



Assemblée générale

Distr. générale
26 mars 2014
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-sixième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014

Deuxième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

par Georg Nolte, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure	4
1. Conduite « dans l'application » et « au sujet de l'interprétation » du traité	4
2. Conduite non pertinente « dans l'application » du traité ou « à l'égard de son interprétation »	6
3. Détermination d'une conduite « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité	7
4. Conclusion	12
III. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation	12
1. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice	13
2. Pratique des États	16
3. Spécificités de la pratique	20

* L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance pour l'appui qu'il a reçu du Program in Law and Public Affairs de l'Université de Princeton, dont une bourse a permis l'élaboration du présent rapport.



IV.	Forme et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)	22
1.	Diversité des formes possibles de pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)	23
2.	Densité et uniformité de la pratique ultérieure	23
V.	Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité	26
1.	Existence et portée de l'accord	26
2.	Un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être informel	29
3.	Connaissance de leur accord par les parties	30
4.	Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne doit pas être nécessairement, en soi, juridiquement contraignant	30
5.	Le silence comme élément éventuel d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3	32
6.	La pratique ultérieure indiquant un accord sur la non-application temporaire d'un traité ou un simple arrangement pratique	37
7.	Modification ou extinction d'un accord au sujet de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b)	39
VI.	Décisions adoptées dans le cadre de conférences des parties	40
1.	Forme des conférences des États parties	40
2.	Types d'actes adoptés par les États parties dans le cadre d'une conférence des parties	41
3.	Accords et pratique ultérieurs au sens de l'article 31 3) pouvant découler de la conférence des États parties	43
4.	Forme et procédure	48
5.	Actes qui ne sont pas adoptés en présence de toutes les parties à un traité	52
VII.	Portée interprétative des accords ou de la pratique ultérieurs	54
1.	Procédures d'interprétation et l'article 31, paragraphe 3 a) et b)	54
2.	Lien entre interprétation et modification	54
3.	Modification d'un traité par accord ultérieur ou par une pratique ultérieurement suivie	56
VIII.	Futur programme de travail	74
Annexe		
	Avant-projet de conclusions	75

I. Introduction

1. Au cours de sa soixante-cinquième session (2013), la Commission a examiné le premier rapport sur le sujet « Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités » et a adopté provisoirement cinq projets de conclusion assortis de commentaires¹. Ces projets de conclusion :

- Situent le sujet dans le cadre général des règles relatives à l'interprétation des traités figurant dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (projet de conclusion 1);
- Définissent les accords ultérieurs et la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3, comme moyens d'interprétation authentiques (projet de conclusion 2);
- Déterminent les relations entre les accords ultérieurs, la pratique ultérieure et les conditions dans lesquelles il est possible d'interpréter les termes d'un traité comme susceptibles d'évolution dans le temps (projet de conclusion 3);
- Formulent les définitions de l'accord ultérieur et de deux formes de pratique ultérieure (projet de conclusion 4);
- Traitent de l'attribution d'une pratique ultérieure (projet de conclusion 5).

2. Lors des débats à la Sixième Commission sur le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-cinquième session, les États ont en général réagi de façon favorable aux travaux de la Commission sur le sujet². Les questions et préoccupations précises qui ont été soulevées au cours du débat seront traitées dans le présent rapport et lors de l'examen par la Commission des projets de conclusion conformément à ses méthodes de travail. Certains faits nouveaux pertinents sont intervenus depuis la soixante-cinquième session de la Commission, notamment les arrêts rendus par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*³ et dans celle de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]*⁴. Le deuxième rapport porte sur les aspects suivants du sujet :

- L'identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure (II)⁵;
- Les effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités (III);

¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session (A/68/10), chap. IV, par. 29 à 39.

² Les déclarations des États au cours des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur le sujet « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de ses soixante-troisième et soixante-cinquième sessions » (point 81 de l'ordre du jour) sont consultables à l'adresse <https://papersmart.unmeetings.org/ga/sixth/68th-session/agenda/81> (toutes les sources Internet citées dans le présent rapport ont été consultées le 24 février 2014).

³ *C.I.J., arrêt du 27 janvier 2014*, consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf.

⁴ *C.I.J., arrêt du 31 mars 2014*, consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf. Voir aussi *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande) (C.I.J., arrêt du 11 novembre 2013)*, consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/151/17704.pdf, par. 75.

⁵ L'article 31, par. 3 a), emploie l'expression synonyme « accord ultérieur intervenu entre les parties ».

- La forme et la valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) (IV)⁶;
- Les conditions dans lesquelles un « accord » des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité est établi en vertu de l'article 31, paragraphe 3 (V)⁷;
- Les décisions adoptées dans le cadre de conférences des États parties (VI); et
- La portée éventuelle de l'interprétation par les accords ultérieurs et la pratique ultérieure (VII).

II. Identification des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure

3. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie, en tant que moyens d'interprétation, doivent être identifiés comme tels.

1. Conduite « dans l'application » et « au sujet de l'interprétation » du traité

4. La pratique ultérieure aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b), et de l'article 32 doit être suivie « dans l'application du traité » et les accords ultérieurs au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), doivent intervenir « au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions »⁸. Bien que certains aspects de l'« interprétation » puissent être sans rapport avec l'« application » d'un traité⁹, toute application d'un traité suppose son interprétation – même si la règle en question peut paraître claire à première vue¹⁰. C'est pourquoi la conduite « au sujet

⁶ La Commission a laissé ouverte cette question [voir A/68/10, p. 37, par. 20)]; il s'agit là d'une distinction faite par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui a noté dans l'affaire *États-Unis – Jeux* que la « pratique ultérieurement suivie » comportait deux éléments : « i) il [fallait] que l'on puisse discerner des actes ou déclarations communs et d'une certaine constance; et ii) ces actes ou déclarations [devaient] supposer un accord sur l'interprétation de la disposition pertinente » (voir Organisation mondiale du commerce, *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, rapports du Groupe spécial (16 août 2010), WT/DS375/R, WT/DS376/R et WT/DS377/R, par. 7.558.

⁷ La Commission a décidé d'examiner cette question à un stade ultérieur des travaux [voir A/68/10, par. 16)].

⁸ Voir projet de conclusion 4, par. 1 à 3 (A/68/10, p. 12).

⁹ Selon G. Haraszti, l'interprétation vise à élucider le sens du texte tandis que l'application implique la détermination des conséquences incombant aux parties contractantes (voir G. Haraszti, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties* (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.).

¹⁰ Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 423; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, 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*, vol. 151, 1976, 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 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

de l'interprétation » du traité et la conduite « dans l'application » du traité supposent l'une et l'autre qu'un État ou plusieurs États prennent, ou se voient attribuer, une position quant à l'interprétation du traité¹¹. Alors que dans le cas d'un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité », au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) (première branche de l'alternative), la position au sujet de l'interprétation d'un traité est expressément et résolument assumée, 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'article 31, paragraphe 3 a) (seconde branche de l'alternative)¹². Une telle position supposée au sujet de l'interprétation à partir de « l'application » résulte de simples actes d'application du traité, c'est-à-dire de « toute mesure prise sur la base du traité objet de l'interprétation »¹³, aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b), et de l'article 32¹⁴.

5. Il est difficile d'envisager une conduite « dans l'application du traité » qui ne suppose pas de la part de l'État partie concerné une position « au sujet de l'interprétation » du traité. De fait, une conduite de l'État concerné qui ne peut être considérée comme une prise de position au sujet de l'interprétation du traité ne peut pas non plus intervenir « dans » son « application ». Il en résulte que toute conduite « dans l'application du traité » n'est qu'un exemple, quoique le plus important, de tous les actes accomplis « au sujet de l'interprétation » d'un traité. La conjonction « ou » figurant à l'article 31, paragraphe 3 a), ne vise donc pas une alternative, mais désigne plutôt un exemple de la même chose.

6. Il convient de noter que l'« application » du traité ne traduit pas nécessairement la position d'un État partie qui est la seule juridiquement possible en vertu du traité et compte tenu des circonstances¹⁵. En outre, la notion d'« application » n'exclut pas les pratiques d'acteurs non étatiques que le traité considère comme des formes de son application et qui peuvent être attribuées à une ou plusieurs de ses parties¹⁶.

Commission » dans *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 111.

¹¹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, 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* (Berlin, Springer, 1983), p. 114 et 118; O. Dörr, « Article 31. General rule of interpretation » dans *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.) (Springer, 2012), p. 556, par. 80 et 82.

¹² 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, Documents officiels (A/CONF.39/11)*, p. 183, par. 53.

¹³ Linderfalk, *supra*, note 11, p. 164, 165 et 167.

¹⁴ Voir projet de conclusion 1, par. 4, et projet de conclusion 4, par. 3, *supra*, note 1, p. 11 et 12.

¹⁵ Voir ci-après la section 3 et la section 2. b) du chapitre III.

¹⁶ 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, Oxford University Press, 2013), p. 53, 54, 56 et 59 à 60.

2. Conduite non pertinente « dans l'application » du traité ou « à l'égard de son interprétation »

7. Une conduite ultérieure sans rapport avec une obligation conventionnelle ne s'inscrit pas « dans l'application du traité » ou « à l'égard » de son interprétation. S'agissant par exemple de l'avis consultatif concernant « Certaines dépenses des Nations Unies », certains juges ont exprimé des doutes sur le point de savoir si la poursuite du paiement de leur quote-part par les États Membres des Nations Unies impliquait leur acceptation d'une certaine pratique de l'Organisation¹⁷. 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 »¹⁸. 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 »¹⁹.

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 Cour²⁰.

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 sur les réfugiés a été refusé se voient néanmoins souvent accorder une « protection complémentaire » équivalente à celle accordée au titre de la Convention. Les États qui accordent une protection complémentaire ne considèrent cependant pas qu'ils agissent « dans l'application » de la Convention²¹.

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, aux fins de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), et de l'article 32, d'autres conduites ou évolutions dans le contexte plus général du traité, notamment d'« évolutions contemporaines » dans le domaine du traité. Une telle distinction n'en est pas moins importante car seule la conduite d'une ou de plusieurs parties à l'égard de l'interprétation du traité acquiert une valeur spécifique dans le processus d'interprétation. Il suffit d'indiquer à ce stade que la valeur probante ou interprétative conférée à un accord ou une pratique en vertu de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), et de l'article 32 est d'autant plus grande que cet accord ou cette pratique a un lien plus spécifique avec le

¹⁷ *Certaines dépenses des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1962 [p. 151], p. 201 et 202 (opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice) et p. 189 à 195 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

¹⁸ Ibid., p. 201.

¹⁹ Ibid.

²⁰ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, compétence et recevabilité, arrêt*, C.I.J. Recueil 1995 [p. 6], p. 76, par. 28.

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

traité²². L'arrêt rendu dans l'affaire du *Différent maritime (Pérou c. Chili)* n'est que l'exemple le plus récent illustrant la nécessité, mais aussi, parfois, la difficulté d'opérer la distinction²³.

3. Détermination d'une conduite « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » d'un traité

11. Pour déterminer qu'un accord ultérieur ou une pratique ultérieure, aux fins de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, 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. C'est ce qu'illustrent des exemples tirés de la pratique juridictionnelle et étatique.

a) Cour internationale de Justice

12. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fournit plusieurs exemples de cas dans lesquels ce qui avait pu paraître à première vue pertinent a été en définitive considéré comme n'étant pas un accord ou une pratique ultérieurs pertinents, et inversement. Ainsi, la Cour a considéré que des « communiqués ministériels conjoints » « ne sauraient être englobés dans la base conventionnelle du droit de libre navigation » vu que « les modalités de la coopération qu'ils organisent sont susceptibles d'être révisées selon les convenances des parties »²⁴. La Cour a néanmoins estimé 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 empoisonnées²⁵. En tout état de cause, la portée exacte d'une expression collective des vues des parties ne peut être déterminée que par un examen attentif de la question de savoir si et dans quelle mesure elle 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 »²⁶.

²² Sur la « valeur » (probante ou interprétative) d'un accord ou d'une pratique comme moyen d'interprétation, voir chap. IV ci-dessous.

²³ *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, par. 103, 104 à 117 et 118 à 151 (voir *supra*, note 3).

²⁴ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009 [p. 213], p. 234, par. 40; voir aussi *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, [p. 1045], p. 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 n'a donc pas souscrit à la position contraire de l'autre partie.

²⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 [p. 226], p. 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], p. 815, par. 30; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 232 à 235 (voir *supra*, note 10).

²⁶ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique [Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande (intervenante)]*, C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf, par. 83.

b) Tribunal des différends irano-américains

13. Lorsque le Tribunal des différends irano-américains 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, notamment en se référant à la pratique ultérieurement suivie par les parties, le Tribunal a conclu que ce traité comportait une obligation implicite d'indemnisation en cas de non-restitution²⁷ :

66. [...] Although Paragraph 9 of the General Declaration does not expressly state any obligation to compensate Iran in the event that certain articles are not returned because of the provisions of U.S. law applicable prior to 14 November 1979, the Tribunal holds that such an obligation is implicit in that Paragraph. [...]

68. Moreover, the Tribunal notes that the interpretation set forth in paragraph 66 above is consistent with the subsequent practice of the Parties in the application of the Algiers Accords and, particularly, with the conduct of the United States. Such a practice, according to Article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, is also to be taken into account in the interpretation of a treaty. In its communication informing Iran, on 26 March 1981, that the export of defence articles would not be approved, the United States expressly stated that « Iran will be reimbursed for the cost of equipment in so far as possible ».

[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 sont 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'article 31, paragraphe 3 b), 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 sera[it] remboursé à l'Iran dans la mesure du possible. »]

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

Subsequent conduct by a State party is a proper basis for interpreting a treaty only if it appears that the conduct was motivated by the treaty. Here there is no evidence, or even any argument, that the United States' willingness to pay Iran for its properties was in response to a perceived obligation imposed by Paragraph 9. Such conduct would be equally consistent with a recognition of a contractual obligation to make payment. In the absence of any indication that conduct was motivated by the treaty, it is incorrect to use that conduct in interpreting the treaty.

[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.

²⁷ Tribunal des différends irano-américains, sentence partielle n° 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), p. 294 et 295.

En l'espèce, il n'existe aucune preuve, ni 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.²⁸

Rapprochées l'une de l'autre, l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente font clairement ressortir les points pertinents.

c) Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme

14. Parfois aussi, le fait que les États parties prennent position à l'égard de l'interprétation d'un traité peut être déduit du caractère du traité ou d'une disposition particulière. Alors que la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité est souvent constituée d'actes de différents organes de l'État (exécutif, législatif ou judiciaire) dans l'application consciente d'un traité et à différents niveaux (interne et international), la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, n'aborde généralement pas expressément la question de savoir si telle ou telle pratique a été suivie « dans l'application » ou « à l'égard de l'interprétation » de la Convention²⁹, ou si l'État a ainsi assumé une position juridique. Ainsi, lorsqu'elle expose la situation juridique interne dans les États membres, la Cour pose rarement la question de savoir si cette situation juridique résulte d'un processus législatif comportant un examen des prescriptions éventuelles de la Convention. La Cour suppose néanmoins que, dans l'exercice de leurs fonctions législatives ou autres, les États sont conscients des obligations que leur impose la Convention et agissent d'une manière correspondant à l'interprétation qu'ils font de bonne foi de leurs obligations³⁰. 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 traité³¹. Bien qu'elle vise moins souvent la pratique législative des États et se concentre davantage sur les évolutions générales au plan international, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a néanmoins parfois recouru à cette pratique législative comme moyen d'interprétation³².

²⁸ Opinion individuelle du juge Holtzmann, partiellement concordante et partiellement dissidente, dans Tribunal des différends irano-américains, sentence partielle n° 382-B1-FT, *The Islamic Republic of Iran and the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), p. 304.

²⁹ Voir, par exemple, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, CEDH série A, n° 161, par. 103; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, requête n° 7575/76, CEDH, série A, n° 45, par. 60; *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, CEDH 2008, par. 48; comparer, par contre, avec *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], requête n° 46827/99, CEDH 2005-I, par. 146; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, requête n° 15576/89, CEDH série A, n° 201, par. 100.

³⁰ Voir note 29; voir en outre *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, requête n° 6833/74, CEDH série A, n° 31, par. 41; *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007, requête n° 74613/01, CEDH 2007-III, par. 69; *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2007, requête n° 34406/97, CEDH 2000-II, par. 52.

³¹ *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* (déc.) [GC], requête n° 52207/99, CEDH 2001.XII, par. 62.

³² Voir, par exemple, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago (fond, réparations et dépens)*, arrêt, 21 juin 2002, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C n° 94, par. 12.

d) Droit de la mer

15. L'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer³³ fournit un très bon exemple de la nécessité d'examiner soigneusement, d'emblée, si un acte ou un accord constitue effectivement un accord ultérieur ou une pratique ultérieure « à l'égard de l'interprétation » ou « dans l'application » du traité. Il est prévu dans l'Accord que les dispositions de celui-ci et de la Convention doivent être interprétées « comme un seul et même instrument » et qu'en cas d'incompatibilité, les dispositions de l'Accord l'emportent³⁴. Le fait que seules les parties à la Convention puissent devenir parties à cet accord relatif à l'application³⁵ permet de penser que, tant que toutes les parties à la Convention ne sont pas parties à l'Accord, celui-ci vise (aussi) à influencer l'interprétation de la Convention. C'est pourquoi, bien qu'il prévoie la « non-application » de dispositions de la Convention³⁶ et crée de nouvelles institutions, et apporte même, en quelque sorte, des modifications à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'Accord relatif à l'application constitue aussi une forme de pratique ultérieure à l'égard de l'interprétation de la Convention en assumant certaines positions à cet égard³⁷.

e) Droit international humanitaire

16. L'article 118 de la troisième Convention de Genève de 1949 dispose que les « 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 rapatriement³⁸. Dans sa pratique, cependant, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a toujours subordonné sa participation à la

³³ Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1836, n° 31364).

³⁴ Ibid., art. 2; annexe, sect. 1, par. 17, sect. 2, par. 6, sect. 3, par. 14, et sect. 7, par. 2, les « dispositions pertinentes de la section 4 de la partie XI de la Convention sont interprétées et appliquées conformément au présent Accord ».

³⁵ Ibid., voir art. 4, par. 2.

³⁶ Ibid., voir, par exemple, annexe, sect. 2, par. 3.

³⁷ Au contraire, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2167, n° 37924) est ouvert à la signature des États qui ne sont pas parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (art. 1, par. 2), et dispose dans son article 4 : « Aucune disposition du présent Accord ne porte atteinte aux droits, à la juridiction et aux obligations des États en vertu de la Convention ». L'Accord relatif aux stocks de poissons a néanmoins aussi été interprété comme précisant les obligations générales de coopérer qui sont énoncées à l'article 63, par. 2, et aux articles 64 et 117 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. C. Warbrick, D. McGoldrick et D. H. Anderson, « The Straddling Stocks Agreement of 1995 : an initial assessment », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, n° 2 (1996), p. 468 [<http://dx.doi.org/10.1017/S0020589300059108>].

³⁸ C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Schulthess, 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 *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^e éd., D. Fleck (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 409 et 410.

condition que la volonté d'un prisonnier de guerre de ne pas être rapatrié soit respectée³⁹. Cette pratique 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)⁴⁰.

17. Cette formulation porte à croire que la pratique 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 condition⁴¹. Les États ont tiré différentes conclusions de cette pratique du CICR. Selon le Manuel du Royaume-Uni de 2004 :

A more contentious issue is whether prisoners of war *must* be repatriated even against their will. Recent practice of States indicates that they should not. It is United Kingdom policy that prisoners of war should not be repatriated against their will.

[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.]⁴²

18. Cette combinaison particulière des verbes « *must* » (doivent) et « *should* » (devraient) montre que, comme le CICR, le Royaume-Uni ne fonde pas strictement

³⁹ Ainsi, par sa participation, le Comité international de la Croix-Rouge s'efforce de concilier l'intérêt d'un rapatriement rapide et le respect de la volonté des prisonniers de guerre (voir Krähenmann, « Protection of prisoners in armed conflict », p. 409 et 410).

⁴⁰ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, *Règles* (Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge et Bruylant, 2006), p. 599.

⁴¹ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck (dir. publ.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 2, *Pratique* (Cambridge, Comité international de la Croix-Rouge 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 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond.

⁴² Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Ministère de la défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), p. 205 et 206, par. 8.170 (italiques dans l'original).

sa politique sur l'idée que la pratique ultérieure semble indiquer, à savoir que la volonté déclarée du prisonnier de guerre doit toujours être respectée⁴³.

4. Conclusion

19. Les exemples tirés de la jurisprudence et de la pratique des États confirment qu'il est nécessaire d'identifier et d'interpréter soigneusement les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, et en particulier de se demander si les parties, par un accord ou une pratique, prennent position au sujet de l'interprétation d'un traité, ou sont motivées par d'autres considérations. Cela est particulièrement nécessaire dans le cas de « mémorandums d'accord »⁴⁴. En définitive, le but affirmé ou discernable de tout accord des parties est déterminant⁴⁵. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

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.

III. Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation

20. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir des effets différents sur l'interprétation d'un traité dans un cas particulier, c'est-à-dire au cours du processus interactif qui consiste à mettre dûment l'accent sur les différents moyens d'interprétation dans le cadre d'une « seule opération complexe »⁴⁶. La prise en considération des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure, au sens de l'article 31, paragraphe 3, et de l'article 32, peut ainsi contribuer à clarifier un traité⁴⁷ en ce qu'elle permet de

⁴³ Le manuel des États-Unis ne mentionne que la volonté des prisonniers de guerre malades ou blessés, voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 2, *Pratique*, 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 Comité international de la Croix-Rouge 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, consultable à l'adresse www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf).

⁴⁴ Voir chap. V, sect. 4 ci-dessous.

⁴⁵ Voir aussi L. Crema, « Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention » dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 25 et 26.

⁴⁶ Commentaire du projet de conclusion 1, par. 5 (A/68/10, chap. IV.C.2, par. 12 à 15).

⁴⁷ La terminologie suit celle de la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission : « L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale [...] par laquelle [un État ou une organisation internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions » (voir A/66/10/Add.1, chap. IV.F.2, directive 1.2); voir aussi *ibid.*, commentaire de la directive 1.2, par. 18).

préciser (interprétation étroite) différents sens possibles d'un terme ou d'une disposition spécifique, ou la portée du traité dans son ensemble [sect. 1 et sect. 2 a)], ou de confirmer une interprétation plus large ou une certaine marge d'appréciation par les parties (interprétation large) [sect. 1 et sect. 2 b)]. La spécificité d'une pratique ultérieure est souvent un facteur important pour déterminer la valeur de celle-ci comme moyen d'interprétation dans un cas déterminé, en fonction du traité considéré (sect. 3).

1. Jurisprudence de la Cour internationale de Justice

21. Les cours et tribunaux internationaux commencent généralement leur raisonnement, dans une affaire déterminée, en examinant le « sens ordinaire » des termes du traité⁴⁸. Ils y intègrent le plus souvent l'examen des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure à un stade plus avancé, lorsqu'ils posent la question de savoir si cette conduite confirme ou modifie le résultat préliminaire auquel ils sont parvenus par l'interprétation textuelle initiale (ou par d'autres moyens d'interprétation)⁴⁹. Si les parties souhaitent ne pas donner à un terme le sens ordinaire, mais plutôt entendre ce terme dans un sens particulier conformément à l'article 31, paragraphe 4, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à faire ressortir ce sens particulier. Les exemples présentés ci-après, tirés principalement de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁵⁰, illustrent la façon dont les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, par leur interaction avec d'autres moyens au cours du processus d'interprétation, à préciser le sens d'un traité.

a) Le « sens ordinaire » d'un terme

22. La prise en considération des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure peut contribuer à la détermination du « sens ordinaire » d'un terme particulier en ce qu'elle permet de confirmer une interprétation étroite de différentes significations possibles de ce terme. Tel a été le cas, par exemple⁵¹, dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour internationale de Justice a considéré, s'agissant des termes « du poison ou des armes empoisonnées », que

⁴⁸ Commentaire du projet de conclusion 1, par. 5 (A/68/10), p. 18, par. 14; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950 [p. 4], p. 8.

⁴⁹ Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002 [p. 625], p. 656, par. 59 à 61 et p. 665, par. 80; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994 [p. 6], p. 34, par. 66 à 71; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009 [p. 213], p. 290 (déclaration de monsieur le juge ad hoc Guillaume).

⁵⁰ Un examen de la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux conduit au même résultat et donne davantage d'exemples; voir « Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time : Jurisprudence under Special Regimes relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice » dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 210 à 306.

⁵¹ Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 [p. 803], p. 815, par. 30; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998 [p. 306], par. 67; *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950 [p. 4], p. 9.

« [d]ans la pratique des États, ces termes ont été entendus dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, est d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments ne les ont pas considérés comme visant les armes nucléaires. »⁵²

23. En revanche, il y a aussi des cas où des variations de la pratique ultérieure empêchent de préciser le sens d'un terme général selon l'une ou l'autre des différentes significations possibles⁵³. C'est ce qu'a confirmé la Cour, par exemple dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, dans laquelle elle a déclaré :

L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes [...] ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 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 litige⁵⁴.

24. Il est naturellement possible que différentes formes de pratique contribuent à la fois à une interprétation étroite et à une interprétation large de différents termes figurant dans le même traité et examinés dans le cadre de la même procédure juridictionnelle. Un exemple bien connu concerne l'interprétation donnée par la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif relatif à *Certaines dépenses*, des termes « dépenses » (interprétation large) et « action » (interprétation étroite) à la lumière des pratiques respectives ultérieurement suivies par l'organisation⁵⁵.

b) Les « termes dans leur contexte »

25. Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire à attribuer aux « termes du traité dans leur contexte » (art. 31, par. 1). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi, en interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, contribuer à une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme d'un traité⁵⁶. Dans l'avis consultatif relatif à la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, par exemple, la Cour internationale de Justice a dû déterminer le sens de l'expression « huit [...] pays [...] qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » aux fins de l'article 28 a) de la Convention portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime. Étant donné que ce concept de « pays qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes » autorisait différentes interprétations (détermination selon le « tonnage de jauge immatriculé » ou la « propriété appartenant aux ressortissants »), et vu l'absence de

⁵² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996* [p. 226], p. 248, par. 55.

⁵³ *Réserves à la Convention sur le génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951* [p. 15], p. 25.

⁵⁴ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 7 août 1952, C.I.J. Recueil 1952* [p. 176], p. 211.

⁵⁵ *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], p. 158 à 161 (« dépenses ») et p. 164 et 165 (« action »).

⁵⁶ Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988* [p. 69], p. 87, par. 40.

pratique pertinente de l'organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 a) lui-même, la Cour s'est tournée vers d'autres dispositions de la Convention et a conclu :

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.⁵⁷

26. Plus récemment, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a également eu recours aux « meilleures pratiques écologiques » visées dans le « Règlement relatif aux sulfures » pour interpréter le texte précédemment adopté du « Règlement relatif aux nodules »⁵⁸.

c) « Objet et but »

27. Parallèlement aux termes et au contexte du traité, l'article 31, paragraphe 1, accorde de l'importance à « son objet et [...] son but », mais non une importance décisive, aux fins de son interprétation⁵⁹. Les accords et la pratique ultérieurs peuvent aussi contribuer à préciser l'objet et le but du traité lui-même⁶⁰, ou permettre de concilier l'invocation de l'objet et du but d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

28. Dans les affaires de la *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*⁶¹ et des *Plates-formes pétrolières*⁶², par exemple, la Cour internationale de Justice a précisé l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a conclu :

⁵⁷ *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], p. 169; voir aussi p. 167 à 169; obiter : *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom), Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII [p. 59], p. 99, par. 141.

⁵⁸ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, Rapport annuel du Tribunal international du droit de la mer pour 2011*, par. 136 et 137; voir aussi Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and “family resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu », p. 66 (voir *supra*, note 16).

⁵⁹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 190 et 198 (voir *supra*, note 10).

⁶⁰ Ibid., p. 191 à 194; voir aussi *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971* [p. 16], p. 31, par. 53; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004* [p. 136], p. 179, par. 109; R. Higgins, « Some observations on the inter-temporal rule in international law », dans *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarczyk (dir. publ.) (La Haye, Kluwer, 1996), p. 180; Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », p. 52 à 54 (voir *supra*, note 10); Crema, « Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention », p. 21 (voir *supra*, note 45).

⁶¹ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993* [p. 38], p. 51, par. 27.

⁶² *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996* [p. 803], p. 815, par. 27 et 30.

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 Charte⁶³.

29. Lorsqu'une certaine tension apparaît entre « l'objet et le but » d'un traité et les objectifs spécifiques de certaines de ses règles, la pratique ultérieure peut aider à atténuer d'éventuels conflits⁶⁴. Dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, par exemple, la Cour a souligné que les parties au traité de 1890 « entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur [le] fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives »⁶⁵, et a ainsi aplani de possibles tensions en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure comme moyen complémentaire d'interprétation (au sens de l'article 32).

2. Pratique des États

30. La pratique des États, en dehors de contextes juridictionnels ou quasi juridictionnels, confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à préciser le sens d'un traité, soit en restreignant le nombre des interprétations possibles, soit en indiquant une certaine marge d'appréciation que le traité accorde aux États.

a) Restriction de la gamme des interprétations possibles

31. Alors qu'il ne semble pas ressortir des termes de l'article 5 de la Convention de Chicago de 1944 que les vols charter soient tenus d'obtenir une autorisation pour faire escale, une longue pratique des États exigeant une telle autorisation a conduit à considérer de manière générale que cette disposition doit être interprétée comme exigeant cette autorisation⁶⁶.

32. L'expression « précautions pratiquement possibles » figurant à l'article 57 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole I) de 1977 a été circonscrite à l'article 3, paragraphe 4, 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

⁶³ Voir aussi *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998* [p. 275], p. 306, par. 67.

⁶⁴ Voir Organisation mondiale du commerce, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* – AB-1998-4, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998 (Organisation mondiale du commerce, document WT/DS58/AB/R), 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 »); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 195 (voir *supra*, note 10).

⁶⁵ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999* [p. 1045], p. 1074, par. 45.

⁶⁶ S. D. Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 85; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215.

militaire ». Cette précision a fini par être admise, par le biais de la pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires pour définir de façon générale le concept de « possibilité » aux fins de l'article 57 du Protocole I de 1977⁶⁷.

33. Enfin, l'article 22, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques dispose que les moyens de transport d'une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si certaines formes d'action policière suscitent généralement les protestations des États⁶⁸, le remorquage de véhicules diplomatiques est considéré dans la pratique comme autorisé⁶⁹. Cette pratique permet de penser que, si des mesures de répression contre des véhicules diplomatiques sont interdites, il est possible de procéder à l'immobilisation ou l'enlèvement de voitures si celles-ci représentent un danger ou un obstacle immédiat pour la circulation et/ou la sécurité publique⁷⁰. Dans cette acception, le sens du mot « exécution » et, partant, la portée de la protection accordée aux moyens de transport sont précisés par la pratique ultérieure des parties.

34. Ainsi, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à préciser le sens d'un terme en restreignant les significations possibles des droits et obligations résultant d'un traité.

⁶⁷ Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989), du Canada (2001) et du Royaume-Uni (2004), voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 2, *Pratique*, p. 359 à 360, par. 160 à 164 (voir *supra*, note 41) et la mise à jour en ligne pour le manuel militaire de l'Australie (2006) (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); voir aussi Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (dir. publ.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, Comité international de la Croix-Rouge et Martinus Nijhoff, 1987), p. 683, par. 2202.

⁶⁸ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2008), p. 160 et 161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruxelles, Bruylant, 1994), p. 208, par. 315; voir aussi les protestations des autorités britanniques après qu'un attaché des forces aériennes britanniques et l'attaché des forces armées canadiennes eurent été extraits d'une voiture appartenant à l'ambassade du Royaume-Uni (voir G. Marston, « United Kingdom materials on international law 1981 », *British Yearbook of International Law*, vol. 52, n° 1 (1981), p. 434).

⁶⁹ Voir, par exemple, Australie, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf); Islande, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); Royaume-Uni, voir la déclaration de Lord Elton, Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office, à la Chambre des Lords (HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446 cc3-4; États-Unis, voir *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, p. 312 et 313).

⁷⁰ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 160 (voir *supra*, note 68); M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2^e éd. (Nomos, 2010), p. 70.

b) Élargissement de la gamme des interprétations possibles ou confirmation d'une certaine marge d'appréciation

35. Des accords ou pratiques ultérieurs peuvent cependant aussi indiquer qu'il existe un grand nombre d'interprétations acceptables ou une certaine marge d'appréciation laissée aux États par un traité⁷¹.

L'article 12 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole II) de 1977 dispose ce qui suit :

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

36. Bien que l'emploi du terme « shall », en anglais [« sera arboré » en français], semble indiquer que les États ont l'obligation d'employer l'emblème distinctif pour identifier le personnel et les unités sanitaires, la pratique ultérieurement suivie suggère que les États disposent d'une certaine marge d'appréciation à cet égard⁷². Étant donné que ces dernières années, des groupes armés ont spécifiquement attaqué des convois sanitaires aisément reconnaissables à l'emblème protecteur, les États se sont abstenus dans certaines situations d'apposer un emblème distinctif sur ces convois. En réponse à une question posée par un parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit :

⁷¹ Cela ne signifie pas qu'il puisse exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais laisse plutôt penser que le traité peut laisser aux parties la possibilité de choisir à l'intérieur d'un spectre de différents actes autorisés, voir Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 30 et 31 et p. 111 (voir *supra*, note 10), citant la Chambre des Lords dans *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: « It is necessary to determine the autonomous meaning of the relevant treaty provision ... It follows that, as in the case of other multilateral treaties, the Refugee Convention must be given an independent meaning derivable from the sources mentioned in articles 31 and 32 [of the Vienna Convention] and without taking colour from distinctive features of the legal system of any individual contracting State. In principle there can only be one true interpretation of a treaty ... In practice it is left to national courts, faced with a material disagreement on an issue of interpretation, to resolve it. But in doing so it must search, untrammelled by notions of its national legal culture, for the true autonomous international meaning of the treaty. And there can only be one true meaning », p. 515 à 517 (Lord Steyn) [Il convient de déterminer le sens propre de la disposition conventionnelle pertinente [...] Dès lors, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, il faut donner à la Convention sur les réfugiés un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, sans le dénaturer par des traits distinctifs du système juridique de tel ou tel État contractant. En principe, il ne peut y avoir qu'une seule véritable interprétation d'un traité [...] Dans la pratique, il incombe aux juridictions nationales, confrontées à un désaccord sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, elles doivent rechercher, sans être entravées par des notions relevant de leur culture juridique nationale, le véritable sens autonome du traité au niveau international. Et il ne peut exister qu'un seul véritable sens].

⁷² Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p. 1440, par. 4742 à 4744 (voir *supra*, note 67); H. Spieker, « Medical transportation », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par.7 à 12; noter aussi le caractère moins contraignant de la version française « sera arboré ».

Comme d'autres fournisseurs de contingents de la Force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS), les forces armées fédérales ont dû faire face à des attaques de véhicules sanitaires signalés par un emblème. Dans certains cas, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiables comme tels par leur emblème protecteur, ont même été des cibles privilégiées. Les forces armées fédérales ont donc décidé, tout comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada et les États-Unis, de camoufler dans le cadre de la FIAS l'emblème protecteur sur les véhicules sanitaires⁷³.

37. Cette pratique des États confirme une interprétation selon laquelle l'article 12 n'impose pas l'obligation d'utiliser l'emblème protecteur en toutes circonstances⁷⁴, et indique donc qu'une marge d'appréciation est laissée aux parties.

38. Lorsqu'une disposition conventionnelle laisse aux États une certaine marge d'appréciation, la question peut se poser de savoir si cette latitude est limitée aux fins de la règle. Selon 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*. Généralement, les États procèdent à de telles notifications lorsqu'il existe des preuves ou des soupçons que des membres de la mission se livrent à des activités d'espionnage, ou ont commis d'autres violations graves du droit de l'État accréditaire, ou ont causé un incident diplomatique⁷⁵. Cependant, de nombreux États font aussi de telles déclarations dans des circonstances plus prosaïques, par exemple pour faire respecter leur politique relative à la conduite automobile en cas de facultés affaiblies⁷⁶, ou lorsque des membres de la mission ont causé un préjudice grave à un tiers⁷⁷, ou ont commis des infractions graves ou répétées⁷⁸. Il se peut même que des

⁷³ Deutscher Bundestag, « Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan », 9 avril 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (traduction française à partir de la traduction anglaise du Rapporteur spécial).

⁷⁴ Spieker, « Medical transportation », par. 12.

⁷⁵ Voir Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p. 78 à 88 (voir *supra*, note 68) avec d'autres références à des déclarations relatives à l'espionnage; voir aussi Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p. 484, par. 630 (voir *supra*, note 68); et Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, p. 30 (voir *supra*, note 70).

⁷⁶ Voir Canada, Affaires étrangères, Commerce et Développement, Nouvelle politique sur la conduite avec facultés affaiblies (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d); États-Unis, Département d'État, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 septembre 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, p. 8 et 9.

⁷⁷ Pays-Bas, Département du protocole, Ministère des affaires étrangères, guide du protocole pour les missions diplomatiques et postes consulaires, disponible à l'adresse www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html.

⁷⁸ France, Ministère des affaires étrangères et du développement, guide pour les diplomates étrangers en poste en France, immunités, respect des réglementations locales (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); Turquie, Ministère des affaires étrangères, Traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552 (6 avril 2005) (http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); Royaume-Uni, Foreign and Commonwealth Office, circulaire en date du 19 avril 1985 adressée aux Chefs de missions diplomatiques à Londres, reproduite dans G. Marston, « United Kingdom materials on international law 1985 », *British Yearbook of International Law*, vol. 56, n° 1 (1985), p. 437.

déclarations soient faites sans motif clair pour des raisons politiques. Il ne semble pas que d'autres États aient affirmé qu'une telle pratique constituait un abus du pouvoir de déclarer un membre d'une mission *persona non grata* pour des fins sans rapport avec des problèmes plus graves politiques ou autres. Ainsi, cette pratique donne à penser que l'article 9 laisse une très grande marge d'appréciation⁷⁹.

3. Spécificités de la pratique

39. La valeur interprétative de la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dans un cas particulier dépend souvent de sa spécificité par rapport au traité considéré⁸⁰. 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'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸¹. La sentence rendue par le tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est à cet égard instructive :

It is true that treaties between one of the Contracting Parties and third States may be taken into account for the purpose of clarifying the meaning of a treaty's text at the time it was entered into. The Claimant has provided a very clear and insightful presentation of Bulgaria's practice in relation to the conclusion of investment treaties subsequent to the conclusion of the Bulgaria-Cyprus BIT in 1987. In the 1990s, after Bulgaria's communist regime changed, it began concluding BITs with much more liberal dispute resolution provisions, including resort to ICSID arbitration. However, that practice is not particularly relevant in the present case since subsequent negotiations between Bulgaria and Cyprus indicate that these Contracting Parties did not intend the MFN provision to have the meaning that otherwise might be inferred from Bulgaria's subsequent treaty practice. Bulgaria and Cyprus negotiated a revision of their BIT in 1998. The negotiations failed but specifically contemplated a revision of the dispute settlement provisions [...]. It can be inferred from these negotiations that the Contracting Parties to the BIT themselves did not consider that the MFN provision extends to dispute settlement provisions in other BITs.

[Il est vrai qu'il est possible de prendre en considération les traités conclus entre l'une des Parties contractantes et des États tiers aux fins de préciser le sens du texte d'un traité à l'époque de sa conclusion. Le demandeur a présenté

⁷⁹ Voir G. Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 112 pour une interprétation encore plus large de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

⁸⁰ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 91 (voir *supra*, note 66).

⁸¹ Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993 [p. 38], p. 55, par. 38; *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXV, part IV [p. 231], p. 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, 1er octobre 2008; OMC, rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, par. 625.

d'une manière très claire et informative la pratique suivie par la Bulgarie à l'égard de la conclusion de traités bilatéraux d'investissement postérieurement à la conclusion du traité bilatéral d'investissement Bulgarie/Chypre en 1987. Dans les années 90, après le changement du régime communiste en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement comportant des dispositions plus libérales de règlement des différends, prévoyant notamment le recours à l'arbitrage du CIRDI. Cependant, 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 clause de la nation la plus favorisée (clause NPF) le sens qui serait autrement susceptible d'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 ont échoué mais les parties avaient expressément envisagé une révision des clauses de règlement des différends [...] Il peut être déduit de ces négociations que les Parties contractantes au traité bilatéral d'investissement elles-mêmes ne considéraient pas que la clause NPF s'étend aux clauses de règlement des différends dans d'autres traités bilatéraux d'investissement.]⁸²

40. Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder une plus grande valeur interprétative à une pratique relativement spécifique suivie par les États, la Cour européenne des droits de l'homme se limite le plus souvent à une évaluation comparée de caractère général et parfois sommaire de la législation interne ou des positions adoptées par les États au plan international⁸³. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que, s'agissant des droits énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme, les organes des États ne sont généralement pas censés les interpréter et appliquer avec autorité, mais qu'il s'agit plutôt pour eux de traduire les obligations conventionnelles (moyennant la marge d'appréciation donnée) dans la loi, la pratique des organes exécutifs et les arrangements internationaux de chaque État. À cette fin, la présence d'éléments communs suffisamment caractérisés dans les législations nationales d'un nombre significatif d'États membres peut déjà être pertinente pour déterminer la portée d'un droit humain ou la nécessité d'y apporter une restriction. De plus, le caractère de certains droits justifie parfois la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Ainsi, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour a conclu :

Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments [internationaux] que les États contractants [...] ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite [...]. L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à

⁸² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Cyprus/Bulgaria BIT), décision sur la compétence, affaire CIRDI n° ARB/03/24 (ECT) (8 février 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005) [p. 262], p. 323 et 324, par. 195.

⁸³ Voir, par exemple, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, requête n° 10843/84, CEDH série A, n° 184, par. 40; *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, requête n° 5856/72, CEDH série A, n° 26, par. 31; *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, requête no 10581/83, CEDH série A, n° 142, par. 46. Cela a suscité les critiques de commentateurs : voir, par exemple, P. G. Carozza, « Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Notre Dame Law Review*, vol. 73, n° 5 (1998), p. 1223 et 1224; L. R. Helfer, « Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, p. 140.

lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement⁸⁴.

41. De même, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé que « l'on peut dire qu'un consensus international se fait 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 [...] »⁸⁵ en concluant cependant qu'elle n'était pas « pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée »⁸⁶.

Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

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 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.**

IV. Forme et valeur de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)

42. Comme l'a constaté la Commission, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), consiste en un « comportement » dans l'application d'un traité qui peut contribuer à établir un accord à l'égard de l'interprétation du traité⁸⁷. Selon le traité considéré, elle comprend non seulement un comportement à visée externe, comme des actes officiels, des déclarations et des votes à l'échelon international, mais aussi des actes accomplis au niveau interne de nature législative, exécutive ou judiciaire, ainsi que des pratiques suivies par des entités non étatiques qui relèvent de ce que le traité envisage comme des formes de son application⁸⁸. Le comportement individuel qui peut contribuer à établir une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), n'a pas à répondre à un quelconque critère

⁸⁴ *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, requête n° 25965/04, CEDH 2010, par. 273 et 274, et 285.

⁸⁵ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], 18 janvier 2001, requête n° 27238/95, CEDH 2001-I, par. 93.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 94.

⁸⁷ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 16 à 19 (A/68/10, chap. IV, sect. C.2).

⁸⁸ Voir, par exemple, projet de conclusion 5 (A/68/10, chap. IV.C.1 et IV.C.2); *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, C.I.J., arrêt du 27 janvier 2014, p. 39 à 42, par. 103 à 111, p. 45 et 46, par. 119 à 122 et p. 47, par. 126; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 228 à 230 (voir *supra*, note 10); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555 et 556, par. 78 (voir *supra*, note 11); Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and “family resemblance”: towards embedding subsequent practice in its operative milieu », p. 54, 56 et 59 à 60 (voir *supra*, note 16).

particulier⁸⁹. Il reste cependant la question de savoir si la pratique collective « ultérieurement suivie [...] par laquelle est établi l'accord des parties » aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b), doit respecter une forme particulière.

1. Diversité des formes possibles de pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)

43. Il est clair qu'une pratique ultérieurement suivie par toutes les parties peut établir leur accord à l'égard de l'interprétation d'un traité. Cette pratique ne doit pas nécessairement consister en une action conjointe⁹⁰. Une conduite seulement parallèle peut être suffisante. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque deux États accordent des concessions pétrolières indépendamment l'un de l'autre d'une manière qui permet de penser qu'ils reconnaissent ainsi implicitement le cours d'une frontière dans une zone maritime. Ainsi, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour internationale de Justice a affirmé que des concessions pétrolières « peuvent être [prises] en compte » si elles « reposent sur un accord exprès ou tacite entre les parties »⁹¹. Une question distincte est de savoir si une activité parallèle de ce type exprime effectivement une interprétation commune suffisante (un accord) à l'égard de l'interprétation d'un traité dans un cas particulier (voir chap. V ci-dessous)⁹².

2. Densité et uniformité de la pratique ultérieure

44. La Commission a indiqué que « si une distinction est faite entre, d'une part, la notion de pratique ultérieure [...] et, d'autre part, un éventuel accord entre les parties, la fréquence n'est pas un élément indispensable de la définition de la notion de "pratique ultérieure" [...] au sens de l'article 32 »⁹³. Cela ne règle pas la question de savoir si la « pratique ultérieure » au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)⁹⁴, exige plus qu'une application ponctuelle du traité comme fondement possible d'un accord des parties quant à son interprétation. L'Organe d'appel de l'OMC a posé une norme relativement exigeante à cet égard en affirmant dans sa décision *Japon – Boissons alcooliques II* :

[U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations « concordants, communs et d'une certaine constance », suffisante

⁸⁹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 226 et 227; Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and "family resemblance": towards embedding subsequent practice in its operative milieu », p. 53.

⁹⁰ *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Fond*, arrêt du 15 juin 1962, *C.I.J. Recueil 1962* [p. 6], p. 33; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1999* [p.1045], p. 1213, par. 17 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren).

⁹¹ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante)], arrêt, *C.I.J. Recueil 2002* [p. 303], p. 447 et 448, par. 304.

⁹² *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], p. 737, par. 258; mais voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1982* [p. 18], p. 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)*, *C.I.J.*, arrêt du 27 janvier 2014.

⁹³ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 35 (A/68/10, chap. IV.C.2).

⁹⁴ Projet de conclusion 4, par. 2 (A/68/10, chap. IV.C.1).

pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité⁹⁵.

45. Cette définition conduit à penser que la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), exige davantage qu'un seul « acte » ou une seule « déclaration » à l'égard de l'interprétation d'un traité, mais requiert plutôt une action dont la fréquence et l'uniformité permettent de conclure à l'existence d'un accord établi et confirmé de manière répétée quant à l'interprétation du traité. C'est là un critère relativement élevé qui supposerait qu'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), ne soit pas simplement entendue comme un moyen d'identifier un accord, mais revête plutôt une forme particulièrement large, permanente et reconnue de pratique collective afin d'établir l'accord des parties à l'égard de l'interprétation.

46. La Cour internationale de Justice, en revanche, n'a pas formulé une définition aussi abstraite de la pratique ultérieure en tant qu'activité collective aux fins de l'article 31, paragraphe 3 b). La Cour a plutôt fait une application souple de cette disposition, sans ajouter aucune autre condition. Cela est vrai, en particulier, de l'arrêt de principe qu'elle a rendu dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, dans lequel la Cour a réaffirmé sa jurisprudence antérieure pertinente⁹⁶. D'autres juridictions internationales ont essentiellement suivi la Cour internationale de Justice dans son interprétation souple du critère d'application de l'article 31, paragraphe 3 b). Cela est vrai du Tribunal des différends irano-américains⁹⁷ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸, tandis que le Tribunal international du droit de la mer⁹⁹ et la Cour de justice européenne¹⁰⁰ n'ont, au moins, pas adopté la norme que l'Organe d'appel de l'OMC avait formulée dans l'affaire Japon – Boissons alcooliques II. Les tribunaux du CIRDI ont rendu des sentences divergentes¹⁰¹.

⁹⁵ OMC, rapport de l'Organe d'appel, Japon – Boissons alcooliques II, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, sect. E, p. 15.

⁹⁶ Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 [p.1045], p. 1075 et 1076, par. 47 à 50 et p. 1087, par. 63; Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994 [p. 6], p. 34 à 37, par. 66 à 71.

⁹⁷ Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009) [p. 77], p. 116 à 126, par. 109 à 133.

⁹⁸ Soering, par. 103 (voir *supra*, note 29); Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, requête n° 15318/89, CEDH série A, n° 310, par. 73 et 79 à 82; Bankovic, par. 56 et 62 (voir *supra*, note 31).

⁹⁹ Affaire du navire SAIGA (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, Rapport annuel du Tribunal international du droit de la mer pour 1999 [p. 262], par. 155 et 156.

¹⁰⁰ *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd e. a.*, arrêt, 5 juillet 1994, affaire C-432/92, ECR I-3087, par. 43, 46 et 50 à 54; *Leonce Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli*, arrêt, 30 novembre 1977, affaire C-52/77, ECR 2261, par. 18.

¹⁰¹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (United States/Argentina BIT) (procédure d'annulation, décision sur la demande de l'Argentine tendant à la suspension d'exécution de la sentence), affaire CIRDI n° ARB/01/3, 7 octobre 2008, par. 70, consultable à l'adresse http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caseId=C3; *Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique de Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT), sentence et opinion individuelle concordante, affaire CIRDI n° ARB/00/2, 15 mars 2002, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, n° 1 (2002) [p. 142], p. 151, par. 33; *National Grid PLC c. Argentine* (UK/Argentina BIT), décision sur la compétence [Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)], 20 juin 2006, p. 25 et 26, par. 84 et 85,

47. Un examen plus attentif fait ressortir que la différence entre la norme formulée par l'Organe d'appel de l'OMC et par des tribunaux CIRDI dans certaines sentences, d'une part, et l'approche de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales, d'autre part, est plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir repris la formule « concordants, communs et d'une certaine constance » d'une publication de Sir Ian Sinclair¹⁰², qui s'était lui-même inspiré d'une formulation analogue « concordante, commune et d'une certaine constance » de Mustafa Kamil Yasseen, ancien membre de la Commission¹⁰³. Sinclair n'a cependant pas affirmé catégoriquement que pour répondre aux exigences de l'article 31, paragraphe 3 b), la pratique ultérieure devait être « concordante, commune et d'une certaine constance ». Il a au contraire écrit : « the value of subsequent practice will naturally depend on the extent to which it is concordant, common and consistent » [la *valeur* (italiques ajoutées) de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance]¹⁰⁴. Cela laisse supposer que l'expression « concordante, commune et d'une certaine constance » n'avait pas à l'origine pour but d'établir un critère formel pour l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b), mais donnait plutôt une indication sur les circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), aurait plus ou moins de valeur comme moyen d'interprétation au cours du processus¹⁰⁵. De fait, l'Organe d'appel de l'OMC lui-même a parfois recouru, dans une situation comparable, à cette perspective nuancée lorsqu'il a affirmé :

Le but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention *commune* [italiques dans l'original] des parties au traité. Pour établir cette intention, la pratique

consultable à l'adresse <http://italaw.com/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>;

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 aussi A. Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, p. 207 à 215.

¹⁰² I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester, Manchester University Press, 1984), p. 137.

¹⁰³ Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 48 et 49 (voir *supra*, note 10); tandis que le qualificatif « commune » est repris des travaux de la Commission du droit international, l'expression « d'une certaine constance » et le qualificatif « concordante » représentent des conditions déduites par Yasseen d'un approfondissement du raisonnement; voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 106 et 107, par. 17 et 18 et p. 241 et 242, par. 15).

¹⁰⁴ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 137; Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009) [p. 77], p. 118, par. 114.

¹⁰⁵ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, part II [p. 53], p. 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, « La pratique subséquente des États parties à un traité », p. 46 (voir *supra*, note 10); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 556, par. 79 (voir *supra*, note 11); voir aussi les plaidoiries lors des audiences devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 26 à 29, par. 7 à 9 (Wood), consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf, et CR 2012/36, p. 3 à 8, par. 6 à 21 (Wordsworth), consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

antérieure d'une des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties¹⁰⁶.

48. On peut donc penser que la formule « concordante, commune et d'une certaine constance » ne fixe pas une norme minimale pour l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b). C'est plutôt la mesure dans laquelle la pratique ultérieure est « concordante, commune et d'une certaine constance » qui permet de « discerner une attitude » supposant un accord des parties, lequel doit alors « être réputé incorporé au traité »¹⁰⁷. En conséquence, la Commission a estimé que « la valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes »¹⁰⁸. Le fait que l'Organe d'appel de l'OMC a formulé dans certains cas une définition plus exigeante s'explique peut-être par le caractère et le fonctionnement propres des accords de l'OMC plutôt que par une position réfléchie sur les conditions d'application de l'article 31, paragraphe 3 b), à un vaste ensemble d'autres traités. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

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.

V. Accord des parties à l'égard de l'interprétation d'un traité

49. L'élément qui distingue les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en tant que moyens d'interprétation authentiques au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b), d'autres pratiques ultérieures en tant que moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32¹⁰⁹, est l'« accord » des parties au sujet de l'interprétation du traité considéré. C'est l'accord des parties qui confère aux

¹⁰⁶ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 93.

¹⁰⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 241, par. 14; réaffirmé dans *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1999, p.1045, p. 1076, par. 49; voir aussi B. Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 218 et 239 à 241 (voir *supra*, note 10).

¹⁰⁸ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 242, par. 15; Cot, « La conduite subséquente des parties à un traité », p. 652.

¹⁰⁹ Voir projet de conclusion 2 et projet de conclusion 4, par. 3 (A/68/10, chap. IV.C.1).

moyens d'interprétation visés à l'article 31, paragraphe 3¹¹⁰, leur fonction et leur valeur propres aux fins du processus interactif d'interprétation prévu par la règle générale d'interprétation de l'article 31¹¹¹.

1. Existence et portée de l'accord

50. L'expression de positions contraires par différentes parties à un traité exclut l'existence d'un accord. Cela a été confirmé, notamment, dans l'affaire de la *Dette extérieure allemande*, dans laquelle le tribunal arbitral a conclu que l'on ne pouvait déduire un « accord ultérieur tacite » (« tacit subsequent understanding ») d'un certain nombre de communications émanant des institutions chargées de l'administration de l'accord, dès lors que l'une d'entre elles, la Banque d'Angleterre, avait exprimé une position divergente¹¹².

51. Il n'y a cependant absence d'accord que dans la mesure de la divergence et tant que celle-ci perdure. La portée et la formation de tout accord éventuel doivent être soigneusement élucidées (voir *supra*, chap. II)¹¹³. Le fait que les États appliquent différemment un traité n'autorise pas, en soi, à tirer une conclusion quant à la pertinence juridique de cette divergence. Une telle différence peut traduire un désaccord sur la (seule) interprétation exacte, mais aussi un point de vue commun selon lequel le traité permet une certaine marge d'appréciation dans son application¹¹⁴. Il semble que les traités caractérisés par des considérations d'humanité ou d'autres intérêts généraux de la communauté, comme les traités relatifs aux droits de l'homme ou la Convention relative au statut des réfugiés, visent à une interprétation uniforme dès lors qu'ils établissent des obligations minimales et ne laissent pas de marge d'appréciation aux États.

¹¹⁰ Voir J. Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 30: « There is no reason to think that the word “agreement” in para. (b) has any different meaning as compared to the meaning it has in para. (a). » [Rien ne permet de penser que le mot « accord » à l'alinéa b) a un sens différent de celui qu'il a à l'alinéa a).]

¹¹¹ Voir commentaire du projet de conclusion 1, par. 12) à 15) (A/68/10, chap. IV, sect. C.2); l'article 31 doit être « pris dans son ensemble » et envisage le processus d'interprétation comme « une seule opération complexe », sans qu'il soit possible de considérer qu'il « établi[t] une hiérarchie juridique de normes pour l'interprétation des traités », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 239, par. 8, et p. 240, par. 9.

¹¹² *Affaire concernant la question de savoir si la réévaluation du mark allemand en 1961 et 1969 constitue un cas d'applicabilité de la clause figurant à l'article 2 e) de l'annexe I.A à l'Accord de 1953 sur la dette extérieure allemande entre la Belgique, la France, la Suisse, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les États-Unis d'Amérique, d'une part, et la République fédérale d'Allemagne, d'autre part*, sentence du 16 mai 1980, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, part III [p. 67], p. 103 et 104, par. 31; voir aussi OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 95; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, part IV [p. 149], p. 175, par. 66; affaire C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd e. a.*, [1994] ECR I-3087, par. 50 et 51.

¹¹³ *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, C.I.J., arrêt du 27 janvier 2014, p. 36, par. 99.

¹¹⁴ Voir *supra*, chap. III.

52. S'il est vrai qu'un comportement équivoque de l'une ou plusieurs des parties empêche généralement l'identification d'un accord¹¹⁵, les juridictions internationales ont reconnu dans certains cas un accord à l'égard de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3, malgré l'existence de certaines indications contraires. Ainsi, 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. Ainsi, la Cour d'arbitrage, dans l'affaire du *Canal de Beagle*, a conclu que le fait que les parties avaient conduit des négociations qui avaient ensuite fait apparaître une divergence d'opinion quant à l'interprétation d'un traité ne suffisait pas à établir que cette absence d'accord avait un caractère permanent.

... In the same way, negotiations for a settlement that did not result in one, could hardly have any permanent effect. At the most they might temporarily have deprived the acts of the Parties of probative value in support of their respective interpretations of the treaty, insofar as these acts were performed during the process of the negotiations. The matter cannot be put higher than that.

... De même, des négociations en vue d'un règlement qui n'ont pas abouti ne sauraient guère avoir un effet permanent. Elles pourraient tout au plus avoir provisoirement privé les actes des parties d'une valeur probante à l'appui de leurs interprétations respectives du traité, 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'importance¹¹⁶.

Dans la même affaire, la Cour d'arbitrage a considéré que :

The mere publication of a number of maps of (as the Court has already shown) extremely dubious standing and value could not – even if they nevertheless represented the official Argentine view – preclude or foreclose Chile from engaging in acts that would, correspondingly, demonstrate her own view of what were her rights under the 1881 Treaty, – nor could such publication of itself absolve Argentina from all further necessity for reaction in respect of those acts, if she considered them contrary to the treaty.

[La simple publication d'un certain nombre de cartes ayant (comme la Cour l'a déjà montré) une qualité et une valeur extrêmement contestables ne saurait – même si elles n'en représentaient pas moins le point de vue officiel de l'Argentine – empêcher le Chili ni lui interdire d'accomplir des actes qui démontreraient, corrélativement, son propre point de vue sur la substance de ses droits en vertu du traité de 1981, – et cette publication ne saurait en soi exonérer l'Argentine de toute autre nécessité de réaction à ces actes, si elle les considérait comme contraires au traité]¹¹⁷.

¹¹⁵ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, part. IV [p. 231], p. 258, par. 70; R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, p. 16.

¹¹⁶ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, part II [p. 53], p. 188, par. 171.

¹¹⁷ *Ibid.*

53. De même, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la portée des restrictions que les parties pouvaient apporter à leur acceptation de la compétence de la Commission et de la Cour avait été « 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 ne permettent pas des restrictions territoriales ou portant sur le contenu »¹¹⁸. La Cour a décrit « cette pratique [...] des États » comme étant « uniforme et cohérente » tout en reconnaissant que deux États pouvaient éventuellement constituer des exceptions¹¹⁹. Cette décision mérite d'être notée parce que la Cour, contrairement à son mode de raisonnement habituel, a expressément invoqué et appliqué l'article 31, paragraphe 3 b)¹²⁰. La décision permet de penser que les interprètes disposent d'une certaine marge d'appréciation pour identifier l'établissement éventuel d'un accord des parties à l'égard d'une interprétation déterminée¹²¹.

2. Un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, peut être informel

54. Le terme « accord » dans la Convention de Vienne¹²² et son emploi dans le droit international coutumier relatif aux traités n'impliquent aucun formalisme particulier¹²³. En conséquence, la Convention de Vienne n'impose pas de prescriptions de forme à un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) et b)¹²⁴. La Commission a cependant 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 »¹²⁵. Excepté ce degré minimal de formalisme

¹¹⁸ *Loizidou*, par. 79 et 81 (voir *supra*, note 98).

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 80 et 82.

¹²⁰ L'affaire ne concernait pas l'interprétation d'un droit de l'homme particulier, mais portait plutôt sur la question de savoir si un État était effectivement lié par la Convention.

¹²¹ La jurisprudence plus restrictive de l'Organe de règlement des différends de l'OMC suggère que des interprètes différents peuvent évaluer différemment ces questions, voir rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, 4 février 2009, par. 7.218 : « [...] même s'il est 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. »

¹²² Voir art. 2 [par. 1 a)], 3, 24 (par. 2), 39 à 41, 58 et 60.

¹²³ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 5 (A/68/10, chap. IV.C.2); Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 45 (voir *supra*, note 10); Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », p. 47 (voir *supra*, note 10).

¹²⁴ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 5 (A/68/10, chap. IV.C.2); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 208, 209 et 216 à 220 (voir *supra*, note 10); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 (voir *supra*, note 66); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 554, par. 75 (voir *supra*, note 11).

¹²⁵ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 10 (A/68/10, chap. IV.C.2); un « acte unique commun » peut aussi consister en un échange de lettres, voir *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v. Germany)*, 29 juin 1990, *ILR*, vol. 105 [p. 1], p. 54 à 56; H. Fox, « Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island Case* », dans *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years On*, M. Fitzmaurice, O. Elias et P. Merkouris (dir. publ.) (Martinus Nijhoff, 2010), p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 220 et 221.

pour le moyen d'interprétation particulier visé à l'article 31, paragraphe 3 a), tout accord identifiable des parties est suffisant. Il n'est nullement obligatoire qu'un tel accord soit publié ou enregistré en application de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies¹²⁶.

3. Connaissance de leur accord par les parties

55. Pour qu'un accord soit établi aux fins de l'article 31, paragraphe 3, il ne suffit pas que les positions des parties à l'égard de l'interprétation ou de l'application du traité se recouvrent, mais il faut aussi que les parties sachent que leurs positions sont communes. Ainsi, dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu*, la Cour internationale de Justice a subordonné l'existence d'une pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), à la condition que « ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités [...] comme confirmant la frontière fixée par le traité »¹²⁷. De fait, seule la connaissance de la position des autres parties à l'égard de l'interprétation d'un traité justifie qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, puisse être qualifié de moyen d'interprétation « authentique »¹²⁸. Cela dit, la connaissance de la position de l'autre partie ou des autres parties peut avoir un caractère constructif, notamment dans le cas de traités qui sont mis en œuvre à l'échelon national sans mécanisme commun de surveillance.

4. Un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3, ne doit pas être nécessairement, en soi, juridiquement contraignant

56. Un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne doit pas nécessairement avoir un caractère contraignant¹²⁹. Il en va de même, a fortiori, de la pratique au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Cela est confirmé par le fait que la Commission, dans le texte final des articles sur le droit des traités, avait employé, dans la version anglaise, l'expression « any subsequent practice which establishes the *understanding* [italiques ajoutées] of the parties »¹³⁰. 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

¹²⁶ A. Aust, « The theory and practice of informal international instruments », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 4 (1986), p. 789 et 790.

¹²⁷ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, p. 1094, par. 74 (« l'occupation de l'île par les Masubia »), et p. 1077, par. 55 (le « rapport Eason » qui « semble n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne »); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 560, par. 88 (voir *supra*, note 11).

¹²⁸ À cet égard, l'établissement d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), peut être soumis à des conditions plus strictes que ce qu'exige la formation du droit international coutumier, mais voir Boisson de Chazournes, « Subsequent practice, practices, and 'family resemblance': towards embedding subsequent practice in its operative milieu », p. 53 à 55 (voir *supra*, note 16).

¹²⁹ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 6 (A/68/10, chap. IV.C.2); cela signifie qu'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne produit pas nécessairement un effet juridique identique à celui du traité auquel il se rapporte; dans l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, p. 1091, par. 68, la Cour a laissé entendre que l'une des parties ne considérerait pas certaines formes de coopération pratique comme juridiquement pertinentes aux fins de la question de la frontière en cause et n'acceptait donc pas la position contraire de l'autre partie.

¹³⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente F.67.V.2), p. 242, par. 15).

de souligner que les parties devaient avoir des « vues communes »¹³¹. Le mot « understanding » donne à penser que le terme « agreement », à l'article 31, paragraphe 3¹³², n'exige pas que les parties assument ou créent ainsi une quelconque obligation juridique qui existerait en plus, ou indépendamment, du traité¹³³. 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 traité¹³⁴ ou, en d'autres termes, adoptent certaines « vues communes »¹³⁵ au sujet de celui-ci. 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, emporter des conséquences juridiques dans le cadre du processus d'interprétation conformément à l'article 31¹³⁶.

57. Cette interprétation du mot « accord » dans l'article 31, paragraphe 3, se retrouve dans la jurisprudence des juridictions internationales. Les cours et tribunaux internationaux n'estiment 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 (par exemple, « attitude qui

¹³¹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, p. 184, par. 60 (voir *supra*, note 12); P. Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : mélanges offerts à Jean Salmon*, N. Angelet (dir. publ.) (Bruylant, 2007).

¹³² Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 30 (voir *supra*, note 110) : « There is no reason to think that the word 'agreement' in para. (b) has any different meaning as compared to the meaning it has in para. (a). » [Rien ne permet de penser que le mot « accord » à l'alinéa b) a un sens différent de celui qu'il a à l'alinéa a).]; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 169 à 171 (voir *supra*, note 11).

¹³³ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, part II [p. 53], p. 187, par. 169; *Sentence relative à l'Emprunt Young du Tribunal d'arbitrage des dettes extérieures allemandes (Belgique, France, Suisse, Royaume-Uni et États-Unis c. Allemagne)*, ILR, vol. 59 (1980), p. 541 et 542, par. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 190 à 195 (voir *supra*, note 11); Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », p. 25 et 26 (voir *supra*, note 115); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 169 à 171 (voir *supra*, note 11).

¹³⁴ Cette terminologie suit celle du commentaire de la directive 1.2 (définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission (voir A/66/10/Add.1, p. 76 et 77, par. 18 et 19).

¹³⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 241 et 242, par. 15 et 16 (dans le texte anglais, le terme « understanding » est employé dans le contexte tant du projet de disposition qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 a), que de celui qui est devenu l'article 31, paragraphe 3 b).

¹³⁶ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 novembre 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV [p. 3], p. 131, par. 6.7; Aust, « The theory and practice of informal international instruments », p. 787 et 807 (voir *supra*, note 126); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 173 (voir *supra*, note 126); Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment » (voir *supra*, note 79); Gautier, « Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États », p. 434 (voir *supra*, note 131).

suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »¹³⁷ ou des « actes ou déclarations [...] [devant] supposer un accord sur l'interprétation de la disposition pertinente »¹³⁸, ou une pratique qui traduit un accord à l'égard de l'interprétation¹³⁹, ou « la pratique suivie par les États contractants [...] montre qu'ils ne redoutaient pas [...] »)¹⁴⁰. De même, des mémorandums d'accord ont dans certains cas été considérés comme une contribution potentiellement importante à l'interprétation – mais non comme une source de droits et d'obligations de caractère indépendant¹⁴¹. Au demeurant, si les parties concluent un accord juridiquement contraignant à l'égard de l'interprétation d'un traité, on peut se demander si cet accord viserait simplement à être un moyen d'interprétation parmi d'autres¹⁴², ou si son objectif serait de prévaloir sur le traité, à l'instar d'un accord portant modification du traité en vertu de l'article 39 (voir chap. VII.3.B ci-dessous).

5. Le silence comme élément éventuel d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3

58. Bien qu'un « accord » au sens de l'article 31, paragraphe 3, puisse avoir un caractère informel et ne soit pas nécessairement contraignant, il doit cependant être identifiable afin d'être « établi ». Cette condition n'est expressément formulée que pour la pratique ultérieure au titre de l'article 31, paragraphe 3 b), mais elle existe aussi implicitement pour tout « accord ultérieur » au titre de l'article 31, paragraphe 3 a), qui doit faire l'objet d'un « acte unique commun »¹⁴³. Dès lors, un « accord ultérieur » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), ne peut être déduit du simple silence des parties.

59. En revanche, la Commission a estimé qu'un « accord » résultant de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), pouvait résulter en partie du silence ou d'une omission. En expliquant pourquoi elle avait employé l'expression « l'accord des parties » à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 27 [qui est devenu l'article 31, par. 3 b)] et non la formule « 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 » [*sic*] désigne nécessairement « les parties dans leur ensemble ». Elle n'a omis le mot « toutes » que pour éviter une méprise possible, qui ferait croire que

¹³⁷ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, sect. E, p. 15.

¹³⁸ OMC, rapport du groupe spécial, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 août 2010, par. 7.558.

¹³⁹ Tribunal des différends irano-américains, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009) [p. 77], p. 119, par. 116.

¹⁴⁰ *Bankovic*, par. 62 (voir *supra*, note 31).

¹⁴¹ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 novembre 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV [p. 2], p. 131, par. 6.7; voir aussi *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, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII, part II [p. 35], p. 98, par. 157.

¹⁴² Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 31 à 33 (voir *supra*, note 110); voir, par exemple, *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges, Award on the First Question*, 30 novembre 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV [p. 2], p. 131, par. 6.8.

¹⁴³ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 10 (A/68/10, chap. IV.C.2).

chaque partie doit individuellement avoir suivi cette pratique, alors qu'il suffit qu'elle l'ait acceptée. »¹⁴⁴

60. La Commission a ainsi supposé qu'il n'était pas nécessaire que toutes les parties aient suivi une pratique déterminée mais qu'une telle pratique, si elle était « acceptée » par les parties qui ne l'avaient pas suivie, établissait un accord suffisant à l'égard de l'interprétation d'un traité¹⁴⁵. Les décisions rendues par des cours et tribunaux internationaux avant et après les travaux de la Commission sur le droit des traités confirment que cette acceptation peut résulter du silence ou d'une omission.

a) Jurisprudence des cours et tribunaux internationaux

61. La Cour internationale de Justice a admis la possibilité d'exprimer un accord à l'égard de l'interprétation par le biais du silence ou d'une omission en affirmant, dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihear*, que quand « il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction », alors que les autorités de l'État étaient face à un certain comportement ultérieur de l'autre partie, il y a lieu de « conclure à leur acquiescement »¹⁴⁶.

62. L'affaire du *Temple* concernait une pratique qui ne concernait peut-être pas la simple interprétation d'un traité, mais impliquait peut-être même une modification d'un traité de frontières. Néanmoins, indépendamment de la question de savoir si un traité peut être modifié par une pratique ultérieure des parties (voir chap. VII ci-dessous), la proposition générale de la Cour concernant le rôle du silence aux fins de l'établissement d'un accord à l'égard de l'interprétation d'un traité par une pratique ultérieure a été confirmée dans d'autres décisions¹⁴⁷, ainsi que de manière générale par la doctrine¹⁴⁸. Les « circonstances » qui « appellent une réaction »

¹⁴⁴ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.2), p. 242, par. 15).

¹⁴⁵ OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE – Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 259.

¹⁴⁶ *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, *Fond*, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962 [p. 6], p. 23.

¹⁴⁷ Voir aussi *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 [p. 803], p. 815, par. 30; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984 [p. 392], p. 410, par. 39; *Le Procureur c. Furundžija*, Chambre de première instance, jugement, 10 décembre 1998, ICTY-95-17/1, par. 179; *Rantsev*, par. 285 (voir *supra*, note 84); prudemment : OMC, rapport de l'Organe d'appel, *CE – Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 272; voir aussi, pour une conclusion limitée, Tribunal des différends irano-américains, sentence n° 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Iran-USCTR, vol. 2 (1983) [p. 141], p. 144; *Sentence relative à l'Emprunt Young du Tribunal d'arbitrage des dettes extérieures allemandes (Belgique, France, Suisse, Royaume-Uni et États-Unis c. Allemagne)*, 16 mai 1980, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, part III, p. 67; *ILR*, vol. 59 (1980), p. 541, par. 31.

¹⁴⁸ M. Kamto, « La volonté de l'État en droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), p. 134 à 141; Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 49 (voir *supra*, note 10); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 236 (voir *supra*, note 10); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431, par. 22 (voir *supra*, note 50); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 557 et 559, par. 83 et 86 (voir *supra*, note 11).

visent notamment le contexte particulier dans lequel les États parties interagissent au sujet du traité¹⁴⁹.

63. La pertinence éventuelle du silence pour l'établissement d'un accord à l'égard de l'interprétation a été exposée par la Cour d'arbitrage dans l'affaire du *Canal de Beagle*¹⁵⁰. Dans cette affaire, le tribunal devait se prononcer sur l'argument de l'Argentine selon lequel les actes de souveraineté du Chili sur certaines îles ne pouvaient constituer une conduite ultérieure pertinente puisque l'Argentine n'avait pas réagi à ces actes. La Cour a cependant conclu :

The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which agreement may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent of the terms of the treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves.

[Les termes de la Convention de Vienne ne spécifient nullement la manière dont l'accord doit se manifester. En l'espèce, les actes de souveraineté ne visaient pas à établir une source de droit indépendante des termes du traité; ils ne sauraient non plus être considérés comme contredisant ces termes tels qu'ils étaient compris par le Chili. Les éléments produits tendent à prouver qu'ils avaient un caractère public et étaient bien connus de l'Argentine, et qu'ils ne pouvaient que procéder 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.]¹⁵¹

64. L'importance que revêt le silence dépend aussi de la situation juridique à laquelle se rapporte la pratique ultérieure de l'autre partie et de la revendication ainsi exprimée. Ainsi, dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour a conclu :

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 Nigéria¹⁵².

¹⁴⁹ 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], p. 675 et 676, par. 99 à 101; Kamto, « La volonté de l'État en droit international », p. 136.

¹⁵⁰ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, part II, p. 53.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 187, par. 169 a).

¹⁵² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)], arrêt, *C.I.J. Recueil 2002* [p. 303], p. 352, par. 67.

65. Cet arrêt semble indiquer que, dans le cas de traités établissant une frontière délimitée, les circonstances n'appellent que très exceptionnellement une réaction. Dans de telles situations, il existe une forte présomption que le silence ne constitue pas l'acceptation d'une pratique¹⁵³. La question a effectivement été posée de savoir si la conclusion de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihear*, selon laquelle les circonstances précises de l'affaire étaient de nature à appeler une réaction de la part de la Thaïlande, était justifiée¹⁵⁴. Cet aspect ne remet cependant pas en cause la norme générale énoncée par la Cour quant à la portée du silence.

b) Considérations générales

66. Si la juste application de la norme juridique générale relative à la pertinence du silence pour l'établissement d'un accord au sujet de l'interprétation dépend en grande partie des circonstances de chaque espèce, il est possible de déduire certains critères généraux des décisions des cours et tribunaux internationaux. Il ressort de celles-ci qu'il n'est pas facile d'établir par un silence ou une omission une acceptation dénotant la communauté de vues nécessaire, même au-delà du domaine des traités de frontière.

¹⁵³ Ibid., 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*. »; *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986* [p. 554], p. 586, par. 63 : « Elle doit cependant indiquer dès à présent, en termes généraux, la relation juridique qui existe entre les "effectivités" et les titres servant de base à la mise en œuvre du principe de l'*uti possidetis*. À cet effet plusieurs éventualités doivent être distinguées [...] Dans le cas où le fait ne correspond pas au droit, où le territoire objet du différend est administré effectivement par un État autre que celui qui possède le titre juridique, il y a lieu de préférer le titulaire du titre. Dans l'éventualité où l'effectivité ne coexiste avec aucun titre juridique, elle doit inévitablement être prise en considération. Il est enfin des cas où le titre juridique n'est pas de nature à faire apparaître de façon précise l'étendue territoriale sur laquelle il porte. Les effectivités peuvent alors jouer un rôle essentiel pour indiquer comment le titre est interprété dans la pratique. »; *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, part II (opinion dissidente de M. Bedjaoui) [p. 119], p. 181, par. 70 : « je ne partage pas pour autant l'opinion individuelle du juge Ago qui, en l'affaire *Plateau continental Tunisie-Libye*, 1982, avait estimé que la réglementation adoptée le 16 avril 1919 par le Gouvernement italien de la Tripolitaine et de la Cyrénaïque délimitait la frontière maritime entre la Tunisie et la Libye, du seul fait que la voix de la Tunisie ne s'était pas élevée pour s'y opposer. Lorsqu'il s'agit d'une frontière, qu'elle soit maritime ou terrestre d'ailleurs, officiellement reconnue comme telle, on doit nécessairement être plus exigeant en raison de l'importance politique de l'opération. En tout cas, l'établissement d'une frontière doit résulter d'un accord et ne pas se fonder fragilement sur l'absence d'opposition de la part de l'une des parties. »

¹⁵⁴ Voir *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, opinion dissidente de Sir Percy Spender [p. 101], p. 128 (voir *supra*, note 90) : « Pour fixer les conclusions que l'on peut ou que l'on devrait tirer du silence de la Thaïlande et de l'absence de protestation de sa part, il faut, je crois, tenir compte de l'époque où se sont passés les événements qui nous occupent, de la région du monde à laquelle ils se rapportent, des conditions générales politiques existant alors en Asie, des activités politiques et autres des pays occidentaux en Asie à l'époque et du fait que, sur les deux États en cause, l'un était asiatique, l'autre européen. Je crois qu'il serait injuste d'appliquer à la conduite du Siam à cette époque des normes objectives comparables à celles qu'on pourrait raisonnablement appliquer aujourd'hui, ou qu'on aurait pu raisonnablement appliquer alors, à des États européens hautement développés. »; voir aussi P.C.W. Chan, « Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited », *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, 2004, p. 439; G. M. Kelly, « The Temple Case in historical perspective », *British Yearbook of International Law*, vol. 39 (1963), p. 471.

67. La pratique ultérieure d'une partie dont l'autre partie n'a pas connaissance ne peut être la base d'une position commune résultant du silence de cette autre partie (voir *supra*, sect. 3). La question est cependant de savoir dans quelles circonstances on peut attendre d'un autre État qu'il prenne acte d'un comportement et y réagisse, lorsque ce comportement ne lui a pas été communiqué mais lui est néanmoins accessible, en étant notamment dans le domaine public. Ainsi, les délibérations et documents des parlements nationaux sont généralement publiés mais ne sont pas, le plus souvent, communiqués aux autres parties au traité. Les cours et tribunaux internationaux ont été peu enclins à considérer des travaux parlementaires ou des décisions juridictionnelles comme constitutifs d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), à laquelle les autres parties au traité devraient en principe réagir, même si ces travaux ou documents ont été portés à leur attention par d'autres voies, y compris leurs propres services diplomatiques¹⁵⁵.

68. Même lorsqu'une partie, par son comportement, exprime une certaine position envers une autre partie (ou d'autres parties) à l'égard 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 considéré 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 litigieuse n'autorisait pas à conclure qu'un accord était intervenu à propos du différend¹⁵⁶. Cela s'expliquait par le fait qu'en l'espèce, 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 estimé que :

dans des situations spécifiques, l'« absence de réaction » ou le silence d'une partie particulière à un traité [pouvait], 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. »¹⁵⁷

69. Cette norme, mettant l'accent sur « une notification ou [...] [la] participation à une réunion » est utile en tant que principe directeur général. Néanmoins, les conditions auxquelles est subordonnée la pertinence du silence peuvent être différentes selon les traités¹⁵⁸. La Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, s'appuie fréquemment sur la pratique ultérieure lorsqu'elle constate un « consensus », une « vaste majorité », la « grande majorité », des « règles

¹⁵⁵ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J Recueil 2002 [p. 625], p. 650, par. 48; OMC, rapport de l'Organe d'appel, CE – *Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 334 (« [...] le simple accès à un arrêt publié ne peut être assimilé à l'acceptation [...] »).

¹⁵⁶ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt, C.I.J Recueil 1999 [p. 1045], p. 1089 à 1091, par. 65 à 68.

¹⁵⁷ OMC, rapport de l'Organe d'appel, CE – *Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R et WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 272 (note de bas de page omise).

¹⁵⁸ Les traités établissant des organisations internationales seront traités plus précisément à un stade ultérieur des travaux sur le sujet.

généralement reconnues » ou une « nette tendance »¹⁵⁹ sans chercher à soumettre cette pratique à la condition d'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 b). Cela explique peut-être pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme – au contraire de la Cour internationale de Justice – n'a pratiquement jamais examiné ouvertement le rôle du silence, ou de l'acquiescement, de certains États parties pour déterminer la portée d'une pratique déterminée à l'égard de l'interprétation.

70. La portée juridique éventuelle du silence face à la pratique ultérieure d'une partie à un traité ne se limite pas à sa contribution à l'établissement d'une possible position commune sous-jacente; le silence peut aussi jouer un rôle pour l'application de règles non fondées sur le consentement, comme la forclusion ou la prescription¹⁶⁰.

6. La pratique ultérieure indiquant un accord sur la non-application temporaire d'un traité ou un simple arrangement pratique

71. Une pratique ultérieure commune n'indique pas nécessairement un accord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité; elle peut aussi signifier leur accord sur la non-application temporaire du traité, ou sur un arrangement pratique (*modus vivendi*). C'est ce que confirment les exemples ci-après :

L'article 7 de la Convention de Genève de 1864 disposait que « [u]n drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations [...] [le] drapeau et le brassard porteront croix rouge sur fond blanc »¹⁶¹. Lors du conflit russo-turc de 1876-1878, 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, en affirmant 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 »¹⁶². 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 cours¹⁶³. 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-soleil rouge et de la flamme rouge dans la Convention¹⁶⁴.

¹⁵⁹ *Rantsev*, par. 285 (voir *supra*, note 84); *Jorgic*, par. 69 (voir *supra*, note 30); *Demir et Baykara*, par. 52 (voir *supra*, note 29); *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, requête n° 16130/90, CEDH série A, n° 264, par. 35; *A. c. Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, requête n° 35373/97, CEDH 2002-X, par. 83; *Mazurek*, par. 52 (voir *supra*, note 30).

¹⁶⁰ *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 130 et 131 (opinion individuelle de Sir Percy Spender).

¹⁶¹ 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).

¹⁶² « Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés », n° 29, janvier 1877, p. 35 à 37, cité dans F. Bugnion, *Croix rouge, Croissant rouge, Cristal rouge* (Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2007), p. 10, et dans un article de F. Bugnion, « L'emblème de la Croix-Rouge – Aperçu historique », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 17, n° 195 (1977), p. 283 à 298.

¹⁶³ *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, n° 31, juillet 1877, p. 89, cité dans F. Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge – Aperçu historique*, p. 18.

¹⁶⁴ Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge – Aperçu historique*, p. 19 à 31.

L'Empire ottoman et la Perse ont cependant au moins obtenu l'acceptation des réserves qu'ils avaient formulées à cet effet en 1906¹⁶⁵. 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 objection¹⁶⁶, que le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge furent finalement admis comme signes distinctifs par l'article 19, paragraphe 2, de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne¹⁶⁷. Cette reconnaissance, d'abord par l'acceptation des réserves de l'Empire ottoman et de la Perse en 1906, puis par l'article 19, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1929, ne signifiait toutefois pas que les parties avaient accepté une modification 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, jusqu'en 1906, comme ne relevant pas de la Convention de 1864, mais a été acceptée à titre de mesure provisoire et exceptionnelle qui ne modifiait en rien l'obligation conventionnelle générale.

72. Les parties peuvent aussi convenir ultérieurement, expressément ou par leur comportement, de laisser en suspens la question de l'interprétation exacte d'un traité et d'établir un arrangement pratique (*modus vivendi*) susceptible d'être remis en cause par des organismes juridictionnels ou quasi juridictionnels ou d'être contesté par d'autres États parties¹⁶⁸. Un exemple d'un tel arrangement pratique est le mémorandum d'accord conclu le 6 juillet 2011 entre le Department of Transportation des États-Unis d'Amérique et le Secretaría de Comunicaciones y Transportes des États-Unis du Mexique sur les services de transport international transfrontalier de fret routier¹⁶⁹. Le mémorandum d'accord ne vise pas le pays tiers de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le Canada, et précise qu'il est sans préjudice des droits et obligations des États-Unis et du Mexique en vertu de l'ALENA. Ces circonstances donnent à penser que le mémorandum d'accord ne vise pas à constituer un accord au sujet de l'interprétation de l'ALENA au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b), mais qu'il reste seulement un arrangement

¹⁶⁵ Réserves également formulées par l'Égypte lors de son adhésion en 1923 (voir Bugnion, *L'emblème de la Croix-Rouge – Aperçu historique*, p. 23 à 26).

¹⁶⁶ Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929, 1930, p. 248 et 249, cités dans F. Bugnion, *Vers une solution globale de la question de l'emblème*, 4^e éd. (Comité international de la Croix-Rouge, 2006), p. 13.

¹⁶⁷ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, signée à Genève le 27 juillet 1929 (Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 118, n° 2733).

¹⁶⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009 [p. 213], p. 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], p. 65 et 66, par. 138 à 140; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 32 (voir *supra*, note 110).

¹⁶⁹ J. R. Crook, « Contemporary practice of the United States », *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, p. 809 à 812; voir aussi : Mexico, 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*.

pratique susceptible d'être contesté par d'autres parties ou d'être remis en cause par un organisme juridictionnel ou quasi juridictionnel.

7. Modification ou extinction d'un accord au sujet de l'interprétation au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b)

73. Une fois établi, un accord entre les parties au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) ou b), peut éventuellement prendre fin. Il se peut que les parties lui substituent un autre accord d'une portée ou d'une teneur différente quant à l'interprétation du traité. Dans ce cas, le nouvel accord remplace le précédent comme moyen d'interprétation authentique dès la date de son existence, au moins avec effet pour l'avenir¹⁷⁰.

74. Il se peut aussi qu'un désaccord entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité surgisse après un accord ultérieur à l'égard de cette interprétation. Cette divergence ne remplacera cependant pas, normalement, l'accord ultérieur initial, puisque le principe de bonne foi interdit à une partie de renier simplement les attentes légitimes créées par une interprétation commune¹⁷¹. En revanche, un désaveu clairement exprimé par une partie d'une pratique ultérieure précédemment convenue « [tend] nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure des Parties », sans toutefois amoindrir la valeur de la pratique commune suivie antérieurement¹⁷². L'accord effectif des parties au moment de l'interprétation du traité revêt naturellement la plus haute valeur au sens de l'article 31, paragraphe 3¹⁷³.

75. Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la conclusion suivante :

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*).

¹⁷⁰ Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 118 (voir *supra*, note 79); cela signifie que l'effet interprétatif d'un accord au sens de l'article 31, par. 3, ne remonte pas nécessairement au jour de l'entrée en vigueur du traité comme le soutient Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 47 (voir *supra*, note 10).

¹⁷¹ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 151 (voir *supra*, note 11).

¹⁷² *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, C.I.J., arrêt du 27 janvier 2014, p. 52, par. 142, consultable à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf.

¹⁷³ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 152 et 153 (voir *supra*, note 11).

VI. Décisions adoptées dans le cadre de conférences des parties

76. Les États utilisent les conférences des parties¹⁷⁴ dans le cadre du processus continu d'examen et d'application des traités multilatéraux¹⁷⁵.

1. Forme des conférences des États parties

77. La nature juridique des conférences des parties est quelque peu controversée. Pour certains, une conférence des parties « n'est en substance rien d'autre qu'une conférence diplomatique des États »¹⁷⁶. D'autres auteurs y voient des dispositifs autonomes et institutionnels¹⁷⁷. Quoi qu'il en soit, on peut dire que les conférences des parties accusent différents niveaux d'institutionnalisation. À un bout du spectre, on trouve les conférences qui sont un organe d'une organisation internationale (par exemple, celles de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques, de l'OMC et de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et dans lesquelles les États parties agissent en leur qualité de membre dudit organe¹⁷⁸. De telles conférences ne relèvent pas du champ du présent rapport, qui ne traite pas de la pratique ultérieure des organisations internationales¹⁷⁹. À l'autre extrémité, on trouve les conférences des parties dont le traité correspondant prévoit des réunions plus ou moins périodiques des États parties aux fins de l'examen 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. Elles peuvent également avoir des fonctions spécifiques s'agissant de la modification ou de

¹⁷⁴ Elles sont aussi désignées par les termes suivants : réunions des parties ou assemblées des États parties.

¹⁷⁵ Voir V. Röben, « Conference (Meeting) of States Parties » dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 605; 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 (2009), 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? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements », *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2009, p. 231; L. Boisson de Chazournes, « Environmental treaties in time », *Environmental Policy and Law*, vol. 39, n° 6 (2009), p. 293.

¹⁷⁶ A. E. Boyle, « Saving the World? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions », *Journal of Environmental Law*, vol. 3 (1993), p. 235.

¹⁷⁷ Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 623; Ph. Sands et P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 5^e éd. (Sweet and Maxwell, 2001), p. 115. L'expression « disposition institutionnelle » est employée dans la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2302, n° 41032) (voir part. VIII : Dispositions institutionnelles et ressources financières, 2003).

¹⁷⁸ 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 (Convention sur les armes biologiques) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1974, n° 33757), ouverte à la signature en 1993; Accord portant création de l'Organisation mondiale du commerce (Accord OMC) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874), conclu à Marrakech en 1994; Convention relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago) (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102), signé à Chicago en 1994.

¹⁷⁹ Les organisations internationales feront l'objet d'un autre rapport.

l'adaptation des traités. Par exemple, le processus des conférences d'examen de la Convention de 1972 sur les armes biologiques¹⁸⁰, la Conférence d'examen prévue à l'article VIII 3) du Traité de non-prolifération de 1968 (TNP)¹⁸¹, ainsi que les conférences des parties établies par les traités internationaux en matière d'environnement¹⁸². Bien que celles-ci supposent généralement un niveau plus élevé d'institutionnalisation que les conférences d'examen périodiques prévues par la Convention sur les armes biologiques et le Traité sur la non-prolifération, elles ne sont ni des organisations internationales ni un organe de pareilles organisations.

78. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent rapport, de résoudre les questions doctrinales qui se posent concernant le classement des conférences des parties. Dans les paragraphes qui suivent, « conférence des parties » s'entend d'une réunion des États parties tenue en application d'un traité aux fins de l'examen ou de la mise en œuvre du traité. Ce terme n'englobe pas les réunions dans le cadre desquelles les États parties agissent en tant que membre d'un organe de l'organisation internationale. On se référera toutefois à l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu récemment dans l'affaire de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*¹⁸³, qui concerne un cas limite, celui de la Commission baleinière créée par la Convention pour la réglementation de la chasse à la baleine¹⁸⁴.

2. Types d'actes adoptés par les États parties dans le cadre d'une conférence des parties

79. Les conférences des parties exécutent toute une série d'actes, dont la nature juridique et les incidences dépendent, en premier lieu, du traité concerné. Aux fins du présent rapport, la distinction la plus importante concerne les mesures qu'une

¹⁸⁰ 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 (Convention sur les armes biologiques), 1972 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, n° 14860), p. 163, art. XI. Selon ce mécanisme, les États parties se réunissent pour examiner le fonctionnement de la Convention et 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 est tenu compte de toutes les nouvelles réalisations scientifiques et techniques qui ont un rapport avec la Convention (art. XII).

¹⁸¹ Le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP), 1968 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 729, n° 10485), p. 161; art. VIII 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 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 TNP, article par article, et formulent des conclusions et des recommandations sur les mesures à prendre.

¹⁸² On citera, au nombre des exemples, la [Conférence des parties](#) de la [Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques](#), 1992 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, n° 30822), la [Conférence des parties agissant comme Réunion des parties](#) au Protocole de Kyoto (sur les changements climatiques) ([Protocole de Kyoto](#)), 1997 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2303, n° 30822), et des parties à la [Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine](#) (Convention de Ramsar), 1971 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 996, n° 14583).

¹⁸³ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant), C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>.

¹⁸⁴ On entend souvent dire que la Convention porte création d'une organisation internationale, mais elle ne le fait pas expressément et la Commission baleinière possède des fonctions qui la font relever de la définition de conférence des parties retenue ici.

conférence des parties peut adopter « pour vérifier l'application du traité » et les procédures de modification¹⁸⁵.

80. Les fonctions d'examen des conférences des parties peuvent être énoncées dans les dispositions générales ou dans des dispositions particulières. L'article 7 2) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques constitue une disposition type d'examen :

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.

81. La disposition sur les fonctions d'examen étant formulée de manière si générale, le processus d'examen de la Convention sur les armes biologiques a, par exemple, été amené à adopter « des 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 »¹⁸⁶. Selon l'Unité d'appui à l'application de la Convention sur les armes biologiques¹⁸⁷ un « accord additionnel » :

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

ii) Donne des instructions, établit les lignes directrices ou fait des recommandations quant à la manière de mettre en œuvre une disposition.¹⁸⁸

82. Les pouvoirs spéciaux afférents à l'examen de certaines dispositions sont évoqués à différents endroits dans les traités, qui tantôt mentionnent l'opportunité

¹⁸⁵ Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine : art. 6 1) sur les fonctions d'examen et art. 10 *bis*, sur les amendements; Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques : art. 7 2) sur les fonctions d'examen et art. 15 sur les amendements; Protocole de Kyoto, art. 13 4) sur les fonctions d'examen de la Conférence des parties agissant comme Réunion des parties au Protocole de Kyoto, art. 20 sur les procédures d'amendements; Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 1973, (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 14537), art. XI sur la Conférence d'examen des parties, et art. XVII sur les procédures d'amendement, le [Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires](#); Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac, art. 23 5) (fonctions d'examen), art. 28 (amendements) et art. 33 (protocoles).

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ L'« Unité d'appui à l'application de la Convention sur les armes chimiques » a été créée par la Conférence des parties, en vue d'assurer un appui administratif à la Conférence et de renforcer les mesures de confiance entre les États parties (voir le document final de la sixième Conférence d'examen des États parties à 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).

¹⁸⁸ Voir le document d'information soumis par l'Unité d'appui à l'application de la Convention à la septième Conférence d'examen des États parties à la Convention, intitulé « Accords additionnels intervenus aux précédentes conférences d'examen de la Convention, relatifs à chaque article de la Convention » (BWC/CONF.VII/INF.5) (mise à jour avec l'inclusion des ententes et accords conclus à cette conférence, Genève 2012).

de mettre au point des « lignes directrices » qui devront être proposées par une conférence des parties¹⁸⁹ et tantôt précisent que la conférence des parties définira les « règles et modalités »¹⁹⁰.

83. Il existe deux types de procédure d'amendement. Les procédures formelles (qui requièrent généralement une ratification de l'État partie, selon ce que prévoit la constitution) et les procédures d'approbation tacite¹⁹¹ ou de non objection¹⁹². Les procédures formelles concernent généralement le texte même des traités, tandis que les procédures d'acceptation tacite portent le plus souvent sur des annexes et appendices contenant des noms de substances, d'espèces et d'autres éléments dont la liste doit être régulièrement mise à jour. Selon la procédure d'approbation tacite – parfois appelée « procédure de consentement tacite »¹⁹³ – les amendements entrent en vigueur pour toutes les parties s'ils sont adoptés à la majorité qualifiée (en général, la majorité des deux-tiers), à moins qu'une partie ou plusieurs ne s'y opposent dans le délai prescrit. Lorsqu'une objection expresse est soulevée dans le délai prescrit, l'amendement n'entre pas en vigueur à l'égard de la partie ou des parties formulant l'objection (formule de l'exclusion expresse).

3. Accords et pratique ultérieurs au sens de l'article 31 3) pouvant découler de la conférence des États parties

84. Les conférences d'examen ont généralement pour objectif de vérifier le fonctionnement du traité de manière à assurer la réalisation de ses objectifs. De ce fait, les décisions ou déclarations adoptées dans leur cadre jouent un rôle important s'agissant d'adapter le traité à l'évolution de la situation ou de l'interpréter d'une manière que les parties considèrent comme correcte à ce moment-là. De telles décisions et déclarations peuvent aussi constituer ou refléter des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) par lesquels le traité en question est interprété. En conséquence, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI, à la demande des organes directeurs, a indiqué concernant les décisions sur une résolution interprétative :

Aux termes de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (la Convention de Vienne), il sera tenu compte, aux fins de l'interprétation d'un traité, des accords ultérieurs qui seraient intervenus entre les parties. L'article ne précise pas la forme des accords ultérieurs contenant de telles interprétations. Cela semble indiquer que, dès lors que l'intention est

¹⁸⁹ C'est particulièrement clair dans le cas des articles 7 et 9 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac.

¹⁹⁰ 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 fournit un exemple instructif. L'utilisation du mot « règles » dans ses dispositions a suscité un débat quant au caractère juridique des activités de cette conférence (faisant office de réunion des parties au Protocole de Kyoto), ainsi qu'à leurs effets contraignants ou non. Voir Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 639 (voir *supra*, note 175); J. Brunnée, « Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements » dans *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum et V. Röben, (dir. publ.) (Berlin, Springer, 2005), p. 110 à 115.

¹⁹¹ Voir site de l'Organisation maritime internationale (<http://www.imo.org/about/conventions/pages/home.aspx>).

¹⁹² Voir J. Brunée, « Treaty amendments » dans D. B. Hollis (dir. publ.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 354 à 360.

¹⁹³ Ibid.

claire, l'interprétation peut revêtir diverses formes, y compris celle d'une résolution adoptée par une conférence des parties, voire celle d'une décision consignée dans le procès-verbal de la réunion des parties.¹⁹⁴

85. Certains auteurs, qui considèrent que de telles décisions peuvent aussi constituer des accords ultérieurs concernant l'application et l'interprétation des dispositions du TNP¹⁹⁵, font observer que :

De telles déclarations ne sont pas contraignantes en soi mais peuvent avoir une signification juridique, notamment en tant que source d'interprétation faisant autorité.¹⁹⁶

Dans le même ordre d'idées, la Cour internationale de Justice a conclu, en ce qui concerne la Convention 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.¹⁹⁷

86. Les exemples suivants viennent étayer la proposition selon laquelle les décisions des conférences des parties peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) :

a) Convention-cadre pour la lutte antitabac

87. La principale fonction de la Conférence des parties à la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac¹⁹⁸ est d'examiner et de promouvoir l'application effective de la Convention¹⁹⁹. Le traité laisse aux États parties la latitude nécessaire pour adopter ultérieurement des lignes directrices élucidant la signification de telles ou telles règles. Cela implique nécessairement une interprétation du traité. Dans la mesure où les interprétations contenues dans les lignes directrices de la conférence des parties sont des « propositions », elles ne sont pas, en tant que telles, juridiquement contraignantes. Elles peuvent toutefois former la base d'une interprétation convenue. De ce fait, le Conseiller juridique de l'OMS a reconnu (quoique dans une formulation par trop extensive) que :

Les décisions de la Conférence des parties, en tant qu'organe suprême réunissant toutes les parties à la Convention-cadre pour la lutte antitabac,

¹⁹⁴ Point 4 de l'ordre du jour – Fertilisation des océans, 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 (Organisation maritime internationale, document LC 33/J/6, par. 3).

¹⁹⁵ D.H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 et 214.

¹⁹⁶ B. M. Carnahan, « Treaty review conferences », *American Journal of International Law*, vol. 81, n° 1 (1987), p. 229.

¹⁹⁷ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, par. 46.

¹⁹⁸ Voir la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

¹⁹⁹ *Ibid.*, voir art. 5 4), 7, 8 et 23 5).

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 Vienne²⁰⁰.

88. Une ligne directrice sur l'article 14 de la Convention, par exemple, montre que la Conférence des parties a ultérieurement précisé la signification et la portée d'une règle et interprété le sens de ces termes. L'article 14 dispose ce qui suit :

Chaque partie élabore et diffuse des directives appropriées, globales et intégrées fondées sur les données scientifiques et sur les meilleures pratiques, en tenant compte du contexte et des priorités nationaux et prend les mesures efficaces pour promouvoir le sevrage tabagique et le traitement adéquat de la dépendance à l'égard du tabac.²⁰¹

89. La directive sur l'application de l'article 14, adoptée par la quatrième Conférence des États parties (2010), précise, notamment, ce qu'il faut « entendre » par dépendance à l'égard du tabac ou addiction tabagique, comme suit :

ensemble de phénomènes comportementaux, psychiques et physiologiques survenant à la suite d'une consommation répétée de tabac et typiquement associés à un fort désir de consommer le produit, à des difficultés à en limiter l'usage, à une poursuite de la consommation de tabac malgré ses conséquences nocives, à un désinvestissement progressif des autres activités et obligations au profit de la consommation de tabac, à une tolérance accrue, et, parfois, à un syndrome de sevrage physique.²⁰²

90. Cette définition est tirée de la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes²⁰³ et montre que les États parties à la Convention-cadre pour la lutte antitabac se sont entendus sur une définition adoptée par l'organisation mondiale responsable des questions de santé aux fins de l'interprétation de l'article 14.

b) Convention sur les armes biologiques

91. La Conférence d'examen de la Convention sur les armes biologiques conclut régulièrement, dans le cadre de ses fonctions générales d'examen, des « ententes et accords additionnels » concernant les dispositions de la Convention. Par de telles ententes, les États parties interprètent les dispositions de la Convention en

²⁰⁰ Voir Conférence des parties à la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac, Organe intergouvernemental de négociation d'un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, « Texte révisé de la Présidente sur un protocole sur le commerce illicite des produits du tabac, et débat général : opinion juridique sur la portée du protocole », note du Conseil juridique de l'OMS sur la portée du protocole sur le commerce illicite des produits du tabac (document de l'Organisation mondiale de la Santé FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annexe). Cela a également été reconnu par la doctrine, voir 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, 2010, p. 14 à 16.

²⁰¹ Voir Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la Santé pour la lutte antitabac.

²⁰² « Guidelines for implementation of article 14 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control » dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, Directives pour l'application des articles 5.3, 8, 9, 10, 11, 12, 13 et 14* (Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2013), p. 118.

²⁰³ Voir <http://www.who.int/classifications/icd/fr/>.

définissant, précisant ou développant d'une autre façon la signification et la portée des dispositions, ainsi qu'en adoptant des directives sur leur application. Par conséquent les « ententes et accords additionnels » peuvent constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a). L'exemple suivant est parlant : l'article I 1) de la Convention sur les armes biologiques dispose que chaque État partie s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

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

À la troisième Conférence d'examen (1991), les États parties ont précisé que²⁰⁴

les interdictions établies dans la présente disposition portent sur des agents microbiologiques ou autres agents biologiques et toxines, qui sont « nuisibles aux plantes et aux animaux » ainsi qu'aux êtres humains [...]

c) Protocole de Montréal

92. L'amendement de Beijing au titre de l'article 4 du Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone a donné lieu à un débat au sujet de son interprétation. La Conférence des parties a reconnu que « le sens de l'expression "États non parties au présent Protocole" peut donner lieu à des interprétations différentes concernant les hydrochlorofluorocarbones par les parties à l'Amendement de Beijing ». Elle a alors décidé, « dans ce contexte, de la pratique à suivre pour l'application du paragraphe 9 de l'article 4 du Protocole en établissant par consensus une interprétation unique de l'expression "État non partie au présent Protocole" que les parties appliqueront à l'amendement de Beijing aux fins du commerce des hydrochlorofluorocarbones en vertu de l'article 4 du Protocole. »²⁰⁵

²⁰⁴ Déclaration finale de la troisième 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.III/23, part. II).

²⁰⁵ Pour plus de détails, voir la décision XV/3 : décisions 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^{er} janvier 2016, lorsque, conformément aux Amendements de Copenhague et de Beijing, les mesures de réglementation relatives à la production et à la consommation d'hydrochlorofluorocarbones prendront effet pour les États visés au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole; b) l'expression « État non partie au présent Protocole » s'applique à tous les autres États et organisations régionales d'intégration économique qui n'ont pas accepté d'être liés par les Amendements de Copenhague et de Beijing; c) reconnaissant, cependant, les difficultés concrètes imposées par les délais relatifs à l'adoption de l'interprétation précitée de l'expression « État non partie au présent Protocole », le paragraphe 1 b) s'appliquera à moins qu'un tel État ait, d'ici au 31 mars 2004 : i) informé le secrétariat qu'il compte ratifier l'Amendement de Beijing, y adhérer ou l'accepter aussitôt que possible; ii) certifié qu'il se conforme scrupuleusement aux articles 2, 2A à 2G et à l'article 4 du Protocole, tel qu'amendé par l'Amendement de Copenhague; iii) soumis des données sur les alinéas i) et ii) ci-dessus au secrétariat, à actualiser le 31 mars 2005; auquel cas la définition d'« État non partie au présent Protocole » ne s'applique pas à un tel État jusqu'à l'achèvement de la dix-septième Réunion des parties; (UNEP/OzL.Pro.15/9, chap. XVIII.A.).

d) Convention de Londres sur la prévention de la pollution des mers

93. Si les actes qui résultent d'une procédure d'approbation tacite (procédure d'amendement) ne sont pas, en tant que tels, des accords ultérieurs des parties au sens de l'article 31 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 États parties à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (connue sous le nom de Convention de Londres)²⁰⁶. 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'approbation tacite²⁰⁷. En tant que tels, ces amendements n'étaient pas des accords ultérieurs. Ils supposaient toutefois une large interprétation du traité lui-même²⁰⁸. En fait, l'amendement renvoie et fait suite à une résolution qui a été adoptée par la Réunion consultative tenue trois ans auparavant et qui avait établi l'accord des parties selon lequel « la Convention de Londres est l'instance appropriée pour examiner la question de l'évacuation des déchets faiblement radioactifs »²⁰⁹. On a considéré que cette résolution « étendait effectivement la définition de "immersion" au sens de la Convention pour que ce terme recouvre l'immersion ou l'enfouissement de déchets sous les fonds marins, à partir de la mer mais non à partir de la terre au moyen d'un tunnel »²¹⁰. Ainsi, l'amendement a confirmé que la résolution interprétative contenait un accord ultérieur concernant l'interprétation du traité.

e) Conclusion

94. Ces exemples montrent que les décisions de conférences des parties peuvent, dans certaines circonstances, constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) et, a fortiori, une pratique ultérieure au sens des articles 31 3) b) et 32. Cependant, de telles décisions ne constituent pas automatiquement un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a), car un tel accord doit toujours être établi. Ce n'est pas le cas lorsque les parties n'entendent pas donner à leur accord une valeur juridique mais seulement politique (voir II plus haut). Une telle intention ressort en particulier de la précision et de la clarté des termes utilisés au regard du texte de la décision de la conférence des parties, de son objet et de son but, et de la manière dont il est appliqué.

²⁰⁶ Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Convention de Londres), 1972 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, n° 15749), p. 120.

²⁰⁷ Voir seizième Réunion consultative des parties de Londres, résolution LC.51 (16) et résolution LC.50 (16); d'abord elle a décidé d'amender l'élimination échelonnée de l'immersion de déchets industriels avant le 31 décembre 1995. Deuxièmement, 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 d'autres substances radioactives [voir « 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 OMI* (Londres, Organisation maritime internationale, juillet 1997)].

²⁰⁸ Certains ont même affirmé que ces amendements à l'annexe I de la Convention de Londres « constituaient des changements majeurs dans la Convention ». Churchill et Ulfstein, p. 638 (voir *supra*, note 175).

²⁰⁹ Organisation maritime internationale, résolution LDC.41 (13), par.1.

²¹⁰ Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 641 (voir *supra*, note 175).

95. On ne peut pas se contenter de dire que parce que le traité ne reconnaît pas la conférence des parties, la compétence de prendre des décisions contraignantes, toutes les décisions prises par les conférences des parties sont nécessairement sans effet juridique et ne constituent que des engagements politiques²¹¹. Il est vrai que bon nombre de décisions prises par les conférences des parties ne sont pas censées constituer, en soi, un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a), soit par parce que leur objet n'est pas de faire une déclaration concernant l'interprétation du traité, soit parce qu'elles ne produisent d'effet juridique qu'en conjonction avec le devoir général de coopérer aux fins de l'application du traité qui fait aux parties l'obligation d'accorder l'attention voulue à une telle décision²¹². Une indication si générale ne peut toutefois justifier que la présomption selon laquelle les décisions (consensuelles) des conférences des parties n'impliquent pas nécessairement des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a). Si toutefois les parties ont indiqué avec suffisamment de clarté que la décision de la conférence des parties résulte de leur accord concernant l'interprétation du traité, une telle présomption ne vaut plus. Savoir si c'est ou non le cas dépend des circonstances propres à chaque espèce. Une autre indication peut être trouvée dans 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 États parties, d'autre part, peut être le signe que les États ne considèrent pas que ladite décision constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a)²¹³. Les décisions des conférences des parties qui ne constituent pas des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31 3) b) peuvent toutefois s'appliquer en tant que moyen subsidiaire d'interprétation comme le prévoit l'article 32²¹⁴.

4. Forme et procédure

96. Les actes qui émanent des conférences d'États parties peuvent prendre différentes formes et différentes désignations, et peuvent aussi résulter de procédures différentes. Pour pouvoir être reconnus en tant qu'accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a), les décisions prises par les conférences des parties doivent constituer « l'accord » concernant l'interprétation du traité par un « seul acte commun »²¹⁵. La question est de savoir si la forme ou la procédure d'un acte issu d'une conférence des parties donne une indication sur l'accord concernant l'interprétation d'un traité.

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

²¹¹ Voir *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 3 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, par. 46.

²¹² *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 3 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, par. 83.

²¹³ Voir V. 7 plus haut.

²¹⁴ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (Opinion individuelle de la juge *ad hoc* Charlesworth, par. 4 : « Je constate 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 3) de la Convention de Vienne »).

²¹⁵ Commentaire de la conclusion 4, par. 10 (A/68/10, chap. IV.C.2).

traité » et à moins que le traité n'en dispose expressément autrement, aucune partie indique expressément le contraire. Les décisions des conférences des parties concernant les fonctions d'examen sont toutefois normalement adoptées par consensus. Cette pratique trouve son origine dans les règlements qui font généralement obligation aux États parties de s'employer à parvenir au consensus sur les questions de fond. On en trouvera les premiers exemples dans le Règlement de procédure de la Conférence d'examen de la Convention sur les armes biologiques. Selon l'article 28 2) :

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 consensus aient été épuisés.²¹⁶

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

a) Consensus et accord sur le fond

99. La question de savoir si une décision qu'une conférence des parties a adopté par consensus peut constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) a été posée, quoique de manière implicite, par le Groupe de travail intersession sur la fertilisation des océans à la subdivision des affaires juridiques de l'OMI en 2011,

[Le Groupe de travail a décidé de recommander] de demander à la Division des affaires juridiques et des relations extérieures de l'OMI d'informer les organes directeurs en octobre 2011 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.²¹⁷

100. Dans sa réponse, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI, en confirmant qu'une résolution d'une conférence des parties peut, en principe, constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a)²¹⁸, 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. Évoquant certaines décisions de tribunaux nationaux qui ne reconnaissent pas comme contraignantes les décisions interprétatives des conférences des parties adoptées dans le cadre des régimes conventionnels correspondants, la subdivision des affaires juridiques de l'OMI « a indiqué que la voie des résolutions interprétatives n'est pas sûre à 100 % et que, si on l'emprunte, il serait souhaitable d'apporter en même temps les amendements voulus à la Convention de Londres et le Protocole²¹⁹ ».

101. La subdivision des affaires juridiques de l'OMI, bien que fondant son avis sur la prémisse erronée selon laquelle « un accord ultérieur » au sens de

²¹⁶ Voir art. 28, par. 2, du Règlement intérieur provisoire de la Conférence d'examen des parties 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).

²¹⁷ Organisation maritime internationale, document LC 33/4, par. 4.15.2.

²¹⁸ Organisation maritime internationale, document LC 33/J/6, par. 3.

²¹⁹ Ibid., par. 15.

l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités est, ou devrait être, contraignant « comme un traité ou un amendement à un traité »²²⁰, parvient en fin de compte à la conclusion correcte selon laquelle un accord ultérieur n'est pas nécessairement contraignant²²¹. Cette position cadre avec celle de la Commission selon laquelle un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) n'est qu'un des différents moyens d'interprétation qui seront pris en compte dans le processus d'interprétation²²². 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 constituer des accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) ou une pratique ultérieure au sens de l'article 31 3) b) s'il existe des signes suffisants de ce que telle était l'intention des parties²²³. Cette conclusion est compatible avec le fait que certains tribunaux nationaux n'ont pas considéré que les résolutions interprétatives adoptées dans le cadre du régime conventionnel avaient force obligatoire²²⁴. Il faut seulement que, lorsqu'ils interprètent la disposition du traité en question, les tribunaux accordent le poids voulu à la résolution interprétative, et non pas qu'ils l'acceptent comme contraignante²²⁵.

102. Il s'ensuit que la question de savoir si une « résolution interprétative » requiert une adoption par consensus est fallacieuse. L'adoption par consensus est une condition nécessaire mais non suffisante pour que la décision constitue un accord au sens de l'article 31 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 3) a) ou en tant que pratique ultérieure au sens de l'article 31 3) b). Les règlements intérieurs se contentent de définir la manière dont la conférence des parties adopte ses décisions, et non des effets juridiques que ces décisions pourraient avoir en tant qu'accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a). Bien que les accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) ne sont pas contraignants en tant que tels, la Convention de Vienne leur attribue un effet juridique en son article 31, qui ne se justifie que si l'accord entre les parties porte sur le fond de la question et se réalise à un moment bien précis. 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 contexte²²⁶.

103. Par ailleurs, 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'ONU en application de la résolution 60/286 (2006) de l'Assemblée générale²²⁷ :

²²⁰ Ibid., par. 8.

²²¹ Voir *supra*, V.4.

²²² Commentaire du projet de conclusion 2, par. 4 (A/68/10, chap. IV.C.2).

²²³ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf> (Opinion individuelle du juge Greenwood, par. 6, et opinion individuelle de la juge ad hoc Charlesworth, par. 4).

²²⁴ Pour références, voir Organisation maritime internationale, document LC 33/J/6, par. 8 à 13.

²²⁵ Commentaire du projet de conclusion 2, par. 4 (A/68/10, chap. IV.C.2).

²²⁶ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon : Nouvelle-Zélande intervenant)*, C.I.J., arrêt du 31 mars 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, par. 83.

²²⁷ Voir résolution 60/286 de l'Assemblée générale en date du 8 septembre 2006, sur la revitalisation de l'Assemblée générale, dans laquelle elle 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 établi et aux pratiques qu'ils ont adoptées » (par. 24).

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 pas nécessairement une « unanimité » d'opinion sur le fond. Il désigne la pratique consistant à faire tout ce qui est possible pour parvenir à un accord général, aucune délégation ne soulevant d'objection expresse en cas de consensus.²²⁸

b) Consensus et objections

104. Étant donné que, pour constituer un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a), une décision prise dans le cadre d'une conférence d'États parties doit exprimer un accord entre les parties sur une question d'interprétation relative au fond d'une disposition conventionnelle, certaines décisions ne sauraient constituer un tel accord, bien qu'elles aient été déclarées comme adoptées par consensus. C'est particulièrement vrai de décisions qui ont été adoptées malgré l'objection d'un État ou de plusieurs États. L'exemple suivant illustre bien un tel cas de figure.

105. À sa sixième réunion en 2002, la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique s'est consacrée à l'élaboration de principes directeurs concernant la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces²²⁹. Après l'échec de plusieurs tentatives de 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 réitéré qu'il ne pouvait pas accepter les principes directeurs et que « son objection formelle était maintenue »²³⁰. La Présidente de la Conférence des parties a déclaré le débat clos et « selon la pratique établie », elle a adopté la décision sans la mettre aux voix, précisant que les objections des États qui y étaient contraires devraient être consignées dans le rapport final de la réunion. Une fois la décision adoptée, l'Australie a réitéré sa position selon laquelle le consensus est une adoption sans objection officielle et a exprimé de sérieux doutes quant à la légalité de l'adoption du projet de décision. Enfin, l'Australie a demandé que « si la Présidente décidait que le texte était adopté, l'Australie souhaitait qu'il soit consigné en détail dans le rapport qu'elle ne souscrivait pas à certains éléments des principes directeurs [...] ». Outre que cette déclaration figure dans le rapport final de la réunion, une note de bas de page relative à la décision VI/23 précise qu'un « représentant a soulevé une objection formelle pendant la procédure menant à l'adoption de cette décision et il a souligné qu'il ne pensait pas que la Conférence des Parties pourrait légitimement adopter une motion ou un texte présentant une objection formelle. Quelques représentants ont émis des réserves sur la procédure menant à l'adoption de la décision »²³¹.

106. 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

²²⁸ Voir « Consensus in UN practice », document établie par le Secrétariat. La version anglaise du document peut être consultée à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf.

²²⁹ Voir décision VI/23 (UNEP/CBD/COP/6/20, annexe I).

²³⁰ Rapport de la sixième réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique (UNEP/CBD/COP/6/20 (27 mai 2002) par. 313.

²³¹ Ibid., par. 294 à 324.

de l'ONU²³², qui a répondu 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 constitue pas une acceptation du fond ou de la lettre du document ou de certaines parties du document, et restreindre d'autres manières à la position du gouvernement sur le fond ou la lettre d'un document [...], [mais] que, par définition [...] lorsqu'il y a objection formelle, il ne saurait y avoir de consensus »²³³. Selon lui, étant donné l'objection clairement formulée par l'Australie, la Présidente de la conférence des parties n'aurait pas dû déclarer la décision adoptée par consensus et, ce faisant, elle avait « clairement agi d'une manière contraire à la pratique établie ». Cependant, le Conseiller juridique a indiqué que, s'il y a eu certaines irrégularités procédurales assez graves, « une fois que la Présidente a déclaré la décision adoptée, le représentant de l'Australie ne s'est pas officiellement élevé contre l'adoption de la décision et n'a pas essayé de la faire annuler ». De l'avis du Conseiller juridique de l'ONU, la position de l'Australie à la suite de l'adoption constituait une réserve à la procédure plutôt qu'une objection formelle à la décision²³⁴. Par la suite, à la huitième réunion de la Conférence des parties contractantes à la Convention de Ramsar, en novembre 2002, l'Australie a fait une déclaration officielle indiquant qu'elle n'était pas d'accord avec l'opinion du Conseiller juridique et n'acceptait pas que la décision ait été adoptée valablement à la sixième réunion de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique²³⁵.

107. La décision susmentionnée prise au titre de la Convention sur la diversité biologique, ainsi qu'une décision analogue de la Conférence sur les changements climatiques qui s'est tenue à Cancún en 2010 au titre du Protocole de Kyoto à la Convention sur les changements climatiques (malgré l'objection de la Bolivie)²³⁶, soulève l'importante question de la signification de « consensus »²³⁷. Il convient toutefois impérativement de distinguer cette question de celle des circonstances dans lesquelles les parties à un traité parviennent à un accord concernant les questions de fond liées à l'interprétation d'un traité comme prévu par l'article 31 3) a) et b).

5. Actes qui ne sont pas adoptés en présence de toutes les parties à un traité

108. Les décisions des conférences des parties ne sont pas nécessairement adoptées par toutes les parties à un traité. Bien que toutes les parties aient généralement la

²³² Peut être obtenu du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document SCBD/SEL/DBO/30219 (6 juin 2002).

²³³ Peut être obtenu du secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, document UNEP/SCBD/30219R (17 juin 2002).

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Rapport de la huitième réunion de la Conférence des Parties contractantes à la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine, Valence (Espagne), 18-26 novembre 2002, peut être consulté sur le site http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-cops-cop8-report-of-8th/main/ramsar/1-31-58-128^17797_4000_0__.

²³⁶ Voir décision 1/CMP.6 sur les Accords de Cancún : résultat des travaux du Groupe de travail spécial sur des nouveaux engagements des parties visés à l'annexe I au titre du Protocole de Kyoto à sa quinzième session; et décision 2/CMP.6 des Accords de Cancún : utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie, adopté par la Conférence des parties faisant office de réunion des parties au Protocole de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); et actes de la Conférence des parties faisant office de réunion des parties au Protocole de Kyoto (FCCC/KP/CMP/2010/12), par. 29.

²³⁷ Voir « Troisième rapport du Groupe d'études sur les traités dans le temps » dans *Traités et pratique ultérieurs*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 372 à 377.

possibilité, en vertu du traité, de participer à la conférence des parties, certaines peuvent choisir de ne pas le faire. En pareil cas, la question peut se poser de savoir si une décision de la conférence des États parties, qui constituerait un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) si toutes les parties l'avaient adoptée, peut aussi être considérée comme telle si une ou plusieurs parties n'ont pas participé à la conférence.

109. Il serait difficile de considérer qu'une partie à un traité, par le seul fait d'être liée par le traité, accepte de se plier aux décisions qui seraient prises par la suite en son absence par d'autres parties dans le cadre de la conférence des parties. Il serait donc possible pour des États non participant de manifester ultérieurement leur désaccord avec une décision qui a été prise dans le cadre de la conférence des parties. Par ailleurs, le principe de la bonne foi et l'obligation de coopérer dans le cadre du traité plaide en faveur d'un devoir pour les États non participants de manifester leur éventuel désaccord dès que les circonstances le permettent, faute de quoi ils seront réputés avoir donné leur accord sous forme de silence (consentement tacite).

110. Il reste la question plus doctrinale de savoir si une décision d'une conférence des parties à laquelle les États non participants ont donné leur consentement en gardant le silence devrait être considérée comme un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) ou comme une pratique ultérieure au sens de l'alinéa b) du même article. Le fait que la Commission a établi une distinction entre les deux formes de conduite ultérieure en exigeant, pour qu'il y ait accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a), un « acte commun »²³⁸ paraît, à première vue, mener à la conclusion qu'un tel accord ne repose pas sur un tel « acte commun ». Il est toutefois également possible de considérer une telle décision de la conférence des parties comme un « acte commun » imparfait, qui est complété par l'acceptation implicite d'États non participants dans un délai raisonnable. C'est cette conception qui semble convenir le mieux, étant donné le caractère central de l'acte collectif et le caractère constructif de l'acceptation des États non participants.

111. Les considérations qui précèdent conduisent à la conclusion suivante :

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 tenue en application d'un traité aux fins de son examen ou de son application, 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), ou 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 elle exprime un accord sur le fond entre les parties concernant l'interprétation d'un traité, indépendamment de sa forme ou de la procédure par laquelle elle a été adoptée.

²³⁸ Commentaire du projet de conclusion 4, par. 10 (A/68/10, chap. IV.C.2).

VII. Portée interprétative des accords ou de la pratique ultérieurs

112. Selon l'article 31, paragraphe 3), il sera tenu compte dans l'interprétation d'un traité, de tout accord ultérieur et de toute pratique ultérieurement suivie. La disposition soulève la question de la portée et donc aussi des limites d'un accord et de la pratique ultérieurs comme moyens d'interprétation, notamment en ce qui concerne la relation avec d'autres effets juridiques que le droit des traités pourrait reconnaître à un accord ultérieur ou à une pratique ultérieure.

1. Procédures d'interprétation et l'article 31, paragraphe 3 a) et b)

113. Le traité lui-même peut prévoir l'interprétation de ses dispositions selon un accord ultérieur ou une pratique ultérieurement suivie. Certains traités contiennent des dispositions spéciales concernant leur interprétation par une partie ou un organe régi par le traité. L'article IX:2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, par exemple, énonce : « la Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux » et « la décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres ». Dans l'affaire *CE – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, l'Organe d'appel n'a toutefois pas conclu qu'il y avait un lien *lex specialis* entre l'article IX:2 et les moyens d'interprétation aux termes de l'article 31, paragraphe 3 de la Convention de Vienne :

[n]ous ne voyons pas comment l'autorisation expresse donnée dans l'Accord sur l'OMC aux Membres d'adopter des interprétations des dispositions de l'OMC – ce qui nécessite un vote à la majorité des trois quarts et non une décision unanime – pourrait avoir des effets sur le recours à une pratique ultérieurement suivie en tant qu'outil d'interprétation d'un traité au titre de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne²³⁹.

114. D'autres tribunaux sont arrivés à la même conclusion concernant des dispositions comparables d'autres traités²⁴⁰. Des commentateurs ont conclu qu'une disposition d'interprétation n'a pas habituellement pour objet d'exclure tout recours aux moyens d'interprétation énoncés à l'article 31, paragraphe 3 a) et b)²⁴¹.

2. Lien entre interprétation et modification

115. Dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, la Cour internationale de Justice s'est exprimée en ces termes : « la

²³⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Classification douanière des morceaux de poulets désossés et congelés*, 12 septembre 2005, par. 273.

²⁴⁰ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, 18 février 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 187, par. 169 et p. 188, par. 173. *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, arbitrage de la CNUDCI en application du chapitre 11 de l'ALENA, sentence définitive sur la compétence et sur le fond, 9 août 2005, <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf>, part. II, chap. H, par. 23.

²⁴¹ Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 120 (voir *supra*, note 79); E. Pan, « Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes », *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, p. 519 à 525.

pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31 3) b) de la convention de Vienne, peut conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite entre les parties »²⁴². Il n'est pas tout à fait clair si la Cour avait l'intention de reconnaître que la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3) b) pouvait également avoir pour effet de modifier un traité, ou si elle voulait tout simplement apporter une précision au sujet de l'interprétation des traités. Cette deuxième hypothèse est valable puisque l'intention « originaire » des parties n'est pas nécessairement concluante en matière d'interprétation. D'ailleurs, la Commission a reconnu, dans le projet de conclusion 3, adopté à titre provisoire, que les accords et la pratique ultérieurs, à l'instar 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 »²⁴³. La portée d'une interprétation n'est donc pas nécessairement déterminée par une « intention originaire » fixe mais plutôt par des considérations plus larges, y compris des circonstances nouvelles.

116. D'un point de vue pratique, le *dictum* quelque peu ambigu de la Cour internationale de Justice soulève inéluctablement deux questions, celle de savoir jusqu'à quel point les accords et la pratique ultérieurs mentionnés au paragraphe 3) de l'article 31 jouent un rôle en matière d'« interprétation » et celle de savoir si ces accords et pratique peuvent avoir pour effet de modifier un traité. Les deux questions sont pertinentes dans le cadre de la présente étude puisqu'elles continuent « de s'inscrire dans le cadre du droit des traités » et qu'elles sont « au cœur » du sujet, à savoir « la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation » « comme il ressort de la proposition initiale relative au sujet »²⁴⁴. D'ailleurs dans la pratique, il est souvent « difficile, voire impossible, d'établir clairement la démarcation entre l'interprétation d'un traité et sa modification »²⁴⁵.

²⁴² *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)* arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242, par. 64; voir également *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, décision du 14 janvier 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, part. IV, p. 231, par. 62; Yasseen « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 51 (voir *supra*, note 10); Kamto « La volonté de l'État en droit international », p. 134 à 141 (voir *supra*, note 148); R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Heymann, 1963), p. 132.

²⁴³ Projet de conclusion 3 (A/68/10, chap. IV.C1) et commentaires, par. 1 à 18 (*ibid.* chap. V.C.2).

²⁴⁴ Le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a noté, dans le cadre de sa recommandation à la Commission, en 2012, relativement au changement d'étude du sujet : « Il va de soi que le sujet continuerait de s'inscrire dans le cadre du droit des traités. Une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation (art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), comme cela était expliqué dans la proposition initiale relative au sujet », voir le Rapport de la Commission du droit international à sa soixante-quatrième session (2012), Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10, chap. X, p. 124, par. 238; à sa trente-sixième session, le 31 mai 2012, la Commission a décidé a) de modifier [...] le cadre de ses travaux sur ce sujet comme le Groupe d'étude lui avait suggéré (*ibid.*, p. 133, par. 269).

²⁴⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138 (voir *supra*, note 102); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (voir *supra*, note 10); Murphy, *The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties*, p. 90 (voir *supra*, note 66); Simma, *Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice*, p. 46 (voir *supra*, note 107); Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 41 et 42 (voir *supra*, note 11);

3. Modification d'un traité par accord ultérieur ou par une pratique ultérieurement suivie

117. Il convient d'établir cette distinction aux fins de l'examen des questions étroitement liées que sont la portée interprétative éventuelle d'un accord et d'une pratique ultérieurs et la possibilité que tel accord ou telle pratique ait également pour effet de modifier un traité. Alors que la question de savoir si un traité peut être modifié par la pratique ultérieure des parties a non seulement été vivement débattue à la Conférence de Vienne et a suscité des décisions judiciaires par la suite a), celle d'une éventuelle modification d'un traité par accord des parties soulève des questions quelque peu différentes quoiqu'intimement liées b).

a) Modification d'un traité par une pratique ultérieure

118. Dans ses *Projets d'articles sur le droit des traités*, la Commission a proposé d'inclure, dans la Convention de Vienne, une disposition reconnaissant expressément la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure. Le projet d'article 38 était ainsi libellé :

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.²⁴⁶

119. Ce projet d'article a donné lieu à de vifs débats lors de la Conférence de Vienne²⁴⁷. Une majorité de délégations ont formulé des objections. Certaines étaient d'avis que, pour modifier un traité, il fallait normalement suivre la procédure d'amendement formelle²⁴⁸. D'autres craignaient que le fait de reconnaître la possibilité d'une modification informelle compromettrait la stabilité des traités et des relations conventionnelles, et que le projet d'article proposé ne puisse être invoqué abusivement, affaiblissant ainsi le principe *pacta sunt servanda*²⁴⁹. On a également soutenu que la modification informelle des traités par la pratique ultérieure pourrait soulever des problèmes en droit constitutionnel interne²⁵⁰. Certains États ont contesté la nécessité du projet d'article au motif que la disposition sur la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation [qui deviendrait

J.-M. Sorel et V. Boré Eveno, « Article 31 : Convention de 1969 » dans O. Corten, P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties - A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 825, par. 42; Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555, par. 76, (voir *supra*, note 11); même si les deux processus peuvent, en théorie, être « tout à fait distincts », voir l'opinion dissidente du juge Parra-Aranguren dans *l'Affaire de l'île de Kasikilikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1212 et 1213, par. 16; dans le même sens Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 114 (voir *supra*, note 79); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 168 (voir *supra*, note 11).

²⁴⁶ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 67.V.2), p. 236.

²⁴⁷ Distefano, « La pratique subséquente des parties à un traité », p. 56 à 61 (voir *supra*, note 10).

²⁴⁸ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, p. 208, par. 63 (France) (voir *supra*, note 12).

²⁴⁹ Ibid., p. 210, par. 75 (Chili); p. 212, par. 35 (Uruguay).

²⁵⁰ Ibid., p. 208, par. 58 (Japon); p. 208, par. 63 (France); p. 209, par. 68 (Espagne); p. 211, par. 21 (Colombie).

par la suite l'article 31, par. 3 b)] était suffisante et qu'en tout état de cause, il était difficile de faire une distinction entre interprétation et modification²⁵¹. Enfin, certains se sont dits préoccupés par le fait qu'un traité puisse être modifié sans l'accord de toutes les parties²⁵² et que des représentants subalternes puissent apporter des modifications qui échapperaient au contrôle des organes compétents de l'État²⁵³.

120. D'autres délégations ont soutenu que le droit international n'était pas aussi formaliste que le droit interne²⁵⁴. On a souligné que, par le passé, des organes judiciaires avaient reconnu la modification informelle d'un traité par pratique ultérieure²⁵⁵ et que cela n'avait jamais été source de problème en droit constitutionnel interne²⁵⁶. En fait, certaines questions qui avaient été soulevées ne pouvaient être tranchées par interprétation. On a également fait valoir que si toutes les parties s'entendaient pour appliquer le traité en s'écartant du sens original, il n'y aurait aucune violation du principe *pacta sunt servanda*²⁵⁷. Pour plusieurs délégations, le projet d'article 38 reprenait une règle ou un principe qui existait déjà en droit international²⁵⁸.

121. Le Rapporteur spécial, Sir Waldock, agissant à titre d'expert-conseil à la Conférence, s'est étonné que certaines délégations voient dans l'article 38 une quasi-violation du principe *pacta sunt servanda*, d'autant que la base juridique de l'article était la bonne foi. Il a également répondu à ceux qui craignaient que l'article 38 pourrait ne permettre de modifier un traité dans un sens contraire au droit interne. À son avis, jusqu'à présent « cette application transformée des traités n'a jamais posé de problème constitutionnel. Normalement, les modifications ne portent pas atteinte à la raison d'être du traité et elles ne suscitent pas d'objections du côté des parlementaires »²⁵⁹.

122. Un amendement visant à supprimer l'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence de Vienne, des auteurs ont discuté de la question de savoir si la suppression de l'article 38, lors de la Conférence de Vienne, signifiait que la possibilité de modifier un traité par la pratique ultérieurement suivie par les parties était exclue. La plupart d'entre eux ont conclu que les États négociateurs ne souhaitent tout simplement pas que cette question soit traitée dans la Convention et qu'en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, les traités pouvaient effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet²⁶⁰.

²⁵¹ Ibid., p. 207, par. 57 (Finlande).

²⁵² Ibid., p. 208, par. 73 (Espagne).

²⁵³ Ibid., p. 209, par. 68 (Espagne); p. 211, par. 6 (États-Unis d'Amérique).

²⁵⁴ Ibid., p. 211, par. 9 (Iraq); par. 22 (Italie).

²⁵⁵ Ibid., p. 214, par. 51 (Argentine).

²⁵⁶ Ibid., p. 214, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).

²⁵⁷ Ibid., p. 214, par. 51 (Argentine); voir également p. 213, par. 49 (Cambodge).

²⁵⁸ Ibid., p. 212, par. 33 (Autriche); p. 214, par. 51 (Argentine); voir également p. 211, par. 22 (Italie) : « un fait juridique qui a toujours existé » et p. 213, par. 48 (Israël).

²⁵⁹ Ibid., p. 232 et 233, par. 55 à 58 (Sir Humphrey Waldock).

²⁶⁰ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 138 (voir *supra*, note 102); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 à 245 (voir *supra*, note 10); Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », p. 51 et 52 (voir *supra*, note 10); Kamto, « La volonté de l'État en droit international », p. 134 (voir *supra*, note 148); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213 (voir *supra*, note 66); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 432, par. 23 (voir *supra*, note 49);

123. Pour évaluer correctement la question, il faut d'abord déterminer si, après la Convention de Vienne, les tribunaux internationaux et la pratique des États ont reconnu la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure.

i) Cour internationale de Justice

124. Abstraction faite du *dictum* susmentionné dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*²⁶¹, la Cour internationale de Justice ne semble pas avoir reconnu explicitement qu'une pratique ultérieure ait eu pour effet de modifier un traité. Pourtant, certaines affaires ont été interprétées en ce sens. Par exemple, dans l'*Avis consultatif relatif à la Namibie*, la Cour a conclu que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 27 de la Charte des Nations Unies en vertu desquelles les décisions du Conseil de sécurité sur des questions autres que d'ordre procédural sont prises par vote « affirmatif » de tous les membres permanents, l'abstention volontaire d'un membre permanent ne faisait pas « obstacle à l'adoption de résolutions ». Selon la Cour, « les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée », à en juger d'après les décisions de la présidence et les positions prises par les membres du Conseil, en particulier par les membres permanents, comme étant « généralement acceptée par les Membres des Nations Unies » et « une pratique générale de l'Organisation »²⁶². Et, dans l'*Avis consultatif relatif au mur*, la Cour a conclu que la « tendance croissante à voir l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité examiner parallèlement une même question relative au maintien de la paix et de la sécurité internationales » « est compatible avec le paragraphe 1 de l'article 12 »²⁶³.

125. La Cour en est arrivée à cette conclusion même si l'Article 12 de la Charte des Nations Unies dispose que « [T]ant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard

Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555, par. 76 (voir *supra*, note 11) (partageant ce point de vue Odendahl, « Article 39. General rule regarding the amendment of treaties », p. 702, par. 10 et 11) (voir *supra*, note 11); Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité », p. 62 à 67 (voir *supra*, note 10); H. Thirlway, « The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplément, 2006 – part three », *British Yearbook of International Law*, vol. 77, n° 1 (2006), p. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6^e éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 934; I. Buga, « Subsequent practice and treaty modification », dans *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M. J. Bowman et D. Kritsiotis, (dir. publ.) (à paraître), à la note 65 avec d'autres références; opinion contraire, en particulier (insistant sur le caractère solennel de la conclusion d'un traité et le caractère informel de la pratique); Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 89 à 90 (voir *supra*, note 66); également critique de cette opinion Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 115 à 117 (voir *supra*, note 79) (expliquant la différence entre les points de vue des tribunaux et ceux des États, tout en insistant sur l'importance de dispositions d'amendement dans ce contexte).

²⁶¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 242, par. 64.

²⁶² *Conséquences juridiques pour les États de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 22, par. 22.

²⁶³ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004, p. 149, par. 27.

d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation ». Le seul motif donné par la Cour pour expliquer pourquoi cette « tendance croissante » était incompatible avec le paragraphe 1 de l'Article 12 de la Charte a été qu'il s'agissait d'une « pratique acceptée de l'Assemblée, telle qu'elle a évolué »²⁶⁴.

126. Dans ces avis consultatifs, la Cour a reconnu que la pratique ultérieure avait un effet important, voire décisif, sur l'interprétation du traité, mais elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître explicitement que de telles pratiques avaient réellement eu pour effet de modifier un traité²⁶⁵. L'importance de ces affaires est peut-être également limitée du fait qu'elles portent sur des traités constitutifs d'organisations internationales. L'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (qui porte, en particulier, sur « toute règle pertinente de l'organisation ») semble dire que ces traités ont un caractère particulier. L'alinéa j) de l'article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales²⁶⁶ évoque même la « pratique bien établie de l'organisation » comme forme spécifique de pratique ultérieurement suivie par les organisations internationales. Il ne serait donc pas opportun de tirer une règle générale en droit des traités en se fondant uniquement sur des précédents qui visent un type de traité particulier sur lequel la pratique ultérieure pourrait jouer un rôle précis. C'est aussi pour cette raison que la pratique et les accords ultérieurs des organisations internationales feront l'objet d'un autre rapport²⁶⁷.

127. Les autres affaires dans lesquelles la Cour a été saisie de la modification possible d'un traité par la pratique ultérieure des parties concernent surtout des traités frontaliers. Comme la Cour l'a indiqué dans l'*Affaire concernant la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* :

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 droit²⁶⁸.

128. Dans l'*Affaire du Temple de Préah Vihear*, l'arrêt le plus connu dans lequel la Cour aurait constaté tel acquiescement, la Cour a beaucoup insisté sur les manifestations claires de souveraineté d'une partie (la France) qui, selon la Cour, appelaient une réaction de la part de l'autre partie (la Thaïlande)²⁶⁹. Toutefois, l'arrêt a été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne et les délégations à la Conférence de Vienne en ont donc tenu compte, du moins implicitement, dans leurs

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Thirlway, « The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1969 », p. 64 (voir *supra*, note 260).

²⁶⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, A/CONF.129/15.

²⁶⁷ Voir *supra*, A/67/10, p. 124, par. 238, et A/63/10, annexe A, p. 383, par. 42.

²⁶⁸ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria : Guinée équatoriale (intervenant)], arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 353, par. 68.

²⁶⁹ *Temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, C.I.J. Recueil 1962, p. 30 :

« un accusé de réception très net ressort incontestablement – il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction » ; « on pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois » et « cela appelait une réaction ».

discussions²⁷⁰. La Cour ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément qu'un traité puisse être modifié par une pratique ultérieure puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française coïncidait avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient entendus dans la convention frontalière originale entre les deux États, même si ce fait a souvent été contesté²⁷¹.

129. En conclusion, tout en soulevant la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties, la Cour n'a encore jamais reconnu explicitement que tel était le cas dans une affaire en particulier. La Cour a choisi de formuler ses décisions de manière à donner à croire qu'elle avait tout simplement décidé de donner une interprétation large ou très précise au traité et que celle-ci était difficilement conciliable avec le sens ordinaire du texte mais conforme à la pratique reconnue des parties.

ii) Tribunaux d'arbitrage

130. Par contre, il est arrivé que les tribunaux d'arbitrage confirment que la pratique ultérieure des parties peut avoir pour effet de modifier les termes exprès d'un traité et qu'ils appliquent cette règle apparente. Dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie*, le tribunal arbitral a conclu que la frontière définie par le traité avait en fait été modifiée dans certains secteurs par la pratique ultérieure des parties²⁷². Une modification par la pratique ultérieure a également été reconnue dans l'affaire de l'*Accord relatif aux transports aériens*, dans laquelle le tribunal arbitral a conclu que l'accord intervenu entre les États-Unis d'Amérique et la France avait, dans les faits, été modifié par la pratique ultérieure des compagnies aériennes américaines qui volaient vers des destinations qui n'étaient pas prévues dans l'accord original. Le tribunal arbitral s'est exprimé en ces termes :

Une telle conduite peut en effet entrer en ligne de compte non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'accord, mais comme quelque chose de plus : à savoir comme source possible d'une modification postérieure découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation juridique des parties et les droits que chacune d'entre elles pourrait légitimement faire valoir²⁷³.

²⁷⁰ M. 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.

²⁷¹ Ibid., p. 26 : « fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908 ». Le juge Parra-Aranguren a dit que l'affaire du *Temple* démontrait « que la pratique ultérieure avait eu pour effet dans ce cas de modifier le traité », affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (*Botswana c. Namibie*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1999* [p. 1045], p. 212 et 213, par. 16 (opinion dissidente du juge Parra-Aranguren); Buga, « Subsequent practice and treaty modification » m à la note 113 (voir *supra*, note 260).

²⁷² *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV [p. 83], p. 110 et 111, par. 3.6 à 3.10; voir aussi *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, 29 septembre 1988, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 56, par. 209 et 210, dans laquelle le tribunal a dit, en *obiter dictum*, « que la frontière telle que démarquée prévaudrait sur l'accord si une contradiction était décelée ».

²⁷³ *L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, 22 décembre 1963, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 62 et 63.

131. La décision de la Cour dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie* a toutefois été qualifiée, par un auteur, d'« exception isolée » (du moins dans le cadre de la délimitation des frontières)²⁷⁴ et, dans l'affaire de l'*Accord relatif au transport aérien international*, la sentence arbitrale a été rendue avant la Conférence de Vienne et a été critiquée pendant celle-ci²⁷⁵.

iii) Organisation mondiale du commerce

132. L'Organe d'appel de l'OMC a affirmé très clairement qu'il rejeterait toute interprétation susceptible de modifier une obligation conventionnelle, au motif qu'il ne s'agirait plus de l'« application » d'une disposition d'un traité²⁷⁶. Même si l'Organe d'appel a beaucoup insisté sur le fait qu'un accord ou une pratique ultérieurs ne saurait avoir pour effet de modifier un traité en vertu des accords visés par l'Organisation mondiale du commerce, Il faut toutefois rappeler les termes précis de l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends qui dispose : « Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

iv) Cour européenne des droits de l'homme

133. Il est arrivé que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaisse que la pratique ultérieure des parties pouvait être source de modification de la Convention. Dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si un État partie à la Convention pouvait transférer une personne à un État non partie où cette personne courrait un risque réel d'être soumise à la peine de mort. L'affaire reposait sur la question de savoir si l'article 3 de la Convention, aux termes duquel nul ne peut être soumis « à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants », devait être interprété de manière à interdire cette mesure. Toutefois, une interprétation de l'article 3 en ce sens paraissait incompatible avec les dispositions de l'article 2 de la Convention, qui protège le droit de toute personne de n'être pas privée intentionnellement de la vie « sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». Dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi*, la Cour rappelle qu'elle a admis, en *obiter dictum*, dans l'arrêt de 1989 rendu dans *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

²⁷⁴ M. Kohen, « Keeping subsequent agreements and practice in their right limits », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.), (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 43; cette étude a toutefois été contestée, voir Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », p. 20 (voir *supra*, note 115), qui fait référence au Tribunal des réclamations irano-américain et à la sentence arbitrale Taba.

²⁷⁵ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, p. 208, par. 58 (Japon) (voir *supra*, note 2); Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 89 (voir *supra*, note 66).

²⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC CE – Bananes III, deuxième recours, à l'article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 novembre 2008, par. 391 à 393.

d'interprétation évolutive de l'article 3 (arrêt précité, par. 103). Elle a toutefois estimé que le Protocole n° 6 montrait que les Parties contractantes, pour instaurer l'obligation d'abolir la peine capitale en temps de paix, avaient voulu agir par voie d'amendement, selon la méthode habituelle, et, qui plus est, au moyen d'un instrument facultatif laissant à chaque État le choix du moment où il assumerait pareil engagement. La Cour a donc conclu que l'article 3 ne saurait s'interpréter comme prohibant en principe la peine de mort (*ibid.*, par. 103 et 104)²⁷⁷.

134. Suivant le même raisonnement, la Cour a conclu dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi* que :

tous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole n° 13, 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 interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase de l'article 2, paragraphe 1, 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)²⁷⁸.

135. La Cour a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la Convention en raison du transfert d'une personne en temps de guerre par un État contractant à un État non contractant alors que cette personne courait un risque réel d'être soumise à la peine de mort. Le raisonnement de la Cour a été très explicite mais, si l'on considère que la décision repose entièrement sur l'article 3, on pourrait conclure que la Cour s'est exprimée en *obiter dictum* quand elle a reconnu que la pratique des États pouvait modifier l'article 2. Cette hypothèse aurait toutefois pour effet de séparer inexorablement deux dispositions qui sont intimement liées.

v) Autres tribunaux internationaux

136. D'autres tribunaux internationaux, notamment le Tribunal international du droit de la mer, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour pénale internationale et les divers tribunaux criminels internationaux, ainsi que la Cour européenne de justice ne semblent pas s'être penchés sur la question ou encore n'ont pas reconnu que la pratique ultérieure des parties pouvait avoir pour effet de modifier un traité²⁷⁹.

vi) Pratique des États non confirmée par un tribunal

137. Il arrive, dans certains cas, que les États parties à un traité suivent une pratique qui, selon ces parties, a modifié le traité sans qu'un tribunal international se soit prononcé sur la question²⁸⁰. À titre d'exemple, l'expression « espèces migratrices » au sens de la Convention sur la conservation des espèces migratrices est aujourd'hui

²⁷⁷ *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010, requête n° 61498/08, CEDH 2010, par. 119 renvoyant à *Öcalan c. Turquie* [GC], 12 mai 2005, requête n° 46221/99, CEDH 2005-IV.

²⁷⁸ *Ibid.*, par. 120; 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.

²⁷⁹ Voir « Deuxième rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur les traités dans le temps », p. 268 à 275, 282 à 285, 286 à 295, 295 à 301 (*voir supra*, note 50).

²⁸⁰ « Troisième rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur les traités dans le temps », p. 353 à 356 (*voir supra*, note 229).

interprétée de manière à englober des espèces qui, à cause du changement climatique, sont ou deviennent des espèces non migratrices²⁸¹. Mais il n'est pas facile de cerner ce type de situation²⁸² et il est particulièrement difficile de déterminer si une pratique précise repose sur l'hypothèse d'une modification ou un accord entre les parties portant sur la modification du traité sous-jacent. D'aucuns ont fait valoir que, dans ce contexte, il serait « tout à fait raisonnable de postuler, par exemple, que les États ne sont guère enclins à permettre à un mécanisme de règlement des différends d'invoquer la pratique ultérieure pour modifier une relation conventionnelle, mais qu'ils sont tout à fait satisfaits de s'entendre entre eux sur la modification d'un traité »²⁸³.

vii) Évaluation

138. La jurisprudence des juridictions internationales est contradictoire. Alors que certains tribunaux n'ont pas examiné la question de savoir si la pratique ultérieure des parties pouvait donner lieu à la modification d'un traité, la Cour internationale de Justice semble avoir reconnu, en termes généraux, que c'était possible, sans toutefois appliquer la règle dans une affaire en particulier. En outre, la Cour préférerait, semble-t-il, donner à entendre que, parmi les moyens d'interpréter un traité, il est permis de tenir compte d'une pratique ultérieure des parties. En revanche, l'Organe d'appel de l'OMC a rejeté la possibilité d'une modification des accords visés par l'OMC par la pratique ultérieure des parties alors que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu cette possibilité dans au moins une affaire²⁸⁴.

139. On pourrait peut-être donc tirer les conclusions suivantes : l'affaire entendue par l'OMC démontre que les dispositions d'un traité peuvent exclure la possibilité que la pratique ultérieure des parties ait pour effet de modifier le traité. C'est le traité lui-même qui régit la question. Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également que c'est le traité lui-même qui, en premier lieu, fait autorité et qu'inversement, il peut autoriser des normes communes exprimées dans la législation interne ou par la pratique de l'État qui, à l'occasion, l'emporterait sur les termes du traité. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend en grande partie du traité lui-même ou de ses dispositions²⁸⁵.

140. Mais il est rare que les règles énoncées dans un traité (par exemple, l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur les différends de l'OMC ou l'interprétation reconnue d'un traité, notamment selon la Convention européenne des droits de l'homme) portent sur cette question. La situation se complique davantage lorsque le traité ne fournit aucune indication, ni dans un sens ni dans l'autre. Aucune règle supplétive claire pouvant s'appliquer ne ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cependant, il est possible de conclure que la Cour, tout en reconnaissant que la modification d'un traité par la pratique ultérieure des États ne « peut être

²⁸¹ A. Trouwborst, « Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change », *Diversity*, vol. 4, n° 3 (2012), p. 286 à 288; Buga, « Subsequent practice and treaty modification », note 115 (voir *supra*, note 260).

²⁸² Voir, de façon générale, sur la difficulté de cerner la pratique des États, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 72 (voir *supra*, note 10).

²⁸³ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties », p. 83 (voir *supra*, note 66).

²⁸⁴ *Al-Saadoon* (voir *supra*, note 277).

²⁸⁵ Buga, « Subsequent practice and treaty modification », notes 126 à 132 (voir *supra*, note 260).

entièrement exclue en droit »²⁸⁶, a tout de même admis qu'il faut l'éviter dans la mesure du possible. La Cour est donc disposée à accepter une interprétation très large susceptible de s'éloigner du sens ordinaire à attribuer aux termes du traité et peut-être même leur attribuer un sens particulier.

141. Cette conclusion tirée de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est conforme à certaines observations d'ordre général entendues au cours des débats sur l'article 38 de la Convention de Vienne. Actuellement, l'idée qu'une procédure d'amendement prévue par un traité ne doit pas être contournée par des moyens informels semble gagner du terrain, parallèlement à l'observation générale, tout aussi valable, que le droit international est souvent moins formaliste que le droit interne²⁸⁷. Soulignons également que la préoccupation exprimée par certaines délégations à la Conférence de Vienne, à savoir que la modification éventuelle d'un traité par la pratique ultérieure créerait des difficultés en droit constitutionnel interne, ne peut plus être balayé du revers de la main²⁸⁸. Enfin, s'il est vrai que le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par la pratique ultérieure de toutes les parties, il est tout aussi vrai que la stabilité des relations conventionnelles pourraient être compromise si un moyen informel d'affirmer qu'un accord constitue une pratique ultérieure était reconnu comme pouvant modifier le traité²⁸⁹. Il est également opportun de souligner que même Sir Waldock, dans son intervention à la Conférence de Vienne, a voulu limiter la portée éventuelle d'une modification par la pratique ultérieure des parties en affirmant qu'elle ne devait pas porter « atteinte à la raison d'être du traité »²⁹⁰.

142. Ainsi, selon la jurisprudence internationale, en l'absence de dispositions conventionnelles à l'effet contraire, la pratique ultérieure convenue entre les parties peut modifier légèrement un traité, mais il n'est pas du tout certain que la pratique ait réellement cet effet. D'ailleurs, les États et les tribunaux devraient chercher le plus possible à voir dans une pratique ultérieure convenue entre les parties un moyen d'interpréter un traité d'une certaine façon. Cette interprétation peut avoir

²⁸⁶ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Cameroun c. Nigéria : Guinée équatoriale (intervenant)], arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303, par. 68.

²⁸⁷ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice in the interpretation of treaties », p. 89 (voir *supra*, note 66); Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », p. 47 (voir *supra*, note 107); Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 115 à 117 (voir *supra*, note 79); J. Alvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 130.

²⁸⁸ Voir *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of 19 June 2001, Application 2 BvE 6/99, Traduction anglaise : https://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; J. E. Alvarez, « Limits of change by way of subsequent agreements and practice », 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, dans *Treaties and subsequent practice*, G. Nolte (dir. publ.) (Oxford, Oxford University Press 2013).

²⁸⁹ Voir, par exemple, 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 », p. 274 (voir *supra*, note 270) (en particulier concernant les traités frontaliers).

²⁹⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, p. 214 et 215, par. 57 (Sir Humphrey Waldock) (voir *supra*, note 12).

une portée assez large, l'article 31 de la Convention de Vienne ne donnant pas priorité à un moyen d'interprétation en particulier, mais exigeant plutôt que l'interprète tienne compte de tous les moyens pertinents²⁹¹.

b) Accords ultérieurs

143. L'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose ce qui suit : « Un traité peut être amendé par accord entre les parties ». Par contre, l'article 31, paragraphe 3 a), vise tout accord ultérieur « intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions » et passe sous silence la modification d'un traité. Comme l'a affirmé l'Organe d'appel de l'OMC :

[...] 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 temporelle²⁹².

144. Lues ensemble, les dispositions de l'article 31, paragraphe 3 a), et de l'article 39 montrent qu'un accord intervenu entre les parties après la conclusion d'un traité peut constituer une interprétation et une modification du traité²⁹³. Un accord au sens de l'article 39 n'a pas nécessairement la forme du traité qu'il modifie (sauf disposition contraire du traité²⁹⁴). À l'instar d'un accord visé à l'article 31, paragraphe 3 a), un accord au sens de l'article 39 peut être conclu par des moyens plus informels et être limité, quant à son application, à la modification ou à la suspension des obligations conventionnelles dans un cas ou plusieurs cas²⁹⁵. La Cour internationale de Justice a conclu, dans l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* :

Quels que soient sa désignation particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la commission), cet « arrangement » lie 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

²⁹¹ Projet de conclusion 1, par. 5, et commentaire (A/68/10) chap. IV.C.1 et IV.C.2); Hafner, « Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment », p. 117 (voir *supra*, note 79); certains auteurs sont d'avis que l'éventail des possibilités en matière d'« interprétation » est plus large lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique ultérieurs au sens du paragraphe 3 de l'article 31 que lorsqu'il s'agit d'une interprétation par d'autres interprètes, y compris les interprétations évolutives données par les cours et les tribunaux, par exemple, Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (voir *supra*, note 10); Dörr, « Article 31. General rule of interpretation », p. 555, par. 76 (voir *supra*, note 11).

²⁹² Organe d'appel de l'OMC CE – Bananes III, 26 novembre 2008, par. 391 à 393 (voir *supra*, note 276).

²⁹³ Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 88 (voir *supra*, note 66).

²⁹⁴ Au sens de l'article 39, deuxième phrase.

²⁹⁵ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 107 (voir *supra*, note 102), qui renvoie à Sir Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, p. 207, par. 49 à 52 (voir *supra*, note 12); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 513, par. 7, 9 et 11 (voir *supra*, note 49); Odendahl, « Article 39. General rule regarding the amendment of treaties », p. 706, par. 16 (voir *supra*, note 11).

prévues par le statut de 1975 à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié²⁹⁶.

145. L'absence d'exigences formelles relativement à la conclusion d'un accord au sens de l'article 39 ou de l'article 31, paragraphe 3 a), est l'une des raisons pour lesquelles certains auteurs ont soutenu qu'un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) peut également donner lieu à la modification d'un traité²⁹⁷. Quoi qu'il en soit, il faut peut-être déterminer si, et jusqu'à quel point, un accord a pour but de modifier (en vertu de l'article 39) ou d'interpréter [en vertu de l'article 31, paragraphe 3 a)] un traité²⁹⁸ et, plus précisément, s'il existe des critères formels permettant de trancher ou s'il faut tout simplement s'en tenir à l'intention présumée des parties. La jurisprudence internationale et la pratique des États brossent un portrait nuancé.

i) Cour internationale de Justice

146. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour internationale de Justice devait se prononcer sur la violation alléguée d'une procédure prévue par un traité dans le cadre de la construction contestée de certaines usines de pâte à papier par suite d'un « arrangement » intervenu entre les Ministres des affaires étrangères d'Argentine et d'Uruguay quant à la procédure à suivre. La Cour a statué en ces termes :

La Cour conclut que l'« arrangement » du 2 mars 2004 n'aurait eu pour effet d'exonérer l'Uruguay des obligations lui incombant en vertu de l'article 7 du statut de 1975, si tel était l'objectif de cet « arrangement », que si l'Uruguay s'y était conformé. De l'avis de la Cour, tel n'a pas été le cas. En conséquence, cet « arrangement » ne peut être considéré comme ayant eu pour effet de dispenser l'Uruguay du respect des obligations de nature procédurale prévues par le statut de 1975²⁹⁹.

147. La Cour a reconnu que l'« arrangement » aurait pu avoir pour effet « d'exonérer l'Uruguay des obligations lui incombant » en vertu du statut, mais elle n'est pas allée jusqu'à reconnaître que tel arrangement avait modifié ces obligations. Cette constatation donne à penser qu'il y a lieu d'interpréter de façon restrictive toute allégation selon laquelle un arrangement informel aurait eu pour effet d'exonérer une partie de ses obligations conventionnelles. Il n'est donc pas exclu qu'un arrangement puisse modifier un traité, mais il ne faut pas pour autant en présumer l'existence³⁰⁰.

²⁹⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 [p. 14], p. 62 et 63, par. 128 et 131; la Cour a conclu qu'en l'espèce, ces conditions n'avaient pas été respectées, p. 62 à 66, par. 128 à 142.

²⁹⁷ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 223-214 (voir *supra*, note 66) comprenant des exemples.

²⁹⁸ Dans la pratique judiciaire, il est quelquefois nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir l'*Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994 [p. 6], p. 29, 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 »).

²⁹⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 [p. 14], p. 63, par. 131.

³⁰⁰ Ibid., p. 66, par. 140; Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 32 (voir *supra*, note 110).

ii) Tribunal des différends irano-américain

148. Le Tribunal des différends irano-américain a reconnu, quoiqu'en *obiter dictum*, que l'accord ultérieur des parties pouvait avoir pour effet de modifier les Accords d'Alger :

[...] Pourtant, si les deux parties qui ont institué le Tribunal, c'est-à-dire l'Iran et les États-Unis, devaient s'entendre pour soumettre un différend au Tribunal, cela serait sans doute suffisant pour que le Tribunal ait compétence en la matière, puisqu'il s'agirait d'un accord international modifiant les Déclarations d'Alger concernant cette affaire en particulier. Mais ce n'est pas la question en litige en l'espèce [...] ³⁰¹

149. Cet *obiter dictum* donne à penser que la question de savoir si un accord n'est qu'une interprétation d'un traité ou s'il le modifie est réglée d'après l'effet de l'accord en question.

iii) Note 2001 de la Federal Trade Commission : un accord portant interprétation ou modification?

150. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 1131 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), la Commission du libre-échange (intergouvernementale) peut interpréter une disposition de l'Accord qui sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu du chapitre 11 ³⁰². La Commission s'est prévaluée de ce pouvoir dans une note d'interprétation, le 31 juillet 2001, concernant le paragraphe 1 de l'article 1105 de l'ALENA (ci-après, la Note de la Commission) ³⁰³. La Note de la Commission clarifiait notamment le sens de l'expression « droit international » relativement à la norme minimale de traitement qui s'entend du « droit international coutumier » et affirmait également qu'un « traitement juste et équitable » et une « protection et une sécurité intégrales » n'exigeaient pas un traitement supplémentaire à celui prévu par la norme minimale ³⁰⁴. Cette note a reçu une interprétation différente des divers tribunaux institués en vertu du chapitre 11, en particulier sur la question de savoir s'il s'agissait d'une interprétation authentique au sens du paragraphe 2 de l'article 1131 de l'ALENA, d'un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne, d'un amendement (non permis) ou d'une modification informelle (peut-être permise) ³⁰⁵. Les décisions ci-dessous sont particulièrement importantes.

³⁰¹ Tribunal des différends irano-américain, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*, Iran USCTR, vol. 38 (2004-2009) [p. 77], p. 125 et 126, par. 132.

³⁰² C. H. Brower, « Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105 », *Virginia Journal of International Law*, vol. 46 (2006), p. 349 et 350.

³⁰³ « Chacune des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. »

³⁰⁴ Le texte de la note d'interprétation de la FTC relative à certaines dispositions du chapitre 11 de l'ALENA se trouve à : http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp; voir également Brower, « Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105 », p. 351 à 354.

³⁰⁵ Voir, par exemple, Brower, « Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105 », p. 354 à 356 et 363; Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States », p. 180, 181 et 216 (voir *supra*, note 101).

151. Le tribunal, dans l'affaire *ADF Group Inc. (c. États-Unis)*, examinant la question de savoir si la Note de la Commission était une interprétation ou un amendement, s'est fondé sur le fait que la note elle-même se présentait comme interprétative :

Nous constatons à cet égard que l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001 vise expressément l'interprétation de plusieurs dispositions de l'ALENA, notamment le paragraphe 1 de l'article 1105 et non pas une « modification » ou autre amendement [...] Il est donc inutile de tenter d'établir une distinction entre « interprétation » et « amendement » au sens du paragraphe 1 de l'article 1105. Quant à la question de savoir si un document soumis à un tribunal institué en vertu du chapitre 11 est un accord de modification à l'égard duquel les procédures internes nécessaires pour l'entrée en vigueur de l'accord de modification ont été suivies ou s'il s'agit d'une interprétation de la Commission du libre-échange au sens du paragraphe 2 de l'article 1131, il faut que les parties elles-mêmes – toutes les parties – s'adressent au tribunal. Il n'est pas de source de renseignement plus authentique et plus fiable sur l'intention des parties relativement à telle ou telle disposition de l'ALENA³⁰⁶.

152. Dans l'affaire *Methanex (c. États-Unis)*, un tribunal a interprété la Note de la Commission comme étant un accord ultérieur au sens de l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 31 :

Quant à l'article 1105, il a été interprété par la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001. Outre l'effet de l'article 1131, paragraphe 2, de l'ALENA, l'interprétation de la Commission du libre-échange doit aussi être envisagée à la lumière de l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne, étant donné qu'elle constitue un accord ultérieur entre les parties à l'ALENA sur l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA [...] Il s'ensuit que toute interprétation de l'article 1105 doit tenir compte du sens ordinaire du texte conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne ainsi que de l'interprétation du 31 juillet 2001 conformément à l'article 31, paragraphe 3 a), de la Convention de Vienne³⁰⁷.

153. Le Tribunal s'est également penché sur la question de savoir si la Note était de nature interprétative ou s'il s'agissait d'une modification implicite de l'ALENA :

[...] Même en partant du principe que l'interprétation donnée par la Commission du libre-échange est un changement de fond très important (ce qui n'est pas le cas, selon le tribunal, de la question soulevée dans cette affaire), *Methanex* ne cite aucune source à l'appui de son argument selon lequel des changements d'importance ne peuvent être apportés à un traité que par la procédure formelle d'amendement et non par un accord quelconque entre toutes les parties.

³⁰⁶ *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (sentence arbitrale), arbitrage du CIRDI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/1 (9 janvier 2003), p. 84 et 85, par. 177, www.state.gov/documents/organization/16586.pdf.

³⁰⁷ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* (sentence définitive du Tribunal d'arbitrage sur la compétence et sur le fond), arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (93 août 2005), partie II, chap. H, par. 23, www.state.gov/documents/organization/51052.pdf.

L'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce tout simplement : « Un traité peut être amendé par accord entre les parties ». Aucun mode particulier d'amendement n'est prévu et bon nombre de traités prévoient la possibilité d'une modification par accord des parties sans nouvelle ratification. En outre, une disposition relevant de l'article 1131 n'est pas incompatible avec les règles internationales d'interprétation. L'article 31, paragraphe 3 a) de la Convention de Vienne se lit comme suit : « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions³⁰⁸ ».

154. Dans l'affaire *Pope et Talbot c. Canada*, le Tribunal, tout en étant nettement enclin à conclure que la Note de la Commission du libre-échange était un amendement, a néanmoins examiné l'affaire en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle il s'agissait d'une « interprétation » de la part de la Commission³⁰⁹.

155. Malgré leur divergence d'opinion concernant la Note de la Commission du libre-échange, les différents tribunaux n'ont avancé aucun critère formel permettant de distinguer un accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), d'un accord visant à modifier un traité (au sens notamment de l'article 39). Les tribunaux ont préféré, dans la mesure du possible, accepter l'intention des parties et considérer que l'accord intervenu entre elles était un accord visant l'interprétation du traité plutôt qu'un amendement ou une modification de celui-ci.

iv) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

156. Des exemples tirés de la pratique démontrent que les États parties à un traité concluent quelquefois un accord ultérieur dans le but, apparemment, de modifier un traité, sans avoir complété la procédure d'amendement dont ils disposent.

157. Au cours de la réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, il a été décidé de reporter la première élection des juges au Tribunal international du droit de la mer du 16 mai 1995 (la dernière date possible selon le paragraphe 3 de l'article 4 de l'annexe VI de la Convention) au 1^{er} août 1996³¹⁰. Les États parties ont pris une décision semblable concernant la première élection de la Commission des limites du plateau continental (CLCS)³¹¹. Les deux amendements ont été adoptés par consensus. Aucun des deux n'a été adopté en conformité avec la procédure d'amendement décrite aux articles 312 à 316 de la Convention³¹², et il n'y a eu aucun débat sur leur légalité. Il s'agit peut-être de décisions de ne pas appliquer la Convention dans un cas en particulier (de sorte que

³⁰⁸ Ibid., partie IV, chap. C, par. 20 et 21.

³⁰⁹ *Pope et Talbot Inc. (requérante) c. Gouvernement du Canada (défendeur)*, arbitrage de la CNUDCI en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, sentence finale sur les dommages, 31 mai 2002, p. 22 et 23, par. 46 et 47 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>).

³¹⁰ Voir le rapport de la première réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, tenue à New York les 21 et 22 novembre 1994 (SPLOS/3), p. 7.

³¹¹ Le paragraphe 2 de l'article 2 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoyait que la date limite de la décision serait le 16 mai 1996, mais les États parties ont reporté le délai au 13 mars 1997 (voir SPLOS/5, par. 20).

³¹² T. Treves, « The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention », dans *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, A. G. Oude Elferink, éd. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), p. 68 à 70.

l'obligation conventionnelle ne serait pas modifiée, mais tout simplement non respectée). Toutefois, l'élection devant reposer sur un fondement juridique solide, il serait plus plausible de considérer que, dans ce cas précis, les parties avaient l'intention de modifier la Convention de manière à assurer un tel effet.

158. Aux termes de l'article 4 de l'annexe II de la Convention sur le droit de la mer, l'État qui veut fixer, en application de l'article 76 de la Convention, la limite extérieure de son plateau continental au-delà de 200 miles marins « soumet à la Commission les caractéristiques de cette limite, avec données scientifiques et techniques à l'appui, dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai de 10 ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État ». Lorsque certains États ont demandé une prorogation du délai fixé³¹³, la Réunion des États parties a décidé que, dans le cas d'un État partie pour lequel la Convention était entrée en vigueur avant le 13 mai 1999, il était entendu que le délai de 10 ans serait réputé avoir commencé le 13 mai 1999³¹⁴. Le document d'information établi par le Secrétariat proposait plusieurs moyens d'atteindre ce résultat mais préconisait un accord ultérieur entre les parties plutôt qu'un amendement formel en application des articles 312 ou 313 de la Convention ou un accord de mise en œuvre³¹⁵. À la Réunion des États parties, une majorité des délégations était d'avis qu'il s'agissait d'une question de procédure qui relevait de la compétence de la Réunion³¹⁶. Les États parties sont convenus d'adopter une décision par consensus sans invoquer les articles 312 à 314 de la Convention. Compte tenu des termes de l'article 76 de la Convention, et même s'il s'agit qu'une question de procédure, il est difficile de voir dans la décision de la Réunion des États parties autre chose qu'une modification de la disposition³¹⁷. En même temps, il est clair que les États parties ne souhaitaient pas le reconnaître explicitement.

v) Protocole de Montréal

159. La difficulté de distinguer entre un accord portant interprétation et un accord portant modification d'un traité s'est encore accrue à la suite des décisions prises lors de la Réunion des Parties au Protocole de Montréal³¹⁸ d'apporter plusieurs amendements à l'instrument³¹⁹. Aux termes de l'article 9, paragraphe 5, de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, les amendements au Protocole « entrent en vigueur entre les Parties les ayant acceptés le quatre-vingt-dixième jour après que le depositaire aura reçu notification de leur ratification, approbation ou acceptation [...] par les deux tiers au moins des parties au protocole

³¹³ Voir [SPLOS/60](#), par. 61.

³¹⁴ Voir [SPLOS/73](#), par. 81; et la décision concernant la date de commencement du délai de 10 ans pour présenter une soumission à la Commission sur les limites du plateau continental visé à l'article 4 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ([SPLOS/12](#))

³¹⁵ Voir le document d'information établi par le Secrétariat sur les problèmes concernant l'article 4 de l'annexe II de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ([SPLOS/64](#)), p. 7 et 8; voir aussi [SPLOS/73](#), p. 12 et 13.

³¹⁶ Voir [SPLOS/73](#), p. 13.

³¹⁷ Voir, par exemple, German Federal Foreign Office, International Law Division, International Law Commission topic « Treaties over time » (14 février 2011), p. 7.

³¹⁸ Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 1987, (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, n° 26369).

³¹⁹ Voir, par exemple, Brunnée, « Coping with consent: law-making under multilateral environmental agreements », p. 31 (voir *supra* note 175); Churchill et Ulfstein, « Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement », p. 641 (voir *supra*, note 175).

considéré, sauf disposition contraire du protocole en question »³²⁰. Le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone prévoit une « procédure d'ajustement » spéciale³²¹ qui, comme mentionné plus haut, se distingue d'un amendement au Protocole qui relève de l'article 9, paragraphe 5, de la Convention de Vienne.

160. Lors de la deuxième Réunion des Parties au Protocole de Montréal, tenue à Londres du 27 au 29 juin 1990, les parties ont adopté la « décision II/2 » relativement à plusieurs amendements au Protocole. Les amendements et la procédure d'entrée en vigueur sont décrits à l'annexe II du rapport final du Protocole de Montréal. L'article 2 de l'Annexe II est ainsi libellé :

Le présent amendement entre en vigueur le 1^{er} janvier 1992, sous réserve du dépôt à cette date d'au moins vingt instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation dudit amendement par des États ou des organisations régionales d'intégration économique qui sont Parties au Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Si, à cette date, cette condition n'a pas été remplie, l'amendement entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date à laquelle elle a été remplie³²².

161. Cette décision de la Réunion des Parties constitue un accord ultérieur des parties qui pourrait être davantage qu'une interprétation, c'est-à-dire qu'il pourrait s'agir d'une modification de la procédure d'amendement prévue par la Convention et le Protocole. Les décisions successives prises par les parties appliquant la même procédure d'entrée en vigueur constituent une pratique ultérieure qui confirme la décision de 1990³²³.

vi) Accords ultérieurs et procédure d'amendement

162. Il arrive que les parties à un traité adoptent une procédure d'amendement formelle et qu'elles commencent en même temps de modifier une disposition du traité qu'elles commencent à appliquer avant même d'avoir complété la procédure d'amendement formelle. En pareil cas, on peut se demander si l'accord ultérieur reflète très exactement l'obligation conventionnelle avant que la procédure formelle d'amendement ne soit menée à bien; à titre d'exemple, on citera la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (la « Convention de Bâle »)³²⁴. À partir d'une demande qui avait été formulée lors de la première Conférence des Parties qui réunissait le Groupe de 77 États, en 1994, il a été décidé, par consensus, lors de la deuxième Conférence, d'interdire tout mouvement transfrontalier de déchets dangereux d'un État membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à un

³²⁰ *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1513, n° 2616,4).

³²¹ Voir J. Brunnée, « Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements », p. 109 et 110 (*voir supra* note 191).

³²² *Rapport de la deuxième Réunion des Parties au Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Londres, 27-29 juin 1990 (UNEP/OzL.Pro.2/3), décision II/2 et annexe II, p. 39.

³²³ Pour la liste des amendements au Protocole de Montréal, voir Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), Secrétariat de l'ozone (http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaty_text.php?treatyID=3).

³²⁴ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1673, n° 28911).

État non membre³²⁵. Cependant, pendant les débats qui ont eu lieu à la deuxième Conférence des Parties, certains États ont demandé si la décision ne devait pas plutôt être prise en suivant la procédure formelle d'amendement prévue à l'article 17 de la Convention de Bâle³²⁶. Les critiques ont continué, surtout dans la sphère nationale de certains États parties³²⁷. Lors de sa troisième réunion, en 1995, la Conférence des Parties a décidé de procéder à l'amendement formel de la Convention de Bâle pour interdire le mouvement transfrontalier de déchets dangereux d'un pays membre de l'OCDE à un pays non membre. L'amendement n'est pas encore entré en vigueur conformément à la procédure prévue à l'article 17 de la Convention. Au cours des débats qui ont eu lieu pendant la troisième réunion de la Conférence des Parties, plusieurs États ont dit que la décision de soumettre la question à la procédure formelle d'amendement n'enlevait pas son caractère obligatoire à la décision antérieure de la Conférence, alors que d'autres États ont expressément rejeté cette vue³²⁸.

vii) Distinction entre divers accords ultérieurs

163. Les exemples susmentionnés tirés de la jurisprudence et de la pratique des États donnent à penser qu'il est souvent très difficile d'établir une distinction entre un accord intervenu entre les parties en vertu d'une disposition précise du traité qui donne force obligatoire à tout accord ultérieur, un simple accord ultérieur au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), qui n'est pas contraignant en soi et, enfin, un accord qui modifie un traité au sens de l'article 39. Il ne semble pas y avoir de critère formel, mis à part ceux qui pourraient être prévus dans le traité lui-même, qui soit reconnu comme établissant une distinction entre ces divers types d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont, en règle générale, disposés à accorder beaucoup de latitude aux États parties dans l'interprétation d'un traité par accord ultérieur. Cette latitude pourrait même aller jusqu'à permettre une interprétation allant au-delà du sens ordinaire du texte d'un traité. La reconnaissance de cette latitude dans l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord puisse réellement modifier un traité³²⁹. L'exemple de la Convention de Bâle ne doit pas

³²⁵ *Rapport de la deuxième Réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières ou déchets dangereux et leur élimination*, Genève, 21-25 mars 1994 (UNEP/CHW.2/30, décision II/12).

³²⁶ Voir décision III/1, adoptée lors de la troisième Réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières ou déchets dangereux et leur élimination, Genève, 18-22 septembre 1995 (UNEP/CHW.3/35); voir également G. Handl, « International "lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies », dans *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum et V. Röben (éd) (Berlin, Springer, 2005), p. 132.

³²⁷ En Australie, par exemple, les membres du Parlement ont dit craindre une « éventuelle atteinte à la souveraineté du Parlement ». Voir Handl, « International "lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies », p. 132.

³²⁸ Voir le rapport de la troisième Réunion de la Conférence des Parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination, Genève, 18-22 septembre 1995 (UNEP/CHW.3/34); voir aussi Handl, « International "lawmaking" by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies ».

³²⁹ Il se peut que les États se trouvant dans un contexte diplomatique plutôt que judiciaire aient tendance à reconnaître plus facilement qu'un certain accord ou une pratique commune constitue une modification d'un traité [voir Murphy, « The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties », p. 83 (voir *supra*, note 66)].

nécessairement être interprété comme constituant une reconnaissance a posteriori du fait que la décision de la Conférence des Parties exigeait un amendement formel, mais il pourrait également s'agir d'un moyen d'éviter tout désaccord entre les parties en procédant de manière plus « douce », même si, à strictement parler, ce n'était pas nécessaire. Il semblerait toutefois que, lorsque les parties optent pour une procédure formelle d'amendement, elles considèrent généralement que cela est juridiquement nécessaire.

164. La présomption selon laquelle un accord ultérieur qui n'est pas conforme aux conditions procédurales d'amendement doit recevoir une interprétation stricte de manière à ne pas modifier le traité semble encore plus forte lorsque l'accord ultérieur influencerait sur l'objet et le but du traité, c'est-à-dire sur l'un de ses éléments essentiels³³⁰. Un élément essentiel pourrait être notamment la création de certains droits individuels³³¹. Toutefois, si un accord ultérieur est suffisamment clair, il peut même contribuer à la modification d'un élément essentiel d'un traité³³².

c) Conclusion

165. La jurisprudence des tribunaux internationaux et la pratique des États confirment que, s'il est possible, en théorie, d'établir une distinction entre la modification (ou l'amendement) d'un traité de son interprétation par voie d'accord ou de pratique ultérieures des parties, dans la pratique, comme la Commission l'a dit en termes plutôt prudents, « il peut se faire que la limite qui sépare l'interprétation du traité de sa modification par la pratique ultérieure tende à s'effacer »³³³. La Cour internationale de Justice n'a pas proposé de critère permettant de distinguer une interprétation d'une modification par voie d'accord ultérieur ou de pratique ultérieure des parties. L'approche la plus raisonnable consisterait à dire que la ligne qui sépare l'interprétation de la modification ne peut être déterminée par des critères abstraits mais doit d'abord découler du traité lui-même, de la nature de la disposition précise du traité en cause et du contexte juridique du traité en sus des circonstances précises de l'affaire. Dans ce contexte, il est important de se demander jusqu'où peut aller une interprétation évolutive de la disposition. Dans l'affaire concernant le *Différend relatif à des droits de navigation et des droits*

³³⁰ Voir l'article 3.1.5. du Guide de la pratique sur les réserves aux traités (A/66/10/Add.1, chap.IV.F.2), p. 351; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 214 (voir *supra*, note 66).

³³¹ Voir Comité des droits de l'homme, observation générale n° 26 sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1), par. 4 (qui vise toutefois le pouvoir de dénoncer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques); voir « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » (A/CN.4/L.682 et Corr.1), par. 108 (qui porte toutefois sur le *lex specialis*); Buga, « Subsequent practice and treaty modification », notes 152 à 155 (voir *supra*, note 260).

³³² Voir, par exemple, Simma, « Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice », p. 46 (voir *supra*, note 107); Crawford, « A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 31 (voir *supra*, note 110) (sur les accords sur la privatisation des organisations de télécommunications internationales par satellite : l'Organisation internationale de télécommunications mobiles par satellites, l'Organisation européenne de télécommunications par satellite et l'Organisation internationale des télécommunications par satellites conclus sans application de la procédure normale d'amendement; Roberts, « Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States » (voir *supra*, note 101).

³³³ *Annuaire de la Commission du droit international 1964*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.65.V.2), p. 60, par. 25.

*connexes*³³⁴, par exemple, la Cour internationale de Justice a su éviter de se prononcer sur la question de savoir si le terme « comercio » avait été modifié par la pratique ultérieure suivie par les parties puisque, selon la Cour, il était possible de lui donner une interprétation évolutive.

166. Les considérations qui précèdent conduisent à la conclusion suivante :

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 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.

VIII. Futur programme de travail

167. Selon le programme de travail initial³³⁵, le troisième rapport qui sera présenté à la soixante-septième session (2015) portera sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure dans le contexte de traités constitutifs des organisations internationales. Le rapport pourrait aussi traiter de la pratique des organes conventionnels, du rôle des tribunaux nationaux et d'autres questions que les membres de la Commission ou des États pourraient vouloir examiner dans le cadre du sujet. En fonction des progrès qui seront accomplis, un rapport final pourrait être présenté à la soixante-huitième session (2016), qui traiterait d'éventuelles questions en suspens. La Commission pourrait alors entreprendre un examen de l'ensemble du projet de conclusions, en vue de son adoption finale.

³³⁴ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009 [p. 213], p. 242 et 243, par. 64 à 66.

³³⁵ Voir [A/67/10](#), par. 238.

Annexe

Avant-projet de conclusions

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 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 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.
-