



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2018

1. COMPETENCE JURIDICTIONNELLE ET DROIT APPLICABLE : UNE DISTINCTION PARFOIS ENCORE FLOUE

Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires

Le 6 juin 2018 la Cour internationale de Justice a rendu son arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées par la France dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales*. La Cour ne s'est déclarée que partiellement compétente pour se prononcer sur les allégations de la Guinée équatoriale concernant la violation de la convention sur les relations diplomatiques de 1961 (« convention de Vienne ») alors qu'elle a exclu sa compétence sur la base de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 (« convention de Palerme »). La décision, qui peut être partagée, reste malheureusement floue sur le raisonnement adopté par la Cour pour écarter les griefs concernant l'immunité personnelle qui étaient fondés sur la convention de Palerme. En particulier, elle révèle un manque de clarté sur un aspect central au contentieux international : la distinction entre la compétence de la Cour et le droit applicable au différend.

D'une part, le juge international a une compétence limitée dont l'étendue dépend du consentement des parties, notamment de l'instrument qui contient ce consentement. D'autre part, le droit qu'il peut appliquer pour la solution du différend est typiquement plus vaste. Cette fragmentation de la compétence juridictionnelle et la différente étendue du droit applicable posent aujourd'hui des problèmes récurrents : l'isolement artificiel des différends opéré par les clauses juridictionnelles ne correspond pas à la réalité des affaires qui touchent de manière transversale à de nombreux régimes juridiques. C'est, à notre avis, sur cette question que la Cour aurait dû fournir des indications plus précises.

1. Un bref rappel de la décision

Le différend qui oppose les deux Etats concerne les procédures judiciaires pénales engagées en France contre M. Obiang Mangue (devenu en 2012 second vice-président de la Guinée équatoriale). L'enquête avait débuté fin 2010, alors que M. Obiang Mangue était ministre de l'agriculture et des forêts, et le 27 octobre 2017 le tribunal de grande instance de Paris a jugé M. Obiang Mangue coupable pour des faits de blanchiment d'argent commis en France entre 1997 et 2011. Le tribunal a ordonné une peine d'emprisonnement

de trois ans, une amende de 30 millions d'euros et la confiscation des biens mobiliers et immobiliers saisis, y compris un immeuble sis 42 avenue Foch à Paris. Pour des raisons différentes aucune mesure n'a été prise pour mettre à exécution les peines prononcées.

La Guinée équatoriale affirme que ces procédures entraînent deux types de violations du droit international. Le premier volet de l'affaire concerne l'exercice de la compétence pénale par le juge français à l'encontre de M. Obiang. Ces poursuites seraient contraires à : *a)* l'immunité personnelle dont bénéficierait l'agent de l'Etat (arrêt §86-103) et *b)* les règles internationales en matière de compétence pénale car les infractions relèveraient de la seule compétence de la Guinée équatoriale (arrêt §104-118). Pour fonder la compétence de la Cour à cet égard, le demandeur invoquait la clause compromissoire contenue à l'article 35 de la convention de Palerme.

La Cour a écarté sa compétence sur la base de l'article 35 car cette première partie du différend « n'est pas susceptible d'entrer dans les prévisions » de la convention (arrêt §118). En ce qui concerne le premier point, la Cour a conclu que les règles coutumières relatives aux immunités de l'Etat et de ses agents ne sont pas incorporées dans l'article 4 de la convention de Palerme et, par conséquent, cet aspect du différend ne concerne pas l'interprétation ou l'application de la convention de Palerme (arrêt §102). Quant au second point, la Cour considère que cette convention n'envisage pas la compétence exclusive de l'Etat territorial et qu'elle laisse à chaque Etat partie le choix des mesures nécessaires pour établir sa compétence pénale et partant que les allégations de « compétence excessive », que la France aurait exercée, n'entrent pas non plus dans le champ d'application de la convention (arrêt §116).

Le deuxième volet du différend concerne l'immunité de l'immeuble sis 42 avenue Foch à Paris qui est devenu le siège de l'Ambassade de la Guinée équatoriale le 27 juillet 2012. Le demandeur affirme que la France a violé l'immunité que la convention de Vienne accorde, à l'article 22, aux locaux des missions diplomatiques. La compétence de la Cour se fonderait, à cet égard, sur le protocole facultatif à la convention de Vienne.

La Cour s'est déclarée compétente pour connaître cette partie du différend car le différend qui oppose les parties concerne bien le régime juridique établi par la convention de Vienne. La question de savoir si l'immeuble sis 42 avenue Foch à Paris peut être considéré comme « locaux de la mission » ainsi que celle de savoir si cet immeuble bénéficie de la protection de l'article 22 sont bien des questions concernant l'interprétation ou l'application de la convention de Vienne sur lesquelles les parties ont des vues partagées (arrêt §134). Ce n'est que sur cette partie du différend que la Cour va se pencher lors de l'examen du fond de l'affaire.

2. La clause compromissoire et la clause de renvoi/sauvegarde

C'est évidemment la première partie de la décision, où la Cour se déclare incompétente sur la base de la convention de Palerme, qui ne fait pas l'unanimité. Les juges minoritaires ont exprimé leur désaccord dans une opinion dissidente commune. Certains juges de la majorité ont également exprimé leur désaccord vis-à-vis du raisonnement de la Cour, tout en partageant sa conclusion.

La question posée à la Cour était en effet assez délicate. Il s'agissait de définir le différend entre les parties, de décider s'il concernait l'interprétation ou l'application de la convention de Palerme et, par conséquent, s'il rentrait dans le champ d'application de la clause compromissoire de l'article 35. L'on rappellera en passant que l'article 35 est une

clause compromissaire tout à fait classique, établissant la compétence de la Cour pour les différends concernant « l'interprétation ou l'application de la présente convention ».

Manifestement, un différend peut exister sans que la Cour puisse en être saisie, faisant défaut le consentement des parties. Or, il semble qu'un différend entre les parties existait bien en ce qui concerne l'immunité de M. Obiang Mangue. La Guinée équatoriale l'invoquait, alors que le juge français l'écartait. En revanche, il était plus compliqué de déterminer si ce différend concernait l'interprétation ou l'application de la convention de Palerme, car elle vise essentiellement à promouvoir la coopération des Etats parties afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée (article 1) et ne contient aucune discipline explicite des immunités des agents étatiques. Toute la discussion s'est alors concentrée sur l'article 4 de la convention.

Cette disposition impose aux Etats parties de donner exécution aux obligations découlant de la convention de Palerme « de manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des Etats et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats ».

L'article 4 a été interprété essentiellement de deux manières différentes. Selon la Guinée équatoriale – ainsi que les juges minoritaires – il s'agit d'une clause de renvoi : la disposition incorporerait non seulement les principes d'égalité souveraine, d'intégrité territoriale et de non-intervention mais aussi d'autres règles ayant leur fondement dans ces grands principes, notamment les règles sur l'immunité de l'Etat et de ses agents. Le différend sur l'immunité personnelle de M. Obiang Mangue serait alors un différend portant sur l'article 4 et rentrerait dans le champ d'application de l'article 35.

D'autre part, l'article 4 a été considéré plutôt comme une clause de sauvegarde. Il permettrait de sauvegarder le respect d'obligations « extérieures » à la convention, qui n'ont pas leur source dans la convention et qui ne seraient pas incorporées par la convention. Il s'en suivrait que le différend concernant les obligations visées, directement ou indirectement, à l'article 4 ne pourrait pas rentrer dans le champ d'application de la clause compromissaire de l'article 35.

Le point essentiel sur lequel les opinions se partagent est alors la nature de l'article 4 et l'applicabilité des règles qui y sont rappelées. Soit il incorpore des règles extérieures à la convention, soit il se limite à les rappeler aux Etats parties. De toute manière, dans les deux cas la compétence juridictionnelle suivrait l'interprétation de la clause de renvoi/sauvegarde : dans le premier la Cour serait compétente, dans le second elle ne le serait pas. La réalité ne nous paraît pas aussi simple. Mais voyons d'abord les aspects problématiques des deux thèses.

3. La thèse de l'incorporation

Telle qu'exprimée dans l'opinion des juges dissidents, la thèse de l'incorporation repose sur deux arguments principaux. Le premier postule l'existence d'un « *intrinsic linkage between the rules of State immunity and the principle of sovereign equality* » (opinion dissidente commune des juges Xue, Sebutinde, Robinson et Kateka §24) et déduit des travaux préparatoires à la convention de Palerme que les règles régissant les immunités de l'Etat et de ses agents sont incorporées à l'article 4 (*ibid.* §44). Il en découle que la méconnaissance de l'immunité de l'agent étatique – qui se confond apparemment avec celle de l'Etat – entraîne une violation du principe de l'égalité souveraine (*ibid.* §28) et que la Cour est compétente pour trancher ces différends concernant l'article 4.

Ce premier argument révèle le souci des juges à ce que les règles internationales sur les immunités ne soient pas contournées, souci qui aurait inspiré également les rédacteurs de la convention (*ibid.* §39). Bien que ce souci ne nous paraisse pas très justifié, la convention n'introduisant aucune dérogation au régime coutumier des immunités, il expliquerait l'inclusion de l'article 4, une clause que les juges minoritaires définissent eux-mêmes une « saving provision » (*ibid.* §43). Peu importe la terminologie employée, pour eux la clause représente une ouverture à des règles extérieures à la convention qui se transformeraient en obligations conventionnelles (grâce à l'article 4) pour les Etats parties.

Le problème est alors de comprendre quelles sont les règles incorporées à l'article 4. Le risque étant que l'ouverture soit excessive, situation qui est bien présente à la Cour. Dans son arrêt elle rappelle que l'article 4 « n'impose pas aux Etats parties, par sa référence à l'égalité souveraine, l'obligation de se comporter d'une manière compatible avec les nombreuses règles de droit international qui protègent la souveraineté en général, ainsi qu'avec toutes les conditions dont ces règles sont assorties » (arrêt §93). Une ouverture excessive du renvoi effectué par l'article 4 impliquerait une extension excessive de la compétence juridictionnelle de la Cour donnant lieu à une tension entre le consentement des Etats et l'interprétation trop généreuse de sa compétence par le juge international (opinion individuelle du juge Gevorgian §8). Selon cette thèse la Cour serait en effet compétente pour trancher tout différent concernant n'importe quelle règle incorporée par l'article 4, et plus en général par une clause conventionnelle de renvoi.

La nécessité de restreindre l'incorporation de l'article 4 semble partagée par les juges de la minorité sans toutefois qu'un critère ne soit fourni qui permettrait de limiter l'ouverture de la disposition. La seule indication à cet égard paraît peu concluante : « *the effect of the three principles [de l'article 4] is that only those rules of customary international law that are relevant to the interpretation and application of the Convention become applicable as conventional rules* » (opinion dissidente commune §30, c'est nous qui soulignons). Elle laisse en effet au juge la liberté de décider de la « pertinence » de l'incorporation, sans poser aucune vraie limite.

Le deuxième argument concerne la pertinence de l'article 4 dans le cas d'espèce : la Cour serait compétente parce que l'immunité personnelle de M. Obiang Mangué a été écartée lors d'une procédure pénale pour blanchiment, une procédure régie donc par la convention de Palerme. En particulier, la procédure visait le blanchiment du produit du crime et elle impliquait l'établissement de la compétence du juge français, l'exercice de cette compétence, l'adoption de mesures de confiscation et de saisie, la disposition des biens confisqués, une entraide judiciaire entre les deux Etats ; tous ces aspects étant disciplinés respectivement par les articles 6, 15, 11, 12, 14 et 18 de la convention. Les juges s'efforcent de montrer que la méconnaissance de l'immunité personnelle de M. Obiang Mangué entraîne un désaccord entre les parties portant non seulement sur l'article 4 mais aussi sur l'interprétation ou l'application de ces autres dispositions de la convention (*ibid.* §61, 62, 63, 64, 64, 65, 68). Si ces éléments peuvent montrer l'existence d'un différend sur la compétence de la Cour, le grief principal de la Guinée équatoriale reste la méconnaissance de l'immunité personnelle – donc la violation de l'article 4 à l'occasion de mesures prises en exécution des articles 6, 11, 12, 14, 15 et 18 – alors que le demandeur ne prétend jamais que la France aurait méconnu les articles 6, 11, 12, 14, 15 et 18. Plus simplement, on pourrait se demander la raison d'une telle complication du moment que les juges considèrent que les immunités s'imposent, par le biais de l'article 4, « as conventional rules ». C'est sans doute encore une fois le souci de limiter l'ouverture résultant de la thèse de l'incorporation. On reviendra sur cet aspect.

4. La thèse de la clause de sauvegarde

L'opinion individuelle du juge Abraham illustre parfaitement la thèse opposée qui conçoit l'article 4 comme une clause de sauvegarde : « il ne vise pas à créer des obligations (de nature conventionnelle) à la charge des Etats parties, ni à incorporer par référence des règles préexistantes de droit coutumier à la convention » (opinion individuelle du juge Abraham §14). N'étant la source d'aucune obligation (*ibid.* §16), le différend concernant les principes et règles rappelés à l'article 4 ne concernerait pas l'interprétation ou l'application de la convention et la Cour ne serait pas compétente pour le trancher.

La thèse a sans doute le mérite de la simplicité. Reste à comprendre quel est l'effet utile de la disposition. Selon le juge Abraham ce serait de préciser que rien dans la convention de Palerme ne déroge aux règles coutumières se rapportant aux trois principes énoncés (*ibid.* §15). Si cela veut dire que la clause compromissive ne peut pas être utilisée pour demander au juge international de vérifier si la convention est exécutée en conformité avec les principes de l'article 4, c'est peut-être restreindre un peu trop l'effet utile de la disposition. La Cour ne pourrait pas, par exemple, établir si une procédure engagée sur la base de la convention est effectuée en violation du principe de non-intervention car cette obligation découle du droit coutumier et n'est pas une obligation conventionnelle (*ibid.* §16). Les mêmes doutes se retrouvent dans la déclaration du juge Crawford qui critique la thèse de la clause de sauvegarde et considère que l'article 4 est plus que cela (déclaration du juge Crawford §8) car il imposerait des obligations aux Etats parties (*ibid.* §9), sans malheureusement nous dire lesquelles.

5. La distinction entre compétence et droit applicable

Comment reconnaître alors un effet utile à l'article 4 – plus en général à une clause qui fait référence à des obligations extérieures au cadre conventionnel – et en même temps ne pas étendre la portée de la clause compromissive au-delà de l'intention des parties ? C'est tout l'effort de la Cour lorsqu'elle affirme que l'article 4 « impose une obligation aux Etats parties » (arrêt §93) sans toutefois incorporer les règles coutumières relatives aux immunités (arrêt §102). Cette solution de compromis est d'ailleurs cohérente avec sa jurisprudence qui avait déjà rejeté la thèse de l'incorporation, du moins dans un cas spécifique (*Usines de pâte à papier* 2009 §63). Mais l'arrêt ne dit pas quel est le contenu « obligatoire » de l'article 4.

En premier lieu, l'article 4 peut imposer aux parties l'obligation d'interpréter les autres règles conventionnelles de manière conforme aux principes qu'il énonce lorsqu'ils leur donnent exécution. La Cour a eu l'occasion d'interpréter des normes conventionnelles à la lumière d'obligations extérieures découlant aussi bien de règles coutumières que d'autres conventions lorsqu'elle était compétente pour trancher des différends concernant ces normes conventionnelles (v. en *Plates-formes pétrolières* 2003 §42 ; *Usines de pâte à papier* 2009 §64-66). Mais pour le juge cette obligation est toujours rattachée aux règles d'interprétation des traités, notamment la règle correspondant à l'article 31(3)(c) de la convention de Vienne sur le droit des traités, et ne semble pas découler de la clause faisant référence aux obligations extérieures. La preuve en est que la règle de l'article 31(3)(c) s'applique même en l'absence d'une telle clause.

Une autre possibilité existe, plus rare certes, que l'application par le juge de règles extérieures à une convention s'avère nécessaire pour trancher un différend concernant la violation d'obligations conventionnelles. La clause rappelant des règles extérieures n'aurait pas seulement un effet interprétatif mais servirait également à préciser que certaines règles extérieures sont applicables lors de la solution des différends relevant de la convention. A notre avis, là est bien le sens de la clause de l'article 4. Elle concerne le droit applicable. Elle indique des principes et des règles que le juge saisi d'un différend au sens de l'article 35 de la convention peut appliquer. L'hypothèse n'est pas inconnue à la jurisprudence de la Cour (*Conseil de l'OACI* 1972 §31-32 ; *ELSI* 1989 §50). Si les obligations extérieures découlent pour les Etats parties du droit coutumier ou d'autres conventions, la clause qui les rappelle entraîne du moins pour le juge l'obligation de les prendre en compte lors de l'exercice de sa compétence juridictionnelle. Précisons que cela ne veut pas dire que la clause puisse fonder la compétence du juge. Si dans l'affaire *ELSI* la Cour a admis l'application de la règle coutumière de l'épuisement des recours internes, cela restait dans le contexte de « demandes fondées sur des prétendues violations de ce traité » (*ibid.* ; on notera que l'opinion dissidente commune cite l'affaire *ELSI* seulement pour mettre en avant l'exigence de reconnaître un certain effet utile à l'article 4). Dans notre cas, l'article 4 ne pourrait pas faire relever de la clause compromissaire – de l'article 35 – un différend qui viserait uniquement la violation de l'immunité personnelle d'un agent étatique, alors que cette même disposition peut imposer l'application des principes rappelés si cela est nécessaire pour résoudre un différend qui relève de l'article 35, comme dans l'hypothèse de la violation du principe de non-intervention rappelée plus haut.

C'est peut-être dans ce sens qu'on peut lire le passage de l'arrêt où la Cour précise que la « conclusion selon laquelle les règles du droit international coutumier relatives aux immunités des Etats et de leurs agents ne sont pas incorporées dans l'article 4 est sans préjudice de l'*applicabilité* de ces règles » (arrêt §102, c'est nous qui soulignons). L'étendue du droit applicable irait alors au-delà des obligations conventionnelles qui peuvent fonder la compétence de la Cour. Cette distinction aurait mérité quelque chose de plus qu'une simple allusion.

Si l'on partage la distinction entre compétence et droit applicable, les seuls différends couverts par la clause compromissaire sont ceux dont la *causa petendi* concerne la violation d'obligations conventionnelles. Plus concrètement, l'article 35 permet aux parties de soumettre à la Cour – et à la Cour de décider dans le dispositif – seulement les allégations de violation d'obligations de la convention, alors que l'arrêt sur le fond ne peut pas se prononcer sur la violation d'autres obligations extérieures à la convention. Certes, des obligations extérieures à la convention peuvent être (non seulement utilisées pour interpréter la convention mais aussi) appliquées par la Cour, à condition que cela s'avère nécessaire à trancher un différend mettant en cause les obligations conventionnelles. C'est la notion même de droit applicable, qu'il ne faut pas confondre avec celle de compétence. Le critère de nécessité laisse sans doute une marge d'appréciation au juge, bien qu'il nous paraisse plus précis que celui de pertinence évoqué plus haut. L'établissement de la compétence juridictionnelle doit alors être analysé de deux points de vue différents.

La première possibilité est que, en fonction de l'objet du différend, l'obligation dont la violation est alléguée fasse partie des obligations conventionnelles et puisse donc fonder elle-même la compétence de la Cour. Dans notre cas, l'objet du différend ne vise que la violation de la règle sur l'immunité personnelle ; cette obligation ne fait pas partie des obligations conventionnelles ; la Cour doit se déclarer incompétente. Il ne suffit pas

(comme le soutient la Guinée équatoriale) que la conduite du défendeur puisse être encadrée comme une mesure de mise en œuvre de la convention de Palerme, si aucune violation de la convention n'est invoquée. C'est l'analyse à laquelle la Cour dédie la première partie de l'arrêt (§86-103).

La deuxième possibilité est que l'obligation dont la violation est alléguée fasse partie du droit applicable à un différend qui concerne la violation d'obligations conventionnelles. Ce cas impose une double vérification : la compétence doit toujours viser un différend qui concerne la violation d'une obligation conventionnelle, mais elle peut s'étendre à l'application d'obligations extérieures à condition qu'elles fassent partie du droit applicable et que cette application soit nécessaire pour trancher le différend sur les obligations conventionnelles. Dans notre cas, il faut d'abord admettre que les règles sur l'immunité personnelles fassent partie du droit applicable (sur la base de l'article 4) pour décider ensuite si le différend concerne la violation d'obligations telles que l'infraction de blanchiment (article 6 de la convention), l'établissement de la compétence du juge français (article 15 de la convention), l'exercice de cette compétence (article 11 de la convention), l'adoption de mesures de confiscation et de saisie (article 12 de la convention), la disposition des biens confisqués (article 14 de la convention), l'entraide judiciaire entre les deux Etats (article 18 de la convention). Si le différend ne vise aucune de ces violations, nul besoin d'établir au préalable la violation de l'immunité personnelle de M. Obiang Mangué. La compétence juridictionnelle serait donc à exclure.

Ceci explique la nécessité de la partie de l'arrêt dédiée à la « compétence excessive » française. Cette partie aurait été superflue si la Cour avait adopté la thèse de la clause de sauvegarde (opinion individuelle du juge Abraham §24), alors qu'elle est essentielle si l'on considère que les règles rappelées à l'article 4 font partie du droit applicable. Si le raisonnement et la décision de la Cour reposent implicitement sur la distinction entre compétence juridictionnelle et droit applicable, cette partie de l'arrêt (§104-118) permet d'exclure que la *causa petendi* du différend (la compétence excessive) soit régie par des obligations conventionnelles et que, par conséquent, il soit nécessaire d'appliquer les règles extérieures relatives aux immunités (v. aussi déclaration du juge Owada §13).

6. L'actualité de la distinction

Toujours admettant que la logique de la Cour repose sur la distinction entre compétence juridictionnelle et droit applicable, ce précédent devient très important pour d'autres affaires où le même problème se pose. Il peut offrir une indication au moins sur la méthode que le juge international devrait suivre quand les parties s'opposent sur la question de savoir si les obligations invoquées peuvent fonder sa compétence ou elles font simplement partie du droit applicable au différend. La méthode n'est pas miraculeuse, la jurisprudence n'applique pas la distinction de manière toujours cohérente et restent les incertitudes sur l'étendue du droit applicable. Toutefois, la recherche de solutions partagées devient de plus en plus urgente au fur et à mesure que se multiplient les bases de compétence concernant des domaines spécifiques du droit international alors que les différends mettent en cause une pluralité de régimes juridiques. Deux exemples parmi bien d'autres peuvent être rappelés.

La solution du différend concernant l'*Enrica Lexie* qui oppose l'Italie et l'Inde est confiée à un tribunal arbitral compétent pour régler des différends du droit de la mer. Peut-il trancher un différend qui oppose les parties sur le respect d'obligations relatives à

l'exercice de la compétence pénale nationale ou à l'immunité matérielle des agents étatiques ? Ces obligations peuvent-elles fonder sa compétence sur la base de la convention des Nations unies sur le droit de la mer ? Peut-on les inclure dans le droit applicable par le tribunal arbitral ?

L'autre exemple est fourni par l'actualité la plus récente, notamment les secours en mer Méditerranée des migrants risquant leur vie pour atteindre l'Europe. Lorsque les Etats refusent l'accès à leur territoire à des navires ayant secouru en mer des personnes en détresse qui ont la qualité de réfugié, la question principale qui se pose est le respect du principe de non-refoulement. Si de l'affaire était saisi un juge international, il le serait vraisemblablement sur la base de la convention sur le droit de la mer. Encore une fois la question se poserait dans les mêmes termes. Le juge pourrait-il trancher un différend qui oppose les parties sur le respect d'une obligation extérieure à la convention ? Cette obligation fait-elle partie du droit applicable ?

BEATRICE I. BONAFÉ