

**RAPPORT SUR LES CONSEQUENCES DE LA CLAUSE DITE « DE
DECONNEXION » EN DROIT INTERNATIONAL EN GENERAL ET POUR LES
CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE, CONTENANT UNE TELLE CLAUSE,
EN PARTICULIER**

**Rapport adopté par le CAHDI lors de sa 36^e réunion
Londres, 7-8 octobre 2008**

*(Le rapport ci-dessous est reproduit sans ses annexes. L'intégralité du rapport, y
compris ses annexes, est disponible sur le site web du CAHDI)*

Introduction

1. Dans leur décision du 12 juillet 2007, adoptant la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, les Délégués des Ministres se sont mis d'accord d'inviter le Comité des Conseillers Juridiques sur le Droit International Public (CAHDI) à examiner les conséquences des clauses dites « de déconnexion » en droit international¹.
2. A cette fin, le 10 octobre 2007, les Délégués des Ministres ont adopté un mandat occasionnel du CAHDI² (voir Annexe 1), appelant le CAHDI à :

Examiner les conséquences de la clause dite « de déconnexion », telle que prévue par l'article 43, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels et les dispositions équivalentes de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196) (article 26, paragraphe 3), de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains

¹ Voir CM/Del/Dec(2007)1002/10.1, 16 juillet 2007 :

Les Délégués

1. adoptent la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, telle qu'elle figure à l'Annexe 13 du présent volume de Décisions¹ ;
2. prennent note de la déclaration faite par la Communauté européenne et les Etats membres de l'Union européenne ;
3. décident d'ouvrir la Convention à la signature à l'occasion de la 28^e Conférence des Ministres européens de la Justice (25-26 octobre 2007, Lanzarote, Espagne) ;
4. prennent note du Rapport explicatif afférent à la Convention, tel qu'il figure dans le document CM(2007)112 add ;
5. conviennent d'inviter le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) à examiner les conséquences de la clause dite « de déconnexion » en droit international et invitent leur Groupe de rapporteurs sur la coopération juridique (GR-J) à élaborer lors de sa prochaine réunion un mandat occasionnel à cette fin.

² CM/Del/Dec(2007)1006/10.3, 10 Octobre 2007.

(STCE n° 197) (article 40, paragraphe 3) et de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE n° 198) (article 52, paragraphe 4), en droit international en général et pour les conventions du Conseil de l'Europe, contenant une telle clause, en particulier, et d'en informer le Comité des Ministres, ainsi que des consultations prévues au paragraphe 5.

Le paragraphe 5 du mandat occasionnel (*Structures et méthodes de travail*) dispose que :

Dans l'exercice de son mandat, le Comité consultera l'Union européenne/la Communauté européenne et ses Etats membres ainsi que les services pertinents du Conseil de l'Europe.

3. Lors de la 34ème réunion du CAHDI (10-11 septembre 2007), les membres et observateurs furent informés de la décision des Délégués des Ministres et chargèrent le Secrétariat de rassembler les documents pertinents, avant la 35^{ème} réunion du CAHDI (6-7 mars 2008), y compris des exemples de traités relatifs à la clause « de déconnexion » tant dans les conventions du Conseil de l'Europe que dans d'autres instruments internationaux, des extraits de l'étude de la Commission du Droit International sur la fragmentation du droit international, les références d'articles sur le sujet ainsi que tout autre élément jugé pertinent à la lumière du mandat occasionnel.

4. Le CAHDI convint également que le Président et le Vice-Président, avec l'aide du Secrétariat, préparent un projet de réponse aux Délégués des Ministres, pour circulation à tous les participants à la fin du mois de janvier 2008, en tout état de cause avant la réunion du CAHDI de mars 2008.

5. Le 24 octobre 2007, le Secrétariat informa le Comité du mandat occasionnel donné au CAHDI par les Délégués des Ministres lors de leur 1006^{ème} réunion (10 Octobre 2007) et invita l'ensemble des délégations, y compris celle de l'Union européenne (ci-après UE)/ de la Communauté européenne (ci-après CE)³, à faire parvenir au Secrétariat toute observation ainsi que tout document pertinent. Une contribution fut envoyée par l'UE (CAHDI (2008) 3) et des commentaires furent envoyés par la Fédération de Russie (CAHDI (2008) 1 Add).

6. Les Président et Vice-Président, avec l'aide du Secrétariat, ont préparé un projet de rapport (document CAHDI(2008) 1 prov, para .4-39) qui a été distribué aux délégations, y compris celle de l'UE/CE, le 30 janvier 2008, accompagné d'une compilation de documents préparée par le Secrétariat (document CAHDI (2008) 2). Les délégations ont été invitées à soumettre leurs commentaires en vue de la réunion suivante du CAHDI.

³ Pour les besoins du présent rapport les termes EU/EC sont à entendre au sens de l'Article 1 alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne : « L'Union est fondée sur les Communautés européennes complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité ».

7. Le CAHDI a examiné le projet de rapport lors de sa 35^{ème} réunion (6-7 mars 2008). A la suite de nouvelles consultations, y compris avec l'UE/CE ainsi qu'avec les services pertinents du Conseil de l'Europe, les Président et Vice-Président ont fait circuler un projet de rapport révisé (CAHDI (2008) 1 rev) qui fut examiné par le CAHDI lors de sa 36^{ème} réunion (7-8 octobre 2008)

8. Le CAHDI a adopté le présent rapport lors de sa 36^{ème} réunion, faisant suite au mandat occasionnel qui lui avait été confié par les Délégués des Ministres.

Contexte

9. Conformément à la demande des Délégués des Ministres, le présent rapport traite des conséquences des clauses dites « de déconnexion » en droit international, en général, et pour les Conventions du Conseil de l'Europe, en particulier. Ce rapport mettra l'accent sur les effets juridiques de ces clauses. Les critiques dirigées à l'encontre de ces clauses se sont en général concentrées sur leurs effets pratiques, lesquels ne peuvent être examinés que sur la base d'une approche casuistique. Ces questions d'ordre politique ne sont aucunement l'objet du présent rapport⁴. Toutefois, ces critiques ont aussi été générées par la crainte d'une utilisation aveugle et fréquente de ces clauses pouvant conduire à l'érosion de l'objet et du but de traités porteurs de normes importantes, ou inspirer des pratiques comparables dans le cadre de relations *inter se* entre des Etats engagés dans des processus d'intégration dans d'autres régions. Dans la mesure où la demande des Délégués des Ministres porte sur les conséquences sur le droit international en général, ces aspects sont brièvement abordés dans le présent rapport.

10. Le terme « clause de déconnexion » est fréquemment utilisé en référence à une disposition d'un traité multilatéral autorisant certaines parties au traité à ne pas appliquer ou à n'appliquer que partiellement ledit traité dans leurs relations mutuelles, alors que d'autres parties restent libres d'invoquer pleinement ce traité dans leur relation avec ces premières. Il ne s'agit pas d'un terme agréé du droit international et l'effet tant juridique que pratique de chacune de ces clauses dépend avant tout de leur formulation et du contexte dans lequel chacune d'entre elles s'inscrit. Ainsi, selon sa rédaction, une clause « de déconnexion » pourra avoir un effet sur l'ensemble du traité ou seulement sur une partie de celui-ci. La question se pose donc de savoir si la « déconnexion » couvre tous ou seulement certains aspects d'un traité (droit matériel, droit procédural, droits individuels, mécanisme de suivi, etc). L'annexe 2 donne à ce titre des exemples de différents types de clauses « de déconnexion », la plupart d'entre elles étant présentes dans les conventions du Conseil de l'Europe.

⁴ Le rapport n'examine pas non plus *in abstracto* les relations entre le droit de la CE/UE et le droit international ou encore les relations entre le droit national de chaque Etat et le droit de la CE/UE, excepté si l'examen de telles relations est pertinent à la présente analyse. Sur ces questions, se référer au document CAHDI (2008)3 Part 1.

11. Il faut noter qu'un certain nombre de comités gouvernementaux du Conseil de l'Europe, en particulier le CAHDI et son prédécesseur, le CJ-DI⁵, et le Secrétariat ont examiné les clauses « de déconnexion » à de précédentes occasions⁶.

12. En particulier, le CJ-DI conclut, en 1989, que « les points [qu'il] pourrait utilement aborder sont notamment les suivants :

- a. *admissibilité d'une clause de « déconnexion » en général et en particulier dans le cadre d'un traité fixant des normes ou d'un traité « résiduel » ;*
- b. *admissibilité d'une clause de « déconnexion » pour des instruments futurs ou uniquement pour des instruments préexistants ;*
- c. *incidence d'une clause de « déconnexion » sur les dispositions de fond du traité et sur celles ayant trait à la procédure (communication d'informations, règlement de différends, application territoriale, etc.);*
- d. *incidence d'une clause de « déconnexion » sur l'application d'un autre traité mentionné dans le traité contenant la clause;*
- e. *limites de la liberté des Parties de se « déconnecter » du traité (indication de l'autre source de règles, ou non);*
- f. *exigence de notification aux autres Parties, par l'intermédiaire du Secrétaire Général, de toute application de la clause de déconnexion et, le cas échéant, effet d'une notification reçue d'une seule Partie de, par exemple, une règle de la CEE liant aussi d'autres Parties. »⁷*

13. Plus récemment, le Secrétariat du Conseil de l'Europe a fourni des commentaires informels sur ce point en réponse à la proposition de la Présidence de l'UE d'inclure une clause « de déconnexion » dans les trois Conventions du Conseil de l'Europe adoptées à Varsovie en mai 2005, à savoir la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme.

14. Il en a résulté l'accord des Etats membres de l'UE à ce que le besoin et l'étendue de la clause « de déconnexion » soient clarifiés. La CE et les Etats de l'UE ont en conséquence publié une déclaration à l'occasion de l'adoption par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe des trois Conventions susvisées (3 mai 2005), expliquant la manière avec laquelle la clause « de déconnexion » fonctionnerait, en

⁵ Le Comité d'experts en droit international public (CJ-DI) travaillait sous l'autorité du Comité Directeur de Coopération Juridique (CDCJ) jusqu'à l'avènement du CAHDI en 1991.

⁶ Voir, par exemple, les documents suivant reproduits dans CAHDI(2007) 27:

CJ-DI (89) 8, *La clause de déconnexion – Note du Secrétariat Général préparé par la Direction des Affaires Juridiques*,

CDCJ (89) 58, *Rapport final d'activité du Comité d'experts sur le Droit international public (CJ-DI) – Questions relatives au droit international public*, para. 23-36,

CDCJ (89) 66, *Rapport de réunion du Comité européen de Coopération juridique (CDCJ), para. 36-40, relatifs aux travaux du CJ-DI*

⁷ CJ-DI(89)8, précité, p. 5

particulier dans les relations entre les Etats de l'UE et les autres Etats, membres du Conseil de l'Europe mais non-membres de l'UE. Cette déclaration se lit ainsi :

En demandant l'inclusion de la 'clause de déconnexion', la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des Etats membres à la Communauté.

Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses Etats membres, dans la mesure où ces dernières sont également Parties à la présente convention.

La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les Etats membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et les autres Parties à la convention, d'autre part ; la Communauté et les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la Convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne.⁸

15. Il existe une pratique au sein du Conseil de l'Europe consistant à produire des rapports explicatifs détaillés accompagnants les conventions. Ceux-ci fournissent une bonne opportunité d'exposer la nature, l'étendue et la fonction des clauses « de déconnexion ». Des exemples sont donnés à l'Annexe 2 du présent rapport.

16. La question de la clause « de déconnexion » fut ensuite examinée par le Premier Ministre du Grand-Duché du Luxembourg, M. Jean-Claude Juncker, dans son rapport de 2006 aux chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe⁹. M. Juncker nota que « *la question essentielle qui se pose est de voir comment le droit communautaire, qui confère à l'Union européenne des compétences étendues transférées par ses Etats membres, y compris de nombreuses compétences externes, peut mieux s'articuler avec le droit international, qui évolue lui aussi.* »¹⁰

17. Sur fond de développement rapide du droit communautaire et d'une évolution substantielle du droit international fondé sur le droit conventionnel, telles les Conventions du Conseil de l'Europe, M. Juncker a jugé important « *de parer à*

⁸ Voir, parmi d'autres, le rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme, STCE n° 196, para. 272, <http://conventions.coe.int/>

⁹ Conseil de l'Europe – Union européenne : « Une même ambition pour le continent européen », Rapport de Jean-Claude Juncker, 11 Avril 2006, p. 15-16

¹⁰ Idem, p.15.

l'insécurité juridique et à des incompatibilités majeures entre le droit communautaire et le droit international, notamment celui de notre continent européen, dont le potentiel normatif doit rester un élément de partage bien dosé et non un facteur de division. L'instauration de ces liens entre l'évolution du droit communautaire et celle du droit international à travers des consultations avec le Conseil de l'Europe est une nécessité »¹¹.

18. Les clauses « de déconnexion » ont également été examinées récemment par la Commission du Droit International des Nations Unies (CDI)¹². Le rapport pour l'année 2005 de la CDI décrit des points de vue divergents sur les effets des clauses « de déconnexion » :

*464. Certains membres ont estimé que la prolifération de telles clauses était fâcheuse. On a même dit qu'elles étaient peut-être illicites dans la mesure où elles étaient contraires aux principes fondamentaux du droit des traités. D'autres membres ont par contre fait observer que, quels que fussent leurs motifs ou effets politiques, ces clauses n'en étaient pas moins dûment insérées dans les conventions pertinentes et leur validité découlait donc du consentement des parties. Il était difficile de voir sur quelle base on pourrait interdire auxdites parties d'y consentir. Le Groupe d'étude [sur « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des régimes autonomes »] a néanmoins conclu que de telles clauses risquaient de porter atteinte à la cohérence du traité, et qu'il importait de veiller à ce qu'elles ne soient pas utilisées à l'encontre de son objet et de son but. Il était toutefois impossible d'en déterminer l'effet in abstracto.*

465. On a aussi fait observer que dans certaines situations le résultat n'était peut-être pas aussi problématique, en particulier si les obligations assumées par les parties en vertu de la clause de déconnexion visaient l'application des dispositions de la convention multilatérale ou étaient plus favorables que celles du régime duquel elles s'écartaient.

19. Le rapport pour l'année 2006 du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international¹³, traitant des « clauses de conflit » incluses dans des traités afin de clarifier la relation entre le traité concerné et d'éventuels traités, antérieurs ou postérieurs, en conflit avec celui-ci, indique :

292. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention de Vienne, « Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ». Cette formule couvre aussi les clauses de déconnexion. Aussi mieux vaut-il les analyser comme des clauses de conflit dont les traités sont assortis pour régir les conflits éventuels entre le droit

¹¹ Idem, p.16.

¹² Voir Rapport de la Commission du Droit International, 2005, UN Doc A/60/10, para. 463-465 et Rapport de la CDI 2006, UN Doc A/61/10, para. 251, *Conclusion* 30.

¹³ Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission du Droit International sur la fragmentation du droit international, complété par Martti Koskeniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 du 13 Avril 2006 et Add.1 du 2 Mai 2006 A/CN.4/L.702.

communautaire et le traité. Ce qui est quelque peu préoccupant, c'est que ces clauses ne sont ouvertes qu'à certaines parties au traité initial et que la teneur du droit communautaire auquel elles se réfèrent peut être à la fois incertaine et sujette à changement. Néanmoins, la différence avec les amendements inter se ordinaires qui s'appliquent aussi entre certaines parties seulement et peuvent être sujets à des modifications ultérieures, est ténue.

293. Dans quelles conditions ce type de clause est-il autorisé? Le premier critère réside bien évidemment dans son acceptation par toutes les parties de sorte que la question de sa validité ne se pose pas. Pourtant, on ne peut exclure que les autres parties puissent ne pas être au courant de l'importance réelle de la clause de déconnexion parce que les règles qui y sont énoncées (les règles pertinentes de la CE) sont obscures ou ont été modifiées ou interprétées d'une nouvelle façon, d'où la tentation d'assimiler les règles de la CE à un traité successif nouveau, relevant du paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne. Selon le paragraphe 5 de ce même article, « Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41 ». De cette façon, une clause de déconnexion ouverte serait aussi conditionnée par les exigences de l'article 41. Au cours des travaux préparatoires de la Convention de Vienne, le Président de la Commission a confirmé que les États qui faisaient usage de la possibilité de modifications inter se ne sauraient avoir une liberté absolue et que toute modification devait tenir compte de l'objet et du but du traité. Dans le cadre du sujet sur les réserves, Pellet a pris le même parti en expliquant qu'une réserve expressément autorisée sans être déterminée doit aussi être compatible avec l'objet et le but du traité. Si le consentement initial des parties porte normalement sur la portée et la teneur de la clause de déconnexion, dans l'hypothèse où le règlement visé dans cette clause doit être modifié, la modification ne peut être autorisée que dans la mesure où, selon le paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne, elle « ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations [ou] ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble ».

294. De même que la modification inter se, une clause de déconnexion permet à un groupe limité de parties de promouvoir les objectifs du traité en prenant des mesures qui correspondent à leur situation particulière. Mais à l'instar des accords inter se, cette pratique risque de miner le régime conventionnel initial. L'effet réel d'une clause de déconnexion dépend de son libellé. Ces clauses ont malgré tout pour point commun de chercher à remplacer en totalité ou en partie un traité par un régime différent qui ne devrait devenir applicable qu'entre certaines parties. L'essentiel de la clause ne réside pas dans son libellé mais dans le régime auquel elle renvoie. C'est la conformité de ce régime quant au fond avec le traité lui-même qui est vraiment source de préoccupation. Du point de vue des autres parties au traité, l'emploi de la clause de déconnexion risque d'être discriminatoire, politiquement incorrect ou tout simplement de prêter à confusion. Pour remédier à ces soucis, des clauses de déconnexion sont libellées de façon à être « sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention ». Néanmoins, même en l'absence d'une telle référence, la condition

de conformité avec l'objet et le but du traité peut, comme on l'a vu plus haut, découler des règles posées pour la modification inter se. Pour apprécier cette conformité, il semble que deux choses soient à prendre en considération. Premièrement, une clause de déconnexion est convenue entre toutes les parties au traité. De ce point de vue, la pratique ne semble pas poser de problèmes. La validité d'une clause de déconnexion tient au consentement des parties. En revanche, il n'est pas évident que les parties soient toujours bien informées de la teneur du régime auquel la clause renvoie et sachent que ce régime peut changer indépendamment de la volonté des autres parties, voire à leur insu. En pareil cas, le critère de la conformité avec l'objet et le but du traité contribuera à l'appréciation de la pratique des parties au traité. Comme ailleurs, la question de savoir si les dispositions auxquelles renvoie le traité sont, pour reprendre les mots de Fitzmaurice, des dispositions de type «intégral» ou «interdépendant» qui ne sauraient être dissociées du traité, doit se poser.

20. La CDI prit note des conclusions du Groupe d'étude et les porta à l'attention de l'Assemblée Générale¹⁴. La conclusion n° 30 se lit comme suit :

30. Clauses de conflit. Il est souhaitable que lorsque des États adhèrent à des traités susceptibles d'être en conflit avec d'autres traités, ils fixent la relation entre ces traités en adoptant des clauses appropriées figurant dans les traités eux-mêmes. Au moment d'adopter de telles clauses, il convient d'avoir à l'esprit:

- a) Qu'elles ne sauraient porter atteinte aux droits de tiers ;*
- b) Qu'elles devraient être aussi claires et précises que possible. En particulier, elles devraient viser des dispositions spécifiques du traité et ne pas en compromettre l'objet et le but ;*
- c) Qu'à cette fin, elles ne devraient pas être de caractère général ni telles qu'il serait impossible de savoir précisément à quelles obligations les parties ont souscrit ;*
- d) Qu'elles devraient être liées à des mécanismes appropriés de règlement des différends.*

L'Assemblée générale des Nations Unies prit note des conclusions de la CDI et proposa leur diffusion (A/Res/61/34 of 4 December 2006, para. 4).

21. De plus, nombre d'auteurs ont récemment écrit sur les clauses « de déconnexion »¹⁵.

¹⁴ Voir Rapport de la Commission du Droit International 2006, UN Doc A/61/10, para. 251, *Conclusion 30*.

¹⁵ Voir notamment : BAUME, T., *Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters : Opinion 1/03 of 7*, German Law Journal n° 8, August 2006; BORRAS, A, *Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire*, in Festschrift für Eric Jayme (herausgegeben von H.P. Mansel-T. Pfeiffer-H. Kronke-Ch. Kohler-R. Hausmann), Munich (Sellier), I, pp. 57-72; BRIERE, C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de Droit Privé, L.G.D.J., 2001, p. 49; CAMERON, H., *"Disconnection" clauses – some reflections*, not yet published; CREMONA, M. and ECKHOUT, P., *Community report, External relations of the EU and the Member States : Competence, Mixed Agreements, International Responsibility and Effects of International Law*, Ed. Xenios Xenopoulos, FIDE 2006, pp. 319-360; DE SCHUTTER, O., *The division of tasks between the Council of Europe and the European Union in the promotion and protection of Human Rights in Europe: Conflict, Competition and Complementarity*, 15

Analyse juridique des clauses « de déconnexion »

Validité des clauses

22. Si les négociateurs d'un traité s'entendent afin d'y inclure une clause « de déconnexion », celle-ci sera, en principe, juridiquement valide. En droit international, rien n'empêche les Etats ou organisations négociant une convention d'inclure dans le texte de celle-ci une clause « de déconnexion » et il existe une pratique désormais considérable de négociation de telles clauses, ou de dispositions similaires, disposant que des Parties à un traité multilatéral ont des droits et des obligations différentes découlant de ce texte¹⁶.

23. Le CAHDI considère que les clauses incluses dans les quatre conventions auxquelles il est fait référence dans le mandat occasionnel ne posent aucun problème du point de vue de leur validité.

Effets des clauses

24. Les effets des clauses « de déconnexion » ne sauraient être évalués *in abstracto* mais uniquement au cas par cas, en prenant en compte les termes des conventions dans lesquelles elles sont inscrites. Par conséquent, conformément au mandat occasionnel, le présent rapport se concentre sur les effets de la clause « de déconnexion » particulière contenue à l'article 26, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE n° 196), à l'article 40, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE n° 197), à l'article 52, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE n° 198) et à l'article 43, paragraphe 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (STCE n° 201). Elle se lit ainsi :

January 2007; ECONOMIDES, C. & KOLLIPOULOS, A., *La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable*, in RGDI 273 (2006); HOFFMEISTER, F., *The contribution of EU practice to international law*, in: M. Cremona (ed.), *Developments in EU external relations*, Oxford, OUP, 2007, pp. 37-127; LAVRANOS, N., *Topic 3 External relations of the EU and the Member States*, FIDE Conference 2006, Dutch European Law Society, Report for the Netherlands, p.2; LEIN, E., *La compétence externe de la Communauté*, Etudes Suisses de Droit Comparé, 2006-2; MANGILI, F., *Avis 1/03 de la Cour de Justice*, Centre d'Etudes Juridiques Européennes, Avril 2006; POLAKIEWICZ, J., *Treaty Making in the Council of Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999; SCHULTZ, A., *Reflection Paper to Assist in the preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*; TELL, O., *Disconnection clause*, proceedings of the Seminar UIA Edinburgh; VOLODIN, I., *The European Union's participation in the activities of the Council of Europe: Legal problems*, Master thesis, Institut européen d'administration publique, antenne à Luxembourg, not yet published.

N.B.: Cette liste a fait l'objet d'une compilation par le Secrétariat, à laquelle il faut ajouter la contribution de l'UE (cf. CAHDI (2008) 3 Part 3).

¹⁶ L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général », ne saurait être évoqué dans ce contexte puisqu'aucune question relative au *jus cogens* n'est soulevée.

Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties.

Pour autant, cette analyse peut contenir des éléments applicables *mutatis mutandis* à d'autres types de clauses « de déconnexion » et à d'autres conventions.

25. Tout d'abord, il doit être relevé que la clause « de déconnexion » a pour but de s'étendre aux « membres de l'Union européenne (...), *dans leurs relations mutuelles* » et non aux relations entre ces mêmes Etats et d'autres Etats ou individus.

26. Ceci étant dit, l'impact des clauses mentionnées ci-dessus dépend avant tout de leur libellé. En l'espèce, elles renvoient à un ordre juridique distinct à la fois de l'ordre interne des Etats membres et des conventions du Conseil de l'Europe, à savoir l'ordre juridique de l'Union européenne, lequel est spécifique et complexe¹⁷. Il peut toutefois être également noté que dans un certain nombre de domaines importants du droit, il existe un lien étroit entre cet ordre juridique et l'Espace Economique Européen, que la Cour de l'AELE a défini comme ayant créé un ordre juridique distinct¹⁸. De plus, dans d'autres contextes régionaux que le contexte européen, des processus d'intégration sont en cours et pourraient conduire à ce que des besoins similaires soient invoqués.

27. Comme souligné dans le rapport du Groupe d'étude de la Commission du Droit International¹⁹, l'hypothèse selon laquelle certains Etats pourraient ne pas avoir connaissance de l'impact réel de la clause « de déconnexion » au moment de son adoption, en raison de la complexité des règles de l'Union, ne saurait être exclue. Ceci est d'autant plus vrai que ces règles peuvent se développer rapidement et être interprétées de manière évolutive ou contenir des formulations techniques.

28. Par conséquent, alors que l'impact de cette clause sur le champ d'application *ratione personae* des conventions est évident, il n'en va pas de même de leur champ d'application *ratione materiae*, l'utilisation de cette clause pouvant constituer un obstacle pour les Etats non membres de l'Union européenne à la possibilité d'accéder et de prévoir la portée du droit interne des Etats membres de l'UE dans les domaines concernés.

29. Cela constitue également un obstacle à l'évaluation de la conformité du processus de « déconnexion » avec l'objet et le but des conventions du Conseil de l'Europe concernées et peut par conséquent être préjudiciable à la sécurité juridique, laquelle est essentielle aux relations entre les parties.

¹⁷ Le droit pertinent de la CE/UE en lien avec les Conventions du Conseil de l'Europe examinées ici est inclus dans l'Annexe 3 et a été compilé par l'UE.

¹⁸ Affaire E-7/97, 1998 Rep. Cour AELE, 127, Sveinbjörnsdottir, para. 59.

¹⁹ Para. 19 ci-dessus.

30. Toutefois, la rédaction de la clause « de déconnexion » introduite dans les quatre conventions précitées présente une certaine assurance eu égard au champ d'application *ratione materiae* de ces textes. Ces clauses comprennent la formule suivante : « (...) sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties ». Ce libellé devrait permettre de s'assurer que les règles de l'UE/CE portant sur les matières sujettes à déconnexion respectent les règles minima et les procédures prévues par les conventions concernées. Appliquer une norme de l'UE/CE inférieure à ces minima conventionnels au lieu d'appliquer les règles conventionnelles requises pourrait bien être considérée comme portant atteinte à l'objet et au but du traité. De la même manière, la clause « de déconnexion » ne devrait pas nuire au mécanisme de suivi établi par la convention puisque ceci pourrait être vu comme contraire à l'objet et au but de la convention et à son efficacité globale.

31. Ainsi, la clause « de déconnexion » telle que rédigée dans les quatre conventions précitées utilise une rédaction plus précise comparée aux versions précédentes, en ce qu'elle indique que la clause est sans préjudice de l'objet et du but de la convention ou de son entière application à l'égard des autres parties. En outre, la déclaration de l'UE faite au moment de l'adoption par le Comité des Ministres des trois conventions de Varsovie de 2005²⁰ explicite la circonstance que la clause « de déconnexion » est seulement applicable aux dispositions qui relèvent de la compétence de l'UE et que, en conséquence, les Etats membres de l'UE ne peuvent pas invoquer les conventions respectives directement entre eux mais seraient liées par celles-ci dans leurs relations avec les Etats tiers (à savoir les Etats non-membres de l'UE), lesquels restent évidemment libre d'invoquer les dispositions de ces conventions dans leurs relations avec les Etats membres de l'UE. A ce propos, les rapports explicatifs respectifs indiquent également la possibilité offertes aux parties tierces (les Etats non-membres de l'UE) d'être informées de la répartition des compétences entre l'UE/CE et ses Etats membres.

32. Il devrait être gardé à l'esprit que, afin d'être efficace, l'analyse des règles pertinentes de l'UE/CE ne peut se faire qu'avec la collaboration des Etats membres. Pour autant, les clauses « de déconnexion » en question ne contiennent aucune obligation de notifier au Dépositaire cette procédure ou encore les règles pertinentes de l'UE. Rien n'est indiqué à cet égard dans les rapports explicatifs des conventions concernées.

33. Le CAHDI attire l'attention sur l'importance de s'assurer, lorsqu'il est nécessaire d'inclure une clause « de déconnexion » dans de futures conventions, que les parties à la convention soient en mesure d'identifier les règles de l'UE/CE applicables et de permettre à chaque contractant de déterminer l'étendue des engagements respectifs de chacune des parties.

34. Au cours des discussions du CAHDI relatives à la préparation du présent rapport, l'UE a réitéré les raisons sous-jacentes à l'inclusion d'une clause « de déconnexion », à savoir tenir compte de la structure institutionnelle de l'UE, y compris

²⁰ Para. 14 ci-dessus.

de la relation unique entre l'ordre juridique de l'UE et les systèmes juridiques nationaux des Etats membres, sans préjudice pour la CE et ses Etats membres du respect absolu des conventions en question²¹.

35. Le CAHDI a accueilli avec satisfaction la volonté de l'UE de faire preuve d'une transparence totale vis-à-vis des Etats non-membres de l'UE quant à l'étendue *ratione materiae* de la clause, y compris au cours de négociations de futurs instruments. Le CAHDI a en outre accueilli avec satisfaction des éléments pertinents de l'*acquis* de l'UE soumis conformément au mandat donné au CAHDI de préparer le présent rapport²² et de la volonté de l'UE de fournir aux Etats parties, sous une forme appropriée, des mises à jour de tout développement substantiel de l'*acquis* de l'UE après leur entrée en vigueur²³.

36. Le CAHDI souligne l'importance de poursuivre l'examen de ces problèmes, en particulier des possibilités visant à assurer la sécurité juridique entre les parties quant au droit applicable²⁴. Ce processus faciliterait avant tout la détermination de l'étendue, aussi bien matérielle que temporelle²⁵, des clauses. Cela simplifierait également le contrôle de leur conformité avec l'objet et le but du traité concerné et contribuerait enfin à la sécurité juridique en garantissant la clarté, l'accessibilité et la prévisibilité pour les Etats non-membres de l'UE du droit applicable s'étant substitué à la Convention, qu'il s'agisse d'éléments du droit de l'UE/CE ou d'éléments de droit national.

37. Le CAHDI note qu'un certain nombre de traités multilatéraux conclus au sein de divers forums internationaux, y compris les Nations Unies, prévoit la possibilité de participer à des « organisations régionales d'intégration économique » et demande à ces organisations, lorsqu'elles consentent à être liées à un traité, de faire une déclaration précisant l'étendue de leur compétence sur les questions couvertes par ledit traité. Dans de telles hypothèses, une clause « de déconnexion » n'est en général pas incluse²⁶. La CE est partie à plus d'une douzaine de ces conventions. Une approche similaire pourrait, dans des cas appropriés, être adoptée au sein du Conseil de l'Europe.

38. Alors que les effets de l'application d'une clause « de déconnexion » vis-à-vis du traité concerné peuvent ainsi être encadrés de manière à garantir une certaine stabilité juridique, une telle clause pourrait néanmoins avoir d'autres implications indirectes telles que la possible émergence d'une pratique élargie en droit international, par exemple si

²¹ Remarques introductives de la Présidence du Conseil de l'Union européenne sur le point de l'ordre du jour n°5 du CAHDI (Clause de déconnexion), 6 mars 2008.

²² Voir Annexe 3.

²³ *Ibid.*

²⁴ Voir également le rapport explicatif de la Convention sur la Cybercriminalité, para. 308 reproduit à l'Annexe 2.

²⁵ ECONOMIDES, C. and KOLLIPOULOS, A., précité (voir note 16), p. 275 – ont critiqué l'automaticité des clauses, soulignant qu'il existe des exemples de conventions internationales comprenant des clauses "de déconnexion" qui ne sont pas nécessairement appliquées automatiquement, par exemple l'article 13.3 de la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (voir Annexe 2).

²⁶ La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est un exemple à ce titre, voir l'annexe IX concernant les organisations internationales constituées par les Etats et auxquelles les Etats membres ont transféré une compétence sur des matières visés par la Convention.

ces clauses commencent à être incluses dans des traités multilatéraux, dans des termes vagues, s'étendant à d'autres systèmes juridiques. Le CAHDI recommande par conséquent qu'une particulière attention soit portée dans chaque cas d'espèce à la question de savoir si la clause « de déconnexion » est effectivement appropriée et, dans l'affirmative, à la portée précise de chaque clause. A l'instar de ce qu'a recommandé le Groupe d'étude de la CDI²⁷, ces clauses doivent être aussi claires et spécifiques que possible. Cela sera utile afin de limiter l'usage de ces clauses aux circonstances pour lesquelles elles sont effectivement nécessaires et d'éviter de créer des précédents liés à un manque de clarté et de visibilité. Dans certains cas, il est établi que l'objet et le but du traité concerné n'exclut pas la conclusion d'accord *inter se* particuliers entre certains Etats parties, par exemple lorsque les effets juridiques ne touchent pas les parties tierces et que le traité concerné ne prétend pas définir une norme minimale particulière.

39. Des inquiétudes ont également été exprimées relativement aux cas où la CE ne peut pas devenir partie ou ne devient pas partie à une convention que certains, ou l'ensemble, de ces Etats membres ont ratifié. Dans de tels cas, des questions relatives à la responsabilité des Etats membres de la CE, parties à cette convention, peuvent surgir dans le cadre du droit communautaire, dès lors qu'ils agissent dans un domaine du droit communautaire. En matière de droit international, eu égard aux Etats non membres de l'UE, la situation reste inchangée. Les Etats non membres de l'UE peuvent demander l'application pleine et entière de la convention en question de la part des Etats membres de l'Union qui sont parties, mais évidemment pas de la part de la Communauté, qui elle n'est pas une partie.

40. La situation est particulière en ce qui concerne les obligations *erga omnes* ou liées aux activités normatives. Il a été noté que de telles obligations sont normalement mises en œuvre, non pas dans le cadre des relations mutuelles entre parties, mais par chaque partie prise individuellement, dans son ordre juridique national. Dans ce contexte, les clauses devraient être interprétées comme laissant à l'UE et ses Etats membres le choix de décider s'il est pertinent de mettre en œuvre les dispositions pertinentes d'un traité via la législation nationale ou celle de l'UE/CE. Toutefois, afin que les Etats membres de l'UE satisfassent aux exigences de la Convention en question, la législation de l'UE/CE devrait être en conformité avec ladite convention. Dans le cas contraire, les Etats membres de l'Union pourraient se trouver eux-mêmes dans une situation ne satisfaisant pas aux exigences de la convention. De telles situations pourraient être évitées si la Communauté elle-même participe à la convention, ce point devant toutefois être examiné au cas par cas.

Termes utilisés pour se référer aux clauses

41. Le CAHDI fut invité à examiner le terme « clause de déconnexion » qui a souvent été utilisé pour se référer aux dispositions en question. Le CAHDI note que quelque soit le terme utilisé il ne s'agira pas d'un terme agréé mais simplement d'un moyen approprié de faire référence à un certain nombre de dispositions qui se présentent sous des formes et dans des contextes variés. Par conséquent, d'un point de

²⁷ Voir supra, para. 20.

vue strictement juridique, le terme utilisé n'a pas d'importance. Toute valeur accordée au terme sera politique.

42. Lors de sa réunion des 18-19 septembre 1989, le CJ-DI (prédécesseur du CAHDI) s'était déjà interrogé sur la pertinence du terme « clause de déconnexion », jugeant l'expression « trompeuse²⁸ » et ne rendant compte « ni de la nature réelle ni de la finalité de la clause²⁹ ». Le comité préconisait de trouver une formule plus adéquate et suggérait plusieurs possibilités d'intitulés tels « liens particuliers », « accords spéciaux » ou encore « liens *inter se* ».

43. La question fut soulevée à nouveau dans le rapport Juncker du 11 avril 2006. M. Juncker se demandait s'il ne serait pas préférable de renommer cette clause et proposait de l'intituler, par exemple, « clause relative à l'Union européenne »³⁰. Toutefois, ce terme est déjà d'usage pour d'autres types de clauses et ne reflète pas le fait que la clause « de déconnexion » peut être rédigée de manière générale et ne pas être spécifique à l'UE.

44. Une possibilité qui a parfois été mentionnée et qui reflèterait les effets de la « clause de déconnexion » sans nécessairement comprendre les implications négatives de cette expression est le terme « clause de transparence ».

Conclusions

45. A la lumière des développements qui précèdent, le CAHDI tirent les conclusions suivantes :

- i. Les clauses « de déconnexion » existantes sont juridiquement valides.
- ii. Elles ne concernent pas les relations entre les Etats membres de l'UE et les autres parties à la convention. Elles ne sauraient donc être interprétées ou appliquées d'une manière visant à modifier le contenu des droits et obligations des Etats membres de l'UE vis-à-vis des autres parties.
- iii. Les versions récentes des clauses disposent que tout régime de l'UE qui diffère de celui établi par la convention en question doit être sans préjudice de l'objet et du but de la convention. Dans le but d'évaluer si cela est le cas, il est recommandé de s'assurer que toutes les parties à une convention soient capables d'identifier des normes de l'UE/CE applicables. Etant donné la pratique existante au sein du Conseil de l'Europe consistant à produire un rapport explicatif détaillé accompagnant ses conventions, la nature, la portée et la fonction de chaque clause « de déconnexion » devraient être exposées dans le rapport explicatif.

²⁸ CDCJ (89) 58, note 6 ci-dessus, p. 10, para. 33

²⁹ *Ibid.*, p. 11, para. 36, vi.

³⁰ Note 9 ci-dessus, p. 16

iv. La nécessité, ainsi que la portée précise, de chaque clause « de déconnexion » devraient être évaluées au cas par cas, en prenant en compte la nature et le contenu de la convention en question.

v. L'expérience de la participation de la CE à des conventions de l'ONU peut être utile. Lorsque la Communauté participe à une convention en compagnie de ses Etats membres, la nécessité d'une clause « de déconnexion » peut décroître. La participation de la Communauté peut aider à s'assurer de la cohérence du régime du traité pertinent ; le fait que tant la Communauté que les Etats membres soient parties assurerait que la convention soit pleinement mise en œuvre. La participation de la Communauté devrait par conséquent être encouragée dans les cas opportuns.