

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

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:

... 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.