

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

*La Cour a manqué une occasion de clarifier un point de droit controversé en ne traitant pas la question de savoir si l'exceptio non adimpleti contractus, que le défendeur a présentée comme un «moyen de défense» contre l'accusation selon laquelle il aurait commis une violation conventionnelle, moyen à la fois différent et devant être distingué de l'invocation de l'article 60 de la convention de Vienne de 1969 et de la justification par lui de son opposition à l'admission de l'ERYM à l'OTAN en tant que contre-mesure, conserve une place en droit international — A cette question, la Cour aurait dû répondre sans réserve par la négative: l'article 60 de la convention de Vienne doit être considéré comme traitant de manière exhaustive le droit, qui découle d'une règle primaire du droit des traités, de suspendre l'exécution d'une obligation conventionnelle en réaction à une violation antérieure commise par une autre partie — Une contre-mesure prise en pareille situation pourrait, pour un observateur extérieur, se révéler difficile à distinguer du jeu de l'article 60; elle serait cependant fondée sur une règle secondaire relevant de la responsabilité de l'Etat et, partant, soumise à un régime juridique différent.*

1. Je souscris aux conclusions de la Cour en ce qui concerne tant sa compétence que le fond de l'affaire. Ma seule source de préoccupation réside dans la manière dont est traité dans l'arrêt un argument particulier avancé par le défendeur, à savoir la question de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

2. Afin de m'expliquer sur ce point et de le resituer dans son contexte, je rappellerai ce qui suit. Le principal moyen de défense de la Grèce contre l'accusation formulée par le demandeur selon laquelle elle aurait, par son comportement relatif à la question de l'admission de l'ERYM à l'OTAN, violé l'accord intérimaire consistait, de toute évidence, à nier totalement pareille violation et à affirmer qu'elle s'était conformée aux obligations lui incombant aux termes de l'accord. La Grèce a cependant aussi avancé l'argument subsidiaire selon lequel, même si la Cour devait conclure qu'elle a violé l'accord intérimaire, l'illicéité de son opposition à l'admission de l'ERYM à l'OTAN serait exclue par — pas moins de — trois justifications (qualifiées de «moyens de défense subsidiaires»), présentées avec plus ou moins de conviction et donc, d'une certaine façon, plus ou moins convaincantes, mais reposant toutes sur l'allégation de violations antérieures de l'accord intérimaire commises par la République de Macédoine: premièrement, la doctrine de l'*exceptio non adimpleti contractus*; deuxièmement, le fait que l'opposition de la Grèce pourrait, sur le fondement du droit des traités, s'expliquer comme une réponse à des violations substantielles de l'accord commises par l'ERYM; et, troisièmement, le fait que le comportement de la Grèce pourrait également être considéré comme une contre-mesure — reconnue légitime par le droit de la responsabilité de l'Etat —, prise en réaction aux violations antérieures commises par l'ERYM.

3. La Cour a, en dernière analyse, rejeté l'ensemble de ces moyens de défense, et ce, à juste titre. Elle l'a fait pour deux raisons : premièrement, elle n'a pu identifier qu'un seul cas, isolé, de violation de l'accord intérimaire par le demandeur, violation à laquelle il a été mis fin après que le défendeur s'en fut inquiété (arrêt, par. 148-151, 160) et dont la Cour n'a pas jugé qu'elle avait été substantielle (*ibid.*, par. 163); deuxièmement, il est souligné dans l'arrêt que la Grèce n'est jamais parvenue à convaincre la Cour que son opposition à l'admission de la Macédoine à l'OTAN avait un quelconque rapport factuel avec les violations antérieures de l'accord que le demandeur aurait commises — c'est-à-dire que cette opposition constituait une réponse auxdites violations —, ce qui aurait pu servir de base aux différentes justifications avancées (*ibid.*, par. 161, 163-164). Je souscris pleinement à cette conclusion. En effet, j'ai la conviction que, dans la période qui a précédé le sommet de l'OTAN de Bucarest et au moment de ce sommet, c'est-à-dire lorsque la Grèce s'est opposée à l'admission de l'ERYM à l'Alliance en violation de l'accord intérimaire, aucun des responsables de cette ligne de conduite à Athènes n'a conçu ladite opposition comme l'une quelconque des réactions prévues par le droit international afin de contrecarrer une violation conventionnelle antérieure commise par le demandeur — ainsi que cela a été présenté a posteriori par les conseils de la Grèce en la présente instance —, que ce soit sous l'angle de l'*exceptio*, en tant que réaction à une violation telle qu'autorisée par le droit des traités, ou en tant que contre-mesure au sens technique du terme. J'ai peine à considérer les actes accomplis par la Grèce en 2008 autrement que comme une tentative motivée par des raisons politiques de contraindre l'ERYM à céder sur la question du nom. Ce n'est qu'après avoir été attiré devant la Cour que le défendeur a tenté *ex post facto* de dissimuler, d'une manière quelque peu désespérée et non sans une pointe d'embarras, cette démonstration de force politique constitutive d'une violation conventionnelle derrière le voile pudique des trois moyens de défense, qui ont été présentés comme «subsidiaries» par de fort talentueux conseils (mais *ad impossibilia nemo tenetur*). Dans le présent arrêt, ces arguments ont été traités comme il convenait.

4. J'en viens maintenant au point particulier qui me préoccupe dans l'approche de la Cour, à savoir l'analyse qui est faite dans l'arrêt de la doctrine de l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui, ainsi que je viens de le préciser, a été avancée par la Grèce en tant que justification distincte et différente des deux autres «moyens de défense» d'une réponse à une violation conventionnelle, respectivement présentés comme relevant du droit des traités et du droit de la responsabilité de l'Etat. A cet égard, le défendeur a estimé que l'*exceptio* était un «principe général de droit international» l'autorisant à suspendre l'exécution de celles de ses obligations qui sont réciproques aux dispositions fondamentales de l'accord intérimaire que le demandeur n'aurait pas respectées — dispositions auxquelles ces obligations seraient, autrement dit, unies par un lien synallagmatique (la position grecque est exposée au paragraphe 115 de l'arrêt). De plus (et fort commodément), le défendeur a soutenu que «les conditions permet-

tant d'invoquer l'exception d'inexécution [étaient] différentes de celles qui entraînent la suspension d'un traité ou excluent l'illicéité par le jeu des contre-mesures, et [qu']elles [étaient] moins rigides» (contre-mémoire de la Grèce, par. 8.7); c'est pourquoi «il n'y a pas lieu de notifier [l'*exceptio*] ou d'en prouver le bien-fondé au préalable... Il n'existe tout simplement pas de condition de nature procédurale pour ajourner l'exécution d'une obligation lorsque l'on fait valoir l'*exceptio*.» (*Ibid.*, par. 8.26.)

5. Le demandeur, quant à lui, a émis des doutes sur le fait que l'*exceptio* fût un principe général de droit international et contesté l'affirmation de la Grèce selon laquelle ses propres obligations au titre de l'accord intérimaire devaient être considérées comme ayant un lien synallagmatique avec l'obligation du défendeur de ne pas s'opposer, telle qu'énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 de l'accord. Selon l'ERYM, l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 énonce un ensemble complet de règles et de procédures régissant les réponses à des violations substantielles en vertu du corpus juridique en question. Par ailleurs, le demandeur n'a pas souscrit à l'idée selon laquelle l'*exceptio* pourrait justifier l'inexécution d'obligations conventionnelles au regard du droit de la responsabilité de l'Etat (les vues de l'ERYM sont résumées au paragraphe 117 de l'arrêt).

6. Face à pareilles positions contradictoires sur des points de droit — les arguments formulés à cet égard par le défendeur, même s'ils confinent parfois au spécieux, occupant une place non négligeable dans l'exposé de sa thèse —, on se serait attendu à ce que la Cour examine le cœur du problème et se livre à un exercice approfondi de clarification du statut juridique et de l'interdépendance des trois «moyens de défense» invoqués par la Grèce. La Cour n'en a cependant rien fait, ce qui ne manquera pas de décevoir, une fois encore, les observateurs qui appelaient peut-être de leurs vœux certains éclaircissements sur des questions juridiques plutôt controversées ainsi qu'une décision un tant soit peu moins «transactionnelle» dans un domaine dans lequel elle aurait pu se permettre de faire entendre sa voix. En ce qui concerne, en particulier, l'*exceptio non adimpleti contractus*, il apparaît clairement que la Cour craint de prendre position. Voyons la manière dont elle a examiné cette doctrine, telle qu'invoquée par la Grèce : comme je l'ai déjà indiqué, elle a rappelé que le défendeur n'avait pas établi l'existence de violations de l'accord intérimaire, hormis dans un cas sans grande importance, et qu'il n'avait pas démontré qu'existait un lien entre cette unique violation et son opposition à l'admission du demandeur à l'OTAN. Et la Cour de poursuivre comme suit :

«Le défendeur n'a donc pas établi qu'il avait été satisfait, en l'espèce, aux conditions, énoncées par lui-même, qui seraient requises pour que l'*exceptio* s'applique. Dès lors, il n'est pas nécessaire que la Cour détermine si cette théorie fait partie du droit international contemporain.» (Arrêt, par. 161 ; les italiques sont de moi.)

Et voilà expédié le principe *jura novit curia*. Pourquoi une telle *Berührungssangst*?

7. En ce qui me concerne, il n'est pas impossible que je me sois immunié contre cette apparente haptophobie de la Cour dès mes premiers travaux universitaires, puisque que c'est à la question des violations conventionnelles et des réponses à ces violations que j'ai consacré mon premier article de doctrine en anglais il y a plus de quarante ans<sup>1</sup>. Aussi me permettra-t-on peut-être, en toute modestie, de mettre les choses au point et de tenter de pallier le silence de la Cour quant au sort réservé à l'*exceptio* et au «droit à la vie» de cette doctrine, en formulant les brèves observations suivantes<sup>2</sup>.

8. Dans son contre-mémoire, le défendeur donne de l'*exceptio* la définition qui figure à l'entrée correspondante dans le *Dictionnaire de droit international public*:

«Littéralement: «exception de contrat non rempli». Exception que peu(ven)t invoquer la (ou les) Partie(s) lésée(s) en raison de la non-exécution d'un engagement conventionnel par une autre Partie contractante et qui l'autorise à ne pas appliquer à son tour tout ou partie de cet engagement conventionnel.» (Contre-mémoire de la Grèce, par. 8.8.)

9. La Grèce distingue l'*exceptio* ainsi définie de l'article 60 de la convention de Vienne. Selon elle, alors que l'article 60 suppose qu'aient été commises des violations substantielles, l'*exceptio* autorise un Etat à suspendre l'exécution de ses propres obligations à l'égard d'un autre Etat si celui-ci a, de son côté, manqué à certaines obligations, sans que ces manquements soient constitutifs de violations substantielles (*ibid.*, par. 8.28). J'ai, par ailleurs, déjà rappelé l'autre assertion formulée par la Grèce, selon laquelle il peut être recouru à l'*exceptio* sans satisfaire à aucune condition procédurale préalable. Enfin, la Grèce soutient que «le défendeur peut invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* comme moyen de défense si le demandeur a violé certaines obligations lui incombant en vertu du traité et ce, si les dispositions concernées sont le *quid pro quo* des obligations prétendument violées par le défendeur» (*ibid.*, par. 8.31; voir également CR 2011/10, p. 30-32, par. 18-27).

<sup>1</sup> B. Simma, «Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 20, p. 5-83 (1970). Comme chacun sait, on revient toujours à ses premiers amours (en français dans le texte), et j'y suis de fait revenu dans un certain nombre de contributions ultérieures; voir B. Simma, «Zum Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung nach der Wiener Konvention von 1969», dans H. Kipp (dir. publ.), *Um Recht und Freiheit. Festschrift für F. A. Freiherr von der Heydte*, p. 615-630 (1977); «Termination and Suspension of Treaties: Two Recent Austrian Cases», *German Yearbook of International Law*, vol. 21, p. 74-96 (1978); Commentary on Article 60 (avec Christian Tams), dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, p. 1351-1378 (2011); «Reciprocity», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (édition électronique 2011).

<sup>2</sup> Ces observations sont, pour l'essentiel, fondées sur mes publications antérieures citées dans la note de bas de page précédente, auxquelles je renverrai le lecteur pour un examen plus approfondi de la question, ainsi que sur certains «travaux en cours» consacrés aux réponses à des violations conventionnelles.

10. Avant même de s'interroger sur le bien-fondé des vues de la Grèce, il apparaît d'ores et déjà que la notion d'*exceptio* découle du principe de réciprocité. L'importance que celui-ci revêt pour la «bonne santé» du droit international ne saurait être sous-estimée. La réciprocité constitue en effet un phénomène fondamental des rapports sociaux et, partant, un facteur déterminant qui contribue également au développement et à l'application du droit. Dans les systèmes juridiques nationaux les plus développés, l'idée de réciprocité a, dans une large mesure, été absorbée et supplantée par des normes et institutions spécifiques; la réciprocité immédiate, instinctive, brute y a, pour ainsi dire, été «domestiquée». Cependant, moins un ordre juridique est institutionnalisé, plus les mécanismes de réciprocité directe prévaudront en tant que tels. C'est pourquoi le principe en question conserve sa pertinence en droit international, et ce, bien que celui-ci soit incontestablement en train de passer du bilatéralisme à l'intérêt collectif: tant que l'ordre juridique international ne sera pas doté de mécanismes de contrainte centralisés à la fois réguliers et généraux — et devra donc s'accommoder de l'autodétermination et de l'autoprotection —, la réciprocité demeurera un *leitmotiv* essentiel, tantôt en tant que force constructive garantissant la stabilité du droit, tantôt en tant que menace à cette stabilité même. La réciprocité, qui est à la base du droit international, a donc deux visages: cette seule et même idée peut aussi bien servir de moteur dans l'élaboration et la préservation du droit que se révéler l'élément déclenchant d'un effondrement de l'ordre juridique. Si l'on s'attache à l'effet positif de ce phénomène, c'est l'intérêt réciproque dans le respect des règles — «chaque ... Etat qui fait partie de la communauté des nations acceptant de renoncer à une partie de sa souveraineté pleine et entière en échange de concessions similaires de la part des autres»<sup>3</sup> — qui constituera l'un, si ce n'est le principal, des facteurs permettant au droit international de parvenir à remplir plus ou moins sa fonction, nonobstant l'absence de la plupart des éléments que les juristes nationaux estiment indispensables. La possibilité qu'un Etat réponde au manquement à une obligation internationale en adoptant à son tour un comportement similaire se révélera ainsi un argument de poids pour que cette obligation soit respectée. La notion de réciprocité est donc à la base de différentes méthodes d'autoprotection permettant aux Etats de garantir leurs droits. L'évolution historique qu'ont connue ces méthodes illustre bien la manière dont la réciprocité «brute» a été canalisée et civilisée en étant soumise à certaines limites juridiques. La réciprocité a ainsi été cristallisée dans des mécanismes de sanction établis par le droit international, parmi lesquels les représailles (que le politiquement correct a conduit à rebaptiser «contre-mesures») et l'inexécution d'obligations conventionnelles en réponse à des violations du traité en question.

11. C'est à cette seconde catégorie qu'appartient l'*exceptio*. Pour reprendre les termes employés dans le droit en vigueur en la matière (c'est-à-dire l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités

<sup>3</sup> *The Christina* (1938), A.C. 485.

de 1969, qui sera commenté ci-après), si un traité international a été violé, l'autre partie ou les autres parties à cet instrument sont autorisées à invoquer ladite violation comme motif pour en suspendre l'application en totalité ou en partie; si pareille réaction est autorisée, c'est en raison — et donc en fonction — du caractère synallagmatique des accords internationaux. Pour l'exprimer avec un peu plus d'emphase, «la règle *pacta sunt servanda* est liée à la règle *do ut des*»<sup>4</sup>; «[l]e bon sens et l'équité s'opposent à ce qu'un Etat puisse être tenu d'exécuter les obligations qui lui incombent aux termes d'un traité alors que l'autre partie contractante refuserait de respecter les siennes»<sup>5</sup>.

12. L'élément synallagmatique fonctionnel, dont il est ainsi confirmé qu'il s'applique également en droit international, trouve ses racines historiques dans le droit des contrats de la plupart des systèmes juridiques. Son origine remonte aux fondements de la tradition de droit civil sous la Rome antique (le *bonae fidei iudicia* romain)<sup>6</sup>, ainsi qu'à la notion de réciprocité des obligations ou engagements mutuels, à la doctrine de la «considération» et au manquement à une condition de l'ancien droit contractuel anglais<sup>7</sup>. Selon ce qui constitue sans doute l'opinion dominante dans la doctrine juridique internationale, le fait que ce principe soit généralement reconnu dans les principaux systèmes de droit civil et de *common law* autorise à le considérer comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour.

13. Se pose alors, bien évidemment, la question de la possibilité de transposer cette notion forgée *in foro domestico* dans l'ordre juridique international, et, plus précisément, celle des modifications qui devront être apportées à ce principe général de sorte qu'il puisse également jouer un rôle constructif sur le plan international. A cet égard, le problème est que, dans les systèmes juridiques nationaux les plus développés, l'élément synallagmatique fonctionnel s'exercera sous le contrôle des juridictions, ce qui signifie, à tout le moins, que pareil contrôle sera toujours possible si une partie affectée par l'application de ce principe estime que les conditions requises pour y recourir n'étaient pas réunies; dans l'ordre juridique international, en revanche, les cas d'inexécution d'obligations conventionnelles s'accompagnant de l'invocation dudit principe mais dans lesquels il ne peut être recouru à une décision judiciaire impartiale quant à la licéité des mesures en cause sont par trop fréquents<sup>8</sup>. Le garde-fou que constitue le

<sup>4</sup> M. Bartos, au cours de la discussion de ce qui allait devenir l'article 60, à la 692<sup>e</sup> séance de la Commission du droit international (CDI), *Annuaire de la CDI*, 1963, vol. I, p. 124, par. 30.

<sup>5</sup> H. Waldock, deuxième rapport sur le droit des traités, commentaire du paragraphe 1 de l'article 20, *Annuaire de la CDI*, 1963, vol. II, p. 73.

<sup>6</sup> R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, p. 801-802, note 133.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 803-804.

<sup>8</sup> Pour des références détaillées à la pratique étatique, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

contrôle judiciaire faisant défaut, ce principe se révélera donc propice aux abus; la question de la licéité demeurera souvent contestée; un Etat ayant recours à une dénonciation unilatérale peut en effet avoir été

«résolu, pour des raisons tout à fait différentes [d'une violation alléguée], à mettre fin au traité et, ayant invoqué la violation surtout pour avoir un prétexte honorable de dénoncer le traité, n'était pas disposé à examiner sérieusement les principes juridiques régissant la dénonciation des traités pour cause de violation par l'autre partie»<sup>9</sup>.

Les circonstances ainsi décrites sont fréquentes dans la pratique étatique pertinente. Aussi est-il fort délicat, en l'état actuel des choses, d'admettre que ledit principe a été consacré en tant que droit international coutumier, ce point n'étant cependant pas toujours pris en compte dans la doctrine.

14. Ainsi la doctrine juridique internationale reconnaît-elle traditionnellement, «classiquement», le principe de l'élément synallagmatique fonctionnel, reconnaissance étayée par le caractère apparemment naturel que celui-ci revêt; il est souvent fait allusion à l'existence d'un principe général correspondant et, non moins fréquemment, mis en garde contre le danger que présente l'autodétermination des conditions préalables à sa mise en œuvre<sup>10</sup>. A cet égard, les complications entraînées par l'émergence des traités multilatéraux n'ont guère perturbé la majorité des auteurs.

15. La reconnaissance du principe en question remonte aux auteurs classiques de la discipline. Ainsi, selon Hugo Grotius, «[s]i une partie a violé le traité, l'autre pourra se retirer de l'alliance, car chacun des articles du traité a la force d'une condition»<sup>11</sup>. Dans le même ordre d'idées, je citerai également Emeric de Vattel: «L'allié offensé, ou lésé dans ce qui fait l'objet du traité, peut ... choisir, ou de contraindre un infidèle à remplir ses engagements, ou de déclarer le traité rompu, par l'atteinte qui y a été donnée.»<sup>12</sup> Jusqu'à l'époque de la convention de Vienne, instrument que j'aborderai incessamment, de fort nombreux auteurs ont exprimé des vues similaires.

16. Parmi les confirmations des conséquences résultant de dispositions synallagmatiques dans le cas de violations conventionnelles que l'on trouve dans la jurisprudence des juridictions internationales (antérieure à la convention de Vienne), les vues exprimées par les juges Anzilotti et Hudson dans leurs opinions en l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* sont sans doute les plus représentatives. Dans cette affaire, la Belgique soute-

<sup>9</sup> H. Waldock, deuxième rapport sur le droit des traités, commentaire du paragraphe 2 de l'article 20, *op. cit. supra* note 5.

<sup>10</sup> Des références détaillées figurent dans mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

<sup>11</sup> *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, livre II, chap. 15, par. 15 (1625; traduction française, Léviathan, PUF, 1999).

<sup>12</sup> *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. II, chap. 13, par. 200 (1758; publié dans *Classics of International Law*, Carnegie Institution of Washington, 1916). Pour des références plus détaillées aux vues des auteurs — classiques et contemporains — sur ce point, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

nait que, par la construction de certains ouvrages en violation d'un traité du XIX<sup>e</sup> siècle, les Pays-Bas avaient renoncé à leur droit d'invoquer cet instrument, et elle priait la Cour de dire qu'elle était fondée à réserver ses droits découlant desdites violations. Ayant conclu que les Pays-Bas n'avaient pas violé le traité en question, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'assertion de la Belgique. Le juge Anzilotti a toutefois exprimé un avis différent, et souligné dans son opinion dissidente qu'il n'avait

«vraiment aucun doute que le principe qui [était] à la base de cette conclusion (*inadimplenti non est adimplendum*) soit si juste, si équitable, si universellement reconnu qu'il doit être appliqué aussi dans les rapports internationaux. Il s'agit, en tout cas, d'un de ces «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» que la Cour applique en vertu de l'article 38 de son Statut.»<sup>13</sup>

De même, le juge Hudson a, dans son opinion individuelle en cette affaire, estimé

«que, quand deux parties ont assumé une obligation identique ou réciproque, une partie qui, de manière continue, n'exécute pas cette obligation, ne devrait pas être autorisée à tirer avantage d'une non-observation analogue de cette obligation par l'autre partie»<sup>14</sup>.

17. Comme tout principe qui se respecte, celui qui fait l'objet du présent examen a, lui aussi, un nom latin. Plus précisément, ses contours sont définis par une locution latine; pas seulement une, à vrai dire, mais plusieurs: *frangenti fidem non est fides servanda*, *inadimplenti non est adimplendum*, *exceptio non(rite) adimpleti contractus*<sup>15</sup>. Pour en revenir à une langue ordinaire, ce qu'il importe de relever, c'est que la très grande majorité des auteurs n'ont fait — et ne font toujours — aucune distinction entre la maxime *inadimplenti non est adimplendum* et son expression sous la forme d'une *exceptio*. Ces deux termes latins énoncent le même principe: l'*inadimplenti* l'exprime dans son intégralité, l'*exceptio* étant, quant à elle, considérée du point de vue d'un Etat qui, exhorté par une autre partie contractante à exécuter une obligation conventionnelle, répond à la bonne vieille manière du droit romain en établissant un lien entre sa propre inexécution et une violation commise par cet autre Etat. Ce point est important au regard de mon observation suivante, à savoir la «portée» de la codification du principe en question à l'article 60 de la convention de Vienne.

18. La disposition qui, dans les travaux de la Commission du droit international sur le droit des traités, porte sur les violations conventionnelles — à savoir l'article 60 — repose, pour l'essentiel, sur une proposition for-

<sup>13</sup> *Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 50 (opinion dissidente de M. le juge Anzilotti).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 77 (opinion individuelle de M. le juge Hudson).

<sup>15</sup> Restait aux rédacteurs de l'*Annuaire de la CDI* à combiner ces deux dernières expressions pour former la maxime *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, et à m'attribuer cette curieuse création: *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. I, p. 165, par. 41.

mulée par le rapporteur spécial H. Waldock en 1963, c'est-à-dire à un stade relativement avancé de la genèse de la convention de Vienne<sup>16</sup>. Cette proposition a débouché sur un article complexe qui, de l'avis général, parvient assez bien à préserver la sécurité juridique face aux nombreuses complications qu'induit la mise en œuvre du principe à l'examen, en particulier, son application à différents types de traités multilatéraux<sup>17</sup>.

19. L'élément déterminant aux fins présentes est cependant que l'article 60 de la convention de Vienne est censé régir de manière exhaustive les conséquences juridiques des violations conventionnelles. Le caractère exhaustif et absolu de cette disposition est confirmé au paragraphe 2 de l'article 42 de la convention, qui se lit comme suit :

«2. L'extinction d'un traité, sa dénonciation ou le retrait d'une partie ne peuvent avoir lieu qu'en application des dispositions du traité ou de la présente Convention. La même règle vaut pour la suspension de l'application d'un traité.»

20. Dès lors, *extra conventionem nulla salus*; sur ce point, le demandeur avait parfaitement raison (voir paragraphe 5 ci-dessus). Ce nonobstant, il

<sup>16</sup> Pour plus de détails, voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1.

<sup>17</sup> L'article 60 se lit comme suit :

«*Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation*

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.
2. Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise :
  - a) les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci :
    - i) soit dans les relations entre elles-mêmes et l'Etat auteur de la violation ;
    - ii) soit entre toutes les parties ;
  - b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation ;
  - c) toute partie autre que l'Etat auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.
3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :
  - a) un rejet du traité non autorisé par la présente convention ; ou
  - b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.
4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.
5. Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités.»

est bien évident que la portée de l'article 42 ne saurait dépasser celle que la convention de Vienne en tant que telle est censée avoir. Cela nous amène à l'article 73 de cet instrument, aux termes duquel les dispositions de celui-ci ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait, notamment, de la responsabilité internationale d'un Etat. Pour reprendre les termes de la CDI, qui sont désormais généralement acceptés et adoptés par la doctrine, la convention de Vienne vise à réaffirmer l'ensemble des « règles primaires » relatives aux violations conventionnelles, mais n'aborde pas les questions ayant trait à la responsabilité de l'Etat, qui sont régies par les « règles secondaires » telles que codifiées et progressivement développées dans les articles de la CDI de 2001. Autrement dit, l'article 60 n'a rien à voir avec la responsabilité de l'Etat, laquelle n'a rien à voir avec la maxime *inadimplenti non est adimplendum* ou avec l'*exceptio non adimpleti contractus*. L'élément synallagmatique fonctionnel associé aux traités qui énoncent des obligations réciproques trouve entièrement son expression (et pas nécessairement en latin) dans les règles primaires du droit des traités. En revanche, c'est dans le droit de la responsabilité de l'Etat que les contre-mesures s'inscrivent ; il est dès lors justifié, et même nécessaire, de les traiter séparément — ainsi que cela a été fait par les Parties à la présente espèce comme dans l'arrêt —, et ce, même si des contre-mesures prises par suite d'une violation conventionnelle peuvent elles aussi conduire à la suspension de certaines dispositions de ce même instrument, ce qui signifie que, dans la pratique, elles « ressemblent » à des mesures prises en vertu de l'article 60, tout en étant soumises à un régime juridique différent. Il s'agit là d'une question que j'ai examinée de manière particulièrement approfondie dans mes travaux de recherche<sup>18</sup>.

21. Pour en revenir aux règles primaires régissant les conséquences d'une violation conventionnelle telles que consacrées à l'article 60, je soulignerai une fois encore que cette disposition traite la question de manière exhaustive. Cela ne laisse donc, pour ainsi dire, plus aucune place à l'*exceptio* en tant que telle ; l'article 60 et le régime énoncé dans la convention de Vienne qui en complète l'application la renferment.

22. Je ne cacherai pas que, dans mon premier article consacré au régime juridique des violations conventionnelles, j'ai estimé qu'il aurait été souhaitable que la CDI ménageât, au côté de l'article 60, une place — modeste — à l'*exceptio*, au sens où une *exceptio* extraconventionnelle demeurerait applicable aux (seules) violations non substantielles ou sans grande importance, l'article 60 régissant dans son intégralité la suspension de l'exécution d'obligations conventionnelles par suite de violations « substantielles » telles que définies dans cet article. J'ai ainsi défendu la position selon laquelle une place limitée devait être réservée en droit international général à des réponses qualitativement proportionnelles d'un Etat, qui prendraient la forme d'une suspension, par celui-ci, de l'exécution de sa propre obligation si la contrepartie de cette obligation est violée, au moment où elle l'est et aussi longtemps qu'elle le demeure. Une suspension de ce type, quoique

<sup>18</sup> Voir les articles auxquels il est fait référence plus haut, dans la note 1.

constituant une mesure de protection ou un remède trouvant également son *sedes materiae* dans le droit des traités — ce qui signifie qu'elle relève de règles primaires —, n'entrerait pas dans les prévisions de l'article 60 puisque celui-ci *de minimis non curat*<sup>19</sup>. Ainsi que je l'ai mentionné dans mon exposé de l'argumentation des Parties à la présente espèce (voir paragraphe 9 ci-dessus), la Grèce a avancé cette idée sans toutefois en tirer concrètement profit puisqu'elle considérait que les violations conventionnelles commises, selon elle, par l'ERYM étaient «substantielles». Selon la perception de la question qui est aujourd'hui la mienne, je ne suis toutefois pas persuadé que cette solution que je jugeais souhaitable il y a quarante ans serait constructive, et je ne la maintiendrai pas. Je doute en effet que cela aurait un sens de permettre que des réactions à des violations moins graves, sans grande importance, échappent aux prévisions de l'article 60 et, en particulier, aux conditions procédurales qui y sont énoncées. Je me range donc à l'avis de ceux qui estiment que cette disposition est réellement exhaustive, c'est-à-dire qu'elle l'emporte totalement sur le droit antérieur, non écrit, qui autorisait le libre jeu de l'élément synallagmatique fonctionnel sous-jacent aux traités. A l'évidence, une brève incursion dans le domaine de la responsabilité de l'Etat suffirait toutefois à dissiper l'impression — qui peut être suscitée par le fait que les violations ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 60 de la convention de Vienne ne sont pas traitées dans cet instrument — qu'il existe une *de minimis non curat lex* générale. En effet, si une violation qui ne serait pas assez «substantielle» pour entraîner les réponses codifiées dans cet article constituait néanmoins un acte internationalement illicite au regard du droit de la responsabilité de l'Etat, elle autoriserait tout de même une autre partie contractante qui en serait affectée à recourir, en tant qu'Etat lésé, à des contre-mesures, à condition que soit respectée la règle de la proportionnalité.

23. La Cour a donné son imprimatur à l'article 60 de la convention de Vienne en deux occasions, chaque fois d'une manière confirmant que cette disposition doit être entendue comme traitant de manière exhaustive les conséquences des violations conventionnelles au regard des règles primaires du droit des traités.

<sup>19</sup> Voir mon article de 1970, *op. cit. supra* note 1, p. 59-60. Je n'ai pas été le seul à exprimer cette préoccupation, puisqu'elle a été partagée treize ans plus tard par le rapporteur spécial de la CDI, W. Riphagen; voir son quatrième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, *Annuaire de la CDI*, 1983, vol. II (première partie), p. 19, par. 98:

«Etant donné que l'article 60 de la convention de Vienne ne s'applique qu'aux violations substantielles, il faudrait prévoir d'autres cas de réciprocité de l'exécution des obligations conventionnelles. En effet, s'il ressort du traité ou s'il est établi autrement que l'exécution d'une obligation par un Etat partie est le pendant (*quid pro quo*) de l'exécution de la même obligation ou d'une autre par un autre Etat partie, il n'est pas nécessaire que la non-exécution par le premier Etat constitue une violation substantielle pour justifier la non-exécution par l'autre Etat.»

En ce qui concerne la proposition de «contre-mesures réciproques» que M. Riphagen a formulée par la suite, voir ci-après, note 28.

24. Tel a tout d'abord été le cas dans l'avis consultatif sur la *Namibie* de 1971, dans lequel la Cour a notamment examiné la déclaration faite par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2145 (XXI) de 1966, selon laquelle le mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain/la Namibie devait être considéré comme terminé en raison d'une violation substantielle commise par l'ancien mandataire<sup>20</sup>. La Cour a débuté son examen par une référence assez générale à «[l']un des principes fondamentaux ... qu'une partie qui renie ou ne remplit pas ses propres obligations ne saurait être considérée comme conservant les droits qu'elle prétend tirer de ce rapport»<sup>21</sup>, ainsi qu'à sa propre jurisprudence suivant laquelle le mandat constituait un traité international<sup>22</sup>. Elle a ensuite précisé que l'article 60 de la convention de Vienne (qui n'allait entrer en vigueur que neuf ans après le prononcé de cet avis) «p[ouvait], à bien des égards, être considéré comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine»<sup>23</sup>. La Cour a alors appliqué le droit ainsi exposé aux faits de l'espèce et estimé que l'action de l'Assemblée générale avait été justifiée et avait eu l'effet souhaité.

25. La Cour a appliqué l'article 60 pour la deuxième fois dans l'arrêt qu'elle a rendu en 1997 en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie, dans laquelle la Hongrie soutenait notamment qu'elle était fondée à mettre fin au traité de 1977 relatif au projet hydroélectrique, au motif que la Tchécoslovaquie avait commis un certain nombre de violations de cet instrument<sup>24</sup>. La Cour a considéré que seules des violations substantielles donnaient le droit à un Etat lésé de mettre fin à un accord, alors que

«[l]a violation d'autres règles conventionnelles ou d'autres règles du droit international général p[ouvait] justifier l'adoption par l'Etat lésé de certaines mesures, y compris des contre-mesures, mais ... ne saurait justifier qu'il soit mis fin au traité sur la base du droit des traités»<sup>25</sup>.

A la suite de ce prononcé sur le rapport entre l'article 60 et le droit de la responsabilité de l'Etat, la Cour a examiné les violations invoquées par le demandeur, et, plus particulièrement, la construction de remplacement, par la Tchécoslovaquie, de la «variante C»; elle est parvenue à la conclusion qu'il n'avait pas été satisfait aux conditions qui auraient permis à la Hongrie de se prévaloir d'une terminaison au sens de l'article 60<sup>26</sup>.

26. Au vu de ce qui précède, l'*exceptio* pré-convention de Vienne doit être considérée comme enterrée. Je ne conclurai cependant pas la présente opinion

<sup>20</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats 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. 46-50, par. 91-104.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 46, par. 91.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 46-47, par. 94.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 65-67, par. 105-110.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 65, par. 106.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 66-67, par. 108-110.

sans faire mention d'une récente tentative de l'exhumer, si je puis dire sous une autre incarnation juridique. Dans le cadre des travaux de la CDI sur la responsabilité de l'Etat et au cours de la seconde lecture des projets d'articles de la Commission en la matière, le rapporteur spécial, James Crawford, a, au moment de l'examen des «circonstances excluant l'illicéité», proposé une disposition, le projet d'article 30 *bis*, qui n'avait pas de précédent dans le texte de la première lecture. Cette proposition se lisait comme suit :

« Article 30 bis. — *Inobservation causée par l'inobservation préalable d'un autre Etat.*

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'incapacité de se conformer à son obligation, dans laquelle celui-ci s'est trouvé, résulte directement d'une violation préalable par un autre Etat de la même obligation internationale ou d'une obligation connexe.»<sup>27</sup>

27. M. Crawford concevait expressément l'article 30 *bis* comme une reformulation de l'*exceptio*, qu'il pensait pouvoir fonder sur l'arrêt rendu par la CPJI en l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)* ainsi que sur des décisions ultérieures. Afin d'étayer davantage sa proposition, le rapporteur spécial s'est référé aux travaux de codification antérieurs effectués par la CDI en matière de droit des traités et de responsabilité des Etats et, s'agissant de ce dernier domaine, à des propositions formulées par le rapporteur spécial, W. Riphagen, tendant à introduire la notion de «contre-mesures réciproques»<sup>28</sup>.

M. Crawford était partisan de reconnaître l'*exceptio* en tant que circonstance distincte excluant l'illicéité; selon lui, il ne suffisait en effet pas de la considérer au regard du droit relatif à la suspension des traités, étant donné que celui-ci posait comme condition la commission d'une violation substantielle, dont la définition était restrictive<sup>29</sup>. Il apparaît donc que le rapporteur spécial souhaitait combler ce qu'il considérait comme un vide

<sup>27</sup> Pour une analyse approfondie de cet article par le rapporteur spécial, voir son deuxième rapport sur la responsabilité de l'Etat, *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II, première partie, par. 316-329.

<sup>28</sup> *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 78-79. La notion de «contre-mesures réciproques» a été présentée par M. Riphagen dans son cinquième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie des projets d'articles), *Annuaire de la CDI*, 1984, vol. II (première partie), p. 3. M. Riphagen a, dans le projet d'article 8, proposé d'énoncer cette notion comme suit :

« Sous réserve de [certaines autres dispositions régissant les contre-mesures], l'Etat lésé peut, par mesure de réciprocité, suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite, si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée. » (*Ibid.*)

Cette proposition ne fut examinée par la Commission qu'en 1992, et elle fut écartée; voir *Annuaire de la CDI*, 1992, vol. II (deuxième partie), p. 23, par. 151. Pour une critique de cette proposition, voir B. Simma, «Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 24, p. 393-395 (1986).

<sup>29</sup> *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 79.

dans les règles primaires du droit des traités (art. 60), au moyen d'une règle secondaire relevant de la responsabilité des Etats.

28. Le projet d'article 30 *bis* a reçu un accueil mitigé, pour ne pas dire plus, de la part de la Commission<sup>30</sup>. Comme on pouvait s'y attendre, les critiques ont essentiellement porté sur le rapport entre la réapparition de l'*exceptio* par le biais de la responsabilité de l'Etat ainsi proposée et l'expression de cette notion dans la convention de Vienne sur le droit des traités. Il a été objecté que l'article présenté réunissait plusieurs notions qui n'étaient que partiellement interdépendantes<sup>31</sup>. D'une manière générale, les discussions ont été assez confuses. A titre d'exemple, alors qu'une des vues exprimées était que, par son contenu, l'article 30 *bis* se rattachait en réalité à la notion de force majeure — idée que le rapporteur spécial n'a pas été le seul à juger pour le moins étrange —, un autre membre de la Commission a estimé que cette disposition constituait une «forme distincte d'impossibilité»; à d'autres encore, ladite disposition rappelait la doctrine dite des «mains propres»<sup>32</sup>, etc. Dès lors, la Commission a été bien avisée de mettre finalement ce croisement doctrinal au rebut. Dans son rapport final, après l'adoption, en 2001, du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, elle a définitivement remis la proposition formulée dans le projet d'article 30 *bis*, confirmant une fois encore que «l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*) [était] surtout perçue comme une caractéristique particulière de certaines obligations réciproques ou synallagmatiques et non comme une circonstance excluant l'illicéité»<sup>33</sup>.

29. Je résumerai ainsi mon propos: la présente espèce était, pour la Cour, l'occasion de clarifier un certain nombre de questions juridiques liées aux «moyens de défense» présentés par le défendeur contre l'accusation du demandeur selon laquelle il aurait commis une violation conventionnelle; c'était, en particulier, l'occasion de fournir une réponse faisant autorité à la question de savoir si l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités laisse encore une place, quelle qu'elle soit, à l'*exceptio non adimpleti contractus*. Pour une raison quelconque, la Cour s'est abstenue de se pencher sur ces questions. Selon moi, il aurait fallu répondre par la négative: sur le plan des règles primaires du droit international, l'article 60 régit de manière exhaustive les conséquences juridiques des violations conventionnelles; l'*exceptio* n'a donc survécu sous aucune forme à la codification du droit des traités. Qu'elle repose en paix.

(Signé) Bruno SIMMA.

---

<sup>30</sup> Voir *Annuaire de la CDI*, 1999, vol. I, p. 145-153, ainsi que le résumé de la discussion; *ibid.*, 1999, vol. II (deuxième partie), p. 79.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Voir *ibid.*

<sup>33</sup> Rapport de la Commission sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, *Annuaire de la CDI*, 2001, vol. II (deuxième partie), p. 72, par. 9.