



Assemblée générale

Distr. limitée
16 juillet 2014
Français
Original: anglais

Commission du droit international

Soixante-sixième session

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

Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-sixième session

Rapporteur: M. Dire D. Tladi

Chapitre VII Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités

Additif

Table des matières

Paragraphes

- C. Texte des projets de conclusion sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation des traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission
- 2. Texte des projets de conclusion et commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-sixième session (*suite*)



2. Texte des projets de conclusion et commentaires y relatifs provisoirement adoptés par la Commission à sa soixante-sixième session (suite)

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, contribuent, dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation, à préciser le sens d'un traité. Cela peut conduire à restreindre, à élargir ou à déterminer d'une quelconque autre manière la gamme des interprétations possibles, y compris la marge d'appréciation que le traité pourrait accorder aux parties.

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

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 traite des effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure sur l'interprétation d'un traité. Son objet est d'indiquer comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à la clarification du sens d'un traité. Le paragraphe 1 souligne que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure doivent être envisagés dans leur interaction avec d'autres moyens d'interprétation (voir projet de conclusion 1, par. 5)⁵⁰. Ils ne sont donc pas nécessairement en eux-mêmes déterminants.

2) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme tous les moyens d'interprétation, peuvent avoir différents effets sur le processus interactif d'interprétation d'un traité, qui consiste, dans tout cas particulier, à accorder l'attention qui convient aux divers moyens d'interprétation dans le cadre d'«une seule opération complexe»⁵¹. Prendre en compte les accords ultérieurs et la pratique ultérieure en application des articles 31, paragraphe 3 et 32 peut ainsi contribuer à clarifier le sens d'un traité⁵² en limitant (en précisant) les sens possibles d'un terme particulier ou d'une disposition particulière, ou la portée du traité dans son ensemble (voir par. 4, 6-7, 10 et 11 ci-après). Par ailleurs, cette prise en compte peut contribuer à une clarification en confirmant une interprétation plus large. Enfin, elle peut aider à comprendre la gamme des interprétations possibles à la

⁵⁰ Commentaire du projet de conclusion 1, par. 5, par. 12 à 15 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV.C.2, par. 39).

⁵¹ Commentaire du projet de conclusion 1, par. 5, par. 12 à 15 (*Ibid.*, par. 39).

⁵² La terminologie utilisée suit la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités adopté par la Commission: «L'expression "déclaration interprétative" s'entend d'une déclaration unilatérale ... par laquelle [un] État ou [une] organisation [internationale] vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions» (voir *ibid.*, *soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/66/10/Add.1)*, chap. IV. F.2, directive 1.2; voir également *ibid.*, commentaire de la directive 1.2, par. 18).

disposition des parties, y compris quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que les parties exercent dans le cadre du traité (voir par. 12-15 ci-après).

3) Lorsqu'ils examinent une affaire donnée, les cours et tribunaux internationaux commencent habituellement par déterminer le «sens ordinaire» des termes du traité⁵³. C'est surtout par la suite qu'ils se penchent sur les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, lorsqu'ils se demandent si une telle conduite confirme ou modifie le résultat auquel ils ont abouti dans le cadre de l'interprétation initiale du sens ordinaire (ou par d'autres moyens d'interprétation)⁵⁴. Si les parties ne souhaitent pas donner à un terme son sens ordinaire mais un sens particulier au sens du paragraphe 4 de l'article 31, les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à mettre ce sens particulier en lumière. Les exemples ci-après⁵⁵ illustrent comment les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, en tant que moyens d'interprétation, peuvent contribuer, dans leur interaction avec d'autres moyens dans le processus d'interprétation, à clarifier le sens d'un traité.

4) Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aider à déterminer le «sens ordinaire» d'un terme particulier en confirmant une interprétation étroite de différentes nuances possibles du sens d'un terme. Tel a été le cas, par exemple⁵⁶, dans la procédure consultative relative aux Armes nucléaires, dans laquelle la Cour internationale de Justice a estimé que les termes «du poison ou des armes empoisonnées» avaient été entendus, dans la pratique des États, dans leur sens ordinaire comme couvrant des armes dont l'effet premier, ou même exclusif, était d'empoisonner ou d'asphyxier. Ladite pratique est claire et les parties à ces instruments n'ont pas considéré ces termes comme visant les armes nucléaires⁵⁷.

5) D'autre part, une pratique ultérieure peut exclure de ramener le sens d'un terme général à un seul de ses différents sens possibles⁵⁸. Par exemple, dans l'affaire concernant les Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, la Cour a déclaré:

L'impression générale qui se dégage de l'examen des documents pertinents est que les fonctionnaires chargés de l'administration des douanes depuis l'acte d'Algésiras ont utilisé, bien que pas toujours d'une façon très conséquente, tous les facteurs d'évaluation à leur disposition. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'article 95 n'énonce pas de règle stricte en ce qui touche le point litigieux. Il appelle

⁵³ Commentaire du paragraphe 5 du projet de conclusion 1, p. 18, par. 14 (Ibid., *soixante-huitième session* (A/68/10), chap. IV.2, par. 39); *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 4 et suiv., p. 8.

⁵⁴ Voir, par exemple, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 625 et suiv., p. 656, par. 59 à 61 et p. 665, par. 80; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 34, par. 66-71; *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., p. 290 (Déclaration du juge *ad hoc* Guillaume).

⁵⁵ Pour davantage d'exemples, voir «Second report of 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.

⁵⁶ Voir également *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803 et suiv., 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. 275 et suiv., p. 306, par. 67; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 4 et suiv., p. 9.

⁵⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226 et suiv., p. 248, par. 55.

⁵⁸ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1951, p. 15 et suiv., p. 25.

une interprétation plus souple qu'aucune de celles avancées par l'une et l'autre des parties en litige⁵⁹.

6) Différentes formes de pratique peuvent contribuer à la fois à restreindre et à élargir l'interprétation de différents termes du même traité⁶⁰.

7) Un traité doit être interprété suivant le sens ordinaire de ses termes «dans leur contexte» (art. 31, par. 1). Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, dans leur interaction avec ce moyen particulier d'interprétation, peuvent aussi contribuer à identifier une interprétation plus étroite ou plus large d'un terme du traité⁶¹. Dans son avis consultatif relatif à l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, par exemple, la Cour internationale de Justice devait déterminer le sens de l'expression «huit ... pays ... qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» figurant à l'article 28 a) de la Convention portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime. Comme l'expression «pays ... qui possèdent les flottes de commerce les plus importantes» se prête à différentes interprétations (l'«importance» pouvant être déterminée par «le tonnage enregistré» ou par «la nationalité des propriétaires»), et comme il n'y avait pas de pratique pertinente de l'Organisation ou de ses membres au titre de l'article 28 a) lui-même, la Cour s'est penchée sur la pratique au titre d'autres dispositions de la Convention et a déclaré:

Cet emploi du critère du tonnage immatriculé dans l'application de différentes dispositions de la Convention ... amènent 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 importantes⁶².

8) À côté du texte et du contexte, l'article 31, paragraphe 1, accorde une importance à «l'objet et [au] but» d'un traité pour interpréter celui-ci⁶³. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent aussi contribuer à clarifier l'objet et le but d'un traité⁶⁴, ou à concilier les invocations de «l'objet et [du] but» d'un traité avec d'autres moyens d'interprétation.

⁵⁹ *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, arrêt du 27 août 1952, C.I.J. Recueil 1952*, p. 176 et suiv., p. 211.

⁶⁰ Voir, *mutatis mutandis*, *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2 de la Charte)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, avis dans lequel la Cour internationale de Justice a donné une interprétation large du terme «dépenses» et une interprétation étroite du terme «action» à la lumière de la pratique ultérieure de l'ONU concernant chacun de ces termes, p. 158 à 161 («dépenses») et p. 164 et 165 («action»).

⁶¹ Voir, par exemple, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 69 et suiv., p. 87, par. 40.

⁶² *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1960*, p. 150 et suiv., p. 169; voir également p. 167 à 169; *obiter: Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom), Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 59 et suiv., p. 99, par. 141.

⁶³ Gardiner, *supra* note 3, p. 190 et 198.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 191-194; voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution n° 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16 et suiv., 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 et suiv., 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, *supra* note 3, p. 52 à 54; Crema, *supra* note 33, p. 21.

9) Dans les affaires de la Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen⁶⁵ et des Plates-formes pétrolières⁶⁶, par exemple, la Cour internationale de Justice a clarifié l'objet et le but de traités bilatéraux en se référant à la pratique ultérieure des parties. Et dans l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, la Cour a déclaré:

Il ressort des textes conventionnels et de la pratique analysés aux paragraphes 64 et 65 ci-dessus que la Commission du bassin du lac Tchad constitue une organisation internationale exerçant ses compétences dans une zone géographique déterminée; qu'elle n'a toutefois pas pour fin de régler au niveau régional des affaires qui touchent au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle n'entre donc pas dans les prévisions du Chapitre VIII de la Charte⁶⁷.

10) La pratique des États dans des contextes autres que judiciaires ou quasi judiciaires confirme que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure peuvent contribuer à clarifier le sens d'un traité soit en restreignant la gamme des interprétations concevables soit en indiquant que le traité accorde aux États un certain pouvoir discrétionnaire.

11) Par exemple, si le sens ordinaire des termes de l'article 5 de la Convention de Chicago de 1944 ne semble pas exiger qu'un vol charter obtienne une autorisation pour atterrir alors qu'il est en transit, il est généralement admis, dans le cadre d'une pratique des États établie de longue date consistant à exiger une telle autorisation, que cette disposition doit être interprétée comme exigeant une autorisation⁶⁸. Un autre exemple est donné par le paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, qui dispose que les moyens de transport utilisés par une mission ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Si les mesures de police prises contre les biens des missions diplomatiques suscitent habituellement des protestations des États⁶⁹, l'enlèvement des véhicules diplomatiques en infraction à la réglementation sur la circulation et le stationnement a généralement été considéré comme autorisé dans la pratique⁷⁰. Cette pratique donne à penser que, si les mesures punitives sont interdites à l'encontre des véhicules diplomatiques, ceux-ci peuvent être contrôlés ou enlevés s'ils constituent un danger immédiat ou un obstacle à la circulation et/ou menacent

⁶⁵ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38 et suiv., p. 51, par. 27.

⁶⁶ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803 et suiv., p. 815, par. 27 et 30.

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

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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. 160-161; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Bruxelles, Bruylant, 1994), p. 208, par. 315.

⁷⁰ Voir, par exemple, Australie, Département des affaires étrangères et du commerce, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf); Islande, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, *Diplomatic Handbook*, p. 14 (www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); Royaume-Uni, voir la déclaration du Sous-Secrétaire d'État parlementaire, Home Office (Lord Elton) devant la Chambre des Lords, HL Deb, 12 décembre 1983, vol. 446 cc3-4; États-Unis, voir *American Journal of International Law*, vol. ii, 1994, p. 312 et 213.

la sécurité publique⁷¹. En ce sens, la signification du terme «mesure d'exécution» et donc l'étendue de la protection accordée aux moyens de transport est précisée par la pratique ultérieure des parties.

12) Les accords ou la pratique ultérieurs peuvent non seulement contribuer à préciser le sens d'un terme en limitant les sens possibles des droits et obligations énoncés dans le traité, mais ils peuvent aussi indiquer une plus large gamme d'interprétations acceptables ou l'étendue de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le traité accorde aux États (voir i-dessus par. 10)⁷².

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

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

Bien que l'emploi du futur («sera») donne à penser qu'il est obligatoire pour les États d'utiliser le signe distinctif pour identifier le personnel et les moyens de transport sanitaires en toutes circonstances, la pratique ultérieure donne à penser que les États jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'application de cette disposition⁷³. Les groupes armés ayant ces dernières années délibérément attaqué des convois sanitaires qui étaient tout à fait reconnaissables parce qu'ils arboraient le signe protecteur, des États se sont abstenus dans certaines situations d'arborer le signe distinctif sur leurs convois. Répondant à une question parlementaire sur sa pratique en Afghanistan, le Gouvernement allemand a déclaré ce qui suit:

Comme ceux d'autres États fournissant des contingents à la FIAS, les véhicules sanitaires marqués des Forces armées fédérales ont été pris pour cible. À l'occasion, ces unités et véhicules sanitaires, clairement identifiés comme tels par leur signe protecteur, ont même constitué des cibles privilégiées. C'est pourquoi les Forces armées fédérales, comme la Belgique, la France, le Royaume-Uni, le Canada

⁷¹ Denza, *supra* note 69, p. 160; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2^e éd. (Nomos, 2010), p. 70.

⁷² Ceci ne signifie pas qu'il peut exister différentes interprétations possibles d'un traité, mais que le traité peut accorder aux parties la possibilité de choisir dans une gamme de différents actes autorisés, voir Gardiner, *supra* note 3, p. 30-31 et p. 111, citant la Chambre des Lords dans l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* [2001] AC 477: «Il est nécessaire de déterminer le sens autonome de la disposition conventionnelle pertinente ... Il en découle que, comme dans le cas d'autres traités multilatéraux, la Convention sur les réfugiés doit se voir accorder un sens indépendant à partir des sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la Convention de Vienne] et sans que les caractéristiques distinctives du système juridique de tel ou tel État contractant interviennent. En principe, il ne peut y avoir qu'une interprétation exacte d'un traité ... En pratique, il incombe aux tribunaux nationaux, confrontés à un désaccord important sur une question d'interprétation, de le régler. Mais ce faisant, ils doivent rechercher, sans être entravés par les notions de leur culture juridique nationale, le sens exact, international et autonome du traité. Et il ne peut y avoir qu'un sens exact», p. 515 à 517 (Lord Steyn).

⁷³ 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. 1440, par. 4742-4744; H. Spieker, «Medical transportation», dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), par. 7 à 12; voir également l'expression «*shall be displayed*», plus rigoureuse, utilisée dans la version anglaise.

et les États-Unis, ont décidé dans le cadre de la FIAS, de masquer le signe protecteur sur leurs véhicules sanitaires⁷⁴.

14) Une telle pratique apparemment incontestée des États confirme une interprétation de l'article 12 dans le cadre de laquelle l'obligation générale d'arborer le signe protecteur⁷⁵ n'emporte pas obligation d'arborer le signe protecteur en toutes circonstances, et indique ainsi que les parties jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire.

15) Lorsqu'une disposition conventionnelle accorde un pouvoir discrétionnaire aux États, on peut se demander si ce pouvoir est limité par l'objet de la règle. Par exemple, en vertu de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, l'État accréditaire peut, sans avoir à motiver sa décision, informer l'État accréditant qu'un membre de la mission est *persona non grata*. Les États font de telles déclarations le plus souvent lorsque des membres de la mission se sont livrés à des activités d'espionnage ou sont soupçonnés de le faire, ou ont commis d'autres violations graves de la législation de l'État accréditant, ou causé des tensions politiques importantes⁷⁶. Toutefois, ils font également de telles déclarations dans des circonstances plus ordinaires, par exemple lorsque des diplomates causent un grave dommage à un tiers⁷⁷ ou ont commis des infractions répétées⁷⁸, voire pour donner effet à leur législation sur la conduite en état d'ivresse⁷⁹. Il est même concevable que des déclarations soient faites sans raisons claires ou pour des motifs purement politiques. Les États ne semblent pas avoir considéré qu'une telle pratique, consistant à déclarer des membres d'une mission *personae non gratae* en l'absence de graves préoccupations d'ordre politique ou autre, constitue un abus de pouvoir. Ainsi, cette pratique donne à penser que l'article 9 confère un droit très large, avec la latitude correspondante, pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire⁸⁰.

⁷⁴ Parlement allemand, «Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan», 9 avril 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p. 2 (traduction anglaise du Rapporteur spécial).

⁷⁵ Spieker, *supra* note 73, par. 12.

⁷⁶ Voir Denza, *supra* note 69, p. 77-88 avec d'autres références à des déclarations en relation avec des activités d'espionnage; voir également Salmon, *supra* note 69, p. 484 par. 630; et Richtsteig, *supra* note 71, p. 30.

⁷⁷ Pays-Bas, Département du Protocole, Ministère des affaires étrangères, Guide protocolaire à l'intention des missions diplomatiques et post-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 for foreign diplomats serving in France: Immunities – Respect for local laws and regulations (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 datée du 19 avril 1985 adressée aux Chefs des missions diplomatiques à Londres, reproduit dans G. Marston, «United Kingdom materials on international law 1985», *British Yearbook of International Law*, vol. 56, n° 1 (1985), p. 437.

⁷⁹ Voir Canada, Affaires étrangères, commerce et développement, Politique révisée sur la conduite d'un véhicule 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.

⁸⁰ 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 un cas encore plus extrême relevant de l'article 9 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

16) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 7 concerne les effets possibles d'une «autre pratique ultérieure» en vertu de l'article 32 (voir projet de conclusion 4, paragraphe 3) qui ne reflète pas l'accord de toutes les parties au sujet de l'interprétation du traité. Une telle pratique, en tant que moyen complémentaire d'interprétation, peut confirmer l'interprétation résultant de l'application de l'article 31, ou déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article laisse ce sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'article 32 fait ainsi une distinction entre le recours aux travaux préparatoires ou à une «autre pratique ultérieure» pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, et l'utilisation de cette pratique pour «déterminer» le sens. De ce fait, l'article 32 est applicable non seulement à titre subsidiaire lorsque le sens d'un traité demeure obscur, mais aussi – et toujours – pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31⁸¹.

17) La pratique ultérieure visé à l'article 32 peut contribuer, par exemple, à réduire la possibilité de conflits lorsque l'«objet et le but» d'un traité semblent être en conflit avec les buts spécifiques de certaines des règles qu'il énonce⁸². Dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, par exemple, la Cour internationale de Justice a souligné que les parties au Traité de 1890 «entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives»⁸³. Les parties ont ainsi éliminé une contradiction possible en tenant compte d'une certaine pratique ultérieure de l'une seulement d'entre elles comme moyen complémentaire d'interprétation (en vertu de l'article 32)⁸⁴.

18) Un autre exemple d'«autre pratique ultérieure» relevant de l'article 32 concerne l'expression «précautions pratiquement possibles» utilisée à l'article 57 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole I). Cette expression a été en fait clarifiée par le paragraphe 4 de l'article 3 du Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II) du 10 octobre 1980, qui dispose que «[p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui

⁸¹ OMC, Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R par. 403 (2009); «Bien que l'application par le Groupe spécial de l'article 31 de la Convention de Vienne à l'inscription “Services de distribution d'enregistrements sonores” l'ait amené à une “conclusion préliminaire” quant au sens de cette inscription, le Groupe spécial a néanmoins décidé de faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation pour *confirmer* ce sens. Nous notons à cet égard que l'argument de la Chine en appel paraît supposer que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne aurait *nécessairement* été différente si le Groupe spécial avait constaté que l'application de l'article 31 avait laissé le sens de l'expression “Services de distribution d'enregistrements sonores” ambigu ou obscur et si le Groupe spécial avait donc recouru à l'article 32 pour *déterminer*, plutôt que pour *confirmer*, le sens de cette expression. Nous ne partageons pas cette opinion. Les éléments à examiner dans le cadre de l'article 32 sont distincts de ceux qui doivent être analysés dans le cadre de l'article 31, mais ce sont les mêmes éléments qui sont examinés dans le cadre de l'article 32 quel que soit le résultat de l'analyse au titre de l'article 31. Ce qui peut en revanche différer, en fonction des résultats de l'application de l'article 31, c'est le poids attribué aux éléments analysés au titre de l'article 32.», voir également M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 447, par. 11.

⁸² 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 en date 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, *supra* note 3, p. 195.

⁸³ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045 et suiv., p. 1074, par. 45.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1078, par. 55 et p. 1096, par. 80.

sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre en compte toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire». Cette formule en est venue à être reprise, dans le cadre d'une pratique ultérieure, dans de nombreux manuels militaires en tant que définition générale de la "possibilité" aux fins de l'article 57 du Protocole I de 1977⁸⁵.

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

20) Aux termes de l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, «[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties». D'autre part, le paragraphe 3 a) de l'article 31 vise les accords ultérieurs «intervenu[s] entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», et ne semble pas envisager la question de l'amendement ou de la modification. Ainsi que l'Organe d'appel de l'OMC l'a déclaré:

[...] le terme «application» employé à l'article 31(3) a) se rapporte à la situation où un accord précise de quelle façon des règles existantes ou des obligations en vigueur doivent être «appliquées»; ce terme ne connote pas la création de nouvelles obligations ou la prorogation d'obligations existantes qui sont assujetties à une limitation temporelle...⁸⁶

21) Lus ensemble, l'article 31, paragraphe 3 a), et l'article 39 démontrent que les accords que les parties concluent postérieurement à la conclusion d'un traité peuvent interpréter et amender ou modifier celui-ci⁸⁷. Un accord au sens de l'article 39 ne doit pas nécessairement revêtir la même forme que le traité qu'il amende (sauf si le traité en dispose autrement⁸⁸). Comme un accord au sens de l'article 31, paragraphe 3 a), un accord au sens de l'article 39 peut être conclu par des moyens informels, ou se limiter à modifier ou suspendre les obligations énoncées dans le traité dans un ou plusieurs seulement des cas dans lesquels le traité s'applique⁸⁹. Comme l'a jugé la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*:

⁸⁵ Pour les manuels militaires de l'Argentine (1989), du Canada (2001) et du Royaume-Uni (2004), voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, supra* note 30 p. 359-360, par. 160-164 et le manuel militaire actualisé de l'Australie (2006) consultable en ligne à l'adresse (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); voir également Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann, *supra* note 73, p. 683, par. 2202.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *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.

⁸⁷ Murphy, *supra* note 68, p. 88.

⁸⁸ Aux termes de la deuxième phrase de l'article 39.

⁸⁹ Sinclair, *supra* note 3, p. 107, renvoyant à Waldock, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, supra* note 5, p. 207, par. 49-52; Villiger, *supra* note 81, p. 513, par. 7, 9 et 11; Odendahl, «Article 39. General rule regarding the amendment of treaties», dans *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O Dörr et K. Schmalenbach, dir. publ. (Springer, 2012), p. 706, par. 16.

Quels que soient sa dénomination particulière et l'instrument dans lequel il est consigné (le procès-verbal de la commission), cet «arrangement» liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi. Celles-ci étaient habilitées à s'écarter des procédures prévues par le statut de 1975, à l'occasion d'un projet donné, par l'effet d'un accord bilatéral approprié⁹⁰.

22) Il est souvent difficile de distinguer entre les accords conclus par les parties en vertu d'une disposition conventionnelle spécifique qui confère force obligatoire aux accords ultérieurs, les accords ultérieurs simples visés à l'article 31, paragraphe 3 a), qui ne sont pas nécessairement contraignants en tant que tels et, enfin, les accords portant amendement ou modification d'un traité visés aux articles 39 à 41⁹¹. La jurisprudence internationale et la pratique des États donnent à penser⁹² que les accords informels dont il est allégué qu'ils dérogent à des obligations conventionnelles doivent être interprétés de manière étroite. Il ne semble pas exister de critères formels, excepté ceux qui peuvent être énoncés dans le traité applicable lui-même, qui soient reconnus comme permettant de distinguer ces différentes formes d'accords ultérieurs. Il est toutefois clair que les États et les tribunaux internationaux sont généralement disposés à accorder aux États parties une assez large latitude pour l'interprétation d'un traité au moyen d'un accord ultérieur. Cette latitude peut même aller au-delà du sens ordinaire des termes du traité. La reconnaissance d'une telle latitude pour l'interprétation d'un traité va de pair avec la réticence des États et des tribunaux à reconnaître qu'un accord a effectivement pour effet d'amender ou de modifier un traité⁹³. Ainsi, un accord visant à modifier un traité n'est pas exclu, mais il ne doit pas non plus être présumé⁹⁴.

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

⁹⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14 et suiv., aux p. 62-63, par. 128 et 131; la Cour a ensuite conclu qu'en l'espèce ces conditions n'avaient pas été remplies, p. 62-66, par. 128 à 142.

⁹¹ Dans la pratique judiciaire, il n'est parfois pas nécessaire de déterminer si un accord a pour effet d'interpréter ou de modifier un traité, voir *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, 6 et suiv., 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»); on considère parfois qu'un accord au sens de l'article 31 3) a) peut aussi avoir pour effet de modifier un traité, Aust, *supra* note 68, p. 212 à 214, avec des exemples.

⁹² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14 et suiv., p. 63, par. 131 et 140; Crawford, *supra* note 35, p. 32; Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *La République islamique d'Iran c. les États-Unis d'Amérique*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), p. 77 et suiv., p. 125 et 126, par. 132; *ADF Group Inc. v. United States of America* (affaire No. ARB(AF)/00/1), Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, arbitrage au titre du Chapitre 11 de l'Accord nord-américain de libre-échange, 9 janvier 2003, p. 84 et 85, par. 177 (www.state.gov/documents/organization/16586.pdf); Ibid., quatrième partie, chap. C, par. 20 et 21; deuxième rapport, *supra* note 22, p. 61 à 68, par. 146 à 165.

⁹³ Il est possible que les États, dans des contextes diplomatiques et en dehors des procédures judiciaires, tendent à reconnaître plus ouvertement qu'un certain accord ou une pratique commune équivaut à une modification du traité, voir Murphy, *supra* note 68, p. 83.

⁹⁴ Ibid., p. 66, par. 140; Crawford, *supra* note 35, p. 32.

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

Un traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité⁹⁵.

24) Ce projet d'article a suscité un vif débat à la Conférence de Vienne⁹⁶. Un amendement visant à supprimer le projet d'article 38 a été mis aux voix et adopté par 53 voix contre 15, avec 26 abstentions. Après la Conférence de Vienne, on s'est demandé si le rejet du projet d'article 38 lors de la Conférence signifiait que la possibilité d'une modification d'un traité par une pratique ultérieure des parties avait ainsi été exclue. La plupart des auteurs ont conclu que les États qui avaient négocié la Convention ne souhaitaient tout simplement pas traiter cette question dans celle-ci et que les traités pouvaient, en vertu d'une règle générale du droit coutumier des traités, effectivement être modifiés par une pratique ultérieure établissant l'accord des parties à cet effet⁹⁷. Les cours et tribunaux internationaux, par contre, se sont pour la plupart abstenus de reconnaître cette possibilité depuis l'adoption de la Convention de Vienne.

25) Dans l'affaire du Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes, la Cour internationale de Justice a jugé que «la prise en compte de la pratique ultérieure des parties, au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) de la Convention de Vienne, [pouvait] conduire à s'écarter de l'intention originaire sur la base d'un accord tacite»⁹⁸. Il est difficile de dire si la Cour a ainsi voulu reconnaître que la pratique ultérieure visée à l'article 31, paragraphe 3 b) pouvait également avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité, ou si elle a simplement fait une observation sur l'interprétation des traités, à savoir que l'intention «originaire» des parties n'est pas nécessairement déterminante dans l'interprétation d'un traité. De fait, la Commission a reconnu dans le projet de conclusion 3 qu'elle a provisoirement adopté que les accords ultérieurs et la pratique ultérieure, comme d'autres moyens d'interprétation, «peuvent aider à déterminer si l'intention présumée des parties lors de la conclusion du traité était ou non d'attribuer à un terme un sens susceptible

⁹⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 257.

⁹⁶ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, *supra* note 5, p. 208 à 214; deuxième rapport, *supra* note 22, p. 52 et 53, par. 119 à 121; Distefano, *supra* note 3, p. 56 à 61.

⁹⁷ Sinclair, *supra* note 3, p. 138; Gardiner, *supra* note 3, p. 243 à 245; Yasseen, *supra* note 3, p. 51 et 52; M. Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), p. 134 à 141, p. 134; Aust, *supra* note 68, p. 213; Villiger, *supra* note 81, p. 432, par. 23; Dörr, *supra* note 4, p. 555, par. 76 (dans le même sens Odendahl, *supra* note 89, p. 702, par. 10 et 11); Distefano, *supra* note 3, p. 62 à 67; H. Thirlway, «The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 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), note 65 et d'autres références; en désaccord avec cette position, en particulier, et soulignant la solennité de la conclusion d'un traité par opposition au caractère informel de la pratique, Murphy, *supra* note 68, p. 89 à 90; voir également Hafner, *supra* note 80, p. 115 à 117 (distinguant entre les positions des tribunaux et des États, et soulignant l'importance des dispositions relatives à l'amendement dans ce contexte).

⁹⁸ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., p. 242, par. 64; voir également *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, sentence du 14 janvier 2003, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, quatrième partie, p. 231 et suiv., p. 256, par. 62; Yasseen, *supra* note 3, p. 51; Kamto, *supra* note 97, p. 134 à 141; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, (Heymann, 1963), p. 132.

d'évolution dans le temps»⁹⁹. La latitude dont bénéficie «l'interprétation» n'est donc pas nécessairement déterminée par une «intention originaire» immuable, mais doit plutôt être déterminée par la prise en compte d'un ensemble plus large de considérations, y compris certains événements ultérieurs. Ce dictum quelque peu ambigu de la Cour internationale amène à se demander jusqu'où la pratique ultérieure visée à l'article 31, paragraphe 3 b) peut contribuer à «l'interprétation», et si cette pratique peut avoir pour effet d'amender ou de modifier un traité. Effectivement, faire le départ entre l'interprétation et l'amendement ou la modification d'un traité est en pratique souvent «difficile, sinon impossible»¹⁰⁰.

26) Mis à part son dictum dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*¹⁰¹, la Cour internationale de Justice n'a pas expressément reconnu qu'une pratique ultérieure particulière avait eu pour effet de modifier un traité. On le constate, en particulier, à la lecture de ses avis consultatifs concernant la *Namibie* et l'*Édification d'un mur*, dans lesquels elle a reconnu qu'une pratique ultérieure avait un effet important sur la détermination du sens du traité mais n'est pas allée jusqu'à reconnaître expressément qu'une telle pratique avait entraîné un amendement ou une modification du traité¹⁰². Comme ces avis concernaient des traités portant création d'une organisation internationale, il semble difficile d'en déduire une règle générale du droit des traités. Les accords ultérieurs et la pratique ultérieure relatifs aux organisations internationales feront l'objet d'un prochain rapport¹⁰³.

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

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 droit¹⁰⁴.

28) La Cour a constaté l'existence d'un tel acquiescement dans l'affaire concernant le Temple de Preah Vihear, dans laquelle elle a accordé un poids décisif au fait qu'une partie (la France) avait clairement affirmé sa souveraineté, ce qui, selon elle, exigeait une réaction

⁹⁹ Projet de conclusion 3, (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV.C.1) et commentaire du projet de conclusion 3, par. 1 à 18 (*ibid.*, chap. IV.C.2).

¹⁰⁰ Sinclair, *supra* note 3, p. 138; Gardiner, *supra* note 3, p. 243; Murphy, *supra* note 68, p. 90; 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; Karl, *supra* note 4, p. 42 et 43; J.-M. Sorel et V. Boré Eveno, «Art. 31: Convention of 1969», *The Vienna Conventions on the Law of Treaties - A Commentary*, dans O. Corten et P. Klein, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 825, par. 42; Dörr, *supra* note 4, p. 555, par. 76; ceci est vrai même si les deux processus peuvent théoriquement être considérés comme deux processus juridiques «tout à fait distincts», voir l'opinion dissidente jointe par le juge Parra-Aranguren à l'arrêt *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045 et suiv., p. 1212 et 1213, par. 16; dans le même sens, Hafner, *supra* note 80, p. 114; Linderfalk, *supra* note 4, p. 168.

¹⁰¹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., p. 242, par. 64.

¹⁰² Thirlway, *supra* note 97, p. 64.

¹⁰³ Voir, dès maintenant, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 10 (A/67/10)*, p. 124, par. 238, et, *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, annexe A, p. 383, par. 42.

¹⁰⁴ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée Équatoriale (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303 et suiv., p. 353, par. 68.

de l'autre partie (la Thaïlande)¹⁰⁵. Cet arrêt a toutefois été rendu avant l'adoption de la Convention de Vienne et donc les États en ont tenu compte, au moins implicitement, dans le cadre de leurs travaux à la Conférence de Vienne¹⁰⁶. Cet arrêt ne va pas non plus jusqu'à reconnaître expressément la modification d'un traité par une pratique ultérieure, puisque la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la frontière tracée sur la carte française était compatible avec la ligne de partage des eaux sur laquelle les deux États s'étaient mis d'accord dans le traité frontalier originaire – bien que l'on suppose souvent que tel n'était pas le cas¹⁰⁷.

29) Ainsi, tout en évoquant la possibilité qu'un traité puisse être modifié par la pratique ultérieure des parties, la Cour internationale de Justice n'a pas jusqu'ici expressément reconnu qu'une telle possibilité s'était effectivement réalisée dans une affaire donnée. Elle a préféré retenir des interprétations qui étaient difficiles à concilier avec le sens ordinaire du texte du traité mais qui coïncidaient avec la pratique identifiée des parties¹⁰⁸. Les décisions en sens contraire de tribunaux arbitraux ont été soit qualifiées d'«exceptions isolées»¹⁰⁹ soit rendues avant la Conférence de Vienne et critiquées lors de celle-ci¹¹⁰.

30) L'Organe d'appel de l'OMC a indiqué clairement qu'il n'accepterait pas une interprétation entraînant une modification d'une obligation conventionnelle, parce que ceci ne serait pas une «application» d'une disposition conventionnelle existante¹¹¹. La position

¹⁰⁵ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6 et suiv., p. 30: «un accusé de réception très net ressort incontestablement de la conduite de la Thaïlande ... il est clair que les circonstances étaient de nature à appeler ... une réaction»; «On pourrait difficilement imaginer une affirmation plus nette de titre de souveraineté du côté franco-indochinois», et cela «appelait une réaction».

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 6 et suiv., p. 26: «fait qui, s'il est exact, devait être tout aussi évident en 1908». Le juge Parra-Aranguren a déclaré que l'affaire du Temple de Préah Vihéar démontrait «que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité». *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045 et suiv., p. 1212 et 1213, par. 16 (opinion dissidente de M. Parra-Aranguren); Buga, *supra* note 97, note de bas de page 113.

¹⁰⁸ En particulier, l'avis relatif à la Namibie a été lu comme impliquant que la pratique ultérieure avait modifié l'article 27 paragraphe 3 de la Charte des Nations Unies, Alain Pellet, art. 38, dans *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, A. Zimmermann *et al.*, dir. publ., 2^e éd. (Oxford, Oxford University Press), 2012), p. 844, par. 279; cf. deuxième rapport, *supra* note 22, p. 53 et 54, par. 124 à 126.

¹⁰⁹ 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 au sujet de la *Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, 13 avril 2002, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 83 et suiv., p. 110 et 111, par. 3.6 à 3.10; voir également *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba entre l'Égypte et Israël*, 29 septembre 1988, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 1 et suiv., p. 56, par. 209 et 210 dans laquelle le Tribunal arbitral a jugé, dans un *obiter dictum*, «qu'en cas de contradiction, la ligne frontière démarquée prévaudrait sur l'Accord»; mais voir R. Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14, 2004, p. 20.

¹¹⁰ *Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France* (Interprétation de l'Accord de services de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique et la France), 22 décembre 1963, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 5 et suiv., p. 62 et 63; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, *supra* note 5, p. 208, par. 58 (Japon); Murphy, *supra* note 68, p. 89.

¹¹¹ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *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.

de l'Organe d'appel est peut-être influencée par l'article 3.2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, aux termes duquel «[l]es recommandations et décisions de l'[Organe de règlement des différends] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés».

31) La Cour européenne des droits de l'homme a, à l'occasion, reconnu que la pratique ultérieurement suivie par les parties pouvait être à l'origine d'une modification de la Convention. Dans un *obiter dictum* dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni* (1989), la Cour a jugé qu'une pratique établie au sein des États membres pourrait donner lieu à une modification de la Convention. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une pratique ultérieure en matière de politique pénale nationale, sous la forme d'une abolition généralisée de la peine capitale, pourrait témoigner de l'accord des États contractants pour abroger l'exception ménagée par le paragraphe 1 de l'article 2, donc pour supprimer une limitation explicite aux perspectives d'interprétation évolutive de l'article 3 (*ibid.*, par. 103)¹¹².

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

Tous les États membres sauf deux ont désormais signé le Protocole no 13 à la Convention, et parmi les signataires, tous sauf trois l'ont ratifié. Ces chiffres, combinés à la pratique constante des États qui observent le moratoire sur la peine capitale, tendent fortement à démontrer que l'article 2 de la Convention interdit aujourd'hui la peine de mort en toutes circonstances. Dans ce contexte, la Cour estime que le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 2 n'interdit plus d'interpréter les mots «peine ou traitement inhumain ou dégradant» de l'article 3 comme s'appliquant à la peine de mort (*Soering*, précité, par. 102 à 104)¹¹³.

33) La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux autorise les conclusions suivantes. La jurisprudence de l'OMC donne à penser qu'un traité peut exclure que la pratique ultérieure des parties ait un effet modificateur. Ainsi, c'est le traité lui-même qui, au premier chef, régit la question. À l'inverse, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme donnent à penser qu'un traité peut permettre à la pratique ultérieure des parties d'avoir un effet modificateur. Ainsi, en dernière analyse, cela dépend beaucoup du traité ou des dispositions conventionnelles concernées¹¹⁴.

34) La situation est plus compliquée dans le cas des traités qui ne donnent aucune indication en la matière. Aucune règle résiduelle claire ne peut être déduite de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en ce qui concerne de tels cas. On peut toutefois conclure que la Cour, tout en estimant que la possibilité qu'un traité soit modifié par la pratique ultérieure des parties «ne [pouvait] être entièrement exclue en droit»¹¹⁵, considère qu'il convient, dans la mesure du possible, d'éviter de conclure à une telle modification. La Cour préfère retenir des interprétations larges, susceptibles de solliciter le sens ordinaire des termes du traité.

35) Cette conclusion à partir de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice correspond à certaines considérations exprimées lors des débats qu'ont tenus les États sur le

¹¹² *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 2 mars 2010, requête n° 61498/08, CEDH 2010, par. 119, citant l'affaire *Öcalan c. Turquie* [GC], 12 mai 2005, requête n° 46221/99, CEDH 2005-IV.

¹¹³ *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.

¹¹⁴ Buga, *supra* note 97, notes de bas de page 126 à 132.

¹¹⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée Équatoriale (intervenante))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 303 et suiv., p. 353, par. 68.

projet d'article 38 de la Convention de Vienne¹¹⁶. Aujourd'hui, l'idée que les procédures d'amendement prévues dans un traité ne doivent pas être contournées par des moyens informels semble avoir pris le pas sur l'observation générale, également vraie, voulant que souvent le droit international n'est pas aussi formaliste que le droit interne¹¹⁷. Le souci exprimé par un plusieurs États à la Conférence de Vienne, à savoir que la possibilité de modifier un traité par une pratique ultérieure risquait de créer des difficultés en droit constitutionnel interne, a depuis lors également gagné en pertinence¹¹⁸. De plus, si le principe *pacta sunt servanda* n'est pas formellement remis en question par un amendement ou une modification d'un traité par la pratique ultérieure de toutes les parties, il est également vrai que la stabilité des relations conventionnelles risque d'être compromise si un moyen informel permettant d'identifier un accord comme constituant une pratique ultérieure pouvait aisément modifier un traité¹¹⁹.

36) En conclusion, si, en l'absence dans le traité d'indications d'effet contraire, l'idée qu'une pratique ultérieure établissant l'accord des parties peut théoriquement entraîner des modifications d'un traité jouit d'un certain appui dans la jurisprudence internationale, la réalisation effective de cette possibilité ne saurait être présumée. En pratique, les États et les tribunaux préfèrent ne ménager aucun effort pour voir dans une pratique ultérieure établissant l'accord des parties un effort pour interpréter le traité d'une manière particulière. De tels efforts pour interpréter un traité de manière large sont possibles car l'article 31 de la Convention de Vienne n'accorde la primauté à aucun des moyens particuliers d'interprétation qu'il vise, mais exige de l'interprète qu'il tienne compte de tous les moyens d'interprétation selon qu'il est approprié¹²⁰. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure une interprétation évolutive de la disposition conventionnelle concernée est possible est importante¹²¹.

¹¹⁶ Second Report, *supra* note 22, p. 52 et 53, par. 119 à 121.

¹¹⁷ Murphy, *supra* note 68, p. 89; Simma, *supra* note 100, p. 47; Hafner, *supra* note 80, p. 115 à 117; J.E. 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.

¹¹⁸ Voir *NATO Strategic Concept Case*, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt du 19 juin 2001, requête 2 BvE 6/99 (traduction anglaise disponible à l'adresse www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), par. 19 à 21; S. Kadelbach, «Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level», p. 145 à 148; Alvarez, *supra* note 117, 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. 165-166, l'ensemble dans *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2013).

¹¹⁹ Voir, par exemple, Kohen, *supra* note 106, p. 274 (en particulier en ce qui concerne les traités frontaliers).

¹²⁰ Projet de conclusion 1, par. 5, et commentaire y relatif (A/68/10, chap. IV, sect. C.1 et sect. C.2); Hafner, *supra* note 80, p. 117; certains auteurs considèrent que l'éventail de ce qui est concevable en tant qu'«interprétation» est plus large dans le cas d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure relevant de l'article 31, paragraphe 3 que dans le cas des interprétations par d'autres moyens d'interprétation, y compris l'éventail des interprétations évolutives par les cours et tribunaux, par exemple, Gardiner, *supra* note 3, p. 243; Dörr, *supra* note 4, p. 555, par. 76.

¹²¹ Dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, par exemple, la Cour internationale de Justice a pu laisser ouverte la question de savoir si le terme «comercio» avait été modifié par la pratique ultérieure des parties puisqu'elle avait décidé qu'il était possible de donner à ce terme une interprétation évolutive, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 213 et suiv., p. 242 et 243, par. 64 à 66.

Projet de conclusion 8
Poids des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure
comme moyens d'interprétation

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

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

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

Commentaire

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

2) Le paragraphe 1 concerne le poids d'un accord ultérieur ou d'une pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 et il traite donc à la fois de l'alinéa *a* et de l'alinéa *b* d'un point de vue général. Le paragraphe 1 indique que le poids à accorder à un accord ultérieur ou une pratique ultérieure comme moyen d'interprétation dépend, entre autres, de sa clarté et de sa spécificité. L'utilisation de l'expression «entre autres» indique que ces critères ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. D'autres critères peuvent concerner le moment où l'accord a été conclu ou celui où la pratique est intervenue¹²², l'importance accordée par les parties à un accord particulier ou une pratique particulière, ou la charge de la preuve applicable.

3) Le poids à accorder dans l'interprétation aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieure par rapport aux autres moyens d'interprétation dépend souvent de leur spécificité en relation avec le traité concerné¹²³. Ceci 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)¹²⁴. La sentence du tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Plama c. Bulgarie* est instructive:

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

¹²² Dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, la Cour a privilégié la pratique qui était la plus proche de l'entrée en vigueur, *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, C.I.J., arrêt du 27 janvier 2014, disponible à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf, p. 47, par. 126.

¹²³ Murphy, *supra* note 68, p. 91.

¹²⁴ Voir, par exemple, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 38 et suiv., 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 et suiv., p. 259, par. 74; OMC, rapport du Groupe spécial *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, WT/DS350/R, 1^{er} octobre 2008, OMC, rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, par. 625.

judicieuse de la pratique suivie par la Bulgarie pour conclure des traités d'investissement postérieurement à la conclusion en 1987 de son traité bilatéral d'investissements avec Chypre. Dans les années 1990, après que le régime communiste eut changé en Bulgarie, le pays a commencé à conclure des traités bilatéraux d'investissement contenant des dispositions relatives au règlement des différends beaucoup plus libérales, y compris le recours à l'arbitrage du CIRDI. Toutefois, cette pratique n'est pas particulièrement pertinente en l'espèce puisque les négociations ultérieures entre la Bulgarie et Chypre indiquent que ces parties contractantes n'entendaient pas donner à la disposition NPF le sens qui aurait pu autrement être déduit de la pratique conventionnelle ultérieure de la Bulgarie. La Bulgarie et Chypre ont négocié une révision de leur traité bilatéral d'investissement en 1998. Les négociations n'ont pas abouti mais ont expressément envisagé une révision des dispositions relatives au règlement des différends (...). On peut déduire de ces négociations que les Parties contractantes du traité bilatéral d'investissement ne considéraient pas elles-mêmes que la disposition NPF s'appliquât aux dispositions relatives au règlement des différends figurant dans d'autres traités bilatéraux d'investissement¹²⁵.

4) Si la Cour internationale de Justice et les tribunaux arbitraux tendent à accorder davantage de poids dans l'interprétation à la pratique ultérieure assez spécifique des États, la Cour européenne des droits de l'homme procède souvent à des évaluations comparatives larges et parfois approximatives du droit interne ou des positions adoptées par les États au plan international¹²⁶. Dans ce dernier contexte, il ne faut pas oublier que les droits et obligations énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme doivent être correctement transposés, moyennant la marge d'appréciation autorisée, dans le droit, la pratique exécutive et les accords internationaux de l'État partie concerné. À cette fin, des similarités suffisamment marquées dans la législation nationale des États parties peuvent être pertinentes pour déterminer la portée d'un droit de l'homme ou la nécessité des restrictions qui y sont apportées. De plus, le caractère de certains droits ou obligations joue parfois en faveur de la prise en considération d'une pratique moins spécifique. Par exemple, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre*, la Cour a jugé ce qui suit:

Il ressort clairement des dispositions de ces deux instruments que les États contractants, parmi lesquels figurent tous les États membres du Conseil de l'Europe, ont estimé que seule une combinaison de mesures traitant les trois aspects du problème pouvait permettre de lutter efficacement contre la traite (...) L'obligation de pénaliser et de poursuivre la traite n'est donc qu'un aspect de l'engagement général des États membres à lutter contre ce phénomène. La portée des obligations positives découlant de l'article 4 [relatif à l'interdiction du travail forcé] doit être envisagée dans le contexte plus large de cet engagement¹²⁷.

5) D'autre part, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, la Cour a observé «que l'on [pouvait] dire qu'un consensus international se [faisait] jour au sein des États contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie (...)»¹²⁸, mais elle a finalement déclaré qu'elle n'était «pas convaincue que ce consensus [fût] suffisamment

¹²⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (TBI Chypre/Bulgarie), décision relative à la compétence, CIRDI affaire n° ARB/03/24 (ECT) (8 février 2005), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), p. 262 et suiv., p. 323 et 324, par. 195.

¹²⁶ 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 n° 10581/83, CEDH Série A, n° 142, par. 46.

¹²⁷ *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, requête n° 25965/04, CEDH 2010, par. 273 et 274 et 285.

¹²⁸ *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], 18 janvier 2001, requête n° 27238/95, CEDH 2001-I, par. 93.

concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants consid[é]raient] comme souhaitables dans une situation donnée»¹²⁹.

6) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 8 traite uniquement de la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b) et indique que le poids à lui accorder dépend également de la mesure dans laquelle elle est répétée et de la manière dont elle est répétée. La formule «de la mesure dans laquelle cette pratique est répétée et de la manière dont elle est répétée» renvoie à l'élément temporel et au caractère de la répétition. Elle indique, par exemple, qu'en fonction du traité concerné, davantage qu'une répétition simplement technique ou irréfléchie d'une pratique peut contribuer à la valeur de celle-ci pour l'interprétation dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3 b). L'élément temporel et le caractère de la répétition servent aussi à indiquer le «fondement» d'une position particulière des parties concernant l'interprétation d'un traité. De plus, la non-application d'un accord ultérieur peut également donner à penser qu'il n'a guère de poids comme moyen d'interprétation au regard de l'article 31, paragraphe 3 a)¹³⁰.

7) La question de savoir si une «pratique ultérieure» au sens de l'article 31, paragraphe 3 b)¹³¹, doit être davantage qu'une application isolée du traité a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire Japon – Boissons alcooliques II:

[U]ne pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations «concordants, communs et d'une certaine constance», suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité¹³².

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

9) La Cour internationale de Justice, d'autre part, a appliqué l'article 31, paragraphe 3 b) avec davantage de souplesse, sans ajouter de nouvelles conditions. Ceci est vrai, en particulier, de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu¹³³. D'autres juridictions internationales ont pour l'essentiel suivi l'approche de la Cour

¹²⁹ Ibid., par. 94.

¹³⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14 et suiv., p. 63, par. 131.

¹³¹ Projet de conclusion 4, par. 2 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 10 (A/68/10)*, chap. IV.C.1).

¹³² 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. 12 et 13.

¹³³ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045 et suiv., p. 1075-1076, par. 47 et 50 et p. 1087, par. 63; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6 et suiv., p. 34 à 37, par. 66 à 71.

internationale de Justice. Tel est le cas du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran¹³⁴ et de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁵.

10) La différence entre le critère formulé par l'Organe d'appel de l'OMC d'une part et l'approche de la Cour internationale de Justice de l'autre est toutefois plus apparente que réelle. L'Organe d'appel de l'OMC semble avoir tiré la formule «concordant, commun et d'une certaine constance» d'une publication¹³⁶ selon laquelle «la valeur de la pratique ultérieure dépendra naturellement de la mesure dans laquelle elle est concordante, commune et d'une certaine constance»¹³⁷. La formule «concordante, commune et d'une certaine constance» donne ainsi une indication quant aux circonstances dans lesquelles la pratique ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), aura plus ou moins de poids comme moyen d'interprétation dans un processus d'interprétation, mais elle n'exige pas une fréquence particulière de la pratique¹³⁸. L'Organe d'appel de l'OMC lui-même a à l'occasion adopté cette position nuancée¹³⁹.

11) La Commission, tout en estimant que la formule «concordante, commune et d'une certaine constance» peut être utile pour déterminer le poids à accorder à la pratique ultérieure dans une affaire donnée, considère également qu'elle n'est pas suffisamment établie pour définir un seuil minimum quant à l'applicabilité de l'article 31, paragraphe 3 b), et qu'elle risque d'être considérée à tort comme indument prescriptive. Finalement, la Commission continue de penser que «[l]a valeur de la pratique ultérieure varie suivant la mesure où elle traduit les vues communes aux parties sur le sens des termes»¹⁴⁰. Ceci implique qu'une pratique isolée des parties établissant leur accord sur

¹³⁴ Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *La République islamique d'Iran c. les États-Unis d'Amérique*, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), p. 77 et suiv., p. 116 à 126, par. 109 à 133.

¹³⁵ *Soering*, *supra* note 23, par. 103; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, requête No. 15318/89, CEDH, Série A, n° 310, par. 73 et 79 à 82; *Bankovic*, *supra* note 26, par. 56 et 62; en ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux du CIRDI, voir O.K. Fauchald, «The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis», *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 2 (2008), p. 345; voir également A. Roberts, «Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States», *American Journal of International Law*, vol. 104, 2010, p. 207 à 215.

¹³⁶ I. Sinclair, *supra* note 3, p. 137; voir également Yasseen, *supra* note 3, p. 48 à 49; si le terme «commune» est tiré des travaux de la Commission du droit international, l'expression «d'une certaine constance» et «concordante» sont des conditions que Yasseen identifie en poursuivant son raisonnement; voir *Annuaire de la Commission du droit international, 1966*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.67.V.2), p. 98 et 99, par. 17 et 18 et p. 221, par. 15.

¹³⁷ I. Sinclair, *supra* note 3, p. 137; Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), *La République islamique d'Iran c. les États-Unis d'Amérique*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), p. 77 et suiv., p. 118, par. 114.

¹³⁸ *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, partie II, p. 53 et suiv., p. 187, par. 169; J.-P. Cot, «La conduite subséquente des parties a un traité», *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, p. 644 à 647 («valeur probatoire»); Distefano, *supra* note 3, p. 46; Dörr, *supra* note 4, p. 556, par. 79; voir aussi les plaidoiries devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, CR 2012/33, p. 32-36, par. 7-19 (Wood), disponible à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, p. 13-18, par. 6-21 (Wordsworth), disponible à l'adresse www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ *Annuaire de la Commission du droit international, 1966*, vol. II, p. 242, par. 15; Cot, *supra* note 138, p. 652.

l'interprétation doit être prise en considération en application de l'article 31, paragraphe 3 b)¹⁴¹.

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

Toutefois, nous estimons que les Communautés européennes amalgament la question préliminaire de savoir ce qui peut être considéré comme une «circonstance» dans laquelle un traité a été conclu et la question distincte de la détermination du degré de pertinence qui peut être attribué à une circonstance donnée, aux fins de l'interprétation au titre de l'article 32¹⁴².

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

premièrement, le Groupe spécial n'a pas examiné la pratique de classement en vigueur dans les Communautés européennes pendant les négociations du Cycle d'Uruguay en tant que moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne; et, deuxièmement, la valeur de la pratique de classement en tant que moyen complémentaire d'interprétation ...¹⁴³

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

Ces facteurs comprennent le type d'événement, de document ou d'instrument et sa nature juridique; la relation temporelle entre la circonstance et la conclusion du traité; une connaissance effective ou le simple accès à un acte ou instrument publié; le sujet du document, de l'instrument ou de l'événement en relation avec la disposition conventionnelle à interpréter; et le point de savoir si ou comment ceux-ci ont été utilisés dans la négociation du traité ou l'ont influencée (...).¹⁴⁴

13) Si l'Organe d'appel n'a pas utilisé le terme «spécificité», il s'est référé aux critères mentionnés ci-dessus. Au lieu de la clarté, l'Organe d'appel s'est référé à la «constance» et il a déclaré que la constance ne devait pas être considérée comme fixant un point de repère mais bien prise en compte pour déterminer le degré de pertinence. «Une pratique de

¹⁴¹ En pratique, une pratique isolée sera souvent insuffisante pour établir un accord des parties concernant l'interprétation du traité; toutefois, en règle générale, la pratique ultérieure au sens de l'article 31, par. 3 b) ne doit pas nécessairement être répétée mais seulement attester l'existence d'un accord concernant l'interprétation. La probabilité qu'un accord soit établi par une pratique isolée dépend ainsi de l'acte et du traité en question, voir E. Lauterpacht, «The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 152, 1976, p. 381 et suiv., p. 457; Linderfalk, *supra* note 4, p. 166; C. F. Amerasinghe, «Interpretation of Texts in Open International Organizations», *British Yearbook of International Law* vol. 65, n° 1 (1994), p. 175 et suiv., p. 199; Villiger argumente en faveur d'une certaine fréquence, mais souligne que l'important est qu'un accord soit établi, Villiger, *supra* note 81, p. 431, par. 22. Selon Yasseen et Sinclair, une pratique ne peut «en général» être établie par un acte unique, M. K. Yasseen, *supra* note 3, p. 47; I. Sinclair, *supra* note 3, p. 137; voir Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 307 et suiv., p. 310.

¹⁴² OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 297.

¹⁴³ 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. 92.

¹⁴⁴ OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 291.

classement antérieure cohérente peut souvent être pertinente. Une pratique de classement incohérente, par contre, ne peut pas être pertinente pour interpréter une concession tarifaire»¹⁴⁵.

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

«Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'une des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance.»¹⁴⁶.

¹⁴⁵ OMC, rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 307; voir également 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.

¹⁴⁶ 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.