

# Acquiescement : Étude de droit international public

Résumé de thèse de doctorat<sup>1</sup>

AYMERIC HÊCHE\*

MOTS-CLÉS Bonne foi – Consentement – Estoppel – Fait juridique – Protestation

## I. Introduction

En 2021, la Cour internationale de justice (ci-après : « CIJ ») déclare : « l'acquiescement équiva[ut] à une reconnaissance tacite manifestée par un comportement unilatéral que l'autre partie peut interpréter comme un consentement. [...] Si les circonstances sont telles que le comportement de l'autre Etat appelle une réponse dans un délai raisonnable, l'absence de réaction peut valoir acquiescement [...] sur le fondement du principe «[q]ui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset» [...]. Afin de déterminer si le comportement d'un Etat appelle une réponse d'un autre Etat, il convient de rechercher si l'Etat a persisté dans ce comportement de manière constante [...]. Dans l'appréciation de l'absence de réaction, le temps peut être un facteur important [...] »<sup>2</sup>.

L'acquiescement est un processus qui permet de convertir les comportements des sujets internationaux (États ; organisations internationales) en droits ou en obligations. Ce processus bilatéral ne se cantonne pas à un domaine du droit international public : de la responsabilité au droit des traités en passant par les différends territoriaux et le droit des investissements, aucune matière n'est immunisée contre l'acquiescement. Notre thèse identifie la nature juridique, les conditions de réalisation, ainsi que les étapes chronologiques de l'acquiescement.

L'étude de l'acquiescement n'est pas une *terra incognita*. En plus d'une riche jurisprudence<sup>3</sup>, de nombreuses recherches sur le cœur de l'institution<sup>4</sup>, sur des aspects voisins<sup>5</sup>, et sur des applications particulières<sup>6</sup> ont déjà été menées. Pour ce qui concerne nos travaux, deux thèses principales sont retenues : (1) l'acquiescement est un principe général au sens de l'art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>7</sup> et (2) sa réalisation est déconnectée de toute manifestation de la volonté.

Notre étude est ainsi divisée en deux parties. La première situe l'acquiescement dans l'écosystème du droit international (historique ; institutions voisines ; catégorisation dans le système des sources). La seconde restitue de l'intérieur le fonctionnement de l'acquiescement. Chacune de ses conditions est analysée au regard de la jurisprudence.

\* AYMERIC HÊCHE, *Dr en droit*, chargé d'enseignement à la Haute-Ecole Arc Neuchâtel.

<sup>1</sup> AYMERIC HÊCHE, *Acquiescement. Étude de droit international public*, thèse de doctorat, Neuchâtel 2022. Une version commerciale est en préparation (*L'acquiescement en droit international*, Larcier, Bruxelles 2023, 2 vol.).

Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-042-0\_13.

<sup>2</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien* (Somalie c. Kenya), Arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, Rec. 2021, 227-228, italiques dans l'original. Les crochets renvoient aux précédentes affaires de la Cour.

<sup>3</sup> Voir les affaires citées dans : *Délimitation maritime dans l'océan indien* (Somalie c. Kenya), Arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, Rec. 2021, 227-228.

<sup>4</sup> PASCALE MARTIN-BIDOU, *L'acquiescement en droit international public*, thèse Paris 1992 ; ALEXIS MARIE, *Le silence de l'Etat comme manifestation de sa volonté*, thèse Paris 2018 ; FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*, Madrid 2002 ; PHILIPPE CAHIER, *Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations*, in : *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, 237 ss.

<sup>5</sup> ANTOINE MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, thèse Paris 1979 ; ALESSANDRO TOMMASI DI VIGNANO, *La rinuncia in diritto internazionale*, Padova 1960. Cf. aussi les recherches de DANAE AZARIA : <https://www.statesilence.org/>, consulté le 23 juin 2023.

<sup>6</sup> IRINA BUGA, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, thèse Oxford 2018 ; MATTEO DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, Padova 1957.

<sup>7</sup> Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945 (SCIJ ; RS 0.193.501).

## II. La place de l'acquiescement

### A. Introduction

La première difficulté consiste à énoncer une définition provisoire qui permette de rechercher des attestations (au sens linguistique du terme) historiques de l'institution et de la débusquer également lorsqu'elle opère sous d'autres noms (estoppel ; renonciation tacite) ou en tant que partie intégrante d'autres institutions (création d'une coutume ; pratique subséquente de l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>8</sup> [ci-après « CVDT »]). À cette fin, notre parti pris a consisté à se concentrer dans un premier temps sur les attestations de l'acquiescement en son nom propre, puis à étendre les recherches au-delà. Cette seconde perspective est dite « essentialiste »<sup>9</sup> : chaque situation qui fait appel à la structure de l'acquiescement est englobée dans la thèse, peu importe qu'une dénomination différente soit utilisée (prescription ; attentes légitimes ; désuétude).

### B. Historique

La partie historique recueille des attestations dans les ensembles les plus divers. En droit religieux, en droit romain, chez les glossateurs comme dans les Codes bourgonds, la structure de l'acquiescement est unanimement attestée. Ainsi, un comportement du sujet A qui est connu par le sujet B et contre lequel ce dernier ne s'oppose pas est susceptible de modifier les droits ou obligations applicables dans leurs relations. À la fois importé des ordres juridiques internes et modelé par les exigences du droit international, l'acquiescement acquiert une réelle autonomie en tant que principe général du droit international public au début du XX<sup>e</sup> siècle.

### C. Institutions voisines

En raison de sa très grande plasticité, l'acquiescement est susceptible soit de s'immiscer dans d'autres notions soit d'en partager de nombreuses caractéristiques. Une étape de différenciation par comparaison était donc nécessaire afin de cerner au plus près son identité. Les résultats de cette partie sont paradoxaux : l'acquiescement innerve – presque jusqu'à s'y confondre – l'accord tacite, la renonciation et la reconnaissance tacites, et le processus de

création de la coutume. Quant aux chevauchements, il est possible de le distinguer de son plus proche parent l'*estoppel* grâce à la condition du dommage et de la nécessité d'un comportement adopté de bonne foi. En revanche, la différenciation avec la prescription acquisitive ou extinctive est parfois difficile et ne porte que sur des points marginaux.

### D. La nature juridique de l'acquiescement

L'interrogation centrale de la première partie de notre thèse s'est portée sur les sources : l'acquiescement est-il un traité, une coutume, un principe, ou un acte unilatéral ? Il est parfois codifié dans des traités (art. 20 et 45 CVDT) mais il s'agit uniquement d'expressions sectorielles, sans prétention à la généralité. De la même manière, de nombreuses expressions coutumières de l'acquiescement existent (par exemple dans le cadre des différends territoriaux), mais une expression générique de sa structure n'est pas attestée dans la coutume. Les deux meilleurs candidats sont les principes généraux (*du* ou *de* droit) et les actes unilatéraux. L'acquiescement s'affirme comme un principe pour trois raisons déterminantes. Il n'est pas conditionné par l'expression d'une volonté ; il met en œuvre le principe de la bonne foi ; sa structure est d'une grande plasticité – elle peut donner naissance à d'innombrables concrétisations conventionnelles et coutumières. En tant que principe général, l'acquiescement coexiste aux côtés de ses multiples concrétisations.

## III. Le fonctionnement de l'acquiescement

### A. Les éléments de l'acquiescement

Cette partie analyse les unités insécables de l'acquiescement et établit leur chronologie. L'écueil de cette entreprise réside dans la jurisprudence, laquelle distingue rarement les différentes étapes de réalisation de l'acquiescement. De plus, il est possible de distinguer les prérequis de l'acquiescement, i.e. les éléments nécessairement présents pour qu'il se concrétise (des auteurs, le passage du temps, des comportements) des conditions au sens strict (une prétention de A portée à la connaissance de B ; la violation de la charge de réagir par B) et des voies échapatoires (l'incapacité de B à protester contre A en raison d'une gêne temporaire, etc.).

#### 1. Les auteurs

L'acquiescement se noue en prédilection entre deux États, mais toutes les combinaisons sont possibles : entre organi-

<sup>8</sup> Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CVDT ; RS 0.111).

<sup>9</sup> Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles 2009, 115.

sations internationales, entre organisation et États, au sein de l'organisation elle-même, voire entre États et investisseurs (personnes physiques ou morales).

L'acquiescement entre États appelle des remarques supplémentaires : n'importe quel agent étatique, au bas comme au sommet de la hiérarchie, peut participer à un acquiescement. Le comportement d'un fonctionnaire subalterne peut faire perdre des droits à l'État. Il existe néanmoins une « double hiérarchie » : en cas de dissonance entre les échelons étatiques, la position officielle de l'État sera calquée sur les déclarations des plus hautes sphères plutôt que sur les comportements des fonctionnaires subalternes.

## 2. Le passage du temps

Hormis dans quelques expressions conventionnelles (art. 20 CVDT), le passage du temps n'est pas une condition de l'acquiescement, mais un simple facteur, une présomption *hominis* à valeur de raccourci afin d'estimer si l'État était en mesure de connaître la prétention et de s'y opposer. En soi, l'acquiescement suppose nécessairement le passage du temps, mais ne l'érige pas en condition : la jurisprudence ne permet pas de dégager une durée qui déclencherait automatiquement un acquiescement.

Comme dans la prescription, mais pour des raisons différentes, il est nécessaire d'identifier un *dies a quo* et un *dies ad quem* : seuls les comportements qui surviennent entre ces deux bornes peuvent participer à l'acquiescement. Le *dies a quo* correspond à l'interaction initiale composée d'une prétention de A et de la réaction (ou de l'absence de réaction) par B. Le *dies ad quem* est matérialisé par l'interaction entre les parties à partir de laquelle les positions respectives n'évoluent plus (existence d'un différend ; les parties campent sur leurs positions).

## 3. Une prétention

La prétention détermine l'objet de l'acquiescement. Elle indique quels droits ou obligations seront créés, modifiés ou éteints entre les sujets en cas de succès de l'acquiescement (souveraineté sur un territoire, amendement tacite d'un traité, etc.). Le terrain de jeu privilégié des prétentions se manifeste dans des « zones grises » où règne une incertitude juridique (par exemple, le contenu d'une coutume) ou factuelle (par exemple, la délimitation de la frontière). En dehors des « zones grises », il est fréquent qu'une prétention constitue initialement un acte illicite (violation d'un traité, violation de la souveraineté, etc.) : l'absence de réaction et les comportements du lésé pourront paver la voie à l'acquiescement.

Le royaume de la prétention n'est toutefois pas sans bornes : l'acquiescement est impossible en cas de contrariété au droit international public absolument impératif (*ius cogens*)<sup>10</sup>.

## 4. La connaissance

À mi-chemin entre la prétention et la charge de réagir, la connaissance joue un rôle majeur dans le fonctionnement de l'acquiescement. La connaissance de la prétention est soit réelle (obtenue grâce à une notification), soit présumée. Ce second cas est problématique, car il faut définir les caractères intrinsèques de la prétention (publicité, notoriété), afin que celle-ci puisse être connue par le sujet lésé. La connaissance présumée lorgne du côté de la *due diligence* : il s'agit d'examiner ce que le sujet était raisonnablement en mesure (ou en devoir) de connaître et les informations à sa disposition.

Ce n'est que si cette condition de la connaissance (réelle ou présumée) est satisfaite que le sujet lésé est dans l'obligation de réagir.

## 5. La charge de réagir

Il ne s'agit pas d'un devoir général de protester, mais uniquement d'une obligation du sujet destinataire de la prétention ; devoir qui tire son existence de l'acquiescement en cours de formation. Cette charge est cruciale, car elle permet de valoriser les silences, abstentions et autres comportements ultérieurs du sujet lésé comme autant de violations de son obligation de réagir.

La charge est anéantie si le sujet qui serait désavantagé par l'acquiescement est dans l'incapacité à protester ou à contrecarrer la prétention. La situation typique est celle de troubles internes : le silence de l'État ne peut pas valoir acquiescement<sup>11</sup>. Cependant, cette excuse est temporaire : le sujet doit s'efforcer de connaître la prétention et d'y réagir dès que les troubles cessent.

## 6. Les comportements

Les comportements sont indispensables au déroulement de l'acquiescement et englobent les actions et les omissions des deux sujets. Les actions rassemblent entre autres

<sup>10</sup> MEHRDAD PAYANDEH, Modification of Peremptory Norms of General International Law, in: Dire Tladi (éd.), Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), Leiden 2021, 122-129.

<sup>11</sup> *Délimitation maritime dans l'océan indien* (Somalie c. Kenya), Arrêt, 12 octobre 2021, CIJ, Rec. 2021, 236.

des déclarations, l'édiction d'une loi et sa mise en œuvre, ainsi que les actes effectués sur le terrain qui surviennent après la prétention. L'omission est plus difficile à appréhender, car elle procède d'un raisonnement abstrait : il s'agit de reconstruire un cours idéal des événements afin de la cerner. C'est par référence au domaine juridique dans lequel s'insère la prétention qu'une omission peut être identifiée (droit des traités, choix des locaux d'une mission diplomatique, etc.<sup>12</sup>).

Les comportements sont pertinents dans la mesure où ils participent à un « fil rouge ». L'acquiescement est validé si les comportements convergent dans une trame narrative univoque. La majorité des actions et omissions émises pendant la période d'acquiescement doivent partager un noyau dur commun. La règle est largement comparable à la constitution de la pratique lors de la création d'une coutume.

## 7. La protestation

La protestation s'affirme comme la meilleure stratégie pour faire échouer l'acquiescement. La protestation est un acte juridique unilatéral, elle ne peut pas créer des obligations pour un tiers. Son effet se limite à notifier à son « destinataire » qu'un sujet s'oppose à la prétention. Cependant, une protestation unique ne suffit pas : si la prétention ou des comportements sont réitérés, la partie de tennis recommence et une nouvelle protestation est nécessaire<sup>13</sup>. Une protestation forte a pour conséquence de précipiter le *dies ad quem* (cf. III.A.2).

Les protestations sont généralement orales ou écrites. Des protestations « en actes », sur le terrain, sont possibles. Ces dernières ont pour effet d'empêcher la constitution du fil rouge.

La protestation a acquis une telle importance que son absence est parfois assimilée à un acquiescement, comme si les deux notions étaient mutuellement exclusives. Cette assimilation est abusive : l'acquiescement peut se réaliser malgré des protestations<sup>14</sup> (notamment si elles sont trop faibles ou trop espacées dans le temps) et, à l'inverse, l'acquiescement peut échouer même en l'absence de protestations.

## B. Les effets et conséquences

Si la connaissance de la prétention est acquise et que la charge de réagir n'est pas satisfaite, l'acquiescement est validé. Quel en est alors le résultat ? Les effets peuvent être classifiés en trois catégories : la création *ex nihilo* d'un nouveau droit ou obligation (par exemple, la souveraineté sur un territoire inoccupé), la modification d'un rapport de droit (par exemple, la pratique subséquente relative à un traité) et l'extinction d'un rapport de droit (par exemple, la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité ; prescription).

Les effets doivent être distingués des conséquences. Les premiers énoncent le résultat entre les acteurs de l'acquiescement, les secondes se réfèrent au respect de la nouvelle situation juridique due par les tiers. Une cession tacite du territoire de B au profit de A peut se produire par un acquiescement, sans pour autant être partis à ce processus, les tiers devront dorénavant respecter les droits inhérents à la souveraineté de A sur le territoire<sup>15</sup>.

## C. L'opération de reconstruction judiciaire

Dans la majorité des cas, la validation d'un acquiescement dépend du travail d'un tribunal. En tant que fait juridique et source d'obligation particulière<sup>16</sup>, l'acquiescement doit être prouvé par les parties. La construction du fait « d'acquiescement », pas plus que la formulation du syllogisme, n'est automatique<sup>17</sup>. Le rôle du tribunal s'apparente à celui d'un démiurge sous deux aspects : tout d'abord, car la réalisation de l'acquiescement va dépendre de la sélection des faits pertinents (en indiquant la durée de l'acquiescement, le tribunal sélectionne implicitement les comportements qui pourront participer à la constitution du fil rouge) et, en second, car l'acquiescement est largement reconstruit. Les sujets peuvent parfaitement ignorer qu'un acquiescement est en cours de formation ; ce n'est que lorsque le différend se concrétise qu'ils convoquent l'acquiescement afin de cimenter leurs conclusions. Le tribunal doit alors se plonger dans la masse des faits et en tirer la connaissance présumée de la prétention, l'existence d'une charge de réagir, imaginer le cours idéal des événements et les moments opportuns pour formuler une protestation, identifier les omissions.

<sup>12</sup> *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), Fond, Arrêt, 11 décembre 2020, CIJ, Rec. 2020, 323-329.

<sup>13</sup> CHRISTOPHER STEVENSON, *Hans Off! : The Struggle for Hans Island and the Potential Ramifications for International Border Dispute Resolution*, Boston College International and Comparative Law Review 2007, vol. 30(1), 263 ss, 265-267.

<sup>14</sup> *Statut juridique du Groënland oriental*, 5 avril 1933, Cour permanente de Justice internationale, Série A/B, n° 53, 62.

<sup>15</sup> ROBERT KOLB, *The International Court of Justice*, Hart 2014, 764.

<sup>16</sup> KOLB (n. 15), 935.

<sup>17</sup> JEAN SALMON, *Le fait dans l'application du droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye 1982-II, vol. 175, 257 ss, 268.

#### IV. Conclusion

L'acquiescement est dénué de toute condition de la volonté et il s'agit d'un principe général du droit dont les nombreuses concrétisations irriguent et continueront d'irriguer les domaines les plus variés du droit international public. La seule référence à la volonté est à rechercher dans la protestation, qui n'est pas une condition de l'acquiescement, mais un sauf-conduit ménagé pour des sujets conscients du risque de rester coi. Au-delà de l'acquiescement, notre thèse met au jour certaines faiblesses conceptuelles des accords et des actes unilatéraux tacites : le tacite est reconstruit sur la base de faits et de compor-

tements, sans qu'une volonté puisse toujours être clairement identifiée<sup>18</sup>.

La création de la coutume et de la pratique subséquente repose largement sur l'acquiescement. Ces deux processus sont indispensables pour l'évolution du droit international, particulièrement lorsque les États sont réticents à conclure des traités de grande envergure.

<sup>18</sup> GIOVANNI DISTEFANO, L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités, *Questions of International Law* 2015, 17 ss, 26.

Anzeige

Kiril R. R. Haslebacher

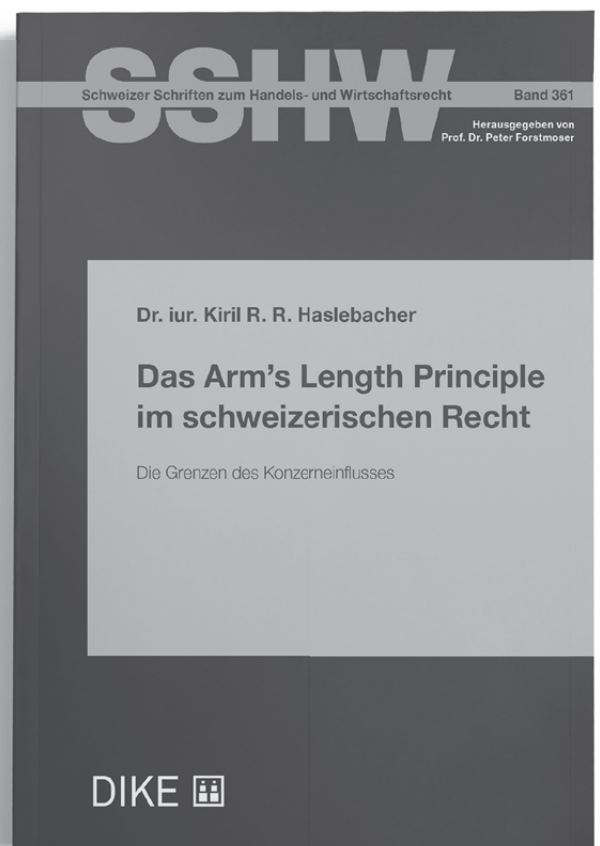
## Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht

### Die Grenzen des Konzerneinflusses

Diese Dissertation unterzieht das «Arm's Length Principle» (ALP) einer ganzheitlichen Untersuchung und veranschaulicht die herausragende Bedeutung des ALP für das Steuerrecht, das Aktienrecht, das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und das Strafrecht.

2023, 400 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-590-4  
CHF 98.–

[www.dike.ch/5904](http://www.dike.ch/5904)



DIKE 