

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA *CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS*

PAR

Aymeric HECHE*

RÉSUMÉ

Cette contribution se propose d'analyser les conditions de l'article 62 CVDT. Tant l'examen de la condition des bases essentielles (art. 62, § 1, lit. a) que de la radicalité du changement (art. 62, § 1, lit. b) révèle de multiples possibilités de déterminations de ces deux critères centraux. Les bases essentielles se définissent en priorité par l'examen de la volonté des parties, puis par référence au but et à l'objet du traité. La radicalité couvre un éventail de possibilités allant de la vacuité de l'exécution au déséquilibre des prestations. Les appréciations différenciées dans les conditions de la *clausula* en font une institution à géométrie variable. De fait, les juges confrontés à la tâche d'interpréter et d'appliquer la *clausula* peuvent être tentés d'accorder un poids prépondérant à l'une ou l'autre condition de l'article 62. En réaction, la manière d'examiner les bases essentielles ou la radicalité du changement influence l'analyse des autres conditions.

ABSTRACT

This article scrutinizes the operating conditions of article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The examination of both central criteria, “essential basis” (art. 62, § 1, lit. a) and “radical transformation” (art. 62, § 1, lit. b), show us that they may be satisfied in several ways. We must first refer to the States' will, then to the goal and purpose of the treaty to define the essential basis. The range of radical transformation goes from purposeless execution to the imbalance of considerations. The multiple fashions which may be used to appraise the *clausula* conditions result in a protean institution. When faced with the interpretation and application of the *clausula*, judges may be tempted to grant more importance to one or another condition. The way judges examine the “essential basis” or “radical transformation” weights on the scrutiny of the other conditions.

S'intéresser à la *clausula rebus sic stantibus* n'a rien de particulièrement original. Elle a été étudiée en profondeur depuis le début du XX^e siècle.

* Doctorant à l'Université de Neuchâtel. L'auteur tient à préciser que la présente contribution est une version abrégée et remaniée d'un mémoire pour l'obtention du Master en droit à l'Université de Neuchâtel et à remercier Giovanni Distefano et Etienne Henry pour leurs conseils et remarques.

Plusieurs monographies traitent uniquement du sujet (1) : le thème est un classique de la littérature juridique.

Alors à quoi bon consacrer une étude à un sujet aussi usé (2) ? Parce que la codification de la *clausula* a eu pour résultat de mêler deux conceptions opposées dans l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après : CVDT, le texte de l'article 62 est reproduit *infra* à la section I). Avant la codification, le courant majoritaire conditionnait l'application de la *clausula* à la modification des bases essentielles du traité (3), tandis que le courant minoritaire plaçait le changement radical des obligations à exécuter au centre de la *clausula* (4). Comme en témoigne la lecture de l'article 62, la formulation définitive résulte de l'addition des deux courants. D'autre part, les concessions nécessaires à l'adoption de l'article 62 se manifestent par l'utilisation de notions vagues (« pas été prévu », « base essentielle », « radicalement »). D'ailleurs, le grand mérite de la codification est ailleurs, cela a été de prévoir une procédure claire d'invocation de la *clausula*. À la suite de la codification, la nature de la *clausula rebus sic stantibus* elle aussi n'est plus problématique : elle est intégrée dans un traité et supposée refléter le droit coutumier (5). Mais comme le contenu et les conditions de l'article ont précipité et mélangé les courants doctrinaux antérieurs, le résultat est une disposition qui peut paraître claire au premier abord, mais qui devient confuse

(1) Pour une bibliographie récente, cf. C. RABL-BLASER, *Die clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht*, Berne, Dike, 2012. Parmi les commentaires de la Convention de Vienne sur le droit des traités, on peut citer : M. SHAW et C. FOURNET, « Article 62 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éd.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 2229-2261 ; M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009 ; T. GIEGERICH, « Article 62 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éd.), *Vienna Convention on the law of treaties : a commentary*, Berlin, Springer, 2012, pp. 1067-1104.

(2) « [D]ans une question comme celle de la clause *rebus*, qui a été l'objet de multiples travaux et la matière de tous les manuels ou les traités de droit international public, ce serait une vaine prétention d'essayer de dire quelque chose de nouveau ou d'essayer de soutenir une position originale », in A.P. DE CAVIEDES, « De la clause '*rebus sic stantibus*' à la clause de révision dans les conventions internationales », *R.C.A.D.I.*, vol. 118, 1966, p. 115.

(3) L. OPPENHEIM, *International Law, A Treatise*, vol. I, 3^e éd., Londres, Longmans Green, 1920, pp. 689-691 ; J.W. GARNER, « The doctrine of *rebus sic stantibus* and the termination of treaties », *A.J.I.L.*, vol. 21(3), 1927, pp. 509-511 ; LORD A.D. McNAIR, « La terminaison et la dissolution des traités », *R.C.A.D.I.*, vol. 22, 1928, p. 476 ; J.F. WILLIAMS, « The Permanence of Treaties: The Doctrine of *rebus sic stantibus*, and Article 19 of the Covenant of the League », *A.J.I.L.*, vol. 22, 1928, pp. 92-93 ; W. BURCKHARDT, « La Clausula *Rebus Sic Stantibus* en Droit International », *R.D.I.L.C.*, vol. 14, 1933, pp. 18-19 ; HARVARD LAW SCHOOL, « The Draft Convention on the Law of Treaties », *A.J.I.L.*, vol. 29, 1935, pp. 662-663 ; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1955, p. 381 ; H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens & Sons, 1958, pp. 85-86.

(4) G. SCHELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, Genève, I.U.H.E.I., 1936, p. 18 ; J.H.W. VERZIL, « Le principe *rebus sic stantibus* en droit international public », in *Festschrift für Walter Schätzel zu seinem 70. Geburtstag*, Düsseldorf, Hermes, 1960, pp. 527-528 ; D. KENNEDY, « The sources of international law », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2(1), 1987, pp. 58-59.

(5) *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, p. 19, § 36.

à force de l'examiner, et *a fortiori* de l'appliquer. C'est pourquoi, condition par condition, paragraphe par paragraphe, nous nous efforcerons de cerner les contours de cette célèbre institution. Ce faisant, nous tenterons d'exposer les tensions qui la traversent et de préciser autant que possible les notions vagues utilisées.

Le plan se calque sur l'ordre de lecture de l'article 62 : les quatre conditions cumulatives du premier paragraphe (un changement (I) imprévu (II) qui concerne les bases essentielles (III) et dont l'effet est de transformer radicalement la portée des obligations (IV)) seront suivies de l'examen des deux exceptions alternatives du second paragraphe (les traités de frontières (V) et l'extériorité du changement (VI)). Le délai raisonnable pour invoquer le changement fondamental sera lui aussi examiné (VII). Chaque condition et exception sera détaillée, les deux conditions phares de la base essentielle et de la transformation radicale occuperont une place importante. Avant la conclusion (IX), les liens de dépendance entre les conditions et exceptions seront synthétisés (VIII).

I. — UN CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES
PAR RAPPORT À CELLES QUI EXISTAIENT AU MOMENT
DE LA CONCLUSION (ARTICLE 62, § 1)

Avant de commencer l'examen, nous reproduisons l'article 62 :

« CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que :
 - a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que
 - b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.
2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer :
 - a) S'il s'agit d'un traité établissant une frontière ; ou
 - b) Si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité.
3. Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité ».

Le chapeau de l'article 62 concentre deux problématiques : celle du changement, qui sera traité dans cette section, et celle de la prévisibilité, traitée dans la seconde section.

Cette première section s'attache donc à définir les différents types de changements (progressif ou immédiat (1), de droit ou de fait (2)) pris en compte par l'article 62. La part d'autonomie du caractère « fondamental » du changement en dehors de toute référence aux bases essentielles et à la transformation des obligations est problématique (3). Le changement doit être objectif (4), la favorisation des intérêts d'un État partie au traité n'a pas ce caractère objectif.

1. — *Un changement survenu après la conclusion du traité*

La conclusion du traité (6) diffère de sa mise en vigueur. Partant, un traité conclu mais non encore en vigueur entre dans le champ de l'article 62. Quant au changement, il s'exprime par une différence ; le passage de la paix à la guerre en est un exemple. Mais certains cas peuvent s'avérer plus problématiques, en particulier si la différence se manifeste par la détérioration graduelle d'une situation préexistante à la conclusion du traité. *A priori* un changement prenant source avant la conclusion du traité mais ne devenant fondamental qu'ensuite est exclu (7) (l'article 62, § 1, prévoit : « Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit *par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité* », italiques ajoutés), néanmoins l'interprétation de l'article 62 permet sa prise en compte puisque le changement et son résultat sont liés. Seul le caractère « fondamental » doit survenir à la suite de la conclusion. Ainsi, on peut envisager le cas d'une crise économique ayant déjà débuté lors de la conclusion du traité, mais dont on ne prévoyait pas qu'elle atteigne une certaine intensité (8). Les parties peuvent invoquer le changement en ce qu'il a atteint un stade *imprévu* et une ampleur qui *transforme les obligations* : ce type de changements est « progressif » ou « graduel », tout comme l'acquisition de nouvelles connaissances ou l'apparition de nouvelles normes (9). À l'inverse, la création de douanes et la survenance d'une guerre (10) après la conclusion du traité vont dans le sens d'un changement « immédiat » (11), lui aussi pris en compte par l'article 62.

(6) P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, P.U.F., 1995, p. 51, § 89.

(7) M. SHAW et C. FOURNET, « Article 62 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éd.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 2253, § 26.

(8) Dans l'affaire *Alsing Trading Company Ltd. and Svenska Tändsticks Aktiebolaget v. The Greek State* (sentence arbitrale du 22 décembre 1954), l'arbitre avait retenu que la situation économique de la Grèce s'était déjà détériorée avant la conclusion du contrat. Il en a déduit que la dégradation des capacités de paiement de la Grèce était d'autant moins imprévisible (*I.L.R.*, vol. 23, pp. 655 et 657).

(9) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Rec.*, 1997, pp. 64-65, § 104.

(10) Accord de Coopération entre la Communauté économique européenne et la République socialiste fédérative de Yougoslavie, *J.O.C.E.*, L 41, 26^e année, 14 février 1983.

(11) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, *C.P.J.I.*, Série A/B, n° 46, p. 156.

A. Vamvoukos (12) établit une tripartition des changements : la disparition d'une situation (*Statut du Sud-Ouest Africain* (13), *Gabčikovo-Nagymaros* (14)), la survenance d'une situation imprévue (*Zones Franches* (15), *Pêcheries* (16), *Racke* (17)) et la non-survenance d'une situation prévue (affaire de l'*Apurement des comptes* (18)). On peut noter que chaque type de changement insiste sur un des aspects de la *clausula* : la disparition d'une situation insiste sur les bases essentielles (article 62, § 1, lit. a), la survenance d'un événement inattendu insiste sur la radicalité du changement (article 6,2, § 1, lit. b) et la non-survenance s'apparente à une condition résolutoire implicite (19) (*conventio omnis intellegitur rebus sic stantibus*).

2. — *La nature du changement*

Le changement de fait et le changement de droit sont éligibles (20). Le changement de fait porte sur ce qui avait été considéré comme une base essentielle du consentement des parties, comme cela ressort des *Zones franches* (21). La terminaison d'un traité pour cause de changement de droit peut être appréhendée dans les articles 62 et 64 CVDT. L'article 64 constitue une *lex specialis* (22). L'extériorité du changement de droit s'explique parce que la nouvelle norme ne doit pas pouvoir être rattachée aux articles 54, lit. b (extinction d'un traité par consentement des parties) ou 59 (extinction d'un traité implicite du fait de la conclusion d'un traité postérieur) pour que l'article 62 soit applicable. Reste alors la question de l'interprétation du

(12) A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International law*, Oxford, Clarendon Press, 1985 p. 189. On retrouve une esquisse de ces distinctions dans J.H.W. VERZIJL, «Le principe *rebus sic stantibus* en droit international public», in *Festschrift für Walter Schätzel zu seinem 70. Geburtstag*, Düsseldorf, Hermes, 1960, p. 527.

(13) C.I.J., *Procès-verbaux des séances publiques tenues au Palais de la Paix*, CR 1950, pp. 212 et s.

(14) M. FITZMAURICE, «The Gabčikovo-Nagymaros Case: The law of treaties», *Leiden Journal of international law*, vol. 11, 1998, p. 333.

(15) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, p. 156 : instauration des douanes suisses.

(16) *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Rec., 1973, pp. 17 et s., §§ 30 et s. : la limite de pêche reconnue par échange de notes par le Royaume-Uni est devenue coutumière.

(17) Arrêt de la Cour du 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, § 56 : guerre en Yougoslavie.

(18) *R.S.A.*, vol. XXV, pp. 343-344 : disparité des faits et des prévisions des parties.

(19) C.G. TĒNĒKIDĒS, «Le Principe *rebus sic stantibus*, ses limites rationnelles et sa récente évolution», *R.G.D.I.P.*, vol. 41, 1934, p. 280 ; J.F. WILLIAMS, «The Permanence of Treaties: The Doctrine of *rebus sic stantibus*, and Article 19 of the Covenant of the League», *A.J.I.L.*, vol. 22, 1928, pp. 93-94.

(20) Les débats de la CDI en font mention (*A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 153, § 43, intervention de M. Lachs).

(21) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, p. 158.

(22) T. GIEGERICH, «Article 62», in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éd.), *Vienna Convention on the law of treaties : a commentary*, Berlin, Springer, 2012, p. 1082, § 42. L'article 64 est libellé ainsi «Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin», ce n'est donc pas l'apparition de n'importe quelle nouvelle norme qui est pertinente pour l'article 64, mais seulement d'une norme de *Ius Cogens*.

traité au vu de la nouvelle norme. Si la nouvelle norme est compatible avec le traité, la *clausula* sera inapplicable (23). C'est dans l'affaire des *Pêcheries* que le changement de droit a été admis comme relevant de la *clausula* (24). La date d'apparition de la nouvelle norme coutumière joue elle aussi un rôle important puisqu'elle doit à tout le moins se cristalliser après la conclusion du traité.

3. — *L'évaluation du caractère fondamental du changement*

Le caractère fondamental du changement est dépourvu d'autonomie (25) : un changement ne devient fondamental que par l'accomplissement des deux autres conditions de l'article 62, § 1. Le changement doit *porter* sur des circonstances essentielles (art. 62, § 1, lit. a) (26) et ses *effets* doivent résulter en une transformation radicale des obligations (art. 62, § 1, lit. b). Toutefois, conformément au principe de l'effet utile (27), le caractère fondamental du changement viendrait assurer qu'un hypothétique changement remplissant toutes les autres conditions de l'article 62 ne pourrait retenir l'application de la *clausula* si le traité n'était pas sérieusement remis en cause. La CIJ admet que l'addition de changements peut équivaloir à un changement fondamental (28).

4. — *Un changement objectif*

Le changement doit être extérieur à la volonté des parties, à défaut de quoi les conditions d'extériorité et d'objectivité (29) ne seront pas remplies. Le caractère objectif du changement trouve un exemple dans la chute de rentabilité du projet invoquée dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* (30). Le changement est donc apprécié à travers ses effets. Dans l'affaire de l'*Apurement des comptes*, la déclaration de l'arbitre G. Guillaume va dans le même

(23) *Ibid.*, p. 1083, § 43. Une interprétation des nouvelles normes dans le cadre du traité ne doit pas être soutenable pour que la *clausula* soit applicable, cf. R.K. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 254 : « If the facts in issue at the time of interpretation differs from those at the time of conclusion of the treaty, there are three possibilities : (1) that the treaty envisaged such changes ; (2) that the situation remains within the scope of effective interpretation of the treaty ; or (3) the change is so fundamental that the treaty cannot be applied ».

(24) *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, pp. 16-17, § 31.

(25) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 190.

(26) La modification du droit des traités par l'Harvard Law School retenait ce lien : « A treaty entered into with reference to the existence of a state of facts [peut être déclaré éteint quand] that state of facts has been essentially changed ». HARVARD LAW SCHOOL, *op. cit.*, note 3, p. 1096.

(27) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1085, § 50.

(28) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Rec.*, 1997, p. 65, § 104. D. Bosma remarque qu'un changement fondamental peut être composé de « petits » changements : « The Dutch-Surinam treaty on development assistance : a correct appeal to a fundamental change of circumstances ? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 3, 1990, p. 205.

(29) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2248, § 21.

(30) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Rec.*, 1997, p. 64, § 104.

sens ; le changement devient fondamental quand l'obligation de payer des quantités inutiles de sel devient insupportable pour la partie victime du changement (31). On a ici deux affaires dans lesquelles le changement est quantifiable. À l'inverse, prouver un changement non quantifiable, tel qu'un changement de politique étatique, est plus délicat (32).

Dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ reconnaît le changement politique comme relevant de la *clausula* (33). Mais encore faut-il que ce changement soit substantiel à l'État dans son ensemble. Une attitude (34) singulière de l'État à l'égard d'un traité ne suffit pas, une politique globale et nouvelle du pays dans son entier (35) est nécessaire. La constitutionnalité interne du nouveau gouvernement ou le succès d'une révolution peut servir d'indices (36), mais c'est l'alignement ou non du pays sur son ancienne politique qui sera déterminant. Le changement politique est extérieur aux parties en ce sens que la relation entre le changement et le traité est indirecte : suite à un changement de politique qui frappe l'État dans sa totalité, seuls certains traités seront potentiellement touchés (37) par ricochet.

II. — UN CHANGEMENT IMPRÉVU (ARTICLE 62, § 1)

Seul un changement « qui n'avait pas été prévu par les parties » peut donner lieu à l'application de l'article. Les deux questions qui vont nous retenir ici sont la définition de la prévisibilité (1) ainsi que déterminer si le changement devait être imprévu pour une seule ou l'ensemble des parties (2).

1. — *La prévisibilité et l'imprévisibilité du changement*

Cette condition figure dans le chapeau de l'article et se réfère aux prévisions communes, constituées par l'ensemble des situations dans lesquelles les parties projettent d'appliquer le traité (38) (le « cadre interprétatif » d'ap-

(31) *Apurement des comptes*, C.P.A., pp. 342-343.

(32) Ph. Cahier se prononce en défaveur de ce changement en raison de l'objectivité qu'il doit revêtir et du flou entourant la notion de « politique étatique », in « Le changement fondamental de circonstances et la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités », *Le droit international à l'heure de sa codification*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 177-178.

(33) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Rec., 1997, p. 64, § 104.

(34) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2248, § 21 ; *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 88, § 15.

(35) Un *obiter dictum* du Tribunal Fédéral suisse sur la révolution russe considérait qu'étant donné la modification de l'organisation judiciaire et des relations entre les individus, mais aussi entre les individus et l'État, le recours à la *clausula* était soutenable : ATF 49 I 188, pp. 194-195 ; Ch. FAIRMAN, « Implied resolutive conditions in treaties », *A.J.I.L.*, vol. 29(2), 1935, pp. 232 et s. ; HARVARD LAW SCHOOL, *op. cit.*, note 3, pp. 1103 et s.

(36) NOTICE OF THE YALE LAW JOURNAL, « Revolution, Treaties and State Succession », *Yale Law Journal*, vol. 76, 1967, pp. 1675-1676 et p. 1682.

(37) *Ibid.*, p. 1685.

(38) R.K. GARDINER, *op. cit.*, note 23, p. 254.

plication du traité). L'article 62 ne fournit pas de précisions sur la manière d'appréhender ces prévisions.

Deux situations peuvent se présenter : soit les parties ont prévu un changement, auquel cas on trouvera des dispositions dans le traité (39) et la *clausula* sera inapplicable, soit les parties n'ont rien stipulé. La preuve la plus évidente que les parties ont prévu la survenance d'une situation est la présence de dispositions sur la révision et sur la reconduction (40) dans le traité, dispositions qui priment l'article 62 (41). Néanmoins, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* (42), il a suffi que les parties fassent référence, dans trois articles du Traité du 16 septembre 1977, aux obligations en lien avec la nature et l'environnement pour que la CIJ oblitère cette référence comme un renvoi aux règles futures en matière de droit de l'environnement (43), empêchant de qualifier cette évolution d'imprévisible. Si les parties n'ont rien stipulé, on se retrouve face à deux éventualités : si le changement est prévu, l'application de la *clausula* est entravée, seul un changement imprévu peut donner lieu à sa mise en œuvre (44).

O.J. Lissitzyn soulève la question du changement *possible* mais *peu probable* : « "Foreseeing" a future event may mean expecting it as inevitable, expecting it as probable, or thinking of it as possible but not likely » (45). Dans les deux premiers cas (« inevitable » et « probable »), l'évènement est attendu avec une probabilité suffisante pour parler de changement prévisible. Si le troisième cas devait être retenu (possible but not likely), le changement pris en charge par l'article 62 se réduirait drastiquement, C. Rabl-Blaser pres-

(39) Ou alors on considérera que le droit de dénoncer ou de se retirer peut être déduit de la nature du traité (hypothèse de l'article 56 CVDT), cf. M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2253, § 28. Pour ces auteurs, l'article 56 CVDT revient à examiner la présence d'une clause tacite résolutoire incluse dans le traité, clause qui prime l'application du changement fondamental de circonstances.

(40) *Affaire du traité Sino-Belge*, Mémoire, C.P.J.I., Série C, No. 16/1, pp. 22 et 79.

(41) O. DÖRR, « Codifying and Developing Meta-Rules. The ILC and the Law of Treaties », *G. Y. I. L.*, vol. 49, 2006, p. 153.

(42) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Rec.*, 1997, pp. 19 et s., §§ 18 et s. et p. 64, § 104.

(43) Il s'agit des articles 15, 19 et 20 du Traité entre la Hongrie et la République tchèque relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1109, p. 211.

(44) Dans son commentaire sur le projet d'articles de 1957, la CDI excluait un changement auquel on peut s'attendre « en faisant preuve d'une prévoyance raisonnable ». *A.C.D.I.*, vol. II, 1957, p. 36.

(45) O.J. LISSITZYN, « Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*) », *A.J.I.L.*, vol. 61, 1967, p. 915. Ces distinctions ont aussi un impact sur le fardeau de la preuve de la prévisibilité du changement. Le fardeau repose normalement sur l'État « victime ». Toutefois R.J.A. Pastor place la frontière à l'endroit « d'un évènement possible, mais non probable ». Dès cet instant, le fardeau de la preuve est *réparti* entre les États en désaccord. R.J.A. PASTOR, « La doctrine *rebus sic stantibus* à la conférence de Vienne de 1968 sur le droit des traités », *Annuaire suisse de droit international*, vol. 25, 1968, p. 88. De manière générale, J.H.W. Verzijl, place aussi le fardeau sur l'État « victime », *op. cit.*, note 12, p. 527.

crit donc un examen du traité et des attentes des parties par rapport à une évolution normale des circonstances (46).

Le droit privé international utilise le critère de l'homme raisonnable (*bonus paterfamilias*) ni optimiste, ni pessimiste (47). Parce que les situations futures sont sujettes à fluctuation, plus l'engagement est long, moins on pourra être exigeant quant à la prévisibilité. D. Flambouras précise : « [...] in the assessment of the foreseeability factor other circumstances should also be considered, such as [...] the fact that early signs of the impediment were already obvious at the time of the conclusion of the contract » (48). Un lien se tisse entre le changement et la prévisibilité : si le traité prend place au milieu d'un changement sous-jacent, on sera plus exigeant quant à la manière d'apprécier ce que les parties auraient dû prévoir et le caractère radical du changement devra être d'autant plus patent qu'il était peu imprévisible (49).

2. — *Les prévisions d'une ou des parties ?*

S'il est sûr que les parties qui avaient conjointement prévu le changement ne peuvent pas l'alléguer (50), M.E. Villiger précise qu'un changement anticipé par une seule partie ne pourrait être qualifié d'imprévisible car une telle invocation serait contraire au principe *venire contra factum proprium* (51). Bien que ce raisonnement nous fasse sortir de l'appréciation des prévisions et nous entraîne sur le terrain de la bonne foi (*venire contra factum proprium*), le résultat est le même : ce qu'une partie tenait pour prévisible ne pourra plus être invoqué.

Le cas particulier où les parties acceptent de conclure un traité sous réserve qu'il ne s'applique que dans certaines conditions peut prêter à confusion. Il ne s'agit pas d'un cas relatif à l'imprévisibilité car les parties font de leurs prévisions une base essentielle (52). Cette construction se range sous la catégorie du changement fondamental en raison de la non-survenance d'une situation prévue (53) et se rattache à la conception de la *clausula*-condition résolutoire implicite (54).

(46) C. RABL-BLASER, *Die clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht*, Berne, Dike, 2011, p. 355, 5.3.4.4.

(47) D. FLAMBOURAS, « The doctrines of impossibility of performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 convention on contracts for the international sale of goods and the principles of european contract law – a comparative analysis », *Pace int'l l. rev.*, vol. 13, 2001, pp. 270-271.

(48) *Ibid.*, p. 271.

(49) *Alsing Trading Company, I.L.R.*, vol. 23, pp. 655 et 657 : la Grèce étant déjà dans une situation précaire avant la conclusion du contrat, son défaut de paiement n'était pas imprévisible.

(50) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1086, § 54.

(51) M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 773, § 15.

(52) O.J. LISSITZYN, *op. cit.*, note 45, pp. 905 et s. et spécialement p. 907.

(53) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 189.

(54) Ce cas sera de toute manière très vraisemblablement pris en charge par l'application de l'article 56 CVDT en cas de silence du traité. T. GIEGERICH, « Article 56 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éd.), *op. cit.*, note 22, pp. 975-976, §§ 20-25 ; M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, pp. 701-703, §§ 7-8.

III. — DES CIRCONSTANCES QUI CONSTITUENT UNE BASE
ESSENTIELLE DU CONSENTEMENT DES PARTIES
(ARTICLE 62, § 1, LIT. A)

Avec la radicalité du changement, la disparition des bases essentielles est la condition phare de l'article 62. Le point le plus important est de définir ce qui constitue une base essentielle (1). À cette fin, il est souvent fait référence au critère des parties placées dans les mêmes circonstances (2). L'article 44, § 3, CVDT (la divisibilité des dispositions d'un traité) emploie le terme de « base essentielle », nous verrons comment il s'articule avec la *clausula* (3).

1. — *Des circonstances subjectives qui ont entraîné
l'engagement des parties*

Les parties font rarement référence à une base essentielle en tant que telle : la plupart des cas se caractérisent par la disparition d'un élément tenu pour permanent. Pour M. Shaw et C. Fournet, une base essentielle est « un état de choses qui existait au moment de la conclusion du traité et dont les parties ont tenu compte pour le conclure et dont elles ont considéré le maintien comme un facteur déterminant [...] » (55). Les tribunaux sont censés commencer par déterminer le changement, puis décider si la volonté des parties de continuer à exécuter le traité dans ces circonstances est réalisée. Si tel n'est pas le cas, une base essentielle est réputée être affectée par le changement. Déterminer les bases essentielles est une question d'interprétation de la volonté des parties, puis du traité en cas d'insuffisance – traité dont l'objet et le but occupent une place importante (56). Les bases essentielles ont notamment été déduites du préambule du traité (57), de son texte (58) et de l'historique des négociations (59).

Il doit y avoir consensus sur la base essentielle : une partie ne peut considérer unilatéralement une circonstance comme une base essentielle (60). Bien que la *clausula* soit en général invoquée dans le cadre de traités bilatéraux, l'hypothèse d'une application dans un traité multilatéral n'est pas exclue (61). Cette hypothèse rend la condition de la base essentielle sophis-

(55) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2251, § 24.

(56) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, pp. 1087-1088, § 60; W.H. VON HEINEGG, « Treaties, Fundamental Change of Circumstances », Max Planck Encyclopedia of International Law, 2011, § 38. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Rec.*, 1997, p. 61, § 104.

(57) *Racke*, aff. C-162/96, § 54; O.J. LISSITZYN, *op. cit.*, note 45, p. 909.

(58) H.-E. LINDEMAN, « Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen in Surinam auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam », *ZaöRV*, vol. 44, 1984, p. 13.

(59) Tel que cela apparaît dans l'affaire des *Pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, pp. 11 et s., §§ 18 et s. Cf. M. PAREDES, in *A.C.D.I.*, vol. I, 1963, p. 160, § 38.

(60) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1087, § 60.

(61) En suivant l'ancienne catégorisation des traités-lois et des traités-contrats, les traités-lois seront peu susceptibles de changement (les traités-lois ne sont pas conclus en vue « d'avantages

tiquée : à supposer que les États adhèrent à des époques différentes et pour des motifs différents, les bases essentielles seront difficilement communes. Cette situation suscite un examen en cascade : on vérifiera tout d'abord si l'interprétation de la volonté des parties parvient à dégager des bases essentielles partagées. Si tel n'est pas le cas, seules certaines bases pourront être considérées comme essentielles et elles seront déduites du but et de l'objet de l'accord (62). C'est ce qu'a fait la Cour dans l'affaire des *Pêcheries* après avoir admis à mot couvert qu'une des bases essentielles du consentement islandais avait disparu (63).

Théoriquement, les bases essentielles sont déjà présentes lors de la conclusion du traité (64), et pourraient être déterminées en l'absence de changement (65). On pourrait envisager que les parties identifient *a priori* les bases essentielles d'un traité. Mais pratiquement, le raisonnement s'inverse : une détermination préalable aux autres conditions de l'article 62 ne trouve presque pas d'écho dans la jurisprudence internationale (66). La détermination des bases essentielles pertinentes se fait par étapes : tout d'abord les États prétextent des circonstances qui ont changé, puis ils essaient de faire valoir qu'elles constituaient une base essentielle. À ce titre, il est plus loisible de parler de circonstances tenues pour acquises lors de la conclusion que de véritables bases essentielles perçues comme telles lors de la conclusion (67) : le changement révèle les bases essentielles.

L'affaire *Racke* est une des rares occurrences où le tribunal identifie d'abord les bases essentielles et en déduit que le traité ne pouvait s'appliquer qu'en temps de paix (68). Ce n'est qu'à la toute fin de son examen de l'article 62 que la Cour se prononce sur le lien entre le changement et la base essentielle (69) (la CJUE admet que les bases essentielles sont touchées par le changement).

particuliers et transitoires», R. KOLB, «La *Clausula Rebus Sic Stantibus* s'applique-t-elle aussi au droit international coutumier?», *R.G.D.I.P.*, vol. 115, 2011, p. 714), tandis que les traités-contracts seront menacés par le changement fondamental en raison de l'importance de l'équilibre des prestations et contreprestations. Cf. Ph. CAHIER, *op. cit.*, note 32, p. 173.

(62) Cette solution est préconisée par la CDI : le traité, ses buts et ses objectifs peuvent s'être distancés des motivations originales des parties, qu'elles aient été partagées ou non. Aussi, dans une optique de stabilité des traités, les buts et objectifs du traité serviront *rétrospectivement* à déterminer les bases essentielles. *A.C.D.I.*, vol. II, 1957, pp. 72-73, §§ 172 et s. Voy. M.K. YASSEEN, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *R.C.A.D.I.*, vol. 151, 1976, p. 59.

(63) *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, p. 19, § 34 : la compétence exclusive des États sur 12 milles est devenue coutumière (largeur de la mer territoriale).

(64) Selon le texte, les bases essentielles sont présentes lorsque les parties consentent à être liées par le traité.

(65) Tout comme déterminer si un traité entre dans le champ d'application de l'article 56 CVDT devrait être possible dès sa conclusion.

(66) Voy. *Racke* et la déclaration de G. Guillaume dans l'*Apurement des comptes*.

(67) *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 88, § 13.

(68) *Racke*, aff. C-162/96, § 54.

(69) *Ibid.*, § 55.

La déclaration de G. Guillaume dans l'affaire de l' *Apurement des comptes* (70) suit la même chronologie.

La CIJ a conservé le même schéma dans chacune de ses décisions impliquant la *clausula* (définition du changement, puis des bases essentielles), et à chaque fois son application a été rejetée. La CJUE a adopté une chronologie d'examen où la base essentielle était définie avant le changement. Parce que les raisonnements qui ont admis le changement ont suivi cet ordre, commencer par définir les bases essentielles présente plus de risques ; en effet le changement s'impose de lui-même, c'est une question de fait, tandis que la délimitation des bases essentielles est une question de droit et d'interprétation.

Dans l'affaire des *Pêcheries*, la Cour, sans admettre clairement (usage de « il se peut ») que la reconnaissance de la compétence de la CIJ en cas de litige portant sur l'échange de notes soit une base essentielle commune de l'accord, rejette la prétention islandaise car elle ne concernait (si elle était admise) qu'une partie de l'accord, c'est-à-dire une seule base essentielle. En conformité avec le raisonnement de la Cour, une seule base essentielle ne suffit pas, il faut que l'ensemble des bases essentielles qui découlent du but et de l'objet du traité soient conjointement touchées (71). Cette question ne se pose pas en cas de vacuité du but et de l'objet du traité (*cf. infra* IV.3 et VIII.).

Dans la même affaire, la Cour va établir que les bases essentielles sont la limite des 12 milles et le recours à sa compétence en cas d'extension de la zone de pêche islandaise. Or ces bases ne sont pas partagées (72) : pour l'Islande, la reconnaissance des 12 milles est essentielle, quitte à devoir accepter la compétence de la Cour, pour le Royaume-Uni, la compétence de la Cour est le corolaire de la reconnaissance des 12 milles (73). La CIJ va alors recourir à l'objet et au but du traité pour déterminer les bases essentielles (74). Le caractère de base essentielle de la compétence de la CIJ en cas de litige est entériné, parce qu'il s'agit d'un des buts de l'échange de notes de 1961, concrétisés *expressis verbis* dans ses dispositions. Parce que les motifs ayant déterminés l'engagement des parties ne se recoupaient qu'imparfaitement, la Cour a décidé de déduire les bases essentielles du but et de l'objet du traité. Cette manière de procéder ne permet pas de déclarer que la reconnaissance de la compétence de la Cour a été un élément déterminant du consentement

(70) *R.S.A.*, vol. XXV, p. 343.

(71) *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, p. 17, § 32 : il s'agit de fixer la limite des 12 milles et de prévoir un moyen de règlement des différends. D. BOSMA (*op. cit.*, note 23, p. 212) suit un raisonnement analogue : même à supposer que l'invocation de la *clausula* soit justifiée, il reste que le changement ne concerne qu'une seule base essentielle parmi celles présentes.

(72) Ph. CAHIER n'exclut pas que certaines clauses des traités dont on doit déterminer la base essentielle aient été conclues en considération des intérêts d'une seule partie, *op. cit.*, note 32, p. 176.

(73) *Compétence en matière de pêcheries*, *C.I.J. Rec.*, 1973, pp. 11 et s., §§ 18 et s.

(74) *Ibid.*, p. 18, § 33.

islandais, l'historique des négociations indique d'ailleurs que tel n'était pas le cas (75).

2. — *Les parties concluraient-elles dans les mêmes circonstances ?*

Ce critère est évoqué de manière constante (76). Il est composé de deux analyses possibles : soit l'accent est mis sur la conclusion ou non du traité, soit on s'intéresse à la formulation des dispositions du traité (77). La CIJ a utilisé la première analyse dans l'affaire des *Pêcheries* pour déterminer si le règlement des différends était une des bases essentielles de l'accord de 1961 (78). L'arbitre G. Guillaume en fait usage pour parvenir à la conclusion que les prévisions de salinité constituaient une base essentielle du consentement des parties (79) : il identifie ce critère à la base essentielle.

Ce critère donne la possibilité de prendre en compte les intentions des parties et est plutôt favorable à l'application de la *clausula* – il s'explique donc qu'il ait été employé pour confirmer des changements avérés. L'admission de ce critère conçoit l'article 62 comme une condition résolutoire implicite.

Néanmoins le critère des parties placées dans les mêmes circonstances ne se confond pas avec le critère des bases essentielles. Cela se comprend car si une seule base essentielle répond au critère, cela n'entraîne pas de changement fondamental de circonstances : toutes les bases essentielles doivent être touchées pour entraîner l'application de l'article 62. Ce critère sert de *confirmation supplémentaire* et non d'examen préliminaire pour démontrer un changement sur une base essentielle.

(75) *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Rec., 1973, pp. 12 et s., §§ 19 et s.

(76) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1088, § 60; C. RABL-BLASER, *op. cit.*, note 46, pp. 358-359; A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, pp. 188-189; M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 774, § 16. Et plus anciennement J.W. GARNER, *A.J.I.L.*, vol. 21(3), 1927, p. 512; G. SCELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, Genève, I.U.H.E.L., 1936, p. 22. Pour la C.D.I. : *A.C.D.I.*, 1957, vol. II, p. 72, § 171; *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 88, § 14; Ago, *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 168, § 41; pour Verdross, tout le problème de la *clausula* doit être envisagé à l'aune de ce test, *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 168, § 53. Avant les travaux de la C.D.I., un auteur formule ce critère : « It is quite conceivable that owing to political, economic, social, or even geographical events, the equality of obligations and benefits which may have existed at the time the treaty was entered into become so altered that the obligations are entirely or preponderantly on one side while the benefits are on the other, so that it has ceased to be equal in its operation. It may be assumed that the party which now has the burden of the obligation without the corresponding benefits would never have entered into the treaty had it foreseen the events which produced the ultimate inequality », J.W. GARNER, « The doctrine of *rebus sic stantibus* and the termination of treaties », *A.J.I.L.*, vol. 21(3), 1927, p. 512, italiques ajoutées.

(77) M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 774, § 16; *A.C.D.I.*, 1957, vol. II, p. 72, § 171. Cette analyse est utile pour déterminer si les parties souhaitaient que le traité s'applique alors que les circonstances ont changé. Si elles ne le souhaitaient pas, elles auraient rédigé le traité en des termes différents.

(78) *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Rec., 1973, p. 17, § 32.

(79) *Apurement des comptes*, R.S.A., vol. XXV, pp. 342-343.

3. — *La séparabilité et les bases essentielles*

L'article 62 est séparable selon la doctrine (80), mais cette séparabilité est problématique. Car à lire l'article 44, il faut chronologiquement d'abord satisfaire aux conditions de l'article 62 (la cause de retrait ou suspension) avant de pouvoir prétendre à l'application de l'article 44. L'article 62, § 1, demande que les bases essentielles communes soient concernées par le changement pour terminer le traité. L'article 44, § 3, demande que l'acceptation des clauses déterminées n'ait pas été une base essentielle à la conclusion du traité pour une partie (et *a fortiori* des deux parties) (81). Dans l'article 44, ce sont les moyens habituels d'interprétation et le recours à l'objet et au but du traité qui permettent de déterminer si une clause revêt un caractère causal dans l'acceptation du traité (82), tandis que dans l'article 62, c'est l'existence des circonstances qui est une base essentielle de l'engagement des parties. Ainsi, ces deux dispositions lient la base essentielle à un élément différent du traité (clauses déterminées pour l'article 44 ; circonstances présentes lors de la conclusion pour l'article 62). Mais dans l'article 62, l'existence des circonstances est la base essentielle de la conclusion du traité. Et par la conclusion, c'est l'ensemble des clauses du traité qui voit le jour. Par définition, l'article 62 ne peut pas viser des « clauses déterminées » comme le prévoit l'article 44, § 3, et en particulier sa lit. b (« l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble »). En outre, et en l'absence de véritables bases essentielles communes, les tribunaux prennent appui sur l'objet et le but du traité pour déduire les bases essentielles – bases qui peuvent se recouper avec les clauses du traité (83).

(80) M. BEDJAOUÏ et T. LEIDGENS, « Article 44 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éd.), *op. cit.*, note 7, p. 1647, § 6 et p. 1654, § 22 ; K. ODENDAHL, « Article 44 », in O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (éd.), *op. cit.*, note 22, p. 761, § 21 ; M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 570, § 21 et p. 779, § 28. Le passage pertinent de l'article 44 prévoit : « Si la cause [de divisibilité] en question ne vise que certaines clauses déterminées, elle ne peut être invoquée qu'à l'égard de ces clauses lorsque :

a) ces clauses sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ;

b) il ressort du traité ou il est par ailleurs établi que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble ; et

c) il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité ».

(81) F. CAPOTORTI, « L'extinction et la suspension des traités », *R.C.A.D.I.*, vol. 134, 1971, p. 462 ; M. BEDJAOUÏ et T. LEIDGENS, *op. cit.*, note 30, p. 1657, § 30 ; K. ODENDAHL, *op. cit.*, note 30, p. 759, § 18 ; M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 566, § 16.

(82) F. CAPOTORTI, *op. cit.*, note 81, p. 462 ; M. BEDJAOUÏ et T. LEIDGENS, *op. cit.*, note 30, pp. 1657-1658, §§ 30-31 ; K. ODENDAHL, *op. cit.*, note 30, p. 759, § 18 ; M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, pp. 566-567, §§ 16-17. À cet égard, P. REUTER parle de « séparabilité intentionnelle » du traité, il va également dans le sens d'une recherche « objectivée » des intentions des parties en fonction du type de traité conclu, *op. cit.*, note 6, pp. 150-151, § 244.

(83) C'est dans l'affaire des *Compétence en matière de Pêcheries* que ce lien est particulièrement visible, *C.I.J. Rec.*, 1973, p. 18, § 32.

Ces considérations nous amènent à trouver un moyen d'harmoniser ces dispositions, deux solutions s'esquissent. En essayant de faire coïncider ces deux articles, la clause séparable doit être indépendante du reste du traité et seule l'obligation contenue dans la clause séparable sera éteinte. Cela aboutirait au résultat suivant :

« Des clauses déterminées d'un traité peuvent être éteintes pour cause de changement fondamental de circonstances si :

1. Les conditions posées par l'article 44, § 3, sont remplies, et :
2. Quant au changement fondamental de circonstances :

Le changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion du traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin aux clauses ou pour s'en retirer, à moins que :

- a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par ces clauses déterminées ; et que
- b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu de ces clauses ».

Cette proposition permet de conserver les conditions et de les reporter entièrement à des clauses déterminées et séparables du traité (84). La condition de l'article 44, § 3, lit. b, demeure car la divisibilité n'a pas lieu d'être si des bases essentielles relatives au traité sont en cause. Dans le cadre du changement fondamental, la base essentielle du consentement est toujours une condition, mais elle ne se rapporte plus qu'« aux clauses déterminées ».

Une autre manière d'accorder ces articles est le recours aux méthodes générales de réduction des antinomies. Eu égard à des articles présents dans la même convention, la maxime *lex posterior derogat priori* n'est pas applicable. En suivant la maxime *lex specialis derogat generali*, les conditions de l'article 44 auront la priorité (85). Dans cette optique, la condition de l'article 62, § 1, lit. a, est purement et simplement supprimée, ce qui aboutit à un article 62 « allégé » qui s'axe exclusivement autour de l'onérosité due au changement :

« Des clauses déterminées d'un traité peuvent être éteintes pour cause de changement fondamental de circonstances si :

(84) Cette solution est une concrétisation de la construction qui rapporte le tout à la partie. La *clausula* (le tout) est appliquée aux clauses déterminées (la partie). Cette méthode d'interprétation se rapproche également de « l'interprétation par voie d'intégration logique » dans Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1963, p. 109.

(85) *A priori* la solution de la *lex specialis* permet de résoudre le conflit entre les deux articles. Mais l'équation a ceci de problématique que l'article 44, même à le considérer comme dérogeant à l'article 62, est toujours conditionné à l'application d'une cause de terminaison des traités (art. 44, § 2). C'est pour cette raison que nous essayons de développer un régime d'application *sui generis* de l'article 44 à l'article 62. On peut noter que l'application de la divisibilité à l'erreur (art. 48 CVDT) pose le même genre de problème que pour la *clausula* (voir à ce sujet D.W. GREIG, *Invalidity and the Law of Treaties*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 67 et 69).

1. Les conditions posées par l'article 44, § 3, sont remplies, et :

2. Quant au changement fondamental de circonstances :

Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin aux clauses ou pour s'en retirer, à moins que ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu des clauses».

IV. — UN CHANGEMENT AFFECTANT RADICALEMENT LA PORTÉE DES OBLIGATIONS (ARTICLE 62, § 1, LIT. B)

Avant de s'intéresser à la radicalité du changement, nous débiterons par préciser que les obligations en cause ne doivent pas encore avoir été exécutées (1) et qu'elles ne doivent pas non plus être impossibles à exécuter (2). La radicalité du changement peut être construite de plusieurs manières (3). La notion d'abus de droit peut fournir un critère d'appréciation de la radicalité (4). Une synthèse récapitulera les trois constructions de la radicalité recensées dans la doctrine et la jurisprudence (5).

1. — *Des obligations qui restent à exécuter*

La *clausula* est invocable de manière prospective pour des obligations non encore accomplies. Une obligation ne doit pas nécessairement avoir connu un début d'exécution pour permettre l'application de la *clausula* : la conclusion du traité peut différer de l'exécution. L'attitude de l'État qui pourrait se prévaloir de la *clausula* est d'une importance capitale : dès le moment où il exécute son obligation, l'article 45, lit. b, CVDT entre en jeu et empêchera l'invocation de la *clausula*. Les travaux de la CDI reflètent ce lien puisqu'en 1963 le Rapporteur spécial H. Waldock dotait l'article d'un paragraphe 4, lit. b, prévoyant la forclusion en cas de tardiveté à invoquer le changement :

« 4. Un État ne peut se prévaloir d'un changement essentiel des circonstances qui sont le fondement d'un traité pour dénoncer le traité ou pour s'en retirer, si [...]

b) L'État intéressé n'a pas invoqué le changement dans un délai raisonnable à compter du moment où, pour la première fois, ce changement a été perceptible ou s'il se trouve forelos à invoquer ledit changement en vertu des dispositions de l'article 4 de la présente partie [l'article 4 régissait le même cas de figure que l'actuel article 45 CVDT] » (86).

(86) *A.C.D.I.*, vol. II, 1963, p. 83.

2. — *Une situation en deçà de l'impossibilité*

Les articles 61 et 62 CVDT sont dans un rapport de *lex specialis* (87). L'article 61 peut être considéré comme une *clausula* dont le changement radical (88) serait hypertrophié. L'article 62 joue un rôle subsidiaire si les conditions de l'article 61 ne sont pas remplies (89). L'exécution de l'obligation doit rester matériellement possible en cas d'application de l'article 62.

La doctrine anglaise de la *frustration* est absorbée dans l'article 62 CVDT (90). Ainsi, un traité dont les objectifs ou le but ne sont plus atteignables mais dont l'exécution reste possible ressortit à l'application de l'article 62 CVDT (91) (dans la *frustration*, les prestations spécifiques en tant que telles sont toujours exécutables, mais sont inefficaces dans le cadre plus large dans lequel elles s'inscrivent – c'est-à-dire le but et l'objet du traité). L'exécution au sens strict reste possible, mais elle n'a plus de sens car les obligations s'accompliraient dans le vide. Un passage de l'arrêt dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* illustre cette différence : la Hongrie n'arguait pas d'une impossibilité touchant l'exécution du traité, mais elle soutenait que l'exécution s'accomplirait vainement au vu de la dynamique du traité (92). Pour la Hongrie, la disparition de l'objet du traité entraîne l'impossibilité d'exécution, alors que la logique de cause à effet de l'impossibilité de l'article 61 CVDT exige que l'exécution devienne *irréalisable*, et non *vaine*. L'arrêt *Racke* retient la même interprétation (93). C'est ce que souligne également A. Vamvoukos : « while literal performance could still be possible, although it would have no meaning or *raison d'être* in the sense of the treaty » (94).

Dans cette acception, la *clausula* joue le rôle de mode de terminaison des traités en raison de l'impossibilité de poursuivre le but ou l'objet du traité. La *clausula* se présente comme solution de remplacement à l'impossibilité et comme codification de la *frustration* en droit international.

(87) AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law, the foreign relations law of the United States*, 3^e éd., St. Paul, 1987, p. 219, § 336, lit. c; T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1064, § 39.

(88) C. RABL-BLASER, *op. cit.*, note 46, pp. 68-69. L'article 62, § 1, lit. b, prévoit que le changement fondamental peut être invoqué pour mettre fin au traité si : « ce changement [a] pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité ». L'article 61, § 1, prévoit : « Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité ». Il y a hypertrophie en ce sens que le changement est tellement radical (art. 62, § 1, lit. b) que l'exécution du traité devient impossible (art. 61, § 1).

(89) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1089, § 65.

(90) *Ibid.* et *infra*, note 111 sur la *frustration*.

(91) *Ibid.*, p. 1089, § 65; *A.C.D.I.*, 1957, vol. II, pp. 69-70, §§ 153-154.

(92) *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Rec.*, 1997, p. 63, § 103.

(93) *Racke*, aff. C-162/96, § 57.

(94) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 204.

3. — *La radicalité du changement*

Une interprétation littérale stricte laisse penser que toutes les obligations restantes doivent être transformées par le changement (« Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité »). Tel n'est pas le cas : la modification d'une seule obligation justifie le recours à l'article 62 CVDT (95). Si on se place dans la *clausula-frustration*, cette délimitation n'a pas d'importance : la vacuité de l'exécution future du traité ne demande pas qu'une obligation soit devenue plus onéreuse. Dans l'affaire *Racke*, la Cour s'était contentée d'un constat d'échec dans la poursuite du but et de l'objet du traité (96). À la différence des bases essentielles qui constituent le socle de l'accord et qui doivent cumulativement être touchées, il suffit qu'une obligation se soit radicalement transformée.

Conformément au § 1, lit. b, l'effet du changement doit dépasser une simple aggravation ou une fluctuation normale des conditions d'exécution. M.E. Villiger retient que le changement va soit entraver la réalisation du traité, soit les obligations deviennent foncièrement différentes de ce qui était prévu (97). Pour T. Giegerich, un changement est radical quand on ne peut plus raisonnablement attendre de la partie qu'elle exécute son obligation (98). Il dissocie la transformation radicale *relative* (par rapport à ce qui était prévu dans le traité) et *absolue* – qui seule répond aux conditions de la *clausula* (l'obligation à exécuter après la transformation est-elle « léonine », et ce sans considérer ce qui était originairement prévu dans le traité ?) (99). Pour M. Shaw et C. Fournet, l'effet du changement doit être de détruire ou de modifier la base de l'obligation et également de rendre impossible la réalisation des buts et objectifs du traité (100). A. Vamvoukos établit une liste de critères qui enchâssent les conditions : la base essentielle disparaît si les obligations à exécuter sont essentiellement différentes de celles originairement prévues (de cette manière la base essentielle est subordonnée à l'équilibre des prestations) (101).

(95) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1088, § 63.

(96) *Racke*, aff. C-162/96, §§ 54-57.

(97) M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, pp. 774-775, § 17.

(98) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, pp. 1088-1089, § 63. L'auteur justifie son interprétation au motif que la *clausula* se comprend comme une « soupape de sûreté » en faveur des parties, et non en faveur de l'accord.

(99) *Ibid.*, p. 1089, § 66 : « The tenfold increase of such an obligation is certainly radical in the relative sense, but will not be radical in absolute sense if the remaining amount of that obligation is small ». Voy. *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, pp. 156-157 : « La Cour ne peut davantage supposer que ce que visaient les Puissances en 1815 fût une situation dans laquelle pourraient être imposés des droits de douane peu élevés, mais non des droits de douane importants, avec la conséquence qu'une augmentation sérieuse de ces droits justifierait la prétention que les stipulations pertinentes étaient devenues caduques ».

(100) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2251, § 24.

(101) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 194.

Une remarque de H.W. Briggs explique l'hétérogénéité de la doctrine : « un critère objectif [la radicalité], qui n'a jamais fait partie de la théorie originelle *rebus sic stantibus*, a été combiné avec un critère subjectif [la base essentielle] » (102). En soi, le critère de la radicalité n'a pas été inventé par la CDI, mais il est vrai qu'il n'apparaissait pas toujours dans la *clausula* antérieure à la CVDT (103), et jamais à côté de la condition de la base essentielle. La nouveauté réside dans la conjugaison des deux critères. D. Kennedy l'a parfaitement exprimé :

« Presenting these two dimensions [l'intention des parties et l'onérosité] of the *rebus sic stantibus* doctrine side by side is shrewd, for either alone seems incapable of supporting an escape from consensual obligations. If the true intent of the parties is thought the exclusive basis for extinguishing a consensual duty, the doctrine of *rebus sic stantibus* seems indistinguishable from the norm *pacta sunt servanda* and can mean no more than that express conditions must be met and termination clauses honored. If, on the other hand, the doctrine is to look beyond what the parties specifically intended, it seems that the doctrine becomes a substantive set of notions about justice or equity unconnected to the treaty itself – disconnecting consensual sources from their mooring in consent » (104).

L'addition des deux approches fait de l'article 62 une cause d'extinction plus sophistiquée que l'ancienne *clausula* unidimensionnelle (qui considérait soit la situation devenue onéreuse, soit la disparition des bases essentielles, mais jamais les deux cumulativement). Cette addition va créer une tension au sein même de l'article 62, mais aussi permettre de varier l'approche retenue dans son application (105), en ce sens que l'intention des parties sera tantôt regardée comme le critère déterminant pour évaluer un déséquilibre des prestations, ou, à l'inverse, l'onérosité servira pour mesurer la volonté des parties d'appliquer le traité. La validité de l'invocation de l'article 62 serait donc axée intégralement autour de l'onérosité ou de l'intention. La jurisprudence internationale est trop rare et trop éparse pour confirmer l'analyse de D. Kennedy. Il reste toutefois exact que l'opposition profonde entre l'onérosité et l'intention favorise une polarisation, polarisation tendant à conférer la priorité à l'un des deux termes lors de l'application de l'article (106).

Dans l'affaire des *Pêcheries*, la disparité avec les engagements des parties et la différence dans l'exécution originale du traité sont conçues comme des

(102) *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 272, § 102 ; Doc. off., C.R.A, 1^{re} sess., 65^e séance, p. 380, § 22.

(103) G. SCELLE (*op. cit.*, note 76) cite l'onérosité comme un des courants de la *clausula*. Dans l'ATF 54 I 188, le canton de Thurgovie présentait l'onérosité comme une condition de la *clausula*. D. KENNEDY précise que la transformation des obligations trouvait écho dans la doctrine antérieure à la CVDT (« The sources of international law », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2(1), 1987, pp. 58-59). Voy. également J.H.W. VERZIJL, *op. cit.*, note 12, p. 527.

(104) D. KENNEDY, *op. cit.*, note 103, pp. 60 et s.

(105) *Ibid.*, p. 61.

(106) Dans la seule affaire ayant admis l'application de la *clausula*, ce n'est qu'après avoir affirmé la disparition des bases essentielles que la CJUE a jugé que les obligations ne sont pas devenues onéreuses, mais simplement vides de sens. *Racke*, aff. C-162/96, §§ 56-57.

effets et des confirmations du caractère onéreux (107). La déclaration de G. Guillaume dans l'affaire de l'*Apurement des comptes* s'articule autour de la transformation radicale d'une obligation : les prévisions d'hydraulicité du Rhin ont servi de bases à la conclusion du traité mais la réalité s'est écartée des prévisions dans une mesure telle que la France n'aurait pas conclu le traité dans cette configuration. Il y a donc changement fondamental de l'hydraulicité du Rhin et ce changement aboutit à une transformation radicale des obligations ; stocker et payer des quantités inutiles de sel (108). Il en va de même dans l'*Alsing Arbitration* : le calcul s'est effectué sur la somme des bénéfices non réalisés durant l'interruption de la livraison, cette somme ne constituant pas une transformation radicale du contrat (109).

L'arrêt *Racke* s'intéresse à la radicalité du changement sur les obligations du traité (110). Certes la CJUE ne fait que contrôler la position du Conseil européen sous l'angle de l'erreur manifeste, mais sa position va dans le sens de la doctrine de la *clausula-frustration* (111). La Cour retient que la mise en cause de l'exécution du traité équivaut à un changement radical ; il n'y a pas besoin de spécifier l'une ou l'autre obligation découlant du traité et expliquer en quoi elle serait devenue onéreuse, une appréciation globale de l'effet du changement sur le but et l'objet du traité parvient à fonder la terminaison de celui-ci (112). Le fait que le traité de coopération entre l'UE et la Yougoslavie prévoyait de nombreuses obligations dans le domaine économique favorise que l'examen mené par la Cour mette en avant la vacuité du but et de l'objet. Au contraire, les affaires des *Zones franches*, *Pêcheries*, *Gabčíkovo-Nagyymaros* et l'*Apurement des comptes* mettent en œuvre des obligations plus ponctuelles, ce qui explique que l'examen se fasse à l'aune du critère de l'onérosité des prestations.

4. — *L'abus de droit comme critère d'appréciation*

L'examen du critère de l'abus de droit procède d'un changement de paradigme, on examine la situation du point de vue de l'État qui est en droit d'exiger l'exécution afin d'évaluer si demander l'exécution ne vise pas avant tout à léser le débiteur. J.-D. Roulet rejette l'identité entre l'abus de droit et le changement fondamental de circonstances au motif que la *clausula* s'at-

(107) *Compétence en matière de pêcheries*, C.I.J. Rec., 1973, p. 21, § 43.

(108) *Apurement des comptes*, C.P.A., pp. 342-343.

(109) *Alsing Trading Company*, I.L.R., vol. 23, pp. 657-658.

(110) *Racke*, aff. C-162/96, § 56.

(111) Le titre complet est la *frustration of the venture or purpose*. Le contrat est conclu en vue d'un but, qui, par l'avènement de circonstances imprévisibles, ne peut plus être rempli. En soi le contrat est toujours exécutable, mais l'exécution ne permet pas d'en atteindre le but en raison de la modification des circonstances. N. ANDREWS, *Contract Law*, Cambridge, C.U.P., 2011, p. 461.

(112) *Racke*, aff. C-162/96, § 56. Comme l'écrit W.H. von Heinegg, «[...] it may well be sufficient that the further application of the treaty is seriously called into question», *op. cit.*, note 56, § 40.

taque au droit, tandis que l'abus de droit conteste un exercice du droit (113). On ne pourrait donc pas abuser d'un droit qui n'existe plus car éteint par la *clausula* (114). Ces institutions ont des champs d'application différents, mais l'ordre d'examen lève toute critique : en employant l'abus de droit comme confirmation du caractère inique de l'exigence d'exécution, il sert de critère subsidiaire et non supplétif. R. Kolb écrit à ce sujet que l'abus de droit sert à apprécier les conditions de la *clausula* (115).

L'abus de droit est une limite indiquant ce qui est interdit (116). R. Kolb donne quatre versants de l'abus de droit (117). Dans chacun de ces quatre versants, un dommage, même moral, doit résulter de l'abus de droit (118). En lien avec la transformation radicale dans l'exécution des obligations, exiger l'exécution devrait être fait dans l'intention de nuire à l'autre partie (1^{er} versant). Le détournement de pouvoir consisterait à exiger l'exécution pour remplir un but autre que celui visé par le traité (2). La disproportion manifeste des intérêts permet de vérifier que l'intérêt à l'exécution du traité ne l'emporte pas sur l'intérêt de l'autre partie à ne pas exécuter le traité (3). Ce critère prévoit d'effectuer une « balance des intérêts » (119). Il pourrait être utilisé si une seule des parties se voit confrontée à un alourdissement des obligations (*Zones franches* et *Gabčíkovo-Nagyymaros*). Le déraisonnable regroupe les actes en contradiction manifeste avec le droit qu'ils veulent mettre en œuvre (4), dans notre contexte se prévaloir du respect des traités pour exiger une exécution qui n'a plus lieu d'être. Ce dernier versant peut être rapproché de la *clausula-frustration* évoquée plus haut ; le but et l'objet ne pouvant plus être atteints, demander l'exécution devient abusif.

5. — Synthèse

Trois approches se dégagent de la jurisprudence et de la doctrine : la plus objective veut que le traité n'ait plus de but ou d'objet, une exécution se ferait dans le vide car elle n'aurait plus de sens (*clausula-frustration*). La plus subjective considère qu'une transformation radicale survient en cas de prestations qui deviendraient excessivement onéreuses pour une partie, cette onérosité sort du cadre du risque assumé (donc « prévisible ») et admis par les parties. On voit que cette approche ne se formule pas *per se* mais se construit en référence à la volonté initiale des parties et au regard de la notion de chan-

(113) J.D. ROULET, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Thèse, Neuchâtel, 1958, p. 142.

(114) *Ibid.*, p. 142.

(115) R. KOLB, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève, I.U.H.E.I., 1999, p. 447.

(116) *Ibid.*, p. 411.

(117) *Ibid.*, pp. 431-434 ; J.D. ROULET, *op. cit.*, note 113, pp. 67-71.

(118) R. KOLB, *op. cit.*, note 115, p. 436.

(119) J.D. ROULET, *op. cit.*, note 113, p. 70.

gement prévisible. La troisième voie s'attache à l'équilibre des prestations et à sa modification (elle ressort de la Conférence diplomatique) (120). Cette approche insiste sur les prestations et contreprestations : il ne s'agit plus d'examiner si une des prestations est devenue intolérable en soi, mais s'il est disproportionné d'exiger l'exécution par rapport à la valeur de la contreprestation (on s'attache à l'équilibre des prestations tel que prévu dans le traité).

Laquelle de ces approches est le plus en adéquation avec la CVDT (121) ? La CIJ et la CPJI ont utilisé le critère de l'excessive onérosité hors des prévisions des parties (deuxième approche, affaire des *Pêcheries*). La CJUE a jugé que retenir la mise en cause du traité comme transformation radicale n'était manifestement pas arbitraire (122) (première approche). Nous avons le sentiment que la transformation radicale (et à plus large échelle la *clausula*) est à géométrie variable : en fonction des prestations et contreprestations, en fonction du changement, de la nature du traité et selon la prévisibilité du changement, l'articulation diffère et une de ces approches est privilégiée.

Après avoir exposé les conditions cumulatives de la *clausula*, les exceptions – alternatives – seront l'objet des prochaines sections. Elles sont au nombre de trois : les traités établissant des frontières (V), le changement provoqué par un État partie (VI) et l'invocation du changement dans un délai raisonnable (VII).

V. — L'EXCLUSION DES TRAITÉS DE FRONTIÈRES (ARTICLE 62, § 2, LIT. A)

Exception bien connue, deux raisons principales expliquent que les frontières soient exclues du changement fondamental de circonstances (1). Les autres limites (mer territoriale, plateau continental) sont aussi couvertes par l'exception (2). Dans le cadre territorial, ce n'est qu'en relation avec les situations en deçà des traités des frontières (servitudes, régimes de frontières) que la *clausula* trouve application (3).

(120) Doc. off., C.R.A., 1^{re} sess., 63^e séance, p. 366, § 3 ; p. 367, § 16 ; p. 374, § 45.

(121) L'article 62 tel qu'il apparaissait en 1963 retenait deux approches :

« Article 22 – *La théorie rebus sic stantibus* [...] »

c) Lorsque le changement qui s'est produit à l'égard de ce fait ou de cet état de choses est de nature :

i) A compromettre la réalisation ultérieure de l'objet et du but du traité ; ou

ii) A faire de l'exécution des obligations contenues dans le traité quelque chose d'essentiellement différent de ce qui avait été initialement assumé. [...], *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 83.

(122) *Racke*, aff. C-162/96, § 96.

1. — *La stabilité des frontières*

L'exception des traités de frontières a été largement débattue à la CDI et lors de la Conférence diplomatique. Des réserves et déclarations ont précisé que l'article 62, § 2, lit. a, ne s'applique pas en cas d'autodétermination des peuples ou de traités inégaux (123), et ce malgré les explications fournies par Sir H. Waldock (124). Ces réserves sont toutes articulées de manière similaire : les traités de frontière sont susceptibles de dénonciation en cas de conflit avec le principe d'autodétermination. Un tel conflit ne peut toutefois advenir ; pour retenir un antagonisme, le changement fondamental serait vu comme la volonté du peuple à s'autodéterminer (125). En réalité, le processus d'autodétermination d'un peuple va généralement provoquer l'apparition d'un nouvel État dans le cadre des frontières préexistantes (principe de l'*uti possidetis iuris* (126)). S'il y a changement de la frontière à la suite de l'autodétermination, ce changement se fait selon les modes propres à l'acquisition de territoire, dont la *clausula* ne fait pas partie (127).

L'exception formulée à l'article 62, § 2, lit. a, – au-delà des considérations politiques (128) – peut être expliquée en suivant deux branches : en raison de la *nature* même des traités de frontières (1) et en raison des *effets* de l'article 62 (2).

(1) La détermination de la frontière s'effectue soit par sentence ou jugement (129), soit par traité (130). On peut déjà remarquer que la *clausula* ne s'applique que dans un cadre conventionnel (131). Les traités sont normalement des *res inter alios acta*, mais les traités de frontières sont dotés d'un effet *erga omnes* (132). Cette nature particulière des frontières se reflète dans l'effet des traités qui les établissent, la frontière est fixée par le traité mais ne partage pas son sort (133).

(123) De telles réserves ont été formulées par l'Afghanistan, le Maroc et la Syrie. Le Sultanat d'Oman a formulé une déclaration.

(124) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1091, § 70.

(125) Pour une situation plus proche d'un conflit entre ces deux institutions, cf. M. BENNET et N. ROUGHAN, « *Rebus sic stantibus* and the treaty of Waitangi », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 37, 2006, pp. 518-519 et pp. 526-527.

(126) P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 148-149, § 132.

(127) *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 274, § 19.

(128) Notamment : G. HARASZTI, « Treaties and the Fundamental Change of Circumstances », *R.C.A.D.I.*, vol. 146, 1975, pp. 65-66 ; *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 283, § 11.

(129) P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 126, p. 606, § 536 et p. 628, § 548.

(130) G. DISTEFANO, *Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Genève, I.U.H.E.I., 2000, pp. 133 et s.

(131) D. BARDONNET, « Frontières terrestres et frontières maritimes », *A.F.D.I.*, vol. 35, 1989, pp. 54 et s., § II.B.1.a.

(132) P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET et N. NGUYEN, *Droit international Public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 274, § 161 ; G. DISTEFANO, *op. cit.*, note 130, p. 136.

(133) *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, *C.I.J. Rec.*, 1994, p. 37, § 73.

D'après P. Daillier *et al.*, les traités de cession de territoire (qui fixent une frontière de manière indirecte) sont exécutés – et donc éteints – une fois la cession effectuée (134), quant aux traités de frontières, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une dénonciation (135). Cette observation rejoint l'opinion de G. Haraszti : la terminaison d'un traité de frontière n'est possible que pour autant que le traité n'ait pas encore été exécuté (136). Même en admettant que ces traités ne sont pas exécutés *uno actu*, et que l'obligation de respecter la frontière demeure après la fixation ou la cession (137), est-ce que la *clausula* peut s'appliquer ? Les parties peuvent modifier le traité par consentement, ou ajuster la frontière en fonction d'événements déterminés (notamment via une commission mixte chargée d'adapter une frontière (138)). De plus, en cas de consentement ou d'application des dispositions du traité, il s'agira en général *d'ajuster* la frontière et non de la *supprimer*.

(2) L'article 62 prévoit le retrait, la terminaison et la suspension du traité. Si la CDI avait adopté une obligation de renégocier ou d'adapter le traité aux circonstances nouvelles (139), la *clausula* ne représenterait plus un aussi grand danger pour la paix et la stabilité. Un autre problème identifié antérieurement ressurgit : la *clausula* ne s'applique que pour des obligations « qui restent à exécuter » (140). Elle ne pourrait s'appliquer pour les parties à un traité de cession qu'entre le moment de la conclusion et de son exécution (141), par exemple si des États prévoient d'échanger des territoires et qu'il survient une modification qui a pour effet de rendre le territoire impropre à l'usage prévu. Dans ce cas, le changement (modification du territoire) porte sur une base essentielle (échange de territoires dans un but précis) et modifie radicalement la portée des obligations à exécuter (il y a déséquilibre des prestations car un État reçoit un territoire inutile). Cette situation ne ressort pas de l'impossibilité car le traité reste exécutable, mais cette exécution est vaine pour une partie.

Même si la situation nouvelle peut faire penser à un changement fondamental de circonstances, le comportement des parties face à une modification de la frontière est une question d'interprétation du traité (142). Les bases essentielles d'un traité établissant une frontière sont avant tout des consi-

(134) P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET et N. NGUYEN, *op. cit.*, note 132, p. 335, § 195.

(135) *Ibid.*, p. 336, § 195.

(136) G. HARASZTI, *op. cit.*, note 128, pp. 66-68.

(137) *Ibid.*, p. 67. Pour cet auteur l'obligation de respecter la frontière et les droits et obligations y afférents ne découle pas du traité de frontière (qui crée un titre à l'actif de l'État), mais du droit international général.

(138) Une situation analogue s'est présentée dans *The Chamizal Case*, R.S.A., vol. XI, pp. 309-437.

(139) J. H. W. VERZIJL était en faveur d'un tel effet : *op. cit.*, note 12, pp. 525 et 528.

(140) Article 62, § 1, lit. b, CVDT.

(141) G. HARASZTI, *op. cit.*, note 128, p. 68.

(142) *The Chamizal Case*, R.S.A., vol. XI, pp. 309-347.

dérations géographiques (choix de la ligne de crête, du milieu d'une rivière, etc.) et la volonté politique de créer une situation stable (143).

2. — *Les autres limites*

J. Lisztwan note que le dessin des côtes est une base essentielle des limites maritimes (144). Néanmoins elle exclut la possibilité d'appliquer l'article 62 en cas de modification côtière drastique car les travaux préparatoires de la CDI englobent aussi les délimitations maritimes sous le terme de « frontières » (145).

La CDI a précisé en 1982 que le terme de « frontières » incluait aussi les « lignes diverses qui fixent les limites spatiales de l'exercice de diverses compétences. Dans ce sens, on pourrait considérer comme des frontières des lignes douanières, les limites de la mer territoriale, du plateau continental, de la zone économique exclusive, ou encore certaines lignes d'armistice » (146).

La CIJ a confirmé que la stabilité des frontières englobait les traités de limites dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée* (147). La sentence arbitrale entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (148) mentionne cette règle.

3. — *Les situations liées au territoire en deçà des traités de frontières*

Les travaux de la CDI témoignent du rétrécissement des exceptions à la *clausula* : les premiers rapporteurs spéciaux ne se limitaient pas aux traités de frontières ; les droits territoriaux et les régimes attachés aux frontières

(143) Dans le cadre des traités établissant une frontière, l'importance des bases essentielles et de la volonté de stabilité des parties est hypertrophiée : la volonté des parties de créer une situation stable prend le pas sur toutes les autres considérations de la *clausula*. Les parties sont d'accord pour continuer à appliquer le traité même si la situation vient à changer. Voy. P. REUTER, *op. cit.*, note 6, p. 167, § 290 ; C. RABL-BLASER, *op. cit.*, note 46, p. 365.

(144) J. LISZTWAN, « Stability of Maritime Boundary Agreements », *Yale Law Journal*, vol. 37, 2012, p. 184.

(145) *Ibid.*, p. 189. La sentence rendue dans l'*arbitrage entre le Bangladesh et l'Inde concernant la délimitation de la frontière maritime du golfe du Bengale* (sentence C.P.A. du 7 juillet 2014) rejette également des modifications du dessin côtier, mais dans l'optique de la délimitation de la frontière maritime. Dans cette sentence, le Bangladesh invoquait l'instabilité d'un segment de son dessin côtier afin de modifier le tracé de la ligne provisoire d'équidistance (p. 105, § 372). Le tribunal admet que ce segment de la côte du Bangladesh est instable, mais ne considère pas ce fait comme une circonstance spéciale apte à modifier la ligne provisoire d'équidistance (p. 116, § 399). Les deux raisons qui amènent le tribunal à cette conclusion sont que : (1) seules les conditions géographiques *présentes* sont pertinentes pour établir la ligne provisoire d'équidistance et (2) bien que la côte du Bangladesh soit instable, l'évolution *précise* de son dessin est imprévisible (p. 117, § 399).

(146) *A.C.D.I.*, 1982, vol. II, 2^e partie, p. 62, § 5.

(147) *Plateau continental de la Mer Egée*, *C.I.J. Rec.*, 1978, p. 36, § 85.

(148) *Délimitation maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, *R.S.A.*, vol. XX, pp. 173-174, §§ 46-47.

étaient aussi immunisés contre le changement fondamental (149). Au fil des rapports, le texte de l'article se cantonne aux traités de frontières (150). Au-delà du texte, l'article 62 englobe-t-il aussi les traités qui présentent un lien avec le territoire ? Le critère déterminant est le règlement par traité d'une situation en lien avec le territoire ainsi que la création d'une situation « objective ». La Conférence diplomatique confirme que les traités « territoriaux » qui ne fixent pas une frontière ou dont l'entier des stipulations ne se rapportent pas à la frontière ne sont pas concernés par l'exception de l'article 62 (151). Ainsi la *clausula* peut s'appliquer à une servitude pour autant que le changement fondamental ait atteint la nécessité à la base de sa constitution (152). Les servitudes personnelles (153) sont concernées, tandis que les servitudes réelles (154) ne pourront être happées par la *clausula* qu'en cas de modification du territoire.

Les articles 11 et 12 de la *Convention de Vienne sur la Succession d'États en matière de Traités* (CVSE) traitent également de frontières et de régimes territoriaux, ils semblent exclure l'application de la *clausula* en cas de succession d'États. L'article 11 CVSE réitère le principe de l'intangibilité des frontières, mais y incorpore également les droits et obligations accessoires à la frontière. Tout l'enjeu dans l'optique de la *clausula* est la signification des termes « succession d'États [...] en tant que telle » présents dans les articles 11 et 12 CVSE. La CDI a en fait voulu exclure que la succession soit réputée avoir un effet automatique sur certains traités présentant un lien fort avec le territoire. La succession d'États *en tant que telle* ne peut être invoquée pour mettre fin aux stipulations accessoires à un traité de frontière, ce n'est qu'au travers – par exemple – de la construction de l'article 62 que la succession d'États peut être considérée comme un changement fondamental et à ce titre éteindre les stipulations annexes à la frontière. Le rapport final de la CDI permet de confirmer cette interprétation (155).

D'une manière générale, l'article 62 exclut seulement les traités de frontières, mais les traités territoriaux procèdent de considérations plus profondes que des bases essentielles volatiles, ils reposent souvent sur des considérations géographiques peu susceptibles de changement fondamental et seront certainement hors d'atteinte de la *clausula* (156). À moins qu'un traité

(149) *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 83; *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 89, § 17 pour le commentaire de la disposition.

(150) *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 268, § 27.

(151) Doc. off., C.R.A., 1^{re} session, 65^e séance, p. 381, § 32; T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1093, § 80.

(152) R. JENNINGS et A. WATTS, *Oppenheim's International law*, vol. 1, parties 2 à 4, 9^e éd., Longman, Harlow, 1992, p. 675, § 239.

(153) C. MERCIER, *Les servitudes internationales*, Lausanne, 1939, p. 67.

(154) *Ibid.*, p. 67.

(155) *A.C.D.I.*, 1974, vol. II, p. 207, § 20.

(156) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, p. 158; J.H.W. VERZIJL, *op. cit.*, note 12, p. 526.

en lien fort avec le territoire (une servitude par exemple) soit conclu en raison de l'alignement politique d'un État (157), une application fructueuse de la *clausula* reste hypothétique.

VI. — L'EXTÉRIORITÉ DU CHANGEMENT
(ARTICLE 62, § 2, LIT. B)

En cas de changement provoqué par la partie qui l'invoque, trois possibilités se dessinent : soit l'État victime du changement a provoqué le changement en violant le traité (1), soit le changement a été provoqué de mauvaise foi (2) ou de bonne foi (3).

1. — *La violation du traité ou d'une obligation internationale*

Tout comme dans l'article 61 CVDT relatif à l'impossibilité d'exécution, un changement fondamental provoqué par l'État empêche l'application de la *clausula*. Cette exigence est régie par l'article 62, § 2, lit. b. La question de l'attribution du changement est résolue à l'aune des critères du projet de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (158). Le fait d'avoir violé le traité ou les conditions de procédure de la CVDT n'empêche pas de faire jouer la *clausula*, le lien causal s'établit entre la violation et le changement fondamental. La règle de l'article 62, § 2, lit. b, est acceptée comme l'expression du principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (159) et a donc pour but de forclorre l'État (160).

2. — *Le changement provoqué de mauvaise foi*

Un changement provoqué par une partie mais qui *n'égalé pas une violation* ne peut servir de base à la *clausula* (161). Cela s'explique parce que la *clausula* exclut de manière générale (que ce soit par l'article 62, § 2, lit. b ou par les principes généraux de droit) qu'une partie puisse se prévaloir de sa propre faute (162). La faute pouvant être un comportement licite (163). Invoquer un comportement licite constituerait un abus de droit construit autour du

(157) C. MERCIER, *op. cit.*, note 153, p. 67.

(158) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1094, § 81. *Contra* : M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 776, § 20.

(159) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2247, § 20; A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 197.

(160) R. KOLB, *op. cit.*, note 115, p. 361.

(161) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 195; C. RABL-BLASER, *op. cit.*, note 46, p. 378.

(162) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 197. *Contra* : E. SCHWELB, « Fundamental Change of Circumstances », *ZaöRV*, vol. 29, 1969, p. 60.

(163) En 1957, la CDI excluait largement le changement émanant d'une partie : *A.C.D.I.*, vol. II, 1957, p. 36.

fait de pouvoir utiliser une cause d'extinction des traités disponible grâce à ses propres agissements (*cf. supra*, IV.4., versants 2 et 4 de l'abus de droit). Il s'agit ici de sanctionner un changement provoqué de mauvaise foi par des actes licites en soi. L'obligation générale des États de se comporter de bonne foi trouve une concrétisation dans cette constellation particulière (164).

3. — *Le changement provoqué de bonne foi*

En deçà d'une violation, il faut évaluer si l'acte qui a provoqué le changement est effectué de bonne foi, si tel n'est pas le cas, l'acte est réputé tomber sous le coup du § 2, lit. b, de l'article 62 (165). Un exemple de changement apporté de bonne foi nous est fourni par l'affaire des *Zones franches* sous la forme de création des chemins de fer (166). Si le changement apporté de bonne foi tombait dans le champ d'application de l'article 62, § 2, lit. b, cette situation serait à double tranchant : on empêcherait d'invoquer un changement qui prend la forme d'un progrès technologique, progrès qu'il serait encore plus dommageable de ne pas suivre (167). La doctrine et les travaux de la CDI instaurent une distinction supplémentaire : un changement apporté de bonne foi peut être invoqué, sauf si une obligation de prévenir ce changement pesait sur l'État « victime » (168).

VII. — LE DÉLAI RAISONNABLE POUR INVOQUER LE CHANGEMENT

Ultime obstacle à l'invocation fructueuse d'un changement fondamental de circonstances, l'exception du délai raisonnable n'apparaît pas *expressis verbis* dans l'article 62. Nous présentons sommairement les trois membres du délai, à savoir son départ (1), sa durée (2) et sa fin (3).

(164) Nous distinguons la violation d'une obligation internationale (IV.1.) et la violation de la bonne foi (IV.2.) pour la raison chronologique suivante : dans le cas de la violation de la bonne foi, le comportement adopté est licite au moment de son exécution, mais c'est le fait de le revendiquer comme tel qui va violer le droit international. Partant, le même comportement licite peut être effectué de bonne foi ou de mauvaise foi, c'est là une question « cognitive » de l'État auteur de l'acte (*cf. R. KOLB, op. cit.*, note 115, pp. 108-110 et pp. 119-120).

(165) Doc. off., C.R.A, 1^{re} sess., 65^e séance, p. 381, § 33.

(166) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série C, n° 19, Discours prononcés devant la Cour, p. 200. La C.P.J.I. ne s'est pas prononcée sur cet aspect de la *clausula*.

(167) Si une action licite s'inscrivait dans « l'évolution de la société internationale », Bartoš excluait que l'on puisse empêcher l'État de se prévaloir de la *clausula*. *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 161, § 59.

(168) T. GIEGERICH, *op. cit.*, note 22, p. 1095, § 84.

1. — *Le dies a quo*

Comme l'ensemble des conditions de l'article doivent être réalisées pour déclencher le délai, le *dies a quo* et la radicalité du changement sont liés (cf. *supra*, IV.3.). Dans le cas d'un déséquilibre des prestations, le délai dépend du moment où ce déséquilibre est consommé, le délai ne débutera que quand les obligations seront devenues vaines ou onéreuses. Le jugement dans l'affaire des *Zones franches* a retenu cette approche (169). La déclaration de G. Guillaume dans l'*Apurement des comptes* (170) rejoint l'hypothèse évoquée par A. Vamvoukos de la non-réalisation des prévisions des parties (171) : l'hydraulicité du Rhin était différente des prévisions, il y a donc un changement, mais quand le délai débute-t-il ? Ce n'est que quand le changement sera devenu « insupportable » que le délai commencera (172). Autrement dit, lorsque la somme payée sera dans une telle disproportion avec la situation de fait que les obligations se seront radicalement transformées. Dans le cas où le but et l'objet du traité sont devenus vains, le délai dépend de l'apparition du changement. La typologie du changement immédiat ou progressif (cf. *supra*, I.1.) peut apporter une aide : les changements immédiats sont aisément vérifiables temporellement, mais en cas de changement progressif, on peut au mieux estimer la période de cristallisation du changement.

Si le changement est de droit, le délai raisonnable débutera quand la norme se sera au moins cristallisée : il faut que l'État « victime » ait de solides raisons de penser pouvoir se prévaloir de la nouvelle norme pour qu'on puisse lui reprocher son inaction.

Quand le changement est *progressif* et son effet sur les obligations est de rendre *vaine* l'exécution du traité, la première manifestation du changement constitue le départ du délai (173).

2. — *Le délai raisonnable*

Cette condition ne transparaît pas directement de la lecture de l'article. Il faut en fait se référer à l'article 45, lit. b, CVDT qui peut être lu comme une

(169) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, p. 158.

(170) *Apurement des comptes*, C.P.A., pp. 343-344.

(171) A. VAMVOUKOS, *op. cit.*, note 12, p. 189.

(172) La C.J.U.E. a aussi retenu le lien entre changement radical et première manifestation du changement : aff. T-231/04, 17 janvier 2007, arrêt du tribunal, § 104.

(173) Cette solution avait été retenue par le projet d'article de 1963 : « L'État intéressé n'a pas invoqué le changement dans un délai raisonnable à compter du moment où, pour la première fois, ce changement a été perceptible [...] », *A.C.D.I.*, 1963, vol. II, p. 83. Ce point de référence a aussi été utilisé par le Tribunal fédéral suisse en 1928 dans une affaire opposant deux cantons. Le début du délai est identifié à la première perception claire du changement (dans le texte original : « [s]eitdem sie sich mit Sicherheit feststellen liess », ATF 54 I 188, p. 204).

condition (174) intégrée à l'article 62 (175). Pour M. Shaw et C. Fournet, le délai raisonnable est implicite au chapeau de l'article 62 car « [l']écoulement d'un trop long délai laisserait légitimement supposer le caractère non fondamental du changement invoqué » (176).

L'arrêt des *Zones franches* (177) illustre la problématique du délai raisonnable et de l'acquiescement (178). La création de nouvelles zones par la France à la suite de l'établissement des douanes suisses vaut acquiescement (179). L'attitude de la France permet de confirmer que le régime des zones franches conservait sa raison d'être et devait sûrement lui être profitable pour qu'elle désire agrandir les zones franches. La France n'a d'ailleurs invoqué la réforme douanière que pour protester contre le montant des tarifs, et non contre leur existence (180). Lors des plaidoiries, l'agent suisse souligna que l'invocation de la *clausula* a été très vraisemblablement tardive par rapport à la date du changement (181).

La bonne foi se manifeste de manière très générale à travers l'exigence de ne pas se « réserver » le droit de faire valoir le changement quand la situation déplaît. L'article 62 permet d'éviter des abus découlant d'un respect trop strict de *pacta sunt servanda*, non de se réserver une sortie de secours (182).

3. — *Le dies ad quem*

Essayer de fixer une fin au délai raisonnable est vain : nous sommes ramenés à la question de la prescription. Toutefois, deux cas peuvent se présenter : soit l'État « victime » a agi (1), soit il n'a rien fait (2).

(1) Un biais pour définir la fin du délai raisonnable est de prendre en compte les éléments qui constituent une acceptation du maintien en vigueur du traité. Les actes tombant sous le coup de l'article 45 CVDT sont des manifestations de la volonté de l'État « victime » de continuer à appliquer le traité.

(174) Sous la forme d'une exception à ajouter à l'article 62, § 2.

(175) M.E. VILLIGER, *op. cit.*, note 51, p. 576, § 5 ; M.G. KOHEN, « Article 45 », in O. CORTEN et P. KLEIN (éd.), *op. cit.*, note 7, pp. 1678-1679, §§ 21 et s. Pour M.G. KOHEN, l'effet de l'article 45 est de maintenir un traité en vigueur malgré une cause valide d'extinction.

(176) M. SHAW et C. FOURNET, *op. cit.*, note 7, p. 2253, § 26.

(177) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46.

(178) La C.P.J.I. relève la création par la France d'une zone franche sur son propre territoire après l'instauration des douanes suisses. *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série A/B, n° 46, p. 157.

(179) *Ibid.*, p. 157.

(180) *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, C.P.J.I., Série C, n° 19, Discours prononcés devant la Cour, p. 201.

(181) *Ibid.*, p. 200.

(182) Dans le même sens, ATF 54 I 188, p. 205 : Le Tribunal fédéral suisse considère que le changement ne peut pas être invoqué de manière opportuniste, la *clausula* ne permet pas de prétexter que le changement est fondamental s'il n'avait pas été vu comme tel dès son apparition.

En cas d'application de l'article 45, le délai raisonnable prend automatiquement fin (183).

(2) En l'absence d'actes des parties, on peut tout au plus esquisser quelques pistes en pondérant les conditions : si les obligations sont devenues insupportables, l'État lésé devra se manifester au plus vite. Dans le cas où le changement a été provoqué par l'autre État, l'État « victime » devra se laisser opposer son silence (184), mais cette obligation d'agir qui pèse sur l'État « victime » est due au comportement de l'autre État, et non à l'écoulement du temps (185).

En dehors de cette situation, on est dans le cas d'une prescription extinctive « crue » qui revient à tirer des conséquences juridiques de l'inaction ou du silence d'un État. Pour R. Kolb, c'est par l'écoulement du temps que le silence de l'État devient un fait en soi qu'on peut lui opposer (186). Sans vouloir trancher cette question, l'écoulement du temps institue une présomption en défaveur de l'État victime.

VIII. — L'INTRICATION DES CONDITIONS

Il s'agit ici d'assembler et de mettre en relation les conditions de la *clausula* telles que décrites dans les différentes parties de cet article. On pourra ainsi exposer les liens existants entre les différentes conditions.

La prévisibilité est liée au type de changement (« immédiat » ou « progressif »). En cas de changement progressif qui a pris naissance avant la conclusion du traité, la toile de fond factuelle ne peut être ignorée, surtout si un changement peut influencer l'exécution du traité. Aussi, parce que ce changement n'était imprévisible que dans l'amplitude qu'il allait acquérir, il se justifie d'examiner la prévisibilité de manière plus restrictive.

Les bases essentielles ont soit été déterminées sur la base de la volonté des parties, soit été déduites du but et de l'objet du traité. Dans le cas où le tribunal opère par déduction du but et de l'objet, il va se référer aux obligations prévues par le traité – obligations contenues dans des dispositions

(183) La C.J.U.E. n'avait pas reconnu un changement fondamental de circonstances invoqué par la Grèce car celle-ci n'avait pas changé d'attitude après le changement invoqué : aff. T-231/04, 17 janvier 2007, arrêt du tribunal, § 104 en lien avec le § 90.

(184) Ph. CAHIER, « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, p. 251.

(185) *Ibid.*, p. 252. « On sait que si la doctrine est assez réticente à admettre la prescription en droit international [...], c'est justement parce que ce droit ne précise pas le délai nécessaire pour qu'il y ait prescription. Il faut bien reconnaître qu'il en va de même pour la période de temps qui permet de déduire l'acquiescement du silence », *ibid.*, p. 260.

(186) R. KOLB, *op. cit.*, note 115, pp. 391-395.

particulières du traité. Il en résulte une possible identité entre les dispositions du traité et les bases essentielles.

L'intention des parties est rattachée à la question de savoir dans quelles situations le traité doit continuer à s'appliquer. *Le but et l'objet* vont permettre de définir quand, bien que la situation ressortisse au champ d'application du traité (i.e. soit couverte par le consentement des parties, qui sont d'accord d'appliquer le traité même si cette situation survient), le changement est tel qu'il a pour effet de modifier l'exécution du traité. C'est-à-dire que le but et l'objet du traité sont employés afin d'évaluer quand l'économie du traité en tant que telle est perturbée en raison du changement fondamental. L'intention des parties et le but et l'objet ne se recoupent qu'imparfaitement. Le but et l'objet du traité reflètent (et sont une émanation de) l'intention des parties, mais ce ne sont qu'une expression formalisée de leur volonté, avec pour conséquence que le traité sera interprété de manière plus autonome que la volonté des parties. On voit donc que si on a recours au but et à l'objet du traité pour déterminer les bases essentielles du traité, on s'oriente vers une conception « objective » de la *clausula*, qui fait moins cas de la volonté des parties.

Dans la radicalité du changement, deux possibilités émergent : l'onérosité d'une obligation ou la vacuité dans l'exécution du traité. Cette différence a une incidence directe sur les bases essentielles : si le traité est frappé de vacuité, l'examen des bases essentielles va s'effectuer de manière plus objective et globale, le but et l'objet du traité seront d'une grande importance. Dans ce cas de figure, le tribunal va examiner s'il était prévu que le traité s'applique dans les circonstances nouvelles. L'examen de chaque base essentielle sera de peu d'importance : elles sont réputées atteintes, car elles sont déduites du but et de l'objet du traité (187). À l'inverse, l'onérosité d'une prestation est accompagnée d'un examen une par une des bases essentielles. L'examen de chaque base essentielle est important, le traité ne pourra être terminé que si toutes ces bases sont atteintes par le changement. Dans ce cadre, un recours aux bases essentielles telles qu'elles transparaissent du but et de l'objet du traité est susceptible d'entraîner une identité entre les articles du traité qui transcrivent ces bases essentielles et les obligations devant être radicalement transformées. Le même article du traité renfermera une base essentielle et devra être atteint par le changement pour admettre la *clausula*.

Parmi les éléments du délai raisonnable, c'est surtout le *dies a quo* qui est dépendant du type de changement en cause. Une solution praticable est de faire correspondre le départ du délai au moment où l'onérosité est atteinte en cas de changement progressif. En cas de vacuité dans l'exécution du traité, c'est la première manifestation du changement qui servira de point de référence.

(187) *Racke*, aff. C-162/96, § 57.

IX. — CONCLUSION

La CDI désirait éclaircir la *clausula* et limiter les abus dans son application. Elle devait devenir un mode subsidiaire et exceptionnel de terminaison des traités. Cette entreprise a été couronnée de succès : le nombre de conditions juridique indéterminées à satisfaire rend l'article 62 quasi inapplicable. Une conséquence des conditions vagues employées dans l'article est la tentation des juges d'accorder un poids prépondérant à l'une ou l'autre conception charriée par l'article 62.

L'article 62 résulte d'un compromis plutôt que d'un choix entre la conception des bases essentielles et de la radicalité. C'est cet entremêlement du subjectif et de l'objectif qui confère à l'article son caractère difficilement applicable. À ce titre, nous ne pouvons que souscrire à l'opinion de H.W. Briggs :

« [L'article 62] représente un compromis soigneusement équilibré auquel on n'est parvenu qu'après une longue discussion au sein du comité de rédaction et à la suite de concessions mutuelles. Bien entendu le texte ne me satisfait pas complètement, mais j'y vois une expression satisfaisante des vues contradictoires qui ont été exprimées au sein de la Commission elle-même » (188).

Un autre effet de la formulation retenue a été d'enchevêtrer les conditions. Il est parfois délicat d'analyser un élément de l'article 62 en occultant le reste de la disposition, la codification a fait de la *clausula* un système total et peu susceptible de scission. L'écartèlement de l'article, s'il est possible, demeure artificiel. Le voile recouvrant l'article 62 a révélé une architecture complexe. Dans un cas d'application, l'approche retenue pour déterminer les bases essentielles ainsi que la conception de la radicalité s'avère cruciale. Ces deux conditions jouent un rôle fondamental dans l'article, elles sont le cœur de la *clausula*.

(188) *A.C.D.I.*, 1963, vol. I, p. 273, § 8.