Chapitre VI

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

A. Introduction

64. 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 cette fin à sa session suivante[379]. À sa soixante et unième session (2009), elle a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, placé sous la présidence de 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'à la forme que pourrait prendre le résultat des travaux menés par la Commission sur le sujet[380].

65. 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. Le Groupe d'étude a examiné trois rapports, présentés oralement par le Président, qui portaient respectivement sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée[381], les décisions de juridictions ou d'organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs[382], et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires[383].

66. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude[384], la Commission a décidé : *a*) de modifier les modalités de ses travaux sur le sujet à compter de sa soixante-cinquième session (2013), comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré ; et *b*) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »[385].

67. À la soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial[386] et adopté provisoirement cinq projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs[387].

68. À la soixante-sixième session (2014), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial[388] et adopté provisoirement cinq projets de conclusion, ainsi que les commentaires y relatifs[389].

69. À la soixante-septième session (2015), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial[390] et adopté provisoirement un projet de conclusion, ainsi que le commentaire y relatif[391].

B. Examen du sujet à la présente session

70. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/694), dans lequel ce dernier examinait la valeur juridique des décisions des organes d'experts (par. 10 à 94) et des juridictions nationales (par. 95 à 112) aux fins de l'interprétation des traités et en tant que formes de pratique découlant des traités, et proposait à cet égard d'adopter les projets de conclusions 12 et 13. Dans son rapport, le Rapporteur spécial se penchait en outre sur la structure et le champ d'application des projets de conclusion et proposait l'adoption d'un nouveau projet de conclusion 1a (par. 113 à 117), et suggérait de réviser le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 (par. 118 à 122).

---

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

[380] Voir *Annuaire… 2009*, vol. II (2e partie), p. 154 et suiv., par. 220 à 226.

[381] Voir *Annuaire… 2010*, vol. II (2e partie), p. 202 et suiv., par. 344 à 354 ; et *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 173, par. 337.

[382] Voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 173 et suiv., par. 338 à 341 ; et *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 78 et suiv., par. 230 et 231.

[383] Voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 79, 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 [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 174 et suiv., par. 344]. À la soixante-quatrième session (2012), le Président a présenté le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière de ces débats [*Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 80 et suiv., par. 240]. Le Groupe d'étude s'est également penché sur la question 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., p. 79 et suiv., par. 235 à 239).

[384] *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 78 et suiv., par. 226 et 239.

[385] Ibid., p. 78, par. 227.

[386] *Annuaire… 2013*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/660.

[387] Ibid., vol. II (2e partie), p. 17 et suiv., par. 33 à 39. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusions 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités), 2 (Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques), 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).

[388] *Annuaire… 2014*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/671.

[389] Ibid., vol. II (2e partie), p. 113 et suiv., par. 70 à 76. La Commission a adopté provisoirement les projets de conclusions 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).

[390] *Annuaire… 2015*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/683.

[391] Ibid., vol. II (2e partie), p. 57 et suiv., par. 123 à 129. La Commission a adopté provisoirement le projet de conclusion 11 (Actes constitutifs d'organisations internationales).

71. La Commission a examiné le rapport à ses 3303e, 3304e, 3306 et 3307e séances, les 24, 25, 27 et 31 mai 2016. À sa 3307e séance, le 31 mai 2016, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1a et 12 tels qu'ils avaient été présentés par le Rapporteur spécial.

72. À sa 3313e séance, le 10 juin 2016, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et adopté en première lecture 13 projets de conclusion portant sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (voir *infra* la section C.1). À ses 3335e à 3337e, 3340e et 3341e séances, les 4, 5, 8 et 9 août 2016, elle a adopté les commentaires de ces projets (voir *infra* la section C.2).

73. À sa 3341e séance, le 9 août 2016, conformément aux dispositions des articles 16 à 21 de son statut, la Commission a décidé de transmettre les projets de conclusion (section C *infra*) aux gouvernements pour commentaires et observations, par l'intermédiaire du Secrétaire général, et demandé que lesdits commentaires et observations soient communiqués à ce dernier le 1er janvier 2018 au plus tard.

74. À sa 3341e séance, le 9 août 2016, la Commission a remercié le Rapporteur spécial, M. Georg Nolte, de s'être remarquablement acquitté de sa mission et de lui avoir ainsi permis de mener à bien la première lecture des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

C. Texte des projets de conclusion concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets de conclusion

75. Le texte des projets de conclusion adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

Première partie

INTRODUCTION

Conclusion 1. Introduction

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Deuxième partie

RÈGLES ET DÉFINITIONS FONDAMENTALES

Conclusion 2 [1][392]. 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 3 [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 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 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.

Troisième partie

ASPECTS GÉNÉRAUX

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.

[392] Les numéros des projets de conclusion précédemment adoptés provisoirement par la Commission sont indiqués entre crochets.

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 [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 9 [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 10 [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.

QUATRIÈME PARTIE

ASPECTS PARTICULIERS

Conclusion 11 [10]. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, 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 12 [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 de l'article 31, paragraphe 3, 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 de l'article 31, paragraphe 1, et de l'article 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.

Conclusion 13. Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute autre contribution que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut apporter à l'interprétation d'un traité.

2. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS

76. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture est reproduit ci-après. Il s'agit d'une version consolidée comprenant l'ensemble des commentaires adoptés jusqu'à présent par la Commission, y compris les modifications et additions apportées aux commentaires adoptés précédemment et les commentaires adoptés à la soixante-huitième session de la Commission.

LES ACCORDS ET LA PRATIQUE ULTÉRIEURS DANS LE CONTEXTE DE L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Conclusion 1. Introduction

Le présent projet de conclusions concerne le rôle des accords et de la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités.

Commentaire

1) Le présent projet de conclusions vise à expliquer le rôle joué par les accords et la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités. Il est fondé sur la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (Convention de Vienne de 1969). Il situe les accords et la pratique ultérieurs dans le cadre des règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation, en recensant et en expliquant les éléments à prendre en considération et les exemples pertinents, et en traitant de certaines questions susceptibles de se poser lors de l'application de ces règles[393].

2) Le projet de conclusions n'envisage pas tous les cas dans lesquels les accords et la pratique ultérieurs peuvent jouer un rôle en matière d'interprétation des traités. Par exemple, il ne traite pas spécifiquement de la pertinence des accords et de la pratique ultérieurs dans l'interprétation des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales[394]. Le projet de conclusions ne traite pas non plus de l'interprétation des règles adoptées par une organisation internationale, de la détermination du droit international coutumier ou des principes généraux du droit. Cela est sans préjudice des autres moyens d'interprétation au sens de l'article 31, y compris du paragraphe 3 *c*, selon lequel il doit être tenu compte, dans l'interprétation d'un traité, de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

3) Le projet de conclusions vise à faciliter le travail de ceux qui sont appelés à interpréter des traités. Outre les juridictions internationales, il fournit des indications aux États, y compris à leurs tribunaux, et aux organisations internationales, ainsi qu'aux acteurs non étatiques et à tous ceux qui sont appelés à interpréter des traités.

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLES ET DÉFINITIONS FONDAMENTALES

Conclusion 2 [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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 [1] envisage les accords et la pratique ultérieurs comme des moyens d'interprétation des traités dans le cadre des règles relatives à l'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Le titre, « Règle générale et moyens d'interprétation des traités », donne deux indications. Premièrement, l'article 31, dans son ensemble, est la « règle générale » d'interprétation des traités[395]. Deuxièmement, les articles 31 et 32 énumèrent tous deux un certain nombre de « moyens d'interprétation » qui doivent (art. 31) ou peuvent (art. 32) être pris en considération dans l'interprétation des traités[396].

Paragraphe 1, première phrase – le lien entre les articles 31 et 32

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 2 [1] met l'accent sur le lien réciproque entre les articles 31 et 32 et sur le fait que ces dispositions, ensemble, reflètent le droit international coutumier. La référence aux articles 31 et 32 précise d'emblée le contexte général dans lequel les accords et la pratique ultérieurs sont traités dans le projet de conclusions.

3) Étant donné que l'article 31 énonce la règle générale et que l'article 32 traite des moyens complémentaires

[393] Comme c'est le cas pour tous les travaux de la Commission, les projets de conclusion doivent être lus conjointement avec les commentaires.

[394] Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986, non encore entrée en vigueur] ; cela n'exclut pas l'utilisation dans les commentaires de certains éléments relatifs à ces traités mais qui sont aussi d'application générale.

[395] Titre de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969.

[396] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 8 ; voir également M. E. Villiger, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 years after », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2009*, vol. 344, p. 9 à 133, aux pages 118, 119 et 126 à 128.

d'interprétation, ces deux règles[397] doivent être lues ensemble, car elles constituent un cadre intégré pour l'interprétation des traités. L'article 32 fixe le seuil entre les moyens principaux d'interprétation conformément à l'article 31[398], qui doivent tous être pris en compte dans le processus d'interprétation, et les « moyens complémentaires d'interprétation » auxquels il peut être fait appel pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, ou pour déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens du traité ou de ses termes ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Paragraphe 1, deuxième phrase − les règles de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités et le droit international coutumier

4) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 2 [1] confirme que les règles énoncées par les articles 31 et 32 reflètent le droit international coutumier[399]. Les cours et tribunaux internationaux ont reconnu le caractère coutumier de ces règles. Tel a été le cas, en particulier, de la Cour internationale de Justice[400], du Tribunal international du droit de la mer[401], d'instances arbitrales interétatiques[402], de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[403], de la Cour européenne des droits de l'homme[404], de la Cour interaméricaine des droits de l'homme[405], de la Cour de justice de l'Union européenne[406] et de tribunaux établis par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)[407] conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Par conséquent, les règles énoncées dans les articles 31 et 32 s'appliquent au titre du droit des traités en ce qui concerne les États qui sont parties à la Convention de Vienne de 1969 et les traités qui entrent dans le champ d'application de la Convention, et au titre du droit international coutumier entre tous les États.

5) La Commission a également envisagé de faire référence à l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969 dans le projet de conclusion 2 [1] et a examiné la question de savoir si cette disposition reflétait aussi le droit international coutumier. L'article 33 peut être pertinent pour le projet de conclusions sur le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des

[397] Sur le sens du terme « règle » dans le présent contexte, voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 237 à 240 (Commentaire, introduction) ; et R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 36 à 38.

[398] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 243, commentaire du projet d'article 28, par. 19 ; troisième rapport sur le droit des traités par Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59 et 60, par. 21 ; M. K. Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-III*, vol. 151, p. 1 à 114, à la page 78 ; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 141 et 142 ; et Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra* la note 396), aux pages 127 et 128.

[399] Commentaire d'Y. Le Bouthillier sur l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969, dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1339 à 1368, aux pages 1343 à 1346, par. 4 à 8 ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Din), 8e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 285 et 286 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 13 à 20 ; et Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (voir *supra* la note 396), aux pages 132 et 133.

[400] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14, à la page 46, par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, à la page 237, par. 47 ; *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. 43, aux pages 109 et 110, par. 160 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136, à la page 174, par. 94 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12, à la page 48, par. 83 ; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 625, aux pages 645 et 646, par. 37 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, à la page 501, par. 99 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045, à la page 1059, par. 18 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; et *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1994*, p. 6, aux pages 21 et 22, par. 41 (Convention de Vienne de 1969, art. 31, sans mentionner expressément l'article 32 mais en faisant référence aux moyens complémentaires d'interprétation).

[401] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10, à la page 28, par. 57.

[402] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, sentence du tribunal arbitral du 24 mai 2005, dans *L'arbitrage du « Rhin de fer » (Belgique–Pays-Bas), sentence de 2005, Permanent Court of Arbitration Award Series*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007, p. 195 et suiv., à la page 220, par. 45 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

[403] L'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC dispose qu'« […] il a pour objet […] de clarifier les dispositions existantes [des] accords [couverts par l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public », mais ne renvoie pas expressément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Cependant, l'Organe d'appel a régulièrement reconnu que les articles 31 et 32 reflétaient des règles de droit international coutumier et a eu recours à leurs dispositions par référence à l'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum. Voir, par exemple, OMC, *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 mai 1996, sect. III.B (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 1) ; et OMC, *Japon − Taxes sur les boissons alcooliques (Japon − Boissons alcooliques II)*, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 1er novembre 1996, sect. D (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32). Voir aussi G. Nolte, « Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time », dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 210 à 306, à la page 215.

[404] *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A nº 18, par. 29 ; *Witold Litwa c. Pologne*, nº 26629/95, CEDH 2000-III, par. 58 (Convention de Vienne de 1969, art. 31) ; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], nº 34503/97, CEDH 2008, par. 65 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33).

[405] *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, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A nº 2, par. 19 (implicitement, Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens) du 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 94, par. 19 (Convention de Vienne de 1969, art. 31, par. 1).

[406] *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, arrêt du 25 février 2010, affaire C-386/08, *Recueil de la jurisprudence 2010*, p. I-01289, par. 41 à 43 (Convention de Vienne de 1969, art. 31).

[407] *National Grid plc v. The Argentine Republic*, décision du 20 juin 2006 sur la compétence [Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)], par. 51 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32) ; et *Canfor Corporation v. United States of America, and Tembec* et al. *v. United States of America, and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, ordonnance de jonction du 7 septembre 2005, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 et 32).

traités». Un «accord ultérieur» au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31, par exemple, pourrait être formulé dans deux langues ou plus, et il pourrait y avoir des questions concernant la relation de tout accord ultérieur avec les différentes versions linguistiques du traité lui-même. La Commission a néanmoins décidé de ne pas traiter ces questions.

6) La Commission a examiné en particulier la question de savoir si les règles énoncées à l'article 33 reflétaient le droit international coutumier. Certains membres ont estimé que toutes les règles de l'article 33 reflétaient le droit international coutumier, tandis que d'autres voulaient laisser ouverte la possibilité que certaines des règles énoncées dans cet article, mais pas toutes, aient ce caractère. Cette question n'est pas encore pleinement tranchée par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. La Cour internationale de Justice et l'Organe d'appel de l'OMC ont considéré que des parties de l'article 33 reflétaient des règles de droit international coutumier. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a reconnu que le paragraphe 4 de l'article 33 reflétait le droit international coutumier[408]. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, en revanche, il est plus difficile de dire si elle a estimé que le paragraphe 3 de l'article 33 reflétait le droit international coutumier[409]. L'Organe d'appel de l'OMC a affirmé que les règles énoncées aux paragraphes 3 et 4 reflétaient le droit coutumier[410]. Le Tribunal arbitral, dans l'*Affaire de l'emprunt Young*, a conclu que le paragraphe 1 «incorporait» un «principe»[411]. Le Tribunal international du droit de la mer et la Cour européenne des droits de l'homme sont allés plus loin et ont indiqué que l'article 33 dans son intégralité reflétait le droit coutumier[412]. On trouve donc dans la jurisprudence de nettes indications que l'article 33 dans son intégralité reflète effectivement le droit international coutumier.

[408] *LaGrand* (voir *supra* la note 400), p. 502, par. 101.

[409] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1062, par. 25; la Cour n'a peut-être appliqué cette disposition que parce que les parties ne s'y étaient pas opposées.

[410] OMC, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 17 février 2004, par. 59 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 3); OMC, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland (États-Unis – Coton upland)*, WT/DS267/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 21 mars 2005, par. 424, dans lequel l'Organe d'appel a appliqué et mentionné expressément le paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969 sans évoquer son caractère coutumier; et OMC, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 23 octobre 2002, par. 271 (Convention de Vienne de 1969, art. 33, par. 4).

[411] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente: E/F.90.V.7), p. 67 à 145, à la page 92, par. 17, ou *International Law Reports*, vol. 59, p. 494 à 590, à la page 528, par. 17.

[412] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer (voir *supra* la note 401); *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 29; *Witold Litwa c. Pologne*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 59; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (voir *supra* la note 404), par. 65 (Convention de Vienne de 1969, art. 31 à 33).

Paragraphe 2 – l'article 31, paragraphe 1

7) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 2 [1] reprend le texte du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, compte tenu de son importance pour le sujet. Le paragraphe 1 de l'article 31 est le point de départ de toute interprétation des traités conformément à la règle générale énoncée par l'article 31 dans son intégralité. L'objectif est de contribuer à assurer l'équilibre dans le processus d'interprétation entre l'évaluation des termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument, d'une part, et les considérations concernant les accords et la pratique ultérieurs dans les présents projets de conclusion, d'autre part. La réaffirmation du paragraphe 1 de l'article 31 sous forme de paragraphe distinct n'a cependant pas pour objet de laisser entendre que ce paragraphe et les moyens d'interprétation qui y sont mentionnés priment le fond dans le contexte de l'article 31. Tous les moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31 font partie d'une règle unique et intégrée[413].

Paragraphe 3 – l'article 31, paragraphe 3

8) Le paragraphe 3 reprend les termes des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, afin d'inscrire les accords et la pratique ultérieurs, qui sont le thème principal du sujet, dans le cadre juridique général de l'interprétation des traités. En conséquence, le texte introductif du paragraphe 3 de l'article 31 – «[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte» – est conservé de façon à souligner que l'évaluation des moyens d'interprétation mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 fait partie intégrante de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[414].

Paragraphe 4 – les autres formes de pratique ultérieure au sens de l'article 32

9) Le paragraphe 4 précise que la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité qui ne satisfait pas à tous les critères du paragraphe 3 *b* de l'article 31 relève néanmoins de l'article 32. L'article 32 contient une liste non exhaustive de moyens complémentaires d'interprétation[415]. Le paragraphe 4 emprunte à l'article 32 les termes «[i]l peut être fait appel» afin de conserver la distinction entre le caractère obligatoire que revêt le fait de tenir compte des moyens d'interprétation qui sont mentionnés à l'article 31 et le caractère discrétionnaire du recours à des moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32.

10) En particulier, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, qui n'établit pas l'accord de toutes les parties au traité mais seulement celui d'une ou

[413] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8. Voir en détail *infra* le paragraphe 12 du commentaire relatif au paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1].

[414] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8; et G. Nolte, «Jurisprudence of the International Court of Justice and arbitral tribunals of ad hoc jurisdiction relating to subsequent agreements and subsequent practice: introductory report for the ILC Study Group on treaties over time», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 169 à 209, à la page 177.

[415] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 79.

de plusieurs parties, peut être utilisée comme un moyen complémentaire d'interprétation. C'est ce qu'a déclaré la Commission[416] et ce qu'ont reconnu depuis des cours et tribunaux internationaux[417] et la doctrine[418] (voir plus en détail les paragraphes 23 à 37 du commentaire du projet de conclusion 4).

11) La Commission n'a cependant pas considéré qu'il convenait de traiter, dans le présent projet de conclusions, de la pratique ultérieurement suivie qui n'est pas « dans l'application du traité » en tant que moyen complémentaire d'interprétation. Cette pratique peut néanmoins, dans certaines circonstances, constituer aussi un moyen complémentaire d'interprétation pertinent[419]. Toutefois, elle n'entre pas dans le cadre de ce dont la Commission s'occupe actuellement dans le présent sujet, sauf dans la mesure où elle peut contribuer à « évaluer » la pratique pertinente ultérieurement suivie dans l'application d'un traité (voir *infra* le projet de conclusion 5 et le commentaire y relatif). En conséquence, le paragraphe 4 du projet de conclusion 2 [1] prévoit que toute pratique ultérieurement suivie doit être « dans l'application du traité », comme le fait le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, qui définit toute « autre "pratique ultérieure" ».

Paragraphe 5 − « une seule opération complexe »

12) La Commission a estimé qu'il importait, pour conclure le projet de conclusion 2 [1], de souligner au paragraphe 5[420] que, nonobstant la structure du projet de conclusion 2 [1], qui va du général au particulier, le processus d'interprétation est « une seule opération complexe », qui prévoit que « l'attention qu'il convient » est accordée aux divers moyens d'interprétation[421]. L'expression « une seule opération complexe » est tirée du commentaire de la Commission relatif au projet d'articles sur le droit des traités de 1966[422]. Dans ce commentaire, la Commission a également indiqué qu'elle avait voulu « souligner que le processus d'interprétation constitue un tout[423] ».

13) Le paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1] explique également que l'attention qu'il convient doit être accordée, dans le cadre du processus d'interprétation considéré comme « une seule opération complexe », aux divers moyens d'interprétation qui sont mentionnés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission n'a cependant pas jugé nécessaire d'insérer une référence, sous forme d'exemple, à un ou à plusieurs moyens particuliers d'interprétation dans le texte du paragraphe 5 du projet de conclusion 2 [1][424]. Cela permet d'éviter tout malentendu éventuel quant au fait que l'un quelconque des différents moyens d'interprétation aurait la priorité sur les autres, quelle que soit la disposition particulière du traité ou l'affaire concernée.

14) L'expression « moyens d'interprétation » est employée au paragraphe 5. Elle couvre non seulement les « moyens complémentaires d'interprétation » qui sont visés à l'article 32, mais aussi les éléments mentionnés à l'article 31[425]. Alors que la Commission, dans son commentaire relatif au projet d'articles sur le droit des traités, a employé indifféremment les termes « moyens d'interprétation » et « éléments d'interprétation », aux fins du présent sujet, elle a retenu le terme « moyens d'interprétation » qui renvoie aussi à la fonction d'outil ou d'instrument que remplissent ces moyens dans le processus d'interprétation[426]. Le terme « moyens » ne distingue pas les uns des autres les différents éléments mentionnés dans les articles 31 et 32. Il indique plutôt

[416] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, commentaire du projet d'article 69, par. 13.

[417] *Île de Kasikili/Sedudu*, arrêt de la Cour internationale de Justice (voir *supra* la note 400), à la page 1096, par. 79 et 80 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, par. 79 à 81 ; *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres*, arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (voir *supra* la note 405), par. 92 ; Tribunal international du droit de la mer, *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, *TIDM Recueil 1999*, p. 280, par. 50 ; et OMC, *Communautés européennes − Classement tarifaire de certains matériels informatiques (CE − Matériels informatiques)*, WT/DS62/AB/R-WT/DS67/AB/R-WT/DS68/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 22 juin 1998, par. 90 ; voir aussi OMC, *États-Unis − Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (États-Unis − EPO)*, WT/DS384/AB/R-WT/DS386/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 23 juillet 2012, par. 452.

[418] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 52 : « […] la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d'interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties*. […] *Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article 32 de la Convention de Vienne** » ; Sinclair (voir *supra* la note 398), à la page 138 : « […] le paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention [couvre] uniquement une forme particulière de pratique ultérieure − à savoir, *la pratique ultérieure concordante commune à toutes les parties. La pratique ultérieure qui n'entre pas dans cette définition étroite peut néanmoins être un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention** » ; S. Torres Bernárdez, « Interpretation of treaties by the International Court of Justice following the adoption of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties », dans G. Hafner *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 721 à 748, à la page 726 ; et M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 431 et 432.

[419] L. Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 53 à 68, aux pages 59 à 62.

[420] Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386] ; et Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (voir *supra* la note 414), aux pages 171 et 177.

[421] Sur la fonction différente des accords et de la pratique ultérieurs par rapport aux autres moyens d'interprétation, voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 42 à 57 ; voir aussi Nolte, « Jurisprudence of the International Court of Justice… » (note 414 *supra*), à la page 183.

[422] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[423] Ibid.

[424] Cela avait été proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], au paragraphe 28 : « Projet de conclusion 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités) […] L'interprétation d'un traité dans un cas particulier peut conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, notamment le texte du traité ou son objet et son but, en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause. » Voir aussi l'analyse figurant aux paragraphes 8 à 27 du même rapport.

[425] Voir aussi *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 1 ; Villiger, « The 1969 Vienna Convention… » (note 396 *supra*), à la page 129 ; et Daillier, Forteau et Pellet (note 399 *supra*), aux pages 284 à 289.

[426] Voir le compte rendu analytique de la 3172e séance, tenue le 31 mai 2013, *Annuaire… 2013*, vol. I, p. 48 à 52.

que ces moyens ont chacun une fonction dans le processus d'interprétation, qui est « unique » tout en étant aussi une opération « complexe »[427]. De même que les tribunaux commencent généralement leur raisonnement en examinant les termes du traité pour ensuite, dans un processus interactif[428], analyser ces termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'instrument[429], il faut d'abord analyser la pertinence exacte des différents moyens d'interprétation dans tous les cas d'interprétation des traités avant que ces moyens soient « jetés dans le creuset[430] » pour parvenir à une bonne interprétation, en accordant à chacun le poids qu'il convient par rapport aux autres.

15) L'obligation d'accorder « l'attention qu'il convient aux divers moyens d'interprétation » peut, lors de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, conduire à privilégier l'un ou l'autre des moyens d'interprétation en fonction du traité ou des dispositions conventionnelles en cause[431]. Cela ne veut pas dire qu'un tribunal ou un autre interprète est plus ou moins libre de choisir comment utiliser et appliquer les différents moyens d'interprétation. Ce qui guide l'interprétation est l'évaluation par l'interprète, qui consiste à apprécier la pertinence des différents moyens d'interprétation dans un cas particulier et à déterminer leur interaction avec les autres moyens d'interprétation dans ce cas, en leur accordant de bonne foi l'attention qu'il convient, comme le prévoit la règle qui doit être appliquée[432]. Cette évaluation devrait aussi, si cela est possible et réalisable, prendre en considération les évaluations faites et les décisions prises antérieurement dans le même domaine et, éventuellement, dans d'autres domaines appropriés[433].

16) La Commission a débattu la question de savoir s'il convenait de faire référence, dans le projet de conclusion 2 [1], à la « nature » du traité en tant que facteur qui serait généralement pertinent pour déterminer s'il faut accorder plus ou moins de poids à certains moyens d'interprétation[434]. Certains membres ont estimé que l'objet d'un traité (par exemple, si les dispositions portent sur des questions purement économiques ou plutôt sur les droits de l'homme des individus ; et si les règles d'un traité sont plutôt techniques ou plutôt axées sur les valeurs) ainsi que sa structure et sa fonction de base (par exemple, si les dispositions sont plutôt de nature réciproque ou plutôt destinées à protéger un bien commun) peuvent influer sur son interprétation. Ils ont fait valoir que la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux porte à croire que tel est le cas[435]. Il a aussi été dit que la notion de « nature » d'un traité n'est pas étrangère à la Convention de Vienne de 1969 (voir, par exemple, le paragraphe 1 *b* de l'article 56)[436] et que la notion de « nature » du traité et/ou de ses dispositions figurait dans d'autres travaux de la Commission, en particulier ceux sur le sujet des effets des conflits armés sur les traités[437]. D'autres membres,

---

[427] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[428] Ibid.

[429] Ibid., p. 238 et 239, par. 6. Voir aussi Yasseen (note 398 *supra*), à la page 58 ; Sinclair (note 398 *supra*), à la page 130 ; J. Klabbers, « Treaties, Object and Purpose », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (http://opil.ouplaw.com/home/epil), par. 7 ; Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 427, par. 11 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 69, à la page 89, par. 45 et 46 ; *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 3, aux pages 32 et 33, par. 39.

[430] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239, par. 8.

[431] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 28, et, de manière générale, par. 10 à 27.

[432] Les décisions des juridictions nationales ne sont pas uniformes pour ce qui est du poids relatif à accorder aux accords et à la pratique ultérieurs dans le processus d'interprétation d'un traité. Voir, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Chambre des lords, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 18, par. 47 et 48 (Lord Steyn) ; et Chambre des lords, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation*, [2005] UKHL 72, par. 31 (Lord Steyn). Aux États-Unis, Cour suprême, *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176 (1982), p. 183 à 185 ; Cour suprême, *O'Connor v. United States*, 479 U.S. 27 (1986), p. 31 et 32 ; et Cour suprême, *United States v. Stuart*, 489 U.S. 353 (1989), lorsque dans son opinion dissidente, un juge (le juge Scalia) a reproché à la majorité de la Cour de se fonder sur « la pratique des signataires du traité » (p. 369), alors que, selon lui, elle n'a pas à être examinée lorsque, « les termes utilisés par le traité permettant de résoudre le problème posé, il n'y a pas lieu d'approfondir la question », à la page 371. En Suisse, Tribunal administratif fédéral, ATAF 2010/7, arrêt du 21 janvier 2010, Cour I, par. 3.7.11 ; et Tribunal fédéral, *A c. B*, ATF 130 III 430, arrêt 4C.140/2003 rendu en appel le 8 avril 2004, à la page 439.

[433] Le premier rapport (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386] renvoie à la jurisprudence de différents cours et tribunaux internationaux à titre d'exemples de la manière dont le poids accordé aux moyens dans un exercice d'interprétation doit être déterminé dans des cas particuliers et démontre comment 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.

[434] Projet de conclusion 1, par. 2, tel que proposé dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 28, et analyse aux paragraphes 8 à 27.

[435] Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC, par exemple, semblent mettre l'accent davantage sur les clauses de l'accord couvert par l'OMC (voir, par exemple, OMC, *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, rapport de l'Organe d'appel adopté le 4 août 2000, par. 45), alors que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme soulignent le caractère de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) ou de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, respectivement, en tant que traité relatif aux droits de l'homme (voir, par exemple, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 111 ; *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire*, avis consultatif OC-16/99 du 1er octobre 1999, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A n° 16, par. 58) ; voir aussi *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), chap. XI, sect. B.3, p. 174 à 176 ; et Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 216, 244 à 246, 249 à 262 et 270 à 275.

[436] M. Forteau, « Les techniques interprétatives de la Cour internationale de Justice », *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n° 2 (2011), p. 399 à 416, aux pages 406, 407 et 416 ; et *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, opinion individuelle du juge Dillard, p. 150, à la page 154, note 1.

[437] Articles sur les effets des conflits armés sur les traités (art. 6 *a*), résolution 66/99 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; voir le projet d'articles adopté par la Commission et les commentaires y relatifs dans l'*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 108 et suiv., par. 100 et 101. Voir aussi le Guide de la pratique sur les réserves aux traités, ibid, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie) ; le texte des directives constituant le Guide est reproduit dans l'annexe de la résolution 68/111 de l'Assemblée générale en date du 16 décembre 2013 (la directive 4.2.5 fait référence à la nature des obligations prévues par le traité plutôt qu'à la nature du traité lui-même).

cependant, ont estimé que le projet de conclusion ne devait pas faire référence à la «nature» du traité afin de préserver l'unité du processus d'interprétation et d'éviter toute catégorisation des traités. On a également fait valoir que la notion de «nature du traité» n'était pas claire et qu'il serait difficile de la distinguer de l'objet et du but du traité[438]. La Commission a finalement décidé de laisser la question ouverte et de ne pas faire référence à la nature du traité pour le moment dans le projet de conclusion 2 [1].

Conclusion 3 [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.

Commentaire

1) En qualifiant de «moyens d'interprétation authentiques» les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, la Commission indique pourquoi ces moyens sont importants pour l'interprétation des traités[439]. Elle suit ainsi son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités de 1966, dans lequel elle a décrit les accords et la pratique ultérieurs mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 comme étant des «moyens d'interprétation authentiques», et a souligné ce qui suit :

> L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité[440].

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 ne sont toutefois pas les seuls «moyens d'interprétation authentiques». Ainsi que l'a expliqué la Commission,

> […] la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties […], en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[441].

L'adjectif «authentique» renvoie donc à différentes formes de «preuve objective», ou de «preuve» de la conduite des parties témoignant de leurs «vues communes» sur le sens du traité.

3) En décrivant les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 comme des moyens d'interprétation «authentiques», la Commission reconnaît que la volonté commune des parties, dont découle tout traité, revêt une autorité particulière en ce qui concerne l'identification du sens du traité, même après la conclusion de celui-ci. La Convention de Vienne de 1969 confère ainsi aux parties à un traité un rôle qui pourrait être inhabituel s'agissant d'interpréter des instruments juridiques dans certains systèmes de droit interne.

4) La qualité de «moyens d'interprétation authentiques» des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 n'implique pas, cependant, que ces moyens soient nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants. Après tout, selon le texte introductif du paragraphe 3 de l'article 31, il faut seulement «ten[ir] compte» des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans l'interprétation d'un traité, laquelle consiste en «une seule opération complexe», sans aucune hiérarchie entre les moyens d'interprétation énumérés à l'article 31[442]. Pour cette raison, et contrairement aux vues exprimées par certains commentateurs[443], les accords ultérieurs et la pratique ultérieure qui établissent l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité ne sont pas nécessairement concluants, ou juridiquement contraignants[444]. Ainsi, lorsque la Commission

---

[438] D'après le commentaire relatif à la directive 4.2.5 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités, il est difficile de distinguer entre la nature des obligations prévues par le traité et l'objet et le but du traité, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 285 (commentaire relatif à la directive 4.2.5, par. 3). Cela étant, le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités fait état d'«une série de facteurs relatifs à la nature du traité, en particulier sa matière, son objet et son but, son contenu et le nombre de parties au traité», ibid., vol. II (2e partie), p. 114 (commentaire relatif au projet d'article 6, par. 3).

[439] Voir R. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. I, Harlow, Longman, 1992, p. 1268, par. 630 ; G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points», *British Year Book of International Law 1957*, vol. 33, p. 203 à 293, aux pages 223 à 225 ; et OMC, *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) (États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte))*, WT/DS353/R, rapport du Groupe spécial adopté le 23 mars 2012, par. 7.953.

[440] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 15.

[441] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15 ; voir aussi ibid., p. 215, par. 13 : «Le paragraphe 3 énumère comme *autres** éléments authentiques d'interprétation : *a*) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et *b*) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité» ; de son côté, Sir Humphrey Waldock a expliqué dans son troisième rapport sur le droit des traités que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation, ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59, par. 21.

[442] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239 et 240, par. 8 et 9.

[443] M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The "crucible" intended by the International Law Commission», dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 105 à 122, à la page 111 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34 ; O. Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 521 à 570, aux pages 553 et 554, par. 72 à 75 ; et K. Skubiszewski, «Remarks on the interpretation of the United Nations Charter», dans R. Bernhardt *et al.* (dir. publ.) *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Springer, 1983, p. 891 à 902, à la page 898.

[444] H. Fox, «Article 31 (3) (*a*) and (*b*) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case», dans M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 59 à 74, aux pages 61 à 63 ; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 313 à 315 ; M. Benatar, «From probative value to authentic interpretation: the

(Suite de la note page suivante.)

a dit qu'un « accord ultérieur » constituait « une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation »[445], elle n'est pas allée jusqu'à dire que cette interprétation était nécessairement concluante au sens de l'emporter sur tous les autres moyens d'interprétation.

5) Cela n'exclut pas que les parties à un traité puissent, si elles le souhaitent, parvenir à un accord contraignant concernant l'interprétation du traité. Le Rapporteur spécial sur le droit des traités, Sir Humphrey Waldock, a fait observer dans son troisième rapport qu'il pouvait être difficile de faire une distinction entre la pratique ultérieure des parties telle qu'envisagée dans ce qui allait devenir les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 − et dont il doit seulement être tenu compte, parmi d'autres moyens, dans le processus d'interprétation −, et un accord ultérieur que les parties considèrent comme contraignant :

> La pratique ultérieure, s'il s'agit d'une pratique constante et qui est le fait de toutes les parties, semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens qu'il convient d'attacher au traité, *en tout cas** lorsqu'il en ressort que les parties considèrent l'interprétation qu'elle traduit comme s'imposant à elles avec force obligatoire. En pareil cas, le rôle de la pratique ultérieure en tant qu'élément d'interprétation des traités et son rôle en tant qu'élément de formation d'un accord tacite tendent à se recouvrir, et le sens des termes, tel qu'il ressort de la pratique, devient interprétation authentique consacrée par voie d'accord[446].

Si la position initiale de Sir Humphrey Waldock, selon laquelle une (simple) pratique ultérieure commune « semble avoir une valeur décisive pour fixer le sens », n'a finalement pas été retenue dans la Convention de Vienne de 1969, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure établissant l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité doivent être concluants pour cette interprétation dès lors que les parties considèrent celle-ci « comme s'imposant à elles avec force obligatoire ». Il est toujours possible, cependant, que certaines dispositions du droit interne interdisent au gouvernement d'un État de parvenir ainsi à un accord contraignant sans satisfaire à certaines exigences − le plus souvent procédurales − découlant de sa Constitution[447].

6) La possibilité pour les parties de parvenir à un accord ultérieur contraignant concernant l'interprétation d'un traité est particulièrement évidente lorsque le traité la prévoit lui-même. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose à son article 1131, paragraphe 2, qu'« [u]ne interprétation par la Commission [intergouvernementale] d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section ». L'existence d'une procédure spéciale de cette sorte ou d'un accord concernant une interprétation faisant autorité que les parties considèrent comme contraignante peut ou non exclure le recours supplémentaire aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969[448].

7) La Commission a conservé l'expression « moyens d'interprétation authentiques » pour expliquer que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 ne sont pas nécessairement concluants, mais font plus ou moins autorité. Elle ne parle pas d'« interprétation authentique » ou d'« interprétation faisant autorité » dans le projet de conclusion 3 [2], car ces notions sont souvent comprises comme impliquant l'existence, entre les parties, d'un accord nécessairement concluant, ou contraignant, à l'égard de l'interprétation d'un traité[449].

8) Les juridictions nationales ont parfois expressément reconnu que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 constituaient d'« authentiques » moyens d'interprétation[450]. Elles n'ont toutefois pas toujours été du même avis quant aux conséquences juridiques de cette qualification. Si certains tribunaux ont supposé que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties en vertu du

---

(Suite de la note 444.)

legal effects of interpretative declarations », *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170 à 196, aux pages 194 et 195 ; prudemment : commentaire de J.-M. Sorel sur l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (voir *supra* la note 399), vol. II, p. 1289 à 1338, aux pages 1319 à 1321, par. 42 et 43 ; voir aussi G. Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings: third report for the ILC Study Group on treaties over time », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 307 à 386, à la page 375.

[445] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[446] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 61, par. 25.

[447] Voir, par exemple, Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 181, p. 158, à la page 161 ; et ibid., vol. 219, p. 518 et suiv., aux pages 527 et 528.

[448] Cette question sera examinée plus en détail à un stade ultérieur des travaux sur le sujet. Voir également l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, de 1994, art. IX, par. 2 ; OMC, *Communautés européennes − Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (CE − Morceaux de poulet)*, WT/DS269/AB/R et Corr. 1-WT/DS286/AB/R et Corr. 1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 27 septembre 2005, par. 273 ; OMC, *Communautés européennes − Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, deuxième recours de l'Équateur à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (article 21.5 – Équateur II))*, WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 11 décembre 2008, et *Communautés européennes − Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des États-Unis à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (CE – Bananes III (article 21.5 – États-Unis))*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 22 décembre 2008, par. 383 et 390.

[449] Voir, par exemple, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence finale du 3 août 2005 sur la compétence et sur le fond, partie II, chap. H, par. 23 (https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf) [renvoyant à Jennings et Watts, voir *supra* la note 439, p. 1268, par. 630] ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34 ; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 153 ; Skubiszewski (voir *supra* la note 443), à la page 898 ; et G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 43 ; voir également Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), à la page 240, par. 4.5.

[450] En Suisse, Tribunal fédéral, *A c. B*, arrêt rendu en appel le 8 avril 2004 (voir *supra* la note 432), à la page 439 [où le Tribunal parle des parties en tant que « maîtres du traité » (*Herren der Verträge*)] ; et Tribunal fédéral, ATF 130 II 524, arrêt 2C 743/2011 du 19 septembre 2012, aux pages 527 et 528. En Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE, vol. 90, p. 286, à la page 362. Voir aussi Cour suprême de l'Inde, *Godhra Electricity Co. Ltd. and Another v. The State of Gujarat and Another* [1975] AIR 32, disponible à l'adresse suivante : http://indiankanoon.org/doc/737188.

traité pouvaient produire certains effets contraignants[451], d'autres ont souligné à juste raison que le paragraphe 3 de l'article 31 exigeait seulement qu'il soit «tenu compte» des accords et de la pratique ultérieurs[452].

9) L'expression «moyens d'interprétation authentiques» recouvre un élément factuel et un élément juridique. L'élément factuel est exprimé par l'expression «preuve objective», alors que l'élément juridique est contenu dans la notion d'accord des parties. Ainsi, la Commission a dit qu'un «accord ultérieur» constituait «une interprétation authentique des parties, qui [devait] être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation»[453], puis que, «de façon analogue», la pratique ultérieure «constitu[ait] une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité»[454]. Un traité étant l'expression même de la volonté commune des parties qui l'ont conclu, la «preuve objective» de l'accord des parties revêt une autorité considérable comme moyen d'interprétation[455].

10) La distinction qui est faite entre «tout accord ultérieur» (art. 31, par. 3 *a*) et «toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties» (art. 31, par. 3 *b*) ne traduit pas une différence entre le caractère authentique de l'un et de l'autre[456]. La Commission considère plutôt qu'un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» a pour effet *ipso facto* de constituer une interprétation authentique du traité, alors que la «pratique ultérieure» n'a cet effet que si elle «traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes»[457]. Ainsi, la différence entre un «accord ultérieur intervenu entre les parties» et une «pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties» tient à la manière dont est établi l'accord entre les parties concernant l'interprétation du traité, et précisément au degré de facilité avec lequel un accord est établi[458].

11) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques ne doivent pas être confondus avec l'interprétation qui est faite des traités par les juridictions internationales ou les organes conventionnels d'experts dans des cas précis. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 sont des moyens d'interprétation «authentiques» parce qu'ils sont l'expression du sens attribué au traité par les parties elles-mêmes. L'autorité des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts découle plutôt d'autres sources, le plus souvent du traité à interpréter. Les arrêts et autres décisions des juridictions internationales et des organes conventionnels d'experts peuvent cependant avoir une pertinence indirecte pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques s'ils se réfèrent à ces accords ultérieurs et à cette pratique ultérieure, les reflètent ou s'en sont inspirés[459].

12) Les projets de conclusions 2 [1] et 4 font une distinction entre la «pratique ultérieure» par laquelle est établi l'accord des parties au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, et toute autre pratique ultérieure (au sens large) suivie par une ou plusieurs parties au traité − mais pas toutes − et qui peut être pertinente comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[460]. Cette «autre» pratique ultérieure relative à l'interprétation qui n'établit pas un accord de toutes les parties ne peut constituer un moyen «authentique» d'interprétation du traité par toutes les parties et n'a donc pas le même poids aux fins de l'interprétation[461].

13) Il est dit clairement à la fin du projet de conclusion 3 [2] que c'est toujours dans le cadre de l'application de la règle générale d'interprétation des traités, telle qu'énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure seront considérés comme des moyens d'interprétation authentiques.

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 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.

---

[451] Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 215, p. 237, à la page 241; et ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161.

[452] Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)*, [2005] 1 NZLR 690, par. 130; Cour d'appel final de la Région administrative spéciale de Hong Kong, *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315, 354; et Cour administrative d'Autriche, VwGH, arrêt du 30 mars 2006, 2002/15/0098, 2, 5.

[453] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[454] Ibid., par. 15.

[455] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 34, 414 et 415; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), aux pages 152 et 153.

[456] Premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [voir *supra* la note 386], par. 69.

[457] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 15; voir aussi W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983, p. 294.

[458] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1087, par. 63; voir également *infra* le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif.

[459] Voir *infra* le projet de conclusion 12 [11]; voir aussi Nolte, «Subsequent agreements and subsequent practice of States…» (note 444 *supra*), aux pages 381 et 382, par. 17.3.1.

[460] Voir notamment *infra* les paragraphes 23 à 37 du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[461] Voir aussi *infra* le paragraphe 35 du commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 3.

Commentaire

Généralités

1) Le projet de conclusion 4 définit les trois différents moyens «ultérieurs» d'interprétation des traités qui sont mentionnés dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphes 3 et 4, à savoir l'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, la «pratique ultérieurement suivie» (ou «pratique ultérieure») au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et toute autre «pratique ultérieurement suivie» (ou «pratique ultérieure») relevant de l'article 32.

2) Dans les trois cas, le terme «ultérieur» (ou l'expression «ultérieurement suivie») renvoie à des actes qui se produisent «après la conclusion du traité[462]». Ce moment est souvent antérieur à celui où le traité entre en vigueur (art. 24). Plusieurs dispositions de la Convention de Vienne de 1969 (par exemple l'article 18) montrent qu'un traité peut être «conclu» avant son entrée en vigueur effective[463]. Aux fins du présent sujet, la «conclusion» intervient dès lors que le texte définitif du traité a été établi. C'est après la conclusion d'un traité, et non uniquement après son entrée en vigueur, que des accords et une pratique ultérieurs peuvent intervenir. En effet, on ne voit pas pour quelle raison un accord ou une pratique intervenant entre le moment où le texte définitif d'un traité est établi et l'entrée en vigueur de ce traité ne devraient pas être pertinents aux fins de l'interprétation[464].

3) L'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 dispose que le «contexte» du traité comprend certains «accords» et «instruments»[465] intervenus ou établis «à l'occasion de la conclusion du traité». L'expression «à l'occasion de la conclusion du traité» s'entend des accords et instruments qui sont intervenus ou ont été établis en étroite relation, temporelle et contextuelle, avec la conclusion du traité[466]. S'ils sont intervenus ou ont été établis après cette période, ces «accords» et «instruments» convenus constituent des «accords ultérieurs» ou de la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3[467].

Paragraphe 1 − définition de l'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 a

4) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 4 donne la définition de l'«accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*.

5) À l'article 31, paragraphe 3 *a*, le terme «accord ultérieur», et non «traité ultérieur», a été employé. Cela étant, un «accord ultérieur» n'est pas nécessairement moins solennel qu'un «traité». Alors qu'un traité au sens de la Convention de Vienne de 1969 doit être conclu «par écrit» (art. 2, par. 1 *a*), le droit international coutumier relatif aux traités ne contient aucune prescription à ce sujet[468]. Le terme «accord» dans la Convention de Vienne de 1969[469] et dans le droit international coutumier ne suppose aucun degré particulier de solennité. L'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, qui édicte la règle générale conformément à laquelle «[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties», a été expliqué par la Commission comme signifiant qu'«[u]n accord portant amendement peut prendre toute forme que choisiront de lui donner les parties au premier traité[470]». De la même manière, la Convention de Vienne de 1969 ne prévoit aucune condition de forme particulière pour les accords et la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[471].

6) S'il est vrai que tout traité est un accord, tous les accords ne sont pas des traités. En effet, un «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, est un élément dont il «sera» uniquement «tenu compte» aux fins de l'interprétation d'un traité. Par conséquent, cet accord

[462] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[463] Voir le deuxième rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, Rapporteur spécial, *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, document A/CN.4/43, p. 70 et suiv.; voir également le premier rapport sur le droit des traités, de G. G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 106 et suiv., à la page 112; voir aussi S. Rosenne, «Treaties, conclusion and entry into force», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, North Holland, 2000, p. 465 («au sens strict, c'est la négociation qui est conclue au moyen d'un traité»); et Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 78 à 80, par. 9 à 14.

[464] Voir, par exemple, la Déclaration sur le mécanisme européen de stabilité dont sont convenues les parties au Traité instituant le mécanisme européen de stabilité, le 27 septembre 2012.

[465] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 13; la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a jugé que ce terme pouvait s'entendre de déclarations unilatérales si l'autre partie ne s'y opposait pas, voir Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, BVerfGE, vol. 40, p.141, à la page 176. Voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 240 à 242.

[466] Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 38; Jennings et Watts (dir. publ.) [voir *supra* la note 439], p. 1274, par. 632 («[…] mais, d'un autre côté, un laps de temps trop long entre le traité et l'accord supplémentaire pourrait empêcher celui-ci d'être considéré comme étant intervenu à l'occasion de "la conclusion du" traité»).

[467] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14; voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 431, par. 20 et 21; voir également K. J. Heller, «The uncertain legal status of the aggression understandings», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), p. 229 à 248, à la page 237.

[468] Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 80, par. 15; commentaire de P. Gautier sur l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (voir *supra* la note 399), vol. I, p. 45 à 80, aux pages 53 à 56, par. 14 à 18; et J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 49 et 50; voir aussi A. Aust, «The theory and practice of informal international instruments», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, nº 4 (1986), p. 787 à 812, aux pages 794 et suiv.

[469] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a*; 3; 24, paragraphe 2; 39 à 41; 58 et 60.

[470] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 253 (paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 35); voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 513, par. 7; et le commentaire de P. Sands sur l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, dans Corten et Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne…* (note 399 *supra*), vol. II, p. 1523 à 1544, aux pages 1536 à 1538, par. 31 à 34.

[471] Le paragraphe 3 *b* du projet d'article 27 de la Commission, qui allait devenir le paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, contenait dans sa version anglaise le terme *understanding*, auquel *agreement* a été substitué à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Cette modification «port[ait] uniquement sur des points de rédaction»; voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), p. 184; Fox (voir *supra* la note 444), à la page 63.

n'a pas nécessairement un caractère contraignant. La question de savoir dans quelles circonstances un accord ultérieur entre les parties est contraignant, et dans quelles circonstances il n'est qu'un moyen d'interprétation parmi d'autres, est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9].

7) La Convention de Vienne de 1969 fait une distinction entre un « accord ultérieur » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » en vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Cette distinction n'est pas toujours claire, et la jurisprudence des organes juridictionnels internationaux trahit quelque hésitation à la faire valoir. Dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, la Cour internationale de Justice a employé l'expression « attitudes […] adoptées par la suite » pour désigner à la fois ce qu'elle qualifie par la suite d'« accords ultérieurs » et d'« attitudes » unilatérales ultérieures[472]. Dans l'affaire concernant la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, elle ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'utilisation d'une carte particulière pouvait être considérée comme un accord ultérieur ou une pratique suivie ultérieurement[473]. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC n'ont pas toujours distingué nettement entre les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[474].

8) En revanche, le Tribunal de l'ALENA, dans l'affaire *C.C.F.T. v. United States of America*[475], a traité plus explicitement de cette distinction. En l'espèce, les États-Unis d'Amérique soutenaient qu'un certain nombre de mesures unilatérales prises par les trois parties à l'ALENA pouvaient, si elles étaient prises ensemble, constituer un accord ultérieur[476]. Dans un premier temps, le Groupe spécial a estimé que les éléments de preuve ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*[477]. Dans un second temps, cependant, le Tribunal a conclu que ces mêmes éléments constituaient une pratique ultérieurement suivie pertinente qui établissait un accord entre les parties au sujet de l'interprétation :

> Reste à savoir s'il existe une « pratique ultérieurement suivie » par laquelle est établi l'accord des parties à l'ALENA sur cette question au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Le Tribunal conclut à l'existence d'une telle pratique. Si, de l'avis du Tribunal, les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir l'existence d'un « *accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions* », les preuves produites par le défendeur démontrent qu'il existe néanmoins une « *pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de [l'interprétation du traité]…* »[478]

9) Cette jurisprudence semble indiquer qu'une des différences entre l'« accord ultérieur » et la « pratique ultérieurement suivie » au sens de l'article 31, paragraphe 3, se trouve dans les diverses formes que peut prendre l'expression « authentique » de la volonté des parties. En effet, en faisant une distinction entre « tout accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et « toute pratique ultérieurement suivie […] par laquelle est établi l'accord des parties » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, la Commission n'avait pas entendu distinguer entre leurs effets juridiques possibles[479]. En réalité, la différence entre ces deux notions tient au fait qu'un « accord ultérieur intervenu entre les parties » a pour effet *ipso facto* de constituer un moyen d'interprétation authentique du traité, alors qu'une « pratique ultérieurement suivie » n'a cet effet que si ses différents éléments, pris ensemble, traduisent « les vues communes aux parties sur le sens des termes[480] ».

10) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3, sont donc distingués selon que l'on peut déceler l'accord des parties en tant que tel dans un acte commun ou qu'il est nécessaire de l'identifier en se fondant sur des actes individuels qui, pris ensemble, attestent une position commune. Un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, doit donc être « conclu » et présuppose un acte unique commun des parties par lequel celles-ci manifestent leurs vues communes au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.

---

[472] Voir *Différend territorial* (note 400 *supra*), aux pages 34 et suiv., par. 66 et suiv.

[473] *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* la note 400), à la page 656, par. 61 ; dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour parle de « positions adoptées ultérieurement » pour établir que « [l]es parties ont donc reconnu en pratique que les termes exprès du traité lui-même étaient négociables », *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, à la page 77, par. 138 ; voir aussi *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1995*, p. 6, à la page 16, par. 28 (« conduite ultérieure »).

[474] Voir « Lignes directrices pour l'établissement des listes » dans OMC, *Mexique − Mesures visant les services de télécommunication*, WT/DS204/R, rapport du Groupe spécial adopté le 1er juin 2004, et dans OMC, *États-Unis − Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R et Corr.1, rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 avril 2005 ; pour l'interprétation de « Texte de conciliation de 1981 », dans OMC, *États-Unis − Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, WT/DS108/R, rapport du Groupe spécial adopté le 20 mars 2000 ; de « Code SMC du Tokyo Round », dans OMC, *Brésil − Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, rapport du Groupe spécial adopté le 20 mars 1997 ; et de « dérogation », dans OMC, *CE − Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/CE − Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448].

[475] *C.C.F.T. v. United States of America*, arbitrage aux termes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, sentence sur la compétence du 28 janvier 2008 ; voir aussi *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/97/3, décision du 3 octobre 2001 sur la demande de récusation du Président du Comité, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 327 à 339, à la page 334, ou *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, nº 1 (2002), p. 168 à 181, à la page 174, par. 12 ; et M. Fitzmaurice et P. Merkouris, « Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement », dans Fitzmaurice, Elias et Merkouris (dir. publ.), *Treaty Interpretation…* (note 444 *supra*), p. 153 à 237, aux pages 217 à 233.

[476] *C.C.F.T. v. United States of America* (voir *supra* la note 475), par. 174 à 177.

[477] Ibid., par. 184 à 187.

[478] Ibid., par. 188, voir aussi par. 189 ; et, dans un sens analogue, *Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie*, CIRDI, affaire nº ARB/02/3, décision du 21 octobre 2005 relative aux exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur (traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la Bolivie), *ICSID Review − Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 2 (2005), p. 450 à 554, aux pages 528 et suiv., par. 251 et suiv. Concernant l'Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Bolivie, fait à La Paz le 10 mars 1992, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2239, nº 39849, p. 505.

[479] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[480] Ibid. ; voir aussi Karl (note 457 *supra*), p. 294.

11) La «pratique ultérieurement suivie» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, quant à elle, regroupe toutes les (autres) formes pertinentes de conduite ultérieure des parties à un traité qui concourent à la manifestation d'un accord, ou *understanding*[481], des parties au sujet de l'interprétation du traité. Il arrive cependant que la «pratique» et l'«accord» coïncident dans des cas particuliers et ne puissent pas être distingués. C'est pourquoi l'expression «pratique ultérieurement suivie» est parfois employée dans un sens plus général qui englobe les deux moyens d'interprétation mentionnés à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[482].

12) Un groupe d'accords ultérieurs distincts, intervenus chacun entre un nombre limité de parties, mais qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties à un traité au sujet de l'interprétation du traité, n'est pas normalement «un» accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*. Le terme «accord ultérieur» au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, devrait, par souci de clarté, être réservé à un accord unique intervenu entre toutes les parties. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, pris ensemble, établissent un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité constituent une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Différents accords ultérieurs entre un nombre limité de parties qui, même pris ensemble, n'établissent pas un accord entre toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité peuvent avoir valeur interprétative en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 (voir *infra* les paragraphes 23 et 24). En conséquence, l'emploi de l'expression «accord ultérieur» est réservé aux accords entre toutes les parties à un traité qui se manifestent par un accord unique − ou par un acte commun sous quelque forme que ce soit qui reflète l'accord de toutes les parties[483].

13) Un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, doit être un accord «au sujet de» l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions. Les parties doivent donc viser, éventuellement entre autres objectifs, à clarifier le sens d'un traité ou la façon dont il doit être appliqué[484].

14) Le fait qu'un accord soit ou non «au sujet de» l'interprétation ou de l'application d'un traité peut parfois être déterminé par une référence qui lie l'«accord ultérieur» au traité en question. Cette référence peut aussi figurer dans un traité ultérieur. Dans l'affaire *Jan Mayen* opposant le Danemark et la Norvège, par exemple, la Cour internationale de Justice semble avoir accepté qu'un «traité signé par la suite» par les parties «dans le même domaine» puisse être utilisé aux fins de l'interprétation d'un traité antérieur. En l'espèce, toutefois, la Cour a finalement refusé de retenir à ces fins le traité signé par la suite parce qu'il ne «contenait aucune mention» du traité précédent[485]. Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* opposant le Costa Rica et le Nicaragua, le juge ad hoc Guillaume a fait référence à la pratique effective du tourisme sur le fleuve San Juan conformément à un mémorandum d'accord entre les deux États[486]. Rien n'indique clairement, cependant, si l'intention des parties était que ce mémorandum d'accord particulier constitue une interprétation du traité de délimitation à l'examen.

15) La Cour d'appel final de Hong Kong (Chine) a suivi une approche assez stricte lorsqu'elle a été amenée à interpréter la Déclaration commune sino-britannique dans le cadre de l'affaire *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration*[487], dans laquelle une partie soutenait que le groupe de liaison sino-britannique, créé en application de l'article 5 de la Déclaration et composé de représentants de la Chine et du Royaume-Uni, était parvenu à un accord concernant l'interprétation de la Déclaration. À titre de preuve, la partie en question mettait en avant une brochure dans laquelle on pouvait lire que celle-ci avait été élaborée «sur la base de la réglementation et de la pratique existantes en matière d'immigration et de l'avis commun des membres britanniques et chinois du [groupe de liaison]». La Cour n'a toutefois pas estimé que l'objectif de la brochure était d'«interpréter ou d'appliquer» la Déclaration au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31[488].

Paragraphe 2 − définition de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b

16) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 4 ne vise pas à donner une définition générale de toute forme de pratique ultérieure susceptible d'être pertinente aux fins de l'interprétation des traités. Le paragraphe 2 se limite à la pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation authentique, par laquelle est établi l'accord de toutes les parties au traité, comme indiqué à l'article 31, paragraphe 3 *b*. Cette pratique ultérieure (au sens étroit) se distingue de l'autre «pratique ultérieure» ou pratique ultérieurement suivie (au sens large) d'une ou de plusieurs parties, par laquelle l'accord des parties n'est pas établi, mais qui peut néanmoins être pertinente en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969[489].

---

[481] Le terme *understanding* avait été employé par la Commission dans la version anglaise du paragraphe 3 *b* du projet d'article 27 sur le droit des traités (voir *supra* la note 471).

[482] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 113, aux pages 127 et 128, par. 53: dans cette affaire, même un accord verbal ultérieur explicite avait été qualifié par l'une des parties de «pratique ultérieure».

[483] Voir OMC, *États-Unis − Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 13 juin 2012, par. 371. Un acte commun peut consister en un échange de lettres.

[484] Ibid., par. 366 à 378, en particulier le paragraphe 372; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), aux pages 164 et suiv.

[485] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 38, à la page 51, par. 28.

[486] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), déclaration du juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 298 et 299, par. 16.

[487] Voir *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* (note 452 *supra*). Concernant le texte de la Déclaration conjointe du Gouvernement de la République populaire de Chine et du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la question de Hong Kong, faite à Beijing le 19 décembre 1984, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1399, nº 23391, p. 33.

[488] *Ng Ka Ling and Another v. The Director of Immigration* (voir *supra* la note 452), par. 150, 152 et 153.

[489] Sur la distinction entre les deux formes de pratique ultérieure, voir *infra* les paragraphes 23 et 24 du présent commentaire.

17) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut consister en un « comportement ». Le terme « comportement » est employé au sens de l'article 2 des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[490]. Il peut donc s'agir non seulement d'actions mais aussi d'omissions, y compris un silence pertinent, qui contribuent à établir l'accord[491]. La question de savoir dans quelles circonstances des omissions, ou le silence, peuvent contribuer à établir l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation d'un traité est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9], paragraphe 2.

18) La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être un comportement « dans l'application du traité ». Elle comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, notamment pour en assurer le respect ou s'acquitter des obligations conventionnelles, mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité, comme les déclarations faites à une conférence diplomatique ou dans le cadre d'un différend d'ordre juridique, des décisions de juridictions nationales, les communications officielles auxquelles le traité donne lieu, ou l'adoption d'une législation nationale ou la conclusion d'accords internationaux aux fins de la mise en œuvre d'un traité avant même qu'un acte d'application particulier se produise au niveau national ou au niveau international.

19) On se souviendra qu'à une occasion, un groupe spécial de l'ALENA a rejeté l'idée que la législation interne puisse être utilisée comme un guide pour l'interprétation des traités :

> Enfin, comme les deux Parties contestantes ont fait mention de leurs législations respectives concernant les transports terrestres, le Groupe spécial juge nécessaire de rappeler le principe énoncé à l'article 27 de la Convention de Vienne, selon lequel « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Cette disposition prescrit au Groupe spécial d'examiner, non pas les lois nationales, mais le droit international applicable. Par conséquent, il ne devrait être fait appel ni au droit interne des États-Unis ni aux lois mexicaines pour interpréter l'ALENA. Recourir au droit interne aux fins de l'interprétation reviendrait à appliquer un cadre juridique impropre à ces fins[492].

Si la règle posée à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 est assurément valide et importante, elle ne signifie pas que la législation nationale ne puisse être prise en compte comme élément de la pratique ultérieurement suivie par l'État dans l'application du traité. Il y a une différence entre le fait d'invoquer le droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité et le fait de se référer au droit interne pour interpréter les dispositions d'un traité. Les organes juridictionnels internationaux, en particulier l'Organe d'appel de l'OMC et la Cour européenne des droits de l'homme, l'ont d'ailleurs reconnu et établissent régulièrement une distinction entre, d'une part, les dispositions législatives nationales (et autres mesures d'application prises à l'échelle nationale) qui sont contraires aux obligations découlant du traité et, d'autre part, les textes et autres mesures adoptés au plan national qui peuvent servir de moyens d'interprétation du traité[493]. Il convient de noter, toutefois, qu'un élément de bonne foi est implicitement associé à toute « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité ». À la différence d'une application de bonne foi (même erronée), une application fautive manifeste du traité ne constitue donc pas une « application du traité » au sens des articles 31 et 32.

20) En vertu de l'article 31, paragraphe 3 *b*, la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité doit être suivie « à l'égard de l'interprétation du traité » ; cette disposition revêt le même sens que l'exigence parallèle énoncée à l'article 31, paragraphe 3 *a* (voir *supra* les paragraphes 13 et 14). Il est souvent difficile de distinguer la pratique ultérieurement suivie qui concerne spécifiquement et délibérément un traité, c'est-à-dire « à l'égard de l'interprétation du traité », de toute autre pratique suivie « dans l'application du traité ». La distinction est toutefois importante, étant donné que seule la conduite adoptée par les parties « à l'égard de l'interprétation du traité » peut contribuer à une interprétation « authentique » ; pareille exigence n'existe d'ailleurs pour aucune autre pratique ultérieure en vertu de l'article 32.

21) La question de savoir dans quelles circonstances un « accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » est établi est envisagée dans le projet de conclusion 10 [9].

22) L'article 31, paragraphe 3 *b*, n'exige pas expressément que la pratique soit la conduite des parties au traité elles-mêmes. Toutefois, ce sont les parties elles-mêmes qui, agissant par l'intermédiaire de leurs organes[494], ou

---

[490] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 35 et suiv., par. 2 à 4 du commentaire.

[491] Voir le troisième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial, *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 63 et 64, par. 32 et 33 ; voir également *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, à la page 23 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392, à la page 410, par. 39 ; et *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, décision du 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente : E/F.95.V.2), p. 53, aux pages 185 à 187, par. 168 et 169.

[492] ALENA, Groupe spécial arbitral institué conformément au chapitre 20, *Services transfrontières de camionnage (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, nº USA-MEX-98-2008-01, rapport final adopté le 6 février 2001, par. 224 (notes de bas de page omises).

[493] Par exemple, OMC, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, rapport du Groupe spécial adopté le 27 juillet 2000, par. 6.55 ; OMC, *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro (États-Unis – Maintien de la réduction à zéro)*, WT/DS350/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 février 2009 (modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R), par. 7.173 ; OMC, *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS379/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 25 mars 2011, par. 335 et 336 ; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/01/8, décision du 17 juillet 2003 sur les exceptions d'incompétence (traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Argentine), dans E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 793 à 814, aux pages 799 et 800, par. 47 (le Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Washington le 14 novembre 1991, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ») ; *V. c. Royaume-Uni* [GC], nº 24888/94, CEDH 1999-IX, par. 73 ; *Kart c. Turquie* [GC], nº 8917/05, CEDH 2009 (extraits), par. 54 ; et Cour européenne des droits de l'homme, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, série A nº 264, par. 35.

[494] Karl (voir *supra* la note 457), p. 115 et suiv.

par la voie d'une conduite qui peut leur être attribuée, sont à l'origine de la pratique suivie dans l'application du traité par laquelle peut être établi leur accord. La question de savoir si d'autres acteurs peuvent établir une pratique ultérieure pertinente est abordée dans le projet de conclusion 5[495].

Paragraphe 3 − « toute autre » pratique ultérieure

23) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 porte sur « toute autre » pratique ultérieure, c'est-à-dire toute pratique autre que celle dont il est question à l'article 31, paragraphe 3 *b*. Il s'agit de la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 », comme indiqué au paragraphe 4 du projet de conclusion 2 [1]. Cette forme de pratique ultérieure, qui n'exige pas l'accord de toutes les parties, a été initialement mentionnée par la Commission dans son commentaire en ces termes :

> Mais, en général, la pratique d'une seule partie ou de certaines parties seulement se situe, en tant qu'élément d'interprétation, sur un plan entièrement différent de la pratique concordante de toutes les parties indiquant leurs vues communes sur le sens d'un traité. La pratique ultérieure concordante de toutes les parties prouve l'accord de celles-ci concernant l'interprétation du traité et est analogue à un accord interprétatif. C'est la raison pour laquelle la Commission a jugé que la pratique ultérieure établissant les vues communes de toutes les parties sur l'interprétation d'un traité devait être mentionnée au paragraphe 3 [de ce qui est devenu par la suite l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969] comme constituant un moyen authentique d'interprétation au même titre que les accords interprétatifs. En revanche, la pratique suivie par des États particuliers dans l'application d'un traité ne peut être considérée que comme l'un des « autres » moyens d'interprétation mentionnés à l'article 70[496].

24) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 ne prévoit pas, à la différence de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que la pratique pertinente doit être suivie « à l'égard de l'interprétation du traité ». Par conséquent, en vertu de ce paragraphe, toute pratique suivie dans l'application du traité qui pourrait fournir des indications sur la manière dont le traité devrait être interprété pourrait constituer un moyen complémentaire d'interprétation pertinent au sens de l'article 32.

25) Depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, cette « autre » pratique ultérieure est reconnue et utilisée par les tribunaux internationaux et d'autres organes juridictionnels en tant que moyen d'interprétation (voir *infra* les paragraphes 26 à 34). Il convient toutefois de noter que l'Organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II*[497], a formulé une définition de la pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité qui laisse entendre que seule la « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » peut être utile aux fins de l'interprétation du traité, contrairement à toute autre forme de pratique ultérieure d'une ou de plusieurs parties :

> […] [U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à 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 du traité[498].

Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres cours ou tribunaux internationaux, et même de celle de l'Organe de règlement des différends de l'OMC lui-même (voir *infra* les paragraphes 33 et 34), que la pratique ultérieure qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas la seule forme de pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application d'un traité qui puisse être utile aux fins de l'interprétation du traité.

26) Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a estimé que le rapport technique d'un expert qui avait été commandé par l'une des parties et qui avait « toujours conservé un caractère interne »[499], s'il ne pouvait être considéré comme constitutif d'une pratique ultérieurement suivie par laquelle était établi l'accord des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, « n'en étay[ait] pas moins les conclusions » auxquelles elle était parvenue par d'autres moyens d'interprétation[500].

27) Les tribunaux du CIRDI ont eux aussi utilisé la pratique ultérieure des États comme un moyen d'interprétation au sens large[501]. Par exemple, examinant la question de savoir si les actionnaires minoritaires pouvaient accéder aux droits découlant des traités de protection de l'investissement et avaient qualité pour participer aux procédures du CIRDI, le tribunal, en l'affaire *CMS Gas c. Argentine*, a déclaré ce qui suit :

> La pratique des États va également dans le sens de cette évolution. […] Les actionnaires minoritaires et non titulaires du contrôle ont ainsi été inclus dans le champ de la protection ou déclarés recevables à former des demandes pour leur propre compte. La pratique contemporaine concernant les accords forfaitaires […] démontr[e], entre autres exemples, une flexibilité croissante dans le traitement des réclamations internationales[502].

28) La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, que sa manière de voir se trouvait « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes[503] », c'est-à-dire par « la preuve d'une pratique dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 […] de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu[504] ». Plus souvent, la Cour euro-

---

[495] Voir le projet de conclusion 5, paragraphe 2.

[496] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 215, par. 13 ; voir aussi *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[497] OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), et WT/DS8/R-WT/DS10/R-WT/DS11/R, rapport du Groupe spécial adopté le 1er novembre 1996.

[498] Ibid. (rapport de l'Organe d'appel de l'OMC), sect. E, p. 16.

[499] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1078, par. 55.

[500] Ibid., à la page 1096, par. 80.

[501] Voir O. K. Fauchald, « The legal reasoning of ICSID Tribunals − An empirical analysis », *The European Journal of International Law*, vol. 19, nº 2 (2008), p. 301 à 364, à la page 345.

[502] *CMS Gas Transmission Company c. République argentine* (voir *supra* la note 493), par. 47.

[503] *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 79.

[504] Ibid., par. 80 ; il convient de noter que la Cour a jugé « cette pratique […] des États » « uniforme et cohérente » bien qu'elle ait reconnu que deux États pouvaient éventuellement faire exception à la règle (Chypre et le Royaume-Uni ; « [q]uel qu'en soit le sens »), par. 80 et 82.

péenne des droits de l'homme s'est fondée sur la pratique ultérieure, pas nécessairement uniforme, des États et s'est à cet égard référée à la législation et à la pratique administrative nationales en tant que moyen d'interprétation. Dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, par exemple, elle a estimé que «[q]uant à la pratique des États européens, on [pouvait] observer que, dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations [avait] été reconnu[505]» et que «les exceptions existantes ne pouv[aient] être justifiées que par des circonstances particulières[506]».

29) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, lorsqu'elle tient compte de la pratique ultérieure des parties, ne considère pas seulement les cas dans lesquels la pratique établit l'accord des parties. Ainsi, en l'affaire *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, elle a estimé que l'imposition automatique de la peine de mort pour toute forme de comportement ayant entraîné la mort d'une autre personne était incompatible avec l'article 4, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (qui limite l'application de la peine de mort aux crimes les plus graves). À l'appui de cette interprétation, la Cour a indiqué qu'il était «utile de considérer des exemples à cet égard, tirés de la législation des pays américains qui appliquent encore la peine de mort[507]».

30) Le Comité des droits de l'homme, créé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est sensible aux arguments fondés sur la pratique ultérieure au sens large lorsqu'il s'agit d'examiner la justification d'atteintes aux droits énoncés dans le Pacte[508]. Interprétant les termes assez généraux de l'article 19, paragraphe 3, du Pacte (restrictions licites à la liberté d'expression), le Comité a observé qu'on pouvait «trouver des restrictions similaires dans de nombreuses juridictions[509]», et conclu que l'objectif poursuivi par la loi contestée ne sortait pas, en tant que tel, du cadre des buts envisagés à l'article 19, paragraphe 3, du Pacte[510].

31) Le Tribunal international du droit de la mer s'est quelquefois référé à la pratique ultérieure des parties, sans toutefois chercher à préciser si un accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité était effectivement établi par celle-ci. Dans l'affaire du *Navire «SAIGA» (nº 2)*[511], par exemple, il a examiné la pratique des États pour ce qui est du recours à la force pour stopper un navire en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[512]. En se fondant sur la «pratique normale à laquelle il est fait recours pour stopper un navire», le Tribunal n'a pas précisé quelles étaient les pratiques respectives des États, mais a supposé qu'il existait une certaine norme générale[513].

32) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, se référant à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, a noté ce qui suit dans le jugement *Jelisić*:

> La Chambre […] interprète les termes [de la Convention] conformément aux règles générales d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. […] La Chambre a tenu par ailleurs compte de la pratique ultérieure à laquelle la Convention a donné lieu. Une importance particulière a été accordée aux jugements rendus par le Tribunal pour le Rwanda […]. La pratique des États, notamment par l'intermédiaire de leurs juridictions internes, ainsi que les travaux effectués en ce domaine par les instances internationales, ont aussi été pris en compte[514].

33) Les organes de règlement des différends de l'OMC établissent parfois, eux aussi, une distinction entre la «pratique ultérieure» qui satisfait à toutes les conditions prévues à l'article 31, paragraphe 3 *b*, et les autres formes de pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité, dont ils reconnaissent aussi la pertinence aux fins de l'interprétation du traité. Dans l'affaire *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*[515] (non portée en appel), par exemple, le Groupe spécial devait se prononcer sur l'applicabilité d'une «doctrine des exceptions mineures» concernant le paiement des droits d'auteur[516]. Ayant trouvé des preuves de l'existence d'une telle doctrine dans la législation nationale de plusieurs États membres, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

> [N]ous rappelons que l'article 31 3 de la Convention de Vienne dispose qu'aux fins de l'interprétation il sera tenu compte en même temps que du contexte *a*) de tout accord ultérieur et *b*) de toute pratique ultérieure ou *c*) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties. Nous notons que les parties et les tierces parties ont porté à notre attention plusieurs exemples de limitations inscrites dans les législations nationales de divers pays sur la base de la doctrine des exceptions mineures. À notre avis, la pratique des États telle qu'elle transparaît dans les législations nationales relatives au droit d'auteur des membres de l'Union de Berne avant et après 1948, 1967 et 1971, ainsi que des membres de l'OMC avant et après la date à laquelle l'Accord sur les [aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce] est devenu applicable pour eux, confirme notre conclusion relative à la doctrine des exceptions mineures[517].

---

[505] *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 404), par. 52.

[506] Ibid., par. 151; également *Jorgic c. Allemagne*, nº 74613/01, CEDH 2007-III, par. 69.

[507] *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (voir *supra* la note 405), opinion individuelle concordante du juge Sergio García Ramírez, par. 12.

[508] *Jong-Cheol c. République de Corée*, communication nº 968/2001, constatations adoptées le 27 juillet 2005, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément nº 40* [A/60/40 (Vol. II)], annexe V, G.

[509] Ibid., par. 8.3.

[510] Ibid.; voir aussi *Yoon et Choi c. République de Corée*, communications nºs 1321/2004 et 1322/2004, constatations adoptées le 3 novembre 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément nº 40* [A/62/40 (Vol. II)], annexe VII, V, par. 8.4.

[511] *Navire «SAIGA» (nº 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 10, aux pages 61 et 62, par. 155 et 156.

[512] Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 293.

[513] *Navire «SAIGA» (nº 2)* [voir *supra* la note 511], par. 155 et 156; voir aussi *«Tomimaru» (Japon c. Fédération de Russie)*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 74, par. 72; et *Thon à nageoire bleue* (note 417 *supra*), par. 45 et 50.

[514] *Le Procureur c. Goran Jelisić*, affaire nº IT-95-10-T, jugement du 14 décembre 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I, par. 61 (notes de bas de page omises); voir aussi *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire nº IT-98-33-T, jugement du 2 août 2001, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, par. 541.

[515] OMC, *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (voir *supra* la note 493).

[516] Voir l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, art. 9, par. 1.

[517] OMC, *États-Unis − Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (voir *supra* la note 493), par. 6.55 (notes de bas de page omises).

Le Groupe spécial a ajouté, en note de bas de page, la mise en garde suivante :

> En donnant ces exemples de la pratique des États nous ne voulons pas exprimer un point de vue sur la question de savoir s'ils sont suffisants pour constituer une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31 3 *b* de la Convention de Vienne[518].

34) Dans l'affaire *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, l'Organe d'appel de l'OMC a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir pris en considération les décisions du Comité du système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes en tant que pratique ultérieure pertinente :

> Pour formuler une interprétation correcte, il aurait fallu aussi examiner l'existence et la pertinence d'une pratique ultérieure. Nous notons que les États-Unis se sont référés, devant le Groupe spécial, aux décisions prises par le Comité du système harmonisé de l'[Organisation mondiale des douanes] en avril 1997 concernant le classement de certains matériels de réseau local comme MATI. Singapour, tierce partie dans la procédure de groupe spécial, s'est également référée à ces décisions. Les Communautés européennes ont fait observer qu'elles avaient formulé des réserves au sujet de ces décisions […]. Toutefois, nous considérons que pour interpréter les concessions tarifaires reprises dans la Liste LXXX, les décisions de [l'Organisation mondiale des douanes] peuvent être pertinentes […][519].

Ainsi, à y regarder de plus près, les organes de règlement des différends de l'OMC admettent également qu'il existe une distinction entre la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et une notion plus large de pratique ultérieure qui ne présuppose pas un accord entre toutes les parties au traité[520].

35) Lorsqu'on utilise la pratique ultérieurement suivie par une ou plusieurs parties à un traité, et non par toutes, comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32, il est impératif de se rappeler que « l'opinion d'un État ne constitue pas le droit international »[521]. En tout état de cause, la distinction entre la pratique ultérieure convenue, au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, en tant que moyen authentique d'interprétation, et d'autres éléments de la pratique ultérieure (au sens large) au sens de l'article 32 suppose qu'il convient d'attribuer à la première une plus grande valeur interprétative. Les juridictions internes n'ont pas toujours clairement distingué les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, des autres éléments de la pratique ultérieure au sens de l'article 32[522].

36) La distinction entre la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et la pratique ultérieure au sens de l'article 32 apporte également des éléments de réponse à la question de savoir si la pratique ultérieure exige une action répétée à une certaine fréquence[523] ou si une application ponctuelle du traité suffit[524]. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit :

> Un acte isolé n'est généralement pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure ; seule une suite d'actes établissant l'accord des parties peut être prise en considération[525].

Toutefois, si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure en tant que moyen d'interprétation du traité et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de « pratique ultérieure » au sens large (au sens de l'article 32)[526].

37) La « pratique ultérieure » au sens large (relevant de l'article 32) désigne donc toute application du traité par une ou plusieurs parties. Elle peut revêtir différentes formes[527]. Cette « conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité » peut être constituée, en particulier, par une application directe du traité en question, conduite qui sera attribuable à un État partie en tant qu'application du traité, ou par une déclaration ou décision juridictionnelle au sujet de l'interprétation ou de l'application du traité. Elle peut être constituée par des déclarations officielles au sujet du sens du traité, des objections quant à sa non-exécution ou une acceptation tacite des déclarations ou des actes d'autres parties[528].

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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 5 concerne la question des auteurs d'une pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. L'expression « en vertu des articles 31 et 32 » indique clairement que

---

[518] Ibid., note 68.

[519] OMC, *CE – Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 90 ; voir aussi I. van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 342.

[520] Voir aussi OMC, États-Unis – EPO (note 417 *supra*), par. 452.

[521] *Sempra Energy International c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/02/16, jugement du 28 septembre 2007, par. 385 ; voir aussi *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, CIRDI, affaire nº ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, par. 337 ; et OMC, *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2e plainte)* [note 439 *supra*], par. 7.953, note 2420.

[522] Voir, par exemple, Chambre des lords du Royaume-Uni, *Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation* (note 432 *supra*), par. 54, 55 et 66 à 85 (Lord Mance) ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, par. 38 ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (note 432 *supra*), par. 47 (Lord Steyn) ; Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)*, [2002] UKHL 7, par. 80 (Lord Hope) ; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *Attorney-General v. Zaoui and Others (No. 2)* [note 452 *supra*], par. 130 (juge Glazebrook) ; Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *P. v. Secretary for Justice, ex parte A.P.* [2004] 2 NZLR 28, par. 61 (juge Glazebrook) ; Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 104, p. 254, aux pages 256 et 257, et affaire nº 1 C 75/86, jugement du 29 novembre 1988, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989*, nº 8, p. 765, à la page 766.

[523] Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22.

[524] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), à la page 166.

[525] OMC, *Japon – Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15 (notes de bas de page omises).

[526] R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 506 et 507.

[527] A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3e éd., Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2013, p. 239.

[528] Karl (voir *supra* la note 457), p. 114 et suiv.

ce projet de conclusion vise la pratique ultérieure aussi bien en tant que moyen authentique d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, qu'en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32. Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 définit positivement l'auteur de la conduite dans l'application du traité pouvant constituer une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32, tandis que le paragraphe 2 indique négativement quelle conduite ne constitue pas une conduite ultérieure mais peut néanmoins être pertinente dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties au traité.

Paragraphe 1 – conduite constituant une pratique ultérieure

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 emprunte le membre de phrase « toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité en vertu du droit international » à l'article 2 *a* des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[529]. Ainsi, l'expression « toute conduite » s'entend des actes et des omissions, et ne se limite pas à la conduite des organes de l'État mais englobe toute conduite attribuable de toute autre manière à une partie à un traité en vertu du droit international. La référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne va toutefois pas jusqu'à exiger que la conduite en question soit « internationalement illicite » (voir *infra* le paragraphe 8).

3) Un exemple de conduite pertinente qui ne découle pas directement de la conduite des parties, mais constitue néanmoins un exemple de pratique étatique a été identifié par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*. Dans cette affaire, la Cour a jugé que, pour être considérée comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, de la Convention de Vienne de 1969, il fallait que l'utilisation régulière d'une île située à la frontière entre la Namibie (ex-Sud-Ouest africain) et le Botswana (ex-Bechuanaland) par des membres d'une tribu locale, les Masubia,

> […] ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe ; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité[530].

4) Toutefois, s'il vise toute conduite dans l'application d'un traité qui est attribuable à une partie au traité, le paragraphe 1 ne signifie pas que toute conduite de ce type constitue nécessairement, dans un cas donné, une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité. C'est ce qu'indique l'expression « peut être constituée ». Cette clarification est particulièrement importante s'agissant de la conduite d'organes d'un État susceptibles d'aller à l'encontre de la position officielle exprimée par celui-ci sur une question particulière, et qui contribue de ce fait à rendre sa conduite équivoque.

5) La Commission s'est demandé si le projet de conclusion 5 devait traiter spécifiquement des conditions dans lesquelles la conduite d'organes inférieurs de l'État serait pertinente aux fins de l'interprétation d'un traité. À cet égard, plusieurs membres de la Commission ont fait observer qu'il était difficile de distinguer entre organes inférieurs et supérieurs de l'État, étant donné en particulier les différences marquées existant dans l'organisation interne de la gouvernance des États. On a aussi estimé que le critère pertinent était moins la position de l'organe dans la hiérarchie de l'État que le rôle qui était effectivement le sien dans l'interprétation et l'application d'un traité particulier. Étant donné la complexité et la diversité des situations possibles, la Commission a conclu que cette question ne devait pas être traitée dans le projet de conclusion 5 lui-même, mais dans le commentaire.

6) La pratique ultérieure des États dans l'application d'un traité peut assurément être le fait des hauts représentants de l'État mentionnés à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Néanmoins, comme la plupart des traités ne sont généralement pas appliqués par ces hauts représentants, des juridictions internationales ont jugé que la conduite d'agents de l'État de rang moindre pouvait aussi, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. C'est ainsi que, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'article 95 de l'Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras (1906) appelait une interprétation souple parce que la pratique des autorités douanières locales n'était pas toujours cohérente[531]. La jurisprudence des tribunaux arbitraux confirme que la pratique ultérieure pertinente peut être celle d'agents de l'État de rang inférieur. Dans sa décision relative à la *Dette extérieure allemande*, le Tribunal arbitral a considéré qu'une lettre de la Banque d'Angleterre à l'Administration fédérale allemande de la dette constituait une pratique pertinente[532]. Et dans l'affaire portant *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le Tribunal arbitral a accepté, dans son principe, la pratique de l'administration fiscale française de ne pas prélever d'impôt sur les pensions des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) retraités comme constituant une pratique ultérieure pertinente. Le Tribunal a toutefois finalement considéré comme décisive la position officielle contraire exprimée par des autorités supérieures, à savoir le Gouvernement français[533].

---

[529] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, p. 35 et 36, paragraphe 4 du commentaire ; la question de l'attribution aux organisations internationales d'une conduite ultérieure pertinente aux fins de l'interprétation des traités est envisagée dans le projet de conclusion 12 [11] *infra*.

[530] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1094, par. 74. Concernant le traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, signé à Berlin le 1er juillet 1890, voir *British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, p. 35.

[531] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 211.

[532] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31.

[533] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 231 à 266, à la page 257, par. 66, et à la page 259, par. 74.

7) Il apparaît ainsi que la pratique de fonctionnaires de rang inférieur ou locaux peut constituer une pratique ultérieure « dans l'application d'un traité » si elle est suffisamment univoque, s'il est légitime de considérer que le gouvernement en avait connaissance et s'il ne l'a pas contredite dans un délai raisonnable[534].

8) La Commission n'a pas jugé nécessaire de limiter la conduite pertinente en ajoutant l'expression « aux fins de l'interprétation des traités[535] ». Le Rapporteur spécial avait proposé de le faire pour que l'expression « pratique ultérieure » ne s'entende pas également d'une conduite qui peut être attribuée à un État, mais ne vise pas à exprimer la position de celui-ci concernant l'interprétation du traité[536]. La Commission a toutefois considéré que l'expression « dans l'application d'un traité » limitait suffisamment la portée de la conduite pouvant être pertinente. Comme la notion d'« application d'un traité » sous-entend une conduite de bonne foi, une application fautive manifeste d'un traité ne relève pas de cette notion[537].

Paragraphe 2 − conduite ne constituant pas une pratique ultérieure

9) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 comporte deux phrases. La première indique qu'une conduite autre que celle envisagée au paragraphe 1, y compris d'acteurs non étatiques, ne constitue pas une pratique ultérieure au regard des articles 31 et 32. Les mots « autre conduite » ont été utilisés pour faire une distinction nette entre la conduite envisagée au paragraphe 2 et celle envisagée au paragraphe 1. Dans le même temps, la Commission a estimé qu'une conduite ne relevant pas du paragraphe 1 pouvait être pertinente dans « l'évaluation » de la pratique ultérieure des parties à un traité.

10) La « pratique ultérieure dans l'application d'un traité » sera le fait de ceux qui sont appelés à appliquer le traité, normalement les États parties eux-mêmes. La règle générale a été formulée dans les termes suivants par le Tribunal des réclamations Iran–États-Unis :

> Un principe reconnu de l'interprétation des traités veut que l'on tienne compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieure dans l'application d'un traité international. Cette pratique doit toutefois être une pratique des parties au traité et établir leur accord au sujet de l'interprétation de ce traité.
>
> Si l'un des participants aux négociations de règlement, à savoir la Banque Markazi, est une entité de l'Iran dont la pratique peut donc être attribuée à l'Iran en sa qualité de partie aux Déclarations d'Alger, les autres participants aux négociations de règlement et aux règlements eux-mêmes, à savoir les banques des États-Unis, ne sont pas des entités du Gouvernement des États-Unis, et leur pratique ne peut en tant que telle être attribuée aux États-Unis en leur qualité d'autre partie aux Déclarations d'Alger[538].

11) La première phrase du second paragraphe du projet de conclusion 5 énonce cette règle générale. Elle souligne le rôle de premier plan des États parties à un traité, qui sont maîtres de celui-ci et responsables en dernier ressort de son application. Cela n'exclut pas que la conduite d'acteurs non étatiques puisse également constituer une forme d'application du traité si elle peut être attribuée à un État partie[539].

12) Au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5, l'« autre conduite » peut être celle de différents acteurs. Elle peut en particulier être la pratique des parties qui ne s'inscrit pas « dans l'application du traité » ou être constituée par des déclarations d'un État qui n'est pas partie au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci[540], par une position adoptée par un organe de surveillance de l'application du traité concerné ou un organe de règlement des différends relatifs à l'interprétation de ce traité[541], par des actes d'organes techniques chargés par une conférence des États parties de donner des avis sur l'application des dispositions conventionnelles, ou par différentes formes de conduite ou déclarations d'acteurs non étatiques.

13) L'expression « évaluation de la pratique ultérieure » figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 2 doit être entendue au sens large à la fois comme l'identification de l'existence d'une pratique ultérieure et la détermination de son importance juridique. Des déclarations ou la conduite d'autres acteurs, par exemple des organisations internationales ou des acteurs non étatiques, peuvent traduire,

---

[534] Voir Chanaki (note 444 *supra*), p. 323 à 328 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 269 et 270 ; M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004*, vol. 310, p. 9 à 428, aux pages 142 à 144 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 555 et 556, par. 78.

[535] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 144 (projet de conclusion 4, par. 1).

[536] Ibid., par. 120.

[537] Voir *supra* le paragraphe 19 du commentaire du projet de conclusion 4.

[538] Voir *United States of America* et al. *v. Islamic Republic of Iran* et al., sentence nº 108-A-16/582/591-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 5 (1984), p. 57 à 72, à la page 71 ; également *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, ibid., vol. 38 (2004-2009), p. 77 à 129, aux pages 124 et 125, par. 127 et 128 ; voir aussi *International Schools Services, Inc. (ISS) v. National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, sentence interlocutoire nº ITL 37-111-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, ibid., vol. 5 (1984), p. 338 à 353, opinion dissidente du Président Lagergren, p. 348, à la page 353 : « […] la disposition de la Convention de Vienne relative aux accords ultérieurs vise les accords entre les États parties à un traité, et un accord de règlement entre deux parties à un arbitrage ne peut guère être considéré comme équivalant à un accord entre les deux États qui sont parties au traité, même si la République islamique d'Iran était en l'espèce l'une des parties à l'arbitrage. » Pour les Déclarations d'Alger (Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire, et Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran), voir *International Legal Materials*, vol. 20, nº 1 (1981), p. 224 et 230 (respectivement), aux pages 232 et 233.

[539] Voir, par exemple, sentence nº 108-A-16/582/591-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis (note 538 *supra*), opinion dissidente du juge Parviz Ansari, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), p. 97, à la page 99.

[540] Voir, par exemple, « Observations of the United States of America on the Human Rights Committee's General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights », 22 décembre 2008, p. 1, par. 3, disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138852.pdf. Dans la mesure où la déclaration des États-Unis a trait à l'interprétation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par rapport auquel les États-Unis ne sont ni une partie ni un État contractant, cette déclaration constitue une « autre conduite » au sens du paragraphe 2 du projet de conclusion 5.

[541] Voir, par exemple, Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004, p. 621, par. 21 et suiv.

ou instaurer, une pratique ultérieure pertinente des parties à un traité[542]. Cette traduction ou instauration d'une pratique ultérieure des parties par la conduite d'autres acteurs ne devrait toutefois pas être assimilée à la pratique des parties au traité elles-mêmes, y compris celle qui peut leur être attribuée. Les activités d'acteurs autres que les États parties peuvent seulement contribuer à l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité.

14) 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 *j* de la Convention de Vienne de 1986, qui mentionne la « pratique bien établie de l'organisation » comme l'une des formes des « règles de l'organisation »[543]. Le projet de conclusion 5 ne concerne que la question de savoir si la pratique des organisations internationales peut révéler une pratique pertinente des États parties à un traité.

15) Les rapports d'organisations internationales à vocation universelle, qui sont établis sur la base d'un mandat prescrivant à ces organisations de rendre compte de la pratique des États dans un domaine particulier, peuvent jouir d'une autorité considérable s'agissant d'évaluer cette pratique. Par exemple, le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* établi par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés est un document important qui rend compte de la pratique des États et fournit donc des indications en ce qui la concerne[544]. Il en va de même du tableau 1540, qui est une compilation systématique, par le Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1540 (2004), des mesures prises par les États Membres pour appliquer cette résolution[545]. Dans la mesure où le tableau 1540 a trait à l'application de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972, et de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, de 1993, il atteste la pratique ultérieure des États parties à ces traités et vaut évaluation de cette pratique[546].

16) D'autres acteurs non étatiques peuvent également jouer un rôle important dans l'évaluation de la pratique ultérieure des parties dans l'application d'un traité. Un exemple pertinent est celui du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)[547]. Outre qu'il s'acquitte du mandat d'ordre général qui lui a été conféré par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) et les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge[548], le CICR, fort d'un mandat qu'il tient des Statuts du Mouvement, donne à l'occasion des indications sur l'interprétation des Conventions de Genève de 1949[549] et de leurs protocoles facultatifs[550]. L'alinéa *g* du paragraphe 2 de l'article 5 des Statuts[551] dispose ce qui suit :

> Selon ses Statuts, le Comité international a notamment pour rôle […] *g*) de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels[.]

Dans le cadre de ce mandat, le CICR a par exemple publié en 2009 un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*[552]. Ce guide est l'aboutissement d'un « processus de consultations d'experts » qui repose sur l'analyse de la pratique conventionnelle et coutumière des États, et « il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le [droit international humanitaire] existant devrait être interprété »[553]. Il importe toutefois de noter dans ce contexte que les États ont réaffirmé que c'était à eux qu'incombait au premier chef le développement du droit international humanitaire. La résolution 1 adoptée lors de la trente et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (2011), tout en rappelant les « rôles importants » du CICR, a « *soulign[é]* le rôle premier des États dans le développement du droit international humanitaire »[554].

---

[542] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 270.

[543] Cet aspect de la pratique ultérieure relative à un traité sera envisagé à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

[544] Voir Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (réédité en décembre 2011), HCR/1P/4/FRE/REV.3 (www.refworld.org/pdfid/4fc5db782.pdf), avant-propos ; l'opinion selon laquelle le Guide lui-même exprime la pratique des États a à juste titre été rejetée par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Semunigus v. The Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1999] FCA 422, arrêt du 14 avril 1999, par. 5 à 13. Le Guide n'en a pas moins une valeur probante considérable en tant qu'énoncé exact de la pratique ultérieure des États. Il tire son autorité de l'article 35, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés, de 1951, aux termes duquel « [l]es États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés […] dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette convention ».

[545] Résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité en date du 28 avril 2004, par. 8 *c* ; on peut lire sur le site Web du Comité 1540 : « Depuis son adoption début 2005, le tableau 1540 s'est imposé comme le principal outil de classement des informations utilisé par le Comité pour ce qui est de l'application de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies. » (www.un.org/fr/sc/1540/national-implementation/1540-matrices.shtml).

[546] Voir, de manière générale, Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 270.

[547] H.-P. Gasser, « International Committee of the Red Cross (ICRC) », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, juin 2016, par. 20. Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

[548] Ibid., par. 25.

[549] Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

[550] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) ; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).

[551] Adoptés par la vingt-cinquième Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006. Disponibles à l'adresse suivante : www.icrc.org/fr/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf.

[552] Genève, 2009 (version française publiée en 2010), p. 11. Disponible à l'adresse suivante : www.icrc.org/.

[553] Ibid.

[554] Résolution 1 sur le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés, 1er décembre 2011.

17) Un autre exemple de conduite d'acteurs non étatiques pouvant être pertinente pour évaluer la pratique ultérieure des États parties est fourni par l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions, une initiative conjointe de la Campagne internationale pour interdire les mines terrestres et de la Coalition internationale contre les sous-munitions. L'Observatoire fait fonction de mécanisme de surveillance de facto[555] de l'application de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Convention d'Ottawa) de 1997, et de la Convention sur les armes à sous-munitions (Convention de Dublin) de 2008. L'Observatoire reproduit les déclarations et la pratique des États parties et des signataires en la matière, et recense notamment les questions d'interprétation concernant la Convention de Dublin[556].

18) Les exemples du CICR et de l'Observatoire des mines et des armes à sous-munitions montrent que des acteurs non étatiques peuvent fournir des éléments de preuve précieux quant à la pratique ultérieure des parties, contribuer à l'évaluation de ces éléments et même solliciter l'instauration d'une pratique. Mais ils peuvent aussi poursuivre leurs propres objectifs, parfois différents de ceux des États parties. Leurs évaluations doivent donc être examinées d'un œil critique.

19) La Commission s'est demandé si elle devait également mentionner, dans le texte du projet de conclusion 5, la «pratique sociale» comme exemple d'«autre conduite [qui] peut […] être pertinente lors de l'évaluation de la pratique ultérieure des parties à un traité»[557]. Compte tenu des préoccupations exprimées par plusieurs membres quant à la signification et à la pertinence de cette notion, la Commission a jugé préférable de traiter de la question de la pertinence éventuelle de la «pratique sociale» dans le commentaire.

20) La Cour européenne des droits de l'homme a à l'occasion considéré qu'«une acceptation sociale accrue[558]» et «l'évolution de la société[559]» étaient pertinentes aux fins de l'interprétation des traités. Toutefois, en dernière analyse, l'invocation de «l'évolution de la société» ou d'«une acceptation sociale accrue» par la Cour demeure liée à la pratique des États[560]. Cela est vrai en particulier des affaires importantes comme *Dudgeon c. Royaume-Uni*[561] et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*[562]. Dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé qu'il y avait «plus de tolérance envers» «le comportement homosexuel» en soulignant que «dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a[vait] cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appel[ai]ent par elles-mêmes une répression pénale», et que «la législation interne y a[vait] subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne p[ouvait] négliger»[563]. La Cour a de plus relevé qu'«[e]n Irlande du Nord même, les autorités [avaient] évité ces dernières années d'engager des poursuites[564]». Dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a souligné l'importance qu'elle attachait «à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés[565]».

21) Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si la pratique des États rend effectivement compte de l'évolution sociale. Tel a été le cas, par exemple, dans des affaires concernant le statut d'enfants nés hors mariage[566], ou dans lesquelles il était allégué que certains Roms («Tsiganes») avaient le droit d'avoir un lieu de résidence temporaire assigné par les municipalités pour pouvoir mener leur style de vie itinérant[567].

22) On peut en conclure qu'une simple pratique sociale (ultérieure) ne suffit pas en tant que telle à constituer une pratique ultérieure pertinente dans l'application d'un traité. La pratique sociale a toutefois été à l'occasion considérée par la Cour européenne des droits de l'homme comme contribuant à l'évaluation de la pratique des États.

Troisième partie

ASPECTS GÉNÉRAUX

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.

---

[555] Voir www.the-monitor.org.

[556] Voir, par exemple, *Cluster Munition Monitor 2011*, p. 24 à 31.

[557] Voir le premier rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités (A/CN.4/660) [note 386 *supra*], par. 129 et suiv.

[558] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], nº 28957/95, CEDH 2002-VI, par. 85.

[559] Ibid., par. 100.

[560] Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, *I. c. Royaume-Uni* [GC], nº 25680/94, 11 juillet 2002, par. 65; *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, nº 13378/05, 12 décembre 2006, par. 57; *Shackell c. Royaume-Uni*, décision, nº 45851/99, 27 avril 2000, par. 1; et *Schalk et Kopf c. Autriche*, nº 30141/04, CEDH 2010, par. 58.

[561] Cour européenne des droits de l'homme, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A nº 45, en particulier par. 60.

[562] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 558), en particulier par. 85.

[563] *Dudgeon c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 561), par. 60.

[564] Ibid.

[565] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 558), par. 85; voir également ibid., par. 90.

[566] *Mazurek c. France*, nº 34406/97, CEDH 2000-II, par. 52; voir aussi *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A nº 31, par. 41; *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, série A nº 126, par. 44; et *Brauer c. Allemagne*, nº 3545/04, 28 mai 2009, par. 40.

[567] *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], nº 27238/95, CEDH 2001-I, par. 70 et 93; voir aussi *Lee c. Royaume-Uni* [GC], nº 25289/94, 18 janvier 2001, par. 95 et 96; *Beard c. Royaume-Uni* [GC], nº 24882/94, 18 janvier 2001, par. 104 et 105; *Coster c. Royaume-Uni* [GC], nº 24876/94, 18 janvier 2001, par. 107 et 108; et *Jane Smith c. Royaume-Uni* [GC], nº 25154/94, 18 janvier 2001, par. 100 et 101.

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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 a pour objet d'indiquer que les accords et la pratique ultérieurs, en tant que moyens d'interprétation, doivent être identifiés.

Paragraphe 1, première phrase − l'expression « au sujet de l'interprétation »

2) La première phrase du paragraphe 1 rappelle que l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 exige de porter une attention particulière à la question de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou si elles ont été motivées par d'autres considérations.

3) En vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31, les accords ultérieurs doivent être intervenus « au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31, la pratique ultérieurement suivie doit l'être « dans l'application du traité », établissant ainsi un accord « à l'égard de [son] interprétation »[568]. La relation entre les termes « interprétation » et « application » au paragraphe 3 de l'article 31 n'est pas très nette. L'« interprétation » est le processus par lequel le sens d'un traité, notamment de l'une ou de plusieurs de ses dispositions, est clarifié. L'« application » désigne toute conduite par laquelle les droits en vertu d'un traité sont exercés ou ses obligations sont respectées, en tout ou en partie. L'« interprétation » renvoie à un processus mental, alors que l'« application » vise un comportement effectif (actes et omissions). En ce sens, les deux notions doivent être distinguées, et peuvent servir à des fins différentes en vertu du paragraphe 3 de l'article 31 (voir *infra* les paragraphes 4 à 6), mais elles sont aussi étroitement liées et imbriquées.

4) Tandis que certains aspects de l'« interprétation » peuvent être sans rapport avec l'« application » d'un traité[569], l'application d'un traité comporte presque inévitablement une part d'interprétation − même si la règle en question peut paraître claire à première vue[570]. C'est pourquoi un accord ou une conduite « à l'égard de l'interprétation » du traité et un accord ou une conduite « dans l'application » du traité supposent dans l'un et l'autre cas que les parties prennent, ou se voient attribuer, une position quant à l'interprétation du traité[571]. Alors que dans le cas d'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité » au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée par les parties, cette position peut être moins clairement identifiable dans le cas d'un « accord ultérieur […] au sujet […] de l'application de ses dispositions » au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (seconde branche de l'alternative)[572]. Une prise de position au sujet de l'interprétation à partir de « l'application » résulte aussi implicitement de simples actes d'application du traité en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31, c'est-à-dire de « toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation[573] ». La conjonction « ou » à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 ne vise donc pas une relation mutuellement exclusive entre « interprétation » et « application ».

5) La portée d'une « application » d'un traité, aux fins de son interprétation, ne se limite cependant pas à l'identification de la position que prend ainsi l'État partie concerné au sujet de son interprétation. De fait, la manière dont un traité est appliqué contribue non seulement à déterminer le sens du traité mais aussi à constater dans quelle mesure l'interprétation que les États parties ont assumée est « fondée » et donc plus ou moins fermement établie.

6) Il convient de noter qu'une « application » du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie selon laquelle cette application est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances[574]. En outre, la notion d'« application » n'exclut pas certains comportements d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application qui sont attribuables aux parties[575] et qui peuvent donc constituer une pratique établissant l'accord des parties. Enfin, la portée juridique d'un comportement particulier dans

[568] Voir *supra* le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif, paragraphes 17 à 20.

[569] Selon Haraszti, « l'interprétation vise à élucider le sens du texte tandis que l'application implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes » [Haraszti (voir *supra* la note 449), p. 18] ; il considère cependant qu'« il n'est possible d'appliquer une règle juridique, quelle qu'en soit la forme, que si son contenu a été élucidé » (ibid., p. 15).

[570] « Harvard Draft Convention on the Law of Treaties », *American Journal of International Law, Supp.*, vol. 29 (1935), p. 657 à 1226, aux pages 938 et 939 ; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 372 ; Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 116 ; Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission établi par Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1, par. 423), disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session (2006) [le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie)] ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 28 à 30 et 238 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47 ; U. Linderfalk, « Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation », *Netherlands International Law Review*, vol. 54, nº 1 (2007), p. 133 à 154, aux pages 141 à 144 et 147 ; G. Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 41 à 71, à la page 44 ; et Villiger, « The rules on interpretation… » (voir *supra* la note 443), à la page 111.

[571] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 266 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 162 ; Karl (voir *supra* la note 457), p. 114 et 118 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 556 et 557, par. 80 et 82.

[572] Cette seconde possibilité a été introduite sur la proposition du Pakistan, mais son champ d'application et son but n'ont jamais été explicités ni clarifiés [voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], 31e séance de la Commission plénière, 19 avril 1968, p. 183, par. 53].

[573] Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 164, 165 et 167 ; voir aussi le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[574] Voir *infra* le projet de conclusion 7, paragraphe 1.

[575] Voir Boisson de Chazournes, « Subsequent Practice… » (note 419 *supra*), aux pages 54, 56, 59 et 60.

l'application d'un traité ne se limite pas nécessairement à sa contribution éventuelle à l'interprétation en vertu de l'article 31, elle peut aussi contribuer à l'administration de la preuve[576] ou au respect des conditions énoncées dans d'autres règles[577].

7) Une conduite ultérieure qui n'est pas motivée par une obligation conventionnelle n'est pas suivie « dans l'application du traité » ou « à l'égard » de son interprétation au sens du paragraphe 3 de l'article 31. S'agissant par exemple de l'avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine pratique de l'Organisation[578]. À cet égard, le juge Fitzmaurice a formulé une mise en garde célèbre selon laquelle « [s']il est poussé trop loin, l'argument tiré de la pratique peut aboutir à une pétition de principe[579] ». Selon le juge Fitzmaurice, « il n'est guère possible de conclure du simple fait que les États Membres *paient*, qu'ils admettent nécessairement être en tout cas dans l'obligation juridique positive de le faire[580] ».

8) De même, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a considéré que la démarche entreprise par les parties à l'accord de 1987 (concernant la saisine de la Cour de tout litige entre elles) en vue de la conclusion d'un compromis (qui aurait précisé l'objet du différend) ne signifiait pas que les parties aient considéré que c'était là une condition nécessaire à l'établissement de la compétence de la Cour[581].

9) Un autre exemple de pratique volontaire qui n'est pas censée être suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité concerne la « protection complémentaire » dans le contexte du droit des réfugiés. Des personnes à qui le statut de réfugié en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés a été refusé se voient néanmoins souvent accorder une « protection complémentaire » équivalente à celle accordée au titre de la Convention. Les États qui accordent une protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention ou « à l'égard de son interprétation »[582].

10) Il est parfois difficile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs pertinents à l'égard de l'interprétation ou dans l'application d'un traité au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 d'une autre conduite ou d'une évolution dans le contexte plus général du traité, notamment d'une « évolution contemporaine » dans le domaine faisant l'objet du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante, car seule la conduite des parties à l'égard de l'interprétation acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. La règle générale semble être que la valeur interprétative conférée à un accord ou à une pratique en vertu des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le traité[583].

11) Pour déterminer qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 représente une prise de position quant à l'interprétation d'un traité, il est souvent nécessaire de procéder à une soigneuse analyse factuelle et juridique. Ce point peut être illustré par des exemples tirés de la pratique juridictionnelle et étatique.

12) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples. D'une part, la Cour a considéré que les « communiqués ministériels conjoints » de deux États « ne sauraient être englobé[s] dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » étant donné que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »[584]. Elle a d'autre part estimé, cependant, que l'absence de certaines précisions quant à l'interprétation d'un traité, ou l'absence de certaines formes d'application de celui-ci, constituait une pratique qui indiquait la position juridique des parties selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit sur la base de différents traités relatifs aux armes empoisonnées[585]. En tout

[576] Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 70, à la page 117, par. 105, la Cour internationale de Justice a refusé de considérer certains comportements (déclarations) comme constituant des preuves quant au respect par la Fédération de Russie de ses obligations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale durant la période allant de 1999 à juillet 2008, en particulier parce que ces comportements n'avaient pas trait spécifiquement à la Convention. Selon le juge Simma, la preuve avait été dans une certaine mesure apportée (voir l'opinion individuelle du juge Simma, ibid., p. 199 à 223, par. 23 à 57).

[577] Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), la Cour internationale de Justice a analysé la pratique ultérieure non seulement dans le contexte de l'interprétation du traité, mais aussi dans celui de la prescription acquisitive (voir p. 1092 et 1093, par. 71 ; p. 1096, par. 79 ; et p. 1105, par. 97).

[578] *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, aux pages 201 et 202 (opinion individuelle du juge Fitzmaurice) et aux pages 189 à 195 (opinion individuelle du juge Spender).

[579] Ibid., p. 201.

[580] Ibid.

[581] *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (voir *supra* la note 473), à la page 16, par. 28.

[582] Voir A. Skordas, « General provisions: article 5 », dans A. Zimmermann (dir. publ.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 669 à 706, à la page 682, par. 30 ; et J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 21.

[583] Sur le « poids » d'un accord ou d'une pratique en tant que moyen d'interprétation, voir *infra* le projet de conclusion 9 [8] ; pour un exemple illustrant la nécessité, et parfois la difficulté, de distinguer une conduite spécifique des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité et une évolution plus générale, voir *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, aux pages 41 à 58, par. 103 à 151.

[584] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 234 et 235, par. 40 ; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu* (note 400 *supra*), à la page 1091, par. 68, dans lequel la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérait pas que certaines formes de coopération pratique étaient juridiquement pertinentes s'agissant de la question de la frontière en cause et ne souscrivait donc pas à la position contraire de l'autre partie.

[585] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 248, par. 55 et 56 ; voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 262 à 264.

état de cause, la portée exacte d'une expression collective des vues de parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure cette expression est censée être entendue « au sujet de l'interprétation » du traité. C'est pourquoi la Cour a conclu, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, que « les résolutions et lignes directrices pertinentes [de la Commission baleinière internationale] qui ont été adoptées par consensus invitent les États parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution[586] ».

13) Lorsqu'il a eu à trancher la question de savoir si la Déclaration sur le règlement des différends obligeait les États-Unis à restituer des biens militaires à l'Iran, le Tribunal des réclamations Iran–États-Unis a conclu, en se référant à la pratique ultérieurement suivie par les parties, que ce traité comportait une obligation implicite d'indemnisation en cas de non-restitution :

> 66. […] Bien que le paragraphe 9 de la Déclaration générale ne prévoie expressément aucune obligation de dédommager l'Iran pour le cas où certains articles ne seraient pas restitués en raison des dispositions de la loi américaine applicables avant le 14 novembre 1979, le Tribunal considère qu'une telle obligation est implicitement contenue dans ce paragraphe.
>
> […]
>
> 68. De plus, le Tribunal note que l'interprétation énoncée au paragraphe 66 ci-dessus est conforme à la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application des Accords d'Alger et, en particulier, à la conduite des États-Unis. Cette pratique, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, doit aussi être prise en considération pour l'interprétation d'un traité. Dans la communication qu'ils ont adressée à l'Iran le 26 mars 1981 pour l'informer que l'exportation d'articles de défense ne serait pas approuvée, les États-Unis ont expressément indiqué que « le coût des équipements serait remboursé à l'Iran dans la mesure du possible » […][587].

Cette position a été critiquée par le juge Holtzmann dans son opinion dissidente :

> La conduite ultérieure d'un État partie ne peut servir de base à l'interprétation d'un traité que s'il apparaît que cette conduite a été motivée par le traité. En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni même aucun argument, permettant d'affirmer que les États-Unis étaient disposés à dédommager l'Iran pour donner suite à une supposée obligation imposée par le paragraphe 9. Une telle conduite pourrait tout autant correspondre à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de paiement. En l'absence de toute indication selon laquelle cette conduite était motivée par le traité, il est erroné d'utiliser celle-ci pour interpréter le traité[588].

Rapprochées l'une de l'autre, l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente font clairement ressortir la nécessité d'analyser soigneusement si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position « au sujet de l'interprétation » d'un traité.

14) Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière[589]. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée de conduites de différents organes de l'État (exécutif, législatif, judiciaire ou autre) dans l'application consciente d'un traité à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde le plus souvent pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique a été suivie « à l'égard de l'interprétation » de la Convention européenne des droits de l'homme[590]. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si une situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. Elle suppose plutôt que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États membres sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de leurs obligations[591]. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a parfois aussi recouru à la pratique législative comme moyen d'interprétation[592]. À l'instar de la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme a même dans certains cas considéré que le fait que les parties « ne redoutaient pas » une certaine interprétation de la Convention pouvait indiquer une prise de position de leur part à l'égard de l'interprétation du traité[593].

15) L'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre dispose que « [l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». C'est intentionnellement que les États parties n'ont pas affirmé la pertinence de la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié, afin que des États ne puissent invoquer abusivement la volonté des prisonniers de guerre pour différer leur rapatriement[594]. Le CICR a néanmoins toujours subordonné sa participation à la condition que la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié soit respectée[595]. Cette approche, dans la mesure où elle a été reflétée dans la pratique des États parties, ne signifie

---

[586] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

[587] *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1989), p. 273 à 306, aux pages 294 et 295.

[588] Opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, ibid., à la page 304.

[589] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 15.

[590] Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 103 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni* (note 561 *supra*), par. 60 ; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (note 404 *supra*), par. 48 ; comparer, par contre, avec *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC] (note 435 *supra*), par. 146 ; et *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201, par. 100.

[591] Voir *supra* la note 590 ; voir en outre *Marckx c. Belgique* (note 566 *supra*), par. 41 ; *Jorgic c. Allemagne* (note 506 *supra*), par. 69 ; et *Mazurek c. France* (note 566 *supra*), par. 52.

[592] Voir, par exemple, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres* (note 405 *supra*), par. 12.

[593] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII, par. 62.

[594] Voir C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977, p. 145 à 156 et 171 à 175 ; voir, de façon générale, sur l'obligation de rapatrier, S. Krähenmann, « Protection of prisoners in armed conflict », dans D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 359 à 411, aux pages 409 et 410.

[595] Ainsi, par sa participation, le CICR s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre [voir Krähenmann (note 594 *supra*), aux pages 409 et 410].

cependant pas nécessairement que l'article 118 doive être interprété comme exigeant qu'aucun prisonnier de guerre ne soit rapatrié contre son gré. L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier précise ce qui suit dans son commentaire de la règle 128 A :

> Selon la IVe Convention de Genève, une personne protégée ne peut être transférée dans un pays « où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses » [art. 45, al. 4, de la quatrième Convention de Genève]. Bien que la IIIe Convention de Genève ne contienne pas de disposition similaire, la pratique depuis 1949 s'est développée de telle manière que dans tous les rapatriements où le CICR a joué un rôle d'intermédiaire neutre, les parties au conflit − que celui-ci soit international ou non international − ont accepté les conditions posées par le CICR pour sa participation, y compris le principe selon lequel le CICR doit pouvoir vérifier, avant le rapatriement (ou avant la libération dans le cas d'un conflit armé non international), au moyen d'un entretien confidentiel avec les personnes concernées, qu'elles souhaitent bien être rapatriées (ou libérées)[596].

16) Cette formulation porte à croire que la pratique des États relative au respect de la volonté du prisonnier de guerre est limitée aux cas où le CICR intervient et où l'organisation a posé une telle condition. Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique[597]. Selon le Manuel de droit des conflits armés du Royaume-Uni de 2004 :

> Une question plus litigieuse est celle de savoir si les prisonniers de guerre doivent être rapatriés même contre leur gré. Il ressort de la pratique récente des États qu'ils ne devraient pas l'être. Le Royaume-Uni applique le principe selon lequel les prisonniers de guerre ne devraient pas être rapatriés contre leur volonté[598].

17) Cette combinaison particulière des formes verbales « doivent » et « devraient » montre que, comme d'autres États, le Royaume-Uni ne considère pas que la pratique ultérieure établisse une interprétation du traité selon laquelle la volonté déclarée du prisonnier de guerre doit toujours être respectée[599].

18) Les exemples précités tirés de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations[600].

Paragraphe 1, seconde phrase − non-application temporaire d'un traité ou modus vivendi

19) La seconde phrase du paragraphe 1 a un caractère seulement illustratif. Elle renvoie à deux types de cas qu'il convient de distinguer de la pratique à l'égard de l'interprétation d'un traité.

20) Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité ; elle peut notamment signifier leur accord sur la non-application temporaire du traité[601], ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*)[602]. C'est ce qu'illustre l'exemple ci-après.

21) Aux termes de l'article 7 de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, « [u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. […] Le drapeau […] porter[a] croix rouge sur fond blanc ». Lors du conflit russo-turc de 1877-1878, l'Empire ottoman a déclaré que, tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances de l'armée ennemie, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge sur fond blanc pour la protection de ses propres ambulances, et a affirmé que dans l'exercice des droits découlant de la Convention, la Turquie avait été, « jusqu'à présent, paralysée par la nature même du signe distinctif de la Convention qui blessait les susceptibilités du soldat musulman »[603]. Cette déclaration a donné lieu à un échange de correspondance entre l'Empire ottoman, la Suisse (agissant en sa qualité d'État dépositaire de la Convention) et les autres États parties à celle-ci ; en définitive, le signe du croissant rouge ne fut accepté que pour la durée de la guerre en cours[604]. Lors des Conférences internationales de la paix de La Haye de 1899 et de 1907, et lors de la Conférence de 1906 de révision de la Convention de Genève de 1864, les délégations de l'Empire ottoman, de la Perse et du Siam ont demandé en vain l'inclusion du croissant rouge, du lion-et-soleil rouge et de la flamme rouge dans la Convention[605]. L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des « réserves » qu'ils avaient formulées

---

[596] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *Règles*, Bruxelles, CICR et Bruylant, 2006, p. 599 (notes de bas de page omises).

[597] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, CICR et Cambridge University Press, 2005, p. 2893 et 2894 (en anglais seulement), par. 844 à 855, et mise à jour en ligne pour l'Australie, l'Espagne, Israël et les Pays-Bas, consultable à l'adresse suivante : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD.

[598] Royaume-Uni, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 205, par. 8.170 (note de bas de page omise).

[599] Le manuel des États-Unis ne mentionne que la volonté des prisonniers de guerre malades ou blessés, voir Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 597 *supra*), p. 2893 et 2894, par. 844 à 855 ; mais la pratique suivie par les États-Unis après la seconde guerre du Golfe a consisté à faire établir par le CICR la volonté du prisonnier et à agir en conséquence (États-Unis, Département de la défense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, p. 707 et 708).

[600] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 11 à 18. Voir aussi L. Crema, « Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 25 et 26.

[601] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 71.

[602] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 234 et 235, par. 40 ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), aux pages 65 et 66, par. 138 à 140 ; J. Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 29 à 33, à la page 32 ; pour un autre exemple, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 72 ; et J. R. Crook (dir. publ.), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 105, nº 4 (2011), p. 775 à 818, aux pages 809 à 812.

[603] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, nº 29, janvier 1877, p. 35 à 37, cité dans F. Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge : aperçu historique*, Genève, CICR, 1977, p. 15.

[604] *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, nº 31, juillet 1877, p. 89, cité dans Bugnion (voir *supra* la note 603), p. 18.

[605] Voir Bugnion (note 603 *supra*), p. 19 à 31.

à cet effet en 1906[606]. Cette acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906 ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une interprétation particulière de la Convention de Genève de 1864 avant 1906 par une pratique ultérieure n'ayant rencontré aucune objection. La pratique suivie par l'Empire ottoman et la Perse a plutôt été considérée, au moins jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de Genève de 1864, mais elle a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

Paragraphe 2 − diversité des formes

22) L'objet du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 est de tenir compte des diverses formes que peuvent prendre les accords et la pratique ultérieurs au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31. La Commission a estimé que la pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 consiste en tout « comportement » dans l'application d'un traité, y compris, dans certaines circonstances, l'inaction, qui peut contribuer à établir un accord au sujet de l'interprétation du traité[607]. Selon le traité considéré, il peut s'agir non seulement d'un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes au niveau international, mais aussi d'actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, et même de comportements d'acteurs non étatiques qui sont attribuables à un ou à plusieurs des États parties et qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application[608]. Ainsi, la conduite individuelle qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 n'a pas à satisfaire à un quelconque critère particulier[609].

23) La pratique ultérieure au niveau international ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe[610]. Une conduite parallèle des parties peut être suffisante. Une question distincte est celle de savoir si une activité parallèle exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) au sujet de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir *infra* le projet de conclusion 10 [9], paragraphe 1)[611]. Des accords ultérieurs peuvent se trouver dans des traités juridiquement contraignants ainsi que dans des instruments non contraignants comme des mémorandums d'accord[612]. Ils peuvent aussi se trouver dans certaines décisions d'une conférence des parties (voir *infra* le projet de conclusion 11 [10]).

Paragraphe 3 − identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32

24) Le paragraphe 3 de ce projet de conclusion prévoit que, pour identifier la pratique ultérieure en vertu de l'article 32, l'interprète doit déterminer, en particulier, si la conduite de l'une ou de plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité[613]. La Commission a décidé de traiter dans un paragraphe distinct la question de toute « autre pratique ultérieure » (voir *supra* le projet de conclusion 4, par. 3)[614] au sens de l'article 32 pour la clarté de l'analyse (voir *infra* le projet de conclusion 7, paragraphe 2, et le projet de conclusion 9 [8], paragraphe 3), sans pour autant remettre en question l'unité du processus d'interprétation. Les considérations pertinentes pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, à l'identification d'une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32. Ainsi, un accord qui intervient entre certaines seulement des parties à un traité au sujet de l'interprétation de celui-ci ou de son application constitue une forme de pratique ultérieure au sens de l'article 32.

25) Un exemple d'arrangement pratique est le mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Département des transports des États-Unis d'Amérique et le Ministère des communications et des transports des États-Unis du Mexique concernant les services de transport international transfrontalier de fret routier[615]. Le mémorandum d'accord ne vise pas le Canada, le troisième État partie à l'ALENA, et précise qu'il « est sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA ». Ces circonstances portent à croire que le mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens des alinéas *a* ou *b* du paragraphe 3 de l'article 31, mais qu'il reste seulement un arrangement pratique entre un nombre restreint de parties susceptible d'être contesté par d'autres parties ou d'être remis en cause par un organisme juridictionnel ou quasi juridictionnel.

---

[606] Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923, voir Bugnion (note 603 *supra*), p. 23 à 26 ; c'est seulement à l'occasion de la révision des Conventions de Genève en 1929, lorsque les délégués de la Turquie, de la Perse et de l'Égypte ont fait valoir que l'utilisation d'autres emblèmes était devenue un fait accompli et que cette pratique n'avait rencontré aucune objection, que le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge ont finalement été admis comme signes distinctifs par l'article 19 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne, de 1929.

[607] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphes 17 à 20.

[608] Voir *supra*, par exemple, le commentaire du projet de conclusion 5; voir également Boisson de Chazournes, « Subsequent practice… » (note 419 *supra*), aux pages 54, 56, 59 et 60 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 257 à 259 ; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 583 *supra*], aux pages 41 à 45, par. 103 à 111, aux pages 48 et 49, par. 119 à 122, et à la page 50, par. 126 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 555 et 556, par. 78.

[609] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 254 et 255.

[610] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 33 ; et *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1213, par. 17 (opinion dissidente du juge Parra-Aranguren).

[611] *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 659, à la page 737, par. 258 ; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982*, p. 18, aux pages 83 et 84, par. 117, affaire dans laquelle la Cour a considéré les concessions accordées par les parties au différend comme une preuve de leur accord tacite ; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 583 *supra*].

[612] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 244 et 250.

[613] Voir *supra* les paragraphes 1 à 4 du présent commentaire ; voir aussi le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], paragraphes 3 à 5.

[614] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 10.

[615] Voir Crook (dir. publ.) (note 602 *supra*), p. 809 à 812 ; voir aussi Mexique, Ministère de l'économie, décret du 7 juillet 2011 modifiant l'article 1 de la loi du 31 décembre 2002 établissant le taux de la taxe générale d'importation applicable en 2003 pour les biens provenant d'Amérique du Nord, en ce qui concerne les biens provenant des États-Unis, *Journal officiel de la Fédération* (www.dof.gob.mx).

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.

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − clarification du sens d'un traité

1) Le projet de conclusion 7 traite des effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure sur l'interprétation d'un traité. Son objet est d'indiquer comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à la clarification du sens d'un traité. Le paragraphe 1 souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure doivent être envisagés dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], par. 5)[616]. Ils ne sont donc pas nécessairement en eux-mêmes déterminants.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir différents effets sur le processus interactif d'interprétation d'un traité, qui consiste, dans tout cas particulier, à accorder l'attention qui convient aux divers moyens d'interprétation dans le cadre d'« une seule opération complexe »[617]. Prendre en considération les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en application de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32 peut ainsi contribuer à clarifier le sens d'un traité[618] en limitant (en précisant) les sens possibles d'un terme particulier ou d'une disposition particulière, ou la portée du traité dans son ensemble (voir *infra* les paragraphes 4, 6, 7, 10 et 11). Par ailleurs, cette prise en considération peut contribuer à une clarification en confirmant une interprétation plus large. Enfin, elle peut aider à comprendre la gamme des interprétations possibles à la disposition des parties, y compris quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les parties exercent dans le cadre du traité (voir *infra* les paragraphes 12 à 15).

3) Lorsqu'ils examinent une affaire donnée, les cours et tribunaux internationaux commencent habituellement par déterminer le « sens ordinaire » des termes du traité[619]. C'est surtout par la suite qu'ils se penchent sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, lorsqu'ils se demandent si une telle conduite confirme ou modifie le résultat auquel ils ont abouti dans le cadre de l'interprétation initiale du sens ordinaire (ou par d'autres moyens d'interprétation)[620]. Si les parties ne souhaitent pas donner à un terme son sens ordinaire mais un sens particulier au sens du paragraphe 4 de l'article 31, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à mettre ce sens particulier en lumière. Les exemples ci-après[621] illustrent comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, dans leur interaction avec d'autres moyens dans le processus d'interprétation, à clarifier le sens d'un traité.

4) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aider à déterminer le « sens ordinaire » d'un terme particulier en confirmant une interprétation étroite de différentes nuances possibles du sens d'un terme. Tel a été le cas, par exemple[622], dans la procédure consultative relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans laquelle la Cour internationale de Justice estime que, dans la pratique des États, les termes « du poison ou des armes empoisonnées »

> […] ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires[623].

5) Par ailleurs, une pratique ultérieure peut exclure de ramener le sens d'un terme général à un seul de ses différents sens possibles[624]. Par exemple, dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour a déclaré ce qui suit :

---

[616] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphes 12 à 15.

[617] Ibid.

[618] La terminologie utilisée suit la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission : « L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale […] par laquelle [un] État ou [une] organisation [internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 24 et suiv., par. 75 ; et ibid., vol. II (3e partie), p. 53] ; voir aussi le commentaire de la directive 1.2, paragraphe 18 [ibid., vol. II (3e partie), p. 56].

[619] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphe 14 ; et *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 4, à la page 8.

[620] Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (note 400 *supra*), à la page 656, par. 59 à 61, et à la page 665, par. 80 ; *Différend territorial* (note 400 *supra*), aux pages 34 à 37, par. 66 à 71 ; et *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 400 *supra*), à la page 290 (déclaration du juge ad hoc Guillaume).

[621] Pour davantage d'exemples, voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*).

[622] Voir aussi *Plates-formes pétrolières* (note 585 *supra*), à la page 815, par. 30 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 275, aux pages 306 et 307, par. 67 ; et *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* (note 619 *supra*), à la page 9.

[623] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (voir *supra* la note 585), à la page 248, par. 55.

[624] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 25.

L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes […] ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition.

Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 [de l'Acte général de la Conférence internationale d'Algésiras] n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des parties en litige[625].

6) Différentes formes de pratique peuvent contribuer à la fois à restreindre et à élargir l'interprétation de différents termes du même traité[626].

7) Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire de ses termes « dans leur contexte » (paragraphe 1 de l'article 31). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, dans leur interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, peuvent aussi contribuer à identifier une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme du traité[627]. Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* (devenue depuis l'Organisation maritime internationale), par exemple, la Cour internationale de Justice devait déterminer le sens de l'expression « [h]uit […] pays […] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » figurant à l'article 28 *a* de la Convention portant création de l'Organisation maritime internationale ; comme l'expression « pays […] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » se prête à différentes interprétations (l'importance pouvant être déterminée par « le tonnage immatriculé » ou par « la nationalité des propriétaires »), et comme il n'y avait pas de pratique pertinente de l'Organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 *a* lui-même, la Cour s'est penchée sur la pratique au titre d'autres dispositions de la Convention et a déclaré ce qui suit :

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention […] amèn[e] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 *a* et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes[628].

8) À côté du texte et du contexte, le paragraphe l de l'article 31 accorde une importance à « l'objet et [au] but » d'un traité pour interpréter celui-ci[629]. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à clarifier l'objet et le but d'un traité[630], ou à concilier les invocations de « l'objet et [du] but » d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

9) Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*[631] et des *Plates-formes pétrolières*[632], par exemple, la Cour internationale de Justice a clarifié l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Et dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a déclaré ce qui suit :

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique 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 [des Nations Unies][633].

Paragraphe 1, seconde phrase − détermination de l'éventail des interprétations possibles par restriction, par élargissement ou par une quelconque autre manière

10) La pratique des États dans des contextes autres que judiciaires ou quasi judiciaires confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent non seulement contribuer à préciser le sens d'un terme en limitant les sens possibles des droits et obligations énoncés dans le traité, mais aussi indiquer une plus large gamme d'interprétations acceptables ou l'étendue de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le traité accorde aux États[634].

---

[625] *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (voir *supra* la note 531), à la page 211.

[626] Voir, *mutatis mutandis, Certaines dépenses des Nations Unies* (note 578 *supra*), avis dans lequel la Cour internationale de Justice a donné une interprétation large du terme « dépenses » et une interprétation étroite du terme « action » à la lumière de la pratique ultérieure de l'Organisation des Nations Unies concernant chacun de ces termes, aux pages 158 à 161 (« dépenses ») et aux pages 164 et 165 (« action »).

[627] Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières* (note 429 *supra*), à la page 87, par. 40.

[628] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif du 8 juin 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 150, à la page 169 ; voir aussi ibid., aux pages 167 à 169 ; et, de manière incidente, *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, sentence définitive, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 59, à la page 99, par. 141.

[629] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 211 et 219.

[630] Ibid., p. 212 à 215 ; voir aussi *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* (note 436 *supra*), aux pages 31 et 32, par. 53 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), à la page 179, par. 109 ; R. Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 173 à 181, à la page 180 ; Distefano, « La pratique subséquente… » (note 570 *supra*), aux pages 52 à 54 ; et Crema (note 600 *supra*), p. 21.

[631] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (voir *supra* la note 485), aux pages 50 et 51, par. 27.

[632] *Plates-formes pétrolières* (voir *supra* la note 585), aux pages 813 à 815, par. 27 et 30.

[633] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (voir *supra* la note 622), aux pages 306 et 307, par. 67.

[634] Cela ne signifie pas qu'il peut exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais que le traité peut accorder aux parties la possibilité de choisir dans une gamme de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 32 et 33, et p. 268, citant la Chambre des lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477 : « […] Il est nécessaire de déterminer le sens autonome de la disposition conventionnelle pertinente. […] Il en découle que, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, la Convention relative au statut des réfugiés doit se voir accorder un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne de 1969] et sans que les caractéristiques distinctives du système juridique de tel ou tel État contractant interviennent. En principe cependant, il ne peut y avoir qu'une interprétation exacte d'un traité. […] En pratique, il incombe aux tribunaux nationaux, confrontés à un désaccord important sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, ils doivent rechercher, sans être entravés par les notions de leur culture juridique nationale, le sens exact, international et autonome du traité. Et il ne peut y avoir qu'un sens exact. » [*The Law Reports, Appeal Cases 2001*, vol. 2, aux pages 515 à 517 (Lord Steyn)].

11) Par exemple, si le sens ordinaire des termes de l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale de 1944 ne semble pas exiger qu'un vol charter obtienne une autorisation pour atterrir alors qu'il est en transit, il est généralement admis, dans le cadre d'une pratique des États établie de longue date consistant à exiger une telle autorisation, que cette disposition doit être interprétée comme exigeant une autorisation[635]. Un autre exemple est donné par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, qui dispose que les moyens de transport utilisés par une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si les mesures de police prises contre les biens des missions diplomatiques suscitent habituellement des protestations des États[636], l'enlèvement des véhicules diplomatiques en infraction à la réglementation sur la circulation et le stationnement a généralement été considéré comme autorisé dans la pratique[637]. Cette pratique porte à croire que, si les mesures punitives sont interdites à l'encontre des véhicules diplomatiques, ceux-ci peuvent être contrôlés ou enlevés s'ils constituent un danger immédiat ou un obstacle à la circulation et/ou menacent la sécurité publique[638]. En ce sens, la signification du terme « mesure d'exécution » et donc l'étendue de la protection accordée aux moyens de transport est précisée par la pratique ultérieure des parties.

12) Un autre exemple possible concerne l'article 12 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), qui dispose ce qui suit :

> Sous le contrôle de l'autorité compétente concernée, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion et soleil rouge, sur fond blanc, sera arboré par le personnel sanitaire et religieux, les unités et moyens de transport sanitaires. Il doit être respecté en toutes circonstances. Il ne doit pas être employé abusivement.

Bien que l'emploi du futur (« sera ») porte à croire qu'il est obligatoire pour les États d'utiliser le signe distinctif pour identifier le personnel et les moyens de transport sanitaires en toutes circonstances, la pratique ultérieure semble indiquer que les États peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de cette disposition[639]. Des groupes armés ayant ces dernières années délibérément attaqué des convois sanitaires qui étaient tout à fait reconnaissables parce qu'ils arboraient le signe protecteur, des États se sont abstenus dans certaines situations d'arborer le signe distinctif sur leurs convois. Répondant à une question parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

> Comme ceux d'autres États fournissant des contingents à la Force internationale d'assistance à la sécurité, les véhicules sanitaires marqués des Forces armées fédérales ont été pris pour cible. À l'occasion, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiés comme tels par leur signe protecteur, ont même constitué des cibles privilégiées. C'est pourquoi les Forces armées fédérales, comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, ont décidé, dans le cadre de la Force internationale d'assistance à la sécurité, de masquer le signe protecteur sur leurs véhicules sanitaires[640].

13) Une telle pratique des États peut confirmer une interprétation de l'article 12 dans le cadre de laquelle l'obligation d'arborer le signe protecteur[641] permet aux parties, dans des circonstances exceptionnelles, de jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire.

14) Lorsqu'une disposition conventionnelle accorde aux États un droit apparemment inconditionnel, on peut se demander si ce pouvoir est limité par l'objet de la règle. Par exemple, en vertu de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Les États font de telles déclarations le plus souvent lorsque des membres de la mission se sont livrés à des activités d'espionnage ou sont soupçonnés de le faire, ou ont commis d'autres violations graves de la législation de l'État accréditant, ou causé des tensions politiques importantes[642]. Toutefois, ils font également de telles déclarations dans d'autres circonstances, par exemple lorsque des diplomates causent un grave dommage à un tiers[643] ou ont commis des infractions répétées[644], voire pour donner

---

[635] S. D. Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 82 à 94, à la page 85 ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 215.

[636] E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 160 et 161 ; et J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 207 et 208, par. 315.

[637] Voir, par exemple, Australie, Département des affaires étrangères et du commerce, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities) ; Islande, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, *Diplomatic Handbook* (Reykjavik, 2009), p. 14 (www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf) ; Royaume-Uni, déclaration du Sous-Secrétaire d'État parlementaire du Ministère de l'intérieur (Lord Elton) devant la Chambre des lords, HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446, col. 3 et 4 ; et États-Unis, M. Nash (Leich), « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, vol. 88, no 2 (avril 1994), p. 312 à 336, aux pages 312 et 313.

[638] Denza (voir *supra* la note 636), p. 160 ; et M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2e éd., Baden-Baden (Allemagne), Nomos, 2010, p. 70.

[639] Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève, CICR et Martinus Nijhoff, 1986), p. 1462, par. 4742 à 4744 ; H. Spieker, « Medical transportation », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 54 et 55, par. 7 à 12 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; voir également l'expression *shall be displayed*, plus rigoureuse, utilisée dans la version anglaise.

[640] Deutscher Bundestag (Parlement fédéral allemand), « Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan », 9 avril 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2.

[641] Spieker (voir *supra* la note 639), p. 55, par. 12.

[642] Voir Denza (note 636 *supra*), p. 77 et 78, avec d'autres références à des déclarations en relation avec des activités d'espionnage ; voir aussi Salmon (note 636 *supra*), p. 484, par. 630 ; et Richtsteig (note 638 *supra*), p. 30.

[643] Pays-Bas, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*. Disponible à l'adresse suivante : www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts.

[644] France, Ministère des affaires étrangères et du développement international, « Respecter les réglementations locales », mis à jour en

effet à leur législation sur la conduite en état d'ivresse[645]. Il est même concevable que des déclarations soient faites sans raisons claires ou pour des motifs purement politiques. D'autres États ne semblent pas avoir considéré qu'une telle pratique, consistant à déclarer des membres d'une mission *personae non gratae*, constitue un abus de pouvoir. Ainsi, cette pratique confirme que l'article 9 confère un droit inconditionnel[646].

Paragraphe 2 − autre pratique ultérieure au sens de l'article 32

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 concerne les effets possibles d'une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3) qui ne reflète pas l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. Une telle pratique, en tant que moyen complémentaire d'interprétation, peut confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31, ou déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article laisse ce sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'article 32 fait ainsi une distinction entre le recours aux travaux préparatoires ou à une « autre pratique ultérieure » pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, et l'utilisation de cette pratique pour « déterminer » le sens. De ce fait, on peut avoir recours à une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 non seulement pour déterminer le sens d'un traité dans certaines circonstances, mais aussi − et toujours − pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31[647].

16) La pratique ultérieure visée à l'article 32 peut contribuer, par exemple, à réduire la possibilité de conflits lorsque l'« objet et le but » d'un traité semblent être en conflit avec les buts spécifiques de certaines des règles qu'il énonce[648]. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a souligné que « les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives[649] ». Les parties ont ainsi éliminé une contradiction possible en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure de l'une seulement d'entre elles comme moyen complémentaire d'interprétation (en vertu de l'article 32)[650].

17) Un autre exemple d'« autre pratique ultérieure » relevant de l'article 32 concerne l'expression « précautions pratiquement possibles » utilisée à l'alinéa ii du paragraphe 2 *a* de l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). Cette expression a été en fait employée dans le paragraphe 4 de l'article 3 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II), annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, du 10 octobre 1980, qui dispose que « [p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire ». Cette formule en est venue à être reprise, dans le cadre d'une pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires en tant que définition générale des « précautions possibles » aux fins de l'alinéa ii du paragraphe 2 *a* de l'article 57 du Protocole I aux Conventions de Genève de 1949[651].

juillet 2012 (disponible à l'adresse suivante : www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/protocole/immunites/article/respecter-les-reglementations) ; Turquie, Ministère des affaires étrangères, « The traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey », note n° 2005/PDGY/63552 du 6 avril 2005 sur la réglementation routière (disponible à l'adresse suivante : www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa) ; Royaume-Uni, Ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, circulaire du 19 avril 1985 adressée aux Chefs des missions diplomatiques à Londres, reproduite dans G. Marston (dir. publ.), « United Kingdom materials on international law 1985 », *British Year Book of International Law 1985*, vol. 56, p. 363 à 542, à la page 437.

[645] Voir Canada, Ministère des affaires étrangères, du commerce et du développement, « Politique sur la conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies », 3 février 2013 (disponible à l'adresse suivante : www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=fra) ; États-Unis, Département d'État, note diplomatique n° 10-181 du 24 septembre 2010 (disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf), p. 8 et 9.

[646] Voir G. Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 105 à 122, à la page 112, pour un cas encore plus extrême relevant de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

[647] OMC, *Chine − Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 janvier 2010, par. 403 : « Bien que l'application par le Groupe spécial de l'article 31 de la *Convention de Vienne* à l'inscription "Services de distribution d'enregistrements sonores" l'ait amené à une "conclusion préliminaire" quant au sens de cette inscription, le Groupe spécial a néanmoins décidé de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour *confirmer* ce sens. Nous notons à cet égard que l'argument de la Chine en appel paraît supposer que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 32 de la *Convention de Vienne* aurait *nécessairement* été différente si le Groupe spécial avait constaté que l'application de l'article 31 avait laissé le sens de l'expression "Services de distribution d'enregistrements sonores" ambigu ou obscur et si le Groupe spécial avait donc recouru à l'article 32 pour *déterminer*, plutôt que pour *confirmer*, le sens de cette expression. Nous ne partageons pas cette opinion. Les éléments à examiner dans le cadre de l'article 32 sont distincts de ceux qui doivent être analysés dans le cadre de l'article 31, mais ce sont les mêmes éléments qui sont examinés dans le cadre de l'article 32 quel que soit le résultat de l'analyse au titre de l'article 31. Ce qui peut en revanche différer, en fonction des résultats de l'application de l'article 31, c'est le poids attribué aux éléments analysés au titre de l'article 32. » Voir également Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 447, par. 11.

[648] Voir OMC, *États-Unis − Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (États-Unis − Crevettes)*, WT/DS58/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, par. 17 (« […] la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents ») ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 216.

[649] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1074, par. 45.

[650] Ibid., aux pages 1077 et 1078, par. 55, et à la page 1096, par. 80.

[651] Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989) et du Canada (2001), voir Henckaerts et Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 597 *supra*), p. 359 et 360, par. 160 à 164, et la mise à jour en ligne pour le manuel militaire de l'Australie (2006) [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc] ; concernant le manuel militaire du Royaume-Uni (2004), voir https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27874/JSP3832004Edition.pdf. Voir aussi Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels…* (note 639 *supra*), p. 701, par. 2202.

18) La détermination de la pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à retenir une interprétation tantôt large, tantôt étroite des traités. Ainsi, la Chambre des lords du Royaume-Uni a interprété le terme « avarie » employé au paragraphe 2 de l'article 26 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, de 1929, amendée par le Protocole de 1955, comme incluant plus généralement la « perte », en invoquant la conduite ultérieure des parties[652]. En revanche, la Cour suprême des États-Unis, eu égard à la pratique ultérieure des parties, a jugé que le terme « accident » figurant à l'article 17 de la Convention de Varsovie de 1929 devait être interprété strictement comme excluant les événements qui n'étaient pas causés par un fait inattendu ou inhabituel[653]. Autre exemple d'interprétation restrictive : dans un de ses arrêts, la Cour fédérale d'Australie a considéré que l'expression « dignité amoindrie » utilisée dans l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques imposait uniquement à l'État accréditaire de prévenir les atteintes à l'ordre public et la perturbation des fonctions essentielles des ambassades, et non toutes les formes de nuisances ou d'insultes[654].

19) Les juridictions nationales, en particulier, font parfois référence à des décisions d'autres juridictions nationales et engagent ainsi un « dialogue judiciaire » même si l'accord des parties ne peut être établi de cette manière[655]. Outre qu'elles appliquent donc l'article 32, de telles références, tout comme les décisions d'autres juridictions nationales, peuvent enrichir le développement d'une pratique ultérieure[656]. Cependant, la frontière qui sépare une exploitation appropriée des décisions d'autres juridictions nationales et une invocation sélective de telles décisions peut être mince[657]. Lord Hope, de la Chambre des lords du Royaume-Uni, citant les règles d'interprétation qui figurent dans la Convention de Vienne de 1969, a présenté une orientation générale lorsqu'il a déclaré ce qui suit :

> Si le monde était idéal, toutes les parties à la Convention devraient lui donner le même sens. C'est pour cela que la jurisprudence peut être instructive. Il convient donc d'examiner attentivement le raisonnement suivi par les tribunaux d'autres pays qui ont été appelés à se pencher sur le point litigieux, en particulier lorsqu'il s'agit d'une juridiction dont la réputation est prestigieuse. Il y a lieu d'accorder un poids considérable à une interprétation qui a généralement été acceptée dans d'autres États. En revanche, il convient de faire preuve de discernement lorsque les décisions sont contradictoires ou ne sont manifestement pas en accord[658].

20) Le problème dépend en grande partie de la manière dont cette approche générale est appliquée. Ainsi, il convient d'éviter d'invoquer sélectivement les décisions rendues dans un pays particulier ou la pratique d'un groupe particulier de pays[659]. En revanche, dans une situation où les pratiques suivies dans différents pays divergent, il peut être judicieux de privilégier la pratique d'un groupe d'États représentatif[660] et d'accorder plus de poids aux décisions des juridictions supérieures[661].

Paragraphe 3 − opposition entre l'interprétation et la modification ou l'amendement

21) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 traite de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation d'un traité peut être influencée par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure tout en restant dans le domaine de ce qui est considéré comme l'interprétation au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31. Ce paragraphe rappelle à l'interprète que des accords ultérieurs peuvent servir à amender ou à modifier un traité, mais que de tels accords sont soumis à l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969 et doivent être distingués des accords ultérieurs au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31. La deuxième phrase, tout en reconnaissant qu'il existe des exemples en sens contraire dans la jurisprudence et des opinions divergentes dans la doctrine, stipule que la possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue.

---

[652] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] AC 251, p. 278 (Lord Wilberforce) et 279 (Lord Diplock) ; dans le même sens, Cour fédérale de justice d'Allemagne (affaires civiles), BGHZ, vol. 84, p. 339, aux pages 343 et 344.

[653] Cour suprême des États-Unis, *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, aux pages 403 et 404.

[654] Cour fédérale d'Australie, *Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Geraldo Magno and Ines Almeida*, [1992] FCA 566, arrêt du 26 novembre 1992, par. 30 à 35 (juge Einfeld) ; voir aussi Chambre des lords du Royaume-Uni, *R (Mullen) v. Secretary of State for the Home Department* (note 432 *supra*), par. 47 et 48 (Lord Steyn).

[655] Voir, par exemple, Cour suprême des États-Unis, *Air France v. Saks* (note 653 *supra*), p. 397 à 407 ; Cour suprême des États-Unis, *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. (2010), opinion de la Cour (émise par le juge Kennedy), résumé de l'arrêt (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf), aux pages 12 à 16 ; Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 139, p. 272, aux pages 288 et 289 ; et Haute Cour d'Australie, *Andrew John Macoun v. Commissioner of Taxation*, [2015] HCA 44, arrêt du 2 décembre 2015, par. 75 à 82.

[656] A. Tzanakopoulos, « Judicial dialogue as a means of interpretation », dans H. P. Aust et G. Nolte (dir. publ.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 72, à la page 94 ; et E. Benvenisti, « Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts », *American Journal of International Law*, vol. 102, nº 2 (2008), p. 241 à 274.

[657] Cour suprême du Royaume-Uni, *R (Adams) v. Secretary of State for Justice*, [2011] UKSC 18, par. 17 (Lord Phillips) : « Cette pratique, suivie uniquement par un des nombreux signataires du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne permet pas d'éclairer le sens de l'article 14, paragraphe 6 […]. Il n'a pas été avancé qu'il existait une pratique constamment suivie par les signataires qui puisse contribuer à déterminer le sens de ce paragraphe. »

[658] Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd (Scotland)* [voir *supra* la note 522], par. 81.

[659] Ibid., par. 7 (Lord Mackay) : « Comme je juge important que la Convention de Varsovie soit interprétée de la même manière dans tous les pays qui sont parties à la Convention, j'attache une importance cruciale aux arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Eastern Airlines Inc. v. Floyd (1991)* 499 U.S. 530 et *El Al Israel Airlines v. Tseng*, en raison plus particulièrement du rôle de premier plan que joue ce pays dans le domaine du transport aérien. » De même, dans une affaire qui portait sur l'interprétation de l'expression « dignité amoindrie » d'une représentation diplomatique dans le contexte de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [*Commissioner of the Australian Federal Police and the Commonwealth of Australia v. Gerardo Magno and Ines Almeida* (voir *supra* la note 654)], le juge Einfeld, de la Cour fédérale d'Australie, a fait référence au paragraphe 3 *b* de l'article 31 et a déclaré que « l'application internationale de la Convention par les pays démocratiques montre que la liberté d'expression dans le pays accréditaire constitue un point important à prendre en considération. Ce facteur entre particulièrement en ligne de compte lorsque l'on se penche sur les manifestations politiques organisées devant des ambassades. Il est utile d'examiner la pratique des pays qui ont une expérience considérable de ce type de situation, comme les États-Unis ou le Royaume-Uni » (par. 30).

[660] Cour suprême du Canada, *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, [2010] 1 RCS 649, par. 21 (juge Rothstein).

[661] Chambre des lords du Royaume-Uni, *Sidhu v. British Airways*, [1997] AC 430, à la page 453 (Lord Hope) ; et *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.* (voir *supra* la note 652), p. 275 et 276 (Lord Wilberforce).

22) Aux termes de l'article 39 de la Convention de Vienne de 1969, « [u]n traité peut être amendé par accord entre les parties ». Par ailleurs, le paragraphe 3 *a* de l'article 31 vise les accords ultérieurs intervenus « entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions », et ne semble pas envisager la question de l'amendement ou de la modification. Ainsi que l'Organe d'appel de l'OMC l'a déclaré,

> […] le terme « application » employé à l'article 31 3 *a* se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être « appliquées » ; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle […][662].

23) Lus ensemble, le paragraphe 3 *a* de l'article 31 et l'article 39 démontrent que les accords que les parties concluent postérieurement à la conclusion d'un traité peuvent interpréter et amender ou modifier celui-ci[663]. Un accord au sens de l'article 39 ne doit pas nécessairement revêtir la même forme que le traité qu'il amende[664]. Comme l'a jugé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* :

> Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la [Commission administrative du fleuve Uruguay]), cet « arrangement » liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié[665].

24) Il est souvent difficile de distinguer entre les accords conclus par les parties en vertu d'une disposition conventionnelle spécifique qui confère force obligatoire aux accords ultérieurs, les accords ultérieurs simples visés au paragraphe 3 *a* de l'article 31, qui ne sont pas nécessairement contraignants en tant que tels et, enfin, les accords portant amendement ou modification d'un traité visés aux articles 39 à 41[666]. La jurisprudence internationale et la pratique des États portent à croire[667] que les accords informels dont il est allégué qu'ils dérogent à des obligations conventionnelles doivent être interprétés de manière étroite. Il ne semble pas exister d'autres critères formels que ceux énoncés à l'article 39, s'ils sont applicables, excepté ceux qui peuvent être énoncés dans le traité applicable lui-même, qui soient reconnus comme permettant de distinguer ces différentes formes d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont généralement disposés à accorder aux États parties une assez large latitude pour l'interprétation d'un traité au moyen d'un accord ultérieur. Cette latitude peut même aller au-delà du sens ordinaire des termes du traité. La reconnaissance d'une telle latitude pour l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord a effectivement pour effet d'amender ou de modifier un traité[668]. Ainsi, un accord visant à modifier un traité n'est pas exclu, mais il ne doit pas non plus être présumé[669].

25) S'agissant de savoir si les parties peuvent amender ou modifier un traité par une pratique ultérieure commune, la Commission avait initialement proposé, dans son projet d'articles sur le droit des traités, d'inclure la disposition suivante dans la Convention de Vienne de 1969, qui aurait explicitement reconnu la possibilité d'une modification des traités par une pratique ultérieure :

> *Article 38 : Modification des traités par une pratique ultérieure*
>
> Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité[670].

26) Ce projet d'article a suscité un vif débat à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[671]. Un

---

[662] OMC, *CE – Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448], par. 391.

[663] Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra la* note 635), à la page 88.

[664] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 107, renvoyant à Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 471], 37e séance de la Commission plénière, 24 avril 1968, p. 221, par. 15 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 513 à 515, par. 7, 9 et 11 ; et K. Odendahl, « Article 39. General rule regarding the amendment of treaties », dans Dörr et Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra* la note 443), p. 699 à 707, à la page 706, par. 16.

[665] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 62, par. 128 ; voir aussi ibid., à la page 63, par. 131 ; la Cour a ensuite conclu, en l'espèce, que ces conditions n'avaient pas été remplies, aux pages 62 à 66, par. 128 à 142. Concernant le Statut du fleuve Uruguay, signé à Salto (Uruguay) le 26 février 1975, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1295, nº I-21425, p. 331.

[666] Dans la pratique judiciaire, il n'est parfois pas nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir *Différend territorial* (note 400 *supra*), à la page 31, par. 60 (« […] de l'avis de la Cour, il n'y a, aux fins du présent arrêt, aucune raison de la qualifier de confirmation ou de modification de la déclaration [du 21 mars 1899, qui complète la Convention conclue le 14 juin 1898 entre la France et la Grande-Bretagne] ») ; on considère parfois qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, peut aussi avoir pour effet de modifier un traité (voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* [note 527 *supra*], p. 212 à 214, avec des exemples). Concernant la Convention entre la Grande-Bretagne et la France pour la délimitation de leurs possessions respectives à l'ouest du Niger et de leurs possessions et de leurs sphères d'influence respectives à l'est du Niger, signée à Paris le 14 juin 1898, et la Déclaration additionnelle à la Convention du 14 juin 1898, signée à Londres le 21 mars 1899, voir *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, p. 38 et 55 respectivement.

[667] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 63, par. 131, et à la page 66, par. 140 ; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (voir *supra* la note 602), à la page 32 ; Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire nº ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], aux pages 125 et 126, par. 132 ; *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire nº ARB(AF)/00/1, arbitrage du 9 janvier 2003 au titre du chapitre 11 de l'ALENA, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 470, aux pages 526 et 527, par. 177 (disponible à l'adresse suivante : https://icsid.worldbank.org) ; *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* (voir *supra* la note 449), partie IV, chap. C, par. 20 et 21 ; et deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [voir *supra* la note 388], par. 146 à 165.

[668] Il est possible que les États, dans des contextes diplomatiques et en dehors des procédures judiciaires, tendent à reconnaître plus ouvertement qu'un certain accord ou une pratique commune équivalent à une modification du traité, voir Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (note 635 *supra*), à la page 83.

[669] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 66, par. 140 ; et Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (voir *supra* la note 602), à la page 32.

[670] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 257 (note de bas de page omise).

[671] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], p. 225 à 233 ; deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 119 à 121 ; et Distefano, « La pratique subséquente… » (note 570 *supra*), aux pages 55 à 61.

amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence, on s'est demandé si le rejet du projet d'article 38 signifiait que la possibilité d'une modification d'un traité par une pratique ultérieure des parties avait ainsi été exclue. De nombreux auteurs ont conclu que les États qui avaient négocié la Convention de Vienne de 1969 ne souhaitaient tout simplement pas traiter cette question dans celle-ci et que les traités pouvaient, en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet[672]. Les cours et tribunaux internationaux, par contre, se sont pour la plupart abstenus de reconnaître cette possibilité depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

27) Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, la Cour internationale de Justice a jugé que « la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31-3-*b* de la Convention de Vienne, [pouvait] conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite[673] ». Il est difficile de dire si la Cour a ainsi voulu reconnaître que la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 *b* de l'article 31 pouvait également avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité, ou si elle a simplement fait une observation sur l'interprétation des traités, à savoir que l'intention « originaire » des parties n'est pas nécessairement déterminante dans l'interprétation d'un traité. De fait, la Commission reconnaît dans le projet de conclusion 8 [3] que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme d'autres moyens d'interprétation, « 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[674] ». La latitude dont bénéficie « l'interprétation » n'est donc pas nécessairement déterminée par une « intention originaire » immuable, mais doit plutôt être déterminée par la prise en compte d'un ensemble plus large de considérations, y compris certains événements ultérieurs. Ce *dictum* quelque peu ambigu de la Cour amène à se demander jusqu'où la pratique ultérieure visée au paragraphe 3 *b* de l'article 31 peut contribuer à « l'interprétation », et si cette pratique peut avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité. Effectivement, faire le départ entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité est en pratique parfois « difficile, sinon impossible »[675].

28) Mis à part son *dictum* dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[676], la Cour internationale de Justice n'a pas expressément reconnu qu'une pratique ultérieure particulière avait eu pour effet de modifier un traité. On le constate, en particulier, à la lecture de ses avis consultatifs concernant les affaires *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*[677] et *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[678], dans lesquels elle a reconnu qu'une pratique ultérieure avait un effet important sur la détermination du sens du traité mais n'est pas allée jusqu'à reconnaître expressément qu'une telle pratique avait entraîné un amendement ou une modification du traité[679]. Comme ces avis concernaient des traités portant création d'une organisation internationale, il semble difficile d'en déduire une règle générale du droit des traités. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure relatifs aux actes constitutifs d'organisations internationales font l'objet du projet de conclusion 12 [11][680].

29) D'autres affaires importantes dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné la question d'une modification éventuelle d'un traité par la pratique suivie ultérieurement par les parties concernent des traités

[672] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 138 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 275 à 280 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), aux pages 51 et 52 ; Kamto (voir *supra* la note 534), aux pages 134 à 141, en particulier la page 134 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 213 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 432, par. 23 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 554 et 555, par. 76 [dans le même sens, Odendahl, « Article 39… » (voir *supra* la note 664), aux pages 702 à 704, par. 10 et 11] ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), aux pages 62 à 67 ; H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 − part three », *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, p. 1 à 82, à la page 65 ; M. N. Shaw, *International Law*, 6e éd., Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2008, p. 934 ; I. Buga, « Subsequent practice and treaty modification », dans M. J. Bowman et D. Kritsiotis (dir. publ.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press (à paraître), note 455 et d'autres références ; en désaccord avec cette position, en particulier, et soulignant la solennité de la conclusion d'un traité par opposition au caractère informel de la pratique, Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), aux pages 89 et 90 ; voir aussi Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), aux pages 115 à 117 (distinguant entre les positions des tribunaux et des États, et soulignant l'importance des dispositions relatives à l'amendement dans ce contexte).

[673] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64 ; voir aussi *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (note 533 *supra*), à la page 256, par. 62 ; Yasseen (note 398 *supra*), à la page 51 ; Kamto (note 534 *supra*), aux pages 134 à 141 ; et R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963, p. 132.

[674] Voir *infra* le projet de conclusion 8 [3] et le commentaire y relatif, paragraphes 1 à 18.

[675] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 138 ; voir également Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 275 ; Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (note 635 *supra*), à la page 90 ; B. Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 46 à 49, à la page 49 ; Karl (note 457 *supra*), p. 42 et 43 ; Sorel (note 444 *supra*), aux pages 1319 et 1320, par. 42 ; Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 554 et 555, par. 76 ; cela est vrai même si les deux processus peuvent théoriquement être considérés comme deux processus juridiques « tout à fait distincts », voir l'opinion dissidente jointe par le juge Parra-Aranguren à l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu* (note 400 *supra*), aux pages 1212 et 1213, par. 16 ; dans le même sens, Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), à la page 114 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 168.

[676] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64.

[677] *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* (voir *supra* la note 436).

[678] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400).

[679] Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 − part three » (voir *supra* la note 672), à la page 64.

[680] Voir *Annuaire… 2012*, vol. II (2e partie), p. 80, par. 238 ; et *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 171, par. 42.

relatifs à des frontières. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))* :

> Dès lors, la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit […][681].

30) La Cour a constaté l'existence d'un tel acquiescement dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*, dans laquelle elle a accordé un poids décisif au fait qu'une partie (la France) avait clairement affirmé sa souveraineté, ce qui, selon elle, exigeait une réaction de l'autre partie (la Thaïlande)[682]. Cet arrêt a toutefois été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne de 1969 et donc les États en ont tenu compte, au moins implicitement, dans le cadre de leurs travaux à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[683]. Il ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément la modification d'un traité par une pratique ultérieure, puisque la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française était compatible avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient mis d'accord dans le traité frontalier originaire − bien que l'on suppose souvent que tel n'était pas le cas[684].

31) Ainsi, tout en laissant ouverte la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure des parties, la Cour internationale de Justice n'a pas jusqu'ici expressément reconnu qu'une telle possibilité s'était effectivement réalisée dans une affaire donnée. Elle a préféré retenir des interprétations qui étaient difficiles à concilier avec le sens ordinaire du texte du traité mais qui coïncidaient avec la pratique identifiée des parties[685]. Les décisions en sens contraire de tribunaux arbitraux ont été soit qualifiées d'« exceptions isolées »[686], soit rendues avant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités et critiquées lors de celle-ci[687].

32) L'Organe d'appel de l'OMC a indiqué clairement qu'il n'accepterait pas une interprétation entraînant une modification d'une obligation conventionnelle, parce que cela ne serait pas une « application » d'une disposition conventionnelle existante[688]. La position de l'Organe d'appel est peut-être influencée par le paragraphe 2 de l'article 3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, aux termes duquel « [l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

33) La Cour européenne des droits de l'homme a, à l'occasion, reconnu que la pratique ultérieurement suivie par les parties pouvait être à l'origine d'une modification de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un *obiter dictum* énoncé en 2003 dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, en référence à l'*obiter dictum* prononcé en 1989 dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé

> […] qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2, paragraphe 1, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 ([*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161], par. 103)[689].

---

[681] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303, à la page 353, par. 68.

[682] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491) : « […] un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande […]. il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler […] une réaction » (p. 23) ; « [o]n pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois », et cela « appelait une réaction » (p. 30).

[683] M. G. Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice », *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 253 à 275, à la page 272.

[684] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 26 : « fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908 ». Le juge Parra-Aranguren a déclaré que l'*Affaire du temple de Préah Vihéar* démontrait « que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité » [*Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), opinion dissidente du juge Parra-Aranguren, à la page 1213, par. 16] ; et Buga (voir *supra* la note 672), note 503.

[685] En particulier, l'avis consultatif relatif à la Namibie [*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* (voir *supra* la note 436)] a été lu comme impliquant que la pratique ultérieure avait modifié l'Article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies [voir A. Pellet, « Article 38 », dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p.731 à 870, à la page 844, par. 279, note 809] ; voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 124 à 126.

[686] M. G. Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 34 à 45, à la page 42, au sujet de la *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 83, aux pages 110 et 111, par. 3.6 à 3.10 ; voir aussi *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, sentence du 29 septembre 1988, ibid., vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 1, aux pages 56 et 57, par. 209 et 210, dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé, dans un *obiter dictum*, « qu'en cas de contradiction, la ligne frontière démarquée prévaudrait sur l'Accord [du 1er octobre 1906] » (ibid., p. 57) ; mais voir R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004), p. 9 à 32, à la page 20. L'Accord signé à Rafah le 1er octobre 1906 est reproduit dans le *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, à l'annexe B de l'*Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, p. 114.

[687] *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* (Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France), 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente : 69.V.1), p. 5, aux pages 62 et 63 ; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 471], 37e séance de la Commission plénière, 24 avril 1968, p. 225, par. 58 (Japon) ; et Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), à la page 89.

[688] OMC, *CE − Bananes III (article 21.5 – Équateur II)/ CE − Bananes III (article 21.5 – États-Unis)* [voir *supra* la note 448], par. 391 à 393.

[689] Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, 12 mars 2003, par. 191 ; voir aussi *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010, par. 119, citant l'affaire *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV, et citant *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590).

34) Appliquant ce raisonnement, la Cour est parvenue à la conclusion suivante dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* :

> [T]ous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole nº 13 à la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances], et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, par. 102 à 104)[690].

35) La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux autorise les conclusions suivantes. La position de l'OMC porte à croire qu'un traité peut exclure que la pratique ultérieure des parties ait un effet modificateur. Ainsi, c'est le traité lui-même qui, au premier chef, régit la question. À l'inverse, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme portent à croire qu'un traité peut permettre à la pratique ultérieure des parties d'avoir un effet modificateur. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend beaucoup du traité ou des dispositions conventionnelles concernées[691].

36) La situation est plus compliquée dans le cas des traités qui ne donnent aucune indication en la matière. Aucune règle résiduelle claire ne peut être déduite de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne de tels cas. On peut toutefois conclure que la Cour, tout en estimant que la possibilité qu'un traité soit modifié par la pratique ultérieure des parties « ne [pouvait] être entièrement exclue en droit[692] », considère qu'il convient, dans la mesure du possible, d'éviter de conclure à une telle modification. La Cour préfère retenir des interprétations larges, susceptibles de solliciter le sens ordinaire des termes du traité.

37) Cette conclusion à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice correspond à certaines considérations exprimées lors des débats qu'ont tenus les États sur le projet d'article 38 de la Convention de Vienne de 1969[693]. Aujourd'hui, l'idée que les procédures d'amendement prévues dans un traité ne doivent pas être contournées par des moyens informels semble avoir pris le pas sur l'observation générale, également vraie, voulant que, souvent, le droit international n'est pas aussi formaliste que le droit interne[694]. La préoccupation exprimée par plusieurs États à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à savoir que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure risquait de créer des difficultés en droit constitutionnel interne, a depuis lors également gagné en pertinence[695]. De plus, si le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par un amendement ou une modification d'un traité par la pratique ultérieure qui établit l'accord de toutes les parties, il est également vrai que la stabilité des relations conventionnelles risque d'être compromise si un moyen informel permettant d'identifier un accord comme constituant une pratique ultérieure pouvait aisément modifier un traité[696].

38) En conclusion, si, en l'absence dans le traité d'indications d'effet contraire, l'idée qu'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties peut théoriquement entraîner des modifications d'un traité jouit d'un certain appui dans la jurisprudence internationale, la réalisation effective de cette possibilité ne saurait être présumée. En pratique, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière. De tels efforts pour interpréter un traité de manière large sont possibles, car l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 n'accorde la primauté à aucun des moyens particuliers d'interprétation qu'il vise, mais exige de l'interprète qu'il tienne compte de tous les moyens d'interprétation selon qu'il est approprié[697]. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une interprétation évolutive de la disposition conventionnelle concernée est possible est importante[698].

---

[690] *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 689), par. 120 ; voir aussi B. Malkani, « The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, nº 3 (2013), p. 523 à 556.

[691] Voir Buga (note 672 *supra*), notes 126 à 132.

[692] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), à la page 353, par. 68.

[693] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671) [note 388 *supra*], par. 119 à 121.

[694] Murphy, « The relevance of subsequent agreement… » (voir *supra* la note 635), à la page 89 ; Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements… » (voir *supra* la note 675), à la page 47 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), aux pages 115 à 117 ; et J. E. Álvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 403), p. 123 à 132, à la page 130.

[695] Voir *NATO Strategic Concept Case*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvE 6/99, arrêt de la Deuxième Chambre du 22 novembre 2001, par. 19 à 21 (traduction anglaise disponible à l'adresse suivante : www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html) ; Cour fédérale des finances d'Allemagne, BFHE, vol. 157, p. 39, aux pages 43 et 44 ; ibid., vol. 227, p. 419, à la page 426 ; ibid., vol. 181, p. 158, à la page 161 ; S. Kadelbach, « Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 145 à 153, aux pages 145 à 148 ; Álvarez, « Limits of change… » (note 694 *supra*), à la page 130 ; I. Wuerth, « Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 403 *supra*), p. 154 à 159 ; et H. Ruiz Fabri, « Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy », ibid., p. 160 à 166, aux pages 165 et 166.

[696] Voir, par exemple, Kohen, « *Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente… » (note 683 *supra*), à la page 274 (en particulier en ce qui concerne les traités frontaliers).

[697] Voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 5, et le commentaire y relatif ; voir aussi Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), à la page 117 ; certains auteurs considèrent que l'éventail de ce qui est concevable en tant qu'« interprétation » est plus large dans le cas d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure relevant du paragraphe 3 de l'article 31 que dans le cas des interprétations par d'autres moyens d'interprétation, y compris l'éventail des interprétations évolutives par les cours et tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 275 ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 554 et 555, par. 76.

[698] Voir le projet de conclusion 8 [3] ; dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme *comercio* avait été modifié par la pratique ultérieure des parties, puisqu'elle avait décidé qu'il était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive [*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), aux pages 242 et 243, par. 64 à 66].

Conclusion 8 [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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 [3] vise le rôle que peuvent jouer les accords ultérieurs et la pratique ultérieure lorsque se pose la question plus générale de savoir si le sens des termes d'un traité est susceptible d'évolution dans le temps.

2) Dans le cas des traités, la question qui se pose habituellement au sujet du droit dit intertemporel[699] est celle de savoir si un traité doit être interprété à la lumière des circonstances et du droit existant au moment où il a été conclu (interprétation « contemporaine » ou « statique ») ou des circonstances et du droit existant au moment où il est appliqué (interprétation « évolutive » ou « dynamique »)[700]. La règle énoncée par l'arbitre Max Huber dans la sentence rendue en l'affaire de l'*Île de Palmas*, selon laquelle « un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque »[701], a conduit de nombreuses juridictions internationales, ainsi que de nombreux auteurs, à privilégier de manière générale l'interprétation contemporaine[702]. Cela étant, dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a déclaré qu'« une interprétation évolutive des traités recueille à l'heure actuelle le suffrage des principaux auteurs[703] ».

3) En 1966, dans son commentaire du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission a considéré que « toute tentative de formuler une règle tenant compte de l'élément temporel, de manière complète et détaillée, ne manquerait pas de soulever des difficultés » et a donc « conclu qu'elle devait omettre l'élément temporel »[704]. De même, en 2006, le Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international a conclu à l'issue de ses débats qu'il était difficile de formuler et d'accepter de manière consensuelle une règle générale privilégiant soit le « principe d'interprétation contemporaine », soit celui d'une interprétation qui reconnaisse la nécessité de tenir compte de l'« évolution du sens » des traités[705].

4) Le projet de conclusion 8 [3] ne doit pas être compris comme exprimant une quelconque position quant à l'opportunité de suivre une approche plus contemporaine ou au contraire plus évolutive dans l'interprétation des traités en général. Il insiste plutôt sur le fait que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tout autre moyen d'interprétation des traités, peuvent étayer une interprétation aussi bien contemporaine qu'évolutive, selon le cas. La Commission a ainsi conclu que ces moyens d'interprétation pouvaient « aider à déterminer si » une interprétation évolutive était ou non appropriée à l'égard d'un terme donné d'un traité.

5) On retrouve la même approche dans la jurisprudence des juridictions internationales. Lorsqu'elles ont retenu une interprétation évolutive – à des degrés divers –, celles-ci semblent avoir procédé au cas par cas pour déterminer, en s'aidant des différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32, s'il convenait ou non d'attribuer à un terme d'un traité un sens susceptible d'évolution dans le temps.

6) La Cour internationale de Justice, en particulier, est réputée avoir suivi deux tendances dans sa jurisprudence, l'une en faveur d'une interprétation plus « contemporaine » et l'autre en faveur d'une interprétation plus « évolutive », comme l'a fait observer le juge ad hoc Guillaume dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*[706]. C'est principalement lorsqu'elles concernent des termes spécifiques d'un traité (« partage des eaux[707] », « chenal principal/thalweg[708] »,

---

[699] T. O. Elias, « The doctrine of intertemporal law », *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 285 à 307 ; D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2001 ; M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation of treaties, Part I », *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 21 (2008), p. 101 à 153 ; M. Kotzur, « Intertemporal Law », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, avril 2008, disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil ; U. Linderfalk, « Doing the right thing for the right reason: why dynamic or static approaches should be taken in the interpretation of treaties », *International Community Law Review*, vol. 10, nº 2 (2008), p. 109 à 141 ; et A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 496 et suiv., par. 782 et suiv.

[700] M. Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (voir *supra* la note 699).

[701] *Île de Palmas (Pays-Bas/États-Unis)*, sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829, à la page 845.

[702] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 240, par. 11.

[703] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [voir *supra* la note 402], à la page 235, par. 81 ; voir, par exemple, Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 215 et 216 ; Fitzmaurice, « Dynamic (evolutive) interpretation… » (note 699 *supra*) ; G. Distefano, « L'interprétation évolutive de la norme internationale », *Revue générale de droit international public*, vol. 115, nº 2 (2011), p. 373 à 396, aux pages 384 et 389 et suiv. ; Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule… » (note 630 *supra*), aux pages 174 et suiv. ; Sorel (note 444 *supra*), aux pages 1294 et 1295, par. 8 ; P.-M. Dupuy, « Evolutionary interpretation of treaties: between memory and prophecy », dans Cannizaro (dir. publ.) [note 443 *supra*], p. 123 à 137, aux pages 125 et suiv. ; et Kotzur (note 699 *supra*), par. 14.

[704] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 16 ; et Higgins, « Some observations on the intertemporal rule… » (voir *supra* la note 630), à la page 178.

[705] Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [voir *supra* la note 570], par. 478.

[706] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), déclaration du juge ad hoc Guillaume, p. 290, aux pages 294 et suiv., par. 9 et suiv. ; voir aussi *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 479 ; rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [note 570 *supra*], par. 478 ; résolution sur le problème intertemporel en droit international public adoptée par l'Institut de droit international, 11 août 1975, Wiesbaden (Allemagne) [« Le problème intertemporel en droit international public »], *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (1975), p. 536 et suiv. (disponible sur le site Web de l'Institut : www.idi-iil.org).

[707] *Affaire concernant un litige frontalier entre la République argentine et la République du Chili portant sur la délimitation de la frontière entre le poste frontière 62 et le mont Fitzroy*, décision du 21 octobre 1994, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII (numéro de vente : E/F.00.V.7), p. 3 à 149, à la page 43, par. 130 ; voir aussi, pour ce qui concerne l'expression « partage des eaux », *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (note 491 *supra*), aux pages 16 à 22.

[708] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1060 à 1062, par. 21 et 25.

noms de lieux[709] et « embouchure » d'une rivière[710]) que les décisions privilégient une approche plus contemporaine. À l'inverse, celles qui préconisent une interprétation évolutive semblent concerner des termes plus généraux. Il en est ainsi, en particulier, des termes qui sont par définition évolutifs, comme les expressions « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » ou « le bien-être et le développement de ces peuples », qui figuraient à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations. La Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif sur la *Namibie*, leur a donné un sens évolutif en prenant en considération l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination après la Seconde Guerre mondiale[711]. Le caractère « générique » d'un terme donné[712] dans un traité et le fait qu'un traité ait été conclu « sans limite de durée »[713] peuvent aussi justifier un sens évolutif.

7) D'autres organes judiciaires internationaux retiennent eux aussi une interprétation évolutive dans certains cas, quoiqu'en étant plus ou moins ouverts à l'égard de cette approche. L'Organe d'appel de l'OMC n'y a eu que rarement recours. Il a toutefois conclu, dans une affaire bien connue, que « le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX *g*) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs"[714] ». La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a estimé quant à elle que le sens attribué à certaines obligations « de veiller à »[715] pouvait « changer dans le temps[716] », et a souligné que le régime de la responsabilité de l'État au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer était ouvert à l'évolution du droit et n'était « pas considéré comme immuable[717] ». La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré de manière plus générale que « la Convention [était] un instrument vivant à interpréter […] à la lumière des conditions de vie actuelles[718] ». La Cour interaméricaine des droits de l'homme suit elle aussi de manière plus générale une approche évolutive en matière d'interprétation, en particulier dans le cadre de son application du principe dit *pro homine*[719]. Dans l'*Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer*, le Tribunal arbitral a estimé que la nécessité de garantir la viabilité et l'efficacité d'un mécanisme ferroviaire transfrontalier multidimensionnel était une raison suffisamment importante pour que même des règles relativement techniques soient interprétées selon une approche évolutive[720].

8) En fin de compte, la plupart des juridictions internationales n'ont pas eu recours à l'interprétation évolutive comme une forme distincte d'interprétation, mais sont parvenues à cette interprétation dans leur application des différents moyens d'interprétation énumérés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, en appréciant certains critères (en particulier ceux mentionnés au paragraphe 6 *supra*) au cas par cas. Par conséquent, toute interprétation évolutive donnée au sens d'un terme dans le temps doit résulter du processus ordinaire d'interprétation des traités[721].

9) La Commission considère que cet état de fait va dans le sens de l'approche qu'elle a initialement suivie à l'égard de l'interprétation des traités :

> […] la Commission a abordé le problème de l'interprétation des traités en partant de l'idée que le texte du traité doit être présumé constituer l'expression authentique de l'intention des parties et que l'interprétation a pour objet d'élucider le sens du texte et non pas d'étudier *ab initio* les intentions supposées des parties […] en faisant du sens ordinaire des termes, du contexte du traité, de son objet et de son but, des règles générales du droit international et de l'interprétation authentique par les parties les critères essentiels de l'interprétation d'un traité[722].

C'est pourquoi, dans le projet de conclusion 8 [3], l'expression « intention présumée » s'entend de l'intention des parties telle qu'elle a été déterminée par l'application des

[709] *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* (voir *supra* la note 686), à la page 110, par. 3.5.

[710] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), aux pages 339, par. 48, et 346, par. 59.

[711] *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* (voir *supra* la note 436), à la page 31, par. 53.

[712] *Plateau continental de la mer Égée*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 3, à la page 32, par. 77 ; et rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1) [voir *supra* la note 570], par. 478.

[713] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 243, par. 66.

[714] OMC, *États-Unis − Crevettes* (voir *supra* la note 648), par. 130.

[715] Voir Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 153, par. 4, et annexe III, art. 4, par. 4.

[716] *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (voir *supra* la note 401), par. 117.

[717] Ibid., par. 211.

[718] *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A nº 26, par. 31.

[719] *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire* (voir *supra* la note 435), par. 114 [« Cette orientation est particulièrement pertinente pour le droit international des droits de l'homme, qui a considérablement progressé grâce à une interprétation évolutive des instruments internationaux de protection de ces droits. Une telle interprétation évolutive est compatible avec les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Aussi bien la présente Cour, dans son avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1989), que la Cour européenne des droits de l'homme, dans les affaires *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Marckx c. Belgique* (1979) et *Loizidou c. Turquie* (1995), entre autres, ont fait observer que les traités relatifs aux droits de l'homme étaient des instruments vivants dont l'interprétation devait tenir compte des temps qui changent et, en particulier, des conditions de vie actuelles. »] (notes de bas de page omises).

[720] *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [voir *supra* la note 402], à la page 235, par. 80 : « En l'espèce, il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique, mais plutôt de développements techniques nouveaux, relatifs à l'exploitation et à la capacité du chemin de fer » ; voir également *Plateau continental de la mer Égée* (note 712 *supra*), à la page 32, par. 77 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p 119 à 213, aux pages 151 et 152, par. 85.

[721] Comme l'a fait observer le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international dans son rapport de 2006, « il faut partir de l'idée que se prononcer sur [la] question [de l'interprétation évolutive] revient à interpréter le traité lui-même » [A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1 (voir *supra* la note 570), par. 478].

[722] *Annuaire… 1964*, vol. II, document A/5809, p. 216, par. 15 ; voir aussi le paragraphe 13 : « Le paragraphe 3 énumère comme autres éléments authentiques d'interprétation : *a*) les accords intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité, et *b*) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi clairement l'accord de toutes les parties sur l'interprétation du traité. » (ibid., p. 215) ; de son côté, Sir Humphrey Waldock, dans son troisième rapport sur le droit des traités, a expliqué que les travaux préparatoires n'étaient pas, en soi, des moyens authentiques d'interprétation (ibid., document A/CN.4/167 et Add.1 à 3, p. 59 et 60, par. 21).

différents moyens d'interprétation visés aux articles 31 et 32. L'« intention présumée » n'est donc pas une volonté initiale susceptible d'être identifiée séparément, et les travaux préparatoires ne sont pas le premier élément sur lequel il convient de s'appuyer pour déterminer l'intention présumée des parties ; comme l'indique l'article 32, ils ne sont qu'un moyen complémentaire d'interprétation. Et même si c'est l'intention des parties que l'on recherche par l'interprétation, celui qui interprète doit pour cela se fonder sur les moyens d'interprétation disponibles au moment de l'acte d'interprétation, parmi lesquels figurent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties au traité. Celui qui interprète doit donc répondre à la question de savoir si l'on peut présumer que les parties, au moment de la conclusion du traité, avaient l'intention de donner à l'un des termes employés un sens susceptible d'évoluer dans le temps.

10) Le projet de conclusion 8 [3] n'exprime aucune position sur la question de savoir s'il convient de suivre une approche plus contemporaine ou plus évolutive dans l'interprétation des traités en général (voir *supra* le paragraphe 4 du commentaire). Il faut toutefois comprendre qu'il appelle à faire preuve d'une certaine prudence avant de conclure en faveur d'une approche évolutive dans un cas particulier. À cette fin, le projet de conclusion 8 [3] souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent donner à celui qui interprète des indications utiles pour déterminer, dans le cadre du processus ordinaire d'interprétation des traités, si le sens d'un terme est susceptible d'évolution dans le temps[723].

11) Cette approche s'appuie sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, qui vont dans le même sens. Dans son avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour internationale de Justice a pris en considération la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies et des États pour formuler les conclusions qu'elle a tirées de la nature intrinsèquement évolutive du droit à l'autodétermination[724]. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, elle a jugé « significatif » que le « sens naturel et générique », selon elle, de l'expression « statut territorial » fût confirmé par la pratique administrative de l'Organisation des Nations Unies et par le comportement de la partie qui avait invoqué une interprétation restrictive dans un contexte différent[725]. En tout état de cause, dans les décisions où elle a retenu une interprétation évolutive, la Cour internationale de Justice ne s'est pas écartée du sens possible du texte et de l'intention présumée des parties au traité, qui avaient été exprimés également dans les accords ultérieurs et la pratique ultérieure[726].

12) L'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* est un autre exemple de la manière dont les accords ultérieurs et la pratique ultérieure des parties peuvent aider à déterminer s'il faut attribuer un sens susceptible d'évolution dans le temps. Appelée à interpréter le terme *comercio* dans un traité de 1858, la Cour a constaté ce qui suit :

> D'une part, la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3 *b* de la Convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties. D'autre part, il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été […] de conférer aux termes employés […] un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international[727].

La Cour a ensuite relevé que le terme *comercio* était un « terme générique » dont les parties « ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps » et que « le traité en cause a[vait] été conclu pour une très longue période », ce qui l'amenait à conclure que « les parties d[evaient] être présumées […] avoir eu l'intention de conférer » à ce terme « un sens évolutif »[728]. Dans son opinion individuelle, le juge Skotnikov, tout en ne souscrivant pas à ce raisonnement, est parvenu à la même conclusion en constatant l'existence d'une pratique ultérieure plus récente du Costa Rica sous la forme d'activités touristiques menées sur le fleuve San Juan « depuis au moins dix ans » contre lesquelles le Nicaragua n'avait « jamais protesté », ayant même « systématiquement autorisé la navigation touristique », ce qui indiquait selon lui que « les Parties [étaient] parvenues à un accord » concernant l'interprétation du traité[729].

13) Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a parfois pris en considération des formes plus générales de pratique étatique, notamment d'évolutions dans la législation des États qui, à leur tour, peuvent modifier l'interprétation de la définition des crimes ou de leurs éléments constitutifs. Dans l'affaire *Furundžija*[730], par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la recherche d'une définition du crime de viol tel qu'interdit par l'article 27 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, par l'article 76, paragraphe 1, du Protocole I et par l'article 4, paragraphe 2 *e*, du Protocole II, a examiné les principes de droit pénal communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques du monde et a relevé

> la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient

[723] Voir également Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 292 à 294 ; Kolb, *Interprétation et création du droit International* (note 526 *supra*), p. 488 à 501 ; J. Arato, « Subsequent practice and evolutive interpretation: techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 9, nº 3 (2010), p. 443 à 494, aux pages 444, 445 et 465 et suiv.

[724] *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* (voir *supra* la note 436), aux pages 30 et 31, par. 49 à 51.

[725] *Plateau continental de la mer Égée* (voir *supra* la note 712), à la page 31, par. 74.

[726] Voir *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (note 720 *supra*), aux pages 151 et 152, par. 85.

[727] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 242, par. 64. Concernant le traité Cañas-Jerez sur les limites territoriales entre le Costa Rica et le Nicaragua, signé à San José le 15 avril 1858, voir *Colección de Tratados*, San José, Secrétariat des relations extérieures, 1907, p. 159 (traduction anglaise disponible dans *British and Foreign State Papers 1857-1858*, vol. 48, Londres, William Ridgway, 1866, p. 1049).

[728] *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (voir *supra* la note 400), à la page 243, par. 66 à 68.

[729] Ibid., opinion individuelle du juge Skotnikov, p. 283, à la page 285, par. 9 et 10.

[730] *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire nº IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Recueils judiciaires 1998*, vol. I, p. 466 et suiv., aux pages 580 et suiv., par. 165 et suiv.

autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne, les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles […][731].

14) Dans son approche consistant à considérer un instrument comme « vivant », la Cour européenne des droits de l'homme se fonde elle aussi, entre autres, sur différentes formes de pratique ultérieure[732]. Bien qu'elle ne recherche généralement pas « l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31, les décisions dans lesquelles elle adopte une approche évolutive sont régulièrement étayées par une description détaillée de la pratique ultérieure (pratique étatique et sociale, et pratique juridique internationale)[733].

15) La Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si elle ne se réfère qu'assez rarement à la pratique ultérieure, tient souvent compte d'évolutions plus générales dans la sphère internationale, une approche qui se situe quelque part entre le recours à la pratique ultérieure et le recours à « toute règle pertinente » visée au paragraphe 3 *c* de l'article 31[734]. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, par exemple, la Cour a fait observer que

> […] les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants [*instrumentos vivos*] dont l'interprétation doit s'adapter aux temps qui changent et, en particulier, aux conditions de vie actuelles[735].

16) Le Comité des droits de l'homme suit aussi, dans certains cas, une approche évolutive fondée sur les changements survenus dans la pratique des États. Ainsi, dans l'affaire *Judge c. Canada*, il s'est écarté de sa jurisprudence établie par l'affaire *Kindler c. Canada*[736] en expliquant ce qui suit :

> Le Comité souligne que la décision invoquée comme jurisprudence a été rendue il y a plus de dix ans et que depuis lors il est apparu un consensus international grandissant en faveur de l'abolition de la peine capitale et, dans les États qui ne l'ont pas abolie, un consensus grandissant en faveur de la non-exécution de cette peine[737].

Dans l'affaire *Yoon et Choi c. République de Corée*, le Comité a souligné que le sens de tout droit énoncé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques évoluait dans le temps et a conclu que le paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte offrait désormais à toute personne au moins une certaine protection contre l'obligation d'agir de manière contraire à ses croyances religieuses sincères. Le Comité tire cette conclusion du fait qu'« un nombre croissant d'États parties au Pacte, qui maintiennent le service militaire obligatoire, ont mis en place un dispositif de substitution à ce service[738] ».

17) Enfin, les tribunaux établis sous les auspices du CIRDI ont souligné que la pratique ultérieure pouvait être un moyen particulièrement important aux fins d'interpréter certaines dispositions que les parties considéraient comme susceptibles d'évoluer à la lumière de leur pratique conventionnelle ultérieure. Ainsi, dans l'affaire *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, le tribunal a déclaré ce qui suit :

> Aucune des parties n'a affirmé que la Convention [pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États] contenait a priori une définition précise de l'« investissement ». Au contraire, la définition devait se dégager de la pratique ultérieurement suivie par les États, conservant ainsi son intégrité et sa souplesse et permettant par la suite un développement progressif du droit international dans le domaine de l'investissement[739].

18) La jurisprudence des juridictions internationales et les décisions des organes conventionnels d'experts confirment par conséquent que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens des articles 31 et 32 « peuvent aider à déterminer » s'il convient ou non d'attribuer à un « terme » un « sens susceptible d'évolution dans le temps ». Le vocable « terme » ne s'entend pas seulement de mots ou d'expressions spécifiques (tels que « commerce », « statut territorial », « viol » ou « investissement »), mais peut s'appliquer également à des notions interdépendantes ou transversales (comme il en existe dans les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple celles que traduisent les expressions « par la loi » ou « nécessaires », employées respectivement aux articles 9 et 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Les « termes » d'un traité étant des éléments des règles contenues dans celui-ci, ils recouvrent les règles correspondantes.

---

[731] Ibid., par. 179 ; voir aussi *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-A, jugement du 27 janvier 2000, Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance I, *Recueil des ordonnances, décisions, jugements et arrêts 2000*, vol. II, p. 1512 et suiv., aux pages 1597 et suiv., par. 220 et suiv., en particulier le paragraphe 228.

[732] Voir Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 246 et suiv.

[733] *Öcalan c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 689), par. 163 ; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII, par. 4 et 70 ; *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, série A n° 112, par. 53 ; *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, CEDH 2011, par. 63 ; *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590), par. 103 ; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 689), par. 119 et 120 ; et *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] (voir *supra* la note 404), par. 76.

[734] Voir, par exemple, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt (fond) du 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 4, par. 151 ; et *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à une procédure judiciaire* (note 435 *supra*), par. 130 à 133 et 137.

[735] *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, jugement du 31 août 2001 (fond, réparations et frais et dépens), série C n° 79, par. 146 ; voir également *Interprétation de la déclaration américaine sur les droits et les devoirs de l'homme dans le cadre de l'article 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, avis consultatif OC-10/89 du 14 juillet 1989, série A n° 10, par. 38.

[736] *Kindler c. Canada*, communication n° 470/1991, constatations adoptées le 30 juillet 1993, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 40* [A/48/40 (Vol. II)], annexe XII, U.

[737] *Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 40* [A/58/40 (Vol. II)], annexe VI, G, par. 10.3.

[738] *Yoon et Choi c. République de Corée* (voir *supra* la note 510), par. 8.4.

[739] *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence et opinion individuelle concordante du 15 mars 2002 (traité bilatéral d'investissement entre Sri Lanka et les États-Unis), *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 308 et suiv., à la page 317, par. 33 [voir également *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, n° 1 (2002), p. 151 et 161] ; voir de même *Autopista Concesionada de Venezuela, CA c. République bolivarienne du Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/00/5, décision du 27 septembre 2001 sur la compétence, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 439, par. 97. Le texte de l'Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République socialiste démocratique de Sri Lanka relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, fait à Colombo le 20 septembre 1991, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ».

19) De manière similaire, la pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 et de l'article 32 a conduit les juridictions nationales à une interprétation tantôt plus évolutive tantôt plus statique des traités. Par exemple, dans une affaire concernant la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a interprété l'expression «droits de garde» comme englobant non seulement des droits légaux mais aussi des «droits de facto». Après avoir examiné la pratique législative et judiciaire dans différents États et rappelé le paragraphe 3 *b* de l'article 31, la Cour a estimé que cette pratique «témoignait d'un changement fondamental d'état d'esprit» qui conduisait à une interprétation moderne de l'expression «droits de garde» plutôt qu'à une interprétation «suivant les critères en vigueur en 1980»[740]. De même, dans une série d'affaires relative à l'interprétation du Traité de l'Atlantique Nord au regard des changements intervenus sur le plan de la sécurité internationale depuis la fin de la guerre froide, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a également jugé que les accords et la pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 «pouvaient acquérir de l'importance pour la signification du traité» et a conclu que tel avait été le cas[741].

20) D'autres décisions rendues par des juridictions nationales confirment que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure visés au paragraphe 3 de l'article 31 et à l'article 32 ne vont pas nécessairement dans le sens des interprétations évolutives d'un traité. Ainsi, dans l'arrêt *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd et al.*, la Cour suprême des États-Unis a été amenée à déterminer si l'expression «lésion corporelle» figurant à l'article 17 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, de 1929, visait non seulement les lésions physiques mais aussi les blessures purement psychologiques. Au vu des «comportements adoptés depuis 1929» et des «interprétations retenues par les signataires», la Cour a souligné que, en dépit de certaines initiatives contraires, la plupart des parties avaient toujours considéré que cette expression ne désignait que les lésions physiques[742].

Conclusion 9 [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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 [8] énonce certains critères pouvant aider à déterminer le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure spécifiques dans le processus d'interprétation dans un cas particulier. Naturellement, le poids à accorder aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure doit aussi être déterminé compte tenu des autres moyens d'interprétation (voir *supra* le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 5).

Paragraphe 1 – poids : clarté, spécificité et autres éléments

2) Le paragraphe 1 concerne le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, et il traite donc à la fois de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* d'un point de vue général. Il précise que le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation dépend, entre autres, de sa clarté et de sa spécificité. L'emploi de l'expression «entre autres» indique que ces critères ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. D'autres critères peuvent concerner le moment où l'accord a été conclu ou celui où la pratique est intervenue[743], l'importance accordée par les parties à un accord particulier ou à une pratique particulière, ou la charge de la preuve applicable.

3) Le poids à accorder dans l'interprétation aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dépend souvent de leur clarté et de leur spécificité en relation avec le traité concerné[744]. Cela est confirmé, par exemple, par des décisions de la Cour internationale de Justice, des sentences arbitrales et des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC[745]. La sentence du tribunal du CIRDI dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est instructive :

> Il est vrai que les traités conclus entre une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en considération pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu. Le

[740] Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, *C v. H* [2009] NZCA 100, par. 175 à 177, 195 et 196 (juge Baragwanath) ; voir aussi le paragraphe 31 (juge Chambers) : «Il est impossible de réviser le texte rédigé et adopté en 1980, car toute révision devrait être acceptée par un très grand nombre d'États contractants. Les transformations qui s'imposent pour accompagner les tendances sociales ou autres doivent se réaliser par des évolutions de l'interprétation. Aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui est également entrée en vigueur en 1980, il est permis de se livrer à un tel exercice. L'article 31, paragraphe 3 *b*, de cette convention autorise une interprétation qui reflète "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"». Dans le même sens, Cour suprême du Canada, *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1998] 1 RCS 982, par. 129 (juge Cory).

[741] Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, BVerfGE, vol. 90 (voir *supra* la note 450), aux pages 363 et 364, par. 276 ; ibid., vol. 104, p. 151, aux pages 206 et 207.

[742] Cour suprême des États-Unis, *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd* et al., 499 U.S. 530, p. 546 à 549 ; voir aussi Chambre des lords du Royaume-Uni, *King v. Bristow Helicopters Ltd. (Scotland)* [note 522 *supra*], par. 98 et 125 (Lord Hope).

[743] Dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, la Cour a privilégié la pratique qui était la plus proche de l'entrée en vigueur, *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 583], à la page 50, par. 126.

[744] Murphy, «The relevance of subsequent agreement…» (voir *supra* la note 635), à la page 91.

[745] Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (note 485 *supra*), à la page 55, par. 38 ; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (note 533 *supra*), à la page 259, par. 74 ; OMC, *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro* (note 493 *supra*) ; OMC, *États-Unis − Coton upland* (note 410 *supra*), par. 625.

plaignant a fait une présentation très claire et judicieuse de la pratique suivie par la Bulgarie pour conclure des traités d'investissement postérieurement à la conclusion en 1987 de son traité bilatéral d'investissement avec Chypre. Dans les années 1990, après que le régime communiste eut changé en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement contenant des dispositions relatives au règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris le recours à l'arbitrage du CIRDI. Toutefois, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce puisque les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces parties contractantes n'entendaient pas donner à la disposition [de la nation la plus favorisée] le sens qui aurait pu autrement être déduit de la pratique conventionnelle ultérieure de la Bulgarie. La Bulgarie et Chypre ont négocié une révision de leur traité bilatéral d'investissement en 1998. Les négociations n'ont pas abouti mais ont expressément envisagé une révision des dispositions relatives au règlement des différends […]. On peut déduire de ces négociations que les Parties contractantes du traité bilatéral d'investissement ne considéraient pas elles-mêmes que la disposition [de la nation la plus favorisée] s'appliquât aux dispositions relatives au règlement des différends figurant dans d'autres traités bilatéraux d'investissement[746].

4) Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder davantage de poids dans l'interprétation à la pratique ultérieure assez spécifique des États, la Cour européenne des droits de l'homme procède souvent à des évaluations comparatives larges du droit interne ou des positions adoptées par les États sur le plan international[747]. Dans ce dernier contexte, il ne faut pas oublier que les droits et obligations énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être correctement transposés, moyennant la marge d'appréciation autorisée, dans le droit, la pratique exécutive et les accords internationaux de l'État partie concerné. À cette fin, des similarités suffisamment marquées dans la législation nationale des États parties peuvent être pertinentes pour déterminer la portée d'un droit de l'homme ou la nécessité des restrictions qui y sont apportées. De plus, le caractère de certains droits ou obligations joue parfois en faveur de la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Par exemple, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*, la Cour a jugé ce qui suit :

Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants […] ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite […]. L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 [relatif à l'interdiction du travail forcé] doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement[748].

5) Par ailleurs, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé « que l'on p[ouvait] dire qu'un consensus international se fai[sait] jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie[749] », mais elle a finalement déclaré qu'elle n'était « pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants consid[éraient] comme souhaitables dans une situation donnée[750] ».

Paragraphe 2 – poids : répétition d'une pratique

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 9 [8] traite uniquement de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et indique que le poids à lui accorder dépend également de la mesure dans laquelle elle est répétée et de la manière dont elle est répétée. La formule « de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée » renvoie à l'élément temporel et au caractère de la répétition. Elle indique, par exemple, qu'en fonction du traité concerné, davantage qu'une répétition simplement technique ou irréfléchie d'une pratique peut contribuer à la valeur de celle-ci pour l'interprétation dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 *b*. L'élément temporel et le caractère de la répétition servent aussi à indiquer le « fondement » d'une position particulière des parties concernant l'interprétation d'un traité. De plus, la non-application d'un accord ultérieur peut également donner à penser qu'il n'a guère de poids comme moyen d'interprétation au regard de l'article 31, paragraphe 3 *a*[751].

7) La question de savoir si une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*[752], doit être davantage qu'une application isolée du traité a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon − Boissons alcooliques II* :

[U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à 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 du traité[753].

8) Cette définition porte à croire que la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être davantage qu'un « acte ou [une] déclaration » concernant l'interprétation du traité, mais bien des actes assez fréquents et uniformes pour que l'on puisse légitimement conclure que les parties sont parvenues à un accord établi au sujet de l'interprétation du traité. Un tel seuil implique que, pour établir un accord entre les parties au sujet de l'interprétation, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être une pratique répandue, établie et caractérisée.

9) La Cour internationale de Justice, quant à elle, a appliqué l'article 31, paragraphe 3 *b*, avec davantage de souplesse, sans ajouter de nouvelles conditions. Cela est vrai, en particulier, de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*[754]. D'autres juridictions inter-

[746] *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, CIRDI, affaire nº ARB/03/24, décision du 8 février 2005 sur la compétence, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 1 (printemps 2005), p. 262, aux pages 323 et 324, par. 195. Le texte de l'Accord entre le Gouvernement de la République de Chypre et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements, fait à Nicosie le 12 novembre 1987, est disponible sur le site Web https://investmentpolicy.unctad.org, section « International Investment Agreements Navigator ».

[747] Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A nº 184, par. 40 ; *Tyrer c. Royaume-Uni* (note 718 *supra*), par. 31 ; et *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A nº 142, par. 46.

[748] *Rantsev c. Chypre et Russie*, nº 25965/04, CEDH 2010 (extraits), par. 285 ; voir aussi les paragraphes 273 et 274.

[749] *Chapman c. Royaume-Uni* [GC] (voir *supra* la note 567), par. 93.

[750] Ibid., par. 94.

[751] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt du 20 avril 2010 (voir *supra* la note 400), à la page 63, par. 131.

[752] Voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 2.

[753] OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15 (notes de bas de page omises).

[754] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1075 et 1076, par. 47 à 50, et à la page 1087, par. 63 ; et *Différend territorial* (voir *supra* la note 400), aux pages 34 à 37, par. 66 à 71.

nationales ont pour l'essentiel suivi l'approche de la Cour internationale de Justice. Tel est le cas du Tribunal des réclamations Iran–États-Unis[755] et de la Cour européenne des droits de l'homme[756].

10) La différence entre le critère formulé par l'Organe d'appel de l'OMC, d'une part, et l'approche de la Cour internationale de Justice, d'autre part, est toutefois plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir tiré la formule « concordants, communs et d'une certaine constance » d'une publication[757] selon laquelle « la valeur […] de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance[758] ». La formule « concordante, commune et d'une certaine constance » donne ainsi une indication quant aux circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, aura plus ou moins de poids comme moyen d'interprétation dans un processus d'interprétation, mais elle n'exige pas une fréquence particulière de la pratique[759]. L'Organe d'appel de l'OMC lui-même a à l'occasion adopté cette position nuancée[760].

11) La Commission, tout en estimant que la formule « concordante, commune et d'une certaine constance » peut être utile pour déterminer le poids à accorder à la pratique ultérieure dans une affaire donnée, considère également qu'elle n'est pas suffisamment établie pour définir un seuil minimal quant à l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et qu'elle risque d'être considérée à tort comme indûment prescriptive. Finalement, la Commission continue de penser que « [l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes[761] ». Cela implique qu'une pratique isolée des parties établissant leur accord sur l'interprétation doit être prise en considération en application de l'article 31, paragraphe 3 *b*[762].

Paragraphe 3 − poids à accorder à toute pratique ultérieure au sens de l'article 32

12) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 9 [8] traite du poids qui doit être accordé à toute « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3). Il ne traite pas de la question de savoir quand et dans quelles circonstances une telle pratique peut être prise en considération. L'Organe d'appel de l'OMC a souligné, dans une situation comparable, que les deux questions devaient être distinguées :

> Toutefois, nous estimons que les Communautés européennes amalgament la question préliminaire de savoir ce qui peut être considéré comme une « circonstance » dans laquelle un traité a été conclu et la question distincte de la détermination du degré de pertinence qui peut être attribué à une circonstance donnée, aux fins de l'interprétation au titre de l'article 32[763].

L'Organe d'appel a aussi déclaré ce qui suit :

> [P]remièrement, le Groupe spécial n'a *pas* examiné la pratique de classement en vigueur dans les Communautés européennes pendant les négociations du Cycle d'Uruguay *en tant que moyen complémentaire d'interprétation* au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne* ; et, deuxièmement, la valeur de la pratique de classement en tant que moyen complémentaire d'interprétation […][764].

Pour déterminer la « pertinence » d'une telle pratique ultérieure, l'Organe d'appel a invoqué des « facteurs objectifs » :

> Ces facteurs comprennent le type d'événement, de document ou d'instrument et sa nature juridique ; la relation temporelle entre la circonstance et la conclusion du traité ; une connaissance effective ou le simple accès à un acte ou instrument publié ; le sujet du document, de l'instrument ou de l'événement en relation avec la disposition conventionnelle à interpréter ; et le point de savoir si ou comment ceux-ci ont été utilisés dans la négociation du traité ou l'ont influencée[765].

---

[755] Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], aux pages 116 à 126, par. 109 à 133.

[756] *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 590), par. 103 ; *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 73 et 79 à 82 ; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC] (voir *supra* la note 593), par. 56 et 62 ; en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, voir Fauchald (note 501 *supra*), p. 345 ; voir aussi A. Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 2 (2010), p. 179 à 225, aux pages 207 à 215.

[757] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; voir aussi Yasseen (note 398 *supra*), aux pages 48 et 49 ; si le terme « commune » est tiré des travaux de la Commission, les expressions « d'une certaine constance » et « concordante » sont des conditions que Yasseen identifie en poursuivant son raisonnement ; voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 106 et 107, par. 17 et 18, et document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[758] Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; et Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], à la page 118, par. 114.

[759] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 187, par. 169 ; J.-P. Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », *Revue générale de droit international public*, vol. 70, n° 3 (1966), p. 632 à 666, aux pages 644 à 647 (« valeur probatoire ») ; Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), à la page 46 ; Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), à la page 556, par. 79 ; voir aussi les plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 26 à 30, par. 7 à 19 (Wood), et CR 2012/36, p. 3 à 9, par. 6 à 21 (Wordsworth), disponibles à l'adresse suivante : www.icj-cij.org/en/case/137/oral-proceedings.

[760] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 93.

[761] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 242, par. 15 ; voir aussi Cot (note 759 *supra*), à la page 652.

[762] En pratique, une pratique isolée sera souvent insuffisante pour établir un accord des parties concernant l'interprétation du traité ; toutefois, en règle générale, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ne doit pas nécessairement être répétée mais seulement attester l'existence d'un accord concernant l'interprétation. La probabilité qu'un accord soit établi par une pratique isolée dépend ainsi de l'acte et du traité en question, voir E. Lauterpacht, « The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976*, vol. 152, p. 377 à 466, à la page 457 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (note 449 *supra*), p. 166 ; C. F. Amerasinghe, « Interpretation of texts in open international organizations », *British Year Book of International Law 1994,* vol. 65, p. 175 à 209, à la page 199 ; Villiger argumente en faveur d'une certaine fréquence, mais souligne que l'important est qu'un accord soit établi, Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22. Selon Yasseen et Sinclair, une pratique ne peut « en général » être établie par un acte unique : Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47 ; et Sinclair (voir *supra* la note 398), p. 137 ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), à la page 310.

[763] OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 297.

[764] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 92 (note de bas de page omise).

[765] OMC, *CE − Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 291 (note de bas de page omise).

13) Si l'Organe d'appel n'a pas utilisé le terme « spécificité », il s'est référé aux critères mentionnés ci-dessus. Au lieu de la clarté, l'Organe d'appel s'est référé à la « constance » et a déclaré que la constance ne devait pas être considérée comme fixant un point de repère, mais bien prise en compte pour déterminer le degré de pertinence. « Une pratique de classement antérieure cohérente peut souvent être pertinente. Une pratique de classement incohérente, par contre, *ne peut pas* être pertinente pour interpréter une concession tarifaire[766]. »

14) Un autre facteur qui aide à déterminer la pertinence au regard de l'article 32 peut être le nombre d'États affectés qui adoptent la pratique en cause. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit :

> Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'*une* des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance[767].

Conclusion 10 [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.

Commentaire

Paragraphe 1, première phrase − « communauté de vues »

1) La première phrase du paragraphe 1 énonce le principe selon lequel un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, suppose une communauté de vues des parties au sujet de l'interprétation du traité. Pour que cette communauté de vues ait l'effet prévu à l'article 31, paragraphe 3, les parties doivent en avoir connaissance et accepter l'interprétation qu'elle traduit. Si la différence relative à la forme d'un « accord » au sens de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* a déjà été indiquée dans le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif[768], le paragraphe 1 du projet de conclusion 10 [9] vise à exprimer ce qui est commun aux deux alinéas, à savoir l'accord entre les parties, en substance, au sujet de l'interprétation du traité.

2) L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, d'une part, de toute autre pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[769], d'autre part, est l'« accord » de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. C'est cet accord des parties qui donne aux moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3[770], leurs fonction et poids spécifiques aux fins du processus interactif d'interprétation dans l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31[771].

3) L'expression de positions contraires par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Cela a été confirmé, entre autres, dans l'affaire de la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le Tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire l'existence d'un « accord ultérieur tacite » d'un certain nombre de communications des institutions chargées d'administrer l'accord dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente[772].

4) Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure où les positions des parties divergent et tant que cette divergence perdure. Le fait que des États appliquent un traité différemment n'autorise pas en soi à conclure à l'existence de positions divergentes au sujet de l'interprétation de ce traité. Une telle divergence peut traduire un désaccord sur la seule interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité autorise une certaine marge d'appréciation discrétionnaire dans son application[773]. Les traités caractérisés par des considérations d'humanité et d'autres intérêts généraux de la communauté, comme les traités relatifs aux droits de l'homme ou aux réfugiés, visent une interprétation uniforme mais laissent également une marge d'appréciation aux États pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

5) Si un comportement équivoque de l'une ou de plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord[774], tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a

[766] Ibid., par. 307 (note de bas de page omise) ; voir aussi OMC, *CE − Matériels informatiques* (note 417 *supra*), par. 95.

[767] OMC, *CE − Matériels informatiques* (voir *supra* la note 417), par. 93.

[768] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 10.

[769] Voir *supra* le projet de conclusion 3 [2] et le projet de conclusion 4, paragraphe 3.

[770] Voir Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3)… » (note 602 *supra*), à la page 30 : « Il n'y a aucune raison de penser qu'à l'alinéa *b* le mot "accord" n'a pas le même sens qu'à l'alinéa *a*. »

[771] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 2 [1], paragraphes 12 à 15 ; l'article 31, qui doit être « pris dans son ensemble », envisage le processus d'interprétation comme « une seule opération complexe » et ne doit pas être présumé « établi[r] une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités » [*Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 239 et 240, par. 8et 9].

[772] *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31 ; voir aussi OMC, *CE − Matériels informatiques* (note 417 *supra*), par. 95 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p 149 à 196, à la page 175, par. 66.

[773] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 7, paragraphes 12 à 15.

[774] *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra* la note 533), à la page 258, par. 70 ; et Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra* la note 686), à la page 16.

pas pour conséquence de rendre ce comportement équivoque. Dans l'affaire du *Canal de Beagle*, par exemple, le Tribunal arbitral a jugé que bien qu'à un moment donné les parties aient eu une divergence d'opinion au sujet de l'interprétation du traité, ce fait n'établissait pas nécessairement que l'absence d'accord fût permanente :

> De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne peuvent guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties de valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du Traité [de frontière de 1881], dans la mesure où ces actes ont été accomplis au cours du processus des négociations. Il n'y a pas lieu d'y accorder plus d'importance[775].

6) De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'étendue des restrictions dont était assortie l'acceptation par les parties de la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour était « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes », cette pratique « dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 […] de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »[776]. La Cour, appliquant l'article 31, paragraphe 3 *b*, a décrit « cette pratique […] des États » comme étant « uniforme et cohérente », tout en reconnaissant que la pratique de deux États constituait peut-être une exception[777]. Cette décision porte à croire que l'interprète, du moins en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, dispose d'une certaine marge d'appréciation pour décider si un accord des parties sur telle ou telle interprétation est établi[778].

7) Le terme « accord », dans la Convention de Vienne de 1969[779], n'implique aucun formalisme particulier[780], y compris à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*[781]. La Commission a toutefois noté, pour distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, d'une pratique ultérieure « par laquelle est établi l'accord » des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que le premier présuppose un « acte unique commun »[782]. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne doit pas nécessairement être publié ni enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies[783].

8) Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, il ne suffit pas que les positions des parties au sujet de l'interprétation du traité se trouvent coïncider, il faut aussi que les parties sachent que leurs positions sont communes et l'acceptent. Ainsi, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à la condition que « ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités […] comme confirmant la frontière fixée par le traité [de 1890][784] ». De fait, seules la connaissance et l'acceptation de la position des autres parties au sujet de l'interprétation du traité justifient qu'on qualifie un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* ou *b*, de moyen d'interprétation « authentique »[785]. Dans certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national.

Paragraphe 1, deuxième phrase – effets juridiques possibles d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a *et* b

9) L'objet de la deuxième phrase du paragraphe 1 est de réaffirmer qu'en soi, un « accord » aux fins de l'article 31, paragraphe 3, n'est pas nécessairement contraignant en droit[786], alors que, dans d'autres dispositions

---

[775] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 188, par. 171. Concernant le Traité de frontière entre la République argentine et la République du Chili, signé à Buenos Aires le 23 juillet 1881, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2384, nº 1295, p. 205.

[776] *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 417), par. 79 et 80.

[777] Ibid., par. 80 et 82 ; l'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier, mais la question de savoir si un État était ou n'était pas lié par la Convention européenne des droits de l'homme.

[778] La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC donne à penser que différents interprètes peuvent évaluer les choses de manière différente, voir OMC, *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro »)*, WT/DS294/R, rapport du Groupe spécial adopté le 9 mai 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R, par. 7.218 : « […] même s'il était établi de manière concluante que tous les 76 membres mentionnés par les Communautés européennes ont adopté une [certaine] pratique […], cela signifierait uniquement qu'un nombre considérable de membres de l'OMC ont adopté une approche différente de celle des États-Unis. […] Nous notons qu'une tierce partie dans la présente procédure a présenté des arguments contestant l'opinion des Communautés européennes […] ».

[779] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a* ; 3 ; 24, paragraphe 2 ; 39 à 41 ; 58 et 60.

[780] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 5 ; confirmé par la Cour permanente d'arbitrage dans l'*Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, affaire nº 2010-16, sentence du 7 juillet 2014, p. 47, par. 165, disponible sur le site Web https://pca-cpa.org/ ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 45 ; et Distefano, « La pratique subséquente… » (voir *supra* la note 570), à la page 47.

[781] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 5 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 231, 232 et 243 à 247 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 ; Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), à la page 554, par. 75 ; et R. Gardiner, « The Vienna Convention rules on treaty interpretation », dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 475 à 506, aux pages 475 et 483.

[782] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 10 ; un « acte unique commun » peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *International Law Reports*, vol. 105 (1997), p. 1 à 74, aux pages 54 à 56 ; Fox (note 444 *supra*), à la page 63 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 248 et 249.

[783] Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra* la note 468), aux pages 789 et 790.

[784] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), à la page 1094, par. 74 (« l'occupation de l'île par les Masubia »), et aux pages 1077 et 1078, par. 55 (« le rapport Eason » qui « sembl[ait] n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne ») ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), à la page 560, par. 88.

[785] À cet égard, l'établissement de l'existence d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut être plus exigeant que ce que requiert la formation du droit international coutumier, mais voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice… » (note 419 *supra*), aux pages 53 à 55.

[786] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 4, paragraphe 6 ; P. Gautier, « Non-binding agreements », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, décembre 2006, par. 14, disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil ; Benatar (note 444 *supra*), aux pages 194 et 195 ; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 244 ; voir aussi Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), à la page 375.

de la Convention de Vienne de 1969, le terme « accord » s'entend d'un instrument juridiquement contraignant[787].

10) Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final de son projet d'articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, la formule *any subsequent practice which establishes the* understanding* *of the parties*[788]. Le mot *understanding* donne à penser que le terme *agreement* à l'article 31, paragraphe 3, n'exige pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité[789]. La Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a remplacé le terme *understanding* par *agreement*, non pas pour une raison de fond, mais pour des motifs portant « uniquement sur des points de rédaction » afin de souligner que les parties devaient avoir des « vues communes »[790]. Un « accord » au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 se distinguant d'un accord au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 uniquement par sa forme et non par son contenu, il n'est pas non plus nécessairement contraignant en droit[791].

11) Il suffit que les parties, par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, attribuent un certain sens au traité[792] ou, en d'autres termes, adoptent certaines « vues communes » au sujet du traité[793]. Même s'ils ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peuvent néanmoins, en tant que moyens d'interprétation, entraîner des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation en application de l'article 31[794]. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment en conséquence pas nécessaire qu'un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, traduise l'intention des parties de créer des engagements juridiquement contraignants nouveaux ou distincts[795]. De même, des mémorandums d'accord ont dans certains cas été considérés comme pouvant constituer « une aide potentiellement importante à l'interprétation », mais « non une source de droits et d'obligations de caractère indépendant »[796].

12) Certains membres ont par ailleurs estimé que le terme « accord » avait le même sens dans toutes les dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Selon ces membres, ce terme désigne toute entente ayant des effets juridiques entre les États concernés, et la jurisprudence citée dans le présent commentaire ne contredit pas cette définition. Une telle définition n'empêcherait pas la prise en compte, aux fins de l'interprétation, d'un accord non contraignant juridiquement au sens de l'article 32.

Paragraphe 2 − formes de participation à la pratique ultérieure

13) La première phrase du paragraphe 2 confirme le principe selon lequel il n'est pas nécessaire que toutes les parties suivent une pratique particulière pour qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, soit constitué. La deuxième phrase précise que le silence ou l'inaction des parties qui ne suivent pas la pratique concernée peut de fait, dans certaines circonstances, valoir acceptation de celle-ci.

14) Dès le départ, la Commission a reconnu qu'un « accord » découlant d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, pouvait résulter, pour une part, du silence ou de l'inaction d'une ou de plusieurs parties. Expliquant pourquoi elle avait utilisé l'expression

---

[787] Voir les articles 2, paragraphe 1 *a* ; 3 ; 24, paragraphe 2 ; 39 à 41 ; 58 et 60.

[788] *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 221 et 222, par. 15.

[789] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491), à la page 187, par. 169 ; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (voir *supra* la note 411), aux pages 103 et 104, par. 31 ; Karl (voir *supra* la note 457), p. 190 à 195 ; Kolb, « La modification d'un traité… » (voir *supra* la note 686), aux pages 25 et 26 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 169 à 171.

[790] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session…* (A/CONF.39/11) [note 471 *supra*], 31e séance de la Commission plénière, 19 avril 1968, p. 184, par. 59 (Australie) ; P. Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », dans N. Angelet *et al.* (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 425 à 454, aux pages 430 et 431 : « La lettre *a* du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut supposer que le terme "accord" est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au "traité" défini à l'article 2 de la [C]onvention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique » (note de bas de page omise).

[791] Voir Gautier, « Non-binding agreements » (note 786 *supra*), par. 14 ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 211 et 213.

[792] Cette terminologie suit le commentaire de la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission [*Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 56, par. 18 et 19].

[793] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15 et 16 [le terme « accord » (*understanding*) est utilisé tant dans le contexte de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *a*, que dans celui de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*].

[794] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow*, sentence arbitrale rendue relativement à la première question, décision du 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente : E/F.04.V.18), p. 1 à 359, à la page 131, par. 6.8 ; Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra* la note 468), aux pages 787 et 807 ; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (voir *supra* la note 449), p. 173 ; Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), aux pages 110 à 113 ; et Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne… » (voir *supra* la note 790), à la page 434.

[795] Par exemple, « une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » [OMC, *Japon − Boissons alcooliques II* (voir *supra* la note 403), sect. E, p. 15] ; ou « une attitude […] dev[ant] supposer un *accord* sur l'interprétation de la disposition pertinente » (OMC, *Communautés européennes et leurs États membres − Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R-WT/DS376/R-WT/DS377/R, rapports du Groupe spécial adoptés le 21 septembre 2010, par. 7.558) ; ou « une pratique [qui] traduit un accord quant à l'interprétation » [Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, sentence interlocutoire no ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) [voir *supra* la note 538], à la page 119, par. 116] ; ou « la pratique suivie par les États contractants […] montr[ant] qu'ils ne redoutaient pas » [*Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC] (voir *supra* la note 593), par. 62.

[796] *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow* (voir *supra* la note 794), à la page 131, par. 6.8 ; voir aussi *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »)* [note 402 *supra*], p. 266 et suiv., par. 157.

« l'accord des parties » à l'article 27, paragraphe 3 *b* (qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*, voir *supra* le paragraphe 10), et non l'expression « l'accord de *toutes* les parties », la Commission a indiqué ce qui suit :

> Elle a considéré que la formule […] désigne nécessairement « les parties dans leur ensemble ». Elle n'a omis le mot « toutes » que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée[797].

15) La Cour internationale de Justice a également reconnu la possibilité qu'un accord au sujet de l'interprétation s'exprime par le silence ou l'inaction lorsqu'elle a déclaré, dans l'*Affaire du temple de Préah Vihéar*, que, lorsqu'« il est clair que les circonstances [sont] de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction », « l'on doit […] conclure à [l']acquiescement » de l'État confronté à une certaine conduite ultérieure d'une autre partie[798]. Cette proposition générale de la Cour concernant le rôle du silence aux fins d'établir un accord relatif à l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée par des décisions plus récentes[799], et est d'une manière générale approuvée par la doctrine[800]. Les « circonstances » qui « appellent une réaction » comprennent le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité[801].

16) Dans l'affaire du *Canal de Beagle*[802], le Tribunal arbitral a examiné l'argument de l'Argentine selon lequel les actes de souveraineté du Chili sur certaines îles ne pouvaient constituer une pratique ultérieure puisque l'Argentine n'avait pas réagi à ces actes. Or, le Tribunal a conclu ce qui suit :

> Les termes de la Convention de Vienne ne précisent pas comment un « accord » peut se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir un titre indépendant des termes du Traité [de frontière de 1881] ; ils ne pouvaient non plus être considérés comme en contradiction avec ces termes tels que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve attestent qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient procéder que du Traité. Dans ces circonstances, il peut être déduit du silence de l'Argentine que les actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du Traité indépendante des actes de souveraineté eux-mêmes[803].

Dans la même affaire, le Tribunal arbitral a déclaré ce qui suit :

> La seule publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme le Tribunal l'a déjà montré) un statut et une valeur extrêmement douteux, ne pouvait pas − même si ces cartes n'en représentaient pas moins la position officielle de l'Argentine − empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontraient, corrélativement, son propre point de vue sur ce qu'étaient ses droits en vertu du Traité de 1881 – pas plus que cette publication ne pouvait en soi libérer l'Argentine de toute nécessité de réagir à ces actes si elle les considérait comme contraires au Traité[804].

17) L'importance que revêt le silence dépend également de la situation juridique à laquelle se rapporte la pratique ultérieure des autres parties et de la revendication ainsi exprimée. Par exemple, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, la Cour internationale de Justice a jugé ce qui suit :

> Certaines de ces activités − organisation de services publics de santé et d'enseignement, maintien de l'ordre, administration de la justice − pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain. La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria[805].

18) Cet arrêt porte à croire que, dans les affaires concernant des traités délimitant une frontière, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction face à une conduite qui va à l'encontre de la délimitation. Dans de telles situations, il semble exister une forte présomption que le silence ou l'inaction ne constitue pas une acceptation de la pratique[806].

19) La pertinence du silence ou de l'inaction dans l'établissement d'un accord au sujet de l'interprétation dépend dans une large mesure des circonstances de chaque espèce. Des décisions de cours et tribunaux internationaux démontrent qu'il n'est pas facile d'établir qu'une ou plusieurs parties ont, par leur silence ou leur inaction, accepté une pratique.

20) Les cours et tribunaux internationaux ont, par exemple, été réticents à admettre que des travaux parlementaires ou des décisions de tribunaux internes fussent considérés comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à laquelle les autres parties au

---

[797] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241 et 242, par. 15.

[798] *Affaire du temple de Préah Vihéar*, arrêt du 15 juin 1962 (voir *supra* la note 491), à la page 23.

[799] *Plates-formes pétrolières* (voir *supra* la note 585), à la page 815, par. 30 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (compétence et recevabilité), arrêt du 26 novembre 1984 (voir *supra* la note 491), à la page 410, par. 39 ; *Le Procureur c. Anto Furundžija* (voir *supra* la note 730), au paragraphe 179 ; *Rantsev c. Chypre et Russie* (voir *supra* la note 748), par. 285 ; prudemment : OMC, *CE – Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 272 ; voir aussi, pour une position limitée, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, sentence nº 30-16-3 du 18 mars 1983, Tribunal des réclamations Iran–États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-I), p. 141, à la page 144 ; et *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2* e *de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part* (note 411 *supra*), aux pages 103 et 104, par. 31.

[800] Kamto (voir *supra* la note 534), aux pages 134 à 141 ; Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 49 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 267 ; Villiger, *Commentary…* (voir *supra* la note 418), p. 431, par. 22 ; et Dörr, « Article 31… » (voir *supra* la note 443), aux pages 557 à 559, par. 83 et 86.

[801] Par exemple, lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une organisation internationale : voir *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 644, aux pages 675 et 676, par. 99 à 101 ; et Kamto (note 534 *supra*), à la page 136.

[802] *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 491).

[803] Ibid., à la page 187, par. 169 *a*.

[804] Ibid., à la page 188, par. 171.

[805] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002 (voir *supra* la note 681), à la page 353, par. 67.

[806] Ibid., à la page 351, par. 64 : « La Cour note toutefois que, dès lors qu'elle a conclu que la frontière dans le lac Tchad se trouvait délimitée […], les éventuelles effectivités nigérianes doivent bien être considérées, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme des actes *contra legem* » ; voir aussi *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 586, par. 63 ; et *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (note 720 *supra*), à la page 181, par. 70.

traité devaient en principe réagir, même si ces travaux ou décisions ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leur propre service diplomatique[807].

21) De plus, même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) au sujet de l'interprétation d'un traité, ce fait n'appelle pas nécessairement une réaction de l'autre ou des autres parties. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'absence de réaction d'un État aux conclusions d'une commission mixte d'experts qui avait été chargée par les parties de déterminer une situation factuelle particulière au sujet d'une question en litige n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend[808]. La Cour a jugé que les parties avaient considéré les travaux des experts comme une simple étape préparatoire en vue d'une décision à prendre ultérieurement au niveau politique. Sur un plan plus général, l'Organe d'appel de l'OMC a jugé ce qui suit :

> [D]ans des situations spécifiques, l'« absence de réaction » ou le silence d'une partie particulière à un traité [peut], compte tenu des circonstances entourant l'affaire, être compris comme une acceptation de la pratique suivie par d'autres parties. De telles situations peuvent se présenter lorsqu'une partie qui n'a pas suivi une pratique a eu connaissance ou a été informée de la pratique suivie par d'autres parties (par exemple, au moyen d'une notification ou à l'occasion de sa participation à une réunion où cette pratique a été examinée), mais ne réagit pas[809].

Le Tribunal international du droit de la mer a confirmé cette approche. Tenant compte de la pratique des États dans l'interprétation des articles 56, 58 et 73 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le Tribunal a déclaré ce qui suit :

> Le Tribunal reconnaît que la législation nationale de plusieurs États, non seulement en Afrique de l'Ouest mais aussi dans d'autres régions du monde, réglemente le soutage des navires étrangers qui pêchent dans leur zone économique exclusive, comme le fait celle de la Guinée-Bissau. Le Tribunal note également l'absence d'objection formelle à une telle législation, celle-ci étant généralement respectée[810].

22) Dans certaines décisions, des juridictions nationales ont reconnu que le silence d'une partie à un traité ne pouvait être considéré comme une acceptation que « lorsque les circonstances appelaient une réaction[811] ». Dans des contextes de coopération particuliers, il a parfois été considéré que tel était bien le cas, par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral prévoyant une forme de coopération particulièrement étroite[812]. La situation peut être différente lorsque la forme de coopération envisagée par le traité intervient dans le cadre d'une organisation internationale dont les règles interdisent d'utiliser la pratique des parties et leur silence à des fins d'interprétation[813].

23) L'importance juridique possible du silence ou de l'inaction face à une pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à contribuer à la possibilité d'un accord commun, mais peut aussi jouer un rôle dans l'application des règles fondées sur l'absence de consentement, comme l'estoppel, l'inopposabilité ou la prescription[814].

24) Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, de portée et de contenu différents. Dans un tel cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique à compter de la date où il naît, au moins avec effet pour l'avenir[815]. Il ne faut toutefois pas supposer à la légère l'existence d'une telle situation, car les États ne modifient habituellement pas leur interprétation d'un traité en fonction de considérations à court terme.

25) Il se peut également qu'un désaccord naisse entre les parties au sujet de l'interprétation du traité après qu'elles sont parvenues à un accord ultérieur sur cette interprétation. Ce désaccord ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur qui l'a précédé, puisque le principe de la bonne foi interdit à une partie de décevoir purement et simplement les attentes légitimes qui ont été créées par l'interprétation commune[816]. Par contre, le désaveu clairement exprimé par une partie d'un accord antérieur découlant d'une pratique commune « ten[d] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure », sans toutefois réduire celle de la pratique commune antérieurement suivie[817].

QUATRIÈME PARTIE

ASPECTS PARTICULIERS

Conclusion 11 [10]. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties

1. Aux fins du présent projet de conclusions, 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.

---

[807] *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* la note 400), aux pages 650 et 651, par. 48 ; et OMC, *CE – Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 334 (« le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation »).

[808] *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 400), aux pages 1089 à 1091, par. 65 à 68.

[809] OMC, *CE – Morceaux de poulet* (voir *supra* la note 448), par. 272 (note de bas de page omise).

[810] *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, *TIDM Recueil 2014*, p. 4, à la page 69, par. 218.

[811] Tribunal fédéral suisse, ATF 97 I 359, arrêt du 17 février 1971, p. 370 et 371.

[812] Voir Cour suprême des États-Unis, *O'Connor et ux. v. United States* (note 432 *supra*), aux pages 33 à 35 ; et Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1058/79, décision de la Deuxième Chambre du 10 novembre 1981, BVerfGE, vol. 59, p. 63 à 95, aux pages 94 et 95.

[813] Voir Cour suprême du Royaume-Uni, *Assange v. The Swedish Prosecution Authority,* [2012] UKSC 22, par. 68 à 71 (Lord Phillips) ; et Cour suprême du Royaume-Uni, *Bucnys v. Ministry of Justice, Lithuania*, [2013] UKSC 71, par. 39 à 43 (Lord Mance).

[814] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 182 (opinion individuelle du juge Spender).

[815] Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (voir *supra* la note 646), à la page 118 ; cela signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne remonte pas nécessairement à la date de l'entrée en vigueur du traité, comme le soutient Yasseen (voir *supra* la note 398), à la page 47.

[816] Karl (voir *supra* la note 457), p. 151.

[817] *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 583], à la page 56, par. 142.

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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 [10] concerne une forme particulière d'action des États d'où peuvent résulter un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 de l'article 31, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 32, à savoir des décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties[818].

Paragraphe 1 − définition des conférences des parties

2) Les États utilisent généralement les conférences des parties dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux[819]. Ces conférences se répartissent de façon générale en deux catégories de base. Il y a d'une part certaines conférences qui sont en réalité un organe d'une organisation internationale, au sein desquelles les États parties agissent en leur qualité de membres dudit organe (par exemple, réunions des États parties de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et de l'Organisation de l'aviation civile internationale)[820]. De telles conférences des parties ne relèvent pas du champ du projet de conclusion 11 [10], qui ne traite pas de la pratique ultérieure des organisations internationales ou en leur sein[821]. Il y a d'autre part des conférences des parties qui sont convoquées en vertu de traités qui n'établissent pas une organisation internationale, mais qui prévoient simplement des réunions plus ou moins périodiques des États parties aux fins de l'examen et de l'application du traité. Ces conférences d'examen sont le cadre dans lequel s'inscrit la coopération des États parties ainsi que leur conduite ultérieure en ce qui concerne le traité. Chacun de ces deux types de conférence des parties peut également avoir des pouvoirs spécifiques s'agissant de la modification ou de l'adaptation des traités. Tel est le cas, par exemple, du processus des conférences d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972[822], de la conférence d'examen prévue à l'article VIII, paragraphe 3, du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de 1968[823], ainsi que des conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement[824]. La Commission baleinière internationale, créée par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, de 1946[825], constitue un cas limite entre les deux catégories de conférences des parties, dont la pratique ultérieure a été examinée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt concernant l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*[826].

3) Puisqu'elles sont habituellement établies par un traité, les conférences des parties sont, en un sens, des « organes conventionnels ». Elles ne doivent pas pour autant être confondues avec des organes composés d'experts indépendants ou des organes à composition restreinte. Les conférences des parties sont des réunions plus ou moins périodiques qui sont ouvertes à l'ensemble des parties à un traité.

---

[818] Elles sont aussi désignées, notamment, par les termes suivants : réunions des parties ou assemblées des États parties.

[819] Voir V. Röben, « Conference (Meeting) of States Parties », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 605 à 612 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; R. R. Churchill et G. Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law », *American Journal of International Law*, vol. 94, nº 4 (2000), p. 623 à 659 ; J. Brunnée, « COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, nº 1 (2002), p. 1 à 52 ; A. Wiersema, « The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements », *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, nº 1 (2009), p. 231 à 287 ; L. Boisson de Chazournes, « Environmental treaties in time », *Environmental Policy and Law*, vol. 39, nº 6 (2009), p. 293 à 298.

[820] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (1994) ; Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (1993) ; et Convention relative à l'aviation civile internationale (1944).

[821] Voir *infra* le projet de conclusion 12 [11].

[822] Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, art. XI. Selon ce mécanisme, les États parties se réunissent « afin d'examiner le fonctionnement de la Convention, en vue de s'assurer que les objectifs énoncés dans le préambule et les dispositions de la Convention […] sont en voie de réalisation. À l'occasion de cet examen, il sera tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention » (art. XII).

[823] L'article VIII, paragraphe 3, du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires dispose qu'une conférence des parties aura lieu cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité et, si elle en décide ainsi, à des intervalles de cinq ans par la suite, « afin d'examiner le fonctionnement du présent Traité en vue de s'assurer que les objectifs du Préambule et les dispositions du Traité sont en voie de réalisation ». En procédant de la sorte, les États parties examinent le fonctionnement du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

[824] On citera, au nombre des exemples, la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1997), et la Conférence des Parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (1971).

[825] Il est souvent dit que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière internationale possède des fonctions qui la font relever de la définition de la conférence des parties retenue ici.

[826] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

4) Afin de tenir compte de la grande diversité des conférences des parties et des règles qui les régissent, le paragraphe 1 donne une large définition du terme « conférence des parties » aux fins du projet de conclusions, qui n'exclut que le cas où les États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale (lequel fera l'objet d'un projet de conclusion ultérieur).

Paragraphe 2, première phrase – effets juridiques des décisions

5) La première phrase du paragraphe 2 vise à reconnaître que la portée juridique de tout acte entrepris par une conférence des parties dépend tout d'abord des règles qui régissent ladite conférence, notamment le traité constitutif et tout règlement applicable. Les conférences des parties exécutent toute une série d'actes, dont l'examen de l'application du traité, l'examen du traité lui-même, et la prise de décisions en vertu des procédures d'amendement[827].

6) Les pouvoirs d'une conférence des parties peuvent faire l'objet de clauses générales ou de dispositions particulières, ou de ces deux types de dispositions. L'article 7, paragraphe 2, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, avant d'énumérer 13 tâches spécifiques dévolues à la conférence des parties, dont une consistant à examiner les obligations des parties découlant de la Convention, commence par le libellé général suivant :

> En tant qu'organe suprême de la présente Convention, la Conférence des Parties fait régulièrement le point de l'application de la Convention et de tous autres instruments juridiques connexes qu'elle pourrait adopter et prend, dans les limites de son mandat, les décisions nécessaires pour favoriser l'application effective de la Convention.

7) Selon des dispositions spécifiques figurant dans différents traités, la conférence des parties propose des « directives » pour l'application de dispositions conventionnelles particulières[828] ou définit « les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer » pour la mise en œuvre d'un mécanisme conventionnel[829].

8) Les procédures d'amendement (au sens large du terme) comprennent les procédures par lesquelles le texte initial d'un traité peut être modifié (dont le résultat est généralement sujet à ratification par les États parties conformément aux dispositions constitutionnelles), ainsi que les procédures d'acceptation tacite et d'option de refus[830] qui s'appliquent couramment aux annexes contenant des listes de substances, d'espèces et d'autres éléments dont la liste doit être régulièrement mise à jour[831].

9) Comme point de départ, le paragraphe 2 prévoit que l'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité considéré et de tout règlement applicable. L'adverbe « essentiellement » laisse une place à des règles complémentaires « à moins que le traité n'en dispose autrement » (voir, par exemple, les articles 16, 20, 22, paragraphe 1, 24, 70, paragraphe 1, et 72, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969). Le mot « tout » vise à préciser que le règlement de la conférence des parties s'appliquera s'il existe, puisqu'il peut y avoir des cas où de telles conférences se déroulent sans qu'un règlement ait été expressément adopté[832].

Paragraphe 2, deuxième phrase – décisions pouvant constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure

10) La deuxième phrase du paragraphe 2 confirme que les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent constituer un accord ultérieur ou une pratique ultérieure pour l'interprétation du traité au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties peuvent jouer un rôle important pour déterminer les vues communes des parties sur le sens du traité.

11) Les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent notamment constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, par lesquels les parties interprètent le traité en question. Ainsi, les conférences d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction ont régulièrement adopté « des ententes et accords additionnels » concernant l'interprétation des dispositions de la Convention. Ces accords ont été adoptés par les États parties dans le cadre des conférences d'examen, par consensus, et « ont porté sur tous les articles du traité afin de répondre à certaines questions particulières, dès qu'elles se posaient[833] ». Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en définissant, en précisant ou en développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Selon l'Unité d'appui

---

[827] Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau : article 6, paragraphe 2, sur les fonctions d'examen et article 10 *bis* (Protocole en vue d'amender la Convention, de 1982, art. 1) sur les amendements ; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : article 7, paragraphe 2, sur les fonctions d'examen et article 15 sur les amendements ; Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : article 13, paragraphe 4, sur les fonctions d'examen de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole, et article 20 sur les procédures d'amendement ; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction : article XI sur la Conférence des Parties et article XVII sur les procédures d'amendement ; Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires ; et Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac : article 23, paragraphe 5, sur les pouvoirs d'examen, article 28 sur les amendements et article 33 sur les protocoles.

[828] Articles 7 et 9 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

[829] L'article 17 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques en fournit un exemple ; voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (note 819 *supra*), à la page 639 ; J. Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements », dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 101 à 126, aux pages 110 à 115.

[830] Voir J. Brunnée, « Treaty amendments », dans Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties* (note 781 *supra*), p. 347 à 366, aux pages 354 à 360.

[831] Ibid.

[832] Tel est le cas, par exemple, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

[833] Voir P. Millett, « The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, nº 1 (2010), p. 25 à 43, à la page 33.

à l'application de la Convention sur les armes biologiques[834], un « accord additionnel » :

a) interprète, définit ou développe le sens ou la portée d'une disposition de la Convention ; ou

b) donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition[835].

12) De même, la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets a adopté des résolutions interprétant cette convention. La Sous-Division des affaires juridiques de l'Organisation maritime internationale (OMI), à la demande des organes directeurs, a indiqué ce qui suit à propos d'une « résolution interprétative » de la conférence des parties à la Convention :

Selon l'article 31, paragraphe 3 *a*, de la Convention de Vienne sur le droit des traités […], il sera tenu compte des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant une telle interprétation. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée à une réunion des parties, voire celle d'une décision consignée dans le compte rendu de la réunion des parties[836].

13) Dans le même ordre d'idées, le Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a affirmé en termes généraux :

Les décisions de la Conférence des Parties, organe suprême composé de toutes les parties à la Convention-cadre, représentent incontestablement un accord ultérieur entre les Parties concernant l'interprétation du traité, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne[837].

14) Certains auteurs considèrent aussi que les décisions des conférences de parties peuvent constituer des accords ultérieurs[838] et font observer ce qui suit :

De telles déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité[839].

15) La Cour internationale de Justice a conclu, en ce qui concerne le rôle de la Commission baleinière internationale dans le cadre de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine :

L'article VI de la Convention énonce que « [l]a Commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente convention ». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la Convention ou du règlement qui lui est annexé[840].

16) Les exemples suivants tirés de la pratique des conférences des parties viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions de ces conférences peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*.

17) L'article premier, paragraphe 1, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

Des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types ou en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques[.]

18) À la troisième conférence d'examen (1991), les États parties ont précisé que les interdictions établies dans la Convention portaient sur des « agents microbiens ou d'autres agents biologiques ou de[s] toxines nocifs pour les plantes et les animaux, ainsi que pour les humains[841] ».

19) L'article 4, paragraphe 9, du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone a donné lieu à un débat à propos de la définition de l'expression « État non partie au présent Protocole » qui y figure. Selon cette disposition :

Aux fins du présent article, l'expression « État non partie au présent Protocole » désigne, en ce qui concerne toute substance réglementée, un État ou une organisation régionale d'intégration économique qui n'a pas accepté d'être lié par les mesures de réglementation en vigueur pour cette substance.

20) Dans le cas des hydrochlorofluorocarbones, deux amendements au Protocole de Montréal[842] imposent des

[834] L'Unité d'appui à l'application a été créée par la Conférence des États parties, en vue d'assurer un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties [voir le *Document final de la sixième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction* (BWC/CONF.VI/6), troisième partie (Décisions et recommandations), par. 5].

[835] Document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application à la septième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention, intitulé « Ententes et accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) [mis à jour par la suite avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette conférence, Genève, 2012], par. 1.

[836] *Agenda item 4 – Ocean fertilization submitted by the Secretariat: Procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution – views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs*, document LC 33/J/6, par. 3.

[837] Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac présenté par le Président et débat général : avis juridique sur le champ d'application du protocole », note du Conseiller juridique de l'OMS sur le champ d'application du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (Organisation mondiale de la Santé, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annexe, par. 8) ; voir aussi S. F. Halabi, « The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, nº 1 (2010), p. 121 à 183.

[838] D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 83 (en ce qui concerne le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires) ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 527), p. 213 et 214.

[839] B. M. Carnahan, « Treaty review conferences », *American Journal of International Law*, vol. 81, nº 1 (1987), p. 226 à 230, à la page 229.

[840] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

[841] *Document final de la troisième Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, Genève, 9-27 septembre 1991* (BWC/CONF.III/23), partie II (Déclaration finale), p. 11.

[842] Amendement de Copenhague (1992) et Amendement de Beijing (1999) au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

obligations qui ont soulevé la question de savoir si un État, pour être considéré comme « non partie au présent Protocole », doit être non partie aux deux amendements. La conférence des parties a décidé ce qui suit :

> L'expression « État non partie au présent Protocole » s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing[843].

21) Si les actes qui résultent d'une procédure d'acceptation tacite[844] ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ils peuvent, outre leur effet primaire en vertu du traité, impliquer un tel accord ultérieur, dans certaines circonstances. Un exemple concerne certaines décisions de la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets. À sa seizième réunion, tenue en 1993, la Réunion consultative des Parties contractantes a adopté trois amendements à l'annexe I à la faveur de la procédure d'acceptation tacite prévue par la Convention[845]. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient toutefois une large interprétation du traité lui-même[846]. L'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui avait été adoptée par la réunion consultative tenue trois ans auparavant, qui avait établi l'accord des parties selon lequel « la Convention de Londres sur l'immersion [était] l'instance appropriée pour examiner la question de l'évacuation des déchets faiblement radioactifs dans des dépôts enfouis dans le sous-sol marin auxquels on accéderait par la mer[847] ». On a considéré que cette résolution « étendait effectivement la définition de l'"immersion" au sens de la Convention pour que ce terme recouvre l'évacuation ou l'enfouissement de déchets dans ou sous les fonds marins depuis la mer mais non depuis la terre au moyen d'un tunnel[848] ». Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative incluait un accord ultérieur au sujet de l'interprétation du traité.

22) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination prévoit, au paragraphe 5 de son article 17, que « [l]es amendements […] entrent en vigueur entre les Parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le Dépositaire a reçu leur instrument de ratification, d'approbation, de confirmation formelle ou d'acceptation par les trois quarts au moins des Parties les ayant acceptés […] ». Faisant suite à une initiative de l'Indonésie et de la Suisse, la Conférence des Parties a décidé de préciser la condition d'acceptation par les trois quarts des parties en convenant

> sans préjudice des dispositions des autres accords multilatéraux sur l'environnement, que le paragraphe 5 de l'article 17 de la Convention de Bâle devrait être interprété comme suit : une acceptation des trois quarts des Parties qui étaient Parties au moment de l'adoption de l'Amendement est nécessaire pour l'entrée en vigueur de cet amendement, sachant que cette interprétation du paragraphe 5 de l'article 17 n'oblige en aucun cas une Partie à ratifier l'Amendement portant interdiction[849].

Les parties ont adopté cette décision sur l'interprétation de l'article 17, paragraphe 5, par consensus, et de nombreux États parties ont souligné que la conférence des parties à une quelconque convention était « l'autorité chargée en dernier ressort de son interprétation[850] ». Si cela permet de penser que la décision traduit un accord ultérieur des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, on note que la décision a été prise au terme d'un débat sur la question de savoir s'il était nécessaire de suivre la procédure formelle d'amendement de la Convention pour parvenir à ce résultat[851]. Il faut aussi noter que la délégation japonaise a déclaré, en demandant que cette remarque soit consignée dans le rapport de la conférence, qu'elle « appuyait la méthode de la date fixée pour l'interprétation de la disposition de la Convention relative à l'entrée en vigueur des amendements, comme précisé dans l'avis juridique fourni par le Bureau des affaires juridiques de l'[Organisation

---

[843] Décision XV/3 relative aux obligations des Parties à l'Amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones ; la définition est formulée comme suit : « […] *a*) L'expression "État non partie au présent Protocole" figurant au paragraphe 9 de l'article 4 ne s'applique pas aux États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole jusqu'au 1er janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole ; *b*) L'expression "État non partie au présent Protocole" s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing ; *c*) Reconnaissant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression "État non partie au présent Protocole", le paragraphe 1 *b* s'appliquera à moins qu'un tel État ait, d'ici au 31 mars 2004 : i) Informé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible ; ii) Certifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague ; iii) Soumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005 ; auquel cas la définition d'"État non partie au présent Protocole" ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des Parties » [Rapport de la quinzième réunion des Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (UNEP/OzL.Pro.15/9), chap. XVIII, sect. A, décision XV/3, par. 1].

[844] Voir *supra* le paragraphe 8 du présent commentaire.

[845] Voir les résolutions LC.49 (16), LC.50 (16) et LC.51 (16), adoptées le 12 novembre 1993 lors de la seizième Réunion consultative des Parties contractantes (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1775, nº 15749, p. 395). D'abord, la Réunion a décidé de modifier l'abandon progressif de l'évacuation en mer des déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Ensuite, elle a interdit l'incinération en mer de déchets industriels et de boues d'épuration. Enfin, elle a décidé de remplacer le paragraphe 6 de l'annexe I, portant interdiction de l'immersion de déchets radioactifs et autres matières radioactives ; voir aussi « Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972 », *Focus on IMO* (OMI, juillet 1997), p. 11.

[846] Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets « apportaient des changements majeurs à la Convention » [Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (voir *supra* la note 819), à la page 638].

[847] OMI, Rapport de la treizième Réunion consultative des Parties contractantes à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (LDC 13/15), annexe 7, résolution LDC.41 (13), par. 1.

[848] Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements… » (voir *supra* la note 819), à la page 641.

[849] *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion, Carthagène (Colombie), 17-21 octobre 2011* (UNEP/CHW.10/28), annexe I, décision BC-10/3 (Initiative de l'Indonésie et de la Suisse visant à améliorer l'efficacité de la Convention de Bâle), par. 2.

[850] Ibid., chap. III. A, par. 65.

[851] Voir G. Handl, « International "lawmaking" by conferences of the parties and other politically mandated bodies », dans Wolfrum et Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making* (note 829 *supra*), p. 127 à 143, à la page 132.

des Nations Unies] en tant que Dépositaire[852], et avait accepté la méthode de la date fixée énoncée dans la décision sur l'initiative de l'Indonésie et de la Suisse *uniquement pour ce cas particulier**[853] ».

23) Les exemples précités montrent que les décisions des conférences des parties peuvent dans certaines circonstances constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 si elles ne reflètent pas l'accord des parties. Il convient cependant toujours d'identifier soigneusement le caractère propre d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties. À cette fin, il faut tenir compte de la précision et de la clarté du libellé retenu au regard du texte de la décision de la conférence des parties dans son ensemble, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué. Il est fréquent que les parties n'entendent pas donner à leur décision une portée juridique particulière.

Paragraphe 2, troisième phrase − décisions pouvant offrir une gamme de solutions pratiques

24) La dernière phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 11 [10] rappelle à l'interprète que les décisions des conférences des parties offrent souvent une gamme de solutions pratiques pour l'application du traité. Ces décisions ne constituent pas nécessairement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité, même si la décision est prise par consensus. En réalité, il arrive souvent que les conférences des parties ne visent pas expressément à résoudre ou à traiter des questions concernant l'interprétation d'un traité.

25) Un exemple est fourni par une décision adoptée par la Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Les articles 9 et 10 de la Convention traitent respectivement de la réglementation de la composition des produits du tabac et de la réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer. Conscients que de telles mesures requièrent l'allocation de ressources financières importantes, les États parties sont convenus, sous l'intitulé «Considérations pratiques» pour l'application des articles 9 et 10, de «[c]ertaines […] options qui s'offrent aux Parties», telles que:

a) des taxes sur le tabac spécialement dédiées;

b) des redevances de licences de fabrication et/ou d'importation;

c) des redevances d'homologation des produits du tabac;

d) des licences de vente pour les distributeurs et/ou détaillants de produits du tabac;

e) des amendes imposées à l'industrie du tabac et aux détaillants pour non-respect des prescriptions;

f) des redevances annuelles pour la surveillance des produits du tabac (industrie et détaillants)[854].

Cette décision propose une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention. Cependant, les parties ont ainsi implicitement convenu que les «options» énoncées seraient, en tant que telles, compatibles avec la Convention.

Paragraphe 2 dans son ensemble

26) Il en résulte que les décisions des conférences des parties peuvent avoir des effets juridiques différents. Bon nombre de ces décisions ne visent pas à constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, parce qu'elles ne sont pas censées être une prise de position au sujet de l'interprétation du traité. Dans d'autres cas, les parties indiquent suffisamment clairement que la décision de la conférence des parties traduit leur accord au sujet de l'interprétation du traité. Ces décisions peuvent également produire un effet en conjonction avec une obligation juridique de coopérer en vertu du traité, et dès lors les parties «doivent tenir dûment compte» d'une telle décision[855]. En tout état de cause, on ne peut pas se contenter de dire que parce que le traité ne reconnaît pas à la conférence des parties la compétence de prendre des décisions juridiquement contraignantes, les décisions que prennent les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques[856].

27) En définitive, l'effet d'une décision prise par une conférence des parties dépend des circonstances propres à chaque cas et de telles décisions doivent être judicieusement interprétées. Une considération pertinente peut être le fait que les États parties appliquent de façon uniforme ou sans contestation le traité tel qu'interprété par la décision de la conférence des parties. Une pratique divergente à la suite d'une décision d'une conférence des parties peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*[857]. Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[858].

[852] La «méthode de la date fixée» préconisée par le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies est la suivante: en cas de silence ou d'ambiguïté du traité sur la question, «la pratique du Secrétaire général consiste à calculer le nombre d'acceptations sur la base du nombre de parties au traité au moment du dépôt de chaque instrument d'acceptation d'un amendement». Voir les extraits du mémorandum du 8 mars 2014, reçu du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, à l'adresse suivante: www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx.

[853] *Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle* (UNEP/CHW.10/28) [voir *supra* la note 849], par. 68.

[854] Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Réglementation de la composition des produits du tabac et Réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer), FCTC/COP4(10), annexe, adoptées à la quatrième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac [Punta del Este (Uruguay), 15-20 novembre 2010], FCTC/COP/4/DIV/6, p. 55, directive 2.3.

[855] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 257, par. 83.

[856] Ibid., à la page 248, par. 46.

[857] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 10 [9], paragraphes 23 et 24.

[858] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586] (opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, à la page 454, par. 4: «Je relèverai du reste que les résolutions adoptées au terme d'un vote de la [Commission baleinière internationale] ne sont pas sans incidence, même si elles n'entrent pas dans les prévisions du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne.»).

Paragraphe 3 − un accord concernant l'interprétation du traité

28) Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel les accords au sujet de l'interprétation d'un traité au sens de l'article 31, paragraphe 3, doivent concerner le fond du traité. Ainsi, ce qui importe est le fond de l'accord que traduit la décision de la conférence des parties, et non la forme sous laquelle ou la procédure par laquelle cette décision est adoptée. Les actes émanant d'une conférence des parties peuvent prendre différentes formes et désignations, et résulter de procédures différentes. Il se peut même que les conférences des parties conduisent leurs travaux sans qu'un règlement ait été officiellement adopté[859]. Si la décision de la conférence des parties se fonde sur un vote unanime auquel toutes les parties ont participé, elle peut clairement constituer un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, pourvu qu'elle concerne « l'interprétation du traité ».

29) Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen et d'application sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de n'épargner aucun effort pour parvenir à un consensus sur les questions de fond. On en trouve un premier exemple dans le Règlement intérieur provisoire de la Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction. L'article 28, paragraphe 2, du Règlement stipule ainsi ceci :

> La Conférence d'examen ayant pour objet d'examiner le fonctionnement de la Convention en vue d'assurer la réalisation des objectifs du préambule et des dispositions de la Convention et ainsi de renforcer son efficacité, tous les efforts doivent être faits pour parvenir à un accord sur les questions de fond sous la forme d'un consensus. Ces questions ne doivent pas faire l'objet d'un vote avant que tous les efforts pour parvenir à un consensus aient été épuisés[860].

Cette formulation, avec des variations mineures, est devenue le paragraphe type concernant les procédures de prise de décisions des conférences des parties.

30) Pour répondre aux questions concernant les décisions adoptées par consensus, il est précisé à la fin du paragraphe 3 du projet de conclusion « y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus » afin d'écarter l'idée que l'adoption d'une décision par consensus devrait être nécessairement assimilée à un accord sur le fond. Au contraire, le consensus n'indique pas nécessairement qu'il s'agit d'un accord sur le fond. Selon les commentaires relatifs à certaines questions de procédure publiés par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 60/286 de l'Assemblée générale[861] :

> Le consensus s'entend généralement d'un processus de prise de décisions consistant à parvenir à une décision sans mise aux voix ni objection formelle. Il ne reflète cependant pas nécessairement une « unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général sans qu'aucune délégation s'oppose expressément au consensus[862].

31) Il s'ensuit que l'adoption par consensus n'est pas une condition suffisante pour que la décision constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Les règlements intérieurs des conférences des parties ne donnent généralement pas d'indication sur les effets juridiques possibles d'une résolution en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non les effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, aient valeur contraignante en tant que tels, la Convention de Vienne de 1969 ne leur attribue un effet juridique en vertu de l'article 31 que s'il existe un accord sur le fond entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. La Cour internationale de Justice a confirmé que la distinction entre la forme d'une décision collective et l'accord sur le fond est pertinente dans un tel contexte[863].

32) Le fait que certaines décisions ne peuvent constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, bien qu'elles aient été déclarées comme adoptées par consensus, est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'opposition d'un État ou de plusieurs États à ce consensus.

33) Ainsi, à sa sixième réunion, en 2002, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique s'est employée à élaborer des principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des

---

[859] La Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques applique provisoirement le projet de règlement intérieur de la Conférence des Parties et de ses organes subsidiaires (FCCC/CP/1996/2), à l'exception du projet d'article 42, au chapitre Intitulé « Vote », faute d'accord à ce jour sur l'une des deux variantes qui y sont proposées, voir *Rapport de la Conférence des Parties sur les travaux de sa première session, Berlin, 28 mars-7 avril 1995* (FCCC/CP/1995/7), p. 8, par. 10 ; et *Rapport de la dix-neuvième session de la Conférence des Parties, Varsovie, 11-23 novembre 2013* (FCCC/CP/2013/10), p. 7, par. 4 ; de même, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, de 1992, n'a pas adopté le paragraphe 1 de l'article 40 du règlement intérieur (Vote) « en raison d'un manque d'accord entre les Parties sur la majorité requise pour la prise de décisions sur les questions de fond », voir *Rapport de la onzième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, Hyderabad (Inde), 8-19 octobre 2012* (UNEP/CBD/COP/11/35), par. 65.

[860] Règlement intérieur provisoire de la Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, tenue à Genève, du 3 au 21 mars 1980 (BWC/CONF.I/2).

[861] Résolution 60/286 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée prie le Bureau des affaires juridiques « de rendre accessible au public l'information relative aux précédents que les organes intergouvernementaux de l'Organisation ont établis et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (annexe, par. 24).

[862] Commentaires relatifs à certaines questions de procédure : « Consensus in UN practice General », document établi par le Secrétariat, disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/FR/GA_RoP_FR.pdf. Voir aussi R. Wolfrum et J. Pichon, « Consensus », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, octobre 2010, par. 3, 4 et 24. Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

[863] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 257, par. 83.

écosystèmes, des habitats ou des espèces[864]. Après l'échec de plusieurs tentatives pour parvenir à un accord, la Présidente de la Conférence des Parties a proposé d'adopter la décision et de consigner les réserves exprimées par l'Australie dans le rapport final de la réunion. Le représentant de l'Australie a cependant réaffirmé qu'il « ne pouvait accepter les principes directeurs » et que « [s]on objection formelle était donc maintenue »[865]. La Présidente a déclaré le débat clos et, « conformément à la pratique en usage », a déclaré la décision adoptée sans la mettre aux voix, en précisant que les objections des États opposés seraient reflétées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réaffirmé sa position selon laquelle « le consensus signifiait adoption sans objection formelle » et a exprimé qu'elle était « gravement préoccupée par la légalité de la procédure d'adoption du projet de décision ». En définitive, il a été précisé dans une note de bas de page relative à la décision VI/23 qu'« [u]n délégué a[vait] émis une objection formelle au cours du processus d'adoption de cette décision et a[vait] indiqué qu'il estimait que la Conférence des Parties ne pouvait pas légitimement adopter une motion ou un texte grevé d'une objection formelle »[866].

34) Face à une telle situation, le Secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique a adressé une demande d'avis juridique au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies[867]. Celui-ci a exprimé l'avis[868] qu'une partie pouvait « prendre ses distances par rapport au fond ou à la lettre d'un document, indiquer que le fait de se joindre au consensus ne constituait pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et/ou présenter toute autre restriction quant à la position du gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document[869] ». Cela montre clairement qu'une décision peut être adoptée par consensus même si un ou plusieurs des États parties ne souscrivent pas au fond de la décision.

35) La décision prise dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique et une décision analogue adoptée à Cancún en 2010 lors de la réunion des Parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (malgré l'objection de la Bolivie)[870] soulèvent l'importante question du sens à donner au terme « consensus »[871]. Il convient toutefois de distinguer cette question, qui ne relève pas du présent sujet, de celle de savoir si toutes les parties à un traité sont parvenues à un accord sur le fond au sujet de l'interprétation de ce traité au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*. Les décisions de conférences des parties qui ne traduisent pas un accord de toutes les parties sur le fond ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, mais elles peuvent constituer une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir *supra* le projet de conclusion 4, paragraphe 3).

36) Une autre question est celle de savoir quel est l'effet juridique d'une décision adoptée par une conférence des parties dès lors qu'elle constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3. En 2011, il a été demandé à la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI d'indiquer aux organes directeurs les conditions procédurales applicables à une décision relative à une résolution interprétative et de lui faire savoir, en particulier, s'il serait nécessaire ou non de parvenir à un consensus pour une telle décision[872]. Dans sa réponse, la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI, tout en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties pouvait, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, a indiqué aux organes directeurs que, même si la conférence adoptait une décision par consensus, cela ne signifierait pas que la décision serait contraignante pour toutes les parties[873].

37) Bien qu'elle ait fondé son avis sur la prémisse erronée qu'un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne pourrait être que contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité[874] », la Sous-Division des affaires juridiques de l'OMI est parvenue à la conclusion exacte selon laquelle, même si une décision adoptée par consensus par une conférence des parties constitue un accord au sujet de l'interprétation sur le fond, elle n'est pas (nécessairement) contraignante pour les parties[875]. Au contraire, comme la Commission l'a indiqué, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, n'est que l'un des différents moyens d'interprétation dont il faut tenir compte dans le processus d'interprétation[876].

38) En conséquence, les résolutions interprétatives des conférences des parties qui sont adoptées par consensus, même si elles ne sont pas contraignantes en tant que telles, peuvent néanmoins constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, s'il existe des indices suffisants que telle était l'intention des parties au moment de l'adoption de la décision, ou si la pratique ultérieure des parties établit un accord à

[864] *Rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, La Haye, 7-19 avril 2002* (UNEP/CBD/COP/6/20), annexe I, décision VI/23.

[865] Ibid., par. 313.

[866] Ibid., par. 316, 318 et 321 ; pour le débat, voir les paragraphes 294 à 324. Toutes les décisions de la Conférence des Parties sont disponibles à l'adresse suivante : www.cbd.int/decisions.

[867] Cette demande d'avis juridique peut être obtenue auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002).

[868] Lettre datée du 17 juin 2002, transmise par télécopie.

[869] Ibid.

[870] Voir *Rapport de la sixième session de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, tenue à Cancún du 29 novembre au 10 décembre 2010* (FCCC/KP/CMP/2010/12 et Add.1), décision 1/CMP.6 (Les Accords de Cancún : résultats des travaux effectués par le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des Parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session) et décision 2/CMP.6 (Les Accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie) ; et délibérations de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto, par. 29.

[871] Voir Nolte, « Subsequent agreements and subsequent practice of States… » (note 444 *supra*), aux pages 372 à 377.

[872] OMI, Rapport sur les travaux du Groupe de travail intersessions sur la fertilisation des océans à sa troisième réunion (LC 33/4), par. 4.15.2.

[873] OMI, document LC 33/J/6 (voir *supra la* note 836), par. 5.

[874] Ibid., par. 8.

[875] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 10 [9], paragraphes 9 à 11.

[876] Paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 3 [2] *supra*.

l'égard de l'interprétation du traité[877]. L'interprète doit accorder le poids voulu à une résolution interprétative aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *a*, mais il ne doit pas nécessairement la considérer comme juridiquement contraignante[878].

Conclusion 12 [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 de l'article 31, paragraphe 3, 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 de l'article 31, paragraphe 1, et de l'article 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

Généralités

1) Le projet de conclusion 12 [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 de 1969.

2) Les actes constitutifs d'organisations internationales sont spécifiquement visés à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969, qui dispose ce qui suit :

> 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[879].

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, par. 1 *a*). Les dispositions contenues dans un tel traité font partie intégrante de l'acte constitutif[880].

4) D'une manière générale, l'article 5, qui dispose que la Convention de Vienne de 1969 s'applique aux actes constitutifs d'organisations internationales, sans préjudice de toutes règles pertinentes de l'organisation[881], 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 »[882].

5) Le projet de conclusion 12 [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[883]. Le projet de conclusion 12 [11] ne s'applique pas non plus à l'interprétation de décisions émanant d'organes d'organisations internationales[884], notamment à l'interprétation de décisions de juridictions internationales[885], ni à l'effet d'une « jurisprudence constante »[886]

---

[877] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], opinion individuelle du juge Greenwood, aux pages 407 et 408, par. 6, et opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, aux pages 453 et 454, par. 4.

[878] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 3 [2], paragraphe 4.

[879] Voir également la disposition jumelle contenue à l'article 5 de la Convention de Vienne de 1986.

[880] L'article 20, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'en cas de réserve à un acte constitutif d'une organisation, l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation est exigée. Voir le douzième rapport sur les réserves aux traités, *Annuaire… 2007*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/584, p. 47, par. 75 à 77 ; voir aussi S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 204.

[881] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 208 (projet d'article 4) ; K. Schmalenbach, « Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization », dans Dörr et Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties…* (voir *supra* la note 443), p. 89 à 99, à la page 89, par. 1.

[882] Voir, par exemple, les articles 16 ; 19 *a* et *b* ; 20, par. 1 et 3 à 5 ; 22 ; 24, par. 3 ; 25, par. 2 ; 44, par. 1 ; 55 ; 58, par. 2 ; 70, par. 1 ; 72, par. 1 ; et 77, par. 1, de la Convention de Vienne de 1969.

[883] Cette dernière catégorie est couverte par la Convention de Vienne de 1986.

[884] *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403, à la page 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 Year Book of International Law 1996*, vol. 67, p. 1 à 73, à la page 29 ; M. C. Wood, « The interpretation of Security Council resolutions », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73 à 95, à la page 85 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 128.

[885] *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du* Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) *(Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 281, à la page 307, par. 75 (« Un arrêt de la Cour ne saurait être considéré comme équivalant 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. »).

[886] Voir Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte*

de cours ou tribunaux[887]. Enfin, le projet de 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.

Paragraphe 1 − applicabilité des articles 31 et 32

6) La première phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 [11] affirme que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont applicables aux traités qui sont des actes constitutifs d'organisations internationales[888]. 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[889].

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[890].

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 ceci :

> 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[891].

9) La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet de conclusion 12 [11] 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 du paragraphe 3 *b* de l'article 31 aux actes constitutifs d'organisations internationales. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un 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 :

> 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 »[892].

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 du paragraphe 3 *b* de l'article 31, la Cour a déclaré qu'elle ferait également application du paragraphe 3 *b* de l'article 31

> […] 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[893].

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[894], la Cour a mis l'accent sur la pratique ultérieure des parties. Partant du constat que « [l]es États membres ont en outre confié à la [C]ommission [du bassin du lac Tchad] certaines tâches qui n'avaient pas été initialement prévues par les textes conventionnels[895] », elle a conclu ceci :

> Il ressort des textes conventionnels et de la pratique [des parties] analysés aux paragraphes 64 et 65 […] 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 [des Nations Unies][896].

Alconbury (Developments Limited and others), [2001] UKHL 23 ; et Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah (FC), Do (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham) ; *R (on the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport*, [2008] UKHL 15.

[887] Une telle jurisprudence peut être un moyen de détermination des règles de droit, comme indiqué, en particulier, à l'Article 38, paragraphe 1 *d*, du Statut de la Cour internationale de Justice.

[888] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 281 et 282.

[889] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66, à la page 74, par. 19.

[890] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 157.

[891] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 75, par. 19.

[892] Ibid.

[893] Ibid.

[894] Voir l'article 17 du statut des Convention et statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad, de 1964 ; pour une analyse plus générale : P. H. Sand, « Development of international water law in the Lake Chad Basin », *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), p. 52 à 76.

[895] *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (voir *supra* la note 622), à la page 305, par. 65.

[896] Ibid., aux pages 306 et 307, par. 67.

12) Le paragraphe 3 *a* de l'article 31 est également applicable aux actes constitutifs d'organisations internationales[897]. 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 membres 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 traité, habituellement un protocole[898]. 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 :

> Les 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 sur l'Union européenne][899].

En d'autres termes,

> […] le nom de la monnaie européenne sera[it] « euro ». […] Le nom spécifique « euro » sera[it] utilisé au lieu du terme générique « écu » employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne[900].

Cette décision des « États membres réunis au sein » de l'Union européenne a été considérée, dans la doctrine, comme un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31[901].

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[902]. 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[903].

Cependant, la Cour a ensuite accordé une importance déterminante au « contenu et à l'ensemble des circonstances dans lesquelles [la décision] a[vait] été adopté[e] » pour savoir 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 instituant la Communauté économique européenne]. 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[904].

14) Outre les accords ultérieurs ou la pratique ultérieure par lesquels est établi l'accord de toutes les parties au sens du paragraphe 3 *a* et *b* de l'article 31, 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 internationale pour interpréter ce genre de traité[905]. 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[906]. Conclus 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 du paragraphe 3 *a* de l'article 31, 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.

Paragraphe 2 − les accords et la pratique ultérieurs en ce qu'ils « résultent de » ou sont « exprimés par » la réaction des États membres

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 12 [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 qu'« 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 *supra* le projet de conclusion 4)[907].

---

[897] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586] ; voir aussi *infra* la note de bas de page 924 et le texte correspondant.

[898] Voir les articles 39 à 41 de la Convention de Vienne de 1969.

[899] Voir « Conseil européen de Madrid – Conclusions de la présidence », *Bulletin de l'Union européenne*, nº 12 (1995), p. 10, à la page 11, sect. I. A. I.

[900] Ibid.

[901] Voir Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 215 ; et Hafner, « Subsequent agreements and practice… » (note 646 *supra*), aux pages 109 et 110.

[902] Voir P. J. G. Kapteyn et P. VerLoren van Themaat (L. W. Gormley, dir. publ.), *Introduction to the Law of the European Communities*, 3e éd., Londres, Kluwer Law International, 1998, p. 340 à 343.

[903] *Parlement européen c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-181/91 et C-248/91, arrêt du 30 juin 1993, *Recueil de la jurisprudence 1993*, p. I-3713, à la page I-3717, par. 12.

[904] Ibid., à la page I-3718, par. 14.

[905] Voir *supra* les projets de conclusions 2 [1], paragraphe 4, et 4, paragraphe 3, et les commentaires y relatifs, aux paragraphes 10 et 23 à 37 respectivement.

[906] Cela vaut, par exemple, pour la Convention relative à l'aviation civile internationale ; voir P. P. C. Haanappel, « Bilateral air transport agreements − 1913-1980 », *International Trade Law Journal*, vol. 5, nº 2 (1980), p. 241 à 267 ; L. Tomas, « Air transport agreements, regulation of liability », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 242 à 245 (édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil) ; et B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009, p. 10.

[907] R. Higgins, « The development of international law by the political organs of the United Nations », *Proceedings of the American*

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 eux-mêmes, mais a considéré que, dans ce cas, la pratique ne pouvait être considérée comme « exprimant ou constituant » une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 :

La résolution WHA46.40 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[908].

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 le point de savoir si la résolution exprimait ou constituait « une pratique qui établirait un accord entre les États membres de l'Organisation » au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31[909].

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[910].

19) En ce qui concerne les conditions dans lesquelles la décision d'un organe plénier peut valoir accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31, l'Organe d'appel de l'OMC a estimé ce qui suit :

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 clé 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 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*[911].

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 des Nations Unies à la lumière de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[912], 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[913]. À cet égard, des auteurs ont confirmé que des accords ultérieurs au sens

Society of International Law at its 59th Annual Meeting (Washington, 22-24 avril 1965), p. 116 à 124, à la page 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* les paragraphes 26 à 37 du présent commentaire).

[908] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 81, par. 27.

[909] 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 réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, avis consultatif du 23 juillet 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. 865 à 910, à la page 871.

[910] OMC, *États-Unis − Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle* (*États-Unis − Cigarettes aux clous de girofle*), WT/DS406/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 24 avril 2012, par. 262.

[911] Ibid., par. 263 à 265 et 268 (notes de bas de page omises) ; bien que la Décision ministérielle de Doha ne concerne pas une disposition de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce lui-même, elle a trait à une annexe de cet accord (l'« Accord OTC ») qui fait « partie intégrante » de l'Accord sur l'OMC (art. II, par. 2, de l'Accord sur l'OMC). Quant au texte de la Commission indiqué dans la citation, voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1 (deuxième partie), p. 241, par. 14.

[912] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe.

[913] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14, à la page 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* (note 884 *supra*), à la page 437, par. 80 ; en ce sens, voir, par exemple, L. B. Sohn, « The UN system as authoritative interpreter of its law », dans O. Schachter et C. C. Joyner (dir. publ.), *United Nations Legal Order*, vol. 1, Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995, p. 169 à 229, à la page 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 »).

du paragraphe 3 *a* de l'article 31 peuvent, dans certaines circonstances, résulter de, ou être exprimés par, les actes d'organes pléniers d'organisations internationales[914], comme l'Assemblée générale des Nations Unies[915]. Cela étant, comme l'a indiqué l'Organe d'appel de l'OMC à propos de la Commission[916], qualifier une décision collective d'« élément authentique d'interprétation » aux fins du paragraphe 3 *a* de l'article 31 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[917].

21) Le paragraphe 2 mentionne la pratique d'une organisation internationale, plutôt que la pratique d'un organe d'une organisation internationale. Bien que la pratique d'une organisation internationale puisse résulter de la conduite d'un organe, elle peut aussi naître de la pratique de deux organes ou plus.

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 :

> [L]es 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 les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation[918].

Dans cette affaire, la Cour a mis tout autant l'accent sur la pratique d'un ou de 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 »[919]. C'est cette même approche que 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** de l'Assemblée générale, telle qu'elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte[920].

En parlant de la « pratique acceptée de l'Assemblée générale », 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[921].

23) Sur cette base, il est raisonnable de considérer « que la pratique pertinente sera généralement celle des titulaires

---

[914] H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5e éd. rév., Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, p. 854 (mentionnant les interprétations par l'Assemblée des instruments constitutifs 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. 145 à 179, aux pages 157 et 158 (citant comme exemple possible d'accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 une décision du Conseil de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire du 17 juin 2010, adoptée à l'unanimité, qui interprète les conditions d'adhésion prévues par la Convention pour l'établissement d'une Organisation européenne pour la recherche nucléaire comme un accord ultérieur en vertu du paragraphe 3 *a* de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969).

[915] Voir E. Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, p. 1 à 334, à la page 32 (qui affirme, à propos de la Déclaration sur les relations amicales, que « [c]ette 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, « International law in theory and practice. General course in public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-V*, vol. 178, p. 9 à 396, à la page 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 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 » (notes de bas de page omises)] ; P. Kunig, « United Nations Charter, interpretation of », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 272 à 278, à la page 275 (qui affirme que « [s]i 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 ») [édition en ligne : http://opil.ouplaw.com/home/epil] ; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 527 *supra*), p. 213 (qui estime que la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 sur les 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). Toutes les résolutions auxquelles les auteurs font référence ont été adoptées par consensus.

[916] OMC, *États-Unis − Cigarettes aux clous de girofle* (voir *supra* la note 910), par. 265.

[917] Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 114 et 115.

[918] *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* (voir *supra* la note 436), à la page 22.

[919] H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two », *British Year Book of International Law 1990*, vol. 61, p. 1 à 133, à la page 76 (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 »).

[920] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400), à la page 150.

[921] Voir *supra* le commentaire de la deuxième phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 10 [9], aux paragraphes 13 à 25 ; voir aussi Villiger, *Commentary…* (note 418 *supra*), p. 431 et 432, par. 22 ; et J. Arato, « Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations », *Yale Journal of International Law*, vol. 38, no 2 (2013), p. 289 à 357, à la page 322.

de l'obligation de faire[922]», 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[923]».

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[924] 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[925]». 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[926].

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[927].

Paragraphe 3 – la pratique d'une organisation internationale elle-même

26) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [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[928].

27) Dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée 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[929].

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[930].

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 [portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime][931]».

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, 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»[932].

---

[922] Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 397), p. 281.

[923] Ibid.

[924] S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 37 et 38; et A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 411.

[925] *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant))* [voir *supra* la note 586], à la page 248, par. 46.

[926] Ibid., à la page 257, par. 83.

[927] Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), à la page 149, par. 27 [dans lequel la Cour vise les résolutions de l'Assemblée générale 1600 (XV) du 15 avril 1961 (adoptée par 60 voix contre 16 dont celles de l'Union soviétique et d'autres États du «bloc de l'Est», avec 23 abstentions) et 1913 (XVIII) du 3 décembre 1963 (adoptée par 91 voix contre 2, celles de l'Espagne et du Portugal)].

[928] *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé* (voir *supra* la note 889), à la page 75, par. 19; voir aussi D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, p. 379 à 384.

[929] *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* (voir *supra* la note 619), à la page 9.

[930] *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. 177, à la page 194, par. 48.

[931] *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* (voir *supra* la note 628), à la page 169.

[932] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 168.

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[933]. Déduire 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[934].

32) S'il est généralement admis que la pratique des organes des organisations internationales est pertinente comme moyen d'interprétation de leur acte constitutif[935], 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[936]. Cette pratique peut, au minimum, être considérée comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32[937]. En renvoyant à des actes d'organisations internationales adoptés en dépit de l'opposition de certains États membres[938], 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[939].

33) La Commission a confirmé, dans son commentaire relatif au projet de conclusion 2 [1], que des exemples donnés de la pratique et des accords ultérieurs contribuent, 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[940]. 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, paragraphe 1, et 32 de la Convention de Vienne de 1969. En particulier, ces dispositions permettent de considérer la pratique d'une organisation elle-même, notamment celle d'un ou de 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[941].

35) Ainsi, l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 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[942]. 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[943].

---

[933] Voir J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 90 ; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 25 ; J. E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 80 ; et Rosenne, *Developments in the Law of Treaties…* (note 880 *supra*), p. 224 et 225.

[934] Voir Lauterpacht, « The development of the law of international organization… » (note 762 *supra*), à la page 460 ; et N. Blokker « Beyond "Dili": on the powers and practice of international organizations », dans G. Kreijen (dir. publ.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 299 à 322, aux pages 312 à 318.

[935] Voir C. Brölmann, « Specialized rules of treaty interpretation: international organizations », dans Hollis (dir. publ.) [note 781 *supra*], aux pages 520 et 521 ; S. Kadelbach, « Interpretation of the Charter », dans B. Simma *et al.* (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3e éd., vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 71 à 99, à la page 80 ; et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 127 et 281.

[936] Voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 397 *supra*), p. 282 ; Schermers et Blokker, *International Institutional Law* (note 914 *supra*), p. 844 ; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 187 ; Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (note 933 *supra*), p. 89 et 90 ; voir également *Sentence partielle concernant la licéité de la reprise des actions détenues par des personnes privées décidée le 8 janvier 2001 et les normes applicables à l'évaluation desdites actions*, décision du 22 novembre 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 183, à la page 224, par. 145.

[937] La Commission pourra revenir en seconde lecture sur la définition de l'expression « autre pratique ultérieure » figurant dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 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 *Annuaire… 2013*, vol. II (2e partie), p. 18 et suiv., par. 38 et 39.

[938] Voir *supra* la note 927.

[939] 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. 174, à la page 180.

[940] Voir *supra* le paragraphe 15 du commentaire du projet de conclusion 2 [1] et, en particulier, la note 433 ; voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (exceptions préliminaires), arrêt du 11 juin 1998 (note 622 *supra*), aux pages 306 et 307, par. 67.

[941] Voir *Sud-Ouest africain – Procédure de vote*, avis consultatif du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67, à la page 106 (opinion individuelle du juge Lauterpacht : « 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. »).

[942] Les commentateurs débattent du point de savoir si le caractère institutionnel spécifique de certaines organisations internationales, associé aux principes et aux 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. Álvarez, « Constitutional interpretation in international organizations », dans J.-M. Coicaud et V. Heiskanen (dir. publ.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, United Nations University Press, 2001, p. 104 à 154 ; A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », dans E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir. publ.), *Droit des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, p. 201 à 245, aux pages 216 à 218 ; et M. Wood, « "Constitutionalization" of international law: a sceptical voice », dans K. H. Kaikobad et M. Bohlander (dir. publ.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Leyde/Boston, Brill/Nijhoff, 2009, p. 85 à 97.

[943] *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* (voir *supra* la note 436), aux pages 31 et 32, par. 53 ; voir aussi le projet de conclusion 8 [3] et le commentaire y relatif, paragraphes 24 à 30 ; voir également Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), à la page 537, par. 31 ; et Schmalenbach, « Article 5… » (note 881 *supra*), à la page 92, par. 7.

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 résulter de la conduite d'un organe, mais peut aussi naître de la conduite de deux de ses organes ou plus[944]. 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*[945].

37) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11] s'appuie sur le projet de conclusion 5, qui porte sur la « pratique ultérieure » des parties à un traité dans l'application de celui-ci, telle que définie dans le projet de conclusion 4. 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[946].

Paragraphe 4 – sous réserve des « règle[s] [...] de l'organisation »

38) Le paragraphe 4 du projet de conclusion 12 [11] reflète l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 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'au paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et qu'à l'article 2 *b* des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission en 2011[947].

39) La Commission a déclaré ce qui suit dans son commentaire général du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, de 2011 :

> 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 leur structure et de leurs moyens matériels, ainsi que s'agissant des règles primaires, y compris les obligations conventionnelles, auxquelles elles sont tenues[948].

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 de 1969[949]. 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 du paragraphe 3 *a* de l'article 31. La procédure spéciale prévue par le traité et l'accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* de l'article 31 peuvent toutefois être compatibles s'ils « ont des fonctions différentes et des effets juridiques différents[950] ». Peu d'actes constitutifs contiennent des règles procédurales ou de fond expresses concernant leur interprétation[951]. 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 »[952]. L'expression « pratique établie de l'organisation » a un sens plus étroit que l'expression « pratique de l'organisation » en tant que telle.

41) La Commission a noté, dans son commentaire de l'article 2, paragraphe 1 *j*, du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions, 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[953].

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. Le paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 et l'article 2 *b* du projet d'articles sur la responsabilité des

[944] Voir *supra* le paragraphe 21 du présent commentaire.

[945] *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 578), à la page 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. »).

[946] Voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 5, paragraphe 14. La Commission pourra toutefois revenir sur le libellé du projet de conclusion 5 à la lumière du projet de conclusion 12 [11] afin de clarifier la relation entre les deux dispositions. Voir aussi *supra* la note 937.

[947] Résolution 66/100 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011, annexe ; pour consulter les commentaires correspondants, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 44 et suiv., par. 88.

[948] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 45, paragraphe 7 du commentaire général.

[949] Voir, par exemple, Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* (note 933 *supra*), p. 88 ; Schmalenbach, « Article 5… » (note 881 *supra*), aux pages 89, par. 1, et 96, par. 15 ; Brölmann (note 935 *supra*), à la page 522 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 537 et 538, par. 32.

[950] OMC, *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* (voir *supra* la note 910), par. 252 à 257, en particulier le paragraphe 257.

[951] 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 ; et Dörr, « Article 31… » (note 443 *supra*), aux pages 537 et 538, par. 32.

[952] Voir Convention de Vienne de 1986, art. 2, par. 1 *j* ; et projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales de la Commission, art. 2 *b*, *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87 ; voir aussi C. Peters, « Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin? », *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), p. 617 à 642.

[953] *Annuaire… 1982*, vol. II (2e partie), p. 21, commentaire du projet d'article 2, par. 25 (notes de bas de page omises).

organisations internationales[954] 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[955]. Mais même s'il est difficile de tirer des conclusions générales, la « pratique établie de l'organisation » comprend habituellement une forme spécifique de pratique[956], qui a généralement été acceptée par les membres de l'organisation, ne serait-ce que tacitement[957].

Conclusion 13. Prononcés d'organes conventionnels d'experts

1. Aux fins du présent projet de conclusions, un organe conventionnel d'experts est un organe composé d'experts siégeant à titre individuel, qui est institué en vertu d'un traité et qui n'est pas un organe d'une organisation internationale.

2. La pertinence des prononcés d'un organe conventionnel d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité dépend des règles applicables du traité.

3. Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Le silence d'une partie ne doit pas être présumé constituer une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, acceptant l'interprétation d'un traité contenue dans le prononcé d'un organe conventionnel d'experts.

4. Le présent projet de conclusion est sans préjudice de toute autre contribution que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut apporter à l'interprétation d'un traité.

Commentaire

Paragraphe 1 − définition du terme « organe conventionnel d'experts »

1) Certains traités créent des organes composés d'experts siégeant à titre individuel qui sont chargés de surveiller ou de favoriser par divers moyens la bonne application de leurs dispositions. On peut citer comme exemples de ces organes conventionnels d'experts les comités institués en vertu de divers traités relatifs aux droits de l'homme au niveau universel[958], par exemple le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale[959], le Comité des droits de l'homme[960], le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes[961], le Comité des droits des personnes handicapées[962], le Comité des droits de l'enfant[963] et le Comité contre la torture[964]. On peut citer également la Commission des limites du plateau continental créée en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer[965], le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[966], et l'Organe international de contrôle des stupéfiants créé en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961[967].

2) Le paragraphe 1 définit le terme « organe conventionnel d'experts » uniquement « [a]ux fins du présent projet de conclusions ». Le projet de conclusion ne prétend pas se prononcer autrement sur le statut de tels organes ni sur l'effet juridique éventuel de leurs actes à d'autres fins.

3) L'expression « siégeant à titre individuel » signifie que les membres d'un organe conventionnel d'experts

[954] *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 38 et suiv., par. 87.

[955] Voir Higgins, « The development of international law… » (note 907 *supra*), à la page 121 (« Les aspects relevant de l'interprétation des traités et de la pratique coutumière dans ce domaine ont tendance à se confondre »); Peters, « Subsequent practice… » (note 952 *supra*), aux pages 630 et 631 (« Elle doit être considérée 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 » [*Annuaire… 1982*, vol. II (2e partie), p. 21 (paragraphe 25 du commentaire relatif à l'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales adopté par la Commission à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions)]; Schermers et Blokker, *International Institutional Law* (note 914 *supra*), p. 766; mais voir C. Ahlborn, « The rules of international organizations and the law of international responsibility », *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), p. 397 à 482, aux pages 424 à 428.

[956] Blokker, « Beyond "Dili"… » (voir *supra* la note 934), à la page 312.

[957] Lauterpacht, « The development of the law of international organization… » (voir *supra* la note 762), à la page 464 (« le consentement de la grande majorité des membres »); Higgins, « The development of international law… » (voir *supra* la note 907), à la page 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'Organisation des Nations Unies ont sans aucun doute le pouvoir initial de prendre de telles décisions [concernant leurs propres juridiction et compétence] »); et Peters, « Subsequent practice… » (voir *supra* la note 952), aux pages 633 à 641.

[958] Voir N. S. Rodley, « The role and impact of treaty bodies », dans D. Shelton (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 621 à 641, aux pages 622 et 623.

[959] Articles 8 à 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

[960] Articles 28 à 45 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[961] Articles 17 à 22 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

[962] Articles 34 à 39 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

[963] Articles 43 à 45 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

[964] Articles 17 à 24 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[965] La Commission des limites du plateau continental a été créée en application de l'article 76, paragraphe 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de son annexe II.

[966] Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement a été créé en application de l'article 15 de la Convention, et de la décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions adoptée en 2002 à la première réunion des Parties (ECE/MP.PP/2/Add.8).

[967] L'Organe international de contrôle des stupéfiants a été créé en application de l'article 5 de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961.

ne sont soumis à aucune instruction gouvernementale lorsqu'ils agissent en cette qualité[968]. Le projet de conclusion 13 ne concerne pas les organes composés de représentants de l'État. Les décisions d'un organe où siègent des représentants de l'État, autre qu'un organe d'une organisation internationale, constituent une forme de pratique de ces États qui agissent ainsi collectivement dans ce cadre[969].

4) Le projet de conclusion 13 ne s'applique pas non plus en des termes similaires aux organes ayant le statut d'organe d'une organisation internationale[970]. Les décisions d'un organe ayant le statut d'organe d'une organisation internationale sont imputables au premier chef à cette organisation[971]. La décision d'exclure du champ d'application du projet de conclusion 13 les organes ayant le statut d'organe d'une organisation internationale a été prise pour des raisons formelles, car le présent projet de conclusions ne porte pas sur la pertinence des règles d'interprétation de la Convention de Vienne de 1969. Cela n'exclut pas que la substance du présent projet de conclusion puisse s'appliquer, *mutatis mutandis*, à des prononcés d'organes d'experts indépendants qui ont le statut d'organe d'une organisation internationale.

5) L'expression « institué en vertu d'un traité » signifie que la création ou la compétence d'un organe d'experts déterminé résulte d'un traité. Dans la plupart des cas, il est facile de déterminer si ces conditions sont remplies, mais il peut y avoir aussi des cas limites. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple, est un organe qui a été institué par une résolution d'une organisation internationale[972], mais qui a ensuite reçu compétence pour « examiner » certaines « communications » en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[973]. Un tel organe est un organe conventionnel d'experts au sens du projet de conclusion 13, puisque c'est un traité qui définit l'exercice de certaines compétences par le Comité. Un autre cas incertain est celui du Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, dont la création − par une décision de la Conférence des Parties − est implicitement envisagée à l'article 18 du Protocole[974].

Paragraphe 2 − primauté des règles du traité

6) Différents termes sont employés dans les traités pour désigner les actes des organes conventionnels d'experts, par exemple « constatations[975] », « recommandations[976] », « commentaires » ou « observations »[977], « mesures[978] » et « mesures consécutives[979] ». Dans le projet de conclusion 13, aux fins du présent projet de conclusions, c'est le terme général « prononcés[980] » qui est employé. Ce terme recouvre toutes les formes pertinentes d'action d'un organe conventionnel d'experts. Parmi les autres termes

[968] Voir, par exemple, l'article 28, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; voir aussi C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 219.

[969] Il en est ainsi, notamment, des décisions d'une conférence des États parties ; voir *supra* le projet de conclusion 12 [11].

[970] La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail est un exemple important d'organe d'experts qui a le statut d'organe d'une organisation internationale. Elle a été créée en 1926 afin d'examiner les rapports des gouvernements sur les conventions ratifiées. Elle se compose de 20 juristes éminents originaires de plusieurs régions géographiques, systèmes juridiques et cultures, qui sont nommés par le Conseil d'administration de l'Organisation internationale du Travail pour un mandat de trois ans ; voir www.ilo.org et les renseignements communiqués à la Commission par l'Organisation internationale du Travail, qui sont disponibles sur le site Web de la Commission, à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml.

[971] Voir l'article 6, paragraphe 1, des articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés par la Commission en 2011 (résolution 66/100 de l'Assemblée générale, annexe ; pour consulter les commentaires correspondants, voir *Annuaire… 2011*, vol. II (2e partie), p. 44 et suiv., par. 88). Comme exemple d'organe composé d'experts siégeant à titre individuel, on peut citer le Groupe de travail sur la détention arbitraire, dont les tâches ont été définies par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 24/7 du 26 septembre 2013, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément no 53A* (A/68/53/Add.1). Étant un organe subsidiaire du Conseil, ce groupe de travail n'est pas un organe conventionnel d'experts aux fins du projet de conclusion 13 ; voir www.ohchr.org/FR/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx.

[972] Résolution 1985/17 du Conseil économique et social en date du 28 mai 1985 (E/C.12/1989/4), par. 9.

[973] Voir les articles 1 à 15 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, annexé à la résolution 63/117 de l'Assemblée générale en date du 10 décembre 2008.

[974] Le Comité de contrôle du respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques a été créé en application de l'article 18 du Protocole et de la décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, adoptée par la Conférence des Parties à sa septième session (*Rapport de la Conférence des Parties sur les travaux de sa septième session, tenue à Marrakech du 29 octobre au 10 novembre 2001*, FCCC/CP/2001/13/Add.3).

[975] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 42, par. 7 *c* ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 5, par. 4 ; et Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 9, par. 1.

[976] Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, art. 9, par. 2 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, art. 21, par. 1 ; Convention relative aux droits de l'enfant, art. 45 *d* ; Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 33, par. 5 ; et Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 76, par. 8.

[977] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 19, par. 3 (« commentaires ») ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 40, par. 4 (« observations ») ; et Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, art. 74 (« commentaires »).

[978] Décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions, adoptée à la première réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (voir *supra* la note 966), annexe, par. 36 et 37 ; et Convention unique sur les stupéfiants de 1961, art. 14.

[979] Décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (voir *supra* la note 974), annexe, sect. XV.

[980] Le terme anglais *pronouncements* est utilisé dans les références suivantes : *Yearbook of the International Law Commission 2015*, vol. II (Part Two), par. 26 *b* ; voir également Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra la* note 541), p. 626 et 627, par. 15 ; et Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts » [CDL-AD(2014)036], adopté par la Commission de Venise à sa 100e session plénière (Rome, 10 et 11 octobre 2014), par. 78.

généraux utilisés pour certains organes, on peut notamment citer « jurisprudence[981] » et « produits[982] ».

7) Le paragraphe 2 vise à souligner que la force juridique éventuelle du prononcé d'un organe conventionnel d'experts dépend en tout premier lieu des règles spécifiques du traité lui-même. Les effets juridiques peuvent donc être très différents. On les détermine en appliquant les règles d'interprétation des traités énoncés dans la Convention de Vienne de 1969. Le plus souvent, il ressort du sens ordinaire du terme retenu dans le traité pour désigner tel ou tel prononcé, ou de son contexte, que ce prononcé n'a pas force obligatoire[983]. Ainsi en est-il des termes « constatations » (article 5, paragraphe 4, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques), « suggestions et recommandations » (article 14, paragraphe 8, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) et « recommandations » (article 76, paragraphe 8, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

8) Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente étude, de décrire en détail la compétence des différents organes conventionnels d'experts. Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, par exemple, adoptent en général un prononcé après l'examen de rapports étatiques (« observations finales »), ou en réponse à des communications individuelles (« constatations »), ou à propos de questions générales concernant l'application ou l'interprétation de leurs instruments respectifs (« observations générales »)[984]. S'ils sont régis par différentes dispositions spécifiques du traité qui déterminent au premier chef leur effet juridique, ces prononcés interprètent souvent, explicitement ou implicitement, le traité, ce qui soulève certaines questions générales auxquelles le projet de conclusion 13 vise à répondre[985].

Paragraphe 3, première phrase – « peut donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure »

9) Le prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne peut en tant que tel constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31, puisque cette disposition suppose une pratique ultérieure des parties qui établit leur accord à l'égard de l'interprétation du traité. C'est ce qu'a confirmé, par exemple, la réaction suscitée par un avant-projet du Comité des droits de l'homme tendant à ce que le « corps de jurisprudence » produit par le Comité, ou l'acceptation par les États de cette jurisprudence, constitue une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31. La proposition du Comité des droits de l'homme se lisait comme suit :

> En ce qui concerne le corps de jurisprudence produit par le Comité, on peut considérer qu'il constitue une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou, selon une autre perspective, que l'acceptation par les États parties de ces décisions constitue cette pratique[986].

10) Face aux critiques de certains États[987], le Comité n'a pas maintenu sa proposition et a adopté son observation générale n° 33 sans faire référence au paragraphe 3 *b* de l'article 31[988]. Cela confirme qu'un prononcé d'un organe conventionnel d'experts ne saurait, en tant que tel, constituer une pratique ultérieure au sens du paragraphe 3 *b* de l'article 31.

---

[981] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 639, aux pages 663 et 664, par. 66 ; Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 640 ; A. Andrusevych, T. Alge et C. Konrad (dir. publ.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2e éd., Lviv, Resource and Analysis Center "Society and Environment", 2011 ; et « Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date », disponible à l'adresse suivante : www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf.

[982] R. Van Alebeek et A. Nollkaemper, « The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law », dans H. Keller et G. Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2012, p. 356 à 413, à la page 402 ; Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 639 ; et K. Mechlem, « Treaty bodies and the interpretation of human rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), p. 905 à 947, à la page 908.

[983] Ce point est généralement admis dans la doctrine, voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 627, par. 18 ; Rodley (note 958 *supra*), à la page 639 ; Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (note 968 *supra*), p. 233 et 267 ; D. Shelton, « The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies », dans H. P. Hestermeyer *et al.* (dir. publ.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. I, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 553 à 575, à la page 559 ; H. Keller et L. Grover, « General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (note 982 *supra*), p. 116 à 198, à la page 129 ; et Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… (note 980 *supra*), par. 76 ; pour le terme « déterminer » figurant à l'article 18 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et dans la décision 24/CP.7 sur les procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto (voir *supra* la note 974), voir G. Ulfstein et J. Werksman, « The Kyoto compliance system: towards hard enforcement », dans O. S. Stokke, J. Hovi et G. Ulfstein (dir. publ.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, Londres, Earthscan, 2005, p. 39 à 62, aux pages 55 et 56.

[984] W. Kälin, « Examination of state reports », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (voir *supra* la note 982), p. 16 à 72 ; G. Ulfstein, « Individual complaints », ibid., p. 73 à 115 ; et Mechlem (voir *supra* la note 982), aux pages 922 à 930 ; les observations générales formulées au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont pour base juridique l'article 40, paragraphe 4, du Pacte, mais cette pratique a été également admise de façon générale en ce qui concerne d'autres organes d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, voir Keller et Grover, « General comments… » (note 983 *supra*), aux pages 127 et 128.

[985] Par exemple, Rodley (voir *supra* la note 958), à la page 639 ; Shelton, « The legal status of normative pronouncements… » (voir *supra* la note 983), aux pages 574 et 575 ; et A. Boyle et C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 155.

[986] Projet d'observation générale n° 33 (Les obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) [deuxième version révisée au 18 août 2008] (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 25 août 2008, par. 18 ; cette position a également été avancée par plusieurs auteurs : voir Keller et Grover, « General comments… » (note 983 *supra*), aux pages 130 à 132, avec d'autres références.

[987] Voir, par exemple, « Comments of the United States of America on the Human Rights Committee's "Draft General Comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant [on] Civil and Political Rights" », 17 octobre 2008, par. 17. Disponible à l'adresse suivante : https://2009-2017.state.gov/documents/organization/138851.pdf.

[988] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 40* [A/64/40 (Vol. I)], annexe V.

11) Les prononcés d'un organe conventionnel d'experts peuvent cependant donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties par laquelle est établi leur accord à l'égard de l'interprétation du traité au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31. Cette possibilité a été admise par des États[989], par la Commission[990] et aussi par l'Association de droit international[991] et par un grand nombre d'auteurs[992]. Rien n'empêche en effet un prononcé d'un organe conventionnel d'experts de donner naissance ou de faire référence à un accord ultérieur entre les parties ou à une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties elles-mêmes à l'égard de l'interprétation d'un traité.

12) S'il est donc possible, en principe, que le prononcé d'un organe conventionnel d'experts donne naissance à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31, ce résultat reste difficilement envisageable en pratique. La plupart des traités de portée universelle qui créent des organes conventionnels d'experts comptent un grand nombre de parties. Il sera souvent difficile d'établir que toutes les parties sont convenues, expressément ou implicitement, que tel prononcé d'un organe conventionnel d'experts exprime une certaine interprétation du traité.

13) Un moyen de déterminer un accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité figurant dans un prononcé d'un organe conventionnel d'experts consiste à étudier les résolutions d'organes d'organisations internationales ainsi que de conférences des États parties. En particulier, les résolutions de l'Assemblée générale peuvent faire référence, expressément ou implicitement, à des prononcés d'organes conventionnels d'experts. Tel est le cas, par exemple, de deux résolutions de l'Assemblée générale portant sur la « protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste »[993], qui renvoient expressément à l'observation générale n° 29 du Comité des droits de l'homme sur les dérogations au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en période d'état d'urgence[994]. Les deux résolutions réaffirment l'obligation incombant aux États de respecter certains droits garantis par le Pacte ne souffrant aucune dérogation quelles que soient les circonstances, et soulignent le « caractère exceptionnel et provisoire » des mesures dérogatoires en reprenant les termes employés dans l'observation générale n° 29 pour interpréter et ainsi préciser l'obligation des États de satisfaire aux prescriptions de l'article 4 du Pacte[995]. Ces résolutions ayant été adoptées sans vote par l'Assemblée générale, elles correspondraient à un accord ultérieur au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31, si le consensus constituait un acquiescement de toutes les parties à l'interprétation contenue dans le prononcé[996].

14) Le prononcé du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son observation générale n° 15 selon laquelle les articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels prévoient implicitement un droit à l'eau[997], offre une autre illustration de la manière dont un accord des parties peut s'établir. Après avoir débattu de la question pendant plusieurs années, l'Assemblée générale a, le 17 décembre 2015, adopté sans vote une résolution qui définit le droit de l'homme à l'eau potable en reprenant les termes employés par le Comité dans son observation générale n° 15 pour interpréter ce droit[998]. Si le consensus constituait le consentement de toutes les parties à l'interprétation qui est contenue dans le prononcé, alors cette résolution pourrait faire référence à un accord au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31[999].

15) D'autres résolutions de l'Assemblée générale font expressément référence à des prononcés d'organes conventionnels d'experts[1000] ou invitent les États à prendre en considération les recommandations, observations ou observations générales des organes conventionnels pertinents au sujet de l'application des traités correspondants[1001]. Les résolutions de conférences des États parties

---

[989] Voir, par exemple, A/C.6/70/SR.22, par. 46 (États-Unis) : « [...] les réactions des États parties aux déclarations ou activités d'un organe conventionnel peuvent, dans certaines circonstances, constituer une pratique ultérieure (de ces États) au sens de l'article 31, paragraphe 3 ».

[990] Voir *supra* le paragraphe 11 du commentaire du projet de conclusion 3 [2].

[991] Voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 628 et 629, par. 21.

[992] Voir, par exemple, Mechlem (note 982 *supra*), aux pages 920 et 921 ; B. Schlütter, « Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies », dans Keller et Ulfstein (dir. publ.), *UN Human Rights Treaty Bodies…* (note 982 *supra*), p. 261 à 319, aux pages 289 et 290 ; et Ulfstein « Individual complaints » (note 984 *supra*), à la page 96.

[993] Résolutions de l'Assemblée générale 65/221 du 21 décembre 2010, par. 5, note 8, et 68/178 du 18 décembre 2013, par. 5, note 8.

[994] Comité des droits de l'homme, observation générale n° 29 (2001) sur les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40* [A/56/40 (Vol. I)],, annexe VI.

[995] Ibid., par. 2.

[996] Voir *supra* le projet de conclusion 11 [10], paragraphe 3, et le commentaire y relatif.

[997] Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 15 (2002) sur le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte), *Documents officiels du Conseil économique et social, 2003, Supplément n° 2* (E/2003/22-E/C.12/2002/13), annexe IV, par. 2 (« Le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun. »).

[998] Résolution 70/169 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 2015, rappelant l'observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'eau (voir *supra* la note 997) et reprenant les mêmes termes : « *Reconnaît* que le droit de l'homme à l'eau potable doit permettre à chacun d'avoir accès sans discrimination, physiquement et à un coût abordable, à un approvisionnement suffisant en eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques » (par. 2).

[999] Voir *supra* le projet de conclusion 11 [10], paragraphe 3, et le commentaire y relatif, paragraphes 31 à 38 ; s'agissant de la résolution 70/169 sur le droit à l'eau (voir *supra* la note 998), les États-Unis « se dissocient du consensus sur le paragraphe 2 au motif que le libellé utilisé pour définir le droit à l'eau et à l'assainissement n'est fondé que sur les vues du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et du Rapporteur spécial et n'apparaît dans aucun accord international ni ne traduit un consensus international » (A/C.3/70/SR.55, par. 144). Cette déclaration ne fait pas clairement ressortir le point de savoir si les États-Unis souhaitaient ainsi simplement réaffirmer leur position selon laquelle la résolution ne reconnaissait au prononcé du Comité, en tant que tel, aucun effet particulier, ou s'ils n'étaient pas d'accord sur la définition au fond.

[1000] Voir la résolution 69/166 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, rappelant l'observation générale n° 16 (1988) du Comité des droits de l'homme sur le droit au respect de la vie privée [*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 40* (A/43/40), annexe VI].

[1001] Voir les résolutions de l'Assemblée générale 69/157 du 18 décembre 2014, adoptée sans vote, et 68/147 du 18 décembre 2013, adoptée sans vote.

peuvent en faire de même, comme c'est le cas à l'égard des recommandations du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[1002]. Il faut néanmoins rester prudent avant de tirer une quelconque conclusion quant à savoir si ces résolutions impliquent un accord ultérieur ou une pratique ultérieurement suivie par les parties au sens du paragraphe 3 *a* ou *b* de l'article 31.

16) Même s'il ne donne pas naissance ou ne fait pas référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord de toutes les parties à un traité, le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être utile pour la détermination d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 qui n'établit pas un tel accord. On peut citer à titre d'exemple les résolutions du Conseil des droits de l'homme qui font référence à des observations générales du Comité des droits de l'homme ou du Comité des droits économiques, sociaux et culturels[1003]. Même si le Conseil compte un nombre restreint de membres, de telles résolutions peuvent être utiles aux fins de l'interprétation d'un traité en tant qu'expression d'une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32. Un autre exemple concerne l'Organe international de contrôle des stupéfiants[1004]. Plusieurs États ont été à l'origine d'une pratique ultérieure au sens de l'article 32 en marquant leur désaccord sur les propositions de l'Organe concernant la création de lieux appelés salles d'injection et d'autres mesures de réduction des risques[1005], et en reprochant à l'Organe d'interpréter de façon trop stricte les conventions relatives aux stupéfiants et d'outrepasser les limites de son mandat[1006].

17) La première phrase du paragraphe 3 indique de quelles manières le prononcé d'un organe conventionnel d'experts peut être pertinent pour des accords ultérieurs et une pratique ultérieure des parties à un traité, au moyen des termes « peut donner naissance » et « ou faire référence à ». L'expression « peut donner naissance » vise des situations dans lesquelles un prononcé précède la pratique et l'éventuel accord des parties. Dans ce cas, le prononcé peut servir de catalyseur pour la pratique ultérieure des États parties. L'expression « faire référence à », en revanche, vise des situations dans lesquelles la pratique ultérieure et l'éventuel accord des parties se sont développés avant le prononcé, ce dernier ne donnant alors qu'une indication concernant cet accord ou cette pratique. Dans le paragraphe 3, il a été décidé d'employer l'expression « faire référence à » de préférence au verbe « refléter » afin de montrer que ce n'est pas le prononcé lui-même qui intègre une pratique ultérieure ou un accord ultérieur des parties. Il n'est cependant pas nécessaire que le prononcé fasse expressément référence à cette pratique ultérieure ou à cet accord ultérieur[1007].

Paragraphe 3, deuxième phrase – le silence n'est pas présumé constituer une pratique ultérieure

18) L'accord de toutes les parties à un traité, voire d'un grand nombre d'entre elles, au sujet de l'interprétation formulée dans un prononcé n'est souvent envisageable que si l'absence d'objections peut être assimilée à un accord des États parties qui ont gardé le silence. Le paragraphe 2 du projet de conclusion 10 [9] dispose ce qui suit, à titre de règle générale : « Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction. » La deuxième phrase du paragraphe 3 vise non pas à reconnaître une exception à cette règle générale, mais plutôt à préciser et à appliquer cette règle aux cas typiques des prononcés d'organes d'experts.

19) Cela signifie, en particulier, que l'on ne doit pas normalement attendre des États parties qu'ils prennent position à l'égard de tout prononcé d'un organe conventionnel d'experts, que celui-ci s'adresse à un autre État ou à tous les États en général[1008]. Par contre, les États parties peuvent être tenus, au titre du devoir général de coopérer dans le cadre de certains traités, de prêter attention et de réagir aux prononcés d'un organe conventionnel d'experts qui leur sont spécifiquement adressés[1009], ou à des communications individuelles concernant leur propre comportement[1010].

Paragraphe 4 – sans préjudice de toute autre contribution

20) Outre qu'ils peuvent donner naissance ou faire référence à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure des parties elles-mêmes au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*

[1002] Décision I/7 sur l'examen du respect des dispositions, adoptée à la première réunion des Parties à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (voir *supra* la note 966), annexe, par. 37 ; et V. Koester, « The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) », dans G. Ulfstein *et al.* (dir. publ.), *Making Treaties Work. Human Rights, Environment and Arms Control*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 2007, p. 179 à 217, à la page 203.

[1003] Voir les résolutions 28/16 du 26 mars 2015 et 28/19 du 27 mars 1015 du Conseil des droits de l'homme, adoptées sans vote [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 53* (A/70/53)].

[1004] Voir *supra* la note 967.

[1005] Voir *Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 2009* (E/INCB/2009/1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.10.XI.1), par. 278 ; voir aussi J. Csete et D. Wolfe, « Closed to reason: the International Narcotics Control Board and HIV/AIDS », Toronto/New York, Réseau juridique canadien VIH/sida / International Harm Reduction Development Program of the Open Society Institute, 2007, p. 12 à 18.

[1006] Voir D. Barrett, *"Unique in International Relations"? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies*, Londres, International Harm Reduction Association, 2008, p. 8.

[1007] Les organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont rarement tenté de déterminer précisément la pratique des parties aux fins de l'interprétation d'une disposition conventionnelle particulière ; voir des exemples dans Nolte, « Jurisprudence under special regimes… » (note 403 *supra*), aux pages 210 à 278 ; et Schlütter (note 992 *supra*), à la page 318.

[1008] Voir Ulfstein, « Individual complaints » (note 984 *supra*), à la page 97 ; et Van Alebeek et Nollkaemper (note 982 *supra*), à la page 410.

[1009] Pour un tel prononcé concernant la validité substantielle d'une réserve qui a été formulée, voir la directive 3.2.3 du Guide de la pratique sur les réserves aux traités et le paragraphe 3 du commentaire s'y rapportant, adoptés par la Commission en 2011, *Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 248 et suiv.

[1010] C. Tomuschat, « Human Rights Committee », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, avril 2019, par. 14 (« Les États parties ne peuvent pas simplement ignorer [les observations du Comité sur les communications individuelles], mais doivent les prendre en considération de bonne foi (*bona fide*) […] l'absence de réaction […] passerait pour une violation […] »). Disponible à l'adresse suivante : http://opil.ouplaw.com/home/epil.

et *b*, et de l'article 32, les prononcés d'organes conventionnels d'experts peuvent aussi contribuer et, partant, être utiles, à l'interprétation d'un traité. Le paragraphe 4 vise cette possibilité par une clause « sans préjudice ». Le terme « autre » n'indique cependant pas que la Commission attache moins d'importance aux autres contributions à l'interprétation d'un traité susceptibles d'être apportées par des organes conventionnels d'experts qu'à celles qui sont décrites au paragraphe 3.

21) La Cour internationale de Justice a confirmé, en particulier dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, que les prononcés du Comité des droits de l'homme étaient pertinents aux fins de l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, indépendamment de la question de savoir si ces prononcés donnaient naissance ou faisaient référence à un accord des parties au sens du paragraphe 3 de l'article 31 :

> Le Comité des droits de l'homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif [se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques], ainsi que dans le cadre de ses « Observations générales ».
>
> Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celles du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité[1011].

22) Les juridictions régionales des droits de l'homme tiennent compte elles aussi de prononcés d'organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation des traités qu'elles doivent appliquer[1012]. De nombreuses juridictions internes, tout en considérant que les prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme n'ont, en soi, aucun caractère juridiquement contraignant à leur égard[1013], reconnaissent cependant qu'« il y a lieu d'accorder à ces prononcés une grande importance aux fins d'établir le sens d'un droit à prendre en considération ou de déterminer la présence d'une violation[1014] ».

23) La Commission elle-même, dans ses commentaires afférents au Guide de la pratique sur les réserves aux traités, a abordé la question de la pertinence des prononcés d'organes conventionnels d'experts créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme à l'égard des réserves[1015].

24) Les décisions des juridictions n'expliquent pas toujours entièrement la pertinence des prononcés des organes conventionnels d'experts aux fins de l'interprétation d'un traité, que ce soit au regard des règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 ou autrement[1016]. La Commission a envisagé les modes d'approche suivants (paragraphes 25 et 26 *infra*).

25) Certains membres considèrent que les prononcés d'organes conventionnels d'experts sont une forme de

---

[1011] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt du 30 novembre 2010 (voir *supra* la note 981), aux pages 663 et 664, par. 66 ; voir aussi *Jugement nº 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 10, à la page 27, par. 39 ; et *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (note 400 *supra*), aux pages 179 à 181, par. 109, 110 et 112, et aux pages 192 et 193, par. 136, où la Cour mentionne divers prononcés du Comité des droits de l'homme et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels ; voir également *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 422, aux pages 457 et 458, par. 101, affaire dans laquelle la Cour se réfère à des prononcés du Comité contre la torture aux fins de déterminer la portée temporelle de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[1012] *Affaire du Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Équateur*, décision (exceptions préliminaires, fond, réparations et frais de justice) du 28 août 2013, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C nº 268, par. 189 et 191 ; *Civil Liberties Organisation et autres c. Nigéria*, communication nº 218/98, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Quatorzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2000-2001*, p. 94, par. 24 (« En interprétant et en appliquant la Charte [africaine des droits de l'homme et des peuples], la Commission […] doit également se conformer à la Charte africaine, aux normes internationales des droits de l'homme définies dans la Charte qui comprennent les décisions et commentaires généraux des organes des Nations Unies créés par traités ») ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Social and Economic Rights Action Centre et Centre for Economic and Social Rights c. Nigéria*, communication nº 155/96, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Quinzième rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2001-2002*, annexe V, par. 63 («[…] s'inspire de la définition du terme "expulsions forcées" par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels [dans son observation générale nº 7]») ; concernant la Cour européenne des droits de l'homme, voir *Marguš c. Croatie* [GC], nº 4455/10, CEDH 2014 (extraits), par. 48 à 50 ; *Baka c. Hongrie*, nº 20261/12, 27 mai 2014, par. 58 ; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, nº 8139/09, CEDH 2012 (extraits), par. 107, 108, 147 à 151, 155 et 158 ; et *Gäfgen c. Allemagne* [GC], nº 22978/05, CEDH 2010, par. 68 et 70 à 72 ; voir aussi Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 662 à 675, par. 116 à 155.

[1013] Voir les décisions citées dans Commission de Venise, « Rapport sur la mise en œuvre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme… » (note 980 *supra*), par. 76, notes 172 et 173 (Cour suprême d'Irlande, *Kavanagh (Joseph) v. Governor of Mountjoy Prison and Attorney General*, [2002] IESC 13, 1er mars 2002, par. 36 ; et Conseil d'État de France, *Hauchemaille c. France*, affaire nº 238849, décision du 11 octobre 2001, par. 22.

[1014] Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 684, par. 175 ; voir aussi Cour administrative fédérale d'Allemagne, BVerwGE, vol. 134, p. 1, à la page 22, par. 48.

[1015] « Bien entendu, si ces organes sont dotés d'un pouvoir de décision, les parties doivent respecter leurs décisions, mais il n'en va ainsi à l'heure actuelle que des cours régionales de droits de l'homme, seules investies d'un tel pouvoir. Les autres organes de contrôle sont quant à eux dépourvus du pouvoir juridique de décider – dans le domaine des réserves comme dans les autres dans lesquels ils disposent d'une compétence de constatation. Dès lors, leurs conclusions ne sont pas juridiquement obligatoires et les États parties doivent seulement "tenir compte" de bonne foi de leur appréciation. » [*Annuaire… 2011*, vol. II (3e partie), p. 249, paragraphe 3 du commentaire de la directive 3.2.3] (notes de bas de page omises).

[1016] Voir Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (note 541 *supra*), p. 627, par. 17 ; Van Alebeek et Nollkaemper (note 982 *supra*), à la page 401 ; l'une des quelques décisions judiciaires dans lesquelles tel a été le cas a été rendue par la Haute Cour d'Osaka dans son arrêt du 28 octobre 1994, 1513 *Hanrei Jiho* 71, 87 [cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 628, par. 20, note 22], également publié dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), p. 109 à 150, aux pages 118 à 133 ; et Cour administrative fédérale d'Allemagne (voir *supra* la note 1014).

pratique qui peut contribuer à l'interprétation d'un traité, en s'appuyant notamment sur l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour internationale de Justice s'est référée à la « pratique constante du Comité des droits de l'homme » pour étayer sa propre interprétation d'une disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1017]. Ces membres considèrent que la façon discrétionnaire dont les juridictions internationales et nationales utilisent essentiellement les prononcés d'organes conventionnels d'experts correspond à ce que l'article 32 présente comme des moyens complémentaires d'interprétation[1018]. En outre, les prononcés d'organes conventionnels d'experts pourraient également, en tant que pratique suivie au regard du traité, contribuer « à la détermination du sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité[1019] ». Ces membres considèrent aussi que le paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11] pourrait aider à résoudre la question, étant donné que la pratique d'une organisation internationale dans l'application de son propre instrument et les prononcés d'organes conventionnels d'experts ont pour point commun de ne pas être la pratique d'une partie au traité, mais d'être néanmoins un comportement prescrit par le traité dans le but de contribuer à la bonne application de celui-ci.

26) D'autres membres estiment que les prononcés d'organes conventionnels d'experts ne sont pas, en tant que tels, une forme de pratique aux fins du sujet à l'examen. Il a été souligné que, selon le paragraphe 3 du projet de conclusion 4, « [t]oute autre "pratique ultérieure" […] est constituée par toute conduite d'une ou plusieurs parties dans l'application du traité, après la conclusion de celui-ci »[1020], et que par conséquent, dans le cadre du sujet, seule la pratique des parties elles-mêmes doit être envisagée. Il a aussi été suggéré que les prononcés d'organes conventionnels d'experts ne pouvaient pas, simultanément, être une forme d'application du traité et remplir une fonction de surveillance. Selon ces membres, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* semble indiquer que le mandat et les fonctions des organes conventionnels d'experts, comme ceux des juridictions, consistent à surveiller l'application du traité, non à servir eux-mêmes de moyens d'interprétation[1021].

27) En définitive, la Commission a décidé de se borner pour le moment à insérer, au paragraphe 4 du projet de conclusion 13, une clause « sans préjudice ». La question pourra être réexaminée en seconde lecture, à la lumière des vues exprimées par les États[1022].

[1017] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 400), à la page 179, par. 109.

[1018] La Haute Cour d'Osaka a expressément déclaré : « On peut considérer qu'il faut s'appuyer sur les "observations générales" et les "constatations" comme moyens complémentaires d'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Haute Cour d'Osaka, arrêt du 28 octobre 1994 (voir *supra* la note 1016), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 652, par. 85, note 178, également publié dans *Japanese Annual of International Law*, vol. 38 (1995), aux pages 129 et 130 ; voir aussi, par exemple, aux Pays-Bas, Conseil central de recours administratif, *Appellante v. de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank* (disponible à l'adresse suivante : http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560) ; au Royaume-Uni, d'une part, Chambre des lords, *Jones v. Saudi Arabia*, [2006] UKHL 26, 14 juin 2006 (« dénué de valeur ») et, d'autre part, Chambre des lords, *A. v Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71, par. 34 à 36 (s'appuyant sur les prononcés d'organes conventionnels pour établir une règle d'irrecevabilité interdisant l'utilisation de renseignements obtenus par la torture) et Cour d'appel, *R. (on the application of Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*, demande de contrôle judiciaire (2005) EWCA Civ 1609, (2006) HRLR 7, par. 101 [citant l'observation générale n° 31 (2004) du Comité des droits de l'homme sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte pour établir l'application extraterritoriale de la loi de 1998 sur les droits de l'homme] ; en Afrique du Sud, d'une part, Haute Cour du Witwatersrand, *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council,* 2002 (6) BCLR, p. 625, à la page 629 (« les observations générales font autorité en droit international »), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 627, par. 11, et, d'autre part, Cour constitutionnelle, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (n° 2)* (CCT 8/02) [2002] ZACC 15, par. 26 et 37 [rejetant l'exécution de l'« obligation fondamentale minimum » définie par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans son observation générale n° 3 (*Documents officiels du Conseil économique et social, 1991, Supplément n° 3* [E/1991/23-E/C.12/1990/8], annexe III, p. 86)] ; au Japon, tribunal de district de Tokyo, jugement du 15 mars 2001, 1784 *Hanrei Jiho* 67, à la page 74 (« l'observation générale ne constitue pas une interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques faisant autorité et elle n'impose pas davantage au Japon une interprétation du Pacte »), cité dans Association de droit international, « Final report on the impact of findings of the United Nations human rights treaty bodies », *Report of the Seventy-First Conference*, Berlin, 16-21 août 2004 (voir *supra* la note 541), p. 652, par. 87.

[1019] Voir *supra* le paragraphe 15 du commentaire du projet de conclusion 2 [1], note 433 ; voir aussi le projet de conclusion 12 [11], paragraphe 3.

[1020] Les prononcés d'organes d'experts sont effectivement « dans l'application du traité » étant donné que cette « application », selon la Commission, « comprend non seulement les actes officiels accomplis au niveau international ou au niveau national en vue d'appliquer le traité, notamment pour en assurer le respect ou s'acquitter des obligations conventionnelles, mais aussi, entre autres, des déclarations officielles concernant l'interprétation du traité » (voir *supra* le paragraphe 18 du commentaire du projet de conclusion 4).

[1021] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt du 30 novembre 2010 (voir *supra* la note 981), aux pages 663 et 664, par. 66.

[1022] Dans son commentaire du paragraphe 3 du projet de conclusion 12 [11], la Commission a indiqué ce qui suit : « La Commission pourra revenir […] sur la définition de l'expression "autre pratique ultérieure" figurant dans le projet de conclusion 2 [1], paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 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 *supra* la note 937).