

Extrait de :

NATIONS UNIES ANNUAIRE JURIDIQUE

2008

Troisième partie. Décisions judiciaires relatives à des questions concernant
l'Organisation des Nations Unies et les organisations intergouvernementales qui lui
sont reliées

Chapitre VIII. Décisions des tribunaux nationaux



Copyright (c) Nations Unies

C.	COUR PÉNALE INTERNATIONALE	495
a)	Situation en République démocratique du Congo ICC-01/04	495
b)	Situation en Ouganda ICC-02/04	496
c)	Situation en République centrafricaine ICC-01/05	496
d)	Situation au Darfour (Soudan)	496
D.	TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE	497
1.	Arrêts rendus par la Chambre d'appel	497
2.	Arrêts rendus par les Chambres de première instance	497
E.	TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA	498
1.	Arrêts rendus par la Chambre d'appel	498
2.	Arrêts rendus par les Chambres de première instance	498
F.	TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LA SIERRA LEONE	498
1.	Arrêts rendus par la Chambre d'appel	499
2.	Arrêts rendus par les Chambres de première instance	499
3.	Décisions rendues par la Chambre d'appel	499
4.	Décisions rendues par les Chambres de première instance	499
G.	CHAMBRES EXTRAORDINAIRES AU SEIN DES TRIBUNAUX CAMBODGIENS	499
H.	TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN	500
CHAPITRE VIII. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX NATIONAUX		
	ROYAUME-UNI	501
1.	Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Tribunal du commerce). Londres, 28 mars 2008	501
a)	Introduction	501
b)	Le litige sous-jacent	503
2.	Cour d'appel (division civile). Londres, le 30 octobre 2008	515
	<i>A., K., M., Q. et G., requérants/défendeurs, c. le H. M. Treasury, défendeur/requérant</i>	515
Quatrième partie. Bibliographie		
A.	ORGANISATIONS INTERNATIONALES EN GÉNÉRAL	543
1.	Ouvrages généraux	543
2.	Ouvrages portant sur des questions particulières	543
B.	ORGANISATION DES NATIONS UNIES	544
1.	Ouvrages généraux	544
2.	Organes principaux et organes subsidiaires	545
	Assemblée générale	545
	Cour internationale de Justice	546
	Secrétariat	547
	Conseil de sécurité	547
C.	ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES RELIÉES À L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES	553
	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture	553

Chapitre VIII

DÉCISIONS DES TRIBUNAUX NATIONAUX

ROYAUME-UNI

1. Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Tribunal du commerce). Londres, 28 mars 2008

Entico Corporation Limited, requérant, contre le Secrétaire d'État aux affaires étrangères et aux affaires du Commonwealth, intervenant, et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), défendeur

DÉCISION DU 28 MARS 2008

IMMUNITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE — CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES INSTITUTIONS SPÉCIALISÉES — COMPATIBILITÉ DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES INSTITUTIONS SPÉCIALISÉES AVEC LE DROIT DE TOUTE PERSONNE À UNE PROCÉDURE JUDICIAIRE ÉQUITABLE ET PUBLIQUE EN VERTU DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES — LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 6 N'ÉTEND PAS LES DROITS AU-DELÀ DE LA JURIDICTION EXISTANTE — L'OCTROI DE L'IMMUNITÉ EN VERTU DE LA LÉGISLATION DU ROYAUME-UNI VISE UN BUT LÉGITIME ET EST PROPORTIONNÉ — DISPONIBILITÉ D'UNE AUTRE INSTANCE

M. le juge Tomlinson :

a) Introduction

1. Le requérant, ci-après dénommé « Entico », est une société britannique exerçant des activités dans le domaine de l'édition. Le défendeur, ci-après dénommé par son acronyme bien connu « UNESCO », est une organisation internationale et l'une des institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies, ci-après dénommée « l'ONU ». Elle a vu le jour en novembre 1945. Le Royaume-Uni, l'un des fondateurs de l'ONU, est membre de l'UNESCO depuis sa création, à l'exception d'une période entre le 31 décembre 1985, lorsqu'il s'est retiré, et le 1^{er} juillet 1997, lorsqu'il a réintégré l'Organisation. En octobre 2007, l'UNESCO comptait 193 États membres et six membres associés. En vertu du droit international, les organisations internationales bénéficient des privilèges et immunités devant les tribunaux de leurs États membres afin de leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions et être libres de tout contrôle de la part d'un État membre en particulier [voir M. Shaw, *International Law* (5^e édition, 2003), p. 1207 et *Mendaro c. Banque*

mondiale, 99 ILR 92 à 97-99 (Cour d'appel fédérale des États-Unis, Circuit du district de Columbia, 1983)].

2. La présente affaire met en cause l'immunité de juridiction conférée à l'UNESCO par la législation britannique en vertu de l'obligation contractée par le Royaume-Uni au moment de son adhésion à la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées*, « la Convention de 1947 », à laquelle 115 États sont parties, dont le Royaume-Uni, qui en est devenu partie le 16 août 1949. Conformément à la section 4 de l'article III de la Convention :

« Les institutions spécialisées, leurs biens et avoirs, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit le détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où elles y ont expressément renoncé dans un cas particulier. Il est entendu toutefois que la renonciation ne peut s'étendre à des mesures d'exécution. »

De plus, la section 5 de l'article III dispose que :

« Les locaux des institutions spécialisées sont inviolables. Leurs biens et avoirs, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit leur détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative. »

Ces dispositions s'appliquent à l'UNESCO au titre de l'annexe IV de la Convention de 1947, à laquelle le Royaume-Uni a notifié son acceptation à devenir membre, conformément à la section 43 de l'article XI de la Convention de 1947.

3. Entico allègue qu'il a conclu un contrat avec l'UNESCO en octobre 2005 en vertu duquel il devait produire pour cette dernière un calendrier pour l'année 2006. Entico allègue ensuite que, le moment venu, l'UNESCO n'a pas respecté ses obligations contractuelles et que, par conséquent, il a subi des pertes et des dommages en termes de frais et de dépenses inutiles. Dans la présente action, Entico réclame à l'UNESCO le montant de ses pertes évalué à 86 484 livres sterling.

4. Le siège de l'UNESCO est situé à Paris. Les autorités françaises compétentes ont refusé de signifier l'acte de procédure à l'UNESCO, faisant observer que celle-ci jouissait de l'immunité diplomatique dans ce pays. Colman J. a autorisé le recours à un autre moyen pour signifier l'acte, c'est-à-dire par courrier prioritaire, ce qui a été fait, mais l'UNESCO n'a pas accusé réception. Par la présente demande, Entico tente d'obtenir un jugement par défaut en l'absence d'accusé de réception de la signification. Toutefois, comme indiqué plus haut, l'UNESCO jouit ici comme ailleurs de l'immunité de juridiction et d'exécution. Par conséquent, Entico doit d'abord persuader le tribunal de lever cette immunité. Pour y parvenir, Entico fait valoir que l'immunité de l'UNESCO viole ses droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que l'on peut résumer d'une manière générale comme le droit de toute personne à une procédure judiciaire équitable et publique. La contestation de la législation pertinente du Royaume-Uni ayant été intimée, le Secrétaire d'État aux affaires étrangères et aux affaires du Commonwealth intervient en vertu de la règle 19.4 A du Code de procédure civile et fait valoir qu'il n'y a aucune incompatibilité. Le Secrétaire d'État ne prend pas position quant au litige sous-jacent entre Entico et l'UNESCO. L'UNESCO n'a pas participé à la procédure, mais elle a soumis au tribunal à trois reprises des exposés écrits pour expliquer sa position. Elle nie avoir conclu un contrat avec Entico.

* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 33, p. 261.

b) Le litige sous-jacent

5. L'affaire Entico concernant la manière dont un contrat a été conclu est exposée succinctement dans son état détaillé. Après avoir présenté les Parties et précisé que, pendant toute la période pertinente, M. James Ramsey, administrateur exécutif, agissait en son nom et que Mme Michiko Tanaka, responsable des publications de l'UNESCO, agissait au nom de l'UNESCO, le mémoire continue comme suit :

« 3. Par un contrat, dont le projet initial des clauses a été rédigé par Entico (voir par. 4 ci-après), et que la conduite ultérieure de l'UNESCO a confirmé son acceptation (voir par. 6 et 7 ci-après), conclu vers la fin du mois de septembre ou le début du mois d'octobre 2005 ("le contrat"), Entico et l'UNESCO sont convenus qu'Entico produirait le calendrier de l'UNESCO pour l'année 2006. Dans ce contexte, et en particulier pour aider Entico à collecter suffisamment de fonds pour payer le coût de la production et de la distribution du calendrier estimé entre 150 000 et 180 000 livres sterling, l'UNESCO a autorisé Entico à utiliser son nom et son logo dans le calendrier en question. Tels étaient les termes essentiels de la relation entre les Parties. Le contrat a été conclu comme suit :

« 3.1 Dans un courrier électronique daté du 20 septembre 2005, M. Ramsey a écrit à Mme Tanaka : "Je vous remercie de nous avoir donné la possibilité de produire un calendrier pour l'UNESCO. Vous trouverez ci-joint le contrat convenu entre Entico et le Secrétariat interinstitutions de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes (SIPC). Il pourrait très bien servir de base à un contrat entre nos organisations. Il me tarde de commencer à trouver au plus tôt des commanditaires. Dès que nous nous serons entendus sur les termes du contrat, je vous ferai parvenir, en format PDF, la proposition que nous ferons parvenir aux commanditaires qui nous auront été soumis."

« 3.2 Mme Tanaka, dans sa réponse qu'elle a fait parvenir plus tard le même jour, a écrit : "Les clauses de l'accord nous semblent exactes. L'UNESCO apportera quelques petites modifications aux clauses afin de les adapter à nos propres normes juridiques (veuillez noter qu'il s'agit essentiellement de modifications d'ordre rédactionnel et non de contenu). Notre service juridique établira un projet qui vous sera transmis cette semaine."

« Copie des messages électroniques et du contrat entre Entico et le Secrétariat de la SIPC ("le projet de contrat" est annexée aux présentes (annexe 1*).

« 4. Les modifications apportées à certaines clauses expresses du contrat, telles que définies dans le projet de contrat (en remplaçant "SIPC/Secrétariat de la SIPC" par "UNESCO", "2005" par "2006" et "200 000 £" par "150 000 £-180 000 £") étaient les suivantes :

« Le Calendrier 2005...

« 1. Conformément aux clauses et conditions du présent accord de licence, les Parties produiront le Calendrier 2005. Les éléments suivants composant le Calendrier 2005 (le "Calendrier 2005") sont des produits d'information visant à sensibiliser l'opinion publique.

* Non reproduit ici.

« LICENCE

« 2. Le Secrétariat de la SIPC confère à Enrico (*sic*) le droit limité d'utiliser son nom et son logo uniquement en rapport avec la production et la distribution du Calendrier 2005.

« 3. En vertu de la licence accordée par le Secrétariat de la SIPC, comme indiqué au paragraphe 2 ci-dessus, Entico est autorisé à utiliser le nom et le logo du Secrétariat de la SIPC pour recueillir suffisamment de fonds pour rembourser à Entico le coût estimé à 200 000 £ pour la production et la distribution du Calendrier 2005.

« ...

« RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

« [6]. Toute question ne faisant l'objet d'aucune disposition dans le présent accord de licence ou tout contentieux opposant le Secrétariat de la SIPC et Entico sera réglé par voie de négociation entre les Parties. Tout contentieux ou réclamation découlant du présent accord de licence ou s'y rapportant sera soumis, en cas d'échec des négociations, à un arbitre unique sur lequel les deux Parties se seront entendues, conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Règlement de la CNUDCI) dont le siège est à Genève. La décision rendue par l'arbitre, y compris la répartition des coûts, réglera définitivement le litige.

« NON-RENONCIATION À L'IMMUNITÉ

« 7. Aucune disposition du présent accord ne signifie, expressément ou implicitement, une renonciation à l'immunité et aux privilèges dont jouit l'Organisation des Nations Unies en vertu de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités de l'ONU*.

« ENTRÉE EN VIGUEUR, MODIFICATIONS ET EXTINCTION

« 8. Le présent accord de licence entrera en vigueur à la date de sa signature par les agents autorisés représentant le Secrétariat de la SIPC et Entico, et demeurera pleinement en vigueur jusqu'à l'expiration de tous les droits et obligations en résultant ou jusqu'à son extinction.

« 5. C'est après le 20 septembre 2005 qu'Entico et l'UNESCO ont entamé l'application pratique des clauses du contrat.

« 5.1 Le 5 octobre, M. Ramsey a adressé à Mme Tanaka un projet de lettre de promotion qu'Entico souhaitait envoyer à d'éventuels commanditaires du calendrier. Mme Tanaka a fait parvenir sa réponse le 7 octobre.

« 5.2 Par la suite, peu de temps après le 10 octobre 2005, M. Ramsey et Mme Tanaka ont eu une conversation téléphonique au cours de laquelle Mme Tanaka a consenti à ce qu'Entico mette en route la production du calendrier.

* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 15 et vol. 90, p. 327.

« 5.3 Entico a véritablement commencé la production vers le 10 octobre 2005.

« 6. Comme il était mentionné dans le message électronique du 20 septembre 2005 de Mme Tanaka, l'UNESCO n'a pas jugé nécessaire de retourner à Entico un contrat remanié. Dans la présente affaire, le comportement de l'UNESCO, tel que précisé au paragraphe 5 ci-dessus, nous permet de déduire qu'elle : *a*) a renoncé unilatéralement à la possibilité de remanier le projet de contrat; et *b*) qu'elle s'est contentée de poursuivre sur la base du projet de contrat (et des modifications énoncées au paragraphe 4 ci-dessus) tel que transmis par M. Ramsey à Mme Tanaka par message électronique.

« 7. Entico et l'UNESCO n'ont pas signé le contrat. On doit déduire du comportement des Parties, tel que précisé au paragraphe 5 ci-dessus, qu'elles ont mutuellement renoncé à la partie de la clause 8 qui exige la signature des Parties avant que le contrat puisse entrer en vigueur. »

6. L'exécution du contrat et la nature des obligations de l'UNESCO sont décrites aux paragraphes 9 et 10 de l'état détaillé comme suit :

« 9. En application du contrat/accord, et à partir du 10 octobre 2005, Entico a procédé aux travaux demandés concernant la conception, la production et la distribution du calendrier, notamment la recherche d'éventuels commanditaires et la prise de contact et la négociation des clauses avec eux, la mise en train de la conception graphique, la recherche de photographes, la constitution d'une base de données aux fins de publipostage/distribution et l'organisation et la réservation des travaux d'impression.

« 10. Dans les prémisses, en vertu du contrat/accord, l'UNESCO devait autoriser Entico à utiliser le nom et le logo "UNESCO" pour recueillir les fonds suffisants pour rembourser à Entico le coût de la production et de la distribution du Calendrier 2006. L'UNESCO ne l'a pas fait ou a refusé de le faire (voir par. 18 ci-après). »

7. Entico allègue que le 2 novembre 2005, lors d'une conversation téléphonique, Mme Tanaka a demandé à M. Ramsey de suspendre le projet, car l'un des commanditaires contactés par Entico s'était plaint à l'UNESCO au sujet de la demande de parrainage. Le jour suivant, M. Ramsey a envoyé un message électronique à Mme Tanaka qui commençait comme suit : « Je vous demanderais de reconsidérer votre décision d'annuler ce projet... » Il s'en est suivi plusieurs semaines de discussions à la fin desquelles, soutient Entico, il était devenu clair que l'UNESCO ne souhaitait pas poursuivre la production du calendrier. Enfin, par une lettre datée du 19 décembre 2005, l'UNESCO a demandé à Entico « de cesser immédiatement l'utilisation du logo et du nom de l'UNESCO ».

8. Dans une lettre datée du 21 avril 2006, les avocats d'Entico ont invoqué la clause compromissoire et sollicité l'accord de l'UNESCO de recourir à l'arbitrage en vertu du Règlement de la CNUDCI.

9. L'UNESCO a répondu le 22 mai 2006. Elle a une fois de plus nié qu'un contrat avait été conclu. Elle a estimé que l'invoque de la clause compromissoire « devait être rejetée parce qu'elle faisait partie d'un projet de contrat qui n'était pas entré en vigueur ».

10. Entico allègue, au paragraphe 24 de son état détaillé, que l'UNESCO a de ce fait répudié la clause compromissoire, qu'il a accepté cette répudiation et que la clause est par conséquent inopérante.

11. Lors de l'audition, j'ai exprimé des doutes quant à savoir si cette analyse était exacte et s'il était en tout état de cause dans l'intérêt supérieur d'Entico de la continuer. Les

arguments d'Entico sur l'incompatibilité avec l'article 6, en particulier sur la proportionnalité, reposent en partie sur l'affirmation selon laquelle il ne dispose d'aucune autre voie de recours raisonnable. Il me semble que le tribunal, pour ce motif, hésiterait sans doute à invalider une législation du Royaume-Uni donnant effet aux obligations contractées en vertu du droit international à la demande d'une partie qui s'était volontairement dessaisie d'une occasion d'exercer un recours par voie d'arbitrage. Après réflexion, Mme Fatima, tout en rejetant l'idée que l'arbitrage représentait pour Entico un moyen de recours raisonnable, a toutefois laissé tomber, aux fins de la présente demande, l'argument selon lequel Entico avait accepté le fait que l'UNESCO avait répudié la clause compromissoire. Elle a cependant maintenu son argument selon lequel l'UNESCO avait effectivement rejeté cet accord. Je n'ai pas à décider si ce point est juste, mais il me faudrait certains arguments pour m'en persuader. La lettre invoquée n'a rien fait de plus que de nier l'existence d'une convention d'arbitrage du fait qu'il n'y avait jamais eu d'accord pouvant contenir une telle disposition. L'UNESCO a nié s'être entendue avec Entico sur quoi que ce soit. La lettre du 22 mai 2006 doit également être interprétée à la lumière de la correspondance qui l'a précédée. Mme Fatima s'est appuyée sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Downing c. Al Tameer Establishment* [2002] 2 All E.R. (Comm) 545 [2002] EWCA Civ 721. Comme la Cour d'appel l'a souligné, l'affaire reposait sur une analyse des faits particuliers de l'espèce, notamment le refus du défendeur de reconnaître l'existence d'un accord signé le liant et les affirmations selon lesquelles, s'il existait un contrat, le requérant lui-même ne l'avait pas respecté. Par la suite, le principe de divisibilité d'une convention d'arbitrage consacré à l'article 7 de la loi sur l'arbitrage de 1996 a fait l'objet d'un examen par la Chambre des lords dans l'affaire *Fiona Trust and Holding Corporation c. Privalov* [2007] UKHL 40; [2007] Bus LR 1719. Cette affaire portait certes sur un problème différent, qui se pose lorsqu'il y a contestation de la validité d'un accord apparent, plutôt qu'un refus de reconnaître l'existence même d'un accord sur quoi que ce soit et, par voie de conséquence, d'une convention d'arbitrage. Il n'en reste pas moins qu'à la lumière de ce débat, je pense que le tribunal hésitera à caractériser le refus de reconnaître l'existence d'un contrat comme étant nécessairement répudiatoire d'une convention d'arbitrage, laquelle ferait partie du contrat principal s'il était conclu. Quoi qu'il en soit, aux fins de la présente demande, il me suffit de constater que dans les nombreux échanges de courriers, l'UNESCO n'a jamais laissé entendre, si un contrat *était* conclu avec Entico, qu'elle n'y inclurait pas une clause compromissoire sous la forme proposée par M. Ramsey dans son courrier électronique du 20 septembre 2005 et présentée dans le contrat joint en annexe entre Entico et le Secrétariat de la SPIC.

12. Bien qu'Entico soit réticent à l'utiliser, le Règlement de la CNUDCI prévoit naturellement un mécanisme permettant de remédier à la situation lorsque les Parties ne parviennent pas, pour quelque raison que ce soit, à s'entendre sur le choix d'un arbitre unique. Conformément au paragraphe 2 de l'article 6 :

« Si, dans les trente jours de la réception par une Partie d'une proposition faite conformément au paragraphe 1, les Parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci est nommé par l'autorité de nomination choisie par les Parties d'un commun accord. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les Parties d'un commun accord ou si l'autorité de nomination choisie par elles refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les soixante jours suivant la réception de la demande d'une Partie en ce sens, chaque Partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination. »

13. Une fois constitué, le tribunal, en vertu de l'article 21 du Règlement de la CNUDCI et le principe de la *kompetenz-kompetenz*, c'est-à-dire la compétence du tribunal à statuer sur sa propre compétence, a le pouvoir de décider si un accord a été conclu. Selon l'article 21 du Règlement de la CNUDCI :

« 1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

« 2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. »

14. Entico soutient qu'un arbitrage auquel l'UNESCO ne participe pas sera vidé de son sens. Je réfute cet argument. Il arrive qu'un arbitrage se déroule sans la participation active d'une Partie ou d'une Partie prétendument en cause. Le Règlement d'arbitrage prévoit une disposition expresse dans ce cas précis. Entico a lui-même proposé l'incorporation de ce mécanisme et, s'il concluait un contrat avec l'UNESCO, son contrat, par définition, envisageait la possibilité que l'arbitrage d'un litige en découlant pourrait se dérouler sans la coopération d'une Partie. Cette possibilité n'a jamais été éprouvée, car Entico a jusqu'à maintenant refusé d'invoquer la procédure par défaut. Il allègue qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il recoure à un « arbitrage unilatéral ». Toutefois, il n'est pas certain que l'UNESCO ne participerait pas, sous toute réserve, à une procédure d'arbitrage de la CNUDCI si un tribunal devait être constitué. Le point de vue de l'UNESCO, dans les échanges de courriers, a été jusqu'à présent que la réticence d'Entico à entamer une procédure d'arbitrage est en soi révélatrice d'une absence de conviction de la part d'Entico qu'un contrat a effectivement été conclu. Or, dans sa lettre du 27 juin 2007 adressée au tribunal, dont copie a été transmise aux avocats d'Entico, l'UNESCO « se réserv[ait] le droit, si une procédure d'arbitrage était entreprise, de soulever la question de la non-existence d'un contrat entre les Parties ». On peut sans aucun doute conclure que l'instance dans laquelle cette question pourrait être soulevée est l'arbitrage lui-même, ce qu'a d'ailleurs confirmé l'UNESCO dans une lettre ultérieure datée du 11 juillet 2007 :

« Par conséquent, si Entico croit fermement qu'il a un contrat valable avec l'UNESCO, il pourrait alors invoquer unilatéralement la procédure de la CNUDCI tendant à ce qu'un arbitre soit nommé.

« L'UNESCO ne voit pas d'objection à ce qu'Entico agisse ainsi, mais elle se réserve le droit de faire valoir son point de vue solidement établi selon lequel il n'existe aucune relation contractuelle entre Entico et l'UNESCO. »

L'UNESCO a d'ailleurs indiqué plus d'une fois depuis qu'Entico a engagé ces procédures qu'elle « n'a aucune objection » à ce qu'Entico recoure à l'arbitrage, s'il le souhaite, en vertu du Règlement de la CNUDCI. De toute évidence, elle ne pourrait s'y opposer. Enfin, et peut-être encore plus pertinent, l'UNESCO a également confirmé aux avocats d'Entico, par lettre en date du 8 octobre 2007, « que si un tribunal arbitral (c'est-à-dire constitué conformément au Règlement de la CNUDCI) prononçait une sentence contre l'UNESCO, celle-ci respecterait dans tous les cas une telle sentence et s'y conformerait, quelle que soit l'affaire en cause ». Je dois naturellement partir du principe que cette organisation, dont le Royaume-Uni est membre, agira de bonne foi et respectera effectivement les conditions

d'une sentence ordonnant le versement de dommages-intérêts ou d'une compensation à Entico. Si l'UNESCO participait à une procédure d'arbitrage sous toute réserve, elle se conformerait sans doute aux instructions du tribunal, comme par exemple divulguer sa preuve documentaire. Si elle ne participait pas, il resterait à savoir dans quelle mesure elle se conformerait à des instructions présentées avant que l'on ait déterminé qu'un contrat, comportant une convention d'arbitrage, a effectivement été conclu. On peut également se demander dans quelle mesure Entico pourrait obtenir l'aide du tribunal d'application de l'instance, à savoir le tribunal suisse. Cette question et d'autres sont traitées dans un article publié par les professeurs Emmanuel Gaillard et Isabelle Pingel-Lenuzza [2002] *ICLQ (International & Comparative Law Quarterly)*, n° 51, pages 1 à 15, dans lequel les savants auteurs déplorent la démarche prudente de la Cour européenne des droits de l'homme et critiquent un régime qui accorde aux organisations internationales une immunité qui va au-delà de celle accordée habituellement aux États.

15. Entico soutient qu'un recours à l'arbitrage ne doit pas toutefois être considéré comme une option raisonnable, car, à son avis, le tribunal n'aurait pas la compétence pour établir de façon concluante, le cas échéant, que, si un contrat avait effectivement été conclu entre Entico et l'UNESCO, il n'était assorti d'aucune condition concernant une convention d'arbitrage. Enfin, bien qu'il ne soit pas de mon ressort de déterminer si un contrat a été conclu, je dois dire que la perspective de trouver une solution de la manière proposée me semble quasi nulle. C'est une possibilité qu'Entico avait envisagée dès le stade initial du litige, mais elle ne fait pas partie actuellement de ses moyens invoqués en l'espèce. Pour ce faire, Entico demande l'autorisation d'introduire dans l'état détaillé un nouveau paragraphe 8 qui se lit comme suit :

« Sinon, dans la mesure où le contrat n'a pas été conclu entre les Parties, tel qu'invoqué ci-haut, le requérant affirme qu'un accord ("l'accord") a été conclu entre les Parties dont les clauses essentielles sont celles invoquées au paragraphe 3 ci-dessus. L'accord a été conclu en partie oralement, en partie par écrit et en partie par les actions des parties : c'est ce qui ressort à l'évidence des faits invoqués aux présentes. »

L'UNESCO, bien que ne s'opposant pas à cette modification, a néanmoins estimé qu'elle avait de bonnes raisons pour la rejeter. En effet, il était inconcevable, à son avis, qu'on puisse interpréter des échanges de messages électroniques, des échanges oraux et un comportement comme constituant un accord, comme il est allégué. Je partage cet avis. Il me semble que, d'après l'affaire telle qu'invoquée, soit il y avait un contrat assorti d'une clause sur le règlement des litiges, ou alors il n'y avait pas de contrat du tout. C'est la forme de contrat proposée par Entico. L'UNESCO aurait compris que cette proposition avait été faite en fonction de l'immunité dont elle jouit et dont jouissent d'autres organisations comparables. En effet, je pense qu'il serait juste d'attribuer aux deux Parties, si par leur comportement elles ont manifesté une volonté commune d'être liées, une intention de le faire selon des modalités incluant une clause sur le règlement des litiges. Il est raisonnable et nécessaire d'attribuer une telle intention, sans quoi les Parties auraient forcément conclu une entente qu'elles savaient ou auraient dû savoir qu'elle serait inapplicable. Étant donné l'immunité de l'UNESCO, un accord, pour être applicable, devait inclure la clause compromissoire. Pour toutes ces raisons, il me semble impossible que les Parties soient parvenues à un accord applicable sans y inclure la clause compromissoire proposée.

16. La possibilité d'une telle conclusion est bien mince pour entamer un examen de la question de savoir si la législation du Royaume-Uni devrait être invalidée. Je vais néanmoins autoriser la modification, car la question de l'article 6 a été pleinement débattue et

Entico et le Secrétaire d'État souhaitent que je prenne une décision à cet égard. Sans la modification, je ne pense pas que le problème se pose à proprement parler. Si, contrairement à mes attentes, un tribunal arbitral devait arriver à la conclusion que je considère inconcevable, il serait très regrettable de garder ouverte la possibilité d'un autre recours onéreux devant ce tribunal pour établir le bien-fondé d'un argument qui peut être réglé maintenant.

IMMUNITÉ DE L'UNESCO

17. Pour commencer, il convient de souligner que l'immunité dont jouit l'UNESCO dans cette juridiction ne lui a été accordée que dans le but de se conformer aux obligations du Royaume-Uni en vertu du droit international public. Comme je l'ai déjà mentionné au paragraphe 2 ci-dessus, cette obligation, qui incombe pour ainsi dire à l'ensemble de la communauté internationale, trouve sa source dans la Convention de 1947. J'ai déjà évoqué les sections 4 et 5 de l'article III intitulé « Biens, fonds et avoirs ». Il convient de noter que la section 4 ne prévoit aucune disposition relative à une levée de quelque nature que ce soit concernant l'immunité d'exécution. La section 31 de l'article IX intitulé « Règlement des différends » prévoit ce qui suit :

« Chaque institution spécialisée devra prévoir des modes de règlement appropriés pour :

« a) Les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'institution spécialisée serait partie;

« b) Les différends dans lesquels serait impliqué un fonctionnaire d'une institution spécialisée qui, du fait de sa situation officielle, jouit de l'immunité, si cette immunité n'a pas été levée conformément aux dispositions de la section 22. »

Il s'ensuit nécessairement qu'un mode de règlement « approprié » n'inclut pas une soumission à la procédure d'exécution. Une institution spécialisée ne peut renoncer à son immunité à cet égard. Rien dans la Convention ne subordonne la jouissance des privilèges et immunités conférés par les sections 4 et 5 à l'obligation de se conformer aux dispositions de la section 31. Cette section elle-même ne prévoit aucun critère en vertu duquel il convient de juger du caractère approprié d'un mode de règlement. Plus important, la section 31 ne dit pas que le mode de règlement qui y est prévu doit être effectif. Il serait totalement contraire au modèle international envisagé si les États parties s'arrogeaient individuellement le pouvoir de déterminer si la clause prévue par chaque institution spécialisée concernant le règlement des différends est adéquate, qu'elle soit considérée d'une manière générale ou en référence à une affaire en particulier.

18. La Convention de 1947 doit être interprétée conformément aux principes codifiés dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, qui disposent qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Les sections 4 et 5 de la Convention de 1947 sont claires, sans équivoque et inconditionnelles. Elles demandent clairement aux Parties de reconnaître l'immunité de juridiction dont jouissent les institutions spécialisées et de lui donner effet. À mon avis, il n'y a pas lieu d'interpréter de manière restrictive les dispositions de la Convention de 1947 afin de tenir compte des

* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée ultérieurement, qui ne lie qu'une minorité des Parties à la Convention de 1947.

19. Conformément à l'article 31.3, *c* de la Convention de Vienne :

« Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

« *c*

Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Bankovic c. Belgique* 123 ILR 94, au paragraphe 57 de la décision, la Convention européenne des droits de l'homme est en soi un instrument et doit être interprétée à la lumière de cet article. De plus, l'article 30.4, *b* de la Convention de Vienne a pour effet de préciser que la nécessité de se conformer aux dispositions de la Convention européenne ne dispense pas de l'obligation de respecter une convention antérieure à laquelle un plus grand nombre d'États sont parties. Comme l'a fait valoir M. Greenwood, Conseiller de la Reine, il paraît totalement invraisemblable que les États parties, en rédigeant la Convention européenne, puis en y adhérant, aient eu l'intention de violer leurs obligations internationales existantes. En effet, leurs obligations envers beaucoup plus d'États que ceux qui étaient ou sont parties à la Convention européenne exigeaient d'eux qu'ils reconnaissent largement et sans réserve l'immunité de juridiction dont jouissait chaque institution spécialisée et lui donnent effet. Il serait donc surprenant que l'article 6 de la Convention européenne ait visé à rendre ce régime non conforme, plongeant ainsi tous les États parties à la Convention européenne et à la Convention de 1947 dans une situation en contradiction avec leurs obligations.

20. Depuis 1968, l'immunité des organisations internationales dans le droit anglais a été régie par les dispositions de la loi de 1968 sur les organisations internationales. La partie pertinente de l'article 1 de la loi prévoit ce qui suit :

« 1) Le présent article s'applique à toute organisation déclarée par décret en conseil comme une organisation dont :

« *a*) Le Royaume-Uni, le gouvernement de Sa Majesté au Royaume-Uni; et

« *b*) Tout autre État souverain ou son gouvernement sont membres.

« 2) Sous réserve du paragraphe 6 du présent article, Sa Majesté peut, par décret en conseil pris en application de ce paragraphe, désigner explicitement une organisation à laquelle le présent article s'applique et prévoir une ou plusieurs des dispositions énoncées ci-après en ce qui concerne l'organisation ainsi désignée (ci-après dénommée "l'organisation"), c'est-à-dire :

« *a*) Conférer à l'organisation les capacités d'une personne morale;

« *b*) Prévoir que l'organisation, dans la mesure où elle est spécifiée dans le décret, jouira des privilèges et immunités énoncés dans la partie I de l'annexe 1 à la présente loi; ».

Au paragraphe 1 de la partie I de l'annexe 1, « l'immunité de juridiction » est l'un des privilèges et immunités qui peuvent être accordés par le décret. Conformément aux dispositions du paragraphe 6 de l'article 1 de la loi :

« Tout décret en conseil en vertu du paragraphe 2 ou du paragraphe 5 du présent article sera rédigé de façon à assurer :

« *a*) Que les privilèges et immunités accordés par le décret ne sont pas supérieurs à ceux qui, au moment où le décret entre en vigueur, doivent être conférés conformément à tout accord auquel le Royaume-Uni ou le gouvernement de Sa Majesté du

Royaume-Uni est alors une Partie (qu'il soit pris avec une autre puissance souveraine ou un gouvernement ou avec une ou plusieurs organisations telles que visées au paragraphe 1 du présent article);

« ... »

21. Le décret relatif aux institutions spécialisées des Nations Unies (privilèges et immunités), SI/1974/1260, a été adopté en application de la loi de 1968. Conformément aux dispositions du paragraphe 6 :

« L'organisation jouit de l'immunité de juridiction et d'exécution, sauf dans la mesure où elle y renonce expressément dans un cas particulier. Il est toutefois entendu qu'une renonciation à l'immunité ne saurait s'appliquer à des mesures d'exécution. »

Le décret relatif aux institutions spécialisées des Nations Unies (privilèges et immunités de l'UNESCO), SI 2001/2560, stipule que « l'UNESCO est une organisation dont le Royaume-Uni et d'autres puissances souveraines sont membres » (article 2) et que « le décret de 1974 relatif aux institutions spécialisées des Nations Unies (privilèges et immunités) s'applique à l'UNESCO... conformément à ses dispositions » (article 3).

22. Mme Fatima a proposé que, conformément à son obligation interprétative imposée par l'article 3 de la loi de 1998 relative aux droits de l'homme, le tribunal lise la section 6 du décret de 1974 en rapport avec l'UNESCO comme contenant une disposition selon laquelle l'UNESCO jouira de l'immunité de juridiction « si les conditions prévues à la section 31 de l'article IX de la Convention de [1947] sont remplies » et qu'il déclare ensuite, s'agissant du présent recours, que l'UNESCO n'a pas rempli les conditions de la section 31 de l'article IX et ne jouit pas de l'immunité de juridiction. J'ai déjà expliqué pourquoi il était impossible, à mon avis, de lire la Convention de 1947 comme un moyen d'assurer que la jouissance de l'immunité est conditionnelle ou assortie de réserves, et qu'il était impossible et contraire aux principes établis que ce tribunal statue sur la question de savoir si les dispositions de la section 31 ont été respectées. Toutefois, comme le souligne M. Greenwood, la conclusion logique que l'on doit tirer de l'argument de Mme Fatima est que le décret de 1974 est en tout état de cause *ultra vires* sans avoir besoin de recourir à la Convention européenne, car contrairement au paragraphe 6 de la section 1 de la loi de 1968, il confère encore plus de privilèges et d'immunités que ceux prévus par la Convention de 1947.

23. Il est inutile que je tranche la question de savoir si l'article 6 de la Convention européenne, dans ces circonstances, est effectivement applicable. Dans le contexte de l'immunité des États, lord Millett dans l'affaire *Holland c. Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573 à 1588 a indiqué que, si l'article 6 « interdit à un État contractant de refuser à toute personne le droit d'accès à un tribunal, il en restreint cependant l'étendue ». Dans *Jones c. Arabie saoudite* [2007] 1 AC 270, lord Bingham au paragraphe 14 et lord Hoffmann au paragraphe 64 ont exprimé leur accord avec l'opinion de lord Millett. Comme lord Hoffmann l'a dit, « il n'y a pas a priori de violation de l'article 6 si un État ne peut exercer une compétence dont il ne dispose pas ». Au moment où il est devenu partie à la Convention européenne, le Royaume-Uni n'avait aucune compétence sur l'UNESCO sauf si cette dernière choisissait de renoncer à son immunité.

24. Étant donné que la reconnaissance de l'immunité d'une organisation internationale est aussi requise par le droit international, il n'y a aucune raison de considérer que cette approche ne soit pas tout aussi applicable à la reconnaissance de l'immunité d'une organisation qu'à la reconnaissance d'une immunité d'un État. De toute évidence, en examinant si l'octroi d'une immunité à une organisation internationale tendait à un

but légitime, la Cour européenne des droits de l'homme n'a établi aucune distinction (voir *Waite et Kennedy c. Allemagne* [1999] 30 EHRR 261, paragraphe 63). Dans ce cas, toutefois, l'Allemagne a reconnu que l'article 6 était applicable à la procédure engagée et le tribunal a procédé sur cette base. Cette affaire mettait aussi en cause l'Agence spatiale européenne (ESA), une organisation internationale créée par un petit groupe d'États européens qui étaient tous parties à la Convention européenne et l'étaient devenus quelques années avant la création de l'ESA.

25. En l'espèce, il ne fait aucune différence quant à l'issue du présent recours que l'article 6 soit applicable ou non. Je passe donc à l'examen de la question de savoir si, en supposant que l'article 6 est applicable, l'octroi d'une immunité à l'UNESCO tend à un but légitime et s'il existe une relation de proportionnalité raisonnable entre les moyens employés et le but recherché.

26. Pour ce qui est de la première question, je crois comprendre que l'argument de Mme Fatima selon lequel le tribunal doit déterminer si l'octroi d'une immunité à l'UNESCO et à d'autres organisations semblables est en soi un but légitime en ce sens qu'elle est indispensable à son bon fonctionnement et à celui des autres organisations. À mon avis, la jurisprudence dont je dois tenir compte démontre que la question n'est pas appropriée. Dans les trois jugements distincts qu'elle a rendus dans les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2001) 34 EHRR 273, *Fogarty c. Royaume-Uni* (2001) 34 EHRR 302 et *McElhinney c. Irlande* (2001) 34 EHRR 323, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a formulé en termes identiques le passage ci-après :

« La Cour doit d'abord rechercher si la limitation poursuivait un but légitime. Elle note à cet égard que l'immunité des États souverains est un concept de droit international, issu du principe *par in parem non habet imperium*, en vertu duquel un État ne peut être soumis à la juridiction d'un autre État. La Cour estime que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État.

« La Cour doit déterminer ensuite si la restriction était proportionnée au but poursuivi. Elle rappelle que la Convention doit s'interpréter à la lumière des principes énoncés par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui dispose en son article 31.3, *c* qu'il faut tenir compte de "toute règle de droit international applicable aux relations entre les Parties". La Convention, y compris son article 6, ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États.

« On ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6.1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des États. »

Il s'ensuit dans mon jugement que la conformité avec les obligations découlant du droit international est en soi la poursuite d'un but légitime. Par ailleurs, dans la mesure où le décret de 1974 reflète des règles généralement reconnues du droit international public relatives à l'immunité d'une organisation, ce qui est le cas à mon avis, il ne saurait, en principe, être considéré comme imposant une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre le paragraphe 1 de l'article 6.

27. Il est vrai que dans l'affaire précédente *Waite et Kennedy*, qui portait sur l'immunité d'une organisation plutôt que sur celle d'un État, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas exprimée en termes aussi clairs. Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, aucun argument logique ne peut en fait justifier une approche différente des deux situations. Dans cette affaire, la Commission avait conclu, par une faible majorité de 17 contre 15, que l'Allemagne n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en limitant les droits d'accès des requérants aux tribunaux nationaux en rapport avec un conflit de travail avec l'ESA. Les dissidents ont indiqué que la Commission ne devait se prononcer que sur les immunités des organisations internationales créées après l'entrée en vigueur de la Convention européenne (voir p. 281). Il est vrai que pour déterminer la proportionnalité, il importait, selon la Cour, d'examiner si les requérants avaient disposé d'autres voies d'accès raisonnables aux tribunaux nationaux allemands (voir par. 68, p. 287). Au paragraphe 73 de l'arrêt, la Cour a conclu qu'elle avait tenu compte en particulier des autres voies de droit qui s'offraient aux requérants, dont un tribunal interne. Je note cependant que la Cour n'a pas pris en considération le fait que l'immunité des organisations n'est compatible avec l'article 6 que si l'organisation offre un autre mode de règlement des différends. En outre, en l'espèce, l'applicabilité reconnue de l'article 6 aux litiges impliquant l'ESA écartait le risque de tout conflit d'obligations internationales. La Cour ne s'intéressait qu'aux obligations d'un État membre de la Convention européenne à l'égard d'autres États membres de la Convention et à une organisation créée par ces États longtemps après avoir adhéré à la Convention. Compte tenu de l'approche suivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans les trois affaires relatives à l'immunité des États, on peut difficilement déduire, à mon avis, que la Cour adoptera, dans une affaire impliquant l'immunité d'une organisation mondiale créée avant la Convention, un raisonnement semblable à celui adopté dans *Waite et Kennedy*. En effet, il convient de reprendre intégralement ce que la Cour a vraiment dit à ce moment-là au sujet de l'immunité des organisations internationales dans le contexte d'un but légitime. Au paragraphe 63, un passage sur lequel j'ai déjà attiré l'attention plus haut, la Cour a déclaré :

« À l'instar de la Commission, la Cour observe que l'octroi de privilèges et immunités aux organisations internationales est un moyen indispensable au bon fonctionnement de celles-ci, sans ingérence unilatérale de tel ou tel gouvernement.

« Le fait pour les États d'accorder généralement l'immunité de juridiction aux organisations internationales en vertu des instruments constitutifs de celles-ci ou d'accords additionnels constitue une pratique de longue date, destinée à assurer le bon fonctionnement de ces organisations. L'importance de cette pratique se trouve renforcée par la tendance à l'élargissement et à l'intensification de la coopération internationale qui se manifeste dans tous les domaines de la société contemporaine.

« Dans ces conditions, la Cour estime que la règle de l'immunité de juridiction, que les tribunaux allemands ont appliquée à l'ESA, poursuit un but légitime. »

On peut comprendre pourquoi, dans cette affaire, d'aucuns plaidaient en faveur de l'applicabilité de l'article 6, laquelle n'a évidemment pas été contestée. En revanche, je ne vois aucune raison de lire une convention conclue quelques années avant la Convention euro-

péenne, à laquelle la majorité des Parties n'est pas liée, à la lumière des principes consacrés par la suite par un petit nombre de Parties à la convention antérieure.

28. Si, contrairement à ce que je pense, il y a lieu de tenir compte de la disponibilité d'une autre instance, il ne fait aucun doute que, dans la présente affaire, un mode de règlement des litiges existe, à savoir la procédure d'arbitrage définie dans le Règlement de la CNUDCI. Pour les raisons que j'ai déjà évoquées, il ne m'appartient pas d'évaluer sa pertinence et son efficacité, mais je tiens à préciser qu'on n'a pas démontré avec certitude que c'était un moyen inadéquat. C'est le moyen qu'Entico a lui-même recommandé. L'immunité d'exécution de l'UNESCO n'est pas incompatible avec l'article 6 (voir *Kalogeropolou c. Grèce* 129 ILR 537) et est en tout état de cause sans pertinence, l'UNESCO ayant déclaré qu'elle se conformera à la décision qui sera rendue. Comme M. Greenwood l'a signalé, on peut s'interroger sur la capacité de chacune des Parties à contraindre Mme Tanaka, aujourd'hui à la retraite, à témoigner devant un tribunal, surtout si elle est retournée dans son pays d'origine. Son absence causerait probablement plus d'inconvénients à l'UNESCO qu'à Entico. Cela étant, on peut se demander si l'UNESCO divulguera sa preuve documentaire à Entico. Toutefois, la divulgation volontaire de documents autres que ceux sur lesquels une Partie souhaite s'appuyer n'est pas un élément caractéristique d'un litige ou d'un arbitrage dans des juridictions qui n'appliquent pas les règles de la *common law*.

29. Par conséquent, à mon avis, si l'article 6 est appliqué, il n'y a aucune violation des droits d'Entico au titre de cet article. La Cour d'appel a déjà bien affirmé dans *Stretford c. The Football Association* [2007] 2 Lloyds Rep 31 que la conclusion volontaire d'une convention d'arbitrage représentait une renonciation aux droits visés à l'article 6. Toutefois, ma principale conclusion est que le décret de 1974 n'est pas incompatible avec l'article 6. Dans ces circonstances, il m'est inutile d'examiner les diverses demandes de réparation formulées par Entico. J'accorde à Entico l'autorisation de modifier son état détaillé selon les termes du projet soumis au tribunal, de sorte que les diverses demandes de redressement formulées dans la dernière modification puissent être considérées comme ayant été permises à Entico et demandées par celui-ci dans la présente demande. Il s'ensuit toutefois qu'il est inapproprié d'accorder à Entico tout autre redressement et, c'est pourquoi, je rejette sa demande tendant à ce que la décision soit rendue en sa faveur contre l'UNESCO par défaut en l'absence d'accusé de réception.

2. Cour d'appel (division civile). Londres, le 30 octobre 2008

*A., K., M., Q. et G., requérants/défendeurs,
c. le H. M. Treasury, défendeur/requérant¹*

DÉCISION DU 30 OCTOBRE 2008

APPLICATION INTERNE DES SANCTIONS IMPOSÉES PAR L'ONU — ARTICLE 1 DE LA LOI DE 1946 SUR LES NATIONS UNIES — DÉCRET DE 2006 SUR LE TERRORISME — DÉCRET DE 2006 RELATIF À AL-QAIDA ET AUX TALIBAN — LA QUESTION DE SAVOIR SI LE DÉCRET SUR LE TERRORISME ET LE DÉCRET RELATIF À AL-QAIDA ET AUX TALIBAN ÉTAIENT « *ULTRA VIRES* DE LA LOI DE 1946 SUR LES NATIONS UNIES » ET, PAR CONSÉQUENT, ILLÉGAUX EN TOUT OU EN PARTIE — EFFET DE L'ABSENCE DE GARANTIES DE PROCÉDURE DANS LE DÉCRET SUR LE TERRORISME — LES PRINCIPES DE LA PROPORTIONNALITÉ ET DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE — DROIT À UN EXAMEN SUR LE FOND AU TITRE DU DÉCRET RELATIF À AL-QAIDA ET AUX TALIBAN SUIVANT UNE DÉSIGNATION PROPOSÉE PAR LE COMITÉ DES SANCTIONS DES NATIONS UNIES

RÉSUMÉ

Dans l'affaire *A., K., M., Q. et G. c. H. M. Treasury*, la chambre civile de la Cour d'appel devait se prononcer sur des questions concernant la légalité du décret de 2006 sur le terrorisme et du décret de 2006 relatif à Al-Qaida et aux Taliban. La Cour était saisie d'un appel interjeté par le *H. M. Treasury* contre deux ordonnances rendues par le juge Collins de la Haute Cour de Justice (Chambre du Banc de la Reine). Par la première ordonnance, où G. était le requérant, le juge Collins a invalidé les deux décrets. Par la seconde ordonnance, où A., K., M. et Q. étaient les requérants, le décret sur le terrorisme a de nouveau été invalidé. Les deux décrets ont été invalidés au motif qu'ils étaient « *ultra vires* de la loi de 1946 sur les Nations Unies » et donc illégaux. Au cœur du présent recours, la question était de savoir si le juge était fondé à se prononcer ainsi et, dans l'affirmative, si le décret tout entier aurait dû être invalidé dans chaque cas.

Les décrets ont été pris en application de l'article 1 de la loi sur les Nations Unies pour donner effet aux résolutions du Conseil de sécurité. Le décret sur le terrorisme a été édicté pour permettre l'application des mesures énoncées dans les résolutions 1373 (2001) et 1452 (2002). La première a été adoptée à la suite des attentats survenus à New York le 11 septembre 2001 et portait sur la prévention et la criminalisation du financement des actes terroristes. La seconde permettait à chaque État de déterminer les fonds sur lesquels le gel ne devait pas être imposé. Le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban découle des résolutions 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2002) et 1526 (2004). Les résolutions 1267 et 1333 exigent le gel des ressources économiques contrôlées par les Taliban et Ousama ben Laden, respectivement.

¹ En raison de la longueur du jugement, seuls certains extraits sont reproduits ici. Toutefois, afin de faciliter sa compréhension, un résumé a été préparé par le Secrétariat des Nations Unies. Le texte intégral peut être consulté sur Internet à l'adresse www.judiciary.gov.uk/docs/judgments_guidance/a_k_m_q_g.pdf.

Tous les requérants avaient été désignés par une directive du *H. M. Treasury* en application du paragraphe 2, *a* de l'article 4 du décret sur le terrorisme. G. devait de plus être considéré comme une personne désignée au titre du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban, sous réserve d'une désignation par le Comité des sanctions des Nations Unies, conformément au paragraphe 1, *b* de l'article 3 du décret.

La question centrale concernant le décret sur le terrorisme était de savoir si la Couronne outrepassait son pouvoir législatif en concluant que le décret était nécessaire ou opportun pour permettre une application efficace des résolutions susmentionnées. Les requérants ont affirmé qu'il l'était, mais le *Treasury* a fait valoir que, étant donné l'objet des résolutions, le décret devait être interprété au sens large.

La résolution 1373 n'indiquait pas le niveau de preuve permettant de vérifier si une personne en particulier avait commis ou tenté de commettre des actes terroristes avant que l'État ne décide de geler ses avoirs. Par conséquent, Sir Anthony Clarke a conclu que le critère « des motifs raisonnables de soupçonner » prévu au paragraphe 2 de l'article 4 du décret sur le terrorisme était conforme à la loi, à la condition qu'il existe un droit de le contester. Les dispositions du décret sur le terrorisme à cet égard ont donc été considérées comme relevant du pouvoir légal de la Couronne en vertu de l'article 1 de la loi sur les Nations Unies et n'étaient pas contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, étant donné que le décret ne devait pas aller au-delà de l'application des dispositions de la résolution 1373, l'ajout du membre de phrase « ou peut être » au libellé du paragraphe 2 de l'article 4 était inopportun et donc illégal.

Or, le juge n'a pas invalidé le décret sur le terrorisme, mais il a statué que l'expression « ou peut être » devait être supprimée du paragraphe 2 de l'article 4. Ayant été rendues contre tous les requérants en fonction de l'expression « ou peut être », les directives ont donc été annulées.

Quant à l'absence de garanties de procédure dans le décret sur le terrorisme, à l'exception de celle prévue au paragraphe 4 de l'article 5, Sir Anthony Clarke a indiqué que le tribunal, bien que n'ayant pas le pouvoir légal de nommer un avocat spécial dans le cadre de la procédure découlant du décret sur le terrorisme, pouvait, le cas échéant, autoriser ou demander le recours à un tel avocat. En ce qui concerne l'absence de dispositions visant à admettre comme valables, dans une procédure judiciaire, des éléments d'information recueillis par interception, le juge a souligné que les tribunaux devaient soit accorder aux requérants des garanties de procédure suffisantes en vertu du paragraphe 4 de l'article 5, soit annuler la directive en question. En l'espèce, le décret sur le terrorisme a été jugé « inopportun ».

Les requérants ont soutenu que le paragraphe 3 de l'article 7 et le paragraphe 2 de l'article 8 étaient illégaux parce qu'ils allaient à l'encontre des dispositions du paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale et de l'article premier du Protocole additionnel à la Convention concernant le droit de toute personne au respect de ses biens. Ils ont ajouté que ces paragraphes étaient disproportionnés et ne répondaient pas au critère de la sécurité juridique. S'agissant du paragraphe 3 de l'article 7, Sir Anthony Clarke a constaté que ni les termes « ressources économiques » ou « manipuler » ni le moyen de défense prévu au paragraphe 4 de l'article 7 n'étaient incertains. L'article 8 a également été considéré comme étant suffisamment clair, en ce sens qu'il présentait un caractère de légitimité et prévoyait un moyen de défense. Les deux articles respectaient la Convention

européenne des droits de l'homme et étaient proportionnés, dans la mesure où le *Treasury* délivrait les autorisations de la manière indiquée à l'article 11 du décret.

Bien qu'ayant répondu affirmativement à la question de la légalité du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban, Sir Anthony Clarke a néanmoins jugé que le tribunal pouvait examiner une demande d'examen judiciaire présentée par une personne visée par le décret à la suite d'une désignation par le Comité des sanctions des Nations Unies et examiner, par la même occasion, les motifs de son inscription sur la liste.

Lord Justice Sedley a rendu un jugement dissident. Tout en partageant l'avis de Sir Anthony Clarke concernant les procédures visant à assurer des garanties de procédure et l'amputation des termes « peut être » du décret sur le terrorisme, il a néanmoins conclu que ce dernier ne répondait pas au critère de la sécurité juridique. Le décret sur le terrorisme n'était donc ni nécessaire ni opportun et à ce titre était « *ultra vires* de l'article 1 de la loi de 1946 sur les Nations Unies ». En ce qui concerne le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban, Lord Sedley a autorisé le recours pour les mêmes raisons que celles invoquées par Sir Anthony Clarke.

Lord Justice Wilson a été du même avis que Sir Anthony Clarke.

EXTRAITS²

Sir Anthony Clarke, Président de la Cour d'appel
[...]

LE CADRE JURIDIQUE

Loi de 1946 sur les Nations Unies

3. Je puise la description des décrets et leur validité en grande partie dans le jugement. Les deux décrets ont été pris en vertu des pouvoirs conférés par l'article 1 de la loi de 1946 sur les Nations Unies [...], qui prévoit, quant au fond :

« 1) Si, en vertu de l'Article 41 de la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945 (article portant sur les mesures n'impliquant pas l'emploi de forces armées), le Conseil de sécurité des Nations Unies invite le Gouvernement de Sa Majesté du Royaume-Uni à appliquer des mesures pour donner effet à l'une de ses décisions, celui-ci peut, par décret en conseil, prendre toute disposition qui lui semble nécessaire ou opportune pour assurer la mise en application efficace de ces mesures, y compris (sans préjudice du caractère général des termes précédents) toute disposition sur l'arrestation, le procès et le châtement des personnes contrevenant au décret [...].

« [...] »

« 4) Tout décret en conseil pris en vertu du présent article est déposé sans délai [...] devant le Parlement. »

Le juge a relevé au paragraphe 3 que, si chaque décret devait être déposé devant le Parlement, il n'existait aucune procédure permettant au Parlement de l'examiner minutieusement ou de le modifier, mais qu'il ne faisait aucun doute qu'un membre pouvait demander

² Les extraits choisis ont été légèrement modifiés par le Secrétariat des Nations Unies en conformité avec le style de rédaction de l'ONU.

l'ouverture d'un débat s'il estimait qu'un décret était insatisfaisant. Le décret relatif à Al-Qaida et le décret sur le terrorisme avaient tous deux été déposés devant le Parlement le jour suivant la date à laquelle ils avaient été pris et étaient entrés en vigueur le jour suivant [...].

[...]

LE DÉCRET SUR LE TERRORISME

12. Le préambule du décret sur le terrorisme se lit comme suit :

« Conformément à l'Article 41 de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité des Nations Unies, par la résolution 1373 (2001) adoptée le 28 septembre 2001 et la résolution 1452 (2002) adoptée le 20 décembre 2002, a invité le Gouvernement de Sa Majesté du Royaume-Uni et tous les autres États à donner effet à ses décisions relatives au terrorisme. »

En application du paragraphe 1 de l'article 3 du décret sur le terrorisme, une personne désignée s'entend d'une personne identifiée dans la décision 2006/379/CE du Conseil, conformément aux dispositions de l'article 2.3 du règlement (CE) n° 2580/2001, ou d'une personne identifiée dans une directive rendue au titre de l'article 4 du décret sur le terrorisme. Ni la décision du Conseil ni le règlement ne sont pertinents en l'espèce, car les requérants ont tous été désignés par une directive au titre de l'article 4 selon lequel :

« 1) Lorsque l'une des conditions du paragraphe 2 est remplie, le *Treasury* peut ordonner qu'une personne identifiée dans la directive soit désignée aux fins du présent décret.

« 2) Pour ce faire, le *Treasury* doit avoir des motifs raisonnables de soupçonner que la personne est ou peut être :

« a) Une personne qui commet, ou tente de commettre des actes de terrorisme, les facilite ou y participe;

« [...] »

Comme l'a fait observer le juge au paragraphe 9, l'alinéa pertinent dans les affaires en cause est l'alinéa a.

13. L'article 7, cité intégralement ci-après, interdit à toute personne de manipuler des fonds ou des ressources appartenant à une personne désignée ou détenus par elle. Au paragraphe 6 de l'article 7, le terme « manipuler » signifie :

« a) En ce qui concerne les fonds :

« i) Utiliser, modifier, déplacer, permettre l'accès ou transférer;

« ii) Manipuler de toute autre manière qui aurait pour conséquence un changement de leur volume, de leur montant, de leur localisation, de leur propriété, de leur possession, de leur nature ou de leur destination; ou

« iii) Toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation, notamment la gestion de portefeuille; et

« b) En ce qui concerne les ressources économiques, leur utilisation afin d'obtenir des fonds, des biens ou des services de quelque manière que ce soit, notamment mais non exclusivement, leur vente, leur location ou leur mise sous hypothèque. »

L'expression « ressources économiques », définie au paragraphe 1 de l'article 2, s'entend :

« Des actifs de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, qui ne sont pas des fonds mais peuvent être utilisés pour obtenir des fonds, des biens ou des services. »

Le paragraphe 1 de l'article 8, qui est également cité intégralement ci-après, interdit à quiconque de « mettre des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition, directement ou indirectement, d'une personne désignée ou à son bénéficiaire », sauf au titre d'une autorisation accordée par le *Treasury* conformément à l'article 11. En vertu du paragraphe 3 de l'article 7 et du paragraphe 2 de l'article 8, quiconque enfreint l'une quelconque des interdictions qui y sont prescrites se rend coupable d'un délit et, en vertu du paragraphe 1 de l'article 13, le délit entraîne une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder sept ans ou, après condamnation sommaire, d'une peine d'emprisonnement ne pouvant excéder 12 mois. Comme seul moyen de défense possible, le défendeur doit démontrer « qu'il ne savait, ni ne pouvait raisonnablement soupçonner » qu'il manipulait des fonds et des ressources économiques appartenant à une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7 ou qu'il ne pouvait mettre des fonds à disposition de cette personne ou les utiliser au bénéfice de celle-ci, sauf si une autorisation lui a été accordée. Cela étant, le juge avait raison de dire au paragraphe 10 que le délit est une responsabilité de plein droit et que la peine encourue est sévère.

Le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban

14. Au paragraphe 11, le juge a décrit le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban comme étant encore plus draconien, notamment l'article 3 :

« 1) Aux fins du présent décret :

« a) Oussama ben Laden;

« b) Toute personne désignée par le Comité des sanctions;

« c) Toute personne identifiée dans une directive est une personne désignée.

« 2) Dans cette partie, le terme "directive" (sauf dans le paragraphe 2 de l'article 4 et le paragraphe 3, c de l'article 5) désigne une directive donnée par le *Treasury* au titre du paragraphe 1 de l'article 4. »

Le paragraphe 1 de l'article 4 autorise la désignation lorsque, conformément au paragraphe 2 de l'article 4, le *Treasury* a des motifs raisonnables de soupçonner que la personne est ou peut être :

« a) Oussama ben Laden;

« b) Toute personne désignée par le Comité des sanctions;

« c) Toute personne appartenant ou contrôlée, directement ou indirectement, par une personne désignée; ou

« d) Toute personne agissant pour le compte ou sous les ordres d'une personne désignée. »

15. La distinction entre le paragraphe 1, a et b de l'article 3 et le paragraphe 2, a et b de l'article 4 réside dans le fait que le dernier ne s'applique que si des problèmes se posent quant à savoir si la personne visée est inscrite sur la liste. Si elle est inscrite et qu'il ne fait aucun doute quant à son identité, elle est automatiquement désignée au titre du paragraphe 1 de l'article 3. G. est inscrit sur la liste et tombe ainsi sous le coup du paragraphe 1 de l'article 3. Cette inscription revêt une certaine importance car, selon le paragraphe 4 de l'article 5, une demande ne peut être présentée devant la Haute Cour que pour annuler une directive ren-

due par le *Treasury*, alors que le paragraphe 1, *b* de l'article 3 n'implique aucune directive. Il s'ensuit que G. n'a aucun droit exprès d'introduire une demande auprès de la Haute Cour en ce qui concerne le gel des avoirs ou, en tout état de cause, les délits prévus au titre des articles 7 et 8, lesquels sont presque identiques aux articles 7 et 8 du décret sur le terrorisme.

[...]

Le recours

24. Dans le présent recours, le *Treasury* estime que le juge n'aurait pas dû invalider en tout ou en partie le décret sur le terrorisme et le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban. À son avis, quand bien même les décrets étaient en partie *ultra vires*, il n'y avait aucun fondement raisonnable permettant au juge de les invalider dans leur intégralité. Le présent recours fait ressortir un certain nombre de questions spécifiques :

- i) Le décret sur le terrorisme est-il *ultra vires* de la loi sur les Nations Unies ?
- ii) Dans l'affirmative, le décret sur le terrorisme doit-il être invalidé ?
- iii) Quel est l'effet de l'absence de garanties de procédure ?
- iv) Infractions pénales : les principes de la sécurité juridique et de la proportionnalité sont-ils satisfaits ?
- v) Le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban est-il illégal ?
- vi) Qu'en est-il de la contestation du décret sur le terrorisme dans la notification du défendeur ?

i) Le décret sur le terrorisme est-il *ultra vires* de la loi sur les Nations Unies ?

[...]

33. Compte tenu des dispositions de l'article 1 cité plus haut, le fait que le Conseil de sécurité avait demandé au Gouvernement d'appliquer les mesures énoncées dans ses résolutions 1373 et 1452 n'est pas contesté et ne peut l'être. La question précise est donc de savoir si la Couronne pouvait conclure qu'il était nécessaire ou opportun d'introduire les clauses du décret sur le terrorisme afin de permettre une application efficace des dispositions de ces résolutions du Conseil de sécurité.

[...]

37. [...] Les obligations en vertu de ces paragraphes [paragraphe 1, *c* et *d* de la résolution 1373 du Conseil de sécurité] ne visent que les « personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme », entre autres, à la différence du décret sur le terrorisme où la catégorie de personnes désignées s'étend : *a*) à toute personne dont on peut raisonnablement soupçonner qu'elle correspond à cette catégorie; et *b*) à celles qui peuvent correspondre à cette catégorie.

38. Les requérants déclarent que la Couronne, en promulguant le décret sur le terrorisme, a outrepassé le pouvoir conféré au Royaume-Uni par la conjonction de la loi sur les Nations Unies et la résolution 1373 du Conseil de sécurité à deux égards. Premièrement, les conditions énoncées dans le décret sur le terrorisme interviennent lorsque le *Treasury* a des motifs raisonnables de soupçonner que la personne est un terroriste, conditions qui ne seraient pas présentes dans la résolution, et deuxièmement, l'ajout des termes « peut être ». Examinons-les tour à tour.

« MOTIFS RAISONNABLES DE SOUPÇONNER »

39. [...] La question est de savoir si la disposition, y compris le membre de phrase « semble [...] nécessaire ou opportun pour permettre une application efficace de ces mesures » est suffisamment générale pour appuyer le décret sur le terrorisme tel que rédigé. [...] Pour ma part, je souscris à l'argument selon lequel les termes « nécessaire ou opportun » sont non exclusifs et que la Couronne jouit en fait d'un large pouvoir d'appréciation. Je souscris également à l'argument selon lequel le tribunal ne devrait pas déclarer de manière inconsidérée qu'une disposition prise en vertu de ce large pouvoir est *ultra vires*.

[...]

42. J'adhère aux arguments du *Treasury* sur ce point. La résolution 1373 du Conseil de sécurité est muette sur la norme de preuve exigée sur la question de savoir si une personne « commet, ou tente de commettre des actes de terrorisme... » avant qu'un État doive geler ses avoirs au sens de l'alinéa *c* du paragraphe 1 ou interdise certaines activités au sens de l'alinéa *d* du paragraphe 1. À mon avis, un État pouvait à bon droit conclure qu'il était opportun d'indiquer que des motifs raisonnables de soupçonner étaient un critère approprié. Comme indiqué plus haut, ce critère a été accepté par la Cour européenne des droits de l'homme en rapport avec un problème semblable soulevé par la menace terroriste. Dans ces circonstances, je considérerais un tel critère comme étant légal sous réserve que la personne visée ait une possibilité adéquate de contester la décision rendue à son endroit. Je reviens sur ce point un peu plus loin.

43. Pour parvenir à cette conclusion, j'ai dû prendre pleinement en considération les principes énoncés par le juge aux paragraphes 21 à 25 de son jugement. Premièrement, au paragraphe 21, il a fait référence aux affaires précédentes *R c. Halliday* [1917] AC 287 et *Chester c. Bateson* [1920] 1 KB 829. Puis, au paragraphe 22, il a cité la déclaration de Lord Browne-Wilkinson dans *R c. Secretary of State ex parte Pierson* [1998] AC 539 à 575 D :

« Je considère, d'après ces jurisprudences, que la proposition suivante est établie. Un pouvoir conféré par le Parlement en termes généraux ne doit pas être pris pour autoriser l'accomplissement d'actes par le donataire du pouvoir qui portent atteinte aux droits légaux du citoyen ou aux principes fondamentaux sur lesquels se fonde la législation du Royaume-Uni, sauf si le statut conférant le pouvoir montre clairement que telle était l'intention du Parlement. »

44. Au paragraphe 22, le juge a évoqué une déclaration dans le même sens faite ultérieurement par Lord Browne-Wilkinson, à savoir qu'il n'appartenait pas à un tribunal d'invalider un décret au motif qu'il était rigide. Je conviens avec le juge que c'est le cas, à condition que le principe identifié plus haut soit respecté. Plus récemment, Lord Hoffmann a soulevé le même point dans un passage bien connu (cité par le juge au paragraphe 24 dans *R. c. Home Secretary ex parte Simms* [2000] 2 AC 115 à 131 E) :

« Une souveraineté parlementaire signifie que le Parlement peut, s'il le choisit, légiférer à l'encontre des principes fondamentaux des droits de l'homme. La loi de 1998 relative aux droits de l'homme n'affaiblit en rien ce pouvoir. Les contraintes exercées par le Parlement sont ultimement de nature politique et non pas juridique. Toutefois, le principe de la légalité signifie que le Parlement doit affronter ses choix avec honnêteté et en accepter le coût politique. Les droits fondamentaux ne peuvent être bafoués par des termes généraux ou ambigus, parce que le risque est trop grand pour que toutes les incidences d'une signification catégorique puissent passer inaperçues dans le processus démocratique. Sauf formulation contraire expresse ou implicite, les

tribunaux partent donc du principe que même les termes les plus généraux sont censés être dictés par les droits fondamentaux de la personne. De cette manière, les tribunaux du Royaume-Uni, bien que reconnaissant la souveraineté du Parlement, appliquent les principes de la constitutionnalité quelque peu différemment de ceux qui existent dans les pays où le pouvoir de la législature est expressément limité par un document constitutionnel. »

45. Le juge a noté au paragraphe 25 que les termes généraux ont pu l'emporter sur les droits fondamentaux de l'homme. Il est vrai qu'on en connaît quelques exemples. Tout passe par la véritable construction du statut particulier, lequel doit bien entendu être considéré dans son contexte et en fonction de son objectif statutaire. À cet égard, je souscris à la conclusion du juge à la fin du paragraphe 25, après avoir fait référence à l'affaire *Bishopgate c. Maxwell* [1992] BCLC 475 et *R. c. Lord Chancellor ex parte Lightfoot* [2000] QB 597 :

« À mon avis, tout ce qu'on peut déduire de ces jurisprudences, c'est qu'il convient d'examiner si le contexte dans lequel la législation pertinente est décidée fait clairement apparaître que, même en l'absence de termes exprès, les droits fondamentaux sont bafoués. »

Le principe général demeure.

46. À mon avis, la conclusion selon laquelle le critère « des motifs raisonnables de soupçonner » relève du pouvoir général exprimé dans la loi sur les Nations Unies n'enfreint aucun de ces principes généraux, à condition (comme je l'ai dit plus tôt) que le droit de la personne concernée de contester est préservé : voir ci-après).

« PEUT ÊTRE »

[...]

48. [...] Je constate que, du point de vue du Gouvernement, le pouvoir le plus large possible est souhaitable. Je pense aussi que le public serait de cet avis. Toutefois, les principes que je viens d'énoncer sont d'une importance fondamentale. Au paragraphe 39, le juge a dit que, selon lui, si le Parlement n'était pas impliqué, le décret en conseil ne devait appliquer que ce qui était exigé dans la résolution du Conseil de sécurité. Je suis d'accord. Dans le cas des termes « motifs raisonnables de soupçonner », à mon avis, le décret n'allait pas au-delà de ce que demandait la résolution 1373, mais en ajoutant les termes « peut être », il le faisait.

49. La résolution du Conseil de sécurité ne prévoit pas l'ajout des termes « peut être » dans le décret sur le terrorisme. On peut discuter longuement sur la différence que fera cet ajout, mais je souscris déjà à l'argument avancé au nom des requérants selon lequel il élargit considérablement le critère. En réponse à l'argument selon lequel il était « opportun » au sens de l'article 1 de la loi sur les Nations Unies d'exprimer le critère dans des termes aussi larges, le juge a conclu ainsi au paragraphe 40 :

« M. Crow allègue qu'il est opportun, ce qui revêt une signification plus large. Dans *R (Gillan) c. Commissioner of Metropolitan Police* [2006] 2 AC 307, la distinction entre "nécessaire et opportun" a été examinée dans le contexte des pouvoirs d'un contrôle aléatoire conféré par l'article 44 de la loi de 2000 relative aux actes de terrorisme. Au paragraphe 14, Lord Bingham a déclaré que le Parlement avait intentionnellement utilisé le terme en reconnaissant que les pouvoirs étaient souhaitables dans l'intérêt de la lutte contre le terrorisme. Cependant, Lord Bingham a attiré l'attention sur la réglementation stricte de l'exercice du pouvoir légal. Il n'y a aucune réglementation de ce genre dans ce cas-ci et je ne souscris pas à l'idée d'englober dans le champ

propre de ce qui est autorisé par l'article premier de la loi de 1946 ceux qui sont soupçonnés d'une participation possible. »

Je suis d'accord.

50. Pour ces raisons, je rejette le recours formé contre cette partie de la décision du juge.

ii) Le décret sur le terrorisme doit-il être invalidé ?

51. Le juge a invalidé l'ensemble du décret sur le terrorisme. La question qui se pose ici est de savoir si la conclusion énoncée plus haut, à savoir que le décret sur le terrorisme est *ultra vires* parce que l'ajout des termes « ou peut être » signifie que le décret tout entier doit être invalidé. À mon avis, ce n'est pas le cas. J'estime qu'une telle conclusion serait contraire au bon sens. Il me semble que la solution la plus évidente serait d'ordonner que les termes « ou peut être » soient supprimés du paragraphe 2 de l'article 4 du décret sur le terrorisme.

52. Une telle approche serait compatible avec la jurisprudence. Le problème a été examiné en détail par la Chambre des Lords dans l'affaire *DPP c. Hutchinson* [1990] 2 AC 783, où les membres du comité d'appel ont partagé la position présentée par Lord Bridge dans son exposé principal. On y a admis que le critère général était celui de la divisibilité, ce qui, comme l'a dit Lord Bridge à la page 804 D, renvoyait souvent de façon peu élégante au critère du crayon bleu. Il a décrit le critère (ou les critères) à la page 804 E à G. Il a d'abord fait référence à des articles distincts, dont l'un outrepassait le pouvoir des législateurs. Il a ajouté que le critère était en réalité un critère double, à savoir un critère de la divisibilité textuelle et un critère de la divisibilité substantielle qu'il a décrit comme suit :

« Un instrument législatif est textuellement divisible si, considéré comme outrepassant le pouvoir du législateur, un article, une phrase, un membre de phrase ou un seul terme peut être ignoré, et ce qui reste est encore grammaticalement cohérent. Un instrument législatif est divisible substantiellement si la substance de ce qui reste après la divisibilité demeure essentiellement inchangée dans son objet législatif, son fonctionnement et son effet. »

53. [...] La suppression des termes « ou peut être » répond au critère de la divisibilité textuelle parce que ce qui reste est encore grammaticalement cohérent. Il satisfait le critère de la divisibilité substantielle parce que ce qui reste après la divisibilité demeure essentiellement inchangé dans son objet législatif, son fonctionnement et son effet. Je supprimerais donc les termes « ou peut être » du paragraphe 2 de l'article 4 du décret sur le terrorisme.

54. La question qui demeure est donc de savoir à quelle réparation ont droit les requérants du fait de la suppression de ces termes. Comme indiqué plus haut, toutes les directives émises contre eux par le *Treasury* comprennent la même déclaration, à savoir que le *Treasury* « a des motifs raisonnables de soupçonner que vous êtes, ou pouvez être une personne qui facilite la perpétration d'actes de terrorisme... » Dans ces circonstances, le *Treasury* ayant mené les instructions en se référant expressément aux termes « ou peut être », je les annulerais.

iii) Quel est l'effet de l'absence de garanties de procédure dans le décret sur le terrorisme ?

55. La seule garantie de procédure expresse dans le décret sur le terrorisme est celle figurant au paragraphe 4 de l'article 5, qui prévoit ce qui suit :

« La Haute Cour [...] peut annuler une directive sur la demande de :

« a) La personne identifiée dans la directive; ou

« b) Toute autre personne visée par la directive. »

56. Aux paragraphes 41 et 47 de son jugement, le juge a estimé que cette garantie n'était pas suffisante pour protéger les intérêts légitimes des requérants. Essentiellement, le juge a été d'avis que, en l'absence d'une disposition visant à admettre des éléments recueillis par interception et de règles expresses prévoyant le recours à des avocats spéciaux concernant les demandes au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du décret sur le terrorisme, la Couronne ne pouvait conclure que le décret était une disposition « opportune » pour donner effet aux mesures adoptées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 1373.

[...]

58. Jusqu'à présent, il n'existe aucun pouvoir légal permettant de nommer un avocat spécial dans les procédures découlant du décret sur le terrorisme. Toutefois, je ne vois pas pourquoi, en principe, on ne pourrait pas nommer un avocat spécial dans une affaire en particulier. Selon la jurisprudence, le tribunal, dans une affaire appropriée, aurait compétence pour autoriser ou demander le recours à un avocat spécial : voir en particulier la décision de la Chambre des Lords dans *R (Roberts) c. Parole Board* [2005] UKHL 45 [2005] 2 AC 738, où il a été jugé que le tribunal en avait le pouvoir, même s'il n'était pas sanctionné par le Parlement. La question de savoir s'il devait le faire ou non dépendait des circonstances particulières de l'affaire. La Cour divisionnaire a récemment fait valoir dans *Malik c. Manchester Crown Court* [2008] EWCA Admin 1362 que le tribunal avait le pouvoir de demander à l'Attorney général de nommer un avocat spécial, mais qu'il ne devait le faire que dans des cas exceptionnels et en dernier recours : voir per Dyson LJ, décision du tribunal, paragraphes 93 à 102, plus précisément le paragraphe 99. Dans ces circonstances, le tribunal aurait le pouvoir de procéder à la nomination d'un avocat spécial par l'intermédiaire de l'Attorney général.

[...]

60. [...]

Je conviens qu'il aurait été préférable de prévoir une disposition statutaire appropriée dès le départ, mais je ne pense pas que cela aurait été suffisant pour conclure que le décret sur le terrorisme était illégal. Le tribunal a le pouvoir d'ordonner la nomination d'un avocat spécial. Dans la plupart des cas, l'avocat devrait être en mesure de s'assurer que la personne bénéficiera d'un procès équitable et, dans d'autres cas, la directive sera annulée : voir le raisonnement de la majorité de la Chambre des Lords dans *MB et AF*. Dans l'un et l'autre cas, les intérêts de la personne seront protégés. Par conséquent, sous réserve des problèmes que je vais maintenant aborder, je ne considère pas que le décret sur le terrorisme est illégal à cet égard.

61. M. Owen invoque ensuite les problèmes que pose la loi de 2000 régissant les pouvoirs d'investigation. Le problème se pose ou risque de se poser lorsqu'un mandat autorisant une interception a été délivré par le Secrétaire d'État et qu'un certain nombre de dispositions cruciales de l'article 17 s'appliquent, par exemple :

« 1. Sous réserve de l'article 18, aucune preuve ne sera fournie, aucune question ne sera posée et aucune affirmation, divulgation ou autre ne sera faite aux fins ou dans le cadre d'une procédure judiciaire [...] qui (de quelque manière) :

« a) Divulgue, des circonstances dont on peut déduire qu'il trouve son origine dans tout ce qui relève du paragraphe 2, le contenu d'une communication interceptée ou des données relatives aux communications; ou

« b) Tend (exception faite d'une divulgation) à suggérer que tout ce qui relève du paragraphe 2 s'est produit ou pourrait s'être produit ou est susceptible de se produire.

« 2. Les alinéas ci-après se rapportent à ce paragraphe :

« [...]

« c) La question d'un mandat d'interception ou d'un mandat délivré en vertu de la loi de 1985 sur l'interception des communications;

« d) La présentation par toute personne d'une demande de mandat d'interception ou de mandat en vertu de cette loi; ».

62. L'article 18 énonce les exceptions à l'article 17 et dispose que le paragraphe 1 de l'article 17 ne s'applique pas à tous les types de procédures, notamment celles visées aux alinéas *a*, *e* et *f*, à savoir la procédure des ordonnances de contrôle, la procédure devant la Commission spéciale des recours en matière d'immigration, la procédure devant la Commission d'appel des organisations interdites et, dans chaque cas, toute procédure découlant de ces procédures. [...]

63. On aurait pu penser qu'une procédure contestant une directive en vertu de l'article 4 du décret sur le terrorisme aurait été incluse dans les exceptions figurant à l'article 18 de la loi sur le règlement des pouvoirs d'investigation afin de les rendre conformes à la procédure des ordonnances de contrôle et à celles de la Commission spéciale des recours en matière d'immigration et de la Commission d'appel des organisations interdites. Il semble que le Gouvernement aurait effectivement eu l'intention d'adopter une législation à cet effet depuis l'introduction du décret sur le terrorisme. [...]

69. M. Owen estime que, dans ces circonstances, le juge était justifié d'en arriver à sa conclusion présentée au paragraphe 41, qui se lit comme suit :

« Il existe une autre raison convaincante de dire qu'il n'est pas opportun. M. Crow a reconnu à bon droit que le décret sur le terrorisme par son libellé et le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban au moyen d'un contrôle judiciaire permettent d'examiner si les faits concernant la personne visée sont bien établis en fonction du critère à appliquer. Cela signifie que tous les éléments d'information doivent être mis à la disposition du tribunal, qu'ils soient confidentiels ou non. Ayant une certaine expérience comme ancien président de la Commission spéciale des recours en matière d'immigration et dans l'examen des ordonnances de contrôle, j'ai observé des cas où les services de sécurité se fient aux éléments de preuve et les mettent ainsi à la disposition du *Treasury*. En règle générale, il s'agira, toujours selon mon expérience, d'éléments d'interception. L'article 17 de la loi de 2000 sur la réglementation des pouvoirs d'investigation exclut ces éléments de preuve de toutes les procédures judiciaires. Certaines exceptions à cette règle d'exclusion figurent au chapitre 18, mais elles ne s'étendent pas à des requêtes ou des demandes d'examen judiciaire contre des ordonnances rendues en vertu du décret sur le terrorisme ou du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban. Le tribunal n'est donc pas compétent pour examiner ces éléments. Cela signifie qu'un examen juste et équitable de la question de savoir si le requérant est l'un de ceux qui devraient faire l'objet d'une ordonnance est pratiquement impossible dans la plupart des cas. L'équité s'applique à la Couronne comme au requérant. Ainsi, le *Treasury* ne

pourra s'appuyer sur des éléments d'interception à charge tout comme le requérant ne pourra s'appuyer sur des éléments d'interception à décharge. Cet état de choses ne peut servir les intérêts de la justice, ni assurer que ces ordonnances s'adressent en fait aux bonnes personnes. À mon avis, il est donc impossible de dire que le recours à un décret en conseil est opportun, sauf s'il peut prévoir une exception au chapitre 17 de la loi sur la réglementation des pouvoirs d'investigation. Or, il ne peut ni ne prétend pouvoir le faire. »

[...]

72. [...] M. Swift estime qu'il n'est pas possible de dire si le décret sur le terrorisme est illégal et s'il doit être annulé. À son avis, cela découle du fait qu'un grand nombre de directives sont fondées sur des éléments d'information non confidentiels. J'adhère à cet argument. Il me semble que, si le décret sur le terrorisme est vicié au motif que des informations confidentielles sont invoquées et que, par conséquent, les droits de la personne ne sont pas protégés, la marche à suivre appropriée est d'annuler la directive particulière et non pas l'ensemble du décret sur le terrorisme.

73. Une possibilité serait d'annuler toutes les directives fondées sur des éléments d'information confidentiels au motif qu'il est impossible de savoir s'ils sont fondés sur des éléments d'interception relevant de l'interdiction visée à l'article 17 de la loi sur la réglementation des pouvoirs d'investigation, que j'appellerais « éléments de l'article 17 ». Je suis toutefois arrivé à la conclusion qu'il ne serait pas approprié d'adopter cette approche, mais que chaque affaire devrait être examinée sur le fond. [...] Pour ma part, je diviserai les affaires en quatre : premièrement, lorsqu'il n'y a que des éléments d'information non confidentiels; deuxièmement, lorsqu'il y a des éléments d'information confidentiels de quelque nature que ce soit mais non des éléments visés à l'article 17; troisièmement, lorsqu'il y a certains éléments de l'article 17 entièrement à charge; et quatrièmement, lorsqu'il y a certains éléments de l'article 17 en tout ou en partie à décharge.

[...]

76. La quatrième catégorie intervient lorsqu'il y a quelques éléments à décharge. Pour que la personne soit traitée équitablement, il importe de mettre en place une procédure qui fait en sorte que les éléments à décharge sont mis à la disposition du juge ou que l'allégation à laquelle les éléments à décharge se rapportent est abandonnée. [...]

77. M. Swift [...] soutient qu'il est possible dans une affaire de ce genre de recourir au paragraphe 7 de l'article 18 de la loi sur la réglementation des pouvoirs d'investigation. À cet égard, j'accepte la thèse selon laquelle un juge a toute latitude, éventuellement sur la demande d'un avocat spécial ou d'une personne, d'ordonner que la communication ne lui soit fournie qu'à lui seul. Il ressort très clairement de l'alinéa *c* que le paragraphe 7 de l'article 18 n'est pas limité aux affaires pénales. Je rejette donc la thèse de M. Owen qui soutient le contraire. Je ne vois aucune raison pourquoi un « juge compétent » visé au paragraphe 7, *b* de l'article 18 pourrait ne pas être saisi d'une demande en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du décret sur le terrorisme. Il est vrai que le paragraphe 8 de l'article 18 limite le pouvoir prévu au paragraphe 7, *b* de l'article 18 aux affaires où le juge est convaincu que les circonstances exceptionnelles de l'affaire rendent la communication essentielle dans l'intérêt de la justice, mais il me semble que, s'il est instruit de l'existence probable d'éléments de l'article 17, un juge sera probablement plus facilement convaincu s'il s'assure lui-même qu'il n'y a pas de pièces à décharge.

78. Les mesures précises à adopter dépendront des faits de l'affaire en particulier. La question de savoir s'il sera possible (ou même permis) de communiquer l'essentiel des

éléments de l'article 17 et quelles autres précautions peuvent être prises, le cas échéant, pour protéger les intérêts de la personne sont des éléments qui, à mon avis, ne peuvent être décidés à l'avance. Toutefois, je suis certain que des procédures définies au cas par cas sauraient protéger ces intérêts de façon adéquate. Dans ces circonstances, bien que je comprenne pleinement ses préoccupations, je suis arrivé à la conclusion que le juge est allé trop loin au paragraphe 41 de son jugement. À la question « Quel est l'effet de l'absence de garanties de procédure ? », je réponds que les tribunaux doivent s'assurer que les garanties sont suffisantes pour protéger les requérants conformément au paragraphe 4 de l'article 5, qu'il devrait être possible de le faire et que, s'il s'avère impossible dans une affaire en particulier, la directive doit être annulée. En l'espèce, il serait erroné de penser que le *Treasury* n'avait pas la possibilité de conclure qu'il était opportun de rendre l'ordonnance et ce serait une erreur d'annuler le décret sur le terrorisme. Les problèmes doivent être réglés, non pas en prenant des mesures drastiques, mais au cas par cas.

iv) Infractions pénales : les principes de la sécurité juridique et de la proportionnalité sont-ils satisfaits ?

79. Comme je l'ai dit au paragraphe 13 ci-dessus, les articles 7 et 8 créent des infractions pénales. Au paragraphe 38, le juge a déclaré que le décret sur le terrorisme devait interférer le moins possible avec les droits fondamentaux des requérants. Aux paragraphes 42 à 46, le juge a examiné la thèse selon laquelle les infractions pénales créées par les articles 7 et 8 étaient allées trop loin de ce qui était raisonnablement requis et contrevenaient au principe de la sécurité juridique. On a également fait valoir qu'elles étaient disproportionnées.

80. Dans l'examen de cet argument, le juge s'est inspiré des principes pertinents figurant aux paragraphes 43 et 44. Il a noté que, dans *Norris c. USA* [2008] UKHL 16, la Chambre des Lords avait récemment examiné le principe de la sécurité juridique dans le contexte des infractions pénales. Il a cité cet extrait du rapport composite du comité d'appel, qui me semble avoir une certaine importance dans la présente affaire :

« 53. Dans l'affaire *R. c. Rimmington* [2006] 1 AC 459, par. 33, Lord Bingham de Cornhill a déclaré qu'il y avait deux "principes directeurs" pertinents dans cette affaire, à savoir :

« Nul ne doit être puni par la loi, sauf si elle est suffisamment claire et certaine pour lui permettre de savoir avant qu'il ne le commette que tel comportement est interdit; et nul ne devrait être puni pour un acte qui n'est pas clairement et précisément punissable quand l'acte a été commis.

« Il a poursuivi en disant au paragraphe suivant que ces principes étaient "entièrement compatibles avec le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention européenne". Au paragraphe 35, il s'est penché sur un certain nombre de décisions de la Cour de Strasbourg sur le sujet. La Cour a établi que, si "une certitude absolue est inaccessible et est susceptible d'entraîner une rigidité excessive" et qu'une "certaine imprécision est inévitable", en particulier dans les régimes de droit commun, "la fonction législative des tribunaux doit rester dans la limite de ce qui est raisonnable".

« 54. Dans l'affaire *R. c. Jones (Margaret)* [2007] 1 AC 136, Lord Bingham a poussé la réflexion un peu plus loin en identifiant, au paragraphe 29

"ce qui est devenu un important principe démocratique dans ce pays : c'est qu'il appartient à ceux qui représentent le peuple du pays au Parlement, non pas au pouvoir exécutif ni aux juges, de décider quel comportement devrait être considéré comme

dépassant à un point tel les limites de ce qui est acceptable dans notre société qu'il est passible de sanctions pénales. Seules des raisons très impérieuses pourraient justifier qu'on s'écarte de ce principe."

« Lord Hoffmann a tenu sensiblement les mêmes propos au paragraphe 60. »

Je suis d'accord avec le juge pour dire que ces observations sont pertinentes pour déterminer si les infractions créées en vertu du décret sur le terrorisme portent atteinte au principe de la sécurité juridique.

[...]

85. [...] Je passe donc maintenant aux articles 7 et 8, qui sont présentés dans leur intégralité ci-après :

« GEL DES FONDS ET DES RESSOURCES ÉCONOMIQUES
APPARTENANT AUX PERSONNES DÉSIGNÉES

« 7.1. Ni la personne désignée ni aucune autre personne ne sauraient manipuler des fonds ou des ressources économiques appartenant à une personne visée au paragraphe 2, en possession de cette personne ou détenus par elle, sauf au titre d'une autorisation accordée conformément à l'article 11.

« 7.2. L'interdiction au paragraphe 1 s'applique :

« a) À toute personne qui commet, ou tente de commettre, des actes de terrorisme, les facilite ou y participe;

« b) À toute personne désignée;

« c) À toute personne contrôlée, directement ou indirectement, par une personne visée aux alinéas a ou b;

« d) À toute personne agissant au nom, ou sur instruction, d'une personne visée aux alinéas a ou b.

« 7.3. Quiconque enfreint l'interdiction prescrite au paragraphe 1 se rend coupable d'une infraction.

« 7.4. Aux fins de toute procédure concernant une infraction visée au présent article, à sa décharge, toute personne peut prouver qu'elle ne savait pas, ni ne pouvait raisonnablement soupçonner, qu'elle manipulait des fonds ou des ressources économiques appartenant à une personne visée au paragraphe 2, détenus ou contrôlés par elle.

« 7.5. L'application du présent article est subordonnée au paragraphe 2 de l'article 5.

« 7.6. Dans le présent article, le terme "manipuler" désigne :

« a) En ce qui concerne des fonds :

« i) Utiliser, modifier, déplacer, permettre l'accès ou transférer;

« ii) Manipuler de toute autre manière qui aurait pour conséquence un changement de leur volume, leur montant, leur localisation, leur propriété, leur possession, leur nature ou leur destination; ou

« iii) Toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation, notamment la gestion de portefeuille; et

« b) En ce qui concerne les ressources économiques, l'utilisation afin d'obtenir des fonds, des biens ou des services de quelque manière que ce soit, et notamment mais non exclusivement, leur vente, leur location ou leur mise sous hypothèque.

« 7.7. Mettre des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition des personnes désignées, etc.

« 8.1. Il est interdit à quiconque de mettre, directement ou indirectement, des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition d'une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7 ou de l'en faire bénéficier, à moins d'une autorisation accordée en vertu de l'article 11.

« 8.2. Quiconque enfreint l'interdiction prescrite au paragraphe 1 se rend coupable d'une infraction.

« 8.3. Aux fins d'une procédure concernant une infraction visée au présent article, il est à la décharge d'une personne de prouver qu'elle ne savait pas, ni ne pouvait raisonnablement soupçonner, qu'elle mettait, directement ou indirectement, des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition d'une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7.

« 8.4. L'application du présent article est subordonnée au paragraphe 3 de l'article 4 et au paragraphe 2 de l'article 5. »

Il conviendrait d'examiner en premier lieu l'article 7, car, à mon avis, certains aspects pourraient dans une certaine mesure s'appliquer aux deux articles.

Article 7

86. La première question est de savoir si l'infraction créée par le paragraphe 3 de l'article 7 satisfait le critère de la sécurité identifié plus haut. Je tiens à souligner dès le départ qu'il a été constaté lors de l'exposé oral des arguments que l'intitulé de l'article 7 était erroné. En effet, comme l'indique clairement le paragraphe 1 de l'article 7, l'interdiction s'applique à toutes les personnes identifiées au paragraphe 2 de l'article 7 et donc à toute personne qui commet des actes de terrorisme bien qu'elle ne soit pas désignée. M. Owen estime que l'article 7 ne satisfait pas au critère de la certitude. Essentiellement, il soutient que l'article 7, lu séparément et conjointement avec l'article 8, impose aux personnes auxquelles s'applique l'interdiction (c'est-à-dire celles visées au paragraphe 2 et à leurs familles) une série de dispositions qui affectent presque tous les aspects de leur vie quotidienne dans des situations où ils ne savent pas du tout ce qu'elles peuvent ou ne peuvent pas faire légalement.

87. S'il importe de considérer l'ensemble des dispositions de l'article 7, il convient également d'examiner le cadre dans lequel l'interdiction est formulée. Je vais d'abord examiner le cas de la personne à l'égard de laquelle l'interdiction s'applique. Je rejette l'argument selon lequel la définition de « ressources économiques » à l'article 2 est trop vague ou incertaine pour permettre à cette personne de comprendre ce qui est interdit. On se souviendra que l'expression « ressources économiques » est définie comme suit : « des avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qui ne sont pas des fonds, mais peuvent être utilisés pour des fonds, des biens ou des services ».

En résumé, l'expression « ressources économiques » s'entend de tous les avoirs qui peuvent être utilisés pour des fonds, biens ou services, ce qui, à mon avis, couvre à peu près tous les éléments qui ont été énumérés, à l'exception d'un fonds pouvant être considéré comme un avoir.

[...]

89. Comme dans le cas d'une ordonnance de gel, l'objet de l'article 7 consiste à geler tous les avoirs de la personne, y compris les fonds et autres avoirs. Quoi qu'il en soit, à mon avis, en ce qui concerne la personne à l'égard de laquelle l'interdiction s'applique, il n'y a pas d'absence de certitude dans l'interdiction au paragraphe 1 de l'article 7. De toute évidence, la personne sait qu'elle a été désignée (par. 2, *b*, art. 7) ou commet ou tente de commettre des actes de terrorisme (par. 2, *a*, art. 7) et elle sait ce qu'elle ne doit pas faire, à savoir manipuler ses avoirs.

90. La question suivante est de savoir si la définition de « manipuler » au paragraphe 6 de l'article 7 est suffisamment certaine. M. Owen soutient qu'elle ne l'est pas et un certain nombre d'exemples ont été apportés comme argument. Mais, à mon avis, la définition est suffisamment certaine. Je ne vois aucune ambiguïté profonde dans les alinéas *a* ou *b* du paragraphe 6. La notion de « manipulation » ou « manipuler » est familière dans le contexte des injonctions de gel. Aucun problème important n'y a été constaté. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'il faille généraliser. Par exemple, je ne considérerais pas comme un cas de « manipulation » le fait que l'épouse d'une personne emprunte l'auto de celle-ci pour se rendre dans un magasin. Si le juge soutient que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 6 ne sont pas suffisamment certains pour permettre à une personne de savoir ou au tribunal de déterminer ce que représente une « manipulation », permettez-moi d'être en désaccord.

91. La seule question restante est de savoir si la défense prévue au paragraphe 4 de l'article 7 est suffisamment certaine. La personne à l'égard de laquelle l'interdiction s'applique ne peut bien sûr avoir une telle défense si elle est présumée avoir manipulé ses propres avoirs.

92. Dans ces circonstances, je conclus qu'il n'y a aucune incertitude dans le cas de la personne à l'égard de laquelle l'interdiction s'applique et dont on pourrait alléguer qu'elle contrevient aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 7 et donc qu'elle a commis une infraction au titre du paragraphe 3 de l'article 7. Qu'arrive-t-il aux autres personnes, par exemple à l'épouse de la personne ? Elle saura si elle a manipulé des fonds ou d'autres ressources. Elle saura normalement si les fonds ou les autres ressources appartiennent à son époux. S'il est désigné, elle devrait en principe être au courant de ce fait. S'il n'est pas désigné mais commet ou tente de commettre des actes de terrorisme, elle peut ou non être au courant de ce fait ou avoir un motif légitime de le soupçonner. Mais si, dans les deux cas, elle n'est pas au courant du fait et n'a aucun motif légitime de le soupçonner, elle dispose d'un moyen de défense.

[...]

96. [...] Je partage certaines des préoccupations qui ont été exprimées quant au fonctionnement du régime d'autorisation.

97. Le paragraphe 1 de l'article 11 prévoit que le *Treasury* peut délivrer une autorisation qui soustrait les actes qu'elle spécifie à l'interdiction du paragraphe 1 de l'article 7 ou du paragraphe 1 de l'article 8. En vertu du paragraphe 2 de l'article 11, une autorisation peut être : *a*) générale ou accordée à une catégorie de personnes ou à une personne particulière; *b*) soumise à conditions; et *c*) de durée déterminée ou indéterminée. En vertu des paragraphes 3 et 4 de l'article 11, sous réserve de notifications, le *Treasury* a le pouvoir de modifier ou de révoquer une autorisation en tout temps. En vertu du paragraphe 5 de l'article 11, quiconque, aux fins de l'obtention d'une autorisation, fait, d'une manière intentionnelle ou inconsidérée, une déclaration ou fournit des documents ou des informations faux dans une situation particulière se rend coupable d'un délit. En vertu du paragraphe 6 de l'article 11,

quiconque a agi au titre d'une autorisation et n'a pas respecté les conditions qui y sont assorties se rend coupable d'un délit.

98. L'autorisation est manifestement une partie centrale du régime. Il m'apparaît évident que, pour être viable, le régime doit être correctement mis en place par les instances concernées, en particulier le *Treasury*, avec diligence et dans un esprit de bonne volonté. En outre, il va de soi que le *Treasury* doit agir en conformité avec la loi quand il examine les demandes d'autorisation. Pour ce faire, il ne prend en compte que les éléments pertinents et agit de façon rationnelle à tous les niveaux. Il me semble crucial que les familles et les autres Parties visées par le décret sur le terrorisme, draconien à plusieurs égards, soient traitées équitablement. Il y a eu aussi beaucoup de discussions au sujet de la question de savoir s'il était illégal de vendre un petit gâteau sans autorisation à une personne dont le vendeur sait qu'elle est sous le coup de l'interdiction. Ce problème ne devrait jamais survenir en pratique et ce, pour deux raisons.

99. Premièrement, il doit y avoir, à mon avis, une limite, que j'appellerais *de minimis*, que le décret sur le terrorisme n'était pas censé dépasser. La personne désignée aurait-elle besoin d'une autorisation pour acheter une boîte d'allumettes ? Certainement pas, parce que la loi n'a cure des détails (*de minimis non curat lex*). Deuxièmement, et plus important, il me semble que si le *Treasury* gère correctement, avec diligence et bon sens, le régime d'autorisation, en motivant ses décisions de façon adéquate, la plus grande partie des problèmes théoriques examinés dans l'argumentation ne seront plus pertinents. Il en sera de même des préoccupations exprimées par le juge au paragraphe 42. Par exemple, il serait certainement irrationnel pour le *Treasury* de refuser une autorisation pour des dépenses concernant la plupart des activités de la vie quotidienne. À cet égard, il convient de noter que, en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, une autorisation peut être générale et ne pas s'adresser à une catégorie de personnes ou à une personne en particulier. Ces problèmes doivent être résolus en pratique. Considérant que le régime d'autorisation est géré de la manière que j'ai indiquée, j'estime que l'article 7 est suffisamment certain, proportionné et légal.

Article 8

100. Le problème ici est quelque peu différent. J'ai tout d'abord été sensible aux arguments de M. Owen. Toutefois, le paragraphe 1 de l'article 8 me semble très clair. Il est interdit de mettre des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition d'une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7. J'ai déjà exprimé mon opinion sur le fait que la signification des termes « fonds » et « ressources économiques » est suffisamment claire et certaine. Quant à la notion de « services financiers » définie à l'article 2, elle vise « tout service à caractère financier ». S'ajoute ensuite à la définition « notamment mais non exclusivement : a) les services d'assurance et services connexes comprenant quatre types donnés d'assurance et de réassurance; et b) les services bancaires et autres services financiers comprenant 11 types d'activités financières ». À mon avis, il ne devrait y avoir aucune difficulté à identifier ce qui se rapporte à l'expression « services financiers » [...]

101. La question suivante est de savoir s'il est suffisamment certain et proportionné de disposer que personne ne doit mettre, par exemple, des fonds « à la disposition, directement ou indirectement, d'une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7 ou de l'en faire bénéficier » sans autorisation. De l'avis de certains, la notion de mettre indirectement, par exemple, des fonds à la disposition d'une telle personne est extrêmement vague. Je me permets d'exprimer respectueusement mon désaccord. Il ne devrait y avoir aucune diffi-

culté à déterminer si des fonds, autres que des avoirs ou des services financiers, sont mis, directement ou indirectement, à la disposition d'une autre personne. Il me semble proportionné d'inclure une telle disposition. Celle-ci a un but légitime, à savoir empêcher que des terroristes obtiennent des fonds suffisants ou autres avantages financiers leur donnant accès à certains de leurs fonds pour déployer leurs activités. À mon avis, cette inclusion est proportionnée, surtout en raison du régime d'autorisation, à condition que celui-ci soit administré correctement et avec diligence. Comme je l'ai indiqué plus haut, si le régime est administré comme l'a prévu l'auteur du décret sur le terrorisme, tous les problèmes liés à des sommes relativement petites peuvent être réglés par la délivrance d'une autorisation appropriée ou, encore, par un accord précisant qu'elles sont *de minimis*. En effet, il serait peut-être judicieux d'élaborer un régime permettant d'accorder systématiquement une autorisation dans le cas de petites sommes, ne serait-ce que pour répondre à l'exemple du petit gâteau mentionné plus haut.

102. Selon moi, la défense prévue au paragraphe 3 de l'article 8 répond à toute iniquité possible de la disposition. Si la personne contre laquelle une accusation est portée peut prouver qu'elle ne savait pas et n'avait pas de motif raisonnable de soupçonner qu'elle mettait des fonds, des ressources économiques ou des services financiers à la disposition d'une personne visée au paragraphe 2 de l'article 7, elle disposera d'un moyen de défense. Aussi, je souscris à l'argument général selon lequel la certitude et la proportionnalité d'une mesure telle que le décret sur le terrorisme ne peuvent être le seul fait du procès d'une affaire en particulier, mais il est permis de considérer toutes les circonstances pertinentes, notamment la certitude ou non de la formulation, l'existence dans ce cas-ci d'un régime d'autorisation et des moyens de défense, pour décider si la disposition pertinente est illégale. Ayant abordé le problème de cette façon, je suis arrivé à la conclusion que l'article 8 n'est pas illégal ou contraire à l'une quelconque des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

[...]

CONCLUSION SUR LA LÉGALITÉ DU DÉCRET SUR LE TERRORISME

104. Pour les raisons que j'ai exposées, je dirais que, sous réserve du point « ou peut être », le décret sur le terrorisme n'est pas illégal, mais je supprimerais l'expression.

105. Enfin, à cet égard, il convient de mentionner le paragraphe 46 du jugement du juge :

« Le but du gel des avoirs est de veiller à ce qu'aucun fonds ne soit utilisé à des fins terroristes. Ainsi, toute responsabilité pénale que pourraient encourir ceux qui mettent des avoirs à la disposition d'une personne désignée dépendra de la mesure dans laquelle le fournisseur savait ou aurait dû savoir que les avoirs en question pouvaient provenir de fonds devant servir à des fins terroristes. Je pense que c'est là, à tout le moins, une limitation adéquate de la responsabilité pénale. Comment les exigences du Comité des sanctions devraient être promulguées en loi est, à mon avis, eu égard aux principes auxquels j'ai fait référence, une question qui doit être soumise au Parlement. Je suis donc convaincu qu'aucun décret en conseil ne représente un moyen nécessaire ou opportun pour donner effet aux obligations imposées par le Comité. »

106. Je comprends très bien les sentiments qui animent ce paragraphe et je me réjouis du fait que le gouvernement a au moins (et enfin) déposé un projet de loi devant le Parlement, mais je ne peux souscrire à l'opinion du juge (si c'est son opinion) au paragraphe ci-

dessus selon laquelle il appartient au tribunal de déterminer la limitation appropriée d'une responsabilité pénale et que seul le Parlement peut en disposer autrement. J'estime que, à l'exception de l'expression « ou peut être », les termes du décret sur le terrorisme relèvent du pouvoir réglementaire que le Parlement a conféré à la Couronne, c'est-à-dire au Gouvernement, à l'article premier de la loi sur les Nations Unies et ne sont pas contraires à la Convention européenne des droits de l'homme ni illégaux en vertu de la common law.

LE DÉCRET RELATIF À AL-QAIDA ET AUX TALIBAN EST-IL ILLÉGAL ?

107. Les conclusions auxquelles je suis parvenu jusqu'à présent me conduisent à déduire que le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban est aussi légal, sous réserve d'un autre point qui n'est pertinent qu'à ce décret. Ce point met l'accent sur la nature et la portée de la contestation dont le décret peut faire l'objet.

[...]

109. G. ne cherche pas à contester la légalité des résolutions du Conseil de sécurité (mentionnées plus haut) qui ont conduit au décret. Il ne cherche pas non plus à contester la légalité du recours à l'Article 41 de la Charte des Nations Unies pour imposer aux personnes désignées les sanctions de l'ONU. Il est à juste titre admis que ni les dispositions de la Charte ni celles des résolutions du Conseil de sécurité n'ont d'effet direct dans le droit anglais, du moins pas avant qu'elles ne soient promulguées en tant que loi nationale ou n'en fassent partie en vertu d'un instrument de l'Union européenne ayant un effet direct. J'ai déjà indiqué que le *Treasury* ne se prévaut d'aucun règlement de l'Union européenne en l'espèce.

110. Compte tenu de ce qui précède, sans le décret, G. ne pourrait contester son inscription sur la liste du Comité. D'autre part, sans le décret, il ne serait pas concerné par cette inscription au regard du droit anglais. Comme indiqué aux paragraphes 14 et 15 ci-dessus, la seule contestation expressément prévue par le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban est celle figurant au paragraphe 4 de l'article 5 qui donne à la Haute Cour le pouvoir d'annuler « une directive » sur la demande d'une personne identifiée par la directive ou de toute autre personne visée par celle-ci. Tel n'est pas le cas de G. parce qu'il ne fait aucun doute qu'il est « une personne désignée par le Comité des sanctions » au sens du paragraphe 1, *b* de l'article 3 et donc une « personne désignée » au sens du paragraphe 1 de l'article 3. Le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban lui donne expressément le droit de saisir la Haute Cour.

[...]

113. La question est de savoir si le tribunal est impuissant à trouver une solution permettant à une personne comme G. de contester les fondements de la procédure engagée contre lui. Il s'agit donc de savoir si une contestation est possible par la voie d'un contrôle judiciaire. S'il est possible de le faire en vertu du décret sur le terrorisme, il serait, à mon avis, très étrange qu'il ne puisse le faire dans le cas du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban, alors que les preuves pesant contre lui semblent être les mêmes dans les deux cas. S'il ne peut pas, je serais porté à dire que le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban est illégal, en raison de l'application des principes évoqués brièvement aux paragraphes 43 à 45 ci-dessus.

114. Selon l'argument présenté au juge par M. Singh au nom de G., un droit d'accès au tribunal par la voie d'un contrôle judiciaire doit être implicite dans le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban. Nul ne le conteste. C'est l'étendue ou le contenu du droit qui est contesté. M. Singh a fait valoir que, les droits fondamentaux étant concernés, ce contrôle devait comprendre un moyen de contester les faits ayant conduit à sa désignation par le

Comité. Cet argument est présenté au début du paragraphe 16 du jugement. Le juge a poursuivi :

« 16. Il faudrait pour cela que le tribunal ait le pouvoir d'annuler l'ordonnance indépendamment du fait que G. soit sur la liste du Comité des sanctions si, après examen des faits, il est d'avis que G. n'aurait pas dû être inscrit sur la liste puisqu'il n'avait participé à aucune activité terroriste. Cet élément était d'autant plus important qu'il n'y avait aucun moyen permettant à G. de présenter une réplique efficace contre son inscription sur la liste, car il n'était au courant d'aucune procédure lui permettant d'être informé de ce qui a conduit le Comité à l'inscrire sur la liste. On sait qu'il a été inscrit à la suite d'informations communiquées contre lui par le gouvernement. Ainsi, sans l'appui du gouvernement, ses chances de faire supprimer son nom de la liste sont infinitésimales.

« 17. Dans un document intitulé "Directives régissant la conduite des travaux du Comité" [publié par l'ONU concernant le Comité des sanctions], la question de la radiation de la liste est abordée au paragraphe 8. La personne inscrite peut présenter une pétition qui doit comporter "une justification de la demande de radiation de la liste, les informations pertinentes, ainsi qu'une demande de soutien en faveur de la radiation". La pétition peut être présentée par l'intermédiaire de l'État de résidence de la personne ou au moyen de ce que l'on appelle "le processus de point focal". Les gouvernements auxquels la demande est adressée, y compris, naturellement, le gouvernement du pays dans lequel la personne réside, seront informés et invités à indiquer s'ils recommandent la radiation. Toute information à l'appui de la radiation détenue par un gouvernement devra être transmise au Comité et toute opposition à celle-ci sera également communiquée au Comité. Une décision sera prise dans un délai de trois mois et la personne en sera informée.

« 18. À mon avis, il est évident que cette procédure est loin d'assurer l'équité pour la personne qui est inscrite sur la liste. Certains gouvernements peuvent parfois avoir leurs propres raisons de souhaiter qu'elle demeure inscrite sur la liste et, dans ce cas, il n'existe aucune procédure lui permettant de savoir comment se défendre et, partant, intervenir efficacement. C'est ce que le Conseil de sécurité a néanmoins approuvé et la résolution, que les États Membres sont tenus de mettre en œuvre, exige le gel des avoirs de ceux qui sont inscrits sur la liste. L'Article 103 de la Charte indique clairement que les obligations en vertu de la Charte ont la primauté sur tout autre accord international. Les droits de l'homme en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent donc pas l'emporter sur les obligations énoncées dans les résolutions.

« 19. M. Singh s'est appuyé sur le droit constitutionnel d'accès au tribunal, un droit qui ne peut être retiré si ce n'est par des termes explicites dans un statut. Un décret en conseil à la suite de l'exercice de la prérogative royale est en soi susceptible de contrôle judiciaire. En conséquence, soutient M. Singh, bien que le décret n'ouvre aucun droit de contestation, un tel droit s'impose... »

115. Le juge a ensuite examiné aux paragraphes 19 à 25 un certain nombre de jurisprudences bien connues, dont certaines sont évoquées plus haut. Ensuite, aux paragraphes 26 à 33, il a examiné plus en détail la position de l'Union européenne, position que j'ai déjà abordée antérieurement. Il s'est montré critique à l'égard de la décision du tribunal de première instance dans *Kadi* et a déclaré au paragraphe 32 que, si les vues de l'avocat général Maduro étaient acceptées, il faudrait annuler le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban. Au

paragraphe 33, il a pris note des arguments de M. Singh selon lesquels les principes fondamentaux du droit national ne relèvent pas de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, car ils ne sont pas des « obligations en vertu de tout autre accord international », mais sont conférés non seulement par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi par des principes bien établis de la *common law*.

116. D'après ce que je comprends du jugement, le juge n'a pas retenu cet argument au motif qu'en vertu de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies, les Membres de l'Organisation « conviennent d'accepter et d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité ». Il s'est toutefois fondé sur deux déclarations de principe dans *R (Al Jeddah) c. Defence Secretary* [2008] UKHL 58 [2008] 1 AC 332, lorsque la Chambre des Lords a examiné si l'internement d'un citoyen britannique en Iraq, en application d'une résolution du Conseil de sécurité autorisant l'internement « si nécessaire pour des raisons impératives de sécurité », allait à l'encontre des droits que lui conférait l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme le juge l'a signalé au paragraphe 34, Lord Bingham a attiré l'attention au paragraphe 33 sur la facilité pour le Conseil de sécurité à adopter des résolutions énoncées en termes impératifs, auquel cas l'Article 25 de la Charte obligeait les États Membres à les respecter. Lord Bingham a toutefois admis que, à l'instar du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la promotion du respect des droits de l'homme était aussi un objectif fondamental. Au paragraphe 39, Lord Bingham a examiné comment le pouvoir ou l'obligation d'incarcérer en vertu de l'autorité expresse du Conseil de sécurité pouvait se concilier avec le droit de l'homme fondamental énoncé à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a déclaré ce qui suit :

« Il n'existe à mes yeux qu'un seul moyen de le faire : en statuant que le Royaume-Uni peut à bon droit, dès lors que des raisons impérieuses de sécurité l'imposent, exercer le pouvoir d'incarcérer que lui confèrent [les résolutions pertinentes], mais en veillant à ce que l'atteinte aux droits du détenu découlant de l'article 5 ne soit pas plus grave que celle qu'implique pareille détention. »

117. Allant dans le même sens, Lord Carswell a déclaré au paragraphe 136 :

« J'insisterais sur le fait [...] que ce pouvoir [d'incarcérer] doit être utilisé selon des modalités minimisant les atteintes aux droits résultant pour le détenu du paragraphe 1 de l'article 5 [...] »

M. Singh relève que, dans *Al Jeddah*, le requérant a ainsi conservé un droit à un examen complet sur le fond, qui se poursuivait toujours devant le Tribunal administratif à la date de sa libération et, d'après M. Singh, a maintenant été modifié en un recours de droit privé pour séquestration arbitraire.

118. Le juge a conclu que le raisonnement de Lord Bingham et de Lord Carswell était clairement applicable aux violations inévitables des droits de propriété et des droits prévus à l'article 8 résultant de l'application à l'égard de G. du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban. Je souscris à cette conclusion. La solution proposée par le juge se lit dans cette importante sentence à la fin du paragraphe 36 :

« M. Crow, au cours de l'argumentation, a accepté, ou plutôt, n'a pas reçu instruction de s'y opposer, l'avis que j'ai exprimé selon lequel le tribunal devrait pouvoir décider si les raisons justifiant une inscription sur la liste engageraient ensuite le gouvernement à soutenir la radiation. »

M. Crow, Conseil de la Reine, a ensuite comparu au nom du *Treasury*. À mon avis, cette concession a été faite de plein droit.

119. J'adhère à l'argument selon lequel le tribunal a le pouvoir d'examiner une demande de contrôle judiciaire formulée par une personne visée par le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban à la suite d'une désignation par le Comité et dans laquelle le tribunal est prié, dans la mesure du possible, d'examiner quelles sont les raisons de l'inscription sur la liste. Il ne s'agira pas d'une contestation du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban en soi, mais si, dans le cas de G. par exemple, on estimait qu'il n'aurait pas dû être inscrit sur la liste, je ne vois pas pourquoi le *Treasury* (ou l'instance gouvernementale pertinente) ne serait pas, comme le juge l'a dit, tenu d'appuyer la radiation. Je suis certain que, si tel était le cas, le *Treasury* souhaiterait que G. soit radié de la liste et prendrait les mesures appropriées à cet effet.

[...]

121. Dans ces circonstances, je n'annulerais pas le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban, comme le juge l'a fait. À la question de savoir si le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban était illégal, je répondrais par la négative, mais je dirais que G. a droit à un examen sur le fond comme je l'ai déjà indiqué.

[...]

CONCLUSION

124. Pour ces raisons, je dirais que le décret sur le terrorisme est légal, sous réserve que les termes « ou peut être » soient retirés du paragraphe 2 de l'article 4. Toutefois, étant donné que les directives au titre du décret sur le terrorisme ont été émises en référence aux termes « ou peut être », je les annulerais. J'estime également que le décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban est légal mais que G. a droit à un examen sur le fond tel qu'indiqué.

LORD JUSTICE SEDLEY

[...]

126. Les décrets en question ont été rendus par le *Treasury* en 2006 dans le but de geler les avoirs des personnes soupçonnées d'aider le terrorisme. À ce moment-là, il existait déjà au moins deux régimes légaux, à savoir les régimes introduits par le Parlement dans le droit primaire, qui ont permis au pouvoir exécutif de geler les avoirs des terroristes : la partie III de la loi de 2000 sur le terrorisme et la loi de 2001 sur le terrorisme, la criminalité et la sécurité adoptées au lendemain des événements du 11 septembre et prévoyant toutes deux un examen parlementaire des ordonnances de gel et une indemnisation pour quiconque subit à tort une perte en résultant. Il y a également le règlement CE 881/2002 du Conseil, qui prévoit le gel des avoirs des terroristes mais qui n'a pas été transposé ni considéré comme ayant un effet direct.

[...]

128. Pour le *Treasury*, l'article 1 de la loi de 1946 sur les Nations Unies lui confère un pouvoir quasi absolu, pouvoir que pourrait souhaiter tout département d'État. Tant qu'il porte sur le sujet traité par la résolution des Nations Unies n'impliquant pas le recours à des forces armées, il permet aux ministres de déposer devant le monarque pour signature (formalité constitutionnelle) une mesure, assortie de sanctions pénales qui, jusqu'en 1957, pouvaient comprendre la peine de mort, que les ministres jugent nécessaires ou opportunes (et le terme « ou », j'en conviens, est clairement disjonctif). Il s'ensuit que le pouvoir exécutif est habilité à rendre des ordonnances qu'il juge non nécessaires mais opportunes. Ce

point est pertinent, non pas simplement pour illustrer l'étendue des pouvoirs apparemment conférés par l'article 1 de la loi de 1946, mais aussi parce que, dans la présente affaire, l'existence de deux régimes légaux visant le même objet signifie qu'aucun décret en conseil n'était nécessaire : il faut donc démontrer que les deux décrets, s'ils doivent être considérés *intra vires*, sont opportuns.

[...]

131. Laissant de côté pour le moment les questions de nécessité et d'opportunité, je ne doute pas que la capacité de prévoir des dispositions, notamment la création de nouvelles infractions pénales, en vue de geler les avoirs des terroristes relève de l'article 1. Pour les raisons exposées par le président de la Cour d'appel, je reconnais que ces dispositions pourraient légitimement s'étendre aux avoirs de personnes dont on peut raisonnablement soupçonner qu'elles encouragent le terrorisme, bien qu'une telle approche aille au-delà des résolutions des Nations Unies. Cependant, pour les raisons que j'ai indiquées, il ne serait pas permis au *Treasury* d'insérer dans un décret en conseil une clause privative refusant l'accès aux tribunaux; par conséquent, les tribunaux, à mon avis, doivent rester vigilants et veiller à ce que la manière dont le décret s'applique ne transforme par leur rôle de supervision en un rôle purement symbolique.

132. En application du paragraphe 4 de l'article 5 du décret sur le terrorisme, le tribunal peut annuler une directive. Pour les raisons exposées par Collins J., et maintenant par le président de la Cour d'appel, cela est toutefois loin d'être suffisant. Seul un système bien structuré et doté des ressources adéquates permettra au tribunal de veiller à ce que l'action menée par le *Treasury* repose au moins sur une base raisonnable, de même que de surveiller la bonne exécution des désignations et des directives [...]

133. Je ne peux accepter l'idée selon laquelle il incombe aux tribunaux d'élaborer un tel système pour empêcher qu'une législation déléguée soit frappée de nullité [...]

[...]

PARTICIPATION PRÉSUMÉE

135. L'élargissement de la portée de la résolution du Conseil de sécurité aux personnes dont on peut raisonnablement soupçonner qu'elles participent à des actes de terrorisme peut éventuellement, j'en conviens, relever de l'élément « opportun » de l'article 1, dans la mesure où il est assorti des garanties judiciaires propres à assurer que le soupçon est véritablement fondé et raisonnable. À l'heure actuelle, aucune disposition en ce sens n'est envisagée, et je ne crois pas que le tribunal ait le temps d'attendre qu'elle le soit.

SOUPÇON D'UNE PARTICIPATION ÉVENTUELLE

136. L'inscription de ceux dont on soupçonne qu'ils pourraient participer au financement d'activités terroristes va, d'un point de vue rationnel, un peu trop loin, autant dire qu'elle vise presque tout le monde. Les termes ne sont pas seulement tautologiques (je me demande si le rédacteur du décret remercierait M. Swift de son observation initiale indiquant qu'ils l'étaient). Serait-il possible de les retrancher ?

[...]

138. Pour les raisons exposées par le président de la Cour d'appel, je reconnais que les termes posant problème relèvent du critère du crayon bleu énoncé par Lord Bridge dans

DPP c. Hutchinson [1990] 2 AC 783. Il reste toutefois à déterminer si l'ensemble du décret outrepassa les pouvoirs légaux en vertu desquels il est censé être rendu.

139. Quelle que soit la réponse à cette question, il est clair qu'aucune des ordonnances actuelles aux fins de gel ne peut être valable, car elles contiennent toutes la formulation « ou peut être ». (C'est peut-être la raison pour laquelle le *Treasury* n'était pas prêt à accepter le retrait des termes du décret en conseil.) Je partage l'avis du président de la Cour d'appel et, pour cette seule raison, je les annulerais.

GARANTIES DE PROCÉDURE

140. Le président de la Cour d'appel a fait état de la situation inquiétante concernant l'absence de mesures et de ressources pour s'assurer que les personnes visées par des ordonnances de gel bénéficient d'un procès équitable. [...] Aux paragraphes 60 à 64, il a décrit cette situation déplorable dans des termes auxquels je souscris. Je partage également son avis sur le fait que nous devons accepter la loi telle qu'elle est et non comme elle devrait être. Or, la loi telle qu'elle se présente actuellement est un décret en conseil manifestement insuffisant quant à la possibilité qu'il offre, ou qui est offerte par d'autres moyens, de veiller à ce qu'une ordonnance de gel ne puisse être rendue ou confirmée sans un procès équitable.

141. Aux paragraphes 69 à 78, le président de la Cour d'appel a analysé certains éléments des questions qui peuvent être soulevées en rapport avec les pièces confidentielles et non confidentielles. Il a conclu que ces éléments pouvaient très bien être traités au cas par cas. Je partage cette conclusion, mais je le répète, cela ne règle pas la question de la validité : n'est-ce pas le rôle des tribunaux non seulement de veiller à la bonne administration de tout ce qui est promulgué légalement, mais aussi de combler les lacunes de ces promulgations afin de les rendre valables ?

INCERTITUDE

142. La même préoccupation touche la question du flou entourant la criminalisation d'actes interdits par le décret sur le terrorisme. J'admets, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, que la définition de nombreux crimes est quelque peu imprécise. Dans de tels cas, un tribunal de juridiction pénale doit faire office d'arbitre. Toutefois, le termes « manipuler » et « services financiers » comportent une marge d'imprécision relativement importante, et (en désaccord respectueux avec le président de la Cour d'appel) je ne pense pas qu'il suffise de recourir à une application administrative du principe *de minimis non curat lex* pour les circonscrire précisément.

[...]

LE DÉCRET SUR LE TERRORISME

144. Je reviens donc à la question de savoir si un gouvernement, étant donné que la préexistence de pouvoirs parallèles dans le droit primaire rend non nécessaire le décret sur le terrorisme, peut à bon droit le considérer, dans son état actuel, comme étant opportun. À mon avis, il ne peut pas. Si le seul défaut du décret était l'inclusion des termes « ou peut être », on pourrait y remédier par une disjonction. Mais c'est loin d'être le cas. Le décret érige en infraction un large éventail relativement aléatoire d'actes quotidiens. Il ne prévoit aucune disposition appropriée (et aucune n'est prévue ailleurs) visant à garantir une

procédure régulière à ceux à l'égard desquels il est appliqué. Quand bien même les termes contestables « ou peut être » seraient retranchés, le décret me semble incompatible avec la primauté du droit du fait de son incapacité à accorder une protection juridique aux personnes concernées et de l'incertitude juridique entourant les actes qu'il interdit. J'estime, tout comme Collins J., que le décret s'écarte des limites des pouvoirs prévus à l'article 1 de la loi de 1946 sur les Nations Unies.

145. Je suis donc d'avis de rejeter le recours formé par le *Treasury*. Je souligne que cette décision ne laissera pas le Royaume-Uni sans moyen d'empêcher que des fonds alimentent des organisations terroristes : les lois de 2000 et de 2001 continuent d'offrir de tels moyens.

LE DÉCRET RELATIF À AL-QAIDA ET AUX TALIBAN

[...]

147. [...] Or, malgré mon manque d'optimisme quant à la viabilité d'un examen sur le fond concernant toute information sensible liée à la sécurité, je m'associe néanmoins à la position du président de la Cour d'appel selon laquelle un tel examen est en principe prévu au titre du décret relatif à Al-Qaida. J'insiste sur le terme « au titre de ». Contrairement à l'argument du *Treasury*, il n'est pas nécessaire que la personne visée prouve que la substance du décret est *ultra vires*; il lui suffira d'établir qu'elle n'aurait pas dû être inscrite sur la liste.

[...]

150. Sur cette base étroite, qui représente, à tout le moins potentiellement, une victoire partielle à la Pyrrhus, je fais droit au recours du *Treasury* pour autant que l'affaire G. se rapporte au décret relatif à Al-Qaida.

LORD JUSTICE WILSON

151. Lorsque les décisions du président de la Cour d'appel sont conformes à celles de Sedley L. J., j'y souscris. Lorsqu'elles ne le sont pas, je me range à la décision du président de la Cour d'appel. J'estime donc que non seulement le décret relatif à Al-Qaida est valable, mais que, sous réserve de la disjonction de l'expression « ou peut être » (« les trois termes ») du paragraphe 2 de l'article 4, le décret sur le terrorisme l'est aussi.

[...]

157. Je suis donc d'avis que, sous réserve de la disjonction des trois termes, le décret sur le terrorisme est valable. La question portant sur la validité du décret relatif à Al-Qaida et aux Taliban soulève un problème particulier auquel, à mon avis, le président de la Cour d'appel apporte une solution satisfaisante et novatrice aux paragraphes 113 à 120 ci-dessus, notamment dans un contrôle judiciaire sur le fond de la réponse du pouvoir exécutif à la demande d'une personne qui le prie de demander au Comité des sanctions de la radier de la liste, ou d'appuyer sa propre demande de radiation. [...]

