

## Chapitre VII

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

#### A. Introduction

66. La Commission, à sa soixantième session (2008), a décidé d'inscrire le sujet « Les traités dans le temps » à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session<sup>521</sup>. À sa soixante et unième session (2009), elle a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est attaché à recenser les questions à examiner et à réfléchir à ses méthodes de travail ainsi qu'au résultat possible des travaux de la Commission sur le sujet<sup>522</sup>.

67. De la soixante-deuxième à la soixante-quatrième session (2010 à 2012), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte. Il a examiné trois rapports, présentés oralement par son président, qui portaient, respectivement, sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée<sup>523</sup>, les décisions de mécanismes mis en place au titre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs<sup>524</sup>, et les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires<sup>525</sup>.

68. À la soixante-quatrième session (2012), sur la base d'une recommandation du Groupe d'étude<sup>526</sup>, la Commission a également décidé : a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), les modalités de ses travaux sur le sujet, en suivant à cet égard la proposition du Groupe d'étude; et b) de nommer M. Georg Nolte

<sup>521</sup> À sa 2997<sup>e</sup> séance, le 8 août 2008 [voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 159, par. 353]. Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe I. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

<sup>522</sup> Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 154 et 155, par. 220 à 226.

<sup>523</sup> Voir *Annuaire... 2010*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 202 et 203, par. 345 à 354; et *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 173, par. 337.

<sup>524</sup> Voir *Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 173 et 174, par. 338 à 341; et *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 78 et 79, par. 230 et 231.

<sup>525</sup> Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 79, par. 232 à 234. À la soixante-troisième session (2011), le Président du Groupe d'étude a présenté neuf conclusions préliminaires, remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude [*Annuaire... 2011*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 174 à 176, par. 344]. À la soixante-quatrième session (2012), le Président a présenté le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires, également remaniées à la lumière des débats du Groupe d'étude [*Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 80 et 81, par. 240]. Le Groupe d'étude a également débattu des modalités et du résultat des futurs travaux sur le sujet. Plusieurs propositions ont été faites par le Président et acceptées par le Groupe d'étude (*ibid.*, p. 79 et 80, par. 235 à 239).

<sup>526</sup> Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 78 et 80, par. 226 et 239.

Rapporteur spécial pour le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités »<sup>527</sup>.

69. À la soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial<sup>528</sup> et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion<sup>529</sup>.

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

70. À la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), qu'elle a examiné de sa 3205<sup>e</sup> à sa 3209<sup>e</sup> séance, du 15 au 22 mai 2014.

71. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial se penchait sur les questions suivantes : l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure (par. 3 à 19), les effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation (par. 20 à 41), la forme et la valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b (par. 42 à 48), les caractéristiques de l'accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité au sens du paragraphe 3 de l'article 31 (par. 49 à 75), les décisions adoptées dans le cadre de conférences des parties (par. 76 à 111) et la portée interprétative des accords ou de la pratique ultérieurs (par. 112 à 166). Le Rapporteur spécial donnait également des indications sur le futur programme de travail (par. 167) et proposait un projet de conclusion pour chacune des questions traitées<sup>530</sup>.

<sup>527</sup> *Ibid.*, p. 78, par. 227.

<sup>528</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/660.

<sup>529</sup> *Ibid.*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 17 et suiv., par. 33 à 39. La Commission a adopté provisoirement le projet de conclusion 1 (Règle générale et moyens d'interprétation des traités), le projet de conclusion 2 (Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques), le projet de conclusion 3 (L'interprétation des termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps), le projet de conclusion 4 (Définition de l'accord ultérieur et de la pratique ultérieure) et le projet de conclusion 5 (L'attribution d'une pratique ultérieure).

<sup>530</sup> Les six projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial se lisaient comme suit :

« *Projet de conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure*

« L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, exige un examen approfondi, s'agissant en particulier de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations.

« *Projet de conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation*

« 1) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, peuvent contribuer à

(Suite de la note page suivante.)

72. À sa 3209<sup>e</sup> séance, le 22 mai 2014, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets de conclusions 6 à 11 figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial.

73. À sa 3215<sup>e</sup> séance, le 5 juin 2014, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion (voir *infra* la section C.1).

74. À ses 3239<sup>e</sup> et 3240<sup>e</sup> séances, le 6 août 2014, la Commission a adopté les commentaires des projets de conclusion adoptés provisoirement à la session en cours (voir *infra* la section C.2).

(Suite de la note 530.)

préciser le sens d'un traité, en particulier en restreignant ou en élargissant la gamme des interprétations possibles, ou en indiquant une certaine marge d'appréciation que le traité accorde aux parties.

«2) La valeur d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation peut dépendre, entre autres, de leur spécificité.

«Projet de conclusion 8. *Formes et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b*

«La pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, peut prendre diverses formes et doit traduire les vues communes des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. Sa valeur en tant que moyen d'interprétation dépend de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance.

«Projet de conclusion 9. *Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité*

«1) Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, ne doit pas nécessairement revêtir une forme particulière ni avoir un caractère contraignant en tant que tel.

«2) Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, suppose une communauté de vues connue des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité. En vue d'établir un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut, lorsque les circonstances appellent une réaction, constituer une acceptation de la pratique ultérieure.

«3) Tout accord ultérieur ou toute pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties à l'égard de l'interprétation d'un traité, mais peut signifier au contraire leur accord pour ne pas appliquer temporairement le traité ou pour établir un arrangement pratique (*modus vivendi*).

«Projet de conclusion 10. *Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties*

«1) Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

«2) L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et du règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et de l'article 32.

«3) Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où il exprime un accord des parties sur le fond concernant l'interprétation d'un traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour le faire.

«Projet de conclusion 11. *Portée interprétative des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure*

«1) La portée des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être étendue.

«2) Lorsqu'elles adoptent un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, les parties à un traité sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne modifier un traité n'est pas généralement reconnue.»

## C. Texte des projets de conclusion sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session

### 1. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION

75. Le texte des projets de conclusion adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session est reproduit ci-après.

#### *Conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure*

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Tel n'est généralement pas le cas si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

#### *Conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation*

1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.

3. Les parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.

#### *Conclusion 8. Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation*

1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.

2. Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, dépend en outre de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.

3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

#### *Conclusion 9. Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité*

1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Bien qu'il doive en être tenu compte, un tel accord n'a pas besoin d'être juridiquement contraignant.

2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.

*Conclusion 10. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties*

1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.

2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.

3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond concernant l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.

2. TEXTE DES PROJETS DE CONCLUSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PROVISOIREMENT PAR LA COMMISSION À LA SOIXANTE-SIXIÈME SESSION

76. Le texte des projets de conclusion et des commentaires y relatifs adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-sixième session est reproduit ci-après.

*Conclusion 6. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure*

1. L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, exige, en particulier, de déterminer si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité. Tel n'est généralement pas le cas si les parties se sont simplement accordées sur la non-application temporaire du traité ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*).

2. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, peuvent revêtir diverses formes.

3. L'identification de la pratique ultérieure au sens de l'article 32 exige, en particulier, de déterminer si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité.

*Commentaire*

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

2) La première phrase du paragraphe 1 rappelle que l'identification des accords ultérieurs et de la pratique

ultérieure au sens des alinéas a et b du paragraphe 3 de l'article 31 exige de porter une attention particulière à la question de savoir si les parties, par un accord ou une pratique, ont pris position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou si elles ont été motivées par d'autres considérations.

3) En vertu de l'alinéa a du paragraphe 3 de l'article 31, les accords ultérieurs doivent être intervenus «au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» et, en vertu de l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 31, la pratique ultérieurement suivie doit l'être «dans l'application du traité», établissant ainsi un accord «à l'égard de [son] interprétation»<sup>531</sup>. La relation entre les termes «interprétation» et «application» au paragraphe 3 de l'article 31 n'est pas très nette. L'«interprétation» est le processus par lequel le sens d'un traité, notamment de l'une ou de plusieurs de ses dispositions, est clarifié. L'«application» désigne toute conduite par laquelle les droits en vertu d'un traité sont exercés ou ses obligations sont respectées, en tout ou en partie. L'«interprétation» renvoie à un processus mental, alors que l'«application» vise un comportement effectif (actes et omissions). En ce sens, les deux notions doivent être distinguées, et peuvent servir à des fins différentes en vertu du paragraphe 3 de l'article 31 (voir par 4 à 6 *infra*), mais elles sont aussi étroitement liées et imbriquées.

4) Tandis que certains aspects de l'«interprétation» peuvent être sans rapport avec l'«application» d'un traité<sup>532</sup>, l'application d'un traité comporte presque inévitablement une part d'interprétation – même si la règle en question peut paraître claire à première vue<sup>533</sup>. C'est pourquoi un accord ou une conduite «à l'égard de l'interprétation» du

<sup>531</sup> Voir le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif, paragraphes 16 à 19 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29, 30, 32 et 33].

<sup>532</sup> Selon Haraszti, «l'interprétation vise à élucider le sens du texte tandis que l'application implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes» (G. Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, p. 18); il considère cependant qu'«il n'est possible d'appliquer une règle juridique, quelle qu'en soit la forme, que si son contenu a été élucidé» (*ibid.*, p. 15).

<sup>533</sup> «Harvard Draft Convention on the Law of Treaties», *American Journal of International Law*, *Supp.*, vol. 29 (1935), p. 657 et suiv., aux pages 938 et 939; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 372; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>e</sup> éd. rév., Manchester University Press, 1984, p. 116; Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 et Corr. 1 [et Add.1]), par. 423, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session [le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)]; R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, p. 27 à 29 et 213; M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-III, vol. 151, p. 47; U. Linderfalk, «Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 54, n° 1 (2007), p. 141 à 144 et p. 147; G. Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), p. 44; M. E. Villiger, «The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission» dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 111.

traité et un accord ou une conduite «dans l'application» du traité supposent dans l'un et l'autre cas que les parties prennent, ou se voient attribuer, une position quant à l'interprétation du traité<sup>534</sup>. Alors que dans le cas d'un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité» au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée par les parties, cette position peut être moins clairement identifiable dans le cas d'un «accord ultérieur [...] au sujet [...] de l'application de ses dispositions» au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 (seconde branche de l'alternative)<sup>535</sup>. Une prise de position au sujet de l'interprétation à partir de «l'application» résulte aussi implicitement de simples actes d'application du traité en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31, c'est-à-dire de «toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation»<sup>536</sup>. La conjonction «ou» à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 ne vise donc pas une relation mutuellement exclusive entre «interprétation» et «application».

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

6) Il convient de noter qu'une «application» du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie selon laquelle cette application est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances (voir *infra* projet de conclusion 7, paragraphe 1). En outre, la notion d'«application» n'exclut pas certains comportements d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application qui sont attribuables aux parties<sup>537</sup>, et qui peuvent donc constituer une pratique établissant l'accord des parties. Enfin, la portée juridique d'un comportement particulier dans l'application d'un traité ne se limite pas nécessairement à sa contribution

éventuelle à l'interprétation en vertu de l'article 31, mais peut aussi contribuer à l'administration de la preuve<sup>538</sup> ou au respect des conditions énoncées dans d'autres règles<sup>539</sup>.

7) Une conduite ultérieure qui n'est pas motivée par une obligation conventionnelle n'est pas suivie «dans l'application du traité» ou «à l'égard» de son interprétation au sens du paragraphe 3 de l'article 31. S'agissant par exemple de l'avis consultatif concernant *Certaines dépenses des Nations Unies*, certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine pratique de l'Organisation<sup>540</sup>. À cet égard, Sir Fitzmaurice a formulé une mise en garde célèbre selon laquelle «[s']il est poussé trop loin, l'argument tiré de la pratique peut aboutir à une pétition de principe»<sup>541</sup>. Selon Fitzmaurice, il «n'est guère possible de conclure du simple fait que les États Membres *paient*, qu'ils admettent nécessairement être en tout cas dans l'obligation juridique positive de le faire»<sup>542</sup>.

8) De même, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour internationale de Justice a considéré que la démarche entreprise par les parties à l'accord de 1987 (concernant la saisine de la Cour de tout litige entre elles) en vue de la conclusion d'un compromis (qui aurait précisé l'objet du différend) ne signifiait pas que les parties aient considéré que c'était là une condition nécessaire à l'établissement de la compétence de la Cour<sup>543</sup>.

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

<sup>534</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* note 533), p. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 162; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983, p. 114 et 118; O. Dörr, «Article 31. General rule of interpretation», dans O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 556 et 557, par. 80 et 82.

<sup>535</sup> Cette seconde possibilité a été introduite sur la proposition du Pakistan, mais son champ d'application et son but n'ont jamais été explicités ni clarifiés [voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 31<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, 19 avril 1968, p. 183, par. 53].

<sup>536</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (voir *supra* la note 534), p. 164, 165 et 167; voir également le projet de conclusion 1, paragraphe 4, et le projet de conclusion 4, paragraphe 3 [Annuaire... 2013, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 19 et 30].

<sup>537</sup> Voir L. Boisson de Chazournes, «Subsequent practice, practices, and “family resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu» dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 53 et suiv., aux pages 54, 56, 59 et 60.

<sup>538</sup> Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, p. 70, à la page 117, par. 105, la Cour internationale de Justice a refusé de considérer certains comportements (déclarations) comme constituant des preuves quant au respect par la Fédération de Russie de ses obligations découlant de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale durant la période allant de 1999 à juillet 2008, en particulier parce que ces comportements n'avaient pas trait spécifiquement à la Convention. Selon le juge Simma, la preuve avait été dans une certaine mesure apportée (voir l'opinion individuelle du juge Simma, *ibid.*, p. 199 à 223, par. 23 à 57).

<sup>539</sup> Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, la Cour internationale de Justice a analysé la pratique ultérieure non seulement dans le contexte de l'interprétation du traité mais aussi dans celui de la prescription acquisitive (voir p. 1092 et 1093, par. 71, p. 1096, par. 79, et p. 1105, par. 97).

<sup>540</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 151, aux pages 201 et 202 (opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice) et aux pages 189 à 195 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

<sup>541</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>542</sup> *Ibid.*

<sup>543</sup> *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 6, à la page 16, par. 28.

protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention ou « à l'égard de son interprétation »<sup>544</sup>.

10) Il est parfois difficile de distinguer les accords ou la pratique ultérieurs pertinents à l'égard de l'interprétation ou dans l'application d'un traité au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31, d'autres conduites ou d'évolution dans le contexte plus général du traité, notamment d'« évolution contemporaine » dans le domaine faisant l'objet du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante car seule la conduite des parties à l'égard de l'interprétation acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. La règle générale semble être que la valeur interprétative conférée à un accord ou à une pratique en vertu des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le traité<sup>545</sup>.

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

12) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples. D'une part, la Cour a considéré que des « communiqués ministériels conjoints » de deux États « ne sauraient être englobés dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » étant donné que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »<sup>546</sup>. Elle a aussi estimé, cependant, que l'absence de certaines précisions quant à l'interprétation d'un traité, ou l'absence de certaines formes d'application de celui-ci, constituait une pratique qui indiquait la position juridique des parties selon laquelle l'emploi d'armes nucléaires n'était pas interdit sur la base de différents traités relatifs aux armes empoisonnées<sup>547</sup>. En tout état de cause, la portée exacte d'une expression collective

des vues de parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure cette expression est censée être entendue « au sujet de l'interprétation » du traité. C'est pourquoi la Cour a conclu, dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, que « les résolutions et lignes directrices pertinentes [de la Commission baleinière internationale] qui ont été adoptées par consensus invitent les États parties à s'interroger sur la possibilité, d'un point de vue pratique et scientifique, d'atteindre les objectifs de recherche par des méthodes non létales, mais sans leur faire obligation de ne recourir à des méthodes létales qu'en l'absence de toute autre solution »<sup>548</sup>.

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

66. [...] Bien que le paragraphe 9 de la Déclaration générale ne prévoie expressément aucune obligation de dédommager l'Iran pour le cas où certains articles ne seraient pas restitués en raison des dispositions de la loi américaine applicables avant le 14 novembre 1979, le Tribunal considère qu'une telle obligation est implicitement contenue dans ce paragraphe.

[...]

68. De plus, le Tribunal note que l'interprétation énoncée au paragraphe 66 ci-dessus est conforme à la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application des Accords d'Alger et, en particulier, à la conduite des États-Unis. Cette pratique, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, doit aussi être prise en considération pour l'interprétation d'un traité. Dans la communication qu'ils ont adressée à l'Iran le 26 mars 1981 pour l'informer que l'exportation d'articles de défense ne serait pas approuvée, les États-Unis ont expressément indiqué que « le coût des équipements serait remboursé à l'Iran dans la mesure du possible » [...] <sup>549</sup>.

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

La conduite ultérieure d'un État partie ne peut servir de base à l'interprétation d'un traité que s'il apparaît que cette conduite a été motivée par le traité. En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni même aucun argument, permettant d'affirmer que les États-Unis étaient disposés à dédommager l'Iran pour donner suite à une supposée obligation imposée par le paragraphe 9. Une telle conduite pourrait tout autant correspondre à la reconnaissance d'une obligation contractuelle de paiement. En l'absence de toute indication selon laquelle cette conduite était motivée par le traité, il est erroné d'utiliser celle-ci pour interpréter le traité<sup>550</sup>.

<sup>548</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 226, à la page 257, par. 83.

<sup>549</sup> Tribunal des différends irano-américains, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT (31 août 1988), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19 (1988-II), p. 273, aux pages 294 et 295. Pour les accords d'Alger, en particulier la Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, voir *Journal du droit international*, 108<sup>e</sup> année (1981), n° 4.

<sup>550</sup> Opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, dans Tribunal des différends irano-américains, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence partielle n° 382-B1-FT (voir *supra* la note 549), p. 304.

<sup>544</sup> Voir A. Skordas, « General provisions : article 5 », dans A. Zimmermann (dir. publ.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 682, par. 30 ; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, 2007, p. 21.

<sup>545</sup> Sur le « poids » d'un accord ou d'une pratique en tant que moyen d'interprétation, voir projet de conclusion 8 ; un exemple illustrant la nécessité, mais aussi parfois la difficulté, de distinguer une conduite spécifique des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité et une évolution plus générale, voir *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 3, aux pages 41 à 58, par. 103, 104 à 117, 118 et 151 ; voir également *supra* la note 533).

<sup>546</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213, à la page 234 et 235, par. 40 ; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu* (note 539 *supra*), à la page 1091, par. 68, dans lequel la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérerait pas que certaines formes de coopération pratique étaient juridiquement pertinentes s'agissant de la question de la frontière en cause et ne souscrivait donc pas à la position contraire de l'autre partie.

<sup>547</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226, à la page 248, par. 55 et 56 ; voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803, à la page 815, par. 30 ; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 232 à 235.

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

14) Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière<sup>551</sup>. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée de conduites de différents organes de l'État (exécutif, législatif, judiciaire ou autre) dans l'application consciente d'un traité à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde le plus souvent pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique a été suivie «à l'égard de l'interprétation» de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>552</sup>. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si une situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. Elle suppose plutôt que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États membres sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de leurs obligations<sup>553</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a parfois aussi recouru à la pratique législative comme moyen d'interprétation<sup>554</sup>. À l'instar de la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme a même dans certains cas considéré que le fait que les parties «ne redoutaient pas» une certaine interprétation de la Convention pouvait indiquer une prise de position de leur part à l'égard de l'interprétation du traité<sup>555</sup>.

15) L'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève), de 1949, dispose que «[l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives». C'est intentionnellement que les États parties n'ont pas affirmé la pertinence de la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié, afin que des États ne puissent invoquer abusivement la volonté des prisonniers de guerre pour différer leur rapatriement<sup>556</sup>.

<sup>551</sup> Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 15.

<sup>552</sup> Voir, par exemple, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, CEDH série A n° 161, par. 103; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, par. 60; *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CEDH 2008, par. 48; comparer, par contre, avec *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, par. 146; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201, par. 100.

<sup>553</sup> Voir *supra* la note 552; voir en outre *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, Cour européenne des droits de l'homme, série A n° 31, par. 41; *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, CEDH 2007-III, par. 69; *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, par. 52.

<sup>554</sup> Voir, par exemple, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago*, arrêt (fond, réparations et dépens) du 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 94, par. 12.

<sup>555</sup> *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001.XII, par. 62.

<sup>556</sup> Voir C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Shulthess, 1977, p. 145 à 156 et p. 171 à 175; voir, de façon générale, sur l'obligation de rapatrier, S. Krähenmann, «Protection of prisoners in armed conflict», dans D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, p. 409 et 410.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a néanmoins toujours subordonné sa participation à la condition que la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié soit respectée<sup>557</sup>. Cette approche, dans la mesure où elle a été reflétée dans la pratique des États parties, ne signifie cependant pas nécessairement que l'article 118 doive être interprété comme exigeant qu'aucun prisonnier de guerre ne soit rapatrié contre son gré. L'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier précise dans son commentaire de la règle 128 A :

Selon la [quatrième] Convention de Genève, une personne protégée ne peut être transférée dans un pays «où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses» [art. 45, par. 4, de la quatrième Convention de Genève]. Bien que la [troisième] Convention de Genève ne contienne pas de disposition similaire, la pratique depuis 1949 s'est développée de telle manière que dans tous les rapatriements où le CICR a joué un rôle d'intermédiaire neutre, les parties au conflit – que celui-ci soit international ou non international – ont accepté les conditions posées par le CICR pour sa participation, y compris le principe selon lequel le CICR doit pouvoir vérifier, avant le rapatriement (ou avant la libération dans le cas d'un conflit armé non international), au moyen d'un entretien confidentiel avec les personnes concernées, qu'elles souhaitent bien être rapatriées (ou libérées)<sup>558</sup>.

16) Cette formulation porte à croire que la pratique des États relative au respect de la volonté du prisonnier de guerre est limitée aux cas où le CICR intervient et où l'organisation a posé une telle condition. Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique<sup>559</sup>. Selon le *Manuel du droit des conflits armés* du Royaume-Uni de 2004 :

Une question plus litigieuse est celle de savoir si les prisonniers de guerre doivent être rapatriés même contre leur gré. Il ressort de la pratique récente des États qu'ils ne devraient pas l'être. Le Royaume-Uni applique le principe selon lequel les prisonniers de guerre ne devraient pas être rapatriés contre leur volonté<sup>560</sup>.

17) Cette combinaison particulière des verbes «doivent» et «devraient» montre que, comme d'autres États, le Royaume-Uni ne considère pas que la pratique ultérieure établisse une interprétation de la convention selon laquelle la volonté déclarée du prisonnier de guerre doit toujours être respectée<sup>561</sup>.

18) Les exemples précités tirés de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire

<sup>557</sup> Ainsi, par sa participation, le CICR s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre [voir Krähenmann (note 556 *supra*), p. 409 et 410].

<sup>558</sup> J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, CICR et Bruylant, 2006, p. 599.

<sup>559</sup> J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, CICR et Cambridge University Press, 2005, p. 2893 et 2894, par. 844 à 855, et mise à jour en ligne pour l'Australie, l'Espagne, Israël et les Pays-Bas, consultable à l'adresse [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule128\\_SectionD](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_SectionD).

<sup>560</sup> Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, p. 205, par. 8.170.

<sup>561</sup> Le manuel des États-Unis ne mentionne que la volonté des prisonniers de guerre malades ou blessés, voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 559 *supra*), p. 2893 et 2894, par. 844 à 855; mais la pratique suivie par les États-Unis après la seconde guerre du Golfe a consisté à faire établir par le CICR la volonté du prisonnier et à agir en conséquence (États-Unis d'Amérique, Département de la défense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992, p. 707 et 708).

d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations<sup>562</sup>.

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

20) Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité; elle peut notamment signifier leur accord sur la non-application temporaire du traité<sup>563</sup>, ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*)<sup>564</sup>. C'est ce qu'illustrent les exemples ci-après.

21) Aux termes de l'article 7 de la Convention de Genève de 1864, «[u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations [...] [le] drapeau [portera] croix rouge sur fond blanc»<sup>565</sup>. Lors du conflit russo-turc de 1877 et 1878, l'Empire ottoman a déclaré que, tout en respectant le signe de la croix rouge qui protégeait les ambulances de l'armée ennemie, il adopterait à l'avenir le signe du croissant rouge sur fond blanc pour la protection de ses propres ambulances, et a affirmé que «dans l'exercice des droits découlant de la Convention, la Turquie avait été "jusqu'à présent", paralysée par la nature même du signe distinctif de la Convention qui blessait les susceptibilités du soldat musulman»<sup>566</sup>. Cette déclaration a donné lieu à un échange de correspondance entre l'Empire ottoman, la Suisse, agissant en sa qualité d'État dépositaire de la Convention, et les autres États parties à celle-ci. En définitive, le signe du croissant rouge ne fut accepté que pour la durée de la guerre en cours<sup>567</sup>. Lors des Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et de 1907, et lors de la Conférence de révision de Genève de 1906, les délégations de l'Empire ottoman, de la Perse et du Siam ont demandé en vain l'inclusion du croissant rouge, du lion et du soleil rouges et de la

flamme rouge dans la Convention<sup>568</sup>. L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des «réserves» qu'ils avaient formulées à cet effet en 1906<sup>569</sup>. Cette acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906 ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une interprétation particulière de la Convention de Genève de 1864 avant 1906 par une pratique ultérieure n'ayant rencontré aucune objection. La pratique suivie par l'Empire ottoman et la Perse a plutôt été considérée, au moins jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de Genève de 1864, mais elle a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

22) L'objet du paragraphe 2 du projet de conclusion 6 est de tenir compte des diverses formes que peuvent prendre les accords et la pratique ultérieurs au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31. La Commission a estimé que la pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 consistait en tout «comportement» dans l'application d'un traité, y compris, dans certaines circonstances, l'inaction, qui pouvait contribuer à établir un accord au sujet de l'interprétation du traité<sup>570</sup>. Selon le traité considéré, il peut s'agir non seulement d'un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes au niveau international, mais aussi d'actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, et même de comportements d'acteurs non étatiques qui sont attribuables à un ou plusieurs des États parties et qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application<sup>571</sup>. Ainsi, la conduite individuelle qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 n'a pas à satisfaire à un quelconque critère particulier<sup>572</sup>.

23) La pratique ultérieure au niveau international ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe<sup>573</sup>. Une conduite seulement parallèle peut être suffisante. Une question distincte est celle de savoir si une activité parallèle exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) au sujet de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir *infra* projet de conclusion 9,

<sup>562</sup> Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 11 à 18. Voir aussi L. Crema, «Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 25 et 26.

<sup>563</sup> Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 71.

<sup>564</sup> Voir *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 546 *supra*), aux pages 234 et 235, par. 40; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, aux pages 65 et 66, par. 138 à 140; J. Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 32; pour un autre exemple, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 72; et J. R. Crook (dir. publ.), «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 105, n° 4 (2011), p. 809 à 812.

<sup>565</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (adoptée à Genève le 22 août 1864, entrée en vigueur le 22 juin 1865).

<sup>566</sup> *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 29, janvier 1877, p. 35 à 37, cité dans F. Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge: aperçu historique*, Genève, CICR, 1977, p. 15 et 16.

<sup>567</sup> *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 31, juillet 1877, p. 89, cité dans Bugnion (voir *supra* la note 566), p. 18.

<sup>568</sup> Bugnion, *ibid.*, p. 19 à 31.

<sup>569</sup> Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923, voir Bugnion, *ibid.*, p. 23 à 26. Ce fut seulement à l'occasion de la révision de la Convention de Genève en 1929, lorsque les délégués de la Turquie, de la Perse et de l'Égypte firent valoir que l'utilisation d'autres emblèmes était devenue un fait accompli et que cette pratique n'avait rencontré aucune objection, que le croissant rouge et le lion et le soleil rouges furent finalement admis comme signes distinctifs par l'article 19 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne de 1929.

<sup>570</sup> Paragraphes 16 à 19 du commentaire du projet de conclusion 4 [*Annuaire...* 2013, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 32 et 33].

<sup>571</sup> Voir, par exemple, le commentaire du projet de conclusion 5, *ibid.*, p. 36 à 40; Boisson de Chazournes, «Subsequent practice...» (note 537 *supra*), p. 54, 56, 59 et 60; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 228 à 230; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [note 545 *supra*], p. 41 à 45, par. 103 à 111, p. 48 et 49, par. 119 à 122 et p. 50, par. 126; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (note 534 *supra*), p. 555 et 556, par. 78.

<sup>572</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 226 et 227.

<sup>573</sup> *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 6, à la page 33; *Île de Kasikili/Sedudu* (note 539 *supra*), à la page 1213, par. 17 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren).

paragraphe 1)<sup>574</sup>. Des accords ultérieurs peuvent se trouver dans des traités juridiquement contraignants ainsi que dans des instruments non contraignants comme des mémorandums d'accord<sup>575</sup>. Ils peuvent aussi se trouver dans certaines décisions d'une conférence des parties (voir *infra*, projet de conclusion 10, paragraphes 1, 2 et 3).

24) Le paragraphe 3 de ce projet de conclusion prévoit que, pour identifier la pratique ultérieure en vertu de l'article 32, l'interprète doit déterminer, en particulier, si la conduite de l'une ou plusieurs des parties est suivie dans l'application du traité<sup>576</sup>. La Commission a décidé de traiter dans un paragraphe distinct la question de toute «autre pratique ultérieure» (voir projet de conclusion 4, paragraphe 3)<sup>577</sup> au sens de l'article 32 pour la clarté de l'analyse (voir *infra*, projet de conclusion 7, par 2, et projet de conclusion 8, paragraphe 3), sans pour autant remettre en question l'unité du processus d'interprétation. Les considérations pertinentes pour l'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure au sens des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 31 s'appliquent aussi, *mutatis mutandis*, à l'identification d'une «autre pratique ultérieure» au sens de l'article 32. Ainsi, un accord qui intervient entre certaines seulement des parties à un traité au sujet de l'interprétation de celui-ci ou de son application constitue une forme de pratique ultérieure au sens de l'article 32.

25) Un exemple d'arrangement pratique est le mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Département des transports des États-Unis d'Amérique et le Ministère des communications et des transports des États-Unis du Mexique concernant les services de transport international transfrontalier de fret routier<sup>578</sup>. Le mémorandum d'accord ne vise pas le Canada, le troisième État partie à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), et précise qu'il «est sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA». Ces circonstances portent à croire que le mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens des alinéas *a* ou *b* du paragraphe 3 de l'article 31, mais qu'il reste seulement un arrangement pratique entre un nombre restreint de parties susceptible d'être contesté par d'autres parties ou d'être remis en cause par un organisme juridictionnel ou quasi juridictionnel.

<sup>574</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 659, à la page 737, par. 258; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 18, aux pages 83 et 84, par. 117, affaire dans laquelle la Cour a considéré les concessions accordées par les parties au différend comme une preuve de leur accord tacite; voir aussi *Différend maritime (Pérou c. Chili)* (note 545 *supra*).

<sup>575</sup> Gardiner (voir *supra* la note 533), p. 244 et 250.

<sup>576</sup> Voir *supra* les paragraphes 1 à 4 du présent commentaire; voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 3 à 5.

<sup>577</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 18.

<sup>578</sup> Crook (dir. publ.), «Contemporary practice of the United States...» (note 564 *supra*), p. 809 à 812. Voir aussi: Mexique, *Diario Oficial de la Federación* (7 juillet 2011), *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América*.

### **Conclusion 7. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation**

**1. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.**

**2. La pratique ultérieure au sens de l'article 32 peut aussi contribuer à préciser le sens d'un traité.**

**3. Les parties à un traité, lorsqu'elles parviennent à un accord ultérieur ou suivent une pratique dans l'application du traité, sont présumées avoir l'intention d'interpréter le traité et non de l'amender ou de le modifier. La possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. Le présent projet de conclusion est sans préjudice des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du droit international coutumier relatives à l'amendement ou à la modification des traités.**

#### *Commentaire*

1) Le projet de conclusion 7 traite des effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure sur l'interprétation d'un traité. Son objet est d'indiquer comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à la clarification du sens d'un traité. Le paragraphe 1 souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure doivent être envisagés dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (voir projet de conclusion 1, paragraphe 5<sup>579</sup>). Ils ne sont donc pas nécessairement en eux-mêmes déterminants.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir différents effets sur le processus interactif d'interprétation d'un traité, qui consiste, dans tout cas particulier, à accorder l'attention qui convient aux divers moyens d'interprétation dans le cadre d'«une seule opération complexe»<sup>580</sup>. Prendre en considération les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en application de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32 peut ainsi contribuer à clarifier le sens d'un traité<sup>581</sup> en limitant (en précisant) les sens possibles d'un terme particulier ou d'une disposition particulière, ou la portée du traité dans son ensemble (voir par. 4, 6, 7, 10 et 11 *infra*). Par ailleurs, cette prise en

<sup>579</sup> Paragraphes 12 à 15 du commentaire du projet de conclusion 1 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 21 et 22].

<sup>580</sup> *Ibid.*

<sup>581</sup> La terminologie utilisée suit la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission à sa soixante-troisième session: «L'expression «déclaration interprétative» s'entend d'une déclaration unilatérale [...] par laquelle [un] État ou [une] organisation [internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions» [*Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 53]; voir également *ibid.*, paragraphe 18 du commentaire relatif à la directive 1.2, p. 56].



considération peut contribuer à une clarification en confirmant une interprétation plus large. Enfin, elle peut aider à comprendre la gamme des interprétations possibles à la disposition des parties, y compris quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les parties exercent dans le cadre du traité (voir par. 12 à 15 *infra*).

3) Lorsqu'ils examinent une affaire donnée, les cours et tribunaux internationaux commencent habituellement par déterminer le « sens ordinaire » des termes du traité<sup>582</sup>. C'est surtout par la suite qu'ils se penchent sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, lorsqu'ils se demandent si une telle conduite confirme ou modifie le résultat auquel ils ont abouti dans le cadre de l'interprétation initiale du sens ordinaire (ou par d'autres moyens d'interprétation)<sup>583</sup>. Si les parties ne souhaitent pas donner à un terme son sens ordinaire mais un sens particulier au sens du paragraphe 4 de l'article 31, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à mettre ce sens particulier en lumière. Les exemples ci-après<sup>584</sup> illustrent comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, dans leur interaction avec d'autres moyens dans le processus d'interprétation, à clarifier le sens d'un traité.

4) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aider à déterminer le « sens ordinaire » d'un terme particulier en confirmant une interprétation étroite de différentes nuances possibles du sens d'un terme. Tel a été le cas, par exemple<sup>585</sup>, dans l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour internationale de Justice a estimé que, dans la pratique des États, les termes « du poison ou des armes empoisonnées »

ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considéré comme visant les armes nucléaires<sup>586</sup>.

5) De plus, une pratique ultérieure peut exclure de ramener le sens d'un terme général à un seul de ses différents sens possibles<sup>587</sup>. Par exemple, dans l'affaire concernant

<sup>582</sup> Paragraphe 14 du commentaire relatif au projet de conclusion 1 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 22]; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 4, à la page 8.

<sup>583</sup> Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 625, à la page 656, par. 59 à 61 et à la page 665, par. 80; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6, aux pages 34 à 37, par. 66 à 71; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 546 *supra*), à la page 290 (déclaration du juge *ad hoc* Guillaume).

<sup>584</sup> Pour davantage d'exemples, voir G. Nolte, « Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 210 à 306.

<sup>585</sup> Voir également *Plates-formes pétrolières*, exception préliminaire (note 547 *supra*), à la page 815, par. 30; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275, à la page 306 et 307, par. 67; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies* (note 582 *supra*), à la page 9.

<sup>586</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (note 547 *supra*), à la page 248, par. 55.

<sup>587</sup> *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 15, à la page 25.

les *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, la Cour a déclaré :

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

Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des Parties en litige<sup>588</sup>.

6) Différentes formes de pratique peuvent contribuer à la fois à restreindre et à élargir l'interprétation de différents termes du même traité<sup>589</sup>.

7) Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire de ses termes « dans leur contexte » (art. 31, par. 1). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, dans leur interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, peuvent aussi contribuer à identifier une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme du traité<sup>590</sup>. Dans son avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime* [devenue depuis l'Organisation maritime internationale], par exemple, la Cour internationale de Justice devait déterminer le sens de l'expression « huit [...] pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » figurant à l'article 28 a de la Convention portant création de l'Organisation. Comme l'expression « pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » se prête à différentes interprétations (l'« importance » pouvant être déterminée par « le tonnage enregistré » ou par « la nationalité des propriétaires »), et comme il n'y avait pas de pratique pertinente de l'Organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 a lui-même, la Cour s'est penchée sur la pratique au titre d'autres dispositions de la Convention et a déclaré :

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention [amène] la Cour à considérer comme improbable que l'on ait envisagé, lors de la rédaction de l'article 28 a) et de son incorporation dans la Convention, qu'il y eût un critère autre que le tonnage immatriculé pour déterminer les pays possédant les flottes de commerce les plus importantes<sup>591</sup>.

<sup>588</sup> *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952, p. 176, à la page 211.

<sup>589</sup> Voir, *mutatis mutandis*, *Certaines dépenses des Nations Unies* (note 540 *supra*), avis dans lequel la Cour internationale de Justice a donné une interprétation large du terme « dépenses » et une interprétation étroite du terme « action » à la lumière de la pratique ultérieure de l'Organisation des Nations Unies concernant chacun de ces termes, p. 158 à 161 (« dépenses ») et p. 164 et 165 (« action »).

<sup>590</sup> Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69, à la page 87, par. 40.

<sup>591</sup> *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, avis consultatif du 8 juin 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 150, à la page 169; voir également p. 167 à 169; également *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, Sentence définitive, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXIII (numéro de vente : E/F.04.V.15), p. 59, à la page 99, par. 141.

8) À côté du texte et du contexte, l'article 31, paragraphe 1, accorde une importance à «[l']objet et [au] but» d'un traité pour interpréter celui-ci<sup>592</sup>. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à clarifier l'objet et le but d'un traité<sup>593</sup>, ou à concilier les invocations de «[l']objet et [du] but» d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

9) Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*<sup>594</sup> et des *Plates-formes pétrolières*<sup>595</sup>, par exemple, la Cour internationale de Justice a clarifié l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Et dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a déclaré :

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée ; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte [des Nations Unies]<sup>596</sup>.

10) La pratique des États dans des contextes autres que judiciaires ou quasi judiciaires confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent non seulement contribuer à préciser le sens d'un terme en limitant les sens possibles des droits et obligations énoncés dans le traité, mais aussi indiquer une plus large gamme d'interprétations acceptables ou l'étendue de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le traité accorde aux États<sup>597</sup>.

<sup>592</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 190 et 198.

<sup>593</sup> *Ibid.*, p. 191 à 194 ; voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, aux pages 31 et 32, par. 53 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, à la page 179, par. 109 ; R. Higgins, «Some observations on the inter-temporal rule in international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 180 ; Distefano (note 533 *supra*), p. 52 à 54 ; et Crema (note 562 *supra*), p. 21.

<sup>594</sup> *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38, aux pages 50 et 51, par. 27.

<sup>595</sup> *Plates-formes pétrolières*, exception préliminaire (voir *supra* la note 547), aux pages 813 à 815, par. 27 et 30.

<sup>596</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires (voir *supra* la note 585), aux pages 306 et 307, par. 67.

<sup>597</sup> Cela ne signifie pas qu'il peut exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais que le traité peut accorder aux parties la possibilité de choisir dans une gamme de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 533), p. 30, 31 et 111, citant la Chambre des Lords dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] 2 AC 477 : «Il est nécessaire de déterminer le sens autonome de la disposition conventionnelle pertinente [...] Il en découle que, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, la Convention [relative au statut des] réfugiés doit se voir accorder un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne] et sans que les caractéristiques distinctives du système juridique de tel ou tel État contractant interviennent. En principe, il ne peut y avoir qu'une interprétation exacte d'un traité [...] En pratique, il incombe aux tribunaux nationaux, confrontés à un désaccord important sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, ils doivent rechercher, sans être entravés par les notions de leur culture juridique nationale, le sens exact, international et autonome du traité. Et il ne peut y avoir qu'un sens exact», p. 515 à 517 (Lord Steyn).

11) Par exemple, si le sens ordinaire des termes de l'article 5 de la Convention relative à l'aviation civile internationale, de 1944, ne semble pas exiger qu'un vol charter obtienne une autorisation pour atterrir alors qu'il est en transit, il est généralement admis, dans le cadre d'une pratique des États établie de longue date consistant à exiger une telle autorisation, que cette disposition doit être interprétée comme exigeant une autorisation<sup>598</sup>. Un autre exemple est donné par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui dispose que les moyens de transport utilisés par une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si les mesures de police prises contre les biens des missions diplomatiques suscitent habituellement des protestations des États<sup>599</sup>, l'enlèvement des véhicules diplomatiques en infraction à la réglementation sur la circulation et le stationnement a généralement été considéré comme autorisé dans la pratique<sup>600</sup>. Cette pratique porte à croire que, si les mesures punitives sont interdites à l'encontre des véhicules diplomatiques, ceux-ci peuvent être contrôlés ou enlevés s'ils constituent un danger immédiat ou un obstacle à la circulation et/ou menacent la sécurité publique<sup>601</sup>. En ce sens, la signification du terme «mesure d'exécution» et donc l'étendue de la protection accordée aux moyens de transport est précisée par la pratique ultérieure des parties.

12) Un autre exemple possible concerne l'article 12 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Protocole II), de 1977, qui dispose :

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

Bien que l'emploi du futur («sera») porte à croire qu'il est obligatoire pour les États d'utiliser le signe distinctif pour identifier le personnel et les moyens de transport sanitaires en toutes circonstances, la pratique ultérieure semble indiquer que les États peuvent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de cette disposition<sup>602</sup>. Les

<sup>598</sup> S. D. Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (voir *supra* la note 537), p. 85 ; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2013, p. 215.

<sup>599</sup> E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 160 et 161 ; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 207 et 208, par. 315.

<sup>600</sup> Voir, par exemple, Australie, Département des affaires étrangères et du commerce, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guide-lines/Documents/A21.pdf>) ; Islande, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, *Diplomatic Handbook*, p. 14 ([https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic\\_Handbook\\_March2010.pdf](https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf)) ; Royaume-Uni, voir la déclaration du Sous-Secrétaire d'État parlementaire, Home Office (Lord Elton) devant la Chambre des Lords, HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446 cc3-8 ; États-Unis, voir M. Nash, «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 88, n° 2 (1994), p. 312 et 213.

<sup>601</sup> Denza (voir *supra* la note 599), p. 160 ; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 70.

<sup>602</sup> C. Pilloud et al., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949: commentaire*

groupes armés ayant ces dernières années délibérément attaqué des convois sanitaires qui étaient tout à fait reconnaissables parce qu'ils arboraient le signe protecteur, des États se sont abstenus dans certaines situations d'arborer le signe distinctif sur leurs convois. Répondant à une question parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

Comme ceux d'autres États fournissant des contingents à la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS), les véhicules sanitaires marqués des Forces armées fédérales ont été pris pour cible. À l'occasion, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiés comme tels par leur signe protecteur, ont même constitué des cibles privilégiées. C'est pourquoi les Forces armées fédérales, ainsi que la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, ont décidé dans le cadre de la FIAS, de masquer le signe protecteur sur leurs véhicules sanitaires<sup>603</sup>.

13) Une telle pratique des États peut confirmer une interprétation de l'article 12 dans le cadre de laquelle l'obligation d'arborer le signe protecteur<sup>604</sup> permet aux parties, dans des circonstances exceptionnelles, de jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire.

14) Lorsqu'une disposition conventionnelle accorde aux États un droit apparemment inconditionnel, on peut se demander si ce pouvoir est limité par l'objet de la règle. Par exemple, en vertu de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Les États font de telles déclarations le plus souvent lorsque des membres de la mission se sont livrés à des activités d'espionnage ou sont soupçonnés de le faire, ou ont commis d'autres violations graves de la législation de l'État accréditant, ou causé des tensions politiques importantes<sup>605</sup>. Toutefois, ils font également de telles déclarations dans d'autres circonstances, par exemple lorsque des diplomates causent un grave dommage à un tiers<sup>606</sup> ou ont commis des infractions répétées<sup>607</sup>, voire pour donner

du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Genève, CICR, Martinus Nijhoff, 1986), p. 1462, par. 4742 à 4744; H. Spieker, «Medical transportation», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012, p. 54 et 55, par. 7 à 12 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://opil.ouplaw.com/home/epil>). Voir également l'expression *shall be displayed*, plus rigoureuse, utilisée dans la version anglaise.

<sup>603</sup> Parlement allemand, «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 avril 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, p. 2.

<sup>604</sup> Spieker (voir *supra* la note 602), p. 55, par. 12.

<sup>605</sup> Voir Denza (note 599 *supra*), p. 77 à 88, avec d'autres références à des déclarations en relation avec des activités d'espionnage; voir également Salmon (note 599 *supra*), p. 484 par. 630; et Richtsteig (note 601 *supra*), p. 30.

<sup>606</sup> Pays-Bas, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, guide protocolaire à l'intention des missions diplomatiques et postconsulaires; disponible en ligne à l'adresse <https://www.government.nl/documents>.

<sup>607</sup> France, Ministère des affaires étrangères et du développement, guide pour les diplomates étrangers en poste en France, Immunités – Respecter les réglementations locales ([www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/protocole/immunités/article/respecter-les-reglementations](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/protocole/immunités/article/respecter-les-reglementations)); Turquie, Ministère des affaires étrangères, *Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 avril 2005) ([www.mfa.gov.tr/06\\_04\\_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa)); Royaume-Uni, Ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, circulaire datée du 19 avril 1985 adressée aux Chefs des missions diplomatiques à Londres, reproduit dans G. Marston

effet à leur législation sur la conduite en état d'ivresse<sup>608</sup>. Il est même concevable que des déclarations soient faites sans raisons claires ou pour des motifs purement politiques. D'autres États ne semblent pas avoir considéré qu'une telle pratique, consistant à déclarer des membres d'une mission *personae non gratae*, constitue un abus de pouvoir. Ainsi, cette pratique confirme que l'article 9 confère un droit inconditionnel<sup>609</sup>.

15) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 concerne les effets possibles d'une «autre pratique ultérieure» au sens de l'article 32 (voir le paragraphe 3 du projet de conclusion 4<sup>610</sup>) qui ne reflète pas l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. Une telle pratique, en tant que moyen complémentaire d'interprétation, peut confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31, ou déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article laisse ce sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'article 32 fait ainsi une distinction entre le recours aux travaux préparatoires ou à une «autre pratique ultérieure» pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 et l'utilisation de cette pratique pour «déterminer» le sens. De ce fait, on peut avoir recours à une «autre pratique ultérieure» au sens de l'article 32 non seulement pour déterminer le sens d'un traité dans certaines circonstances, mais aussi – et toujours – pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31<sup>611</sup>.

(dir. publ.), «United Kingdom materials on international law 1985», *British Year Book of International Law 1985*, vol. 56, p. 437.

<sup>608</sup> Voir Canada, Affaires étrangères, commerce et développement, Politique révisée sur la conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies ([https://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna\\_convention\\_idp-convention\\_vienne\\_vfa.aspx?lang=fra](https://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=fra)); États-Unis, Département d'État, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 septembre 2010), [www.state.gov/documents/organization/149985.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/149985.pdf), p. 8 et 9.

<sup>609</sup> Voir G. Hafner, «Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 112, pour un cas encore plus extrême relevant de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

<sup>610</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30.

<sup>611</sup> Organisation mondiale du commerce (OMC), rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010, par. 403: «Bien que l'application par le Groupe spécial de l'article 31 de la *Convention de Vienne* à l'inscription "Services de distribution d'enregistrements sonores" l'ait amené à une "conclusion préliminaire" quant au sens de cette inscription, le Groupe spécial a néanmoins décidé de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour confirmer ce sens. Nous notons à cet égard que l'argument de la Chine en appel paraît supposer que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 32 de la *Convention de Vienne* aurait nécessairement été différente si le Groupe spécial avait constaté que l'application de l'article 31 avait laissé le sens de l'expression "Services de distribution d'enregistrements sonores" ambigu ou obscur et si le Groupe spécial avait donc recouru à l'article 32 pour déterminer, plutôt que pour confirmer, le sens de cette expression. Nous ne partageons pas cette opinion. Les éléments à examiner dans le cadre de l'article 32 sont distincts de ceux qui doivent être analysés dans le cadre de l'article 31, mais ce sont les mêmes éléments qui sont examinés dans le cadre de l'article 32 quel que soit le résultat de l'analyse au titre de l'article 31. Ce qui peut en revanche différer, en fonction des résultats de l'application de l'article 31, c'est le poids attribué aux éléments analysés au titre de l'article 32.» Voir également M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2009, p. 447, par. 11.

16) La pratique ultérieure visée à l'article 32 peut contribuer, par exemple, à réduire la possibilité de conflits lorsque l'«objet et [le] but» d'un traité semblent être en conflit avec les buts spécifiques de certaines des règles qu'il énonce<sup>612</sup>. Dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, par exemple, la Cour internationale de Justice a souligné que les parties au traité de 1890 «entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives»<sup>613</sup>. Les parties ont ainsi éliminé une contradiction possible en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure de l'une seulement d'entre elles comme moyen complémentaire d'interprétation (en vertu de l'article 32)<sup>614</sup>.

17) Un autre exemple d'«autre pratique ultérieure» relevant de l'article 32 concerne l'expression «précautions pratiquement possibles» utilisée au paragraphe 2 a ii) de l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (Protocole I), de 1977. Cette expression a été en fait employée dans le paragraphe 4 de l'article 3 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II), du 10 octobre 1980, qui dispose que «[p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire». Cette formule en est venue à être reprise, dans le cadre d'une pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires en tant que définition générale des «précautions possibles» aux fins du paragraphe 2 a ii) de l'article 57 du Protocole I de 1977<sup>615</sup>.

18) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 7 traite de la question de savoir dans quelle mesure l'interprétation d'un traité peut être influencée par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure tout en restant dans le domaine de ce qui est considéré comme l'interprétation au sens du paragraphe 3 a et b de l'article 31. Ce paragraphe rappelle à l'interprète que des accords ultérieurs peuvent servir à amender ou à modifier un traité, mais que de tels accords sont soumis à l'article 39 de la Convention de Vienne et

doivent être distingués des accords ultérieurs au sens du paragraphe 3 a de l'article 31. La deuxième phrase, tout en reconnaissant qu'il existe des exemples en sens contraire dans la jurisprudence et des opinions divergentes dans la doctrine, stipule que la possibilité que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue.

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

[...] le terme «application» employé à l'article 31(3) a) se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être «appliquées»; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle [...]<sup>616</sup>

20) Lus ensemble, l'article 31, paragraphe 3 a, et l'article 39 démontrent que les accords que les parties concluent postérieurement à la conclusion d'un traité peuvent interpréter et amender ou modifier celui-ci<sup>617</sup>. Un accord au sens de l'article 39 ne doit pas nécessairement revêtir la même forme que le traité qu'il amende<sup>618</sup>. Comme l'a jugé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* :

Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la commission [administrative du fleuve Uruguay]), cet «arrangement» liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié<sup>619</sup>.

21) Il est souvent difficile de distinguer entre les accords conclus par les parties en vertu d'une disposition

<sup>612</sup> Voir OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, par. 17 («[...] la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents»); et Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 195.

<sup>613</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), à la p. 1074, par. 45. Concernant le traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, signé à Berlin, le 1<sup>er</sup> juillet 1890, voir *British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, p. 35.

<sup>614</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), p. 1077 et 1078, par. 55, et p. 1096, par. 80.

<sup>615</sup> Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989), du Canada (2001) et du Royaume-Uni (2004), voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (note 559 *supra*), p. 359 et 360, par. 160 à 164, et le manuel militaire actualisé de l'Australie (2006) disponible en ligne à l'adresse [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule15\\_sectionc](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); voir également C. Pilloud et al., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949: commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Genève, CICR, Martinus Nijhoff, 1986, p. 701, par. 2202.

<sup>616</sup> OMC, rapports de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW/ECU, adopté le 11 décembre 2008, et Corr.1, et *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adoptée le 22 décembre 2008, par. 391 à 393.

<sup>617</sup> Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (voir *supra* la note 598), p. 88.

<sup>618</sup> Sinclair (voir *supra* la note 533), p. 107, renvoyant à Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [note 535 *supra*], 37<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, 24 avril 1968, p. 221, par. 15; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (note 611 *supra*), p. 513 et 514, par. 7, 9 et 11; K. Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», dans Dörr et Schmalenbach (dir. publ.) [note 534 *supra*], p. 706, par. 16.

<sup>619</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 564), à la page 62, par. 128; voir également p. 63, par. 131; la Cour a ensuite conclu qu'en l'espèce ces conditions n'avaient pas été remplies, p. 62 à 66, par. 128 à 142. En ce qui concerne le Statut du fleuve Uruguay, signé à Salto (Uruguay) le 26 février 1975, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1295, n° I-21425, p. 331.

conventionnelle spécifique qui confère force obligatoire aux accords ultérieurs, les accords ultérieurs simples visés à l'article 31, paragraphe 3 *a*, qui ne sont pas nécessairement contraignants en tant que tels et, enfin, les accords portant amendement ou modification d'un traité visés aux articles 39 à 41<sup>620</sup>. La jurisprudence internationale et la pratique des États portent à croire<sup>621</sup> que les accords informels dont il est allégué qu'ils dérogent à des obligations conventionnelles doivent être interprétés de manière étroite. Il ne semble pas exister d'autres critères formels que ceux énoncés à l'article 39, s'ils sont applicables, excepté ceux qui peuvent être énoncés dans le traité applicable lui-même, qui soient reconnus comme permettant de distinguer ces différentes formes d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont généralement disposés à accorder aux États parties une assez large latitude pour l'interprétation d'un traité au moyen d'un accord ultérieur. Cette latitude peut même aller au-delà du sens ordinaire des termes du traité. La reconnaissance d'une telle latitude pour l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord a effectivement pour effet d'amender ou de modifier un traité<sup>622</sup>. Ainsi, un accord visant à modifier un traité n'est pas exclu, mais il ne doit pas non plus être présumé<sup>623</sup>.

<sup>620</sup> Dans la pratique judiciaire, il n'est parfois pas nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (note 583 *supra*), à la page 31, par. 60 («de l'avis de la Cour, il n'y a, aux fins du présent arrêt, aucune raison de la qualifier de confirmation ou de modification de la déclaration [du 21 mars 1899, qui complète la Convention conclue le 14 juin 1898 entre la France et la Grande-Bretagne]»); on considère parfois qu'un accord au sens de l'article 31 3) *a* peut aussi avoir pour effet de modifier un traité. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 598 *supra*), p. 212 à 214, qui donne des exemples. Pour la Convention entre la Grande-Bretagne et la France pour la délimitation de leurs possessions respectives à l'ouest du Niger et de leurs possessions et de leurs sphères d'influence respectives à l'est du Niger, signée à Paris le 14 juin 1898, et la Déclaration additionnelle à la Convention du 14 juin 1898, signée à Londres le 21 mars 1899, voir *British and Foreign State Papers, 1898-1899*, vol. 91, p. 38 et 55 respectivement.

<sup>621</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 564), en particulier aux pages 63 et 66, par. 131 et 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (note 564 *supra*), p. 32; *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004-2009), p. 77, aux pages 125 et 126, par. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America* [Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB(AF)/00/1], arbitrage au titre du chapitre 11 de l'Accord nord-américain de libre-échange, 9 janvier 2003, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 470 et suiv., voir en particulier les pages 526 et 527, par. 177 (disponible en ligne: [www.state.gov/documents/organization/16586.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf)); *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence définitive sur la compétence et sur le fond, 3 août 2005 ([www.state.gov/documents/organization/51052.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf)), partie IV, chap. C, par. 20 et 21; et le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 146 à 165.

<sup>622</sup> Il est possible que les États, dans des contextes diplomatiques et en dehors des procédures judiciaires, tendent à reconnaître plus ouvertement qu'un certain accord ou une pratique commune équivaut à une modification du traité, voir Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (voir *supra* la note 598), p. 83.

<sup>623</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 564), p. 66, par. 140; Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (note 564 *supra*), p. 32.

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

*Projet d'article 38 : Modification des traités par une pratique ultérieure*

Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité<sup>624</sup>.

23) Ce projet d'article a suscité un vif débat à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités (Conférence de Vienne)<sup>625</sup>. Un amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence de Vienne, on s'est demandé si le rejet du projet d'article 38 lors de la Conférence signifiait que la possibilité d'une modification d'un traité par une pratique ultérieure des parties avait ainsi été exclue. De nombreux auteurs ont conclu que les États qui avaient négocié la Convention ne souhaitaient tout simplement pas traiter cette question dans celle-ci et que les traités pouvaient, en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet<sup>626</sup>. Les cours et tribunaux internationaux, par contre, se sont pour la plupart abstenus de reconnaître cette possibilité depuis l'adoption de la Convention de Vienne.

24) Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, la Cour internationale de Justice a jugé que «la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b* [,] de la Convention de Vienne, [pouvait] conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base

<sup>624</sup> *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 257.

<sup>625</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session... (A/CONF.39/11)* [note 535 *supra*], p. 225 à 233; deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 119 à 121; et Distefano (note 533 *supra*), p. 55 à 61.

<sup>626</sup> Sinclair (voir *supra* la note 533), p. 138; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 243 à 245; Yasseen (note 533 *supra*), p. 51 et 52; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004*, vol. 310, p. 134 à 141, à la page 134; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 598 *supra*), p. 213; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (note 611 *supra*), p. 432, par. 23; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (note 534 *supra*), p. 554 et 555, par. 76 (dans le même sens Odendahl (note 618 *supra*), p. 702 à 704, par. 10 et 11); Distefano (note 533 *supra*), p. 62 à 67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006 – part three», *British Year Book of International Law 2006*, vol. 77, p. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2008, p. 934; I. Buga, «Subsequent practice and treaty modification», dans M. J. Bowman et D. Kritsiotis (dir. publ.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press (à paraître), note 65 et d'autres références; en désaccord avec cette position, en particulier, et soulignant la solennité de la conclusion d'un traité par opposition au caractère informel de la pratique, Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (note 598 *supra*), p. 89 et 90; voir également Hafner (note 609 *supra*), p. 115 à 117 (distinguant entre les positions des tribunaux et des États, et soulignant l'importance des dispositions relatives à l'amendement dans ce contexte).

d'un accord tacite»<sup>627</sup>. Il est difficile de dire si la Cour a ainsi voulu reconnaître que la pratique ultérieure visée à l'article 31, paragraphe 3 *b*, pouvait également avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité, ou si elle a simplement fait une observation sur l'interprétation des traités, à savoir que l'intention «originaire» des parties n'est pas nécessairement déterminante dans l'interprétation d'un traité. De fait, la Commission a reconnu dans le projet de conclusion 3 qu'elle a provisoirement adopté que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme d'autres moyens d'interprétation, «peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible d'évolution dans le temps»<sup>628</sup>. La latitude dont bénéficie «l'interprétation» n'est donc pas nécessairement déterminée par une «intention originaire» immuable, mais doit plutôt être déterminée par la prise en compte d'un ensemble plus large de considérations, y compris certains événements ultérieurs. Ce *dictum* quelque peu ambigu de la Cour amène à se demander jusqu'où la pratique ultérieure visée à l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut contribuer à «l'interprétation», et si cette pratique peut avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité. Effectivement, faire le départ entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité est en pratique parfois «difficile, sinon impossible»<sup>629</sup>.

25) Mis à part son *dictum* dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*<sup>630</sup>, la Cour internationale de Justice n'a pas expressément reconnu qu'une pratique ultérieure particulière avait eu pour effet de modifier un traité. On le constate, en particulier, à la lecture de son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*<sup>631</sup> et son avis consultatif sur les

<sup>627</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 546 *supra*), à la page 242, par. 64 ; voir également *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente : E/F.05.V.5), p. 231, à la p. 256, par. 62 ; Yasseen (note 533 *supra*), p. 51 ; Kamto, «La volonté de l'État...» (note 626 *supra*), p. 134 à 141 ; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963, p. 132.

<sup>628</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 25 à 29, projet de conclusion 3 et commentaire y relatif.

<sup>629</sup> Sinclair (voir *supra* la note 533), p. 138 ; voir également Gardner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 243 ; Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (note 598 *supra*), p. 90 ; B. Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 46 ; Karl (note 534 *supra*), p. 42 et 43 ; J.-M. Sorel et V. Boré Eveno, «Article 31 : Convention of 1969», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, p. 825 et 826, par. 42 ; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (note 534 *supra*), p. 554 et 555, par. 76 ; cela est vrai même si les deux processus peuvent théoriquement être considérés comme deux processus juridiques «tout à fait distincts», voir l'opinion dissidente jointe par le juge Parra-Aranguren à l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu* (note 539 *supra*), aux pages 1212 et 1213, par. 16 ; dans le même sens, Hafner (note 609 *supra*), p. 114 ; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (note 534 *supra*), p. 168.

<sup>630</sup> *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 546 *supra*), à la page 242, par. 64.

<sup>631</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (voir *supra* la note 593).

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*<sup>632</sup>, dans lesquels elle a reconnu qu'une pratique ultérieure avait un effet important sur la détermination du sens du traité mais n'est pas allée jusqu'à reconnaître expressément qu'une telle pratique avait entraîné un amendement ou une modification du traité<sup>633</sup>. Comme ces avis concernaient des traités portant création d'une organisation internationale, il semble difficile d'en déduire une règle générale du droit des traités. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure relatifs aux organisations internationales feront l'objet d'un prochain rapport<sup>634</sup>.

26) D'autres affaires importantes dans lesquelles la Cour internationale de Justice a examiné la question d'une modification éventuelle d'un traité par la pratique suivie ultérieurement par les parties concernent des traités relatifs à des frontières. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))* :

Dès lors, la conduite du Cameroun sur le territoire en cause n'est pertinente que pour déterminer s'il a acquiescé à une modification du titre conventionnel, éventualité qui ne peut être entièrement exclue en droit<sup>635</sup>.

27) La Cour a constaté l'existence d'un tel acquiescement dans l'*Adu Temple de Préah Vihear*, dans laquelle elle a accordé un poids décisif au fait qu'une partie (la France) avait clairement affirmé sa souveraineté, ce qui, selon elle, exigeait une réaction de l'autre partie (la Thaïlande)<sup>636</sup>. Cet arrêt a toutefois été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne et donc les États en ont tenu compte, au moins implicitement, dans le cadre de leurs travaux à la Conférence de Vienne<sup>637</sup>. Il ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément la modification d'un traité par une pratique ultérieure, puisque la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française était compatible avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient mis d'accord dans le traité frontalier originaire – bien que l'on suppose souvent que tel n'était pas le cas<sup>638</sup>.

<sup>632</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (voir *supra* la note 593).

<sup>633</sup> Thirlway (voir *supra* la note 626), p. 64.

<sup>634</sup> Voir *Annuaire... 2012*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 80, par. 238, et *Annuaire... 2008*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), annexe I, p. 171, par. 42.

<sup>635</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, arrêt, C.I.J. *Recueil* 2002, p. 303, à la page 353, par. 68.

<sup>636</sup> *Affaire du Temple de Préah Vihear* (voir *supra* la note 573) : «un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande [...] il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler [...] une réaction» (p. 23) ; «On pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois», et cela «appelait une réaction» (p. 30).

<sup>637</sup> M. G. Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* devant la Cour internationale de Justice», *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 272.

<sup>638</sup> *Affaire du Temple de Préah Vihear* (voir *supra* la note 573) : «fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908» (p. 26). Le juge Parra-Aranguren a déclaré que l'*Affaire du Temple de Préah Vihear* démontrait «que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité», *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), à la page 1213, par. 16 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren) ; et Buga (voir *supra* la note 626), note de bas de page 113.

28) Ainsi, tout en laissant ouverte la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure des parties, la Cour internationale de Justice n'a pas jusqu'ici expressément reconnu qu'une telle possibilité s'était effectivement réalisée dans une affaire donnée. Elle a préféré retenir des interprétations qui étaient difficiles à concilier avec le sens ordinaire du texte du traité mais qui coïncidaient avec la pratique identifiée des parties<sup>639</sup>. Les décisions en sens contraire de tribunaux arbitraux ont été soit qualifiées d'« exceptions isolées<sup>640</sup> » soit rendues avant la Conférence de Vienne et critiquées lors de celle-ci<sup>641</sup>.

29) L'Organe d'appel de l'OMC a indiqué clairement qu'il n'accepterait pas une interprétation entraînant une modification d'une obligation conventionnelle, parce que cela ne serait pas une « application » d'une disposition conventionnelle existante<sup>642</sup>. La position de l'Organe d'appel est peut-être influencée par l'article 3, paragraphe 2, du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, aux termes duquel « [l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

30) La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, à l'occasion, que la pratique ultérieurement suivie par les parties pouvait être à l'origine d'une modification de la Convention européenne des droits de l'homme. En 2003, dans un *obiter dictum* dans l'affaire *Öcalan*

<sup>639</sup> En particulier, l'avis relatif à la Namibie [*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (note 593 *supra*)] a été lu comme impliquant que la pratique ultérieure avait modifié l'Article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies [voir A. Pellet, « Article 38 », dans A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2012, p. 844, par. 279]; voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 124 à 126.

<sup>640</sup> M. G. Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 42, au sujet de la *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (numéro de vente: E/F.05.V.5), p. 83, aux pages 110 et 111, par. 3.6 à 3.10; voir également *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, 29 septembre 1988, *ibid.*, vol. XX (numéro de vente: E/F.93.V.3), p. 1, à la page 56, par. 209 et 210, dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé, dans un *obiter dictum*, « qu'en cas de contradiction, la ligne frontière démarquée prévaudrait sur l'Accord [du 1<sup>er</sup> octobre 1906] » (p. 57); mais voir R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14, 2004, p. 20. L'Accord signé à Rafah le 1<sup>er</sup> octobre 1906 est reproduit dans *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, appendice B, p. 114.

<sup>641</sup> *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* (Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France), 22 décembre 1963, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (numéro de vente: 69.V.1), p. 5, aux pages 62 et 63; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 535], 37<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, p. 225, par. 58 (Japon); et Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice... » (voir *supra* la note 598), p. 89.

<sup>642</sup> OMC, rapports de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur...* (WT/DS27/AB/RW2/ECU et Corr.1) / *Recours des États-Unis...* (WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1) [voir *supra* la note 616], par. 391 à 393.

c. *Turquie*, la Cour a rappelé qu'elle avait admis en 1989 dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*

qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par l'article 2, paragraphe 1, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 [voir *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, par. 103]<sup>643</sup>.

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

[t]ous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13 à la Convention [européenne des droits de l'homme], et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots « peine ou traitement inhumain ou dégradant » de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, par. 102 à 104)<sup>644</sup>.

32) La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux autorise les conclusions suivantes. La position de l'OMC porte à croire qu'un traité peut exclure que la pratique ultérieure des parties ait un effet modificateur. Ainsi, c'est le traité lui-même qui, au premier chef, régit la question. À l'inverse, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme portent à croire qu'un traité peut permettre à la pratique ultérieure des parties d'avoir un effet modificateur. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend beaucoup du traité ou des dispositions conventionnelles concernées<sup>645</sup>.

33) La situation est plus compliquée dans le cas des traités qui ne donnent aucune indication en la matière. Aucune règle résiduelle claire ne peut être déduite de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne de tels cas. On peut toutefois conclure que la Cour, tout en estimant que la possibilité qu'un traité soit modifié par la pratique ultérieure des parties « ne [pouvait] être entièrement exclue en droit »<sup>646</sup>, considère qu'il convient, dans la mesure du possible, d'éviter de conclure à une telle modification. La Cour préfère retenir des interprétations larges, susceptibles de solliciter le sens ordinaire des termes du traité.

34) Cette conclusion à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice correspond à certaines considérations exprimées lors des débats qu'ont tenus les États sur le projet d'article 38 de la Convention de Vienne<sup>647</sup>. Aujourd'hui, l'idée que les procédures d'amendement prévues dans un traité ne doivent pas être

<sup>643</sup> *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, 12 mars 2003, par. 191; voir également *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010, par. 119, citant l'affaire *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, CEDH 2005-IV, par. 163.

<sup>644</sup> *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 643), par. 120; voir également B. Malkani, « The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, n° 3 (2013), p. 523.

<sup>645</sup> Buga (voir *supra* la note 626), notes de bas de page 126 à 132.

<sup>646</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante))* [note 635 *supra*], à la page 353, par. 68.

<sup>647</sup> Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/671), par. 119 à 121.

contournées par des moyens informels semble avoir pris le pas sur l'observation générale, également vraie, voulant que souvent le droit international n'est pas aussi formaliste que le droit interne<sup>648</sup>. La préoccupation exprimée par plusieurs États à la Conférence de Vienne, à savoir que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure risquait de créer des difficultés en droit constitutionnel interne, a depuis lors également gagné en pertinence<sup>649</sup>. De plus, si le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par un amendement ou une modification d'un traité par la pratique ultérieure qui établit l'accord de toutes les parties, il est également vrai que la stabilité des relations conventionnelles risque d'être compromise si un moyen informel permettant d'identifier un accord comme constituant une pratique ultérieure pouvait aisément modifier un traité<sup>650</sup>.

35) En conclusion, si, en l'absence dans le traité d'indications d'effet contraire, l'idée qu'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties peut théoriquement entraîner des modifications d'un traité jouit d'un certain appui dans la jurisprudence internationale, la réalisation effective de cette possibilité ne saurait être présumée. En pratique, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière. De tels efforts pour interpréter un traité de manière large sont possibles car l'article 31 de la Convention de Vienne n'accorde la primauté à aucun des moyens particuliers d'interprétation qu'il vise, mais exige de l'interprète qu'il tienne compte de tous les moyens d'interprétation selon qu'il est approprié<sup>651</sup>. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une interprétation évolutive de la disposition conventionnelle concernée est possible est importante<sup>652</sup>.

<sup>648</sup> Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (note 598 *supra*), p. 89; Simma, «Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice» (note 629 *supra*), p. 47; Hafner (note 609 *supra*), p. 115 à 117; J.E. Alvarez, «Limits of change by way of subsequent agreements and practice», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 130.

<sup>649</sup> Voir *NATO Strategic Concept Case*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt du 22 novembre 2001, requête 2 BvE 6/99 (traduction anglaise disponible à l'adresse [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html)), par. 19 à 21; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», p. 145 à 148; Alvarez (note 648 *supra*), p. 130; I. Wuerth, «Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions», p. 154 à 159; et H. Ruiz Fabri, «Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy», p. 165 et 166, l'ensemble dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*).

<sup>650</sup> Voir, par exemple, Kohen, «*Uti possidetis*, prescription et pratique...» (note 637 *supra*), p. 274 (en particulier en ce qui concerne les traités frontaliers).

<sup>651</sup> Projet de conclusion 1, paragraphe 5, et commentaire y relatif [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 19 à 23]; Hafner (note 609 *supra*), p. 117; certains auteurs considèrent que l'éventail de ce qui est concevable en tant qu'«interprétation» est plus large dans le cas d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure relevant de l'article 31, paragraphe 3, que dans le cas des interprétations par d'autres moyens d'interprétation, y compris l'éventail des interprétations évolutives par les cours et tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 243; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (note 534 *supra*), p. 555, par. 76.

<sup>652</sup> Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme *comercio* avait été modifié par la pratique ultérieure des parties puisqu'elle avait décidé qu'il

### **Conclusion 8. Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation**

**1. Le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure comme moyens d'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, dépend, entre autres, de leur clarté et de leur spécificité.**

**2. Le poids de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, dépend en outre de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée.**

**3. Le poids de la pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 peut dépendre des critères visés aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus.**

#### *Commentaire*

1) Le projet de conclusion 8 énonce certains critères pouvant aider à déterminer le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure spécifique dans le processus d'interprétation dans un cas particulier. Naturellement, le poids à accorder aux accords ultérieurs ou à la pratique ultérieure doit aussi être déterminé compte tenu des autres moyens d'interprétation (voir projet de conclusion 1, paragraphe 5<sup>653</sup>).

2) Le paragraphe 1 concerne le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, et il traite donc à la fois de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* d'un point de vue général. Il précise que le poids à accorder à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation dépend, entre autres, de sa clarté et de sa spécificité. L'emploi de l'expression «entre autres» indique que ces critères ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. D'autres critères peuvent concerner le moment où l'accord a été conclu ou celui où la pratique est intervenue<sup>654</sup>, l'importance accordée par les parties à un accord particulier ou à une pratique particulière, ou la charge de la preuve applicable.

3) Le poids à accorder dans l'interprétation aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dépend souvent de leur spécificité en relation avec le traité concerné<sup>655</sup>. Cela est confirmé, par exemple, par des décisions de la Cour internationale de Justice, des sentences arbitrales et des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC<sup>656</sup>. La

était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive [*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (note 546 *supra*), aux pages 242 et 243, par. 64 à 66].

<sup>653</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 19.

<sup>654</sup> Dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, la Cour a privilégié la pratique qui était la plus proche de l'entrée en vigueur, *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 545], p. 50, par. 126.

<sup>655</sup> Murphy, «The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...» (note 598 *supra*), p. 91.

<sup>656</sup> Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen* (note 594 *supra*), à la page 55, par. 38; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (note 627 *supra*), à la page 259, par. 74; OMC, rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009; OMC, rapport du Groupe spécial,



sentence du tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est instructive :

Il est vrai que les traités conclus entre une des Parties contractantes et des États tiers peuvent être pris en considération pour clarifier le sens du texte d'un traité au moment où il a été conclu. Le plaignant a fait une présentation très claire et judicieuse de la pratique suivie par la Bulgarie pour conclure des traités d'investissement postérieurement à la conclusion en 1987 de son traité bilatéral d'investissement avec Chypre. Dans les années 1990, après que le régime communiste eut changé en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement contenant des dispositions relatives au règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris le recours à l'arbitrage du CIRDI. Toutefois, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce puisque les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces parties contractantes n'entendaient pas donner à la disposition [de la nation la plus favorisée] le sens qui aurait pu autrement être déduit de la pratique conventionnelle ultérieure de la Bulgarie. La Bulgarie et Chypre ont négocié une révision de leur traité bilatéral d'investissement en 1998. Les négociations n'ont pas abouti mais ont expressément envisagé une révision des dispositions relatives au règlement des différends [...] On peut déduire de ces négociations que les Parties contractantes du traité bilatéral d'investissement ne considéraient pas elles-mêmes que la disposition [de la nation la plus favorisée] s'appliquât aux dispositions relatives au règlement des différends figurant dans d'autres traités bilatéraux d'investissement<sup>657</sup>.

4) Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder davantage de poids dans l'interprétation à la pratique ultérieure assez spécifique des États, la Cour européenne des droits de l'homme procède souvent à des évaluations comparatives larges du droit interne ou des positions adoptées par les États au plan international<sup>658</sup>. Dans ce dernier contexte, il ne faut pas oublier que les droits et obligations énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être correctement transposés, moyennant la marge d'appréciation autorisée, dans le droit, la pratique exécutive et les accords internationaux de l'État partie concerné. À cette fin, des similarités suffisamment marquées dans la législation nationale des États parties peuvent être pertinentes pour déterminer la portée d'un droit de l'homme ou la nécessité des restrictions qui y sont apportées. De plus, le caractère de certains droits ou obligations joue parfois en faveur de la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Par exemple, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour a jugé

[qu'il] ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants, parmi lesquels figurent tous les États membres du Conseil de l'Europe, ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite (...) L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 [relatif à

l'interdiction du travail forcé] doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement<sup>659</sup>.

5) Par ailleurs, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé « que l'on [pouvait] dire qu'un consensus international se [faisait] jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie [...] »<sup>660</sup>, mais elle a finalement déclaré qu'elle n'était « pas convaincue que ce consensus [fût] suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants consid[éraient] comme souhaitables dans une situation donnée »<sup>661</sup>.

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 traite uniquement de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, et indique que le poids à lui accorder dépend également de la mesure dans laquelle elle est répétée et de la manière dont elle est répétée. La formule « de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée » renvoie à l'élément temporel et au caractère de la répétition. Elle indique, par exemple, qu'en fonction du traité concerné, davantage qu'une répétition simplement technique ou irréfléchie d'une pratique peut contribuer à la valeur de celle-ci pour l'interprétation dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 b. L'élément temporel et le caractère de la répétition servent aussi à indiquer le « fondement » d'une position particulière des parties concernant l'interprétation d'un traité. De plus, la non-application d'un accord ultérieur peut également donner à penser qu'il n'a guère de poids comme moyen d'interprétation au regard de l'article 31, paragraphe 3 a<sup>662</sup>.

7) La question de savoir si une « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b<sup>663</sup>, doit être davantage qu'une application isolée du traité a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* :

[...] une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité<sup>664</sup>.

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

*États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R et Add.1 à 3, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005, par. 625.

<sup>657</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, décision relative à la compétence, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, 8 février 2005, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, n° 1 (2005), p. 262, aux pages 323 et 324, par. 195. Pour le traité bilatéral entre la Bulgarie et Chypre sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé à Nicosie le 12 novembre 1987, voir *Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 mars 1988, p. 19, disponible également en ligne : <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.

<sup>658</sup> Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A n° 184, par. 40; *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n° 26, par. 31; *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, par. 46.

<sup>659</sup> *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CEDH 2010 (extraits), par. 285; voir aussi par. 273 et 274.

<sup>660</sup> *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, CEDH 2001-I, par. 93.

<sup>661</sup> *Ibid.*, par. 94.

<sup>662</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (voir *supra* la note 564), à la page 63, par. 131.

<sup>663</sup> Projet de conclusion 4, paragraphe 2 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29 et 30].

<sup>664</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1<sup>er</sup> novembre 1996, p. 15.

que, pour établir un accord entre les parties au sujet de l'interprétation, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, doit être une pratique répandue, établie et caractérisée.

9) La Cour internationale de Justice, de plus, a appliqué l'article 31, paragraphe 3 *b*, avec davantage de souplesse, sans ajouter de nouvelles conditions. Cela est vrai, en particulier, de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu<sup>665</sup>. D'autres juridictions internationales ont pour l'essentiel suivi l'approche de la Cour internationale de Justice. Tel est le cas du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis<sup>666</sup> et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>667</sup>.

10) La différence entre le critère formulé par l'Organe d'appel de l'OMC, d'une part, et l'approche de la Cour internationale de Justice, d'autre part, est toutefois plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir tiré la formule «concordant, commun et d'une certaine constance» d'une publication<sup>668</sup> selon laquelle «la valeur de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance»<sup>669</sup>. La formule «concordante, commune et d'une certaine constance» donne ainsi une indication quant aux circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, aura plus ou moins de poids comme moyen d'interprétation dans un processus d'interprétation, mais elle n'exige pas une fréquence particulière de la pratique<sup>670</sup>. L'Organe

<sup>665</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), aux pages 1075 et 1076, par. 47 et 50, et à la page 1087, par. 63; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* [voir *supra* la note 583], aux pages 34 à 37, par. 66 à 71.

<sup>666</sup> *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), Tribunal des réclamations Iran-États-Unis (voir *supra* la note 621), aux pages 116 à 126, par. 109 à 133.

<sup>667</sup> *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 552), par. 103; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, par. 73 et 79 à 82; *Banković et autres c. Belgique et autres* (voir *supra* la note 555), par. 56 et 62; en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, voir O. K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 2 (2008), p. 345; voir également A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104, n° 2 (2010), p. 207 à 215.

<sup>668</sup> Sinclair (voir *supra* la note 533), p. 137; voir également Yasseen (note 533 *supra*), p. 48 et 49; si le terme «commune» est tiré des travaux de la Commission du droit international, les termes «d'une certaine constance» et «concordante» sont des conditions que Yasseen identifie en poursuivant son raisonnement; voir *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 106 et 107, par. 17 et 18, et document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 241, par. 15.

<sup>669</sup> I. Sinclair (voir *supra* la note 533), p. 137; voir également *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), Tribunal des réclamations Iran-États-Unis (note 621 *supra*), à la page 118, par. 114.

<sup>670</sup> *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (numéro de vente: E/F.95.V.2), p. 53, à la page 187, par. 169; J.-P. Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70 (1966), p. 644 à 647 («valeur probatoire»); Distefano (note 533 *supra*), p. 46; Dörr, «Article 31. General rule of interpretation» (note 534 *supra*), p. 556, par. 79; voir aussi les plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 32 à 36, par. 7 à 19 (Wood), et CR 2012/36, p. 13 à 18, par. 6 à 21 (Wordsworth), disponibles à l'adresse [www.icj-cij.org/fr/affaire/137](http://www.icj-cij.org/fr/affaire/137).

d'appel de l'OMC lui-même a à l'occasion adopté cette position nuancée<sup>671</sup>.

11) La Commission, tout en estimant que la formule «concordante, commune et d'une certaine constance» peut être utile pour déterminer le poids à accorder à la pratique ultérieure dans une affaire donnée, considère également qu'elle n'est pas suffisamment établie pour définir un seuil minimum quant à l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 *b*, et qu'elle risque d'être considérée à tort comme indûment prescriptive. Finalement, la Commission continue de penser que «[l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes<sup>672</sup>». Cela implique qu'une pratique isolée des parties établissant leur accord sur l'interprétation doit être prise en considération en application de l'article 31, paragraphe 3 *b*<sup>673</sup>.

12) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 8 traite du poids qui doit être accordé à toute «autre pratique ultérieure» au sens de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, paragraphe 3<sup>674</sup>). Il ne traite pas de la question de savoir quand et dans quelles circonstances une telle pratique peut être prise en considération. L'Organe d'appel de l'OMC a souligné, dans une situation comparable, que les deux questions devaient être distinguées :

Toutefois, nous estimons que les Communautés européennes amalgament la question préliminaire de savoir ce qui peut être considéré comme une «circonstance» dans laquelle un traité a été conclu et la question distincte de la détermination du degré de pertinence qui peut être attribué à une circonstance donnée, aux fins de l'interprétation au titre de l'article 32<sup>675</sup>.

L'Organe d'appel a aussi déclaré que

[...] premièrement, le Groupe spécial *n'a pas* examiné la pratique de classement en vigueur dans les Communautés européennes pendant les

<sup>671</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998, par. 93.

<sup>672</sup> *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 242, par. 15; voir également Cot (note 670 *supra*), p. 652.

<sup>673</sup> En pratique, une pratique isolée sera souvent insuffisante pour établir un accord des parties concernant l'interprétation du traité; toutefois, en règle générale, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, par. 3 *b*, ne doit pas nécessairement être répétée mais seulement attester l'existence d'un accord concernant l'interprétation. La probabilité qu'un accord soit établi par une pratique isolée dépend ainsi de l'acte et du traité en question, voir E. Lauterpacht, «The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976, vol. 152, p. 377 et suiv., à la page 457; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (note 534 *supra*), p. 166; C. F. Amerasinghe, «Interpretation of texts in open international organizations», *British Year Book of International Law* 1994, vol. 65, p. 175 et suiv., à la page 199. Villiger argumente en faveur d'une certaine fréquence, mais souligne que l'important est qu'un accord soit établi, Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (note 611 *supra*), p. 431, par. 22. Selon Yasseen et Sinclair, une pratique ne peut «en général» être établie par un acte unique, Yasseen (note 533 *supra*), p. 47; Sinclair (note 533 *supra*), p. 137; voir également G. Nolte, «Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time», dans Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (note 537 *supra*), p. 307 et suiv., à la page 310.

<sup>674</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30.

<sup>675</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet desséchés et congelés*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, et Corr.1, par. 297.

négociations du Cycle d'Uruguay *en tant que moyen complémentaire d'interprétation* au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne; et, deuxièmement, la valeur de la pratique de classement en tant que moyen complémentaire d'interprétation [...]»<sup>676</sup>.

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

Ces facteurs comprennent le type d'événement, de document ou d'instrument et sa nature juridique; la relation temporelle entre la circonstance et la conclusion du traité; une connaissance effective ou le simple accès à un acte ou instrument publié; le sujet du document, de l'instrument ou de l'événement en relation avec la disposition conventionnelle à interpréter; et le point de savoir si ou comment ceux-ci ont été utilisés dans la négociation du traité ou l'ont influencé<sup>677</sup>.

13) Si l'Organe d'appel n'a pas utilisé le terme «spécificité», il s'est référé aux critères mentionnés ci-dessus. Au lieu de la clarté, l'Organe d'appel s'est référé à la «constance» et il a déclaré que la constance ne devait pas être considérée comme fixant un point de repère mais bien prise en compte pour déterminer le degré de pertinence. «Une pratique de classement antérieure cohérente peut souvent être pertinente. Une pratique de classement incohérente, par contre, *ne peut pas* être pertinente pour interpréter une concession tarifaire<sup>678</sup>».

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

Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'une des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance<sup>679</sup>.

### **Conclusion 9. Accord des parties au sujet de l'interprétation d'un traité**

**1. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, suppose une communauté de vues au sujet de l'interprétation du traité connue des parties et acceptée par elles. Bien qu'il doive en être tenu compte, un tel accord n'a pas besoin d'être juridiquement contraignant.**

**2. Le nombre de parties qui doivent effectivement suivre la pratique ultérieure pour que soit établi un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, peut varier. Le silence de l'une ou plusieurs des parties peut constituer une acceptation de la pratique ultérieure lorsque les circonstances appellent une réaction.**

<sup>676</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (voir *supra* la note 671), par. 92 (note de bas de page omise).

<sup>677</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (voir *supra* la note 675), par. 291 (note de bas de page omise).

<sup>678</sup> *Ibid.*, par. 307 [le texte cité correspond au paragraphe 95 du rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (voir *supra* la note 671)].

<sup>679</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (voir *supra* la note 671), par. 93.

### *Commentaire*

1) La première phrase du paragraphe 1 énonce le principe selon lequel un «accord» au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, suppose une communauté de vues des parties au sujet de l'interprétation du traité. Pour que cette communauté de vues ait l'effet prévu à l'article 31, paragraphe 3, les parties doivent en avoir connaissance et accepter l'interprétation qu'elle traduit. Si la différence relative à la forme d'un «accord» au sens de l'alinéa a et de l'alinéa b a déjà été indiquée dans le projet de conclusion 4 et le commentaire y relatif<sup>680</sup>, le paragraphe 1 du projet de conclusion 9 vise à exprimer ce qui est commun aux deux alinéas, à savoir l'accord entre les parties, en substance, au sujet de l'interprétation du traité.

2) L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure comme moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 a et b, d'une part, de toute autre pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32<sup>681</sup>, d'autre part, est l'«accord» des parties au sujet de l'interprétation du traité. C'est cet accord des parties qui donne aux moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3<sup>682</sup>, leurs fonction et poids spécifiques aux fins du processus interactif d'interprétation dans l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31<sup>683</sup>.

3) L'expression de positions contraires par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Cela a été confirmé, entre autres, dans l'affaire relative à la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le Tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire l'existence d'un «accord ultérieur tacite» d'un certain nombre de communications des institutions chargées d'administrer l'accord dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente<sup>684</sup>.

<sup>680</sup> Voir le paragraphe 10 du commentaire relatif au projet de conclusion 4 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31 et 32].

<sup>681</sup> Voir le projet de conclusion 2 et le paragraphe 3 du projet de conclusion 4 (*ibid.*, p. 23 et 30).

<sup>682</sup> Voir Crawford, «A consensualist interpretation of article 31 (3)...» (note 564 *supra*), p. 30: «Il n'y a aucune raison de penser qu'à l'alinéa b le mot accord n'a pas le même sens qu'à l'alinéa a.»

<sup>683</sup> Voir les paragraphes 12 à 15 du commentaire du projet de conclusion 1 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 21 et 22]; l'article 31 doit être «lu comme un tout» et envisage le processus d'interprétation comme «une seule opération complexe» et «n'établ[it] pas une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités» (*Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 239, par. 8 et 9).

<sup>684</sup> *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2, e, de l'Annexe IA à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX (numéro de vente: E/F.90.V.7), p. 67, aux pages 103 et 104, par. 31 [voir également *International Law Reports*, vol. 59 (1980), p. 494 et suiv., à la page 540]; voir également OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (note 671 *supra*), par. 95; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 149, à la page 175, par. 66.

4) Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure où les positions des parties divergent et tant que cette divergence perdure. Le fait que des États appliquent un traité différemment n'autorise pas en soi à conclure à l'existence de positions divergentes au sujet de l'interprétation de ce traité. Une telle divergence peut traduire un désaccord sur la (seule) interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité autorise une certaine marge d'appréciation discrétionnaire dans son application (voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 7, paragraphes 12 à 15). Les traités caractérisés par des considérations d'humanité et d'autres intérêts généraux de la communauté, comme les traités relatifs aux droits de l'homme ou aux réfugiés, visent une interprétation uniforme mais laissent également une marge d'appréciation aux États pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

5) Si un comportement équivoque de l'une ou plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord<sup>685</sup>, tout élément du comportement d'un État qui ne cadre pas totalement avec la position générale n'a pas pour conséquence de rendre ce comportement équivoque au point d'empêcher l'identification d'un accord. Dans l'affaire du *Canal de Beagle*, par exemple, la Cour d'arbitrage a jugé que bien qu'à un moment donné les parties aient eu une divergence d'opinion au sujet de l'interprétation du traité ce fait n'établissait pas nécessairement que l'absence d'accord fût permanente :

De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne peuvent guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties de valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du Traité [de frontière de 1881], dans la mesure où ces actes ont été accomplis au cours du processus des négociations. Il n'y a pas lieu d'y accorder plus d'importance<sup>686</sup>.

6) De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'étendue des restrictions dont était assortie l'acceptation par les parties de la compétence de la Commission et de la Cour était « confirmée par la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes », cette pratique « dénotant un assentiment quasi universel entre les Parties contractantes : les articles 25 et 46 [...] de la Convention [européenne des droits de l'homme] ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »<sup>687</sup>. La Cour, appliquant l'article 31, paragraphe 3 *b*, a décrit « cette pratique [...] des États » comme étant « uniforme et cohérente », tout en reconnaissant que la pratique de deux États constituait peut-être une exception<sup>688</sup>. Cette décision porte à croire que l'interprète, du moins en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, dispose d'une certaine

marge d'appréciation pour décider si un accord des parties sur telle ou telle interprétation est établi<sup>689</sup>.

7) Le terme « accord », dans la Convention de Vienne<sup>690</sup>, n'implique aucun formalisme particulier<sup>691</sup>, y compris à l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*<sup>692</sup>. La Commission a toutefois noté, pour distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, d'une pratique ultérieure « par laquelle est établi l'accord » des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, que le premier présuppose un « acte unique commun »<sup>693</sup>. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne doit pas nécessairement être publié ni enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies<sup>694</sup>.

8) Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, il ne suffit pas que les positions des parties au sujet de l'interprétation du traité se trouvent coïncider, il faut aussi que les parties sachent que leurs positions sont communes et l'acceptent. Ainsi, dans l'affaire concernant l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à la condition que « ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités [...] comme confirmant la frontière fixée par le Traité [de 1890] »<sup>695</sup>.

<sup>689</sup> La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC donne à penser que différents interprètes peuvent évaluer les choses de manière différente, voir le rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« réduction à zéro »)*, WT/DS294/R, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/R, adopté le 9 mai 2006, par. 7.218 : « [...] même s'il était établi de manière concluante que tous les 76 Membres mentionnés par les Communautés européennes ont adopté une [certaine] pratique [...], cela signifierait uniquement qu'un nombre considérable de Membres de l'OMC ont adopté une approche différente de celle des États-Unis. [...] Nous notons qu'une tierce partie dans la présente procédure a présenté des arguments contestant l'opinion des Communautés européennes [...] ».

<sup>690</sup> Voir l'article 2, paragraphe 1 *a*, l'article 3, l'article 24, paragraphe 2, et les articles 39 à 41, 58 et 60.

<sup>691</sup> Paragraphe 5 du commentaire du projet de conclusion 4 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30]; confirmé par la Cour permanente d'arbitrage dans l'*Arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, disponible à l'adresse <https://pca-cpa.org/en/cases/18/>, p. 47, par. 165; Yasseen (voir *supra* la note 533) p. 45; et Distefano (voir *supra* la note 533), p. 47.

<sup>692</sup> Paragraphe 5 du commentaire du projet de conclusion 4 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30]; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 533), p. 208, 209 et 216 à 220; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 598), p. 213; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation » (voir *supra* la note 534), p. 554, par. 75; R. Gardiner, « The Vienna Convention rules on treaty interpretation », dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 475 et 483.

<sup>693</sup> Paragraphe 10 du commentaire du projet de conclusion 4 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31 et 32]; un « acte unique commun » peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *International Law Reports*, vol. 105, p. 1, aux pages 54 à 56; H. Fox, « Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case », dans M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir. publ.) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years on*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 533), p. 220 et 221.

<sup>694</sup> A. Aust, « The theory and practice of informal international instruments », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 4 (1986), p. 789 et 790.

<sup>695</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), à la page 1094, par. 74 (« l'occupation de l'île par les Masubia ») et à la page 1077,

<sup>685</sup> *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (voir *supra* la note 627), à la page 258, par. 70; et Kolb (voir *supra* la note 640), p. 16.

<sup>686</sup> *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relative au canal de Beagle* (voir *supra* la note 670), à la page 188, par. 171. Pour le Traité de frontière entre la République argentine et la République du Chili, signé à Buenos Aires le 23 juillet 1881, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2384, n° 1295, p. 205.

<sup>687</sup> *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* la note 667), par. 79 et 80.

<sup>688</sup> *Ibid.*, par. 80 et 82; l'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier mais la question de savoir si un État était ou n'était pas lié par la Convention européenne des droits de l'homme.

De fait, seules la connaissance et l'acceptation de la position des autres parties au sujet de l'interprétation du traité justifient qu'on qualifie un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, de moyen d'interprétation « authentique »<sup>696</sup>. Dans certaines circonstances, la connaissance et l'acceptation de la position de l'autre partie ou des autres parties peuvent être supposées, en particulier dans le cas des traités qui sont appliqués au niveau national.

9) L'objet de la seconde phrase du paragraphe 1 est de réaffirmer qu'en soi un « accord » aux fins de l'article 31, paragraphe 3, n'est pas nécessairement contraignant en droit<sup>697</sup>, alors que dans d'autres dispositions de la Convention de Vienne, le terme « accord » s'entend d'un instrument juridiquement contraignant<sup>698</sup>.

10) Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final de son projet d'articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, la formule *any subsequent practice [...] which establishes the understanding\* of the parties*<sup>699</sup>. Le mot *understanding* donne à penser que le terme *agreement* à l'article 31, paragraphe 3, n'exige pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité<sup>700</sup>. La Conférence de Vienne a remplacé le terme *understanding* par *agreement*, non pas pour une raison de fond, mais pour des motifs portant « uniquement sur des points de rédaction » afin de souligner que les parties devaient avoir des « vues communes »<sup>701</sup>. Un « accord »

par. 55 (« le rapport Eason » qui « sembl[ait] n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne »); et Dörr, « Article 31. General rule of interpretation » (note 534 *supra*), p. 560, par. 88.

<sup>696</sup> À cet égard, l'établissement de l'existence d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peut être plus exigeant que ce que requiert la formation du droit international coutumier, mais voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice... » (note 537 *supra*), p. 53 à 55.

<sup>697</sup> Paragraphe 6 du commentaire du projet de conclusion 4 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30]; P. Gautier, « Non-binding agreements », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en ligne : <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, par. 14; M. Benatar, « From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations », *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), p. 170 et suiv., aux pages 194 et 195; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (note 598 *supra*), p. 213; Gardiner, *Treaty Interpretation* (note 533 *supra*), p. 217; voir également Nolte, « Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time » (note 673 *supra*), p. 307 et suiv., à la page 375.

<sup>698</sup> Voir l'article 2, paragraphe 1 *a*, l'article 3, l'article 24, paragraphe 2, et les articles 39 à 41, 58 et 60.

<sup>699</sup> *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 221 et 222, par. 15.

<sup>700</sup> *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au Canal de Beagle* (voir *supra* la note 670), à la page 187, par. 169; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2, e, de l'Annexe I A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande...* (voir *supra* la note 684), par. 31; Karl (voir *supra* la note 534), p. 190 à 195; Kolb, « La modification d'un traité... » (voir *supra* la note 640), p. 25 et 26; et Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (voir *supra* la note 534), p. 169 à 171.

<sup>701</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [note 535 *supra*], p. 184, par. 59 et 60; P. Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », dans N. Angelet et al. (dir. publ.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 425 et suiv., aux pages 430 et 431 (« La lettre *a* » du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l'on peut [supposer] que le terme « accord » est ici utilisé dans un

au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, se distinguant d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, uniquement par sa forme et non par son contenu, il n'est pas non plus nécessairement contraignant en droit<sup>702</sup>.

11) Il suffit que les parties, par un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, attribuent un certain sens au traité<sup>703</sup> ou, en d'autres termes, adoptent certaines « vues communes » au sujet du traité<sup>704</sup>. Même s'ils ne sont pas en eux-mêmes juridiquement contraignants, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peuvent néanmoins, en tant que moyens d'interprétation, entraîner des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation en application de l'article 31<sup>705</sup>. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment en conséquence pas nécessaire qu'un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, traduise l'intention des parties de créer des engagements juridiquement contraignants nouveaux ou distincts<sup>706</sup>. De même, des mémorandums d'accord ont dans certains cas été considérés comme pouvant constituer « une aide potentiellement importante à l'interprétation » – mais « non une source de droits et d'obligations de caractère indépendant »<sup>707</sup>.

sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au « traité » défini à l'article 2 de la [C]onvention de Vienne. Ainsi, l'accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique. » [note de bas de page omise]

<sup>702</sup> Gautier, « Non-binding agreements » (voir *supra* la note 697), par. 14; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 598), p. 211 et 213.

<sup>703</sup> Cette terminologie suit le commentaire de la directive 1.2. (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission à sa soixante-troisième session [*Annuaire... 2011*, vol. II (3<sup>e</sup> partie), p. 56, par. 18 et 19].

<sup>704</sup> *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 241 et 242, par. 15 et 16 (utilise le terme « accord » (*understanding*) tant dans le contexte de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *a*, que dans celui de ce qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 *b*).

<sup>705</sup> *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow, sentence arbitrale rendue relativement à la première question*, décision du 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV (numéro de vente : E/F.04.V18), p. 1, à la p. 131, par. 6.8; Aust, « The theory and practice of informal international instruments » (voir *supra* la note 694), p. 787 et 807; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...* (voir *supra* la note 534), p. 173; Hafner (voir *supra* la note 609), p. 110 à 113; et Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne... » (voir *supra* la note 701), p. 434.

<sup>706</sup> Par exemple, « une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (voir *supra* la note 664), p. 15; ou « une attitude [...] dev[ant] supposer un accord sur l'interprétation de la disposition pertinente », OMC, rapports du Groupe spécial, *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adoptés le 21 septembre 2010, par. 7.558; ou « une pratique [qui] traduit un accord quant à l'interprétation » [Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle) (voir *supra* la note 621), à la page 119], par. 116; ou que « la pratique suivie par les États contractants [...] montre qu'ils ne redoutaient pas » [*Banković et autres c. Belgique et autres* (voir *supra* la note 555), par. 62].

<sup>707</sup> *Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport de Heathrow* (voir *supra* la note 705), à la page 131, par. 6.8; voir également *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« IJzeren Rijn ») entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, décision du 24 mai 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (numéro de vente : 06.V.8), p. 35, à la page 98, par. 157.

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

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

14) Dès le départ, la Commission a reconnu qu'un « accord » découlant d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, pouvait résulter, pour une part, du silence ou de l'inaction d'une ou de plusieurs parties. Expliquant pourquoi elle avait utilisé l'expression « l'accord des parties (*understanding of the parties*) » à l'article 27, paragraphe 3 b [qui est devenu *agreement of the parties* au paragraphe 3 b de l'article 31 (voir par. 10 ci-dessus)], et non l'expression « l'accord de toutes les parties », la Commission a indiqué ce qui suit :

Elle a considéré que la formule « l'accord de toutes les parties » désigne nécessairement « les parties dans leur ensemble ». Elle n'a omis le mot « toutes » que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée<sup>708</sup>.

15) La Cour internationale de Justice a également reconnu la possibilité qu'un accord au sujet de l'interprétation s'exprime par le silence ou l'inaction lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, que lorsqu'« il est clair que les circonstances [sont] de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction », « l'on doit [...] conclure à [l']acquiescement » de l'État confronté à une certaine conduite ultérieure d'une autre partie<sup>709</sup>. Cette proposition générale de la Cour concernant le rôle du silence aux fins d'établir un accord relatif à l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée par des décisions plus récentes<sup>710</sup>, et est d'une manière générale approuvée

<sup>708</sup> *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 242, par. 15.

<sup>709</sup> *Affaire du Temple de Préah Vihear* (voir *supra* la note 573), à la page 23.

<sup>710</sup> Voir également *Plates-formes pétrolières*, exception préliminaire (note 547 *supra*), à la page 815, par. 30; *Activités militaires et paramilitaires du Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 392, à la page 410, par. 39; *Le Procureur c. Furundžija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, jugement du 10 décembre 1998, affaire n° IT-95-17/1-T, *Recueils judiciaires* 1998, vol. 1, p. 466, à la page 590, par. 179; *Rantsev c. Chypre et Russie* (note 659 *supra*), par. 285; prudemment: OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (note 675 *supra*), par. 272; voir également, pour une position limitée, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, sentence n° 30-16-3 (18 mars 1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2 (1983-1), p. 141, à la page 144; *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2, e, de l'Annexe IA à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande...* (note 684 *supra*), par. 31.

par la doctrine<sup>711</sup>. Les « circonstances » qui « appellent une réaction » comprennent le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité<sup>712</sup>.

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

Les termes de la Convention de Vienne ne précisent pas comment un « accord » peut se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir un titre indépendant des termes du Traité [de frontière de 1881]; ils ne pouvaient non plus être considérés comme étant en contradiction avec ces termes tels que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve attestent qu'ils étaient publics et bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient procéder que du Traité. Dans ces circonstances, il peut être déduit du silence de l'Argentine que les actes tendaient à confirmer une interprétation du sens du Traité indépendante des actes de souveraineté eux-mêmes<sup>713</sup>.

Dans la même affaire, la Cour d'arbitrage a déclaré ce qui suit :

La seule publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme la Cour l'a déjà montré) un statut et une valeur extrêmement douteux, ne pouvait pas – même si ces cartes n'en représentaient pas moins la position officielle de l'Argentine – empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontraient, corrélativement, son propre point de vue sur ce qu'étaient ses droits en vertu du Traité de 1881 – pas plus que cette publication ne pouvait en soi libérer l'Argentine de toute nécessité de réagir à ces actes si elle les considérait comme contraires au Traité<sup>714</sup>.

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

Certaines de ces activités – organisation de services publics de santé et d'enseignement, maintien de l'ordre, administration de la justice – pourraient normalement être considérées comme des actes accomplis à titre de souverain. La Cour constate cependant que, puisque le Cameroun détenait un titre préexistant sur cette région du lac, le critère juridique applicable est l'existence ou non d'un acquiescement manifeste du Cameroun au transfert de son titre au Nigéria<sup>715</sup>.

18) Cet arrêt porte à croire que dans les affaires concernant des traités délimitant une frontière, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction

<sup>711</sup> Kamto, « La volonté de l'État... » (voir *supra* la note 626), p. 134 à 141; Yasseen (voir *supra* la note 533), p. 49; Gardiner, *Treaty Interpretation* (voir *supra* la note 533), p. 236; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention...* (voir *supra* la note 611), p. 431, par. 22; et Dörr, « Article 31. General rule of interpretation » (voir *supra* la note 534), p. 557 à 559, par. 83 et 86.

<sup>712</sup> Par exemple lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une organisation internationale, voir *Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, *C.I.J. Recueil* 2011, p. 644, aux pages 675 et 676, par. 99 à 101; et Kamto, « La volonté de l'État... » (note 626 *supra*), p. 136.

<sup>713</sup> *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle* (voir *supra* la note 670), à la page 187, par. 169 a.

<sup>714</sup> *Ibid.*, p. 188, par. 171.

<sup>715</sup> *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))* [note 635 *supra*], à la page 353, par. 67.

face à une conduite qui va à l'encontre de la délimitation. Dans de telles situations, il semble exister une forte présomption que le silence ou l'inaction ne constitue pas une acceptation de la pratique<sup>716</sup>.

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

20) Les cours et tribunaux internationaux ont, par exemple, été réticents à admettre que des travaux parlementaires ou des décisions de tribunaux internes fussent considérés comme une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, à laquelle les autres parties au traité devaient en principe réagir, même si ces travaux ou décisions ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leur propre service diplomatique<sup>717</sup>.

21) De plus, même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) au sujet de l'interprétation d'un traité, ce fait n'appelle pas nécessairement une réaction de l'autre ou des autres parties. Dans l'affaire de l'Île de *Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a jugé que l'absence de réaction d'un État aux conclusions d'une commission mixte d'experts qui avait été chargée par les parties de déterminer une situation factuelle particulière au sujet d'une question en litige n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend<sup>718</sup>. La Cour a jugé que les parties avaient considéré les travaux des experts comme une simple étape préparatoire en vue d'une décision à prendre ultérieurement au niveau politique. Sur un plan plus général, l'Organe d'appel de l'OMC a jugé ce qui suit :

[D]ans des situations spécifiques, l'« absence de réaction » ou le silence d'une partie particulière à un traité [peut], compte tenu des circonstances entourant l'affaire, être compris comme une acceptation de la pratique suivie par d'autres parties. De telles situations peuvent se présenter lorsqu'une partie qui n'a pas suivi une pratique a eu connaissance ou a été informée de la pratique suivie par d'autres parties (par exemple, au moyen d'une notification ou à l'occasion de sa participation à une réunion où cette pratique a été examinée), mais ne réagit pas<sup>719</sup>.

<sup>716</sup> Ibid., à la p. 351, par. 64 : « La Cour note toutefois que, dès lors qu'elle a conclu que la frontière dans le lac Tchad se trouvait délimitée [...] les éventuelles effectivités nigérianes doivent bien être considérées, du point de vue de leurs conséquences juridiques, comme des actes *contra legem* » ; voir également *Différend frontalier*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 586, par. 63 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, sentence du 31 juillet 1989, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente : E/F.93.V.3), p. 119, à la page 181, par. 70 (opinion dissidente du juge Bedjaoui).

<sup>717</sup> *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (voir *supra* la note 583), à la page 650 et 651, par. 48 ; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (voir *supra* la note 675), par. 334 (« le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation »).

<sup>718</sup> *Île de Kasikili/Sedudu* (voir *supra* la note 539), aux pages 1089 à 1091, par. 65 à 68.

<sup>719</sup> OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (voir *supra* la note 675), par. 272 (note de bas de page omise).

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

Le Tribunal reconnaît que la législation nationale de plusieurs États, non seulement en Afrique de l'Ouest mais aussi dans d'autres régions du monde, régleme le soutage des navires étrangers qui pêchent dans leur zone économique exclusive, comme le fait celle de la Guinée-Bissau. Le Tribunal note également l'absence d'objection formelle à une telle législation, celle-ci étant généralement respectée<sup>720</sup>.

22) L'importance juridique possible du silence ou de l'inaction face à une pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à contribuer à la possibilité d'un accord commun, mais peut aussi jouer un rôle dans l'application des règles fondées sur l'absence de consentement, comme l'*estoppel*, l'inopposabilité ou la prescription<sup>721</sup>.

23) Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*, peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, de portée et de contenu différents. Dans un tel cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique à compter de la date où il naît, au moins avec effet pour l'avenir<sup>722</sup>. Il ne faut toutefois pas supposer à la légère l'existence d'une telle situation, car les États ne modifient habituellement pas leur interprétation d'un traité en fonction de considérations à court terme.

24) Il se peut également qu'un désaccord naisse entre les parties au sujet de l'interprétation du traité après qu'elles sont parvenues à un accord ultérieur sur cette interprétation. Ce désaccord ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur qui l'a précédé, puisque le principe de la bonne foi interdit à une partie de décevoir purement et simplement les attentes légitimes qui ont été créées par l'interprétation commune<sup>723</sup>. Par contre, le désaveu clairement exprimé par une partie d'un accord antérieur découlant d'une pratique commune « [tend] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure », sans toutefois réduire celle de la pratique commune antérieurement suivie<sup>724</sup>.

### **Conclusion 10. Décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties**

**1. Aux fins du présent projet de conclusions, une conférence des parties est une réunion d'États parties en application d'un traité aux fins de l'examen ou de l'application du traité, excepté si ces États agissent en tant que membres d'un organe d'une organisation internationale.**

<sup>720</sup> *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014, Tribunal international du droit de la mer, *TIDM Recueil 2014*, par. 218.

<sup>721</sup> *Certaines dépenses des Nations Unies* (voir *supra* la note 540), p. 182 et suiv. (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

<sup>722</sup> Hafner (voir *supra* la note 609), p. 118 ; cela signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne remonte pas nécessairement à la date de l'entrée en vigueur du traité, comme Yasseen le soutient (voir *supra* la note 533, p. 47).

<sup>723</sup> Karl (voir *supra* la note 534), p. 151.

<sup>724</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [voir *supra* la note 545], p. 56, par. 142.

**2. L'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité et de tout règlement applicable. Selon les circonstances, une telle décision peut constituer, explicitement ou implicitement, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a, ou donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b, ou à une pratique ultérieure au sens de l'article 32. Les décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties offrent souvent une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application du traité.**

**3. Une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties constitue un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, dans la mesure où elle exprime un accord des parties sur le fond concernant l'interprétation du traité, indépendamment de la forme sous laquelle la décision a été adoptée et de la procédure suivie pour ce faire, y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus.**

#### Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 concerne une forme particulière d'action des États d'où peuvent résulter un accord ultérieur ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 32, à savoir des décisions adoptées dans le cadre d'une conférence des parties<sup>725</sup>.

2) Les États utilisent généralement les conférences des parties dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux<sup>726</sup>. Ces conférences se répartissent de façon générale en deux catégories de base. Il y a d'une part certaines conférences qui sont en réalité un organe d'une organisation internationale, au sein desquelles les États parties agissent en leur qualité de membres dudit organe (par exemple, réunions des États parties de l'Organisation mondiale du commerce, de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques et de l'Organisation de l'aviation civile internationale)<sup>727</sup>. De telles conférences des parties ne relèvent pas du champ du projet de conclusion 10, qui ne traite pas de la pratique ultérieure des organisations

internationales ou en leur sein<sup>728</sup>. Il y a d'autre part des conférences des parties qui sont convoquées en vertu de traités qui n'établissent pas une organisation internationale mais qui prévoient simplement des réunions plus ou moins périodiques des États parties aux fins de l'examen et de l'application du traité. Ces conférences d'examen sont le cadre dans lequel s'inscrit la coopération des États parties ainsi que leur conduite ultérieure en ce qui concerne le traité. Chacun de ces deux types de conférence des parties peut également avoir des pouvoirs spécifiques s'agissant de la modification ou de l'adaptation des traités. Tel est le cas, par exemple, du processus des conférences d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972<sup>729</sup>, de la conférence d'examen prévue au paragraphe 3 de l'article VIII du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, de 1968<sup>730</sup>, ainsi que des conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement<sup>731</sup>. La Commission baleinière internationale créée par la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, de 1946<sup>732</sup>, constitue un cas limite entre les deux catégories de conférences des parties, dont la pratique ultérieure a été examinée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt concernant l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*<sup>733</sup>.

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

<sup>728</sup> Les accords et la pratique ultérieurs dans le cadre de traités établissant des organisations internationales feront l'objet d'un autre rapport.

<sup>729</sup> Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, art. XI. Selon ce mécanisme, les États parties se réunissent «afin d'examiner le fonctionnement de la Convention, en vue de s'assurer que les objectifs énoncés dans le préambule et les dispositions de la Convention [...] sont en voie de réalisation. À l'occasion de cet examen, il sera tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention» (art. XII).

<sup>730</sup> L'article VIII, paragraphe 3, dispose qu'une conférence des parties aura lieu cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité et, si elle en décide ainsi, à des intervalles de cinq ans par la suite, «afin d'examiner le fonctionnement du présent Traité en vue de s'assurer que les objectifs du Préambule et les dispositions du Traité sont en voie de réalisation». En procédant de la sorte, les États parties examinent le fonctionnement du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

<sup>731</sup> On citera, au nombre des exemples, la Conférence des parties de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1992, la Conférence des Parties agissant comme réunion des parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Protocole de Kyoto), de 1997, et la Conférence des parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, de 1971.

<sup>732</sup> Il est souvent dit que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière internationale possède des fonctions qui la font relever de la définition de la conférence des parties retenue ici.

<sup>733</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (voir *supra* la note 548).

<sup>725</sup> Elles sont aussi désignées, notamment, par les termes suivants : réunions des parties ou assemblées des États parties.

<sup>726</sup> Voir V. Röben, «Conference (Meeting) of States Parties» dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012, p. 605 (disponible en ligne : <http://opil.ouplaw.com/home/epil>) ; R. R. Churchill et G. Ulfstein, «Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements : a little-noticed phenomenon in international law», *American Journal of International Law*, vol. 94, n° 4 (2000), p. 623 ; J. Brunnée, «COPing with consent : law-making under multilateral environmental agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 1 (2002), p. 1 ; A. Wiersema, «The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements», *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, n° 1 (2009), p. 231 ; L. Boisson de Chazournes, «Environmental treaties in time», *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n° 6 (2009), p. 293.

<sup>727</sup> L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, de 1994 ; la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, de 1993 ; et la Convention relative à l'aviation civile internationale, de 1944.



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

5) La première phrase du paragraphe 2 vise à reconnaître que la portée juridique de tout acte entrepris par une conférence des parties dépend tout d'abord des règles qui régissent ladite conférence, notamment le traité constitutif et tout règlement applicable. Les conférences des parties exécutent toute une série d'actes, dont l'examen de l'application du traité, l'examen du traité lui-même et la prise de décisions en vertu des procédures d'amendement<sup>734</sup>.

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

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

7) Selon des dispositions spécifiques figurant dans différents traités, la conférence des parties propose des « lignes directrices » pour l'application de dispositions conventionnelles particulières<sup>735</sup> ou définit « les principes, les modalités, les règles et les lignes directrices à appliquer » pour la mise en œuvre d'un mécanisme conventionnel<sup>736</sup>.

8) Les procédures d'amendement (au sens large du terme) comprennent les procédures par lesquelles le texte initial d'un traité peut être modifié (dont le résultat est généralement sujet à ratification par les États parties conformément aux dispositions constitutionnelles), ainsi

<sup>734</sup> La Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, article 6, paragraphe 1, sur les fonctions d'examen et article 10 *bis* (Protocole d'amendement de 1982, article 1), sur les amendements; la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, article 7, paragraphe 2, sur les fonctions d'examen et article 15 sur les amendements; le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, article 13, paragraphe 4, sur les fonctions d'examen de la Conférence des Parties agissant comme réunion des parties au Protocole de Kyoto, et article 20 sur les procédures d'amendement; la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, article XI sur l'examen par la Conférence des parties et article XVII sur les procédures d'amendement; le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires; et la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, article 23, paragraphe 5 (pouvoirs d'examen), article 28 (amendements) et article 33 (protocoles).

<sup>735</sup> Articles 7 et 9 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

<sup>736</sup> L'article 17 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques concernant les échanges de droits d'émission en fournit un exemple; voir Churchill et Ulfstein (note 726 *supra*), p. 639; et J. Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements », dans R. Wolfrum et V. Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, p. 110 à 115.

que les procédures d'acceptation tacite et d'option de refus<sup>737</sup> qui s'appliquent couramment aux annexes contenant des listes de substances, d'espèces et d'autres éléments dont la liste doit être régulièrement mise à jour<sup>738</sup>.

9) Comme point de départ, le paragraphe 2 prévoit que l'effet juridique d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties dépend essentiellement du traité considéré et de tout règlement applicable. L'adverbe « essentiellement » laisse une place à des règles complémentaires « à moins que le traité n'en dispose autrement » [voir, par exemple, les articles 16, 20, 22 (par. 1), 24, 70 (par. 1) et 72 (par. 1) de la Convention de Vienne de 1969]. Le mot « tout » vise à préciser que le règlement de la conférence des parties s'appliquera s'il existe, puisqu'il peut y avoir des cas où de telles conférences se déroulent sans qu'un règlement ait été expressément adopté<sup>739</sup>.

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

11) Les décisions adoptées par une conférence des parties peuvent notamment constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, par lesquels les parties interprètent le traité en question. Ainsi, la Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction a adopté régulièrement « des ententes et accords additionnels » concernant l'interprétation des dispositions de la Convention. Ces accords ont été adoptés par les États parties dans le cadre des conférences d'examen, par consensus, et ont porté sur tous les articles du traité afin de répondre à certaines questions particulières, dès qu'elles se posaient<sup>740</sup>. Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en définissant, précisant ou développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Selon l'Unité d'appui à l'application de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction<sup>741</sup>, un « accord additionnel » :

<sup>737</sup> Voir J. Brunnée, « Treaty amendments » dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, p. 354 à 360.

<sup>738</sup> *Ibid.*

<sup>739</sup> Tel est le cas, par exemple, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

<sup>740</sup> Voir P. Millett, « The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, n° 1 (2010), p. 33.

<sup>741</sup> L'Unité d'appui à l'application a été créée par la Conférence des États parties, en vue de fournir un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties [voir le document final de la sixième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (BWC/CONF.VI/6), p. 19 et 20].

a) Interprète, définit ou développe le sens ou la portée d'une disposition de la Convention ; ou

b) Donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition<sup>742</sup>.

12) De même, la conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets a adopté des résolutions interprétant cette convention. La sous-division des affaires juridiques de l'Organisation maritime internationale (OMI), à la demande des organes directeurs, a indiqué ce qui suit à propos d'une « résolution interprétative » de la conférence des parties à la Convention :

Selon l'article 31, paragraphe 3 a, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969 (la Convention de Vienne), il sera tenu compte des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant une telle interprétation. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée à une réunion des parties, voire celle d'une décision consignée dans le compte rendu de la réunion des parties<sup>743</sup>.

13) Dans le même ordre d'idées, le Conseiller juridique de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a affirmé en termes généraux :

Les décisions de la Conférence des parties, en tant qu'organe suprême réunissant toutes les parties à la Convention-cadre [de l'OMS] pour la lutte antitabac, constituent sans aucun doute des « accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité », au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne<sup>744</sup>.

14) Certains auteurs considèrent aussi que de telles décisions peuvent constituer des accords ultérieurs<sup>745</sup> et font observer ce qui suit :

De telles déclarations ne sont pas juridiquement contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité<sup>746</sup>.

<sup>742</sup> Document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application à la septième Conférence des États parties chargée de l'examen de la Convention, intitulé « Ententes et accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) (mis à jour avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette Conférence, Genève, 2012), par. 1.

<sup>743</sup> *Agenda item 4 (Ocean fertilization), submitted by the Secretariat on procedural requirements in relation to a decision on an interpretive resolution: views of the IMO Sub-Division of Legal Affairs*, document LC 33/J/6, par. 3.

<sup>744</sup> Voir Conférence des Parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac présenté par le Président et débat général: avis juridique sur le champ d'application du protocole », note du Conseiller juridique de l'OMS sur le champ d'application du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (OMS, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annexe); S. F. Halabi, « The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n° 1 (2010), p. 135 et 136.

<sup>745</sup> D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011, p. 83 (en ce qui concerne le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires; et Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (voir *supra* la note 598), p. 213 et 214.

<sup>746</sup> B. M. Carnahan, « Treaty review conferences », *American Journal of International Law*, vol. 81, n° 1 (1987), p. 229.

15) La Cour internationale de Justice a conclu, en ce qui concerne le rôle de la Commission baleinière internationale dans le cadre de la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine :

L'article VI de la Convention énonce que « [l]a Commission pourra formuler de temps à autre, à l'intention de l'un quelconque ou de tous les gouvernements contractants, des recommandations à propos de questions ayant trait, soit aux baleines et à la chasse à la baleine, soit aux objectifs et aux buts de la présente Convention ». Ces recommandations, adoptées sous forme de résolutions, n'ont pas force obligatoire. Cependant, lorsqu'elles sont adoptées par consensus ou à l'unanimité, elles peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation de la Convention ou du règlement qui lui est annexé<sup>747</sup>.

16) Les exemples suivants tirés de la pratique des conférences des parties viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions de ces conférences peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a.

17) L'article premier, paragraphe 1, de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

[d]es agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types et en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques ;

18) À la troisième Conférence d'examen (1991), les États parties ont précisé que les interdictions établies dans la Convention portaient sur des « agents microbiens ou d'autres agents biologiques ou [des] toxines nocifs pour les plantes et les animaux, ainsi que pour les humains »<sup>748</sup>.

19) L'article 4, paragraphe 9, du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone a donné lieu à un débat à propos de la définition de l'expression « État non partie au présent Protocole » qui y figure. Selon cette disposition :

Aux fins du présent article, l'expression « État non partie au présent Protocole » désigne, en ce qui concerne toute substance réglementée, un État ou une organisation régionale d'intégration économique qui n'a pas accepté d'être lié par des mesures de réglementation en vigueur pour cette substance.

20) Dans le cas des hydrochlorofluorocarbones (ou HCFC), deux amendements, l'amendement de Copenhague (1992) et l'amendement de Beijing (1999), imposent des obligations qui ont soulevé la question de savoir si un État, pour être considéré comme « non partie au présent Protocole », doit être non partie aux deux amendements. La conférence des parties a décidé ce qui suit :

L'expression « État non partie au présent Protocole » s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration

<sup>747</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (voir *supra* la note 548), par. 46.

<sup>748</sup> Document final de la troisième Conférence des Parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (BWC/CONF.III/23), partie II, Déclaration finale, p. 11).

économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing<sup>749</sup>.

21) Si les actes qui résultent d'une procédure d'acceptation tacite (voir *supra* le paragraphe 8) ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ils peuvent, outre leur effet primaire en vertu du traité, impliquer un tel accord ultérieur, dans certaines circonstances. Un exemple concerne certaines décisions de la Conférence des parties à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, de 1972 (Convention de Londres sur l'immersion). À sa seizième réunion, tenue en 1993, la réunion consultative des parties contractantes a adopté trois amendements à l'annexe I à la faveur de la procédure d'acceptation tacite prévue par la Convention<sup>750</sup>. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient toutefois une large interprétation du traité lui-même<sup>751</sup>. L'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui avait été adoptée par la réunion consultative tenue trois ans auparavant et qui avait établi l'accord des parties selon lequel « la Convention de Londres sur l'immersion [était] l'instance appropriée pour examiner la question de l'évacuation des déchets faiblement radioactifs dans des dépôts enfouis dans le sous-sol marin auxquels on accéderait par la mer<sup>752</sup> ». On a considéré que cette résolution étendait effectivement la définition de l'« immersion » au sens de

<sup>749</sup> Décision XV/3 relative aux obligations des Parties à l'Amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal en ce qui concerne les hydrochlorofluorocarbones ; la définition est formulée comme suit : « 1. [...] a) L'expression "État non partie au présent Protocole" figurant au paragraphe 9 de l'article 4 ne s'applique pas aux États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole ; b) L'expression "État non partie au présent Protocole" s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing ; c) Reconnaisant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression "État non partie au présent Protocole", le paragraphe 1 b) s'appliquera à moins qu'un tel État ait d'ici au 31 mars 2004 : i) Informé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible ; ii) Certifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague ; iii) Soumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005 ; auquel cas la définition d'"État non partie au présent Protocole" ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des parties » (UNEP/OzL.Pro.15/9, chap. XVIII.A).

<sup>750</sup> Voir les résolutions LC.49 (16), LC.50 (16) et LC.51 (16), du 12 novembre 1993, qui ont été adoptées par la seizième Réunion consultative des Parties contractantes, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1775, p. 395. D'abord, elle a décidé de modifier l'abandon progressif de l'évacuation en mer des déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Ensuite, elle a interdit l'incinération en mer de déchets industriels et de boues d'épuration. Enfin, elle a décidé de remplacer le paragraphe 6 de l'annexe I, portant interdiction de l'immersion de déchets radioactifs et autres matières radioactives ; voir également « Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972 », *Focus on IMO* (OMI, juillet 1997).

<sup>751</sup> Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets apportaient des changements majeurs à la Convention (Churchill et Ulfstein, voir *supra* la note 726, p. 638).

<sup>752</sup> OMI, résolution LDC.41 (13), par. 1 [OMI, document LDC 13/15 (1990), annexe 7].

la Convention pour que ce terme recouvre l'évacuation ou l'enfouissement de déchets dans ou sous les fonds marins depuis la mer mais non depuis la terre au moyen d'un tunnel<sup>753</sup>. Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative incluait un accord ultérieur au sujet de l'interprétation du traité.

22) La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination prévoit, au paragraphe 5 de son article 17, que « [l]es amendements [...] entrent en vigueur entre les Parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le Dépositaire a reçu leur instrument de ratification, d'approbation, de confirmation formelle ou d'acceptation par les trois quarts au moins des Parties les ayant acceptés [...] ». Faisant suite à une initiative de l'Indonésie et de la Suisse, la Conférence des Parties a décidé de préciser la condition d'acceptation par les trois quarts des parties en convenant,

sans préjudice des dispositions des autres accords multilatéraux sur l'environnement, que le paragraphe 5 de l'article 17 de la Convention de Bâle devrait être interprété comme suit : une acceptation des trois quarts des parties qui étaient parties au moment de l'adoption de l'amendement est nécessaire pour l'entrée en vigueur de cet amendement, sachant que cette interprétation du paragraphe 5 de l'article 17 n'oblige en aucun cas une partie à ratifier l'amendement portant interdiction<sup>754</sup>.

Les parties ont adopté cette décision sur l'interprétation de l'article 17, paragraphe 5, par consensus, et de nombreux États parties ont souligné que la conférence des parties à une quelconque convention était « l'autorité chargée en dernier ressort de son interprétation<sup>755</sup> ». Si cela permet de penser que la décision traduit un accord ultérieur des parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, on note que la décision a été prise au terme d'un débat sur la question de savoir s'il était nécessaire de suivre la procédure formelle d'amendement de la Convention pour parvenir à ce résultat<sup>756</sup>. Il faut aussi noter que le Japon a déclaré, en demandant que cette remarque soit consignée dans le rapport de la Conférence, que sa délégation « appuyait la méthode de la date fixée [*current-time approach*] pour l'interprétation de la disposition de la Convention relative à l'entrée en vigueur des amendements, comme précisé dans l'avis juridique fourni par le Bureau des affaires juridiques de l'[Organisation des Nations Unies] en tant que Dépositaire<sup>757</sup>, et avait accepté la méthode de la date fixée

<sup>753</sup> Churchill et Ulfstein (voir *supra* la note 726), p. 641.

<sup>754</sup> BC-10/3 : Initiative de l'Indonésie et de la Suisse visant à améliorer l'efficacité de la Convention de Bâle, Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination sur les travaux de sa dixième réunion [Cartagena (Colombie), 17-21 octobre 2011], UNEP/CHW.10/28, p. 33.

<sup>755</sup> *Ibid.*, p. 10, par. 65.

<sup>756</sup> G. Handl, « International "Lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies », dans Wolfrum et Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making* (voir *supra* la note 736), p. 127 et suiv., à la page 132.

<sup>757</sup> La « méthode de la date fixée » (*current-time approach*) préconisée par le Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies est la suivante : en cas de silence ou d'ambiguïté du traité sur la question, la pratique du Secrétaire général consiste à calculer le nombre d'acceptations sur la base du nombre de parties au traité au moment du dépôt de chaque instrument d'acceptation d'un amendement. Voir des extraits du mémorandum du Bureau des affaires juridiques du 8 mars 2004, disponible en anglais à l'adresse [www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx](http://www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx).

énoncée dans la décision sur l'initiative de l'Indonésie et de la Suisse *uniquement pour ce cas particulier*<sup>758</sup> ».

23) Les exemples précités montrent que les décisions des conférences des parties peuvent dans certaines circonstances constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, et donner lieu à une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, ou à une autre pratique ultérieure au sens de l'article 32 si elles ne reflètent pas l'accord des parties. Il convient cependant toujours d'identifier soigneusement le caractère propre d'une décision adoptée dans le cadre d'une conférence des parties. À cette fin, il faut tenir compte de la précision et de la clarté du libellé retenu au regard du texte de la décision de la conférence des parties dans son ensemble, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué. Il est fréquent que les parties n'entendent pas donner à leur décision une portée juridique particulière.

24) La dernière phrase du paragraphe 2 du projet de conclusion 10 rappelle à l'interprète que les décisions des conférences des parties offrent souvent une gamme de solutions pratiques pour l'application du traité, qui ne constituent pas nécessairement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure aux fins de l'interprétation du traité. En réalité, il arrive souvent que les conférences des parties ne visent pas expressément à résoudre ou à traiter des questions concernant l'interprétation d'un traité.

25) Un exemple est fourni par une décision adoptée par la conférence des parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac. Les articles 9 et 10 de la Convention traitent respectivement de la réglementation de la composition des produits du tabac et de la réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer. Conscients que de telles mesures requièrent l'allocation de ressources financières importantes, les États parties sont convenus, sous l'intitulé « Considérations pratiques » pour l'application des articles 9 et 10, de « [c]ertaines [...] options qui s'offrent aux Parties », telles que

- a) des taxes sur le tabac spécialement dédiées ;
- b) des redevances de licences de fabrication et/ou d'importation ;
- c) des redevances d'homologation des produits du tabac ;
- d) des licences de vente pour les distributeurs et/ou détaillants de produits du tabac ;
- e) des amendes imposées à l'industrie du tabac et aux détaillants pour non-respect des prescription ;
- f) des redevances annuelles pour la surveillance des produits du tabac (industrie et détaillants)<sup>759</sup>.

Cette décision propose une gamme non exhaustive de solutions pratiques pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention. Cependant, les parties ont ainsi implicitement

convenu que les « options » énoncées seraient, en tant que telles, compatibles avec la Convention.

26) Il en résulte que les décisions des conférences des parties peuvent avoir des effets juridiques différents. Bon nombre de ces décisions ne visent pas à constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, parce qu'elles ne sont pas censées être une prise de position au sujet de l'interprétation du traité. Dans d'autres cas, les parties indiquent suffisamment clairement que la décision de la conférence des parties traduit leur accord au sujet de l'interprétation du traité. Dans d'autres cas encore, ces décisions peuvent produire un effet juridique en conjonction avec une obligation générale de coopérer en vertu du traité, de sorte que les parties « doivent tenir dûment compte » d'une telle décision<sup>760</sup>. En tout état de cause, on ne peut pas se contenter de dire que parce que le traité ne reconnaît pas à la conférence des parties la compétence de prendre des décisions juridiquement contraignantes, les décisions que prennent les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques<sup>761</sup>.

27) En définitive, l'effet d'une décision prise par une conférence des parties dépend des circonstances propres à chaque cas et de telles décisions doivent être judicieusement interprétées. Une considération pertinente peut être le fait que les États parties appliquent de façon uniforme ou sans contestation le traité tel qu'interprété par la décision de la conférence des parties. Une pratique divergente à la suite d'une décision d'une conférence des parties peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* (voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 9, paragraphes 22 et 23). Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32<sup>762</sup>.

28) Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel les accords au sujet de l'interprétation d'un traité au sens de l'article 31, paragraphe 3, doivent concerner le fond du traité. Ainsi, ce qui importe est le fond de l'accord que traduit la décision de la conférence des parties et non la forme sous laquelle ou la procédure par laquelle cette décision est adoptée. Les actes émanant d'une conférence des parties peuvent prendre différentes formes et désignations, et résulter de procédures différentes. Il se peut même que les conférences des parties conduisent leurs travaux sans qu'un règlement ait été officiellement adopté<sup>763</sup>. Si

<sup>760</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (voir *supra* la note 548), par. 83 et 137.

<sup>761</sup> *Ibid.*, par. 46.

<sup>762</sup> *Ibid.* (opinion individuelle de la juge *ad hoc* Charlesworth, par. 4, constatant que les résolutions adoptées à l'issue d'un vote par la Commission baleinière internationale ont certes des conséquences bien qu'elles ne correspondent pas aux termes de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne).

<sup>763</sup> La Conférence des Parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques applique provisoirement le projet de règlement intérieur figurant dans le document FCCC/CP/1996/2, à l'exception du projet d'article 42 (Vote), faute d'accord à ce jour sur l'une des deux

<sup>758</sup> Rapport de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle, UNEP/CHW.10/28 (voir *supra* la note 754), p. 10, par. 68.

<sup>759</sup> FCTC/COP4(10): Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Réglementation de la composition des produits du tabac et Réglementation des informations sur les produits du tabac à communiquer), annexe, adoptées à la quatrième session de la Conférence des Parties (Punta del Este, Uruguay, 15-20 novembre 2010), FCTC/COP/4/DIV/6, p. 54, directive 2.3.

la décision de la conférence des parties se fonde sur un vote unanime auquel toutes les parties ont participé, elle peut clairement constituer un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, pourvu qu'elle concerne « l'interprétation du traité ».

29) Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen et d'application sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de n'épargner aucun effort pour parvenir à un consensus sur les questions de fond. On en trouve un premier exemple dans le règlement intérieur provisoire de la Conférence d'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction. Selon l'article 28, paragraphe 2, du règlement :

La Conférence d'examen ayant pour objet d'examiner le fonctionnement de la Convention en vue d'assurer la réalisation des objectifs du préambule et des dispositions de la Convention et ainsi de renforcer son efficacité, tous les efforts doivent être faits pour parvenir à un accord sur les questions de fond sous la forme d'un consensus. Ces questions ne doivent pas faire l'objet d'un vote avant que tous les efforts pour parvenir à un consensus aient été épuisés<sup>764</sup>.

Cette formulation, avec des variations mineures, est devenue le paragraphe type concernant les procédures de prise de décisions des conférences des parties.

30) Pour répondre aux questions concernant les décisions adoptées par consensus, il est précisé à la fin du paragraphe 3 du projet de conclusion « y compris lorsque l'adoption s'est faite par consensus » afin d'écarter l'idée que l'adoption d'une décision par consensus devrait être nécessairement assimilée à un accord sur le fond. Au contraire, le consensus n'indique pas nécessairement qu'il s'agit d'un accord sur le fond. Selon les commentaires sur quelques questions de procédure publiés par le Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies en application de la résolution 60/286 de l'Assemblée générale<sup>765</sup> :

Le consensus s'entend généralement d'un processus de prise de décision consistant à parvenir à une décision sans mise aux voix ni objection formelle. Il ne reflète cependant pas nécessairement une

variantes qui y sont proposées, voir Rapport de la Conférence des Parties sur les travaux de sa première session, tenue à Berlin du 28 mars au 7 avril 1995 (FCCC/CP/1995/7), p. 8, par. 10 ; Rapport de la dix-neuvième session de la Conférence des Parties, tenue à Varsovie du 11 au 23 novembre 2013 (FCCC/CP/2013/10), p. 7, par. 4 ; de même, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique n'a pas adopté le paragraphe 1 de l'article 40 du règlement intérieur (Vote) « en raison d'un manque d'accord entre les Parties sur la majorité requise pour la prise de décision sur les questions de fond », Rapport de la onzième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (8-19 octobre 2012) (UNEP/CBD/COP/11/35), p. 24, par. 65.

<sup>764</sup> Règlement intérieur provisoire de la Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, tenue à Genève, du 3 au 21 mars 1980 (BWC/CONF.I/2), p. 7.

<sup>765</sup> Voir la résolution 60/286 de l'Assemblée générale, en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle l'Assemblée prie le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies « de rendre accessible au public l'information relative aux précédents que les organes intergouvernementaux de l'Organisation ont établis et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (annexe, par. 24).

« unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général sans qu'aucune délégation ne s'oppose expressément au consensus<sup>766</sup>.

31) Il s'ensuit que l'adoption par consensus n'est pas une condition suffisante pour que la décision constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Le règlement intérieur de la conférence des parties ne donne généralement pas d'indication sur les effets juridiques possibles d'une résolution en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*. Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non les effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, aient valeur contraignante en tant que tels, la Convention de Vienne ne leur attribue un effet juridique en vertu de l'article 31 que s'il existe un accord sur le fond entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité. La Cour internationale de Justice a confirmé que la distinction entre la forme d'une décision collective et l'accord sur le fond est pertinente dans un tel contexte<sup>767</sup>.

32) Le fait que certaines décisions ne peuvent constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, bien qu'elles aient été déclarées comme adoptées par consensus, est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'opposition d'un État ou de plusieurs États à ce consensus.

33) Ainsi, à sa sixième réunion en 2002, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique s'est employée à élaborer des principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces<sup>768</sup>. Après l'échec de plusieurs tentatives pour parvenir à un accord, la Présidente de la Conférence des Parties a proposé d'adopter la décision et de consigner les réserves exprimées par l'Australie dans le rapport final de la réunion. Le représentant de l'Australie a cependant réaffirmé qu'il ne pouvait pas accepter les principes directeurs et que « [s]on objection formelle était donc maintenue<sup>769</sup> ». La Présidente a déclaré le débat clos et « conformément à la pratique en usage », a déclaré la décision adoptée sans la mettre aux voix, en précisant que les objections des États opposés seraient reflétées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réaffirmé sa position selon laquelle le consensus signifiait l'adoption sans objection formelle et a exprimé de sérieux doutes quant à la légalité de l'adoption

<sup>766</sup> Commentaires sur quelques questions de procédure : « Consensus in UN practice : General », document établi par le Secrétariat. La version anglaise du document est disponible sur le site suivant : [www.un.org/fr/ga/about/ropga](http://www.un.org/fr/ga/about/ropga) ([https://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf](https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf)). Voir aussi R. Wolfrum et J. Pichon, « Consensus », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (disponible en ligne : <http://opil.ouplaw.com/home/epil>), par. 3, 4 et 24.

<sup>767</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (voir *supra* la note 548), par. 83.

<sup>768</sup> Rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (UNEP/CBD/COP/6/20, annexe I, décision VI/23).

<sup>769</sup> *Ibid.*, par. 313.

du projet de décision. En définitive, il a été précisé dans une note de bas de page relative à la décision VI/23 : « Un représentant a déposé une objection formelle pendant le processus qui a abouti à l'adoption de cette décision et souligné qu'il ne croyait pas que la Conférence des Parties pourrait légitimement adopter une motion ou un texte compte tenu d'une telle objection. »<sup>770</sup>

34) Face à une telle situation, le Secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique a adressé une demande d'avis juridique au Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies<sup>771</sup>. Celui-ci a exprimé l'avis<sup>772</sup> qu'une partie pouvait « prendre ses distances par rapport au fond ou à la lettre d'un document, indiquer que le fait de se joindre au consensus ne constituait pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et présenter toute autre restriction quant à la position de son gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document<sup>773</sup> ». Cela montre clairement qu'une décision peut être adoptée par consensus même si un ou plusieurs des États parties ne souscrivent pas au fond de la décision.

35) La décision prise dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique et une décision analogue adoptée à Cancún en 2010 lors de la réunion des parties au Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (malgré l'objection de la Bolivie)<sup>774</sup> soulèvent l'importante question du sens à donner au terme « consensus »<sup>775</sup>. Il convient toutefois de distinguer cette question, qui ne relève pas du présent sujet, de celle de savoir si toutes les parties à un traité sont parvenues à un accord sur le fond au sujet de l'interprétation de ce traité au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a* et *b*. Les décisions de conférences des parties qui ne traduisent pas un accord de toutes les parties sur le fond ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3, mais elles peuvent constituer une « autre pratique ultérieure » au sens de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, paragraphe 3<sup>776</sup>).

<sup>770</sup> Ibid., par. 316, 318 et 321 ; pour le débat, voir par. 294 à 324. Toutes les décisions de la Conférence des Parties sont disponibles en ligne : [www.cbd.int/decisions/](http://www.cbd.int/decisions/).

<sup>771</sup> Peut être obtenu auprès du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002).

<sup>772</sup> Lettre datée du 17 juin 2002, envoyée par fax.

<sup>773</sup> Ibid.

<sup>774</sup> Voir la décision 1/CMP.6 « Les Accords de Cancún : résultats des travaux effectués par le Groupe de travail spécial des nouveaux engagements des parties visées à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session » ; la décision 2/CMP.6 « Les Accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie », adoptées par la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto ( FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1) ; et les délibérations de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties au Protocole de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), par. 29.

<sup>775</sup> Voir Nolte, « Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time » (note 673 *supra*), p. 372 à 377.

<sup>776</sup> *Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 30.

36) Une autre question est celle de savoir quel est l'effet juridique d'une décision adoptée par une conférence des parties dès lors qu'elle constitue un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3. En 2011, il a été demandé à la sous-division des affaires juridiques de l'OMI « d'informer les organes directeurs [...] des conditions procédurales applicables à toute décision relative à une résolution interprétative et, en particulier, sur la nécessité de parvenir ou non à un consensus »<sup>777</sup>. Dans sa réponse, la sous-division des affaires juridiques de l'OMI, tout en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties pouvait, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, a indiqué aux organes directeurs que, même si la conférence adoptait une décision par consensus, cela ne signifierait pas que la décision serait contraignante pour toutes les parties<sup>778</sup>.

37) Bien qu'elle ait fondé son avis sur la prémisse erronée qu'un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ne pourrait être que contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité<sup>779</sup> », la sous-division des affaires juridiques de l'OMI est parvenue à la conclusion exacte selon laquelle même si une décision adoptée par consensus par une conférence des parties constitue un accord au sujet de l'interprétation sur le fond, elle n'est pas (nécessairement) contraignante pour les parties (voir *supra* le commentaire du projet de conclusion 9, par. 9 à 11). Au contraire, comme la Commission l'a indiqué, un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, n'est que l'un des différents moyens d'interprétation dont il faut tenir compte dans le processus d'interprétation<sup>780</sup>.

38) En conséquence, les résolutions interprétatives des conférences des parties qui sont adoptées par consensus, même si elles ne sont pas contraignantes en tant que telles, peuvent néanmoins constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 *a*, ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b*, s'il existe des indices suffisants que telle était l'intention des parties au moment de l'adoption de la décision, ou si la pratique ultérieure des parties établit un accord à l'égard de l'interprétation du traité<sup>781</sup>. L'interprète doit accorder le poids voulu à une résolution interprétative aux fins de l'article 31, paragraphe 3 *a*, mais il ne doit pas nécessairement la considérer comme juridiquement contraignante<sup>782</sup>.

<sup>777</sup> OMI, document LC 33/4, par. 4.15.2.

<sup>778</sup> OMI, document LC 33/J/6 (voir *supra* la note 743), par. 3.

<sup>779</sup> Ibid., par. 8.

<sup>780</sup> Paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 2 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 24].

<sup>781</sup> *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (voir *supra* la note 548) (opinion individuelle du juge Greenwood, par. 6, et opinion individuelle de la juge *ad hoc* Charlesworth, par. 4).

<sup>782</sup> Paragraphe 4 du commentaire du projet de conclusion 2 [*Annuaire... 2013*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 24].