

Stockholm, le 3 mai 2022

**SEMINAIRE SUR LA RESOLUTION DES CONFLITS AU SEIN DE L'OSCE :
LE ROLE DE LA COUR DE CONCILIATION ET D'ARBITRAGE**

par Emmanuel DECAUX

président de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE

Je suis particulièrement heureux d'ouvrir ce séminaire et je me réjouis d'être parmi vous à plusieurs titres.

C'est d'abord l'occasion de remercier nos hôtes suédois et de rendre hommage au rôle joué par la Suède en tant qu'Etat dépositaire de la Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de l'OSCE adoptée à Stockholm le 15 décembre 1992 et entrée en vigueur le 5 décembre 1994. La Convention est aujourd'hui ratifiée par 34 Etats parties et il faut saluer l'engagement de la diplomatie suédoise pour susciter de nouvelles ratifications.

C'est également l'occasion de pouvoir m'exprimer dans un cadre informel et de parler à titre plus personnel sur un thème qui est au cœur de nos préoccupations. Nous approchons du trentième anniversaire de l'adoption de la Convention de Stockholm et un bilan lucide s'impose à chacun de nous.

Est-ce que les promesses, les espoirs et les attentes suscitées à l'époque ont été tenus ? Manifestement non, si l'on regarde le « rôle » de la Cour, son registre étant resté vide depuis l'origine. Aucune affaire, aussi bien minime ou importante, technique ou politique ne lui a jamais été soumise. Pourtant la Cour est en place, elle existe, elle est « en état de marche », prête à fonctionner, au service des Etats parties comme de l'ensemble des Etats participants et des institutions de l'OSCE. On peut invoquer des précédents : la Cour permanente d'arbitrage a longtemps été en veilleuse, la Cour internationale de Justice a elle-même connu des phases d'éclipse, la Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi été qualifiée de « Belle au bois dormant à ses débuts »... Mais à l'évidence, c'est loin d'être satisfaisant, d'autant que ces Cours sont aujourd'hui en pleine activité. Ce qui était une interrogation lancinante pour les membres de la Cour est devenu un défi collectif.

Dans le contexte dramatique d'une nouvelle guerre en Europe, ce sont en effet les fondements de la paix et de la sécurité internationales mis en place en 1945 par la Charte des Nations Unies et les bases de la sécurité coopérative réaffirmées dans le cadre de l'OSCE qui sont aujourd'hui remis en cause. Le règlement pacifique des différends allait de pair avec l'interdiction du recours à la force, comme le rappelle le Décalogue de l'Acte final de Helsinki

signé en 1975 par tous les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats participants de l'OSCE. Dans le droit fil de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe de 1990, la Convention de Stockholm offrait un cadre institutionnel, à la fois juridique et diplomatique, à ces engagements de principe, en mettant en place une Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'OSCE. Trente ans après on doit se demander quel peut être, quel doit être le rôle de notre Cour dans l'architecture européenne de sécurité.

Le bilan collectif qui s'impose à l'échéance du trentième anniversaire de la Convention de Stockholm implique trois dimensions inscrites dans la durée, sachant que le temps des Etats et des traités n'est pas celui des individus. Nous devons sans cesse confronter les lignes de force du temps long et les contraintes de l'actualité, la patience et l'urgence. Passons en revue ensemble, si vous le voulez bien, le passé, le présent et l'avenir.

I – Il s'agit d'abord d'honorer le passé.

L'idée du règlement pacifique de différends est une vieille idée, un noble idéal qui a pris sa forme moderne, il y a plus de cent-cinquante ans, au XIXème siècle, pour déboucher sur la codification de l'arbitrage international, à l'occasion des deux Conférences de la paix de La Haye de 1899 et de 1907 et sur l'institutionnalisation de la justice internationale, avec la création de la Cour permanente de Justice internationale dans l'entre-deux-guerres puis celle de la Cour internationale de Justice dans le cadre de la Charte de 1945.

A cet égard les deux guerres mondiales ont été de terribles épreuves pour la civilisation. La violation des traités ces « *chiffons de papier* » et la régression dans la barbarie la plus inhumaine, entraînant en 1919 comme en 1945, la création d'organisations internationales, opposant « *la force du droit au droit de la force* », selon les termes de Léon Bourgeois, un des pères de la SDN, futur prix Nobel de la paix. A chaque fois, l'idéal de la paix par le droit renaissait plus vivace que jamais. Si les modes de règlement pacifique n'ont pu résoudre les différends politiques et prévenir les guerres, ils ont eu toute leur place dans la reconstruction d'un ordre international, comme le montre la place des commissions bilatérales d'arbitrage ou de conciliation des deux après-guerres. L'article 33 de la Charte des Nations Unies combine l'engagement de principe en faveur du règlement pacifique des différends avec l'énumération d'une vaste gamme de modes de règlement à la disposition des Etats, comme l'arbitrage et la conciliation, y compris sur la base d'arrangements régionaux.

C'est tout le sens de efforts entrepris dans le cadre de l'OSCE, avec une série de séminaires thématiques, organisés à Montreux en 1978, à Athènes en 1984 et à La Valette en 1991. Mais il fallait aller plus loin, dépasser le rappel de bonnes pratiques pour avoir des outils efficaces. La Conférence de Stockholm marque un saut qualitatif avec l'adoption d'un traité en bonne et due forme, qui crée une Cour de conciliation et d'arbitrage, quitte à rompre le consensus habituel au sein de l'OSCE. Certes la Cour est ouverte sur une base volontaire à l'ensemble des Etats participants de l'OSCE, alors que les engagements juridiques ne pèsent que sur les Etats parties. Mais la carte des ratifications parle d'elle-même, ni les Etats-Unis, ni

le Canada, ni le Royaume-Uni ne sont parties à la Convention, pas plus que la Fédération de Russie...

Les pères fondateurs de la Convention ont eu l'immense mérite d'allier volontarisme politique et expertise juridique pour mettre en place une institution modèle, un véritable « couteau suisse ». La Cour elle-même comporte deux listes de membres, des arbitres et des conciliateurs, composées de personnalités éminentes.

Dans ce système à la carte, les Etats peuvent s'engager sur la voie originale de conciliation, qui est obligatoire pour les Etats parties, avec la mise en place d'une commission de conciliation qui au terme d'une procédure confidentielle propose au partie une solution que celles-ci sont libres d'accepter ou de refuser. L'autre voie plus classique et celle de l'arbitrage, sur la base d'une déclaration facultative d'acceptation, avec là encore la mise en place d'une formation de jugement ad hoc, un tribunal arbitral qui rend une sentence obligatoire pour les Etats. On le voit les deux systèmes offrent une grande souplesse dans la procédure.

On retrouve le même esprit dans la mission des instances mises en place, avec la possibilité pour les arbitres de combiner la mise en œuvre du droit international avec la notion d'équité, *ex aequo et bono*, si les parties le souhaitent (art.30). Tandis que l'objectif de la conciliation est « *d'aider les parties au différend à régler celui-ci conformément au droit international et aux engagements auxquels ils ont souscrit dans le cadre de la CSCE* » (art.24).

Par rapport à d'autres conventions régionales de règlement des différends interétatiques, comme la Convention de 1957 dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention de Stockholm a une dimension institutionnelle forte : la Cour doit fonctionner « *au sein de l'OSCE* » : elle est pleinement indépendante, sa composition étant un gage d'expertise et d'impartialité, mais elle est en même temps une des « institutions et structures » de l'OSCE, présentant son rapport annuel au Conseil permanent de Vienne. Mais surtout elle partage, pourrait-on dire, la même ADN que l'OSCE, avec le cadre de référence des principes et des engagements de l'OSCE qui doit guider tout effort de conciliation entre les parties.

A mes yeux, la Cour présente ainsi des atouts essentiels, elle consacre l'institutionnalisation de procédures souples, à la disposition des Etats parties comme des Etats participants, dans un système bicéphale, articulant conciliation et arbitrage, sous l'égide du bureau de la Cour qui assure indépendance et impartialité, continuité et cohérence. Elle offre également la garantie d'une intégration étroite dans un système paneuropéen construit pas à pas depuis près de cinquante ans, sur la base des principes de l'Acte final de Helsinki en 1975 et de la Charte de Paris pour une nouvelle Europe de 1990. Autrement dit, les pères fondateurs avaient conçu la Cour de conciliation et d'arbitrage comme un outil permanent, à la disposition des Etats, dans le contexte d' « *une nouvelle ère de démocratie, de paix et d'unité* » pour reprendre un sous-titre de la Charte de Paris, où les Etats réaffirmaient leur « *engagement à régler les différends par des moyens pacifiques* », en décidant « *de mettre au point des mécanismes de prévention et de résolution des conflits entre les Etats participants* ».

Pour autant cet outil si prometteur est resté depuis lors une simple virtualité juridique - une Rolls dans le garage pour le dire d'un mot - alors même que les crises se sont multipliées. Sans se résigner, il nous faut confronter avec lucidité et exigence, ce passé plein d'espoirs et les réalités du temps présent. Qu'avons-nous fait de cet héritage précieux depuis 30 ans ?

II – Il faut nous interroger sur le présent.

Le règlement pacifique des différends n'a jamais été un long fleuve tranquille. Pour qu'il soit efficace, il faut aussi savoir assumer ses limites.

Dans un article classique Michel Virally avait considéré que le champ technique de la justice internationale était une zone intermédiaire : pour les affaires de faible importance, les Etats pouvaient régler directement leur différend et trouver par la négociation un compromis mutuellement acceptable. Au contraire pour les affaires estimées à juste titre ou non, correspondant à un intérêt vital, les Etats n'accepteraient jamais de se soumettre à la décision d'un tiers impartial. C'était retrouver de manière empirique la vieille distinction entre différends juridiques et différends politiques, même si le droit international est lui-même une composante de la « politique juridique extérieure » des Etats. De manière originale, Lucius Caflisch, qui a été un des principaux rédacteurs de la Convention, a souvent déclaré que le règlement pacifique des différends impliquait une situation de paix et qu'une fois un conflit armé ouvert on se trouvait dans une configuration rendant impossible toute forme de conciliation ou d'arbitrage.

Il y a bien sûr toute une série de situations intermédiaires entre la guerre et la paix, avec des « conflits gelés », et des processus de sortie de crise, mais la bonne volonté et la bonne foi des Etats me semblent indispensables pour l'efficacité des procédures de règlement amiable, évitant tout risque d'instrumentalisation du droit. Une illustration concrète me semble être donnée par les procédures de conciliation interétatique mises en place dans le cadre de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 déclenchées récemment. Dans un cas, avec la communication déposée par l'Etat de Palestine contre Israël, la décision de recevabilité adoptée le 12 décembre 2019 par le Comité contre la discrimination raciale (CERD) a débouché sur une impasse juridique. Dans un autre, le différend politique entre deux Etats voisins du Golfe a été réglé soudainement par une réconciliation politique, en dehors de toute intervention du CERD, saisi et dessaisi, sans autre forme de procès...

S'agissant de la Convention de Stockholm, il y a sans doute aussi des limites inhérentes à sa nature. Par définition, la compétence de la Cour est limitée aux différends interétatiques, ce qui est dans la tradition du droit international public, mais nous sommes aujourd'hui dans un monde multipartite, avec une multiplication de *stakeholders*, de « parties prenantes ». C'est le cas des entreprises, notamment des entreprises multinationales et le succès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) comme celui de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) montre assez que l'arbitrage transnational a de beaux jours. Bien plus les bonnes pratiques de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) - avec ses points de contacts nationaux - et les

négociations en cours sur les entreprises et les droits de l'homme dans le cadre du Conseil des droits de l'homme illustrent le besoin de mécanismes indépendants de *monitoring* et de modes de règlement impartial. C'est également le cas des contentieux dans le domaine de l'environnement qui était pourtant déjà à l'esprit des pères fondateurs de la Convention, comme l'a souvent répété le président Robert Badinter. Le décalage avec les urgences actuelles me semble particulièrement frappant.

D'autres contraintes sont liées, me semble-t-il, à la vocation généraliste de la Cour. Certes les Etats se méfient traditionnellement des organes spécialisés susceptibles d'exercer un biais de méthode, ce qui explique le peu de succès des « chambres thématiques » au sein de la Cour internationale de Justice. Mais en même temps, une compétence tous azimuts et une composition à géométrie variable peuvent susciter un réflexe naturel de crainte devant l'inconnu. Les Etats aiment se retrouver en terrain de connaissance, avec des précédents bien établis et des têtes familières, si je puis dire, dans le jeu de chaises musicales entre juges, arbitres et conseils, ce « petit monde » pas très différent du *Small World* décrit par David Lodge. Or par la force des choses, la Cour n'a pas pu « faire ses preuves ».

Il n'y a que le premier pas qui coûte, mais aucun Etat n'a tenté ce premier pas depuis trente ans, malgré tous les efforts de sensibilisation et d'information faits par tous nos prédécesseurs au fil des années, le président Robert Badinter comme le président Christian Tomuschat. La première Cour, avec sa composition particulièrement prestigieuse d'anciens ministres et de grands diplomates pouvaient impressionner et dissuader les Etats, en s'inscrivant dans la suite de la Commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix dans l'ex-Yougoslavie. Depuis lors la composition de la Cour a évolué avec une dimension académique plus marquée, mais aussi des praticiens, des juristes et des juges expérimentés. Le Pr Tomuschat a organisé deux séminaires qui ont débouché sur des publications de référence pour mieux faire connaître la conciliation en mettant l'accent sur des expériences récentes et en rappelant l'atout de la flexibilité. Depuis près de trente ans, la Cour s'efforce d'être présente, d'être réactive, à défaut de pouvoir être proactive, les principes d'indépendance et d'impartialité, nous privant de toute démarche susceptible ressembler à du *forum shopping* ou de la « publicité comparative » dans un marché du droit de plus en plus concurrentiel. Sans renoncer à ce qui fait la dignité inhérente de nos fonctions, ne faut-il pas être plus visibles pour rappeler à temps et à contretemps la valeur ajoutée de la Convention, sachant qu'il y a de la place pour tout le monde tant le besoin de droit est criant.

Les formes non-juridictionnelles et les formes juridictionnelles de règlement de différends me semblent complémentaires. A cet égard les contacts établis avec les instances du Conseil de l'Europe ont été très prometteurs, notamment devant le Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI). Mais il faut aussi être conscient du talon d'Achille de la Convention de Stockholm que constitue l'article 19 sur « *la sauvegarde des modes de règlement existants* ». Au-delà d'aspects très techniques de dessaisissement, afin d'éviter les doubles emplois et les contradictions, il faudrait avoir une lecture plus constructive de ces dispositions pour mettre en relief les notions de complémentarité et de subsidiarité, pour permettre aux Etats de privilégier la solution la plus rapide et efficace à leurs yeux. A cet égard

la Cour de conciliation a de nombreux atouts pour être la « mieux disante » en termes de coût et d'adaptabilité, comme de gestion du temps, avec une procédure « sur mesure ». Il lui manque seulement l'effectivité pour faire montre de son efficacité.

Il faut enfin tenir compte des dynamiques géopolitiques survenues depuis trente ans. Pour le dire d'un mot, sans doute trop brutal, loin du rêve d'une « Europe libre et unie », l'espace de l'OSCE se trouve animé de forces contradictoires. D'une part, les Etats européens sont engagés dans un processus historique d'unification fondé sur le droit, avec la place prise par l'Union européenne. D'autre part, les fractures se multiplient dans l'Est de l'Europe, les « conflits gelés », minés par la violence, débouchant sur des interventions militaires et des guerres interétatiques. Le champ du règlement pacifique des différends se réduit d'autant, d'un côté comme de l'autre, malgré la vocation paneuropéenne de la Cour.

Ces constats me semblent nécessaires pour envisager l'avenir, de manière pragmatique au-delà des souvenirs nostalgiques et vœux pieux qui sont de rigueur lors des anniversaires.

III – Il nous reste à inventer ensemble l'avenir.

Dans la perspective du 30^{ème} anniversaire de la Convention de Stockholm il nous faut imaginer un « Stockholm +30 » qui soit un véritable plan d'action, une stratégie complète mobilisant tous les « amis de la Convention ».

Cela passe d'abord par des petits pas, des signaux positifs attestant que le règlement des différends reste une composante à part entière de l'OSCE et un gage concret d'espoir pour tout le continent.

Le cercle étroit des Etats-parties reste marqué par les antagonismes ayant pesé sur les travaux préparatoires de la Convention de Stockholm. Une génération après, n'est-il pas de temps pour tous les Etats participants de s'interroger sur leur attachement, non seulement théorique mais aussi pratique, à ce qu'on appelle aujourd'hui un « *multilatéralisme fondé sur le droit* ». Ce serait un geste fort si de nouveaux Etats ratifiaient la Convention à l'occasion de cet anniversaire, comme l'ont fait il y a quelques années le Luxembourg et le Monténégro. Ainsi, à ce jour une dizaine d'Etats membres de l'Union européenne n'ont pas encore ratifié la Convention, on doit se demander pourquoi cet attentisme ou cette défiance, alors que le mantra européen est *Leading by Example* ? Dans un temps de crises, où le principe même du règlement pacifique des différends est menacé, ce serait une contribution très positive que des Etats signataires, comme la Belgique, la Bulgarie ou la République tchèque, sans parler des différents Etats tiers, franchissent le pas et ratifient la Convention de Stockholm.

L'engagement de base de la Convention, on l'a dit, vise la conciliation obligatoire dont le résultat reste facultatif. Au contraire l'arbitrage, dont le résultat est une sentence obligatoire, demeure facultatif dans son principe. Il nécessite une déclaration d'acceptation facultative, selon la formule classique de l'article 26. A ce jour, les déclarations facultatives qui ont été faites sont arrivées à leur terme. Autrement dit, c'est seulement sur la base volontaire d'un

accord bilatéral que la Cour peut être saisie d'une demande d'arbitrage. La mise à jour des déclarations unilatérales d'acceptation serait là aussi un signe marquant de confiance dans la Cour et d'adhésion effective au principe de l'arbitrage interétatique.

Mais évidemment la clé de tout reste la saisine de la Cour dans une situation concrète, sinon la Cour restera une belle liste de noms d'arbitres et de conciliateurs, comme les listes prévues dans nombre d'autres instruments, à commencer par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Et nous resterons des « *personnages en quête d'auteur* » comme les acteurs de Pirandello. Mais la Cour n'est pas restée inactive. A côté des efforts de communication – qui passent par l'enrichissement de notre site officiel – nous avons veillé à ce que la Cour soit en ordre de marche, en envisageant divers scénarios de mise en place d'une commission ou d'un tribunal, avec différents paramètres, des variantes et des options. Nous pourrions aller plus loin et afficher, comme le fait la Cour permanente d'arbitrage, les modalités pratiques de mise en œuvre de la Convention, même s'il faut faire toute leur place à la confidentialité et à la flexibilité. Un des éléments essentiels me semble être le facteur temps, avec le recul nécessaire pour calmer les passions, mais les impératifs d'alerte précoce et de réponse rapide, afin de ne pas laisser s'envenimer des « abcès de fixation ».

De manière originale, la Cour a également soutenu la *Moot Court* organisée à l'initiative de notre collègue du Bureau, la Professeure Vasilka Sancin. Il faut espérer qu'un réseau académique pourra contribuer à élargir et renforcer cette initiative qui a déjà remporté un beau succès en s'adressant aux étudiants. Peut-être serait-il également utile d'avoir des séminaires ou des modules de formation sur la conciliation et l'arbitrage, destinés aux futurs utilisateurs, diplomates et juristes.

Sans sortir de notre rôle d'« *honnête intermédiaire* » pouvons-nous aller plus loin ? On peut imaginer des contacts réguliers avec d'autres instances de l'OSCE comme l'Assemblée parlementaire ou le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme. Nous sommes contraints par le cadre juridique de la Convention, mais la Cour pourrait assumer des fonctions extraconventionnelles, sur le terrain consultatif, par exemple, comme cela a été parfois évoqué. En ce sens le succès de la Commission de Venise pour la démocratie par le droit, un accord ouvert du Conseil de l'Europe, est tout à fait remarquable et des synergies pourraient être trouvées.

Aller plus loin nécessiterait de remettre sur le chantier la Convention de Stockholm ce qui ne me semble pas opportun dans une période aussi incertaine que celle que nous traversons. Tout au plus peut-on imaginer un protocole additionnel pour dépasser la logique interétatique d'il y a trente ans et tenir compte des nouveaux enjeux transnationaux impliquant des entreprises ou des acteurs de la société civile.

J'espère que d'autres idées émergeront à l'occasion de ce trentième anniversaire, loin de toute autosatisfaction de commande. Réunir les membres de la Cour pour profiter de leurs expériences professionnelles très variées et très riches serait une excellente chose, mais l'indispensable relance, le « *reset* » de la Convention de Stockholm ne peut venir que des Etats.

Quant à nous, avec conviction, avec résolution, avec détermination, nous devons maintenir vivante la flamme du règlement pacifique des différends. C'est lorsque les fondements même du droit et de la paix sont menacés qu'il faut sauvegarder les instruments garantissant la légalité internationale. Si la Convention de Stockholm a pu vivre en veillesse pendant trente ans, elle doit aujourd'hui être pleinement utilisée, là où c'est possible, là où c'est nécessaire. Comme le disait dans des temps incertains Léon Bourgeois, « *La paix est la durée du droit* ».