitérée dans le chapitre III du rapport de la Commission sur ses travaux de la présente session<sup>676</sup>.

##### 1. DÉBATS DU GROUPE D'ÉTUDE

336. Le Groupe d'étude a tenu cinq séances, le 25 mai 2011, les 13, 21 et 27 juillet 2011 et le 2 août 2011.

337. Le Groupe d'étude a d'abord repris l'examen des derniers points du rapport introductif établi par son Président sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence

spécialisée. Ses membres se sont ainsi penchés sur la partie du rapport consacrée aux accords et à la pratique ultérieurs comme moyens possibles de modification des traités et sur les rapports entre les accords et la pratique ultérieurs et les procédures de modification formelle des traités. En ce qui concerne les autres parties du rapport introductif, le Groupe d'étude a estimé, suivant la proposition de son Président, qu'aucune conclusion ne pouvait être tirée sur les questions abordées par le rapport introductif à ce stade.

338. Le Président a pris note de ce que les documents complémentaires suivants avaient été soumis au groupe d'étude pour examen: le deuxième rapport établi par le Président, intitulé *Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice* (Les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et pratique ultérieurs); un document de travail élaboré par M. Murase, intitulé *The pathology of "evolutionary" interpretations: GATT article XX's application to trade and the environment* [Analyse des difficultés en matière d'interprétations «évolutives»: application de l'article 20 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) au commerce et à l'environnement]; ainsi qu'un document de travail élaboré par M. Petrič sur la question des accords et de la pratique ultérieurs relatifs à un traité de délimitation particulier. Le Groupe d'étude a examiné le document de travail présenté par M. Murase en liaison avec le point correspondant du deuxième rapport élaboré par son Président. Il a décidé de reporter l'examen du document de travail établi par M. Petrič au moment où il aborderait la question des accords et de la pratique ultérieurs sans lien avec des procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles.

339. Le deuxième rapport établi par le Président porte sur les décisions rendues dans le cadre de certains régimes économiques internationaux [OMC, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et tribunaux de la Zone américaine de libre-échange], des régimes internationaux de protection des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme et Comité des droits de l'homme dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ainsi que d'autres régimes (Tribunal international du droit de la mer, Cour pénale internationale, Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et Cour de justice de l'Union européenne). Le rapport expose les raisons du choix de ces régimes et de l'exclusion de certains autres.

<sup>672</sup> À sa 2997<sup>e</sup> séance, le 8 août 2008 [*Annuaire... 2008*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 159, par. 353]. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe I, p. 163. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

<sup>673</sup> Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 154 et 155, par. 220 à 226.

<sup>674</sup> *Annuaire... 2010*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 202 et 203, par. 345 à 354.

<sup>675</sup> *Ibid.*, p. 16, par. 26 à 28.

<sup>676</sup> Voir *infra* le paragraphe 343.

340. Le Groupe d'étude a examiné le deuxième rapport sur la base des 20 «conclusions générales» qu'il comporte. Les débats ont porté essentiellement sur les points suivants: l'application par les juridictions ou les organes quasi juridictionnels relevant de régimes spéciaux de la règle générale d'interprétation des traités; la mesure dans laquelle la nature particulière de certains instruments – notamment les traités de droits de l'homme et les traités dans le domaine du droit pénal international – pouvait modifier l'approche des juridictions ou organes concernés à l'égard de l'interprétation des traités; l'accent mis par les juridictions ou organes quasi juridictionnels sur telle ou telle méthode d'interprétation des traités (par exemple des approches plus axées sur le texte ou sur l'objet des traités par rapport à des approches plus classiques); la reconnaissance générale des accords et de la pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités; l'importance du rôle attribué par différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels à la pratique ultérieure parmi les différents moyens d'interprétation des traités; le concept de pratique ultérieure aux fins de l'interprétation des traités, y compris le moment à partir duquel une pratique peut être considérée comme «ultérieure»; les auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente; ainsi que l'interprétation évolutive comme forme d'interprétation téléologique à la lumière de la pratique ultérieure. Faute de temps, les membres du Groupe d'étude n'ont pu examiner que 11 des conclusions du deuxième rapport. À la lumière des débats menés au sein du groupe d'étude, le Président a remanié le texte des conclusions préliminaires, désormais au nombre de neuf (voir *infra* la section 3).

341. Le Groupe d'étude est convenu que les conclusions préliminaires ci-dessus, élaborées par son Président, devraient être réexaminées et développées à la lumière d'autres rapports sur des aspects complémentaires du sujet ainsi que des débats s'y rapportant.

## 2. TRAVAUX FUTURS ET DEMANDE D'INFORMATIONS

342. Le Groupe d'étude a également envisagé ses travaux futurs sur le sujet. En principe, au cours de la soixante-quatrième session (2012), il devrait achever l'examen du deuxième rapport établi par son Président, puis aborder une troisième phase de ses travaux, à savoir l'analyse de la pratique des États sans lien avec des procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles. Ces travaux devraient être menés sur la base d'un nouveau rapport. Le Groupe d'étude a estimé que les travaux sur le sujet devraient être achevés, ainsi qu'il était envisagé à l'origine, au cours du prochain quinquennat et déboucher sur des conclusions élaborées sur la base d'un répertoire de la pratique. Le Groupe d'étude a aussi envisagé la possibilité de modifier la méthode de travail sur le sujet et de suivre la procédure prévoyant la désignation par la Commission d'un rapporteur spécial. Il a conclu que cette possibilité devrait être examinée à la prochaine session par la Commission dans sa nouvelle composition.

343. À sa séance du 2 août 2011, le Groupe d'étude a examiné la possibilité de réitérer la demande d'informations aux gouvernements formulée dans le chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-deuxième session (2010). De l'avis général au sein du Groupe d'étude, des renseignements supplémentaires fournis par les gouvernements sur ce sujet seraient très

utiles, s'agissant en particulier de l'examen des cas d'accords et de pratique ultérieurs qui n'ont pas fait l'objet d'une décision juridictionnelle ou quasi juridictionnelle d'un organe international. C'est pourquoi le Groupe d'étude a recommandé à la Commission que le chapitre III de son rapport de cette année comporte une section réitérant la demande d'informations sur le sujet «Les traités dans le temps».

## 3. CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES DU PRÉSIDENT DU GROUPE D'ÉTUDE, REMANIÉES À LA LUMIÈRE DES DÉBATS DU GROUPE D'ÉTUDE

344. Les neuf conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude, sont les suivantes:

### 1) Règle générale d'interprétation des traités

Les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés considèrent que les dispositions de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 représentent, soit comme disposition conventionnelle applicable, soit comme expression du droit international coutumier, la règle générale d'interprétation des traités qu'ils appliquent<sup>677</sup>.

### 2) Approches de l'interprétation

Indépendamment de l'application de la règle générale de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 comme base d'interprétation des traités, différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont dans différents contextes mis plus ou moins l'accent sur les différents moyens d'interprétation qui sont énoncés dans cet article. Trois grandes approches peuvent être distinguées:

Approche classique: à l'instar de la Cour internationale de Justice, la plupart des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels (Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, tribunaux du CIRDI, Tribunal international du droit de la mer, et cours et tribunaux pénaux internationaux) ont suivi des approches qui prennent généralement en considération tous les moyens d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sans insister sensiblement sur tel ou tel moyen d'interprétation.

Approche axée sur le texte du traité: les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC ont dans de nombreux cas insisté sur le texte du traité (sens ordinaire ou particulier des termes de l'accord) en se gardant d'une interprétation téléologique<sup>678</sup>. Cette approche semble s'expliquer, notamment, par un besoin

<sup>677</sup> Si la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas expressément invoqué la règle générale énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 pour interpréter les traités fondateurs de l'Union européenne, elle a néanmoins invoqué et appliqué cette règle pour interpréter les traités entre l'Union européenne et des États non membres; voir par exemple l'affaire C-386/08, *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, arrêt du 25 février 2010, par. 41 à 43.

<sup>678</sup> Par exemple, Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs. Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, adopté le 4 août 2000, par. 45.

particulier de sécurité et par le caractère technique de nombreuses dispositions des accords conclus dans le cadre de l'OMC.

Approche axée sur le but du traité: les cours des droits de l'homme à compétence régionale, ainsi que le Comité des droits de l'homme dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont dans de nombreux cas mis l'accent sur l'objet et le but<sup>679</sup>. Cette approche semble s'expliquer, notamment, par le caractère des dispositions de fond des traités de droits de l'homme qui portent sur les droits personnels des individus dans une société en évolution.

Les raisons pour lesquelles certains organes juridictionnels ou quasi juridictionnels ont souvent tendance à mettre l'accent sur le texte, et certains autres davantage sur l'objet et le but, peuvent être trouvées non seulement dans la teneur particulière des obligations conventionnelles en cause, mais peuvent aussi être dues à leur libellé et à d'autres facteurs, comme, éventuellement, l'ancienneté du régime conventionnel et la procédure réglant le fonctionnement de l'organe concerné. Il n'est pas nécessaire de déterminer exactement dans quelle mesure de tels facteurs influencent l'approche interprétative de chaque organe considéré. Il est néanmoins utile de garder à l'esprit les différentes approches générales pour évaluer le rôle que les accords et la pratique ultérieurs jouent pour différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels.

### 3) *Interprétation des traités de droits de l'homme et de droit pénal international*

La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme mettent l'accent sur le caractère particulier des traités de droits de l'homme qu'elles appliquent en affirmant que ce caractère particulier influe sur leur approche de l'interprétation<sup>680</sup>. La Cour pénale internationale et d'autres tribunaux pénaux (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda) appliquent certaines règles particulières d'interprétation qui procèdent de principes généraux du droit pénal et du droit des droits de l'homme<sup>681</sup>. Néanmoins, ni les cours des droits de l'homme à compétence régionale ni les cours et tribunaux pénaux internationaux ne remettent en cause l'applicabilité de la règle générale énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 comme base de leur interprétation des traités. Les autres organes examinés ne considèrent pas que le traité qu'ils sont respectivement chargés

d'appliquer justifie une approche particulière à l'égard de son interprétation.

#### 4) *Reconnaissance en principe des accords ultérieurs et de la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation*

Tous les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés admettent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, de la Convention de Vienne de 1969 constituent un moyen d'interprétation qu'il leur faut prendre en considération lorsqu'ils interprètent et appliquent des traités<sup>682</sup>.

#### 5) *Le concept de pratique ultérieure comme moyen d'interprétation*

La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés n'ont pas défini le concept de pratique ultérieure. La définition donnée par l'Organe d'appel de l'OMC («une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation des traités<sup>683</sup>») conjugue l'élément de «pratique» («une suite d'actes ou de déclarations») et l'exigence d'un accord («concordants, communs») comme il est prévu à l'article 31, paragraphe 3 b, de la Convention de Vienne de 1969 (pratique ultérieure au sens étroit). D'autres organes examinés ont cependant également employé le concept de «pratique» comme moyen d'interprétation sans viser ni exiger un accord perceptible entre les parties (pratique ultérieure au sens large<sup>684</sup>).

#### 6) *Détermination du rôle d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation*

À l'instar d'autres moyens d'interprétation, les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie sont principalement employés par les organes juridictionnels ou quasi juridictionnels comme un moyen d'interprétation parmi d'autres dans toute décision particulière. Il est en conséquence rare que ces organes déclarent que telle ou telle pratique ultérieure ou tel ou tel accord ultérieur a joué un rôle déterminant pour

<sup>679</sup> Par exemple, CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 87; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties de droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99 du 1<sup>er</sup> octobre 1999, *Série A: arrêts et avis*, n° 16, par. 58.

<sup>680</sup> CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25, par. 239; *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, CEDH 2005-I, par. 111; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme* (art. 74 et 75), avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, *Série A: arrêts et avis*, n° 2, par. 19.

<sup>681</sup> Voir l'article 21, par. 3, et l'article 22, par. 2, du Statut de la Cour pénale internationale.

<sup>682</sup> La Cour de justice des Communautés européennes, pour interpréter et appliquer les traités fondateurs de l'Union européenne, s'est généralement abstenue de prendre en considération la pratique ultérieurement suivie par les parties; c'est néanmoins ce qu'elle a fait lorsqu'elle a interprété et appliqué des traités entre l'Union européenne et des États tiers. Voir par exemple affaire C-52/77, *Leonice Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, 30 novembre 1977, *Recueil de jurisprudence 1977*, p. 2261, par. 18; et affaire C-432/92, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd. et autres*, 5 juillet 1994, *Recueil de jurisprudence 1994*, p. I-3087, par. 43 et 50.

<sup>683</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1<sup>er</sup> novembre 1996, sect. E.

<sup>684</sup> Par exemple l'*Affaire du navire «SAIGA» (n° 1) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Prompte mainlevée, arrêt du 4 décembre 1997, *TIDM Recueil 1997*, p. 16 et suiv., notamment par. 57 à 59; voir aussi l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt du 13 décembre 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045 et suiv., notamment p. 1096, par. 80.

parvenir à une décision<sup>685</sup>. Il semble néanmoins souvent possible de déterminer si un accord ultérieur ou une pratique ultérieure particulière a joué un rôle important ou un rôle mineur dans la motivation d'une décision précise.

La plupart des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels s'appuient sur la pratique ultérieure comme moyen d'interprétation. Celle-ci joue un rôle moins important pour des organes dont le mode d'interprétation est davantage axé sur le texte (Organe d'appel de l'OMC) ou plus axé sur le but (Cour interaméricaine des droits de l'homme). La Cour européenne des droits de l'homme met davantage l'accent sur la pratique ultérieure en se référant aux normes juridiques communes entre les États membres du Conseil de l'Europe<sup>686</sup>.

#### 7) *Interprétation évolutive et pratique ultérieure*

L'interprétation évolutive est une forme d'interprétation téléologique qui peut être guidée par la pratique ultérieure au sens étroit et au sens large<sup>687</sup>. L'Organe d'appel de l'OMC qui axe son interprétation sur le texte n'a expressément procédé à une interprétation évolutive que de manière exceptionnelle<sup>688</sup>. Parmi les organes de contrôle des traités de droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a fréquemment employé une interprétation évolutive qui était expressément guidée par la pratique ultérieure<sup>689</sup>, tandis que la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ne se sont guère appuyés sur la pratique ultérieure. Cela est peut-être dû au fait que la Cour européenne des droits de l'homme peut se référer à un niveau commun de restrictions relativement proche entre les États membres du Conseil de l'Europe. Le Tribunal international du droit de la mer paraît

s'engager dans une interprétation évolutive allant dans le sens d'une partie de la jurisprudence de la CIJ<sup>690</sup>.

#### 8) *Rareté de l'invocation des accords ultérieurs*

Jusqu'à présent, les organes juridictionnels et quasi juridictionnels examinés se sont rarement appuyés sur des accords ultérieurs au sens (étroit) de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969. Cela peut notamment s'expliquer par le caractère de certaines obligations conventionnelles, en particulier celles des traités de droits de l'homme qui pour une grande part ne se prêtent pas à la conclusion d'accords ultérieurs par les gouvernements.

Certaines décisions que prennent les organes pléniers ou les États parties conformément à un traité, comme les «Éléments des crimes» adoptés conformément à l'article 9 du Statut de la Cour pénale internationale ou la note de 2001 de la Commission du libre-échange dans le contexte de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)<sup>691</sup> peuvent, si elles sont adoptées à l'unanimité, avoir un effet analogue à un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne de 1969.

#### 9) *Auteurs possibles de la pratique ultérieure pertinente*

La pratique ultérieure pertinente peut consister en des actes de tous les organes de l'État (exécutif, législatif et judiciaire) qui peuvent être attribués à l'État aux fins de l'interprétation des traités. Cette pratique peut même inclure dans certaines circonstances, une «pratique sociale» dans la mesure où elle est reflétée dans la pratique étatique<sup>692</sup>.

<sup>685</sup> Voir par exemple *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, affaire n° B1 (demande reconventionnelle), sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT, 9 septembre 2004, 2004 WL 2210709 (Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, 38 Iran-U.S. C.T.R), par. 109 à 117 et 134.

<sup>686</sup> Voir par exemple *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, 12 novembre 2008, par. 52, 76 et 85, CEDH 2008; *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, 17 décembre 2002, par. 83, CEDH 2002-X.

<sup>687</sup> Voir également les conclusions préliminaires 5 et 9.

<sup>688</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 130.

<sup>689</sup> Voir *supra* la note 686.

<sup>690</sup> *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), avis consultatif, 1<sup>er</sup> février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10 et suiv., notamment p. 43 et 66, par. 117 et 211.

<sup>691</sup> Voir référence et discussion dans *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (CIRDI n° ARB(AF)/00/1), arbitrage du CIRDI dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA, 9 janvier 2003, *ICSID Reports*, vol. 6, p. 470 et suiv., notamment p. 526, par. 177 (consultable à l'adresse suivante: <http://icsid.worldbank.org/ICSID>).

<sup>692</sup> Voir *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, par. 84 à 91, CEDH 2002-VI.