

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE KEITH

[Traduction]

1. Si je souscris pleinement à la décision à laquelle est parvenue la Cour en l'espèce, je suis en désaccord avec elle sur certains points de son raisonnement concernant le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire de Djibouti. Je saisis cette occasion pour en donner les raisons.

2. La Cour conclut que le refus de la France d'exécuter la commission rogatoire de Djibouti ne constituait pas une violation des obligations lui incombant en vertu de la convention de 1986 car il était fondé sur des motifs qui entraînent dans les prévisions de l'alinéa *c*) de l'article 2 de la convention (arrêt, par. 148). Les seuls motifs du refus sur lesquels la Cour s'appuie et peut s'appuyer, comme elle l'explique (*ibid.*, par. 146), sont ceux qu'expose le juge Clément dans son soit-transmis du 8 février 2005.

3. L'article 2 de la convention est ainsi libellé:

«L'entraide judiciaire pourra être refusée:

- a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par l'Etat requis soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions en matière de taxes et impôts, de douane et de change;
- b) si la demande se rapporte à des infractions qui ne sont pas punissables à la fois par la loi de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis;
- c) si l'Etat requis estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels.»

4. Le pouvoir qu'a l'Etat requis de refuser l'entraide judiciaire aux termes de l'alinéa *c*) du paragraphe 2 est particulièrement étendu, compte tenu de tous les aspects de cette disposition, considérée tant isolément qu'en conjonction avec les alinéas *a*) et *b*) du même paragraphe. La Cour s'estime malgré tout, et je partage son avis, être habilitée à examiner les motifs même si elle l'est dans une mesure très limitée. Elle invoque à cet égard la disposition codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités et deux arrêts de la Cour permanente de Justice internationale affirmant que l'obligation de bonne foi s'applique à l'exercice de ce pouvoir étendu de l'Etat, ainsi que deux arrêts qu'elle a elle-même rendus affirmant sa compétence à l'égard de dispositions conventionnelles accordant un large pouvoir discrétionnaire (arrêt, par. 145). La portée limitée de cette habilitation à examiner les motifs, telle qu'interprétée par la Cour, ressort clairement de l'examen par celle-ci des raisons que le juge a avancées à l'appui de sa conclusion selon laquelle la transmission du dossier serait «contraire aux intérêts essentiels de la France»:

selon les termes employés par la Cour, «celui-ci contenait des documents «secret-défense» qui avaient été déclassifiés, ainsi que des informations et des témoignages sur une autre affaire en cours». Pour étayer cette conclusion, la Cour se contente de citer six phrases des motifs exposés par le juge qui semblent concerner seulement les documents déclassifiés et nullement les autres «affaires en cours» (arrêt, par. 147). La Cour se demande également si le dossier pouvait être transmis en partie, mais, comme elle l'indique, il ne s'agit pas d'une question que le juge aborde dans les motifs qu'il énonce (*ibid.*, par. 148). Avant d'analyser ces motifs, je considérerai l'examen fait par la Cour du droit concernant l'exercice de pouvoirs définis de façon aussi vaste.

5. Dans les deux décisions de la Cour permanente de Justice internationale que mentionne la Cour, non seulement le manque de bonne foi mais aussi l'abus de droit sont cités comme des restrictions valables à l'exercice, par un Etat, du pouvoir que lui confère un traité. Dans l'avis qu'elle a rendu en 1948 dans l'affaire relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, la Cour a pareillement indiqué que, même si l'article 4 de la Charte des Nations Unies posait de manière exhaustive les conditions de l'admission de nouveaux membres, cette disposition «n'interdi[sai]t la prise en considération d'aucun élément de fait qui, raisonnablement et en toute bonne foi, peut être ramené [à ces] conditions»; en outre, l'article 4 fixait un cadre qui «comport[ait] une large liberté d'appréciation» (*Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 63-64; voir également l'opinion dissidente collective, p. 91-92, par. 20). Et le conseil de la France a reconnu que les principes d'abus de droit et de détournement de pouvoir pouvaient être pertinents, en l'espèce, quant à l'exercice du pouvoir en question. L'agent a ajouté que, même si l'Etat requis conserve un large pouvoir discrétionnaire, cela ne signifie nullement que les Etats invoquent ces clauses de dérogation sans discernement; il est en outre évident, a-t-elle signalé, que la notion d'intérêts essentiels reste très étroite, comme l'indiquent les termes eux-mêmes.

6. Je vais à présent examiner les raisons que le juge a données dans son soit-transmis pour écarter les principes de bonne foi, d'abus de droit et de détournement de pouvoir. Ces principes imposent à l'organisme d'Etat en question d'exercer le pouvoir aux fins pour lesquelles celui-ci lui a été conféré et non à des fins erronées ou au gré de facteurs sans rapport avec les objectifs visés. Selon les termes employés par la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, le principe de bonne foi qui apparaît à l'article 26 de la convention de Vienne «oblige les Parties [à un traité] à l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint» (arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 79, par. 142). (La Commission du droit international indique de la même façon, dans son commentaire de ce qui est devenu l'article 26 de la convention de Vienne, que la règle selon laquelle les parties doivent s'abstenir de tout acte visant à réduire à néant l'objet et le but du traité est

implicitement contenue dans l'obligation d'exécuter le traité de bonne foi (rapport de 1966, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 211, par. 4; voir également les autres références citées au paragraphe 2)). L'article 1 de la convention de 1986 énonce le but général de celle-ci: les parties s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la convention, l'entraide judiciaire la plus large possible dans toutes affaires pénales. Parmi les dispositions pertinentes de la convention figurent les articles 2 et 3, lequel article 3 régit en partie l'obligation de répondre aux commissions rogatoires. En ce qui concerne cet article, la Cour, comme elle l'indique, ne saurait remettre en cause la décision de la juridiction française compétente, aux termes de laquelle c'est le juge d'instruction qui a le rôle déterminant (arrêt, par. 146). Cela ramène donc la question à l'alinéa *c*) de l'article 2, car le juge d'instruction ne cite aucune autre disposition pour justifier son refus, ainsi qu'aux motifs qu'elle donne à l'appui de ce refus dans son soit-transmis.

7. Le juge a-t-elle tenu compte dans son soit-transmis de questions n'entrant pas dans le cadre de l'alinéa *c*) de l'article 2, en violation des principes de droit mentionnés ci-dessus? Il semble que tel est le cas à deux égards. Premièrement, le juge indique que l'ouverture de l'enquête par Djibouti, en octobre 2004, lui «apparaît comme un détournement de procédure»; cela peut bien avoir été pour elle une raison de déclarer en 2005, comme elle l'avait fait en 2004, que la demande n'était pas conforme à la convention, dont l'article 13 pose précisément comme condition d'indiquer l'objet et le motif de la demande; mais c'est en fait sur le fondement de l'alinéa *c*) de l'article 2 que le juge rejette la demande. Cela me semble constituer un excès de pouvoir ou un détournement de pouvoir — c'est un exercice du pouvoir pour des motifs erronés et cela est contraire au but de la convention. Deuxièmement, le juge fait état du refus de l'un des hauts fonctionnaires djiboutiens de répondre à une convocation à témoigner. Encore une fois, cette question ne concerne en rien l'alinéa *c*) de l'article 2 et il s'agit là d'un excès de pouvoir manifeste.

8. Je dis que, sur ces deux points, le juge «semble» avoir exercé son pouvoir de refuser l'entraide pour des motifs erronés, qui n'entrent pas dans les prévisions de l'alinéa *c*) de l'article 2, car elle a peut-être énoncé simplement ces deux éléments au détour de son exposé. Il se trouve cependant que, dans la partie finale du soit-transmis, le juge non seulement revient à la condition de l'article 13 mais la relie au pouvoir que l'Etat requis tient de l'alinéa *c*) de l'article 2:

«D'autre part, s'il est précisé dans l'alinéa *b*) de l'article 13 de la convention ... que les demandes d'entraide doivent indiquer l'objet et le motif de la demande, *ce qui n'est pas le cas en l'espèce*, il est également prévu par l'alinéa *c*) de l'article 2 que l'Etat requis peut refuser l'entraide judiciaire s'il estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels.

Tel est le cas concernant la transmission de notre procédure.» (Les italiques sont de moi.)

Après avoir rappelé dans les trois phrases suivantes que certains documents qui avaient auparavant été classés «secret-défense» avaient été déclassifiés et lui avaient été transmis, le juge conclut comme suit :

«Faire droit à la demande du juge djiboutien reviendrait à détourner les termes de la loi française en permettant la communication de pièces qui ne sont accessibles qu'au seul juge français.

Communiquer notre dossier aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère.

Sans concourir en aucune façon à la manifestation de la vérité, cette transmission compromettrait gravement les intérêts fondamentaux du pays et la sécurité de ses agents.»

Il est étonnant que, dans ce passage, le juge n'évalue absolument pas, au regard de l'alinéa *c*) de l'article 2, le préjudice probable que la publication de ces documents déclassifiés représenterait pour la sécurité nationale. Bien qu'elle connaisse ces documents et que ce soit à elle qu'il incombe, aux termes du droit français, de prendre la décision définitive, elle se contente de se prononcer dans les termes les plus généraux, sans faire appel de quelque manière explicite que ce soit à ses connaissances particulières. Les documents avaient été déclassifiés et, en ce qui concerne la mention, par le juge, de la menace contre «la sécurité de[s] ... agents» résultant de la transmission du dossier, l'identité des auteurs de certains documents devait, le cas échéant, être protégée selon les modalités exposées dans l'avis de la commission consultative concernant la déclassification (voir l'avis n° 2004-12 du 2 décembre 2004 qui porte sur treize des documents).

9. En outre, pour revenir sur un point que soulève la Cour (arrêt, par. 148, et voir paragraphe 4 ci-dessus), le juge n'indique pas pourquoi il n'avait pas suffi de retenir seulement les vingt-cinq documents déclassifiés (environ cinquante pages) qu'elle identifie, ni pourquoi il y avait lieu de retenir la totalité des trente-cinq volumes du dossier. Il est notable à cet égard que, dans la lettre du 6 janvier 2005, le ministre de la défense avait indiqué qu'il ne s'opposait pas à la communication partielle du dossier (arrêt, par. 26 et 37). Le juge ne signale pas, comme le fait le conseil de la France qui reprend à cet égard le contre-mémoire, que l'intégralité du dossier est imprégnée ou irriguée d'informations sensibles. Mais ce conseil a fait savoir, sans détour, à la Cour qu'il n'avait pas vu les notes en question. Sur quelle base pouvait-il alors se fonder pour faire valoir que les informations contenues dans les documents déclassifiés étaient omniprésentes dans le dossier? Le juge n'appelle pas non plus l'attention sur le fait que, comme le conseil de la France l'a indiqué à la Cour, la requête de Djibouti, demandant la totalité du dossier, était particulièrement inhabituelle. Compte tenu de la pratique habituelle, de la présence de seule-

ment vingt-cinq documents sensibles dans le volumineux dossier et de l'objectif de la convention, il y avait semble-t-il tout lieu pour le juge de suggérer aux autorités djiboutiennes qu'elles réexaminent la portée de leur demande. Faute d'avoir expressément envisagé ces deux moyens possibles d'offrir à Djibouti toute l'assistance judiciaire que prévoit l'article 1 de la convention, tout en protégeant les intérêts visés à l'alinéa *c*) de l'article 2, le juge n'a pas, selon moi, tenu correctement compte de l'objectif de la convention. Cette conclusion est étayée par la décision de la Cour, à laquelle je souscris, selon laquelle la convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui prenne en considération l'amitié et la coopération posées par les deux Etats comme constituant le fondement de leurs relations mutuelles dans le traité de 1977 (arrêt, par. 113; voir également par. 114).

10. On pourrait répliquer que l'examen du soit-transmis auquel j'ai procédé aux paragraphes 7 à 9 ci-dessus ne s'imposait pas, compte tenu de l'étendue du pouvoir que confère l'alinéa *c*) de l'article 2, de la nature de l'estimation que fait l'Etat requis de ses intérêts nationaux en vertu de cette disposition et de la nécessité de s'en remettre d'ordinaire à cette estimation. Deux réponses peuvent être données. En premier lieu, cet examen ne remet nullement en cause l'évaluation de fond que fait l'Etat requis des préjudices que risquent de subir ses intérêts nationaux. Il est bien plus circonscrit et porte sur une question différente — celle de l'objectif de la convention que l'exercice du pouvoir doit poursuivre. Il ne comporte aucune tentative d'apprécier ou d'évaluer les questions couvertes par l'alinéa *c*) de l'article 2. La seconde réponse concerne l'obligation, énoncée à l'article 17, qui incombe à l'Etat rejetant une demande d'en donner les motifs à l'Etat requérant. Cette obligation a plusieurs objectifs: elle impose une discipline à celui qui prend la décision de rejeter une demande en vertu de l'article 2 ou de toute autre disposition pertinente de la convention, y compris les articles 1, point 2), 10 ou 13; l'exposé des motifs indique à l'Etat requérant si le pouvoir de rejeter la demande a été exercé conformément au droit; et cela peut permettre à l'Etat requérant de prendre des mesures complémentaires pour pallier les éventuelles lacunes de sa demande, comme la Cour l'indique dans son arrêt (par. 152; voir également le paragraphe 9 ci-dessus). Je dois ajouter que, même si les deux Parties n'ont pas envisagé l'affaire exactement de la même manière que moi, elles ont toutes deux reconnu que le pouvoir conféré par l'article 2 à l'Etat requis était soumis à certaines limites et ont examiné les éléments dont j'ai parlé plus haut.

11. Si la France n'a, selon moi, pas respecté la convention lorsqu'elle a pris sa décision en vertu de l'alinéa *c*) de l'article 2, il ne s'ensuit pas qu'elle est tenue de transmettre le dossier dans son intégralité ou dans les conditions et modalités déterminées par la Cour, comme l'a demandé Djibouti dans ses conclusions finales. Au contraire, à mon sens, pour répondre à la commission rogatoire, la France doit encore se prononcer, conformément au droit, sur le fond des problèmes soulevés par la requête et ayant trait en particulier à l'alinéa *c*) de l'article 2 de la convention.

J'estime qu'un fait est très important pour déterminer quel remède, s'il en est, cette lacune aurait appelé. Il s'agit du fait que Djibouti, après la réception par son ministre des affaires étrangères de la lettre du 6 juin 2005 par laquelle l'ambassadeur français lui a fait part du refus de la France de donner suite à la demande, n'a pas pris de mesure pour solliciter une reconsidération ou une explication de ce refus. Il en a été ainsi, comme le rappelle la Cour (arrêt, par. 30 et 144), même si le ministre, vingt jours plus tôt seulement, s'était plaint auprès de l'ambassadeur de ce que la France n'avait pas encore honoré «les engagements» — pour reprendre ses termes — de remettre le dossier qu'elle avait pris dans la lettre du 27 janvier 2005. C'est cette absence de réaction, à laquelle il faut ajouter le temps écoulé, qui aurait selon moi dû conduire la Cour à n'accorder aucun remède positif tel que ceux qu'a demandés Djibouti dans ses conclusions finales à raison du refus français.

*(Signé)* Kenneth KEITH.

---