

DECLARATION OF JUDGE BENNOUNA

[English Original Text]

Exceptio non adimpleti contractus — Synallagmatic obligations — Countermeasures — Role of the judge — Dynamic analysis of international law.

My aim, in this declaration, is simply to point out that the Court has chosen to evade certain key legal issues raised and discussed at length by the Parties, sheltering behind its assessment of the facts relied on in support of the Parties' arguments, in order to conclude that it need not address those issues.

Thus the Court, after recalling the arguments of the Parties concerning the application to this case of the *exceptio non adimpleti contractus*, is content to conclude that “[t]he Respondent has thus failed to establish that the conditions which it has itself asserted would be necessary for the application of the *exceptio* have been satisfied in this case”, adding: “It is, therefore, unnecessary for the Court to determine whether that doctrine forms part of contemporary international law.” (Judgment, para. 161.)

First, the issue is not about determining whether or not a given theory is recognized by general international law, but rather of ascertaining the scope, in general international law, of the principle of reciprocity, presented as *exceptio non adimpleti contractus*, with regard to the obligations of the Parties under the Interim Accord and, specifically, Article 11 thereof.

Even if the status of the exception in general international law remains uncertain, as noted by certain scholars (J. Crawford and S. Olleson, “The Exception of Non-Performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility”, *Australian Year Book of International Law*, 2000, Vol. 21), the fact is that, in the past, the Court has frequently revisited concepts, institutions or norms, by taking into account the process of their evolution over time in accordance with the needs of the international community.

The Court has thus demonstrated that its role, as a world court with general jurisdiction, goes beyond the resolution, on a case-by-case basis, of the disputes submitted to it.

The Court could accordingly have taken the opportunity in the present case to emphasize that the *exceptio* can only be contemplated, in general international law, under a strict construction of reciprocity in the implementation of certain international obligations, where the implementation of one is inconceivable without the other. These are obligations of a strictly interdependent nature. The Court thus considered in the case of *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* that: “Djibouti cannot rely on the principle of reciprocity”, because the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters con-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BENNOUNA

[*Texte original français*]

Exceptio non adimpleti contractus — Obligations synallagmatiques — Contre-mesures — Rôle du juge — Analyse dynamique du droit international.

Je souhaite, par cette déclaration, relever simplement que la Cour a choisi d'esquiver certaines questions juridiques essentielles soulevées et débattues longuement par les Parties, en s'abritant derrière son évaluation des faits avancés, pour conclure qu'il n'est pas nécessaire d'analyser de telles questions.

Ainsi, la Cour, après avoir rappelé les arguments des Parties au sujet de l'application à l'espèce de l'*exceptio non adimpleti contractus*, se contente de conclure que «[l]e 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» et elle ajoute: «[d]ès lors, il n'est pas nécessaire que la Cour détermine si cette théorie fait partie du droit international contemporain» (arrêt, par. 161).

Tout d'abord, il ne s'agit pas de déterminer si une théorie fait partie ou non du droit international mais plutôt de rechercher quelle est la portée, en droit international général, du principe de réciprocité présenté comme *exceptio non adimpleti contractus*, par rapport aux obligations des Parties au titre de l'accord intérimaire, et notamment l'article 11 de celui-ci.

Si le statut de l'*exceptio* peut être considéré comme incertain en droit international général, ainsi que l'a relevé la doctrine (J. Crawford et S. Olleson, «The Exception of Non-Performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», *Australian Year Book of International Law*, 2000, vol. 21), il n'en demeure pas moins que, par le passé, la Cour a souvent revisité des concepts, des institutions ou des normes, en prenant en compte le processus de leur évolution dans le temps en fonction des nécessités de la communauté internationale.

La Cour a démontré ainsi que son rôle, en tant que cour mondiale à compétence générale, va au-delà du règlement, au cas par cas, des différends qui lui sont soumis.

Dès lors, à l'occasion de cette affaire, la Cour aurait pu souligner que l'*exceptio* ne peut être envisagée, en droit international général, que dans le cadre d'une acception stricte de la réciprocité dans la mise en œuvre de certaines obligations internationales, lorsque l'application de l'une est inconcevable en dehors de celle de l'autre. Il s'agit donc d'obligations strictement interdépendantes. La Cour a estimé ainsi, dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, que «Djibouti ne peut se fonder sur le principe de réciprocité» car la convention d'entraide judiciaire qu'il a conclue avec la

cluded with France does not provide that “the granting of assistance by one State in respect of one matter imposes on the other State the obligation to do likewise when assistance is requested of it in turn” (*Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2008*, p. 221, para. 119).

In the present case, the Court could have reached the same conclusion in addressing the *exceptio*, since Greece’s obligation not to oppose the admission of the FYROM to NATO does not depend on the latter’s implementation of some other obligation included in the Interim Accord, with the exception of that laid down in the second clause of Article 11, paragraph 1, namely its agreement to join NATO under its provisional name. Both obligations can be considered as synallagmatic: accession under its provisional name on the one side, and the non-objection to admission on the other. The scope of the exception stops there, and cannot concern the entire Interim Accord, presented by Greece as a legal transaction, a *negotium*, or a balanced exchange of reciprocal obligations in the context of a *modus vivendi* (CR 2011/8, Abi-Saab).

In the alternative, Greece argued that its objection to the admission of the FYROM to membership of NATO can be justified as a countermeasure, proportional to the breaches of the Interim Accord allegedly committed by the FYROM. Once again, the Court provided an account of the Parties’ arguments and then concluded that it “rejects the Respondent’s claim that its objection could be justified as a countermeasure precluding the wrongfulness of the Respondent’s objection to the Applicant’s admission to NATO”, basing itself on a factual finding, namely that there had been no violation of the Interim Accord as alleged against the Applicant. The Court adds that: “there is no reason for [it] to consider any of the additional arguments advanced by the Parties with respect to the law governing countermeasures” (Judgment, para. 164).

I believe that, after recalling that, even if it is yet to be established that the legal régime of countermeasures, as set forth in Articles 49 to 54 of the International Law Commission’s Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (annexed to resolution 56/83 of 12 December 2001 of the General Assembly of the United Nations) is of a customary nature, the Court could have pointed out that that régime nonetheless provides certain procedural conditions for its implementation (Art. 52), which were not met in this case, notably the duty to “notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State”. Since Greece never fulfilled this obligation, it cannot, in any case, invoke the right to take countermeasures in the present case.

Of course, whenever the Court considers a particular legal régime, it must bear in mind the overall legal context in which such a régime operates. The Vienna Convention on the Law of Treaties, in providing, in Article 31.3 (*c*), concerning the general rule of interpretation, that “[t]here shall be taken into account, together with the context . . . any

France ne prévoit pas que «l'octroi par un Etat d'une assistance dans un dossier donné impose à l'autre de faire de même lorsqu'il est sollicité à son tour» (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 221, par. 119).

La Cour, dans la présente affaire, aurait pu parvenir à la même conclusion en abordant l'*exceptio* car l'obligation de la Grèce de ne pas s'opposer à l'admission de l'ERYM à l'OTAN n'est pas fonction de la mise en œuvre d'une autre obligation contenue dans l'accord intérimaire, à l'exception de celle prévue par la deuxième clause du paragraphe 1 de l'article 11, à savoir l'accès de l'ERYM à cette organisation sous son nom provisoire. Les deux obligations peuvent être considérées comme synallagmatiques, soit l'accès sous le nom provisoire d'un côté et la non-objection à l'admission de l'autre; la portée de l'*exceptio* s'arrête là, elle ne peut concerner l'ensemble de l'accord intérimaire présenté par la Grèce comme une transaction juridique, un *negotium* ou un échange équilibré d'engagements réciproques dans le contexte d'un *modus vivendi* (CR 2011/8, Abi-Saab).

Un autre moyen de défense a été avancé, à titre subsidiaire, par la Grèce lorsqu'elle a soutenu que l'objection à l'admission de l'ERYM à l'OTAN peut être justifiée en tant que contre-mesure proportionnée aux violations de l'accord intérimaire qu'elle lui impute. La Cour, là aussi, après avoir rendu compte de l'argumentation des Parties, a conclu qu'elle «rejette la prétention du défendeur selon laquelle son objection pourrait se justifier comme une contre-mesure excluant l'illicéité de l'opposition manifestée par lui à l'admission du demandeur à l'OTAN» et ceci sur une base factuelle, soit l'absence de violation de l'accord intérimaire imputée au demandeur. Elle ajoute: «[la Cour] n'a donc pas à examiner les arguments supplémentaires que les Parties ont pu avancer au sujet du droit régissant les contre-mesures» (arrêt, par. 164).

Je pense que la Cour aurait pu, après avoir rappelé que, bien qu'il ne soit pas établi que le régime juridique des contre-mesures prévu aux articles 49 à 54 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (annexé à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 56/83 du 12 décembre 2001) ait un caractère coutumier, il n'en demeure pas moins que ce régime prévoit certaines conditions procédurales pour sa mise en œuvre (art. 52) et que celles-ci n'ont pas été remplies en l'espèce, notamment l'obligation de «[n]otifier à l'Etat responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet Etat». Or, la Grèce ne s'étant jamais acquittée de cette obligation, elle ne pourrait pas, de toute façon, invoquer le droit de recourir à des contre-mesures en la présente affaire.

Bien entendu, lorsque la Cour se penche sur tel ou tel régime juridique particulier, elle devrait le faire en ayant à l'esprit le contexte juridique global dans lequel il s'inscrit. Ainsi, lorsque la convention de Vienne sur le droit des traités prévoit à l'article 31.3 c), relatif à la règle générale d'interprétation, qu'«[i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte:

relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, thus underlines the existing interconnection, not only between different obligations of States, but also between the different areas of international law. In considering this interconnection, the Court cannot ignore the general architecture of this branch of the law, including the values that underpin it.

In a fragmented community, governed by a law which contains many lacunae, as is the case for the international community, the judge owes it to himself to engage in a dynamic analysis of international law, taking account of its temporal and material evolution, and thus to go beyond the resolution on a case-by-case basis of the disputes submitted to him.

(Signed) Mohamed BENNOUNA.

... de toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties», elle souligne l'interconnexion, non seulement entre les différentes obligations des Etats, mais aussi entre les différents domaines du droit international. En appréciant cette interconnexion, la Cour ne peut ignorer l'architecture globale de cette branche du droit, y compris les valeurs qui la fondent.

Dans une communauté fragmentée et régie par un droit lacunaire, telle que la communauté internationale, le juge se doit de procéder à une analyse dynamique du droit international, dans son évolution temporelle et matérielle, et d'aller ainsi au-delà du règlement, au cas par cas, des différends qui lui sont soumis.

(Signé) Mohamed BENNOUNA.