

L'ESTOPPEL ET L'ACQUIESCEMENT : ASSIMILATIONS PRAGMATIQUES ET DIVERGENCES CONCEPTUELLES

PAR

Hans DAS (*)

PLAN

PREMIÈRE PARTIE. — LES NOTIONS D'ESTOPPEL ET D'ACQUIESCEMENT

SECTION 1^{re}. *L'estoppel*

1.1. Observations générales

1.2. Les éléments constitutifs

1.2.1. Le comportement initial atteste d'une manière claire et constante un certain état de choses

1.2.2. La confiance de l'autre État et le préjudice qui en résulte

SECTION 2. *L'acquiescement*

2.1. Observations générales

2.2. Le silence qualifié

2.2.1. La connaissance des prétentions de l'autre État

2.2.2. Le passage du temps

2.2.3. Les occasions se prêtant à une protestation

2.2.4. L'intérêt

DEUXIÈME PARTIE. — LES RELATIONS ENTRE L'ESTOPPEL ET L'ACQUIESCEMENT

SECTION 1^{re}. *Les différences conceptuelles*

SECTION 2. *L'artifice de l'acquiescement*

CONCLUSIONS

(*) D.E.S. de l'I.U.H.E.I. à Genève ; Director of Legal Department, Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (Dayton Peace Agreement — Annex 7), Sarajevo. L'auteur a largement bénéficié des suggestions de MM. Peter Haggemacher et Hugh Thirlway (I.U.H.E.I.) et de celles de MM. Eric Suy et Nicolas Angelet (K.U.Leuven). L'auteur leur exprime toute sa gratitude. Les erreurs sont bien sûr imputables à lui seul.

Les systèmes juridiques anglo-américains donnent un sens très précis à la notion d'*estoppel* (1). L'acquiescement est une notion bien définie en droit procédural français et en droit anglo-américain (2). Dans l'ordre juridique international, par contre, les deux termes ne bénéficient pas du même degré de précision et ceci a débouché, d'une part, sur des conceptions diverses de l'*estoppel* et, d'autre part, sur une certaine confusion entre l'*estoppel*, la forclusion et l'acquiescement (3). Certes, les notions d'*estoppel* et d'acquiescement présentent des traits communs. Les mêmes faits peuvent être pertinents aussi bien pour l'*estoppel* que pour l'acquiescement. De plus, et surtout, l'effet juridique de l'*estoppel* s'apparente à celui de l'acquiescement (4) : la partie qui, par ses actes ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer ultérieurement devant une instance judiciaire internationale, se voit liée par son attitude (5).

(1) En droit anglais, l'*estoppel* se définit de manière suivante : « A rule of evidence or a rule of law that prevents a person from denying the truth of a statement he has made or from denying facts that he has alleged to exist. The denial must have been acted upon (probably to his disadvantage) by the person who wishes to take advantage of the *estoppel* or his position must have been altered as a result ». MARTIN, E. (Ed.), *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, University Press, 3d Ed., 1994, p. 148. Le droit anglais distingue plusieurs formes spécifiques d'*estoppel*. Pour des références, voir MARTIN, A., *L'estoppel en droit international public (précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais)*, Paris, Pedone, 1979, pp. 9-62.

(2) En droit français, « l'acquiescement à la demande est l'acte par lequel le défendeur reconnaît le bien-fondé des prétentions du demandeur ; il emporte renonciation à l'action. L'acquiescement au jugement, de beaucoup le plus fréquent en pratique, exprime la soumission aux chefs du jugement ; il emporte renonciation à exercer les voies de recours ». Dalloz Répertoire de procédure civile, 1995, tome I, v° acquiescement, p. 1. Voy. aussi, J. BARALE, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *A.F.D.I.*, 1965, p. 389. Quant au droit anglais, voir MARTIN, E. (Ed.), *op. cit.*, p. 7 et EARL JOWITT, W., *The Dictionary of English Law*, London, Sweet and Maxwell, 1959, p. 36 : « assent to an infringement of rights, either express or implied from conduct, by which the right to equitable relief is normally lost. It takes place when a person, with full knowledge of his own rights and of any acts which infringe them, has [...] by his conduct led the persons responsible for the infringement to believe that he has waived or abandoned his rights ».

(3) Nous nous concentrerons sur l'*estoppel* et l'acquiescement. Dans les opinions jointes à l'arrêt du temple de Préah Vihéar, certains juges ont assimilé la forclusion à l'*estoppel* (Juge WELLINGTON KOO, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 97 et Sir Percy SPENDER, *ibidem*, pp. 131 et 143-144). Ces deux notions doivent toutefois être dissociées : « la forclusion désigne simplement une déchéance, elle décrit un effet juridique, et ne constitue donc pas un principe de droit, la cause de la forclusion étant, elle, une institution juridique. Tandis qu'il y a lieu de réserver le terme d'*estoppel* pour l'institution juridique particulière [...] qui fixe les conditions dans lesquelles un Etat peut être définitivement lié par des comportements qui pourtant par eux-mêmes n'étaient pas de nature à créer une obligation ou à engendrer la perte d'un droit ». DOMINICE, C., « A propos du principe de l'*estoppel* en droit des gens », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imp. de la Tribune de Genève, 1968, p. 365.

(4) Opinion individuelle du Juge ALFARO, Affaire du Temple de Préah Vihéar, C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 39-40. Pour une illustration, voy. Opinion individuelle de AJIBOLA, Différend territorial (Libye/Tchad), arrêt, C.I.J. *Recueil* 1994, p. 83 : « [...] Libya is estopped from denying the 1955 Treaty boundary since it has acquiesced in and in fact recognized it ».

(5) Cette affinité est mise en exergue si c'est un consentement ou une acceptation que l'on cherche à établir en recourant à l'*estoppel* et l'acquiescement. Voy. THIRLWAY, H., « The Law and Procedure of the International Court of Justice », *B.Y.I.L.*, 1989, p. 45.

Cette affinité explique que la distinction entre ces deux notions ne semble pas, au premier abord du moins, revêtir une grande importance dans la pratique des plaideurs devant la Cour, qui, contraints par des considérations stratégiques et les besoins de l'économie du procès, procèdent parfois, de manière pragmatique, à l'assimilation ou au cumul des arguments relevant de l'*estoppel* et de l'acquiescement (6). De même, la délimitation exacte de leur champ d'opération respectif ne fait pas l'unanimité dans la doctrine, les mêmes précédents étant parfois invoqués pour étayer des thèses différentes.

La Cour Internationale de Justice — et c'est à elle que l'on s'intéresse dans la présente étude — s'est toutefois attachée à soumettre la mise en œuvre de l'*estoppel* à des conditions strictes. La règle s'oppose alors à ce qu'un État qui a créé par son comportement une certaine *representation* (7), à laquelle un autre État s'est fié, puisse par la suite revenir sur ce comportement s'il en résulte un désavantage relatif pour l'autre partie. Protégeant ainsi la confiance légitime de l'autre État, l'*estoppel* répond aux besoins de la sécurité juridique dans les relations internationales et relève, en somme, de la bonne foi. L'acquiescement procède d'un raisonnement juridique différent. Il permet de voir dans l'attitude essentiellement passive de l'État, face à certaines prétentions d'un autre État, « une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement » (8). Pour qu'on puisse déduire du silence un consentement, il faut que le silence soit qualifié ; c'est-à-dire que les circonstances doivent être telles que l'on puisse raisonnablement s'attendre à une protestation si l'État veut contester les prétentions. Ainsi compris, l'acquiescement est censé refléter la volonté subjective de l'État.

Il n'est pas évident, dès lors, que le raisonnement sous-jacent à l'*estoppel* soit compatible avec l'esprit et le concept juridique de l'acquiescement. En bref, tandis que l'acquiescement présuppose le consentement de la partie acquiesçante, l'*estoppel* fait abstraction de ce consentement ou accepte implicitement que l'État en question n'a pas consenti, mais prétend

(6) Ainsi, dans l'affaire du golfe du Maine, l'argumentation canadienne s'est fondée à la fois et pratiquement aux mêmes fins sur l'*estoppel* et l'acquiescement. Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 304. Voy. aussi Affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), exceptions préliminaires, audience publique du 1^{er} mai 1996, CR 96/8, p. 79.

(7) Aucune traduction ne recouvrant l'ensemble des notions que l'expression anglaise *representation* implique, on la gardera non traduite dans cette étude : il s'agit des déclarations, des actes et du comportement d'une personne, qui incitent une autre personne à adopter une certaine position, à agir ou à s'abstenir d'agir. Voy. BLACK, H.C., *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minn., West Publishing Company, 1990, p. 1301 (« Any conduct capable of being turned into a statement of fact [...] made to induce another to enter into contract ») ; Earl JOWITT, W., *The dictionary of English Law*, pp. 1528-1529.

(8) Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 305. (ci-après : Affaire du golfe du Maine).

qu'ayant suscité une certaine *representation*, il n'est plus autorisé à nier son caractère véritable (9).

Certains auteurs soulignent toutefois le caractère artificiel de l'identification d'une volonté subjective derrière le comportement étatique et préfèrent « rechercher le fondement de l'acquiescement dans quelque règle objective qui sanctionnerait le comportement des États à partir du principe de la bonne foi et de la nécessité d'une sécurité juridique dans les rapports entre États » (10). Ainsi, l'acquiescement semble se rapprocher de l'*estoppel* et leur confrontation s'impose.

Afin d'examiner les relations entre l'*estoppel* et l'acquiescement, on considérera, dans une première partie, successivement les notions d'*estoppel* et d'acquiescement telles qu'elles ont été reçues dans la jurisprudence de la Cour. On procédera, ensuite, à l'analyse des différences conceptuelles et des ressemblances que ces deux principes présentent.

Une remarque s'impose d'emblée. L'acquiescement se réfère à un consentement ou à une acceptation ou, plus généralement encore, à une attitude, un certain « état d'esprit » de l'État. L'*estoppel* jouit, à cet égard, d'un champ d'application beaucoup plus large : la *representation* que l'État est empêché de nier peut se rapporter à n'importe quel fait. Elle n'a pas nécessairement trait à un consentement ou à une acceptation (11).

PREMIÈRE PARTIE. — LES NOTIONS D'*ESTOPPEL* ET D'ACQUIESCEMENT

SECTION 1^{re}. — *L'estoppel*

1.1. *Observations générales*

On peut raisonnablement attendre d'un ordre juridique qu'il désapprouve les contradictions dans les comportements successifs de l'un de ses sujets lorsqu'elles causent un dommage à un autre sujet qui a fait confiance à l'attitude antérieure (12). À l'instar de certains droits internes, et surtout de la *Common Law*, le droit des gens s'est attaché à développer une telle règle protégeant la confiance légitime et la sécurité dans les relations inter-

(9) THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 29 : « while a claim of acquiescence asserts that the State concerned did accept or agree on that point, a claim of estoppel accepts, by implication, that the respondent State did not accept or agree [...] ».

(10) GAUTIER, PH., *Essai sur la définition des traités entre États : La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 523. Voy. *infra*.

(11) THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 45.

(12) Lord McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 485 (qui décrit l'*estoppel* comme « a rule of common sense »); MARTIN, A., *op. cit.*, p. 65.

nationales (13). Comme l'a relevé un auteur, l'origine étymologique du mot *estoppel* est à rechercher dans le mot français « estoupe » (ou « étoupe »), issu lui-même du latin « *stappa* » (14). La citation suivante pourrait l'éclairer : « De même qu'on utilise un tampon d'étoupe pour obstruer une voie d'eau qui, malencontreusement, s'est produite dans une paroi, ainsi un plaideur emploie-t-il le moyen de l'*estoppel* au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un bâillon aux lèvres de son adversaire pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits auxquels s'attache un caractère de vérité incontrovertible : et ceci a pour résultat de simplifier singulièrement les procédures » (15).

En droit international, on constate cependant une certaine indétermination au sujet de la nature juridique exacte de la règle. Les Juges Alfaro et Sir Gerald Fitzmaurice, par exemple, ont jugé possible de considérer l'*estoppel* comme une règle de fond (16). D'autres le considèrent clairement comme une règle de procédure (17). Cette incertitude tient, entre autres, aux confusions qu'ont entraînées les deux conceptions opposées de l'*estoppel* en droit international. Selon la conception extensive (18), l'*estoppel* s'appliquerait tout simplement en cas de contradiction entre un comportement actuel et un comportement antérieur d'un sujet du droit international. La règle viserait à empêcher de contredire ou de contester ce qu'on a précédemment dit, fait ou laissé croire. D'après la conception restrictive (19) par contre, l'*estoppel* n'opérerait que si certains éléments constitutifs, correspondant dans

(13) Selon la plupart des auteurs, l'*estoppel* a été introduit en droit international comme un principe général de droit. (MACGIBBON, I.C., « The Scope of Acquiescence in International Law », *B.Y.I.L.*, 1954, p. 148 ; Lord McNAIR, *op. cit.*, p. 485.) C'est surtout l'institution anglaise de l'*estoppel* by representation qui ressemble à la notion en droit international. On retrouve dans d'autres droits internes des institutions juridiques présentant certaines analogies avec l'*estoppel*, comme le « principe de la confiance » (Vertrauenstheorie) en droit suisse ou la « théorie de l'apparence » en droit français. Néanmoins, ces analogies portent plutôt sur l'esprit de l'*estoppel* que sur ses rigoureuses conditions d'application. (MARTIN, A., *op. cit.*, pp. 229-240.) Quant au droit romain, un certain parallèle a été établi entre l'*estoppel* au sens large et la maxime *venire contra proprium factum nulli conceditur*. Ce brocard, qui interdit à une partie dans certaines conditions, en dépit de l'absence de toute obligation de *jus strictum*, à revenir sur son propre fait, semble être médiéval. (AZON, *Brocardica*, 10, 28.) Il convient, à notre avis, de considérer l'*estoppel* comme une règle de « judge-made law ».

(14) MARTIN, A., *op. cit.*, p. 1.

(15) DARGENT, J., *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'estoppel*, Touroing, Imp. G. Frère, 1943, p. 3. Citation dans MARTIN, A., *op. cit.*, p. 2.

(16) Juges ALFARO et Sir Gerald FITZMAURICE, Opinions individuelles dans l'affaire du temple de Préah Vihéar, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 41-42 et p. 62 ; MACGIBBON, I.C., « Estoppel in International Law », *I.C.L.Q.*, 1958, p. 512.

(17) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 263 ; GUGGENHEIM, P., *Traité de Droit International Public, II*, Genève, Librairie de l'Université, Georg, 1953, pp. 158-159 ; ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public, I*, Paris, Sirey, pp. 387-388.

(18) Voy. par exemple Juge ALFARO, Opinion individuelle dans l'affaire du temple de Préah Vihéar, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 39-40 ; MACGIBBON, I.C., *loc. cit.*, pp. 468-513.

(19) Sir Gerald FITZMAURICE et Sir Percy SPENDER, Opinions individuelles dans l'affaire du temple de Préah Vihéar, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 63 et pp. 143-144 ; BOWETT, D.W., « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *B.Y.I.L.*, 1957, pp. 176 et

leur grandes lignes à ceux que la *Common Law* a établis pour l'*estoppel by representation* (20), se trouvent réunis. Aujourd'hui, on constate que la Cour Internationale de Justice a tranché ce débat en faveur de la deuxième approche et qu'elle a déterminé les éléments constitutifs de la règle en s'inspirant directement de la théorie anglaise de l'*estoppel by representation* (21). L'*estoppel* au sens strict constitue dès lors une règle qui s'oppose à ce qu'une partie, dont le comportement a attesté d'une manière claire et constante un certain état de choses, auquel son adversaire s'est fié, puisse revenir par la suite sur ce comportement, s'il en résulte un désavantage relatif pour son adversaire. L'*estoppel* ainsi compris revêt surtout un caractère procédural, en ce sens qu'il a été envisagé dans la plupart des affaires en tant que moyen de défense (22). L'incertitude sur la nature juridique de la règle subsiste toutefois en droit international, car, dans d'autres affaires, la Cour a, ou semble avoir, considéré l'*estoppel* comme étant une règle de droit matériel susceptible de créer ou modifier des droits et des obligations (23).

1.2. *Les éléments constitutifs*

Ces éléments peuvent être dégagés de la jurisprudence de la Cour (24). La partie qui invoque l'*estoppel* devra d'abord établir l'existence d'un comportement initial qui a attesté d'une manière claire et constante un certain état de choses ; puis prouver qu'elle a été amenée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue, sur la foi de ce comportement ; puis démontrer qu'il en est résulté une modification préjudiciable de sa position,

188 ; DOMINICE, C., *loc. cit.*, p. 365 ; MARTIN, A., *op. cit.*, pp. 139-172 ; THIRLWAY, H., *loc. cit.*, pp. 36 et s.

(20) Black's Law Dictionary en donne la définition suivante : « It arises when one by acts, representations, admissions, or silence when he ought to speak out, intentionally or through culpable negligence induces another to believe certain facts to exist and such other rightfully relies and acts on such belief, so that he will be prejudiced if the former is permitted to deny the existence of such facts ». (*op. cit.*, p. 1301.)

(21) Ceci apparaît clairement dans les affaires suivantes : Affaire des emprunts serbes, arrêt, C.P.J.I., Série A, No. 20, pp. 38-39 ; Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1964, pp. 24-25 ; Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1969, p. 26 ; Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 415 ; Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, requête à fin d'intervention, C.I.J. *Recueil* 1990, p. 118.

(22) Voy. par exemple Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1961, p. 24 ; Affaire du temple de Préah Vihear, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 32.

(23) Affaires du plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1969, p. 26 ; Affaire du Golfe du Maine, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 305 : « D'après une certaine façon de voir, la forclusion serait d'ailleurs l'aspect procédural et l'*estoppel* l'aspect du fond du même principe. »

(24) Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, requête à fin d'intervention, C.I.J. *Recueil* 1990, p. 118 ; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 415 ; Affaires du plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1969, p. 26.

ou un avantage pour la partie adverse, ou les deux à la fois. Si ces éléments sont réunis, la partie adverse est empêchée de revenir sur son comportement initial (25). Ces éléments — qui sont aujourd'hui généralement admis et que l'on n'examinera que brièvement, dans la mesure où ils soulèvent des problèmes particuliers — sont de deux types : l'un concerne le comportement du premier État, l'autre se rapporte à la position du deuxième État.

1.2.1. *Le comportement initial atteste d'une manière claire et constante un certain état de choses*

L'*estoppel* peut être fondé sur une déclaration, un acte ou un simple comportement, qui n'est lié à aucune condition de forme. Il est uniquement requis que la *representation* que ces actes ou ce comportement suscitent soit claire et non équivoque. Dans l'affaire relative au paiement de divers emprunts serbes émis en France, la Cour Permanente a rejeté l'*estoppel* invoqué du côté serbe en affirmant, entre autre, l'absence de « déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'État débiteur pût à bon droit se fonder et se soit fondé » (26). Il peut s'agir aussi bien d'un acte positif d'un État que, dans certaines conditions, de son silence, de son inaction. En effet, il résulte des affaires du temple de Préah Vihéar (27) et du golfe du Maine (28) que la Cour accepte en principe l'application de l'*estoppel* à une attitude passive, voire silencieuse, pourvu que celle-ci constitue une *representation* non équivoque (29).

Évidemment, le comportement doit résulter d'un libre choix de l'État et doit lui être attribuable. C'est pourquoi la Cour, dans l'affaire de la Barce-

(25) Ceci implique évidemment qu'il y ait une véritable contradiction entre les comportements successifs. Voy. à cet égard l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, question préliminaire, C.I.J. *Recueil* 1954, pp. 28-29. L'Italie, après avoir saisi la Cour par requête, a soulevé une exception d'incompétence. Cette attitude apparemment contradictoire conduit deux des défendeurs à invoquer l'*estoppel*. La Cour ne voit pas de contradiction dans l'attitude italienne : l'exception ne vise pas à contester son propre consentement, mais la compétence de la Cour en l'absence du consentement albanais. C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Or monétaire pris à Rome en 1943, Oral Argument of Mr. FAWCETT, p. 151 et Statement of the Government of the USA on the Preliminary Question, pp. 91-92.

(26) Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt, C.P.J.I., Série A, Arrêt No. 14, p. 39. Voy. aussi Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 414.

(27) Ayant reçu plusieurs notes diplomatiques affirmant la position de la France et, ensuite, du Cambodge, la Thaïlande a omis de protester. Affaire du temple de Préah Vihéar, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, surtout pp. 31-32.

(28) Affaire du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, pp. 305-308.

(29) Ceci est confirmé par l'arrêt de la Chambre dans l'affaire de l'Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI), arrêt, C.I.J. *Recueil* 1989, p. 44 : « [...] bien qu'on ne puisse exclure qu'un *estoppel* puisse, dans certaines circonstances, découler d'un silence, lorsqu'il aurait fallu dire quelque chose, [...] ». (nous soulignons) Cette formulation est toutefois quelque peu équivoque, car la condition posée par la Chambre semble se référer plutôt à l'acquiescement qu'à l'*estoppel*. Voy. les remarques faites par THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 38 : « [...] for purposes of *estoppel* the question is not whether there is a duty to speak, but simply, did the silence or non-action amount in the circumstances to a suggestion or representation of a certain fact ? »

lona Traction, n'a pas été à même de retenir l'argument espagnol d'*estoppel*, fondé sur des échanges de vues entre les représentants des groupes privés intéressés. Elle en dit : « On voit mal si le comportement prétendument trompeur a été le fait du Gouvernement demandeur lui-même ou des personnes privées belges et on voit mal, dans ce dernier cas, jusqu'où il est soutenu que le Gouvernement demandeur en a été complice ou responsable. » (30) Dans l'affaire du golfe du Maine, le Canada s'est appuyé entre autre sur une lettre, dite « lettre Hoffman », émanant d'un fonctionnaire du Département de l'intérieur (31). Les États-Unis ont répliqué qu'il s'agissait d'un fonctionnaire de rang moyen qui n'était pas habilité à prendre position au nom de son gouvernement au sujet de revendications étrangères. La Chambre s'est ralliée à cette dernière thèse, en estimant qu'il n'était pas permis au Canada de « s'appuyer sur le contenu d'une lettre d'un fonctionnaire du Bureau of Land Management du département de l'intérieur, relative à un aspect technique, comme s'il s'agissait d'une déclaration officielle du Gouvernement des États-Unis sur les limites maritimes internationales de ce pays. » (32) Il convient toutefois de ne pas exagérer l'importance de la position constitutionnelle de l'organe : « *Consistently with the underlying concept, whereby what matters is the effect produced on the Respondent State, the constitutional niceties of the position of a given official are less important than the impression produced ab extra as to his competence to speak for the State. Yet there must be some degree of authority to speak vested in the person concerned* » (33).

1.2.2. La confiance de l'autre État et le préjudice qui en résulte

1.2.2.1. Être amené à agir ou à s'abstenir d'agir sur la foi de ce comportement

Pour qu'un argument d'*estoppel* puisse être reçu, il faut que la partie qui invoque cet argument puisse établir que c'est bien à cause du comportement antérieur de l'autre État qu'elle s'est comportée de telle ou telle façon. En fait, cet élément se subdivise en deux (34). D'une part, la partie

(30) Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1964, p. 24.

(31) Dans cette lettre, M. Hoffman exprimait une réserve suivant laquelle il n'était pas habilité à engager les États-Unis au sujet de la position d'une ligne médiane. L'utilisation de la ligne médiane en tant que méthode de délimitation ne paraissait pas être en cause. C.I.J. *Recueil* 1984, pp. 305-308.

(32) *Ibidem*, p. 308.

(33) THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 36. Voy. aussi CAHIER, Ph., *loc. cit.*, pp. 243-244.

(34) Cette subdivision, qui est directement issue de l'*estoppel by representation* de la *Common Law*, est apparente dans l'affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, dans laquelle la Cour Permanente a indiqué l'absence de « déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'État débiteur pût à bon droit se fonder et se soit fondé ». (nous soulignons) C.P.J.I., Série A, Arrêt No. 14, p. 39.

se prévalant de l'*estoppel* doit fournir la preuve que la *representation* de l'autre partie était raisonnablement susceptible d'inciter un sujet de droit à agir ou à s'abstenir d'agir, comme elle l'a fait. C'est ce qu'on appelle la « matérialité » de la *representation*. D'autre part, la partie qui recourt à l'*estoppel* doit démontrer que le comportement de son adversaire l'a effectivement incitée à agir ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue. Ceci implique que la *representation* a été la cause déterminante de sa décision d'agir ou de s'abstenir d'agir (35).

Dans l'affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires), l'élément de la confiance se trouve au cœur du raisonnement de la Cour relatif à l'*estoppel* invoqué par l'Espagne. Il convient de reprendre brièvement ce raisonnement. Après avoir déposé en 1958 une première requête contre le Gouvernement espagnol, la Belgique se désiste de l'instance. L'Espagne déclare ne pas s'opposer et, en 1961, la Cour décide, par ordonnance, à la radiation de l'affaire du rôle (36). La renonciation à l'instance par la Belgique s'explique par la perspective d'un règlement négocié entre les groupes privés intéressés. Mais les pourparlers échouent et une nouvelle requête est déposée en 1962. L'Espagne conteste la compétence de la Cour en affirmant que le Gouvernement belge « s'est comporté de manière à faire croire au défendeur que le désistement serait définitif [...], sinon le défendeur n'aurait pas donné son consentement au désistement et, partant, n'aurait pas subi de préjudice » (37). En d'autres mots, si la Belgique n'avait pas « trompé » l'Espagne quant à la portée (définitive ou non) du désistement, cette dernière n'aurait pas accepté le désistement. Les explications données par l'Espagne à ce sujet ne paraissant pas convaincantes à la Cour, celle-ci fait preuve d'une rigueur évidente :

« [...] il apparaît que le point essentiel est que le Gouvernement défendeur avait soulevé dans la première procédure des exceptions préliminaires qui, si elles avaient été retenues comme ce gouvernement en avait vraisemblablement l'espoir, auraient nécessairement mis fin à l'affaire [...] Si les négociations avaient réussi, elles auraient eu le même résultat. Mais le Gouvernement espa-

(35) La question se pose dès lors de savoir si le comportement, l'acte ou la déclaration doit nécessairement avoir été destinée directement et personnellement à la partie qui invoque l'*estoppel*. En s'inspirant largement du droit anglais, MARTIN y répond de manière négative : si l'Etat dont le comportement est en cause n'a pas entendu s'adresser à un Etat déterminé mais à la communauté internationale en général ou à un certain groupe d'Etats, tout Etat ou tout Etat appartenant à ce groupe pourra invoquer l'*estoppel* que ce comportement aura contribué à créer. MARTIN, A., *op. cit.*, p. 290.

(36) Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Ordonnance, C.I.J. *Recueil* 1961, p. 9.

(37) Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1964, p. 18. Même si ces termes ne sont pas entièrement clairs, il s'agit bien d'un argument d'*estoppel* : « [...] ce fut par sa propre conduite que le Gouvernement belge amena le Gouvernement espagnol à consentir [...] et le Gouvernement belge est partant forcé (estopped) de prétendre que sa communication de désistement ne constituait pas un retrait définitif de sa demande [...] ». C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction (nouvelle requête : 1962), vol. I, Introduction de l'instance et début de la procédure écrite, Conclusions ad exception préliminaire No. 1, p. 262.

gnol ne courait aucun risque car, en cas d'échec des négociations et de reprise de l'affaire, il pouvait soulever à nouveau les exceptions préliminaires antérieures. [...] [O]n ne voit pas ce que le défendeur risquait de perdre en acceptant de négocier sur la base d'un simple désistement d'instance et on ne voit pas pourquoi le défendeur n'aurait pas donné son consentement s'il s'était rendu compte qu'il s'agissait seulement d'un désistement d'instance » (38).

La « matérialité » requise pour que la *representation* puisse entraîner l'effet de l'*estoppel* implique qu'un sujet de droit doit raisonnablement considérer la *representation* comme correspondant à la réalité (si elle a trait à un fait donné) ou à l'intention de son auteur (s'il s'agit d'une acceptation ou d'un consentement) (39). Ceci nous amène à la question du rôle de l'intention de l'État dont le comportement est en cause. Doit-on analyser sa volonté réelle et rechercher s'il a véritablement eu l'intention d'inciter l'autre partie à agir ou à s'abstenir d'agir ? Ou peut-on se contenter des aspects « objectifs » de son comportement, afin de savoir si l'autre partie a pu légitimement se fier à la « vérité apparente » ? La réponse — et on touche ici à un trait caractéristique de l'*estoppel* — est claire : il importe peu de savoir si la *representation* correspond effectivement à la volonté réelle de l'État-auteur (40). Si l'autre État considère raisonnablement la *representation* comme vraie ou comme correspondant à l'intention réelle de l'État-auteur, ce dernier se voit empêché de la contester par la suite, même si elle ne correspondait pas à la réalité ou à son intention. L'*estoppel* vise donc les situations où il est impossible pour une partie de revenir sur une attitude antérieure, non pas tant parce qu'elle a accepté une obligation, mais parce que les tiers se sont fiés à cette attitude. Il convient de citer un passage de l'Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* :

« Thus it may be said that A, having accepted a certain obligation, or having become bound by a certain instrument, cannot now be heard to deny the fact, to 'blow hot and cold'. True enough, A cannot be heard to deny it; but what this really means is simply that A is bound, and, being bound, cannot escape from the obligation merely by denying its existence. In other words, if the denial can be shown to be false, there is no room or need for any plea of preclusion or estoppel. Such a plea is essentially a means of excluding a denial that might be correct — irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be true » (41).

(38) C.I.J. *Recueil* 1964, pp. 24-25.

(39) L'acquiescement étant limité aux cas où on cherche à établir un consentement ou une acceptation, des chevauchements éventuels entre l'*estoppel* et l'acquiescement ne peuvent se présenter que dans ces cas précis. C'est donc l'aspect de l'intention réelle qui importe aux fins de notre étude.

(40) BARALE, J., *loc. cit.*, p. 426 ; MARTIN, A., *op. cit.*, pp. 290-292 ; THIRLWAY, H., *loc. cit.*, pp. 29 et 46. Notons la différence avec la doctrine des actes unilatéraux, dont, conformément à l'arrêt des essais nucléaires, la force obligatoire découle de l'intention de son auteur.

(41) Opinion individuelle de Sir Gerald FITZMAURICE, Affaire du temple de Préah Vihear, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 63.

1.2.2.2. *La modification préjudiciable de sa position ou l'avantage pour la partie adverse, ou les deux à la fois*

L'État invoquant l'estoppel doit établir qu'ayant été incité à agir ou à s'abstenir d'agir, il en est résulté une modification de sa position (42). Il s'agit d'une modification dans les positions relatives des parties, au préjudice de celle qui recourt à l'estoppel, ou à l'avantage de son adversaire, ou les deux à la fois (43). Ceci est d'ailleurs une conséquence logique du fondement de l'estoppel dans la bonne foi, comme l'a souligné Bowett : « [the] consequent change in the position of the parties means that in order to maintain good faith the party must stand by his representation » (44).

Même si l'élément du préjudice semble parfois être interprété de manière plutôt extensive par la Cour (45), il est évident que le dommage purement moral n'est pas suffisant pour fonder un estoppel. Ceci apparaît dans l'arrêt de 1964, déjà mentionné ci-dessus, relatif à la société Barcelona Traction (exceptions préliminaires). En réponse à une question soulevée par le Juge Fitzmaurice, Sir Humphrey Waldock, conseil de l'Espagne, invoque trois titres distincts de préjudice : « [...] Spain has been brought before the Court again on the same grave charges, these charges being automatically circulated to all Members of the United Nations. Secondly, her opponent has had the opportunity of reconsidering its presentation of its whole case on the Preliminary Objections in the light of her argument ; and has in fact sought to remodel its defence to one of the Objections. Thirdly, she has had the heavy administra-

(42) Dans ce sens, un lien de causalité peut être établi entre le comportement initial, l'incitation à agir ou à s'abstenir d'agir et la modification préjudiciable des positions relatives. Notons toutefois que dans certains cas le changement de position ne donne pas lieu à un préjudice immédiat, mais éventuel : ce n'est que si l'auteur du comportement était autorisé à revenir sur celui-ci qu'un préjudice apparaîtrait au détriment de celui qui a agi ou s'est abstenu d'agir sur la foi de ce comportement ; et c'est précisément ce que l'estoppel vise à empêcher. MARTIN, A., *op. cit.*, p. 294.

(43) Il convient de citer à nouveau Sir Gerald : « A frequent source of misapprehension in this connection is the assumption that change of position means that the party invoking preclusion or estoppel must have been led to change its own position, by action it has itself taken consequent on the statements or conduct of the other party. It certainly includes that : but what it really means is that these statements or conduct must have brought about a change in the relative positions of the parties, worsening that of the one, or improving that of the other, or both ». C.I.J. *Recueil* 1962, p. 63.

(44) BOWETT, D.W., *loc. cit.*, p. 193.

(45) Affaire du temple de Préah Vihear, Arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 32 : « La Thaïlande, en raison de sa conduite, ne saurait aujourd'hui affirmer qu'elle n'a pas accepté la carte. Pendant cinquante ans cet Etat a joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable. [...] La Thaïlande ne peut aujourd'hui, tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle ait jamais été partie consentante au règlement ». (nous soulignons) Les juges dissidents se sont élevés contre cette affirmation, en effet assez faible, de la Cour. Voy. l'Opinion dissidente de Sir Percy SPENDER, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 144 et surtout la critique de THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 45.

tion burden of presenting the case a second time to the Court [...] » (46). Dans son arrêt, la Cour ne s'arrête qu'au deuxième élément. Le premier élément constitue un dommage d'ordre purement moral, qui ne saurait être pris en considération pour établir l'*estoppel*. Le troisième est de nature financière, mais on comprend facilement pourquoi la Cour n'en tient pas compte. Quant au deuxième élément, la Cour admet que l'État demandeur a eu « l'avantage de pouvoir rédiger sa requête et son Mémoire en connaissant à l'avance la nature probable de la réponse du défendeur, connaissance qu'un État demandeur n'a ordinairement pas à ce stade de la procédure » (47). Elle estime toutefois que « la procédure devant la Cour est organisée de telle manière qu'en fin de compte tout avantage qu'une partie peut avoir eu à l'origine par rapport à l'autre se trouve neutralisé » (48). En effet, cette circonstance n'est pas constitutive d'un préjudice effectif, puisqu'il est toujours loisible au demandeur de modifier ses conclusions, au cours de l'instance, en tenant compte des exceptions soulevées par le défendeur (49). On peut donc retenir que la Cour n'accepte qu'un préjudice réel et effectif.

SECTION 2. — *L'acquiescement*

2.1. *Observations générales*

L'*acquiescement* permet de voir dans une attitude passive (50) (le silence, l'inaction ou l'absence de protestation) d'un État « une reconnaissance tacite [...] que l'autre partie peut interpréter comme un consentement » (51). Ses effets juridiques dépendent des circonstances de l'espèce et varient de la simple aide à l'interprétation à la force obligatoire (52). Un État peut donc être lié par sa passivité. Même si le droit international public est essentiellement non-formaliste, de sorte qu'un consentement tacite mais

(46) C.I.J., Mémoires, plaidoiries et documents, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (nouvelle requête : 1962), vol. III, Procédure orale (Exceptions préliminaires), Questions by Judges Sir Gerald Fitzmaurice and Jessup, p. 670 ; Reply of Sir H. Waldock, p. 760.

(47) Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1964, p. 25.

(48) *Ibidem*.

(49) *Ibidem*. Voy. aussi l'Opinion individuelle de BUSTAMANTE (*Ibidem*, pp. 80-82) et l'Opinion dissidente de ARMANDUGON (*Ibidem*, p. 133). Ce dernier accepte le préjudice, mais sans se référer à l'*estoppel* strictement défini.

(50) Le silence absolu étant rare dans les rapports bilatéraux, il s'agit généralement à la fois des actes positifs et de l'absence de protestation. Voy. aussi BARALE, J., *loc. cit.*, p. 390 ; GAUTIER, Ph., *op. cit.*, pp. 511-512 ; MACGIBBON, I.C., « The Scope of Acquiescence in International Law », *B.Y.I.L.*, vol. 31, 1954, p. 143.

(51) Affaire du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 305.

(52) Dans l'affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, par exemple, la Chambre s'est servie de l'*acquiescement* des parties pour modifier la position d'une frontière résultant de l'*uti possidetis iuris*. Voy. C.I.J. *Recueil* 1992, pp. 401, 408 et 563.

réel semble parfaitement imaginable et valable, un tel effet ne saurait être attribué à la légèreté ou au simple silence de l'État. Comme l'avertit Suy, « [l]a maxime *qui tacet consentire videtur* n'a en droit aucune valeur absolue » (53). Le silence peut traduire aussi bien l'indifférence que le consentement.

Le silence n'impliquant pas nécessairement un consentement, sa vraie signification doit être établie dans chaque cas concret selon les circonstances et les conditions dans lesquelles il se situe. En d'autres termes, pour que le silence puisse être interprété comme un consentement, il faut qu'il soit qualifié (*qualifiziertes Stillschweigen*) ; c'est-à-dire que les circonstances doivent être telles que l'on puisse logiquement s'attendre à une protestation si l'État veut contester les prétentions d'un autre État (54). C'est ainsi que la Cour l'a formulé dans l'affaire du temple de Préah Vihear, lorsqu'elle examinait l'acceptation par la Thaïlande des cartes faisant figurer le temple en territoire cambodgien : « les circonstances étaient de nature à appeler dans un délai raisonnable une réaction de la part des autorités siamoises, au cas où celles-ci auraient voulu contester la carte ou auraient eu de graves questions à soulever à son égard » (55). En effet, *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* est la maxime exacte.

Essayons dès lors de voir quelles indications la jurisprudence nous fournit pour distinguer un simple silence sans conséquences juridiques d'un silence qualifié. Par opposition aux conditions strictes de l'*estoppel*, on ne trouve que des indications très générales, qui doivent être concrétisées par le juge. On peut les diviser en quatre idées fondamentales : si un État, qui a connaissance des prétentions d'une partie adverse, s'abstient de réagir pendant un certain laps de temps, en dépit de son intérêt et malgré les occasions qui se prêtent à une réaction, on peut raisonnablement présumer qu'il entend s'engager.

2.2. Le silence qualifié

Comme pour l'*estoppel*, la conduite de l'État doit être « suffisamment claire, cohérente et persistante pour constituer un acquiescement » (56). Ceci résulte de l'arrêt relatif au golfe du Maine : même si la conduite des États-Unis s'est caractérisée par une certaine imprudence, la Cour estime qu'on ne peut en conclure qu'ils auraient par là définitivement acquiescé aux pré-

(53) SUY, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 61.

(54) CAHIER, Ph., « Le comportement des États comme source de droits et d'obligations », dans *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imp. Tribune de Genève, 1968, p. 254 ; MACGIBBON, I.C., *loc. cit.*, p. 143 ; MÜLLER, J.P. et COTTIER, T., « Acquiescence », dans : BERNHARDT, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), p. 14 ; VENTURINI, G., « La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États », *R.C.A.D.I.*, t. 112, 1964, II, p. 376.

(55) Affaire du temple de Préah Vihear, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 23.

(56) Affaire du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 309.

tentions du Canada (57). Le même arrêt indique aussi, comme on a constaté lors de notre examen de l'*estoppel*, que le comportement doit être attribuable à l'État.

2.2.1. *La connaissance des prétentions de l'autre État*

L'acquiescement est essentiellement une réponse, une réaction. Il suppose un silence ou une inaction face à un comportement actif initial d'un autre État, au moyen duquel celui-ci prétend acquérir un droit ou modifier une situation existante (58). Si l'acquiescement est l'équivalent d'un consentement ou d'une acceptation, il est essentiel que l'État ait connaissance des prétentions de l'autre État. Dans l'hypothèse où l'État n'avait pas connaissance de ces prétentions, son inaction ne vaut pas consentement tacite.

Le fait que cette connaissance résulte d'une notification officielle ou d'une notoriété de fait ne joue pas un grand rôle, bien que cette dernière hypothèse soit de nature à entraîner des difficultés de preuve. Vu le caractère essentiel de l'élément de la connaissance, on aurait pu raisonnablement supposer que la Cour se montre sévère quant à l'établissement de cet élément. La doctrine a néanmoins constaté qu'en réalité la Cour n'examine pas tellement s'il y a eu connaissance effective, mais plutôt si les circonstances sont telles que l'État intéressé aurait dû en avoir connaissance, ce qui correspond à une présomption de connaissance ou même à l'ignorance fautive (59). Toutefois, une certaine prudence s'impose ici. Les précédents invoqués pour étayer cette thèse doctrinale ont trait à des différends territoriaux (60) : l'élément de la connaissance y est invoqué comme consolidant les titres de souveraineté et coïncide avec d'autres règles, comme celles de la notoriété des titres historiques et du caractère public de la possession, sans qu'il soit *explicitement* question d'acquiescement. Ainsi, dans l'affaire anglo-norvégienne des pêcheries, la notoriété générale des décrets norvégiens délimitant les zones de pêches était au cœur de l'arrêt de la Cour. Si la Cour paraît se satisfaire d'une présomption de connaissance, sans insister sur la connaissance effective dans le chef du Royaume-Uni (61), il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'une application de la notion de l'acquiescement

(57) *Ibidem*, p. 307. Voy. aussi *supra*, no. 1.2.1.

(58) CAHIER, Ph., *loc. cit.*, p. 254.

(59) BARALE, J., *loc. cit.*, pp. 401-404 ; CAHIER, Ph., *loc. cit.*, pp. 256-258 ; MACGIBBON, I.C., *loc. cit.*, p. 176-181 ; SUY, E., *op. cit.*, p. 67.

(60) Les précédents suivants ont été invoqués par les auteurs mentionnés dans la note précédente : Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1951, pp. 138-139 ; Affaire des Minquiers et des Ecréhous, Opinion du juge LEVI CARNEIRO, C.I.J. *Recueil* 1953, p. 106 ; Affaire de l'île de Palmas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 867-868. Dans l'arrêt relatif à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières, par contre, la Cour accepte l'ignorance excusable. C.I.J. *Recueil* 1959, p. 229.

(61) Affaire des pêcheries, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1951, p. 139 : « État riverain de la mer du Nord, hautement intéressé aux pêcheries de ces régions [...], le Royaume-Uni n'a pu ignorer le décret [...] ». (nous soulignons)

proprement dite. L'argumentation de la Cour semble plutôt s'insérer dans le cadre de la consolidation des titres historiques de la Norvège (62).

Il n'en va pas de même pour l'arrêt relatif au temple de Préah Vihéar. La Thaïlande a invoqué son ignorance, non pas de la carte en question, mais de l'erreur que cette carte comportait, notamment le fait que la ligne qui y était tracée ne correspondait pas à la ligne de partage des eaux prévue par la Convention de 1904. La Cour écarte cet argument, en considérant que la carte « attirait si nettement l'attention sur la région de Préah Vihéar qu'aucune personne intéressée ou chargée d'examiner cette carte n'aurait pu manquer de remarquer ce qu'elle indiquait pour cette région » (63). Bien que ces termes indiquent une présomption de connaissance, on peut remarquer que cette partie du raisonnement de la Cour a trait au problème spécifique de l'erreur viciant le consentement. Et dans la théorie de l'erreur, l'ignorance fautive est certainement pertinente car une partie ne saurait invoquer l'erreur « si elle était en mesure de l'éviter ou si les circonstances étaient telles qu'elle avait été avertie de la possibilité d'une erreur » (64).

La preuve de la connaissance ne semble pas soulever de problèmes lorsque l'acquiescement résulte d'un comportement actif de l'État, les actes positifs démontrant nettement la connaissance des prétentions que l'on accepte (65). Ainsi, dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne, on voit mal comment le Nicaragua aurait pu contester sa connaissance de la sentence en question. Dans l'affaire du golfe du Maine, les États-Unis avançaient que l'octroi des permis offshore en vertu de la législation canadienne était dépourvu de notoriété et que cet acte ne pouvait dès lors être à la base d'un acquiescement. Le Canada répliqua, très logiquement, que depuis le moment où le département de l'intérieur des États-Unis s'était enquis auprès du ministère canadien de la position exacte des permis offshore, leur connaissance ne pouvait plus être niée (66).

(62) La Cour parle de la « notoriété requise pour fonder un titre historique ». C.I.J. *Recueil* 1951, p. 139. Dans ce sens : DE VISSCHER, Ch., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 176 : « De la tolérance générale [...] la Cour n'a déduit ni une reconnaissance tacite, ni une présomption d'acquiescement ». Voy. aussi GAUTIER, Ph., *op. cit.*, p. 511.

(63) Affaire du temple de Préah Vihéar, fond, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 26. (nous soulignons) Elle continue : « le gouvernement siamois savait, ou on doit présumer qu'il savait, par les membres siamois de la Commission mixte, que la carte de l'annexe I n'avait jamais été formellement adoptée par la Commission ». Voy. par contre : Opinion dissidente du juge WELLINGTON KOO, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 84.

(64) C.I.J. *Recueil* 1962, p. 26.

(65) BARALE, J., *loc. cit.*, p. 401 ; CAHIER, Ph., *loc. cit.*, p. 256.

(66) C.I.J. *Recueil* 1984, p. 305.

2.2.2. *Le passage du temps*

Ensuite, il faut constater que l'élément du temps revêt une importance particulière : il doit s'agir d'un silence ou d'une inaction prolongée (67). L'écoulement du temps peut être significatif à un double titre. D'une part, le facteur temps « joue certainement un rôle dans l'information des États » (68), permettant la prise de conscience de l'État qu'une réaction quelconque s'impose à l'encontre des prétentions. D'autre part, le passage du temps renforce la vraisemblance du consentement : il garantit un certain laps de temps pendant lequel l'État peut réagir s'il ne souhaite pas consentir ou accepter. Par conséquent, la durée précise, requise pour conclure à un acquiescement, dépend de la fréquence et de l'intensité des autres signes d'acquiescement. En faisant référence à l'affaire *Grisbadarna*, Müller et Cottier observent que « *a short lapse of time may be compensated by the intensity of the claims and assertions on the one side and obvious toleration on the other (instant acquiescence)* » (69).

2.2.3. *Les occasions se prêtant à une protestation*

Dans la foulée, on peut ajouter qu'aux fins de l'acquiescement, l'État doit disposer de suffisamment d'occasions et de moyens pour réagir à l'encontre des prétentions de l'autre partie. Cet élément est étroitement lié à l'écoulement du temps, de sorte que les deux éléments sont rarement mentionnés de manière indépendante dans les arrêts de la Cour. Le nombre et la fréquence des occasions, se prêtant à une protestation, y sont toutefois présentes et ne coïncident pas nécessairement avec l'élément du temps (70). On peut penser à la situation où un comportement passif est imposé par voie conventionnelle ou coutumière, ou à l'hypothèse extrême d'un État dont les institutions gouvernementales se sont effondrées en raison d'une guerre civile. Dans ces situations, on pourrait difficilement soutenir que le silence vaut consentement ou acceptation.

(67) Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1992, p. 408 ; Affaire du temple de Préh Vihéar, fond, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 23 ; Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1960, p. 213.

(68) BARALE, J., *loc. cit.*, p. 404. Voy. aussi CAHIER, Ph., *loc. cit.*, p. 259.

(69) MÜLLER, J.P. et COTTIER, T., *loc. cit.*, p. 15. On ne retrouve, cependant, aucun cas d'acquiescement instantané dans la jurisprudence de la Cour de La Haye.

(70) L'élément occupe une place centrale dans l'Opinion individuelle de AJIBOLA, jointe à l'arrêt relatif au Différend territorial (Libye/Tchad), C.I.J. *Recueil* 1994, p. 81. Voy. aussi, dans l'affaire du temple de Préh Vihéar, l'examen par la Cour des circonstances environnant la communication de la carte en question : C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 23-24.

2.2.4. *L'intérêt*

Enfin, l'intérêt que l'État dont on examine le silence porte à la question concernée peut jouer un certain rôle (71). L'importance de cet élément tient au fait que l'État peut difficilement objecter que son silence ne traduit que de l'indifférence lorsque l'objet des prétentions revêt manifestement une grande importance (72).

L'argument a été soulevé, en sens inverse, par les juges minoritaires dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence et recevabilité). Dans cette affaire, la Cour décide que, compte tenu de la situation tout à fait unique du Nicaragua, l'acquiescement de cet État constitue un mode valable d'acceptation de sa compétence obligatoire en vertu de l'article 36 (2) du Statut (73). En l'espèce, la Cour déduit l'acquiescement non pas d'un silence face aux prétentions de la partie adverse (les États-Unis) ; elle le fait découler de l'absence de réaction à l'encontre des publications de la Cour elle-même et du Secrétariat des Nations Unies, qui ont constamment placé le Nicaragua parmi les États ayant reconnu la compétence obligatoire de la Cour. La Cour voit dans ces publications « des témoignages tout à fait officiels, publics, extrêmement nombreux et étendus sur une période de presque quarante ans » (74) ; les États intéressés ont donc eu tout loisir d'accepter ou de rejeter ces informations. La préface aux publications prévoit toutefois que ces publications « n'engagent en aucune façon la Cour » (75). Certains juges, suivis par la doctrine, se sont donc demandés si les États avaient quelque raison, ou même seulement la possibilité, de protester contre ces documents purement administratifs, avant qu'un différend concret ne naisse (76).

On se rappelle à cet égard que la protestation est le moyen par lequel un État peut préserver ses droits violés ou menacés, ou empêcher qu'une situa-

(71) On en trouve des indices fragmentés. Voy. par exemple la sentence arbitrale dans l'affaire des frontières du Honduras, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1328 : « [...] the natural jealousy of the new States with respect to their territorial rights would have caused a prompt reaction ».

(72) L'argument ne vaut pas nécessairement en sens inverse. Si au moment de l'affirmation des prétentions la question ne présentait qu'un intérêt marginal, l'État ayant acquiescé ne sera plus autorisé à nier son engagement ultérieurement en argumentant que la question a acquis au cours des années une importance particulière. C'est, en somme, le caractère irrévocable du consentement.

(73) Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 413.

(74) *Ibidem*, p. 409.

(75) *Ibidem*, p. 403.

(76) Opinion individuelle du Juge ODA, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 488 ; Opinion individuelle du Juge Sir Robert JENNINGS, *Ibidem*, pp. 540-545 ; EISEMANN, P.M., « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice du 26 novembre 1984 », *A.F.D.I.*, 1984, p. 377 ; WAGNER, M.L., « Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice », *California Law Review*, vol. 74, 1986, pp. 1795-1796.

tion contraire à ses intérêts ne lui devienne opposable par son silence (77). Si l'État omet de protester, cette omission entraîne l'acquiescement. L'État doit donc rester vigilant et attentif aux actes ou situations susceptibles de porter atteinte à ses intérêts. Il doit réagir le plus tôt possible ; il ne peut attendre, s'il est dûment informé, que ces droits soient effectivement mis en cause. Il est vrai, d'autre part, qu'on ne peut voir d'acquiescement dans l'absence de protestation de la part d'un État dûment informé mais dont les droits ne sont aucunement menacés ou dont les intérêts ne sont pas mis en cause. La véritable question est ainsi celle de déterminer le seuil à partir duquel il existe une menace effective, face à laquelle l'État doit réagir pour éviter l'acquiescement. On aperçoit facilement qu'il n'y a pas de réponse absolue à cette question, bien qu'il semble douteux que les publications en question aient pu constituer une véritable menace pour les droits des États. On ne peut que constater — et regretter — que la Cour ne se soit pas penchée de manière plus approfondie sur la question (78). L'arrêt s'expliquant par les circonstances exceptionnelles de l'affaire, il convient probablement de ne pas exagérer sa portée de principe (79).

Un problème analogue aurait pu se poser dans l'affaire du passage par le Grand-Belt (80). Selon l'argumentation danoise, la Finlande, qui était dûment informée des projets de construction d'un pont sur le Grand-Belt, aurait par son silence laissé entendre qu'elle n'avait pas d'objection à l'égard de ces plans. En réponse, la Finlande souligne que toutes les circulaires danoises pertinentes mentionnaient le maintien des droits et des libertés de la navigation « comme par le passé ». Les projets ne menaçant donc pas les droits de la Finlande à ce stade, il n'y avait pas de raison ou d'intérêt de sa part de soulever une objection. Un règlement étant intervenu avant le début de la procédure orale, la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'affaire.

En conclusion, les indices du consentement peuvent être résumés comme suit : lorsqu'un État, ayant connaissance des prétentions de la partie adverse, s'est abstenu de réagir pendant un certain laps de temps, en dépit de son intérêt pour la question et malgré les occasions qui se prêtaient à une réaction, on peut raisonnablement supposer que son silence vaut consentement. Ces éléments (connaissance, temps, occasions et intérêt)

(77) La protestation a été définie comme « une manifestation de volonté unilatérale, dirigée contre une menace ou une violation des droits du protestataire et qui tend à préserver la possibilité pour ce dernier de faire valoir ses droits ». SUY, E., *op. cit.*, p. 79.

(78) La Cour semble éviter la question : « Le point n'est pas que la Cour, dans sa fonction administrative, a adopté une décision sur la situation du Nicaragua qui la lierait dans sa fonction judiciaire, puisqu'il est clair qu'il ne saurait en être ainsi. Il est plutôt que les mentions [...] ont constitué au fil des ans toute une série de témoignages tout à fait officiels, publics, extrêmement nombreux [...] ». C.I.J. *Recueil* 1984, p. 409.

(79) Voy. aussi GAUTIER, Ph., *op. cit.*, p. 519.

(80) Les mémoires relatifs à l'affaire n'étant pas encore publiés, voy. surtout : KOSKENNIEMI, M., « L'affaire du passage », *A.F.D.I.*, 1992, pp. 929-933.

sont logiquement liés, voire interdépendants, et rares sont les cas où la Cour les a tous examinés. Contrairement aux conditions rigoureuses de l'*estoppel*, il s'agit donc d'indices, plus ou moins concluants, qui font l'objet d'une appréciation souveraine de la part des juges.

DEUXIÈME PARTIE. — LES RELATIONS ENTRE L'*ESTOPPEL* ET L'ACQUIESCEMENT

Les notions d'*estoppel* et d'acquiescement, qui ne sont que deux qualifications juridiques du comportement étatique, sont aujourd'hui fermement ancrées dans la jurisprudence internationale. Leur dissociation précise n'est toutefois pas évidente. Les mêmes faits étant pertinents aussi bien pour l'*estoppel* que pour l'acquiescement, sauf pour ce qui est de l'établissement du préjudice, les agents devant la Cour se voient parfois contraints de jouer sur deux tableaux. Cependant, du point de vue conceptuel, ce cumul semble quelque peu illogique : en bref, l'acquiescement tend à établir le consentement de l'État ayant gardé le silence, alors que l'*estoppel* ne s'intéresse aucunement à l'intention de l'État-auteur du comportement, voire, reconnaît implicitement qu'il n'est pas certain que cet État ait entendu s'engager. Aussi, la confusion entre les deux notions risque de conduire à une dilution des conditions d'application de l'*estoppel* telles qu'elles ont été rigoureusement établies par la Cour (81). On examinera d'abord comment les deux types d'arguments peuvent être distingués en théorie. Ensuite, on analysera comment l'un se rapproche de l'autre dans la pratique de la Cour.

SECTION 1^{re}. — *Les différences conceptuelles*

Tout d'abord, quant à l'*estoppel*, l'intention de l'État-auteur du comportement importe peu : c'est le fait que l'autre État s'est fié à ce comportement et a subi un préjudice relatif qui entraîne l'effet d'*estoppel*. La notion opère indépendamment de l'intention réelle de l'auteur ou du caractère véritable de la *representation*. Ainsi, l'argument d'*estoppel* se concentre, non pas sur l'État ayant gardé le silence, mais sur l'autre État, qui se prévaut de l'*estoppel* : la bonne foi et la sécurité juridique exigent que l'on protège les intérêts de l'État qui s'est fié au comportement et qui risque de subir un préjudice. S'inspirant de la bonne foi et des nécessités de la sécurité juridique, l'*estoppel* ne trouve sa justification que par la preuve de la confiance et du préjudice : comme l'exprime un auteur, « *clear and unequivocal representation, prejudice or detriment are not simply addenda ; they trigger the very*

(81) BOWETT, D.W., *loc. cit.*, p. 200 : « [the] similarity in effect tends to confuse the notion of acquiescence with the doctrine of estoppel in circumstances in which estoppel cannot really be invoked ».

justification for specific protection of settled expectations » (82). Il en résulte, comme l'a souligné Sir Gerald Fitzmaurice dans son Opinion individuelle dans l'affaire du temple de Préah Vihear, que « [a plea of estoppel] is essentially a means of excluding a denial that might be correct — irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be true » (83).

L'acquiescement est (en théorie du moins) différent à cet égard. C'est bien l'acceptation ou le consentement (ou encore, une volonté subjective) que l'on cherche à établir à travers le silence : l'État est censé être lié par son silence parce que, dans les circonstances de l'espèce, ce silence ne peut signifier que le consentement tacite, mais réel. Les considérations suivantes tendent à étayer cette perception de l'acquiescement.

D'abord, l'analyse de la jurisprudence montre le souci de la Cour (ou de la partie adverse) d'identifier une volonté derrière le silence des États. C'est ainsi que dans l'affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, la Chambre assimile l'acquiescement du Honduras à son consentement tacite (84). Dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires de 1984, la Cour considère que, vu la situation particulière du Nicaragua, son comportement « revenait à manifester un consentement à être lié... » (85). De même, dans l'affaire du temple de Préah Vihear, la Cour conclut que « les autorités siamoises ont reçu [la carte] et qu'elles l'ont acceptée » (86). Ceci est d'ailleurs la conséquence logique de l'exigence d'un silence qualifié. Les indications qui sont prises en compte par la Cour se concentrent exclusivement sur l'État ayant gardé le silence. Ainsi, la Cour tient compte de sa connaissance des prétentions de la partie adverse et de son intérêt pour la question concernée. L'élément temporel est également compris de cette manière, l'écoulement du temps renforçant la vraisemblance du consentement. Bref, les circonstances doivent être telles que le silence ne puisse signifier que l'acceptation ou le consentement.

Que l'acquiescement trouve un fondement théorique dans la volonté subjective de s'engager est en outre démontré par le fait que l'argument d'ac-

(82) MÜLLER, J.P. et COTTIER, T., « Estoppel », dans : BERNHARDT, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1996), p. 117.

(83) Opinion individuelle de Sir Gerald FITZMAURICE, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 63. L'estoppel, tout simplement, ne s'intéresse pas à l'exactitude de la représentation ou à la volonté réelle de son auteur. Cependant, on ne peut en déduire que la représentation découlant du comportement diffère nécessairement de la volonté réelle de son auteur. On ne le sait pas — c'est-à-dire, la preuve n'en a pas été apportée — et on n'a pas besoin de le savoir, puisque le facteur décisif est que l'autre partie se soit fiée à la représentation et ait subi un préjudice relatif. En d'autres mots, l'estoppel n'implique pas le consentement, mais ne l'exclut pas non plus. Voy. aussi la définition de l'estoppel dans GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, II, Genève, 1953, p. 158 : « L'estoppel est donc une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut-être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance. » (nous soulignons)

(84) Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1992, p. 577.

(85) Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 414.

(86) Affaire du temple de Préah Vihear, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 26.

quiescement peut être réfuté par la preuve de l'intention contraire (87). Si l'État peut prouver qu'il n'a pas entendu s'engager, l'argument d'acquiescement ne sera pas retenu par la Cour.

Les facteurs essentiels à tout recours à l'*estoppel* — la confiance des autres États et le préjudice qu'ils pourraient subir — ne sont donc guère déterminants pour conclure à l'existence d'un acquiescement. C'est la distinction fondamentale entre l'acquiescement et l'*estoppel*, dans le sens indiqué par Sir Gerald Fitzmaurice : l'un cherche à établir l'existence d'un consentement ; l'autre en fait abstraction, protégeant ainsi la confiance légitime des États tiers.

SECTION 2. — *L'artifice de l'acquiescement*

Il est clair qu'un processus subjectif est en tout cas censé s'être déroulé dans une situation d'acquiescement. Cependant, en réalité, les circonstances des affaires sont souvent si incertaines et prêtent tellement à discussion, qu'il semble plutôt artificiel de vouloir y discerner une volonté subjective (88). La question est donc de savoir si l'aspect subjectif est vraiment important et si tout ne se ramène pas en fait à des « présomptions faites sur la base des données objectives du cas » (89). Deux considérations méritent d'être développées.

Tout d'abord, si, en théorie, l'acquiescement équivaut au consentement subjectif, il ne peut, en réalité, constituer que l'approximation la plus correcte possible de l'intention réelle, car si le consentement peut être établi de façon incontestable, il n'est guère besoin de recourir à l'acquiescement. En effet, si le consentement d'un État est clairement établi — ou, devant une instance judiciaire internationale, si la preuve de ce consentement a été apportée par l'autre partie — il n'est pas nécessaire de recourir à la doctrine de l'acquiescement (90) : dans ce cas, le consentement en soi suffit pour que l'État soit lié. L'acquiescement intervient seulement quand cette intention ne peut être établie de manière claire et sûre. Il permet au juge

(87) Opinion dissidente de Sir Percy SPENDER dans l'affaire du temple de Préah Vihéar, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 131 ; THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 46. Ce dernier auteur résume : « [...] acquiescence presumes a consent to have existed, on the basis of the factual circumstances, but the presumption may be overturned by proof of the contrary ; whereas estoppel recognizes the possibility that the consent (or other fact) was non-existent — indeed virtually takes it for granted that that was so — but excludes any proof which would defeat the estoppel ».

(88) BARALE, J., *loc. cit.*, pp. 421-422.

(89) HAGGENMACHER, P., « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale », *R.G.D.I.P.*, 1986, pp. 105-106. Le professeur Haggenmacher envisage évidemment un aspect différent, mais ses conclusions peuvent valoir également pour le présent sujet.

(90) THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 33. Analysant l'affaire du temple, le professeur Thirlway conclut : « A finding of acquiescence of this kind is a finding of deemed consent : if there is evidence to show that a State has in fact given consent on a particular matter, there is no need to resort to the concept of acquiescence ».

international, malgré l'absence d'une preuve concluante du consentement réel, de déduire du silence dans les circonstances concrètes ce qu'on appelle un « *constructive consent* » ou un « consentement présumé ». C'est donc le juge qui va dégager de l'existence d'un nombre d'indices objectifs un consentement et l'acquiescement lui confère ainsi un pouvoir d'appréciation considérable. Le juge présume que la volonté qui apparaît du comportement est conforme à la volonté réelle de l'État. En d'autres termes, il suppose qu'il y a coïncidence entre la volonté réelle et la volonté qui apparaît aux yeux des autres États (91). En réalité, l'examen de l'acquiescement par la Cour ne consiste pas en « une recherche véritable sur l'état d'esprit des parties impliquées » (92), mais se borne à l'examen de la volonté telle qu'elle apparaît objectivement.

Ensuite, si l'acquiescement équivaut à une manifestation de volonté, il est nécessaire que l'État ait effectivement eu connaissance de l'acte précédant le silence. En d'autres termes, la connaissance ne devrait pas être présumée, ou encore, il appartiendrait à la partie adverse d'apporter la preuve de la connaissance. Et pourtant, la doctrine a pu constater que dans certains cas — spécifiques, comme on l'a vu (93) — la connaissance peut être présumée. Évidemment, on est là bien loin de la recherche d'une volonté subjective.

Ces deux considérations tendent à démontrer que dans le cas de l'acquiescement, comme dans le cas de l'*estoppel*, la sécurité des relations internationales joue un rôle qui n'est guère négligeable. Ceci implique que le silence peut aboutir pour l'État concerné à un engagement non prévu et non voulu, ou, si on veut, à un consentement « surpris » (94). Ainsi, certains auteurs ont été amenés à rejeter — entièrement ou en partie — la volonté subjective comme fondement de l'acquiescement. Le professeur Cahier, par exemple, en conclut nettement : « [...] admettre la présomption de connaissance et dire que le silence vaut acquiescement, a quelque chose d'artificiel. [...] Mieux vaut reconnaître que la sécurité des relations internationales exige que l'on ne remette pas en question des situations qui n'ont pas fait

(91) MARTIN-BIDOU, P., *L'acquiescement en droit international*, thèse, Université Pantheon-Assas, 1992, p. 250.

(92) HAGGENMACHER, P., *loc. cit.*, pp. 105-106.

(93) Voy. nos remarques à ce propos, *supra*, no. 2.2.1.

(94) Terme repris de GERBER, F., *Le consentement de l'État à la juridiction de la Cour Internationale de Justice*, Orléans, Université d'Orléans, 1980, p. 80. L'auteur l'utilise dans le cadre du *forum prorogatum*, que l'on peut construire comme une application spécifique de l'acquiescement. Sur le rapport entre l'acquiescement et le *forum prorogatum*, voy. Affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, audience publique du 1^{er} mai 1996, CR 96/8, pp. 74-86 ; BARALE, J., *loc. cit.*, pp. 407-409.

l'objet de contestations pendant un certain temps » (95). Plus récemment, Gautier s'est exprimé de façon plus nuancée : « [...] si l'acquiescement est comparable à un consentement, il s'agit alors d'un consentement d'un nouveau genre qui entend protéger l'autre partie et non l'État qui s'engage. Et s'il y a expression de la volonté, l'artifice du trompe-l'oeil est utilisé car c'est plutôt la volonté du droit qui, ici, s'impose en sanctionnant le comportement des États, peu importe que ceux-ci aient ou non voulu qu'un effet juridique s'y attache » (96).

Si l'acquiescement s'éloigne ainsi sensiblement de la volonté subjective, il n'en importe pas moins, à notre avis, de se garder de la conclusion extrême, conduisant à rejeter la volonté subjective comme fondement de l'acquiescement. La bonne foi et la sécurité juridique, bien qu'elles jouent un rôle, ne peuvent suffire à expliquer l'acquiescement. Comme on l'a vu, les indications que la Cour prend en compte se concentrent exclusivement sur l'État ayant gardé le silence. L'élément de la confiance de l'autre État et celui du préjudice qu'il pourrait subir, essentiels à l'*estoppel*, ne sont guère déterminants pour l'acquiescement. Cette distinction est particulièrement importante : si on rejette la volonté subjective comme fondement théorique de l'acquiescement (ou : s'il ne fait que protéger les intérêts des autres États), l'acquiescement devient simplement une forme assouplie de l'*estoppel*. L'autre partie n'aurait guère besoin de recourir aux conditions strictes de l'*estoppel* pour voir protégé ses intérêts. En effet, considérer l'acquiescement comme étant fondé exclusivement sur la bonne foi et la sécurité juridique reviendrait à introduire un *estoppel* simplifié, dépourvu de toute technicité, ou encore, à admettre l'*estoppel* au sens large dans l'ordre juridique international. Or, cette conception extensive, visant simplement à sanctionner les contradictions dans les comportements successifs d'un État, n'est pas désirable dans un système juridique bâti sur la coexistence

(95) Cahier, Ph., *loc. cit.*, p. 258. A la page 264, M. Cahier reprend cette analyse dans un cadre plus large que celui de l'acquiescement : « Si donc la jurisprudence internationale considère le comportement des États pour en déduire des droits et des obligations, ce n'est pas sur la base de la volonté des États, mais c'est parce que la sécurité des relations internationales l'exige ». Voy. aussi BARALE, J., *loc. cit.*, pp. 421-422.

(96) GAUTIER, Ph., « Le plateau continental de la Belgique et sa délimitation : Quelques réflexions sur la notion d'accord implicite », *R.B.D.I.*, 1995/1, p. 116. Cette perception de l'acquiescement est d'ailleurs corroborée par les termes précis utilisés par la Chambre dans l'affaire relative au Golfe du Maine : « les notions d'acquiescement et d'estoppel découlent des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité [...] l'acquiescement équivalant à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement ». C.I.J. *Recueil* 1984, p. 305. (nous soulignons) Voy. aussi la sentence arbitrale relative à l'accord aérien du 27 mars 1946 (États-Unis/France), *R.G.D.I.P.*, 1965, p. 249. Cette acceptation trouve une confirmation étymologique, le verbe *acquiescere* signifiant « avoir confiance en ».

de ses sujets, et elle a été rejetée par la Cour elle-même (97). On a d'ailleurs constaté que c'est précisément l'établissement des éléments de la confiance et du préjudice qui entraîne la justification théorique de la protection accordée par l'*estoppel* aux intérêts de l'autre État. Quelle justification pourrait-il exister pour un acquiescement, également construit sur la bonne foi et la sécurité juridique, mais qui n'exigerait pas l'établissement de ces éléments ?

La confrontation des deux notions nous apprend qu'il n'est pas opportun d'écarter les aspects consensualistes du concept de l'acquiescement. On s'aperçoit qu'une perception satisfaisante de l'acquiescement doit à la fois rendre compte des aspects objectivistes, qui peuvent en effet entrer en ligne de compte, et respecter son fondement subjectif. Une telle perception équilibrée peut peut-être s'appuyer sur la théorie des présomptions juridiques, telle qu'elle s'oppose aux fictions juridiques (98). La fiction procède d'une idée falsificatrice ; elle tient ce qui est assurément faux pour vrai en raison des nécessités du système juridique (99). La présomption, par contre, est « établie sur ce qui est vraisemblable d'après le cours naturel des choses. C'est une vérité d'expérience » (100). Dans une situation d'acquiescement, le recours à la technique des présomptions permet de dire, face au comportement en question, qu'il est vraisemblable que l'État a entendu consentir. Comme on l'a vu, le juge se borne à examiner les indices objectifs apparaissant du comportement de l'État. S'il perçoit suffisamment d'indices, il présume que la volonté telle qu'elle apparaît objectivement du comportement est conforme à la volonté réelle de l'État. Cette coïncidence n'est évidemment pas certaine ; elle peut toutefois être retenue comme l'hypothèse la plus probable. Ainsi, l'examen du silence qualifié — examen qui se concentre sur l'État acquiescant, comme on l'a vu — tend précisément à assurer la vraisemblance de la volonté effective de s'engager.

(97) Voy. les critiques de cette conception extensive dans MÜLLER, J.P. et COTIER, T., « Estoppel », dans : BERNHARDT, R. (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), p. 117 : « A rule or principle which would prohibit any modification of conduct, statement or representation vastly overestimates the potentials of law and is not even suitable and desirable in order to promote protection of good faith, reliance and confidence in international relations. [...] Predictability of law can be achieved, if at all, only under a concept of reasonably precise rules of restrictive estoppel, as prevailing today ».

(98) Sur la différence entre présomption et fiction, voy. FORIERS, P., « Présomptions et fictions », dans *Les présomptions et les fictions en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26.

(99) La fiction ne s'intéresse pas aux probabilités : elle est « un aménagement du droit volontairement détaché de la vérité pour les besoins d'un système ». (BENTZ, J., « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1963, p. 52.) La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » en constitue l'illustration parfaite. Pour un aperçu des fictions en droit international, voy. SALMON, J., « Le procédé de la fiction en droit international », dans *Les présomptions et les fictions en droit*, *op. cit.*, pp. 114-143.

(100) BENTZ, J., *loc. cit.*, p. 52. Selon cet auteur, l'acquiescement (dans la perception consensualiste) relève plutôt de la technique des fictions.

Si l'acquiescement se ramène à une présomption déduite de données objectives, cette présomption ne peut avoir qu'une valeur relative : elle peut être renversée par la preuve de l'absence de consentement effectif (101). Si l'État peut prouver qu'il n'a pas eu l'intention réelle de s'engager, l'argument d'acquiescement ne sera pas retenu par la Cour (102).

Enfin, la recherche d'une volonté subjective derrière le silence, si artificielle qu'elle puisse paraître au premier abord, devient plus acceptable si on tient compte de la conscience des États que leur silence risque d'être interprété comme un acquiescement. Traduisant des comportements étatiques en acceptations, l'acquiescement impose un devoir de vigilance aux États. Ainsi compris, il constitue une « règle du jeu » et la connaissance de cette règle du jeu rend l'identification de la volonté subjective derrière le silence plus crédible (103). Évidemment, cette considération n'a de valeur que si l'État en question a effectivement connaissance à la fois de cette règle du jeu et des prétentions adverses qui appellent une réaction. Bien que la Cour semble dans certains arrêts se satisfaire d'une présomption de connaissance (ou de l'ignorance fautive), on a déjà suggéré que ces précédents peuvent s'expliquer par leur caractère spécifique et par le fait que l'élément de la connaissance y coïncide avec d'autres règles, de sorte qu'on ne puisse en tirer des conclusions définitives (104).

Contrairement à l'*estoppel*, la sécurité juridique ne saurait expliquer l'acquiescement qu'en partie. C'est l'aspect consensualiste qui l'emporte et si d'autres facteurs entrent en ligne de compte, ils ne sont qu'accessoire. Ceci peut d'ailleurs être illustré en faisant référence à l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, dans laquelle la Cour conclut, entre autre, à l'acquiescement du Nicaragua à la validité de la procédure arbitrale. En invoquant l'acquiescement, le Honduras a fortement insisté sur le fait que l'exception qu'il opposait au Nicaragua était fondée sur le principe de la bonne foi et sur les exigences de la sécurité des

(101) Opinion dissidente de Sir Percy SPENDER dans l'affaire du temple de Préah Vihear, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 131 ; THIRLWAY, H., *loc. cit.*, p. 46.

(102) On pourrait objecter qu'une fois établi les quatre indices (connaissance, temps, occasion, intérêt), qui sont de nature très générale, la présomption du consentement devient très difficile à réfuter, de sorte que la relativité de la présomption semble plutôt théorique. Cependant, on ne peut l'exclure. Si l'État ayant gardé le silence peut apporter la preuve (par des documents officiels, des déclarations devant son parlement, peut-être une réserve expresse,...) que cette attitude passive s'expliquait par le désir de ne pas aggraver une situation tendue, ou que la question a été laissée ouverte en vue de négociations à venir ou d'un éventuel règlement judiciaire, la Cour ne saurait déduire du silence une acceptation définitive. Voy. à cet égard l'affaire des droits des ressortissants américains au Maroc, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1952, pp. 200-201 et MACGIBBON, I.C., *loc. cit.*, pp. 172-173.

(103) On en trouve des indices dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1984, p. 410 : « Il ne peut être supposé que ce gouvernement ait pu croire que son silence aurait une valeur autre que celle d'un acquiescement ».

(104) Voy. *supra*, no. 2.2.1.

rapports internationaux (105). Or, la Cour ne s'arrête guère à cette justification théorique ; elle se satisfait de la constatation que la conduite nicaraguayenne revenait à manifester une acceptation claire et non équivoque et elle ne fait aucune allusion aux attentes que cette attitude aurait pu susciter auprès des autorités du Honduras.

Conclusions

En droit international, l'opération de l'*estoppel* a été soumise par la Cour à des conditions strictes. La règle protège surtout la confiance légitime de l'autre État (celui qui invoque l'*estoppel*) et cherche à éviter que cet État ne subisse un préjudice. C'est l'établissement des éléments de la confiance et du préjudice qui justifie la protection ainsi accordée aux intérêts de cet État. L'*estoppel* fait donc abstraction de la volonté subjective de l'État dont le comportement est en cause et il n'implique aucunement son consentement.

Dans la mesure du possible, il convient de distinguer l'*estoppel* de l'acquiescement. L'acquiescement est censé refléter la volonté subjective de l'État de s'engager : l'État est lié par son silence parce que, dans les circonstances de l'espèce, ce silence ne peut signifier que le consentement tacite, mais effectif. On a essayé de rationaliser les indices pertinents d'un consentement tacite de la manière suivante : lorsqu'un État, connaissant les prétentions de la partie adverse, s'est abstenu de réagir pendant un certain laps de temps, en dépit de son intérêt pour la question et malgré les occasions qui se prêtaient à une réaction, on peut raisonnablement supposer que son silence vaut consentement. Il faut toutefois reconnaître qu'en réalité les circonstances des affaires sont si incertaines que ce raisonnement semble se ramener à une présomption déduite de données objectives et qu'il s'inspire en partie des nécessités de la sécurité juridique dans les relations internationales.

Ceci n'implique aucunement qu'on peut rejeter la volonté subjective comme fondement de l'acquiescement. On constate que les indications qui sont prises en compte par la Cour pour conclure à un acquiescement se concentrent exclusivement sur l'État ayant gardé le silence. Si l'acquiescement ne faisait que protéger les intérêts des États tiers (ou : si on rejetait entièrement son fondement subjectif), il deviendrait une forme assouplie de l'*estoppel*, pour laquelle il n'y aurait plus besoin de recourir aux conditions strictes de ce dernier. Ceci entraînerait sans aucun doute une dévalorisation de l'*estoppel* et conduirait à admettre la conception extensive de ce méca-

(105) C.I.J., Mémoires, plaidoiries et documents, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, République du Honduras, pp. 503, 505, 506 et 508. Voy. aussi l'analyse de WAELBROECK, M., « L'acquiescement en droit des gens », *Rivista di diritto internazionale*, 1961, pp. 50-51.

nisme dans l'ordre juridique international. Or, cette conception n'est pas d'une grande utilité dans un système juridique bâti sur la coexistence d'États souverains et elle n'est guère conforme à l'esprit de la jurisprudence de La Haye. En ce sens, ces conclusions mettent en garde contre tout usage par trop extensif de l'acquiescement : celui-ci constitue essentiellement une présomption de consentement, établie sur des éléments clairs et non équivoques, et qui peut être réfutée par la preuve de l'absence d'un consentement effectif. La réticence de la Chambre dans l'affaire du golfe du Maine à reconnaître un acquiescement dans une attitude quelque peu imprudente, par exemple, pourrait témoigner d'une telle perception équilibrée et modérée de l'acquiescement.

Quelle conclusion peut-on en tirer, enfin, pour la pratique des plaideurs devant la Cour ? Bien que l'application conjointe, aux mêmes faits et aux mêmes fins, de l'*estoppel* et de l'acquiescement ne soit pas de nature à renforcer la cohérence de l'argumentation (106), on s'aperçoit que les deux notions ne s'excluent pas entièrement. L'affaire du temple de Préah Vihéar, qui a été décidée par la Cour en même temps sur la base de l'acquiescement et de l'*estoppel*, pourrait l'illustrer. Lors de son examen de l'acceptation par la Thaïlande d'une carte indiquant la frontière avec le Cambodge, la Cour distingue deux phases dans la conduite de la Thaïlande. D'abord, elle indique que l'absence de protestations de la part de la Thaïlande, au moment de la réception de la carte et « pendant de nombreuses années », constitue un acquiescement (107). Ensuite, la Cour procède à l'application de l'*estoppel* aux longues années de silence qui suivirent (108). Le juge Sir Gerald Fitzmaurice a pris soin d'indiquer de manière précise le champ d'opération de l'*estoppel* en l'espèce : « *The real field of operation [...] of the rule of preclusion or estoppel, stricto sensu, in the present context, is where it is possible that the party concerned did not give the undertaking or accept the obligation in question (or there is room for doubt whether it did), but where that party's subsequent conduct has been such, and has had such consequences, that it cannot be allowed to deny the existence of an undertaking, or that it is bound* » (109). En effet, dans la mesure où les conditions d'application des deux principes sont réunies — et, on peut le souligner, ces cas sont rares — leur cumul est concevable : si les circonstances sont telles que l'on peut légitimement *présumer* que le silence implique un consentement réel, et si en

(106) En effet, une argumentation relevant à la fois de l'acquiescement et de l'*estoppel* tend à établir que l'autre partie a effectivement consenti et reconnaît en même temps qu'il y a des doutes possibles quant à l'existence d'un tel consentement. Leur combinaison ne présente non plus une grande utilité — si on a acquiescé, on est lié et il n'y a pas besoin d'invoquer l'*estoppel* — sauf dans une stratégie consistant à cumuler autant d'arguments possibles parce qu'on n'est sûr d'aucun d'eux.

(107) Affaire du temple de Préah Vihéar, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 23.

(108) *Ibidem*, p. 32.

(109) Opinion individuelle de Sir Gerald FITZMAURICE, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 63. (nous soulignons) Voy. aussi l'arrêt, p. 32.

même temps les conditions de l'*estoppel* sont présentes (la confiance de l'autre partie, le préjudice,...), on peut éviter la contradiction conceptuelle (110). Dans ce cas, la combinaison de l'acquiescement et de l'*estoppel* se justifie, d'une part, par la vraisemblance du consentement effectif de l'État ayant gardé le silence, et, d'autre part, par la preuve que l'autre État s'est fié à cette vraisemblance, de sorte que sa position relative ait été modifiée.

(110) BOWETT a formulé les conditions requises pour un tel cumul de la manière suivante : « (i) The purported acquisition of some right or interest by State A in ignorance of State B's conflicting right or interest. (ii) Actual or constructive knowledge by State B that State A purports to be acquiring some right or interest in conflict with its own right or interest. (iii) Silence or inaction by State B such as to lead State A to suppose it possessed no conflicting right or interest. (iv) Some detriment to State A as a result of reliance upon the silence or inaction of State B, or some gain to State B as a result of State A's action ». BOWETT, D.W., *loc. cit.*, p. 200.