

Contribution des avocats et conseils au règlement des différends internationaux : étude à la lumière de la pratique devant la Cour internationale de Justice et le Tribunal international du droit de la mer

Andreas R. Ziegler* & Rimdolmsom Jonathan Kabré**

This article discusses the question of whether the action of private lawyers contributes or hinders the peaceful resolution of international disputes. It starts with the definition of this specific category of actors (advocates and counsel) and the legal framework in which they operate. Using the jurisprudence of the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea, the article then examines the challenges encountered by advocates and counsel as well as the problems raised by their presence in international litigation. The article goes further to discuss reforms that can improve the legitimacy of these lawyers and enable better action in the peaceful resolution of international disputes.

Keywords: Private lawyers – State representation and assistance – Tribunals’ inherent powers – Ethics – Liability of lawyers – Legitimacy

Mots-clés: Juristes privés – Représentation et assistance étatiques – Pouvoirs inhérents des tribunaux – éthique – Responsabilité des juristes – Légitimité

Table des matières

- I. Introduction
- II. Quelques clarifications terminologiques
 - A. Une approche fonctionnelle de l’avocat et du conseil
 - B. Représentation et assistance étatiques devant les tribunaux internationaux
- III. L’action des avocats et conseils : entre contestations et légitimations
 - A. Proximité avec l’État représenté
 - B. Éthique et responsabilité des juristes devant les tribunaux internationaux
- IV. Conclusion

J’ai aimé travailler avec vous pour la défense des intérêts de votre pays, que j’aime profondément. J’ai apprécié que tout en les défendant ensemble, nous puissions échanger

* Professeur ordinaire à la Faculté de droit, de sciences criminelles et d’administration publique de l’Université de Lausanne (Suisse).

** Chercheur postdoctoral, Centre for Human Rights, Université de Pretoria (Afrique du Sud).

librement sur les limites à ne pas franchir (...) des avocats peuvent défendre des causes plus ou moins discutables ; il est impossible de représenter dans des enceintes vouées à l'application du droit un pays qui le méprise si cyniquement.

Alain Pellet, Lettre ouverte à mes amis Russes, L'Ukraine n'est pas la Crimée, 23 Février 2022

I. Introduction¹

Les avocats « jouent un rôle irremplaçable devant les tribunaux internationaux en tant qu'auxiliaire de la justice »². Toutefois, ce rôle a parfois fait l'objet de critiques par plusieurs tribunaux internationaux. Devant la Cour internationale de Justice (CIJ), par exemple, le juge Oda critiquait la République démocratique du Congo pour s'être faite représentée par un avocat étranger : « je constate qu'en l'espèce un État qui se présente devant la Cour est représenté non pas par une haute personnalité de son gouvernement agissant en qualité d'agent mais par un juriste privé ressortissant d'un autre pays hautement développé. Cette situation s'est rarement présentée dans l'histoire de la Cour et cela m'amène une fois de plus à me demander si l'affaire est soumise à la Cour dans l'intérêt de l'État en cause ou pour quelque autre raison »³. Devant le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM), le Juge Cot émettait des réserves sur la fiabilité des informations fournies par un avocat, agissant au nom de l'État du Belize : « l'agent-avocat n'est pas nécessairement en contact étroit avec les autorités de l'État du pavillon. La crédibilité, la fiabilité des informations qu'il fournit sur la position juridique de l'État du pavillon peuvent être sujet à caution »⁴. De son côté, le Groupe Spécial de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) se demandait si l'admission d'avocats privés dans ses procédures « serait dans l'intérêt des plus petits membres du moment qu'elle pourrait entraîner des charges financières disproportionnellement importantes pour eux » et si cette admission n'influencerait pas « le caractère intergouvernemental des procédures de règlement des différends de l'OMC »⁵. Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, les avocats ont fait l'objet de critiques pour certains aspects de leur action, notamment la multiplication des rôles⁶ et leurs honoraires élevés qui affectent le coût global de la procédure arbitrale⁷.

¹ Cet article est une version traduite, révisée et mise à jour de notre article ANDREAS ZIEGLER & RIMDOLMSOM J KABRÉ, « The Legitimacy of Private Lawyers Representing States Before International Tribunals », dans : F. Baetens (éd.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, Cambridge 2019, 544-565.

² « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée*, déclaration de M. Cot, Juge ad hoc, TIDM Recueil 2001, 51.

³ *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, déclaration de M. Oda, CIJ, Recueil 2005, 132.

⁴ *Affaire du Grand Prince (Belize c. France)*, déclaration de M. Cot, Juge ad hoc, 53, para.14.

⁵ OMC, Rapport du Groupe Spécial, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 22 mai 1997, WT/DS27/R/GTM, 294, para 7.12

⁶ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018) A/CN.9/935, 14 mai 2018, 13.

⁷ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018) A/CN.9/964, 6 novembre 2018, 19.

Ces différentes critiques s'inscrivent dans un contexte, assez généralisé, de contestations voire de remise en cause du système de règlement des différends internationaux: à titre illustratif, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, longtemps considéré comme le joyau de la couronne du droit international économique, est actuellement paralysé suite à l'expiration du mandat de son dernier membre le 30 novembre 2020 et compte tenu de l'impossibilité de nommer les nouveaux membres au niveau de l'Organe d'Appel⁸. Aussi, des contestations s'élèvent au sujet de l'arbitrage d'investissement avec la dénonciation de plusieurs traités d'investissement⁹ et l'exclusion de l'arbitrage investisseur-État de quelques instruments d'investissements¹⁰. La justice pénale internationale n'est pas en marge avec des pays comme le Burundi¹¹ et les Philippines¹² ayant dénoncé le statut de Rome instituant la Cour Pénale Internationale. Cette remise en cause ou « crise » de légitimité du système de règlements des différends internationaux a été examinée sous différents angles (causes, manifestations ainsi que les possibles réformes) et suivant diverses approches: certaines études ont adopté une approche spécifique en se focalisant sur l'examen d'un seul tribunal¹³ tandis que d'autres adoptent une approche globale en examinant la légitimité du système de règlement des différends pris dans son ensemble¹⁴. D'autres

⁸ <www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_descrp_f.htm#fnt-15> (dernière consultation 3 Avril 2023).

⁹ Par exemple, l'Inde a unilatéralement dénoncé le traité bilatéral d'investissement, signé avec les Pays-Bas, voir <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1940/india---netherlands-bit-1995>> (dernière consultation 3 Avril 2023). Dans le même sens, l'Équateur a mis fin à 16 accords d'investissements, voir <www.tni.org/en/article/ecuador-terminates-16-investment-treaties> (dernière consultation 3 Avril 2023).

¹⁰ Les récents Accords de coopération et de facilitation des investissements du Brésil ne comportent pas l'arbitrage investisseur-État, voir <www.iisd.org/itn/en/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/> (dernière consultation 3 Avril 2023). Aussi, la loi nationale d'investissement sud-africaine (The Protection of Investment Act 22 of 2015) ne contient pas de recours à l'arbitrage investisseur-État pour la résolution des litiges d'investissements, voir <www.gov.za/documents/protection-investment-act-22-2015-15-dec-2015-0000> (dernière consultation 3 Avril 2023).

¹¹ <www.icc-cpi.int/fr/news/declaration-du-president-de-lassemblee-des-etats-parties-relatif-au-processus-de-retrait-du> (dernière consultation 3 Avril 2023).

¹² <www.icc-cpi.int/fr/news/le-president-de-lassemblee-des-etats-parties-regrette-le-retrait-des-philippines-du-statut-de> (dernière consultation 3 Avril 2023).

¹³ ANDREAS FØLLESDAL, JOHAN KARLSSON SCHAFFER & GEIR ULFSTEIN (éds), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge 2014, 322; ROBERT HOWSE, HÉLÈNE RUIZ-FABRI, GEIR ULFSTEIN & MICHELLE Q. ZANG (éds), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge 2018, 544; voir aussi NEIL B. NUCUP, « Infallible or Final?: Revisiting the Legitimacy of the International Court of Justice as the «Invisible» International Supreme Court », 18 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2019), 145–162; THOMAS SCHULTZ, « Legitimacy Pragmatism in International Arbitration: A Framework for Analysis », dans: J. Kalicki & M. Abdel Raouf (éds), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn 2019, 25-51.

¹⁴ Voir, par exemple, ARMIN VON BOGDANDY & INGO VENZKE, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford 2014, 304; YUVAL SHANY, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford 2014, 352.

études se sont focalisées sur la légitimité des acteurs intervenant dans le procès international¹⁵.

C'est dans ce contexte que la présente analyse se propose d'examiner la légitimité des juristes qui, sans être fonctionnaires ou membres de l'administration locale de l'État litigant, interviennent néanmoins pour le compte de celui-ci devant les tribunaux internationaux : les juristes « privés » pour emprunter l'appellation du Juge Oda¹⁶. L'objet de cette contribution est d'examiner les problèmes rencontrés par les avocats et conseils dans le cadre de leur action ainsi que les problèmes soulevés par leur présence dans le contentieux international. Plus spécifiquement, la discussion se focalisera sur la question de savoir si l'action de ces juristes est un facteur ou un obstacle à la pacifique résolution des différends internationaux. Cette question s'était notamment posée devant l'organe de règlement des différends de l'OMC où un Groupe Spécial mettait essentiellement l'accent sur les obstacles et difficultés que la présence de ces juristes suscitait¹⁷ tandis que l'Organe d'appel soulignait les bénéfices de l'action de ces acteurs, notamment lorsqu'ils interviennent pour le compte de pays en développement¹⁸. Récemment, cette question a suscité de l'intérêt, à l'occasion notamment des discussions portant sur l'établissement d'un centre consultatif multilatéral en droit des investissements¹⁹.

Dans le paysage juridictionnel international, notre champ d'analyse se limitera aux tribunaux interétatiques, avec un accent particulier sur la CIJ et le TIDM. Plusieurs raisons sous-tendent une telle limitation : primo, et alors qu'il peut y avoir une fertilisation croisée (*cross-fertilization*) entre les tribunaux internationaux sur plusieurs aspects, l'action des avocats et conseils obéit à des règles et impératifs qui varient d'un tribunal international à l'autre. A cet effet, le professeur James Crawford propose de distinguer entre trois situations : le cas des juridictions pénales internationales, le cas des tribunaux interétatiques (CIJ et TIDM notamment) et le cas des tribunaux arbitraux d'investissements. Devant les juridictions pénales internationales, notamment la Cour pénale internationale (CPI), un barreau international « émerge » avec l'établissement d'une liste de conseils, créée et gérée par le greffe de ladite Cour. Les tribunaux

¹⁵ FREYA BAETENS (éd.), *Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge?*, Oxford 2021, 592; TOMMASO SOAVE, *The everyday makers of international law. From great halls to back rooms*, Cambridge 2022, 352; DANIEL TERRIS, CESARE P. R. ROMANO & LEIGH SWIGART, *The International Judge: An Introduction to the Men and Women who Decide the World's cases*, Waltham/Massachusetts 2007, 346. Pour une étude des acteurs « invisibles » du procès international, voir FREYA BAETENS (éd.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication*, Cambridge 2019, 650.

¹⁶ Activités armées dans le territoire du Congo (République démocratique du Congo contre Uganda) mesures provisionnelles, ordre du 1 juillet 2001, I.C.J. Reports 2000, Déclaration of Judge Oda, p. 132.

¹⁷ OMC, Rapport du Groupe Spécial, *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 22 mai 1997, WT/DS27/R/GTM, 294, para 7.12.

¹⁸ « Nous notons également que la représentation par les conseils choisis par un gouvernement peut fort bien revêtir une importance particulière – surtout pour les pays en développement Membres – lesquels doivent pouvoir être pleinement associés aux procédures de règlement des différends. En outre, comme l'Organe d'appel a pour mandat de n'examiner que des questions de droit ou des interprétations du droit figurant dans les rapports de groupes spéciaux, il est particulièrement important que les gouvernements soient représentés par des conseils qualifiés dans les procédures de l'Organe d'appel », OMC, Rapport de l'Organe d'Appel, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, 7-8, para 12.

¹⁹ Voir <<https://uncitral.un.org/fr/multilateraladvisorycentre>> (dernière consultation 3 Avril 2023).

interétatiques (CIJ et TIDM notamment) bénéficient d'un barreau « invisible », géré selon un système d'autorégulation. Devant les tribunaux d'investissements, il y a une « nécessité » d'établir un barreau international²⁰. Il nous a alors semblé important de limiter cet article à l'analyse des tribunaux interétatiques et réserver les autres situations à des études subséquentes²¹. Secundo, la CIJ et le TIDM font une distinction claire entre la fonction de juges et celle de représentants des parties au litige²². Ce n'est pas le cas de l'arbitrage CIRDI, par exemple, où les conseils, représentants des États, peuvent aussi exercer les fonctions d'arbitres. Cette distinction paraît importante étant donné le fait que cet article examinera la question de la légitimité des juristes privés intervenant dans le procès international en qualité de représentants étatiques. Tertio, la transparence des procédures des tribunaux est aussi un critère de sélection : les procédures devant certains tribunaux comme l'organe de règlement des différends de l'OMC sont confidentielles²³. Traditionnellement, il en va de même pour les procédures arbitrales (notamment administrées par la Cour permanente d'arbitrage). En revanche, la CIJ et le TIDM sont caractérisés par la transparence de leurs procédures ainsi que par la publication de leurs décisions motivées renvoyant, le cas échéant, à d'autres tribunaux.

Notre démarche sera organisée autour de deux axes majeurs : la section II se focalise sur l'identification de cette catégorie spécifique d'acteurs et analyse le cadre juridique au sein duquel se déroule leur action. Dans la section III, l'accent sera mis sur l'examen des critiques formulées contre leur action ainsi que des facteurs influençant la perception de légitimité. Cette section discutera aussi des réformes pouvant améliorer leur légitimité et permettre une meilleure action dans la résolution pacifique des différends internationaux.

II. Quelques clarifications terminologiques

Ces clarifications concerneront les notions d'avocats et de conseils (A), de représentation et d'assistance étatiques (B).

A. Une approche fonctionnelle de l'avocat et du conseil

La question de la définition des avocats et conseils s'était déjà posée lors de la création de la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), qui est la « devancière » de la CIJ²⁴. A cet effet, le secrétariat de la Ligue des Nations proposait, dans son projet de

²⁰JAMES CRAWFORD, « The International Bar, Essence before Existence? », dans : J. d'Aspremont, T. Gazzini, A. Nollkaemper & W. Werner (éds), *International Law as a Profession*, Cambridge 2017, 343-354.

²¹ Pour une étude complète de l'action des avocats et conseils devant les juridictions internationales, voir RIMDOLMSOM JONATHAN KABRÉ, *Le rôle des juristes privés (avocats et conseils) dans le règlement des différends impliquant les États*, Bâle 2021, 350.

²² Voir l'article 17 du Statut de la Cour Internationale de Justice du 26 juin 1945, entré en vigueur le 24 octobre 1945, disponible sous <www.icj-cij.org/fr/statut> (ci-après, Statut de la CIJ) (dernière consultation 3 Avril 2023); voir aussi l'article 7 al 2 du Statut du Tribunal international du droit de la mer, la Convention du droit de la mer des Nations Unies, 10 décembre 1982, disponible sous <www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_fr.pdf> (ci-après, Statut du TIDM) (dernière consultation 3 Avril 2023).

²³ Voir toutefois, la contribution de JESSICA C. PEARLMAN, « Participation by Private Counsel in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings », 30 *Law and Policy in International Business* (1999), 399-416.

²⁴ <www.icj-cij.org/fr/cpji> (dernière consultation 3 Avril 2023).

règlement, de limiter la qualité d'avocats aux « personnes admises à exercer les fonctions d'avocats devant la plus haute juridiction de leur pays », aux « professeurs de droit international appartenant aux universités » et aux « membres des grandes académies internationales de droit international »²⁵. Toutefois, cette proposition fut rejetée par la Cour qui opta plutôt pour une approche fonctionnelle. Ainsi, « aucune règle limitant le droit de plaider devant elle, ne doit être introduite dans le Règlement. Toute personne ayant été désignée par un État pour le représenter, devra être admise »²⁶. L'un des membres de ce comité, Lord Finlay, fit remarquer à juste titre que « la limitation, qui existe dans un certain nombre de pays, du droit de plaider devant les tribunaux, trouve sa raison d'être dans le fait que ceux-ci doivent avoir l'assurance que les personnes comparaisant devant elles ne feront pas un usage abusif de la procédure. Cette raison n'existe pas lorsque les plaideurs sont des États ; du reste, la difficulté d'établir des règles est pratiquement insurmontable. Dans ces conditions, le Comité de procédure a été d'avis de supprimer toute règle limitant le droit de plaider devant la Cour » (c'est nous qui traduisons)²⁷.

Cette approche, que l'on peut qualifier de fonctionnelle, a été retenue par la CIJ et le TIDM²⁸. Dans l'affaire *Société Electricité de Beyrouth (France c. Liban)*, le greffier de la CIJ fit la déclaration suivante en réponse à l'agent de l'état libanais qui demandait s'il existait une liste d'avocats agréés auprès de la Cour internationale de Justice, « je porte à votre connaissance qu'il n'existe pas de liste d'avocats agréés auprès de la Cour. Les agents se font assister de toutes personnes qu'ils choisissent, et ni le Statut ni le Règlement n'apportent de limitation à leur choix. Les arrêts et avis font toujours mention dans les premières pages des personnes qui assistent les agents et dont ceux-ci ont notifié le nom à la Cour »²⁹. Ainsi, l'affiliation à une association du barreau ou l'acquisition d'une formation juridique professionnelle ne constitue pas une exigence obligatoire à l'exercice des fonctions de conseil. L'accent est plutôt mis sur les fonctions exercées : pour être qualifié de conseil, la personne doit représenter l'une des parties au différend, comparaître en son nom ou lui donner des conseils juridiques³⁰. Cette définition fonctionnelle semble s'expliquer en grande partie par le principe de souveraineté étatique. Cette approche fonctionnelle aussi pourrait expliquer pourquoi les tribunaux internationaux, contrairement aux tribunaux nationaux et dans une certaine mesure les cours régionales³¹, introduisent une égalité entre les notions d'avocats et de conseil. C'est ce qui ressort de l'analyse de textes comme l'article 42 al. 2 du Statut CIJ avec l'emploi de la conjonction « ou » qui implique une équivalence entre ces deux termes³².

²⁵ Cour Permanente de Justice Internationale, *Comité consultatif des juristes, Procès-verbaux des séances du Comité, Projet préparé par le secrétariat*, 263.

²⁶ Cour Permanente de Justice Internationale, Série D, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, Quatorzième séance, session préliminaire*, 78-79.

²⁷ Supra n. 26, 78.

²⁸ Infra II.B.

²⁹ *Affaire de la Société Electricité de Beyrouth, Ordonnance du 29 juillet 1954* : C.1.J. Recueil 1954, 107, Mémoires, 531.

³⁰ A cet effet, voir l'article 1 des Principes de la Haye relatifs aux Standards Éthiques pour les Conseils comparaisant devant les Cours et Tribunaux internationaux, adopté le 27 septembre 2010 (ci-après les Principes de la Haye), disponible sur <www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/hague_sept2010.pdf> (dernière consultation 3 Avril 2023).

³¹ Voir article 19 du Statut de la CJUE.

³² « La pratique uniforme actuelle est d'employer les deux termes de manière interchangeable, ou même conjointement. La distinction en l'espèce se situe plutôt entre, d'une part, « conseil et avocat »,

Cette large définition est aussi confirmée par la pratique des États parties aux litiges, étant donné la diversité des personnes qui ont plaidé en tant que conseil devant les cours et tribunaux internationaux, notamment les avocats affiliés à un barreau national, les conseils qui ne sont pas affiliés à un barreau national³³, les professeurs de droit³⁴ et même des non-juristes³⁵. Empiriquement, les personnes ayant exercé les fonctions d'avocats et de conseil devant les tribunaux interétatiques, proviennent presque exclusivement des pays développés. Cette affirmation est confirmée par plusieurs études parmi lesquelles nous pouvons citer la recherche relative aux affaires contentieuses et aux avis consultatifs devant la CIJ et le TDIM ainsi qu'aux cas interétatiques administrés par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de 1997 à 2012. Cette recherche relève que le noyau de conseils (ceux qui ont comparu au moins deux fois) sont originaires de « l'Ouest (Europe de l'Ouest, États-Unis, Canada, Nouvelle-Zélande), et sont des praticiens du droit et universitaires »³⁶. Cette constatation est confirmée par une autre étude, menée par Alain Pellet, qui est parvenu à la conclusion qu'il existe un barreau invisible devant la CIJ et que celui-ci est composé exclusivement de ressortissants de pays développés³⁷. Dans les équipes juridiques des pays non-membres de l'OCDE comparissant devant la CIJ, il y a une prédominance d'avocats étrangers (84,9%) et la presque totalité de ces avocats (97,1%) vient d'États membres de l'OCDE.³⁸ Le professeur James Gathii avance un argument « géographique » pour expliquer un tel état de fait : la plupart des tribunaux internationaux ont leur siège dans des pays développés. Par exemple, la CIJ a son siège à La Haye (aux Pays-Bas) et le TIDM est situé à Hambourg (en Allemagne). Une telle localisation confèrerait un

et d'autre part, avec « conseillers » ; si une personne, qui est habituellement un « conseiller », était amenée à s'adresser devant la Cour, elle le ferait en tant que « conseil ». Parmi les tribunaux pénaux internationaux, il semble qu'il y a une préférence à employer le terme « conseil » pour désigner l'avocat qui représente un défendeur, mais en français, « avocat » est occasionnellement employé à la place de « conseil ». Le TIDM, cependant, emploie une terminologie, à toutes fins pratiques, qui est une copie conforme de celle de la Cour, en matière de procédures entre les États devant cette dernière » (c'est nous qui traduisons), SIR FRANKLIN BERMAN, Article 42, dans A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm & C. J. Tams (éds), *The Statute of the International Court of Justice*, a Commentary, 2ème éd., Oxford 2012, 1083-1084, note 33.

³³ Pour une définition du terme « avocat », consulter ARMAN SARVARIAN, *Professional Ethics at the International Bar*, Oxford 2014, 121-127.

³⁴ D'après Alain Pellet, le barreau de la CIJ est composé « presque » exclusivement de professeurs d'université, voir ALAIN PELLET, « The Role of the International Lawyer in International Litigation », dans : C. Wickremasinghe (éd.), *The International Lawyer as Practitioner*, London 2000, 147-162, 150.

³⁵ Saint-Vincent-et-les Grenadines était représenté par M. Werner Gerdts, Directeur général du cabinet de courtage Döhle Assekuranzkontor GmbH & Co. KG, voir « *Juno Trader* » (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau*), *prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2004, 17.

³⁶ ERAN STHOEGER & MICHAEL WOOD, « The International Bar », dans: C. P. R. Romano, K. J. Alter & Yuval Shany (éds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford 2014, 639-654, 649.

³⁷ Parmi ces 14 avocats, six sont anglais et quatre sont français, les quatre restants étant respectivement un Américain, un Australien, un Belge et un Uruguayen, PELLET, supra n. 34, 149.

³⁸ SHASHANK P. KUMAR & CECILY ROSE, « A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999-2012 », 25 *Eur. J. Int'l L.* (2014), 893-917, 903.

certain avantage aux avocats, géographiquement proches de ces villes. C'est ce qu'il appelle la « Géographie limitée des lieux et des idées du droit international »³⁹.

Après avoir explicité les notions d'avocat et conseil, la section suivante examinera les différentes fonctions exercées par ces juristes devant les tribunaux internationaux.

B. Représentation et assistance étatiques devant les tribunaux internationaux

Selon l'article 42 du Statut de la CIJ,

1. Les parties sont représentées par des agents.
2. Elles peuvent se faire assister devant la Cour par des conseils ou des avocats.
3. Les agents, conseils et avocats des parties devant la Cour jouiront des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions.⁴⁰

Quant à l'article 53 du Règlement TIDM,

1. Les parties sont représentées par des agents.
2. Les parties peuvent se faire assister devant le Tribunal par des conseils ou des avocats.⁴¹

Il ressort de ces textes que les avocats et conseils ont été expressément chargés « d'assister » les États parties au litige tandis que le mandat de représentation est confié aux agents. La différence principale entre « assistance » et « représentation » réside dans les pouvoirs dont dispose l'agent : tandis que le gouvernement doit approuver les actions de l'assistant afin de les valider, l'agent possède le pouvoir de lier l'État représenté⁴². L'agent reçoit des notifications au nom de l'État, partie au litige⁴³, signe les actes de procédure⁴⁴ et lit les conclusions finales d'une partie⁴⁵. L'agent peut également comparaître en qualité de conseil, mais non l'inverse⁴⁶.

Certains textes internationaux confèrent un rôle de représentation au conseil, mais uniquement pour les acteurs non-étatiques (ce qui contribue à la confusion qui existe

³⁹ JAMES THUO GATHII, « The Promise of International Law: A Third World View (Including a TWAIL Bibliography 1996-2019 as an Appendix) », 114 Proceedings of the ASIL Annual Meeting (2020), 165-187.

⁴⁰ Article 42(2) Statut de la CIJ.

⁴¹ Article 53 Règlement du Tribunal (ITLOS/8) (Règlement TIDM) tel qu'adopté le 28 octobre 1997 et tel qu'amendé le 15 mars 2001, le 21 septembre 2001, 17 mars 2009, le 25 septembre 2018, le 25 septembre 2020 et le 25 septembre 2021, disponible sur <www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/TIDM_8_25.03.21.pdf> (dernière consultation 3 Avril 2023).

⁴² BERMAN, supra n. 32, 1080.

⁴³ Article 40(1) du Règlement CIJ.

⁴⁴ Article 52 du Règlement CIJ, article 65 du Règlement TIDM.

⁴⁵ Article 60(2) du Règlement CIJ, Article 75(2) du Règlement TIDM ; voir également *l'affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Grande-Bretagne)*, arguments oraux, Rapports CIJ 1963, 15 (250).

⁴⁶ Pour avoir un aperçu du rôle de l'agent, voir MICHAEL J. MATHESON, « Practical Aspects of the Agent's Role in Cases Before the International Court », 1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2002), 467-479; voir également SHABTAI ROSENNE, « The Agent in Litigation in the International Court of Justice », dans: W. Kaplan & D. McRae (éds), *Law, Policy and International Justice: Essays in Honour of Maxwell Cohen*, Montreal/Kingston/London/Buffalo 1993, 41-68.

parfois dans la littérature). Selon l'article 19 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, par exemple :

Les États membres ainsi que les institutions de l'Union sont représentés devant la Cour de justice par un agent nommé pour chaque affaire ; l'agent peut être assisté d'un conseil ou d'un avocat...

Les autres parties doivent être représentées par un avocat.

Seul un avocat habilité à exercer devant une juridiction d'un État membre ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen peut représenter ou assister une partie devant la Cour.⁴⁷

Bien que les juristes privés n'aient pas été expressément autorisés à jouer le rôle de représentants étatiques par les textes réglementant la procédure devant les cours et tribunaux internationaux⁴⁸, certains États, en se basant sur le principe de la libre représentation, ont choisi ces juristes privés comme représentants (agents), en lieu et place de fonctionnaires ou de personnalités politiques⁴⁹. La question de la représentation d'un État par un avocat privé a été au cœur des échanges lors de l'affaire du navire *Norstar*⁵⁰. En l'espèce, l'Italie remettait en cause la validité de la représentation du Panama par M. Nelson Carreyó Collazos, un avocat privé exerçant au Panama. Le tribunal a d'abord rappelé un principe cardinal en droit international selon lequel « il appartient à chaque État de déterminer les personnes, y compris les personnes privées, qui sont habilitées à représenter l'État ou autorisées à agir en son nom dans ses relations avec d'autres États et des organisations et institutions internationales, parmi lesquelles les cours et tribunaux internationaux »⁵¹. Et de conclure que « le fait que M. Carreyó soit avocat dans un cabinet privé, agissant en tant que représentant légal du propriétaire du navire « *Norstar* », n'empêche pas le Panama de lui conférer le pouvoir de le représenter »⁵².

⁴⁷ Version consolidée du Protocole (numéro 3) sur le Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexée aux Traités lors de l'amendement par la Réglementation (UE, Euratom) numéro 741/2012 du Parlement européen et du Conseil du 11 août 2012 (OJ L 228, 23.8.2012, p. 1). Ceci se réfère aux avocats affiliés à un barreau national.

⁴⁸ Cette déclaration doit être nuancée si l'on considère la comparution « au nom » d'un État (telle qu'envisagée par l'article 292 de la Convention sur le droit de la mer des Nations Unies, signée le 10 décembre 1982, en vigueur le 16 novembre 1994) comme une forme de représentation étatique. Un auteur propose de distinguer entre l'intervention « en tant que représentant étatique » et l'intervention « au nom d'un État », voir JEAN PIERRE COT, « Appearing *for* or *on behalf of* a State : The Role of Private Counsel before International Tribunals », dans : N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum & B. B. Röben (éds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague 2002, 835-848.

⁴⁹ En droit international, il est incorrect de considérer comme représentation le fait pour un État, d'envoyer un agent ou un organe aux fins de défense de ses intérêts devant un tribunal international. La représentation, en droit international, suppose que le représentant de l'État, l'État représenté et la tierce personne soient, tous, des sujets de droit international, voir ANGELO PIERO SERENI, *La représentation en droit international*, Leiden/Boston 1948, 80; voir aussi RIAD DAOUDI, *La représentation en droit international public*, Paris 1980, 406; consulter également EVELYNE LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international, une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, The Hague/London/New York 2002, 135-136. Cependant, plusieurs textes internationaux qualifient de « représentation », la relation entre un pays litigant et ses organes (ou ses agents) chargés de la défense des intérêts étatiques devant les tribunaux internationaux. Rosenne suggère d'utiliser cette expression dans son sens « diplomatique », voir ROSENNE, *supra* n. 46, 61.

⁵⁰ *Navire « Norstar » (Panama c. Italie), exceptions préliminaires*, arrêt, TIDM Recueil 2016, 44.

⁵¹ *Supra* n. 50, 67, para 93.

⁵² *Supra*, n. 50, 68, para 95.

En pratique, la majorité des pays en développement, intervenant dans le cadre des procédures devant le TIDM, ont choisi des avocats étrangers comme représentants. Cela a été le cas des pays comme Saint-Vincent-et-les-Grenadines⁵³, la Guinée⁵⁴, la Guinée-Bissau⁵⁵, les Seychelles⁵⁶, le Belize⁵⁷ et le Panama⁵⁸. Devant la CIJ, par exemple, l'Éthiopie⁵⁹, le Liberia⁶⁰, Djibouti⁶¹ et la République démocratique du Congo⁶² étaient représentés par des juristes étrangers.

En parallèle, il convient de rappeler que les rôles d'agent et de conseil peuvent parfois se chevaucher quand il s'agit de leur réelle influence sur la procédure de règlement des différends en tant que telle et sur la représentation des États concernés. Un tel chevauchement est parfaitement illustré par l'article 292(2) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention CNUDM) qui permet d'agir « au nom » d'un État⁶³. L'action « au nom de l'État » est une sorte de double fonction où le représentant défend non seulement les intérêts d'un État mais aussi ceux d'une partie privée. Il s'agit d'une situation spécifique aux litiges relatifs au droit de la mer⁶⁴, et cet article 292(2) Convention CNUDM consacre, de l'avis d'un des juges du TIDM, « le rôle spécial des parties privées et de leurs avocats dans le cadre de cette procédure »⁶⁵.

⁵³ *L'affaire M/V « SAIGA » (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 1997, 16 ; *L'affaire (N°2) M/V « SAIGA » (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 1999, 10 ; « *Juno Trader* » (*Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau*), *Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2004, 17 ; *M/V « Louisa » (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, TIDM Recueil 2013, 4.

⁵⁴ *L'affaire M/V « SAIGA » (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 1997, 16 ; *L'affaire (N°2) M/V « SAIGA » (Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 1999, 10.

⁵⁵ « *Juno Trader* » (*Saint Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée-Bissau*), *Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2004, 17 ; *M/V « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, TIDM Recueil 2014, 4.

⁵⁶ *L'affaire « Monte Confurco » (Seychelles c. France), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2000, 86.

⁵⁷ *L'affaire du « Grand Prince » (Belize c. France), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2001, 17.

⁵⁸ *L'affaire « Camouco » (Panama c. France), Prompte mainlevée*, arrêt, TIDM Recueil 2000, 10 ; *L'affaire « Chaisiri Reefer 2 » (Paname c. Yémen), Prompte mainlevée*, ordonnance du 06 juillet 2001, TIDM Recueil 2001, 76 ; *M/V « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, TIDM Recueil 2014, 4.

⁵⁹ *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires*, arrêt du 21 décembre 1962, C.I.J. Recueil 1962, 319.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, 177.

⁶² *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 168.

⁶³ Conclue à Montego-Bay, le 10 décembre 1982.

⁶⁴ « This procedure aims at overcoming difficulties arising from detention by a coastal State of a foreign vessel and its crew for alleged infringements of its fisheries and environmental laws and regulations. The difficulties to be overcome concern the costs to be incurred during the detention, pending domestic proceedings, and sometimes even pending the decision as to whether to start domestic proceedings », TULLIO TREVES, Article 292, dans: A. Proelss (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, Munich 2017, 1882.

⁶⁵ «Grand prince» (*Belize c. France*), *prompte mainlevée*, arrêt, déclaration de M. Cot, juge ad hoc, TIDM Recueil 2001, 52, para 11; voir aussi RIMDOLMSOM JONATHAN KABRÉ, « La défense des intérêts étatiques africains dans le cadre de la procédure de prompte mainlevée », *XL Annuaire de Droit Maritime et Océanique* (2022), 199-217.

Au total, ces experts en droit peuvent exercer plusieurs rôles, allant de l'assistance à la représentation, en passant par l'action au nom de l'État. Plusieurs raisons sont souvent invoquées en soutien de l'action de ces experts, notamment l'expertise (supposée) limitée des acteurs étatiques⁶⁶ et la complexité des procédures internationales qui confèrent un avantage à ces experts car ceux-ci connaissent les règles et le fonctionnement des tribunaux internationaux. Malgré ces raisons, militant en faveur de leur présence et action, les avocats et conseils ont été assez critiqués et certaines de ces critiques sont de natures à entacher la légitimité de ces acteurs du procès international. La section suivante discutera du bien-fondé ces critiques.

III. L'action des avocats et conseils : entre contestations et légitimations

Divers types de critiques à l'égard de la légitimité des conseils privés agissant au nom des gouvernements sont basés sur leur présumé manque de proximité avec l'État représenté (A) et sur l'absence de règles éthiques pour encadrer leur action (B).

A. Proximité avec l'État représenté

Dans un premier temps, l'analyse s'emploiera à clarifier les contours de ce facteur de légitimité (1) avant, dans un second temps, d'examiner les conséquences du manque de proximité entre le gouvernement représenté et son mandataire (2).

1. La proximité du conseil privé avec l'État représenté

Pour introduire ce constat, nous aimerions donner quelques exemples : lors d'un litige entre le Belize et la France, un membre du TIDM a déclaré que « L'agent désigné par le Belize n'est pas bien placé, en tant qu'avocat non-bélicien pratiquant dans le domaine privé en Espagne, pour expliquer au Tribunal les incohérences apparentes que contiennent les déclarations des différents départements et agences gouvernementaux du Belize »⁶⁷. Dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, précédemment mentionnée, le juge Oda déplorait le fait que la République Démocratique du Congo se fasse représenter par « un juriste privé ressortissant d'un autre pays hautement développé » et non « par une haute personnalité de son gouvernement agissant en qualité d'agent »⁶⁸.

Dans les deux affaires, la présence des avocats a été critiquée car ils étaient de nationalités différentes de celles des États qu'ils représentaient et aussi parce qu'ils

⁶⁶ CESARE P.R. ROMANO, « International Justice and Developing Countries (Continued) : A Qualitative Analysis », 1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2002), 539-611, 557. Aussi, le préambule de l'Accord établissant le Centre Consultatif sur la Législation de l'OMC, conclu le 30 novembre 1999, constate que les « pays en voie de développement, en particulier les moins avancés d'entre eux, et les économies en transition ont une expertise limitée de la législation de l'OMC ainsi que de la gestion de différends commerciaux complexes et que leur capacité à acquérir ladite expertise est limitée par de sérieuses contraintes financières et institutionnelles ». Ce constat, qui est applicable à l'organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, peut être étendu par analogie à d'autres tribunaux internationaux.

⁶⁷ *L'affaire du « Grand Prince » (Belize c. France)*, *Prompte mainlevée*, arrêt, opinion individuelle de M. Anderson, juge, TIDM Recueil 2001, 54.

⁶⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, déclaration de M. Oda, CIJ, Recueil 2005, 132.

n'occupaient pas une haute fonction au sein de l'administration locale. Un facteur aggravant semble être le fait qu'ils n'agissaient pas seulement en qualité de conseils mais aussi en qualité d'agents des États concernés. De ces reproches, l'on pourrait déduire un facteur influençant la légitimité qui est la proximité du représentant étatique d'avec l'État mandant. Ainsi, plus le juriste est proche de l'État qu'il représente et plus sa légitimité est perçue comme justifiée. Cette proximité peut être évaluée par des critères juridiques ou matériels. Juridiquement, il peut s'agir d'un critère comme la nationalité qui, faut-il le rappeler, a été définie comme impliquant une « solidarité effective d'existence, d'intérêts » entre l'individu et l'État⁶⁹. Matériellement, il peut notamment s'agir de la participation à l'exécution d'une mission d'intérêt public. Comme le rappelle Mahinga, « ce lien n'est pas forcément un lien de nationalité, il peut s'agir de juristes étrangers qui ont une connaissance approfondie de la législation de l'État soit parce qu'ils y exercent leurs activités professionnelles, soit encore parce qu'ils y accomplissent des missions d'enseignement ou de recherches périodiques »⁷⁰.

Ce facteur de légitimité pourrait simplement avoir été influencé par la pratique historique des gouvernements en matière de représentation⁷¹. En effet, et dans le cadre des relations avec d'autres États et organisations internationales, les États ont eu pour habitude d'envoyer des délégations, qui comprenait un chef de la délégation, d'autres délégués, des membres du personnel diplomatiques, administratifs, techniques et de services⁷². Des ministres ou d'autres personnes occupant de hautes fonctions dans les gouvernements représentés faisaient également partie de ces délégations⁷³. Même s'ils en ont la possibilité, la désignation comme représentants de personnes ne possédant pas la nationalité de l'État mandant semblait être l'exception plutôt que la règle⁷⁴. Une telle pratique aurait simplement pu conduire à croire que la représentation de l'État devrait être assurée par ses (hauts) fonctionnaires, dont la mission consiste à travailler quotidiennement à la défense des intérêts publics de l'État. Aux États-Unis, par exemple, il existe une distinction traditionnelle entre le rôle des avocats gouvernementaux et celui des avocats, intervenant pour le compte des parties privées. Les deux fonctions sont, certes, décrites comme celles d'un avocat mais ont des

⁶⁹ Voir arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955, CIJ Recueil 1955, 23.

⁷⁰ JEAN-GRÉGOIRE MAHINGA, *Le Tribunal international du droit de la mer : Organisation, compétence et procédure*, Bruxelles 2013, 160.

⁷¹ Par exemple, les délégations étatiques au GATT étaient exclusivement composées d'agents publics et de hautes autorités politiques de l'État concerné, voir OMC, *Rapport de l'Organe d'Appel, Communautés Européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 09 Septembre 1997, WT/DS27/AB/R, 5-6, para 8-9 ; voir aussi GABRIELLE MARCEAU, AMELIA PORGES & DANIEL ARI BAKER, « Introduction and Overview », dans : G. Marceau (éd.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO. The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge 2015, 9.

⁷² Article 45 de la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975 (Convention de Vienne). Même si cette Convention n'est pas entrée en vigueur, ses dispositions traitant de la composition des délégations étatiques aux organes et aux conférences constituent « un reflet du droit international coutumier dans ce domaine », voir RUTSEL SILVESTRE J. MARTHA, « Representation of Parties in World Trade Disputes », 31 *Journal of World Trade* (1997), 86.

⁷³ Article 50 Conventions de Vienne.

⁷⁴ Par exemple, le Lichtenstein s'est fait représenter par un *solicitor* à la Cour Suprême britannique, M. Erwin H. Loewenfeld, LL. B dans l'*Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, 4 ; voir aussi l'article 73 Convention de Vienne ou encore SHABTAI ROSENNE, *The Law and the Practice of the International Court 1920-2005*, Leiden/Boston 2006, 1120-1121.

implications différentes. La première sert l'intérêt public, tandis que la seconde défend, principalement, l'intérêt individuel de leurs clients privés⁷⁵. Ces juristes publics (*government attorneys*), auraient des responsabilités spéciales excédant celles des juristes privés⁷⁶. En particulier, les premiers se doivent d'agir avec intégrité et en toute bonne foi car étant soumis à des exigences éthiques beaucoup plus poussées que les seconds. C'est peut-être ce qui pourrait expliquer que, dans l'affaire du navire *Norstar*, l'Italie, qui était représenté par sa vice-avocate générale, contestait la représentativité de M. Carreyó, avocat panaméen du secteur privé, comme représentant du Panama.

L'idée qui sous-tend ce facteur de légitimité est celle selon laquelle l'absence de proximité entre l'agent et son gouvernement pourrait impacter négativement le déroulement de la procédure internationale. Cela peut être moins vrai pour d'autres systèmes juridiques (comme ceux du continent européen), qui attribuent également des fonctions spécifiques dans l'intérêt public à des avocats privés lors de la défense de parties privées contre l'État.

2. Les conséquences du manque de proximité entre le gouvernement représenté et son conseil/agent

Tout d'abord, on pourrait s'interroger sur l'opportunité de désigner un juriste privé (étranger) comme agent étatique, compte tenu des implications politiques et diplomatiques de cette fonction. Il est même arrivé que les juristes gouvernementaux n'aient pas eu accès à toutes les informations relatives au litige et soient allés devant les tribunaux sans des informations essentielles. Ce fut le cas dans l'affaire du Détroit de Corfou⁷⁷, où les juristes du Foreign Office, représentant le Royaume Uni n'eurent pas accès à des informations essentielles, notamment des documents émanant du « Commander-in-Chief Mediterranean » et prouvant que le passage des navires britanniques dans le détroit de Corfou était un test destiné à évaluer la réaction de l'Albanie en cas de passage non autorisé dans le détroit⁷⁸. En conséquence, ces juristes soutinrent, devant la CIJ, que le passage des navires britanniques était « innocent in its intention and was taken in the bona fide belief of their possessing a legal right of passage through the Corfu Strait as an international channel of navigation »⁷⁹. Si les juristes travaillant dans des départements étatiques, comme le Foreign Office britannique, peuvent ne pas avoir accès à certaines informations essentielles, quid des

⁷⁵ «The traditional understanding of the public interest serving role for attorneys for governmental entities lies in sharp contrast to traditional understandings of the appropriate professional role for attorneys for private parties. While traditional understandings of the appropriate role for attorneys for private parties do acknowledge some responsibility on the part of such attorneys to take into account the public interest, this responsibility is greatly subordinated to the attorneys' responsibility to advance the individual self-interests of their clients », STEVEN K. BERENSON, « Public Lawyers, Private Values: Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest? », 41 Boston College Law Review (2000), 789-846, 796.

⁷⁶ RICHARD B. BILDER, « International Law and United States Foreign Policy: Some reflections on the ASIL/ILA Report on the Role of Legal Adviser », 1 Transnational Law and Contemporary Problems (1991), 201-224.

⁷⁷ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt sur les exceptions préliminaires, CIJ Recueil 1948, 15.

⁷⁸ W. MICHAEL REISMAN & CHRISTINA SKINNER, *Fraudulent Evidence Before Public International Tribunals: The Dirty Stories of International Law* (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), Cambridge 2014, 60-62.

⁷⁹ *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), Mémoire présenté par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 30 septembre 1947, 46, para. 91.

juristes privés étrangers ? A titre d'illustration, dans l'affaire relative au Statut vis-à-vis de l'État hôte d'un envoyé diplomatique auprès de l'Organisation des Nations Unies⁸⁰, le Commonwealth de Dominique avait désigné comme agent, madame Ingrid Detter Frankopan, avocate suédoise inscrite au barreau anglais et professeure de droit international. Selon des informations relayées par les journaux dominicains, c'est sur sa recommandation que le Commonwealth de Dominique a décidé de soumettre l'affaire à la Cour. Elle avait fourni des services juridiques à cet État sur des questions relatives au droit de la représentation diplomatique et avait, ainsi, estimé que cette affaire présentait un intérêt juridique considérable, notamment pour la communauté juridique internationale et les gouvernements, en ce qui concerne la délimitation des compétences entre un État d'envoi, une organisation internationale et un État hôte de cette organisation. Toutefois, après la divulgation par la Suisse d'informations relatives à M. Roman Lakschin, qui était membre de la mission permanente de la Dominique auprès de l'Organisation des Nations Unies à Genève, madame Ingrid Detter Frankopan a demandé au Commonwealth de Dominique de se désister. Elle fera la déclaration suivante: « if I had been aware of these facts, I would not have advised the Government to file the case »⁸¹.

Ensuite, et relativement aux problèmes qui résultent de la non-proximité entre un état et son avocat ou agent, le conseil privé peut fournir au tribunal des renseignements inexacts. En tant que représentant, l'agent (et dans une moindre mesure le conseil) est le lien entre le tribunal et l'État partie au litige. Étant donné cette position, l'agent doit faire preuve d'une grande fiabilité⁸². Ceci requiert de l'expertise légale mais aussi une bonne connaissance des réalités locales. Dans le cas où l'agent n'est pas un ressortissant (ou du moins un résident) de l'État représenté, il pourrait fournir au tribunal international des informations inexacts ou même être incapable de fournir toutes les informations demandées, notamment lorsqu'elles sont en relation avec les affaires nationales du gouvernement. Dans l'affaire du Grand Prince, l'agent désigné par le Belize a fourni « des informations incomplètes et contradictoires concernant l'immatriculation du navire et la position du Belize quant à la nationalité du Grand Prince »⁸³. De plus, le juge Anderson « aurait préféré demander plus d'informations concernant le statut juridique du Grand Prince à l'époque des faits ». Cependant, et compte tenu du fait que l'agent ne connaissait pas les pratiques locales des différents départements du gouvernement et des agences du Belize, ce juge a décidé, comme l'ensemble du Tribunal, de « ne pas chercher à obtenir auprès du requérant d'autres renseignements »⁸⁴.

Dans l'affaire du *Juno Trader*, et comme l'ont constaté des juges, « il y a contradiction entre ce que le défendeur déclare au Tribunal au sujet de la législation bissau-guinéenne et ce que dit cette législation d'après ce qu'il est possible de déduire

⁸⁰ Statut vis-à-vis de l'État hôte d'un envoyé diplomatique auprès de l'Organisation des Nations Unies (Commonwealth de Dominique c. Suisse).

⁸¹ *Dominica Government to Withdraw Case Against Switzerland at the ICJ*, The Dominican.net, Volume No. 1 Issue No. 82, Monday June 12, 2006, disponible sous <www.thedominican.net/articles/casethree.htm> (dernière consultation 3 Avril 2023).

⁸² « The main problem of private counsel acting as an agent for a state is that of his reliability as a representative... Moreover, he is expected to state precisely the position of the government he is representing », voir COT, supra n. 48, 842. Un autre auteur rajoute que le représentant doit « comprendre et refléter fidèlement les décisions politiques nationales de son gouvernement », voir MATHESON, supra n. 46, 473.

⁸³ TIDM, *L'affaire « Grand Prince »*, Déclaration du Juge *ad hoc* Cot, para 14.

⁸⁴ TIDM, *L'affaire « Grand Prince »*, Avis séparé du Juge Anderson.

de la décision du tribunal régional de Bissau »⁸⁵. Le juge Cot a très bien résumé la situation, dans des circonstances particulières de la procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire en vertu de l'article 292 de la Convention des Nations Unis sur le droit de la mer : « L'avocat-agent n'est pas nécessairement en contact étroit avec les autorités de l'État du pavillon. La crédibilité, la fiabilité des informations qu'il fournit sur la position juridique de l'État du pavillon peuvent être sujet à caution »⁸⁶.

Cependant, la proximité avec les autorités nationales ne garantit pas que les informations fournies soient crédibles et fiables. En effet, certains fonctionnaires ont fourni de fausses informations dans quelques procédures⁸⁷. Si le fonctionnaire ne possède pas d'expérience pertinente en matière de litiges internationaux, sa connaissance des affaires locales peut être insuffisante pour bien défendre les intérêts de son gouvernement. Le fonctionnaire, ne possédant pas l'expérience suffisante en matière de litiges internationaux, ne pourrait pas défendre adéquatement les intérêts de son gouvernement, en se fondant uniquement sur ses connaissances des réalités locales. L'inclusion de fonctionnaires locaux dans l'équipe juridique de l'État partie au litige, pouvant fournir à l'avocat international des informations factuelles, peut permettre de résoudre cette difficulté et d'éviter les contradictions entre les informations fournies au tribunal et la réalité des faits (comme cela s'est passé dans l'affaire du *Juno Trader*)⁸⁸. Dans une affaire, les autorités nationales ont ignoré la procédure et l'avocat privé était livré à lui-même. « Dans le cas présent, il est peu probable que les autorités de Saint-Vincent aient suivi de près le déroulement de l'affaire du « Louisa ». L'agent ne s'est pas présenté à l'audience. La co-agente, ressortissante de Saint-Vincent, s'est retirée en milieu de procédure orale. Le poids de la procédure, tant écrite qu'orale, a été assumé par l'autre co-agent, un avocat américain, avocat par ailleurs de M. John Foster, le propriétaire du navire »⁸⁹.

Enfin, l'absence de proximité entre l'avocat-agent et l'État qu'il représente peut engendrer des conflits d'intérêts. Le juge Oda a souligné le risque de conflit d'intérêts dans sa déclaration.⁹⁰ Le juge Cot a aussi exprimé son inquiétude relativement à la « multiplication de recours manifestement mal fondés, inspirés par des sociétés d'avocats pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'intérêt de l'État requérant »⁹¹. Ces conflits

⁸⁵ TIDM, *L'affaire « Juno Trader » (Saint Vincent et les Grenadines v. Guinée-Bissau), prompte mainlevée*, jugement du 18 décembre 2004, Opinion individuelle émise à titre collectif par M. les juges Mensah et Wolfrum, 59.

⁸⁶ TIDM, *L'affaire « Grand Prince »*, déclaration du Juge *ad hoc* Cot, para 14.

⁸⁷ Dans une affaire (Délimitations Maritimes et Questions Territoriales entre le Qatar et Bahreïn [Qatar v. Bahreïn], Mérites, Jugement, I.C.J. Rapport 2001, 40), les représentants du Qatar ont produit 82 faux documents pendant les procédures écrites. Cependant, ces documents ont été retirés après l'objection de Bahreïn. Dans cette affaire, le Qatar a été représenté par la Secrétaire-Générale du cabinet du Gouvernement de l'État de Qatar et il semble que l'avocat étranger, retenu par Qatar, n'était pas au courant de la fraude, voir ITLOS, *M/V « Louisa » (Saint Vincent et les Grenadines v. Royaume d'Espagne)*, Avis séparé du Juge Cot, ITLOS Rapport 2013, 114 ; voir aussi CRAWFORD, supra n. 20, 350.

⁸⁸ TIDM, *L'affaire « Juno Trader » (Saint Vincent et les Grenadines v. Guinée-Bissau), prompte mainlevée*, jugement du 18 décembre 2004, Opinion individuelle émise à titre collectif par M. les juges Mensah et Wolfrum, 59.

⁸⁹ ITLOS, *M/V « Louisa »*, Avis séparé du Juge Cot, 117.

⁹⁰ *Activités armées sur le Territoire du Congo (République démocratique du Congo v. Uganda), Mesures provisoires*, Ordre du 1^{er} juillet 2000, I.C.J. Rapport 2000, Déclaration du Juge Oda, 132.

⁹¹ ITLOS, *L'affaire du « Grand Prince » (Belize v. France), Libération Rapide*, Jugement du 21 avril 2001, Déclaration du Juge *ad hoc* Cot, para. 13.

proviennent d'une multiplicité de sources. Seul un nombre limité de ceux-ci pourra être examiné dans la présente contribution. Premièrement, en plus du recours au mode judiciaire, les États peuvent recourir à d'autres modes amiables de règlement des différends internationaux en vue de trouver une solution diplomatique à un litige : c'est l'obligation de négocier⁹² pour laquelle les États peuvent recourir à des moyens tels que « la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage, le règlement judiciaire, le recours à des agences ou des arrangements régionaux »⁹³. Selon le type de différend, il peut être utile de faire usage d'autres moyens de règlement et de ne pas uniquement, voire exclusivement, se référer aux moyens judiciaires car le règlement judiciaire des différends internationaux n'est qu'un « succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les parties »⁹⁴. Dans cette situation, les avocats privés, assistant un État, peuvent être confrontés à des conflits d'intérêts car leur expertise est principalement recherchée dans le contexte de la résolution juridictionnelle et non de la résolution diplomatique du litige. Le conseil privé peut être tenté d'« abuser » du droit d'ester en justice sans préalablement épuiser les voies diplomatiques⁹⁵.

Deuxièmement, dans le cas des différends relatifs à la mainlevée du TIDM (article 292 Convention CNUDM), l'avocat-agent peut être tenté de donner priorité aux intérêts privés (ceux de l'armateur) au détriment des intérêts du gouvernement représenté. Cette procédure spéciale est une forme de protection diplomatique qui offre aux armateurs, à travers l'État du pavillon, une procédure accélérée et un accès direct au TIDM⁹⁶. Le différend reste intergouvernemental, mais les intérêts de l'armateur sont également pris en considération. Il n'est pas inhabituel que l'agent désigné par un État soit, en réalité, l'avocat de l'armateur⁹⁷. Dans un tel cas, il n'est pas irraisonnable de supposer que cet avocat-agent peut être tenté de donner la priorité aux intérêts de l'armateur (avec qui, il existe déjà un rapport professionnel) sur ceux de l'État du pavillon en cas d'intérêts divergents⁹⁸.

Tous ces problèmes ravivent le débat autour de l'éthique et de la responsabilité des avocats au niveau international, le second facteur de légitimité.

⁹² Voir *Plateau Continental de la Mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, 48, para 85.

⁹³ Article 33 de la Charte des Nations Unies.

⁹⁴ *Zones libres de la Haute Savoie et de la zone de Gex*, Ordre du 19 août 1929, PCIJ, Série A, No. 22, 13.

⁹⁵ SHIGERU ODA, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? - A Statistical Analysis of Contentious Cases », 49 *The International and Comparative Law Quarterly* (2000), 251-277, 265.

⁹⁶ TULLIO TREVES, Article 292, dans: A. PROELSS (éd.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary*, Munich 2017, 1882.

⁹⁷ Dans l'affaire du *Louisa*, la responsabilité de la représentation de Saint-Vincent et Grenadines était assumée exclusivement par l'avocat personnel de l'armateur, suite au retrait des employés gouvernementaux dudit État.

⁹⁸ « [A] case in which the lawyer acting as counsel for a State but where the legal fees are being paid by a private actor with an interest in the case. The interests of private actor and of State are different. The lawyer gets different instructions, one set of instructions from the person paying the legal fees, and another set of instructions from the State that appears as the party before the proceedings. What is counsel to do? », PHILIPPE SANDS, « Interaction between Counsel and International Courts and Arbitral Tribunals: Ethical Standards for Counsel », dans: R. Wolfrum & I. Gätzschmann (éds), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*, Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2012, 128.

B. Éthique et responsabilité des juristes devant les tribunaux internationaux

La responsabilité tend à être un élément-clé dans l'analyse de la légitimité car l'on peut supposer qu'un acteur légitime est nécessairement un acteur responsable. Plusieurs chercheurs ont, d'ailleurs, souligné la relation entre la responsabilité et la légitimité⁹⁹. L'argument principal est que l'absence de clarté des règles relatives à la responsabilité pourrait, corrélativement, engendrer une crise de confiance, voire une crise de légitimité. Un Groupe spécial de l'OMC a d'ailleurs invoqué l'absence de règles disciplinaires auxquelles les conseils juridiques privés sont assujettis comme motif pour refuser l'accès de ceux-ci à la procédure de règlement des différends de l'OMC¹⁰⁰. Doak Bishop soulignait que : « le manque de clarté relative aux règles de conduite applicables, l'existence de règles et d'obligations contradictoires, la non-transparence et l'augmentation du nombre de procédures, combinés à un examen public accru, créent une certaine instabilité du système qui pourrait entraîner une future crise de confiance » (c'est nous qui traduisons)¹⁰¹. Cette clarté peut être matérialisée par l'existence de règles de responsabilité qui offrent une prévisibilité et aident les conseils, les États parties au litige et les autres acteurs impliqués dans le règlement des litiges internationaux afin de leur permettre de planifier leurs comportements en conséquence.

1. L'absence de règles régissant la responsabilité des avocats et conseils, représentants étatiques

A l'exception de la Cour Pénale Internationale où il existe une Association de Barreau Près la Cour Pénale Internationale¹⁰², le droit international ne dispose pas d'un barreau international¹⁰³. Il a certes existé durant de nombreuses années un noyau de juristes qui intervenaient devant la CIJ et le TIDM, essentiellement des professeurs de droit. Ce noyau, qualifié de « barreau invisible » ou de « mafia »¹⁰⁴, fonctionnait suivant un système d'autorégulation qui a assez bien fonctionné comme le témoigne le très peu d'affaires dans lesquelles la conduite de ces juristes a été mise en cause¹⁰⁵. Toutefois, l'augmentation du nombre d'affaires devant les tribunaux internationaux a « élargi le barreau international de manière substantielle » avec comme corollaire, l'augmentation

⁹⁹ «Legitimacy depends in large part upon factors such as determinacy and coherence, which can in turn beget predictability and reliability. Related concepts such as justice, fairness, accountability, representation, correct use of procedure, and opportunities for review also impact conceptions of legitimacy. When these factors are absent individuals, companies and governments cannot anticipate how to comply with the law and plan their conduct accordingly, thereby undermining legitimacy », SUSAN D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », 73 *Fordham Law Review* (2005), 1521-1626, 1584; voir aussi NIENKE GROSSMAN, « Legitimacy and International Adjudicative Bodies », 41 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 107 (2009), 107-180, 153.

¹⁰⁰ Voir OMC, Rapport Du Groupe Spécial, *Communautés Européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 22 mai 1997, WT/DS27/R/ECU, 328, para 7.11.

¹⁰¹ DOAK BISHOP, «Ethics in International Arbitration », dans: A.J. Van Den Berg (éd.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Dordrecht 2011, 383.

¹⁰² <<https://fr.iccba-abcpi.org/home>> (dernière consultation 3 Avril 2023).

¹⁰³ CRAWFORD, supra n. 20, 343-354.

¹⁰⁴ PELLET, supra n. 34, 147

¹⁰⁵ Pour une analyse de ces affaires voir KABRÉ, supra n. 21, 230-233.

du nombre d'écarts éthiques. Dans l'affaire du *Navire Louisa*, par exemple, l'avocat de Saint-Vincent-et-les-Grenadines a tenté d'induire le tribunal en erreur en affirmant que la mission du *Louisa* se limitait à rechercher des hydrocarbures alors qu'il savait que ce navire était impliqué dans une opération illicite de pillage et de revente d'objets archéologiques. En plus de déclarations mensongères, il a volontairement retardé la divulgation d'un contrat qui prouvait la mission véritable du navire, malgré la demande du tribunal, et a produit ce contrat après la clôture des débats¹⁰⁶. Dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, les représentants du Qatar ont produit 82 faux documents pendant les procédures écrites¹⁰⁷. Ces documents ont été finalement retirés après l'objection de Bahreïn. La multiplication de tels écarts éthiques pose le problème de la responsabilité de ces avocats et conseils. Dans le cadre des litiges interétatiques, ce problème est compliqué par la « culture du respect de la souveraineté étatique »¹⁰⁸ et les implications de la fonction du représentant: comme l'a rappelé le juge Cot, « L'agent étant le représentant de l'État souverain, est-il concevable qu'il se retrouve sous la coupe d'une juridiction dont la compétence dépend du consentement dudit État ? »¹⁰⁹. Par définition, l'agent n'est pas responsable et n'engage pas sa responsabilité pour les actes qu'il accomplit dans le cadre de son mandat de représentation: c'est le principe de l'attribution à l'État représenté des actes accomplis par son représentant, organe ou agent dudit État. Ce principe qui a une portée coutumière¹¹⁰, a été rappelé par la CIJ dans son avis consultatif du 29 avril 1999¹¹¹. Ce principe a encore été rappelé à l'occasion de l'arbitrage entre la Croatie et la Slovénie, organisé sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage. En l'espèce, le représentant de l'État slovène a eu des communications *ex parte* avec l'un des membres du tribunal arbitral. Plus exactement, Son Excellence Madame Simona Drenik, conseil juridique et membre du cabinet au ministère des affaires étrangères de la Slovénie, agissait comme agent dudit État. Toutefois, des échanges téléphoniques eurent lieu entre ce représentant étatique et l'un des membres du tribunal arbitral, Dr Jernej Sekolec, au sujet notamment de la procédure arbitrale. Suite à la diffusion de ces échanges par les presses croate et slovène, les deux personnes concernées (l'agent et le juge fautifs) se retirèrent de la procédure. La Croatie a alors demandé la cessation de la procédure arbitrale compte tenu de ces manquements éthiques. Mais la Slovénie a estimé que ces manquements étaient le fait de personnes agissant de leur propre volonté, sans l'autorisation du gouvernement slovène et que l'agent fautif avait excédé son autorité. En d'autres termes, cet État refusait de se voir

¹⁰⁶ TIDM, *Affaire du navire Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, 116.

¹⁰⁷ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, 40.

¹⁰⁸ ROSALYN HIGGINS, « Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom », 50 *The International and Comparative Law Quarterly* (2001), 121-132, 127.

¹⁰⁹ TIDM, *Affaire du navire Louisa*, opinion individuelle de M. Cot, juge, 116, para 48.

¹¹⁰ Elle est aussi confirmée par la doctrine. Selon Calvo, « C'est un principe universellement admis, et ne comportant aucune réserve dans son application extraterritoriale, que le gouvernement assume, en fait comme en droit, la responsabilité de tous les actes des agents qui le représentent et auxquels il a délégué une partie des pouvoirs qui lui appartiennent en propre », CARLOS CALVO, *Dictionnaire de droit international public et privé*, Paris/Berlin 1885, 170.

¹¹¹ « Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle, qui revêt un caractère coutumier, trouve son expression à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États ». *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C1J Recueil 1999, 87.

attribuer les agissements de son représentant. Cependant, le tribunal a réaffirmé le principe de l'attribution à l'État des actes de son représentant : « The Tribunal recalls that Ms. Drenik was Agent of Slovenia in the present proceedings. The conversations she had with Dr. Sekolec cannot, under any reasonable interpretation, be considered « private » conversations from the perspective of attribution. Ms. Drenik was at the time acting in her capacity as Agent for her country; the Tribunal is therefore satisfied that the breaches evidenced by the aforementioned conversations are attributable to Slovenia »¹¹².

Si ce principe se comprend et se justifie en ce qui concerne les agents gouvernementaux, il l'est un peu moins s'agissant des avocats-agents. Ces derniers, contrairement aux agents gouvernementaux, ne sont pas dans un rapport de subordination vis-à-vis de l'État représenté. Ce qui soulève des questions de responsabilité et de « redevabilité ». Pour certains juges, cette question doit être laissée à la libre appréciation des États parties au litige qui organisent souverainement leur représentation et la défense de leurs intérêts. Dans le même sens, Christina Parajon Skinner trouve que « publicly censuring counsel can be uncomfortable for the Court to do. In the inter-state dispute, a public rebuke of counsel also says something distasteful about the State that hired (or employed) the lawyers and thus presumably instructed them on the case and provided the evidence to submit. Preferring to avoid the political costs, the Court may, if pressed to engage in public censure, become imbalanced in its discipline. It may, for instance, find itself more willing to censure private lawyers for misconduct than to censure government attorneys »¹¹³.

Toutefois, nous sommes d'avis avec d'autres auteurs que la responsabilité de ces juristes privés ne saurait être laissée à la libre discrétion des États parties au litige et que, sous certaines conditions, ces juristes devraient pouvoir engager leur responsabilité personnelle. Dans ce sens, Stephan Wilske estime que l'avocat-conseil devrait engager sa responsabilité personnelle, au moins pour les cas où il outrepasserait son mandat de représentation étatique¹¹⁴. De même, Kdhir s'insurge contre l'idée selon laquelle la responsabilité personnelle de l'agent serait « absorbée » par l'État pour le compte duquel le premier a agi¹¹⁵. Cette remise en cause intervient dans un contexte où « le fait internationalement illicite n'est plus le privilège de l'État »¹¹⁶.

¹¹² *Arbitration Between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia (Croatia v. Slovenia), Partial Award*, PCA case 2012-4, 30 June 2016, 52, para 210.

¹¹³ CHRISTINA PARAJON SKINNER, « Ethical Dilemmas in Inter- State Disputes », 68 *Alabama Law Review* (2016), 297. D'autres auteurs ajoutent que « Perhaps the Court saw itself as charged primarily with settling disputes and not with denouncing misconduct. Attempting to assume a censorial role might have come at the cost of its effectiveness in the settlement of disputes » W. MICHAEL REISMAN & CHRISTINA SKINNER, *Fraudulent Evidence Before Public International Tribunals: The Dirty Stories of International Law (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures)*, Cambridge 2014, 192.

¹¹⁴ STEPHAN WILSKE, « Sanctions against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion? », 8 *Contemporary Arabian Asian Journal* (2015), 141-184, 164.

¹¹⁵ « Un agent doit répondre des actes graves commis sur le territoire d'un autre État, et la reconnaissance de sa responsabilité par l'État dont il est le sujet est inopposable à l'État lésé qui doit pouvoir juger et faire purger sa peine à l'individu agissant à l'instigation de son État, même si celui-ci est disposé à assumer toutes les conséquences dommageables de son agent », MONCEF KDHIR, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, 2ème éd., Bruxelles 2000, 300.

¹¹⁶ MANUEL DEVERS, « La responsabilité civile des entreprises multinationales pour fait internationalement illicite », dans : A. Peters et al. (éds), *Les acteurs à l'ère du constitutionalisme global*, Paris 2014, 144.

La responsabilité dans le contexte du procès international suppose d'identifier l'autorité en charge d'exercer un pouvoir disciplinaire ainsi que des règles éthiques à appliquer. Quelle institution est à même de réguler l'action des avocats et conseils ? S'agit-il du tribunal international devant lequel ces juristes interviennent ? Des autorités nationales auxquelles le conseil est affilié ? De l'État représenté ? D'un système d'autorégulation géré par les avocats eux-mêmes ? Aucune de ces institutions n'est expressément en charge de la régulation et du contrôle de la conduite des avocats et conseils devant les cours et tribunaux internationaux.

L'absence d'une institution en charge de cette mission de régulation, couplée à l'absence de coordination entre les potentielles autorités concernées, débouche sur une sorte de zone de non-droit dans lequel ces experts juridiques opèrent en toute liberté. Un auteur qualifiera d'ailleurs l'arbitrage international de « ethical no man's land »¹¹⁷. Tout cela renforce le flou autour de la responsabilité des avocats et conseils et contribue à nourrir la perception de juristes disposant de pouvoirs presque illimités qui ne sont pas suffisamment contrebalancés. Nous pensons que l'existence d'un barreau international (entendu dans le sens d'une autorité disciplinaire) n'est pas un prérequis pour la redevabilité de ces juristes. Nous sommes plutôt d'avis que les pouvoirs inhérents des tribunaux internationaux sont suffisants pour une telle « redevabilité ». Cela présenterait (au moins) deux avantages : les règles de responsabilité de ces avocats et conseils s'en trouveraient clarifiées et, corollairement, leur légitimité.

2. Tribunaux internationaux et régulation de l'activité des avocats et conseils

Il faut d'emblée rappeler que certains tribunaux internationaux se sont basés sur ces pouvoirs inhérents pour sanctionner des avocats et conseils. Ce fut le cas dans l'affaire *Hrvatska c. Slovénie* où le tribunal arbitral a exclu le représentant de l'État slovène, en se basant sur ses pouvoirs inhérents. Le tribunal a ainsi rappelé que « as a judicial formation governed by public international law, the Tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings »¹¹⁸. Ensuite, certains tribunaux internationaux comme la Cour de justice de l'Union Européenne reconnaissent expressément un pouvoir disciplinaire de cette cour sur les représentants des États parties au litige. Ce qui inclut aussi les représentants étatiques puisque les États peuvent initier des procédures ou être attirés devant ces juridictions. Ainsi, aux termes des alinéas 1 et 2 de l'article 55 du Règlement CJUE : « 1. Si la Cour estime que le comportement d'un agent, conseil ou avocat devant la Cour est incompatible avec la dignité de la Cour ou avec les exigences d'une bonne administration de la justice, ou que cet agent, conseil ou avocat use des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui sont reconnus, elle en informe l'intéressé. Si la Cour en informe les autorités compétentes dont relève l'intéressé, une copie de la lettre adressée à ces autorités est transmise à ce dernier.

2. Pour les mêmes motifs, la Cour peut, à tout moment, l'intéressé et l'avocat général entendus, décider d'exclure, par ordonnance motivée, un agent, un conseil ou un avocat de la procédure. Cette ordonnance est immédiatement exécutoire». Troisièmement, il y a un début de régulation de l'activité des avocats et conseils par les tribunaux interétatiques. Dans ce sens, la CIJ a édicté des Instructions de Procédure,

¹¹⁷ CATHERINE ROGERS, «Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration», 23 *The Michigan Journal of International Law* (2002), 341-423, 341-342.

¹¹⁸ ICSID, *Hrvatska Elektroprivreda, d. d. v. Slovenia*, Tribunal's ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings, 6 May 2008, 10.

qui contiennent quelques éléments de régulation de l'activité des avocats et conseils. Selon l'instruction de procédure VII, « La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne exerçant des fonctions de juge *ad hoc* dans une affaire exerce dans le même temps, ou ait récemment exercé, les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire portée devant la Cour. En conséquence, lorsqu'elles désignent un juge *ad hoc* conformément à l'article 31 du Statut et à l'article 35 du Règlement de la Cour, les parties devraient s'abstenir de choisir des personnes exerçant les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire soumise à la Cour, ou ayant exercé de telles fonctions au cours des trois années précédant leur désignation. En outre, les parties devraient également s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne exerçant des fonctions de juge *ad hoc* dans une autre affaire portée devant la Cour»¹¹⁹. Cette exigence, pour les anciens membres de la CIJ d'observer une période de 3 ans avant de pouvoir agir en qualité d'agent ou de conseil d'une partie au litige, a été reprise par le TIDM¹²⁰, la CJUE¹²¹, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (pour une période deux ans et non trois ans)¹²² de même que par les Principes de La Haye¹²³.

En outre, les tribunaux internationaux semblent les mieux placés pour contrôler l'action des juristes privés compte tenu de la nécessité de sauvegarder les intérêts de la communauté internationale (selon la théorie de la fonction publique des tribunaux internationaux)¹²⁴. En effet, les agissements des avocats-conseils (tactiques guerrières notamment) peuvent conduire à des décisions de justice entachées d'irrégularités. Ce risque a été souligné par certains juges. Ainsi, dans l'affaire dite *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, le juge Fortier fera la déclaration suivante : « Si je dois accepter, et je le fais, la renonciation de Qatar à ces documents et ses excuses, je ne puis pour ma part considérer ses thèses sans penser *au tort qui aurait été causé à l'administration de la justice internationale, voire à l'autorité même de la Cour*, si la mise en cause par Bahreïn de l'authenticité de ces documents n'avait en fin de compte conduit Qatar à informer la Cour qu'il avait ((décidé de ne pas tenir compte, aux fins de la présente affaire, des quatre-vingt-deux documents contestés)) » (c'est nous qui mettons en italiques)¹²⁵. Dans l'affaire du *Navire Louisa*, il a semblé au juge Cot que « les conseils de Saint-Vincent aient *tenté sciemment d'induire le Tribunal en erreur. De plus, ils ont gravement déséquilibré les débats et porté atteinte au principe de l'égalité entre les Parties* » (c'est nous qui mettons en italiques)¹²⁶. Certes, il existe des mécanismes de révision des décisions de justice entachées d'irrégularités substantielles mais l'écoulement du temps peut rendre difficile, voire obsolète, une

¹¹⁹ Adoptée le 7 février 2002 et disponible à <www.icj-cij.org/fr/instructions-de-procedure>.

¹²⁰ Article 9 al. 2 du Code de Conduite des Membres et des Anciens Membres de la Cour de Justice de l'Union Européenne, Journal officiel de l'Union Européenne, C483 du 23 décembre 2016.

¹²¹ Article 6 al. 2 du Code de Conduite de la CJUE, article 4 du Statut de la CJUE, article 3 al. 2 du Règlement CJUE.

¹²² Article 4 al. 2 du Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, entré en vigueur le 14 novembre 2016.

¹²³ Principe 4.3.4 des Principes de La Haye.

¹²⁴ CHESTER BROWN, « Inherent Powers in International Adjudication », dans: C. P. Romano, K. J. Alter & Yuval. Shany (éds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford 2014, 842-845.

¹²⁵ *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, opinion individuelle de M. Fortier, 452, para 6.

¹²⁶ *Navire « Louisa »*, Opinion individuelle de M. Cot, Juge, 121, para 72.

quelconque révision d'une décision. Une décision, entachée d'irrégularité, peut aussi affecter le développement du droit international. Même s'il n'existe pas de précédent en droit international, les tribunaux ont l'habitude de s'inspirer ou de s'appuyer sur les décisions rendues par d'autres juridictions sur des points spécifiques de droit. Dans de telles conditions, la nécessité d'assurer un développement uniforme du droit international peut exiger de contrôler (et au besoin sanctionner) ceux qui utilisent et invoquent ledit droit au soutien des prétentions étatiques.

Il faut, enfin, rappeler que les tribunaux internationaux sont des acteurs « publics » internationaux. La CIJ est, par exemple, qualifiée d'« organe judiciaire principal des Nations Unies »¹²⁷. Même les tribunaux arbitraux *ad hoc* tels les tribunaux d'arbitrage CIRDI sont adossés à des institutions publiques comme la Banque Mondiale¹²⁸. Une régulation « publique » selon l'expression de Stephan Schill (c'est-à-dire par un acteur public) aurait l'avantage d'être perçue, aux yeux de l'opinion publique, comme protégeant « l'intérêt public » de la communauté internationale dans l'administration de la justice plutôt que « l'intérêt privé » des juristes internationaux¹²⁹.

IV. Conclusion

La légitimité des conseils juridiques privés (agissant notamment en qualité de représentant étatique) dépend essentiellement de leur expertise juridique et de leur connaissance des réalités locales de l'État pour le compte duquel ils agissent. Ce subtil mélange entre expertise juridique et connaissance factuelle est ce que nous avons décrit comme étant la proximité du conseil privé d'avec l'État représenté. Dans le cas où cette proximité n'existe pas entre l'avocat et son mandant, un certain nombre de problèmes peuvent surgir et avoir un impact sur la bonne défense des intérêts du gouvernement représenté. Ce constat ne semble pas particulièrement surprenant et est également connu du droit interne (relation avocat-client) mais il est intéressant de noter que des problèmes sont survenus ces dernières années, à cet égard, devant les tribunaux internationaux étudiés.

La responsabilité est également importante dans l'analyse de la légitimité des avocats et conseils privés, intervenant devant les tribunaux internationaux. En effet, plus le cadre normatif de réglementation des conseils est transparent, plus la légitimité de ces avocats, en tant que représentants étatiques, s'en trouve renforcée. Les tribunaux internationaux peuvent se voir confier la mission de régler l'action de ces conseils car lesdits tribunaux possèdent non seulement la légitimité en tant qu'acteurs publics internationaux mais aussi les pouvoirs inhérents pour le faire. D'ailleurs, certains de ces tribunaux ont déjà exercé un contrôle sur l'action de ces avocats, mais un débat plus large et systématique sur les règles existantes et les améliorations nécessaires, pourrait renforcer la perception de la légitimité des avocats privés impliqués dans le contentieux international et ainsi contribuer à améliorer la légitimité du système de règlement des différends internationaux, pris dans son ensemble.

¹²⁷ Article 92 de la Charte des Nations Unies du 26 Juin 1945.

¹²⁸ D'ailleurs, un tribunal arbitral ICSID va se considérer comme un « organe judiciaire régi par le droit international public » (c'est nous qui traduisons), voir *Hrvatska v. Slovenia*, para. 33.

¹²⁹ STEPHAN SCHILL, «The Case for Public Regulation of Professional Ethics for Counsel in International Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, July 7 2017, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/07/case-public-regulation-professional-ethics-counsel-international-arbitration>> (dernière consultation 3 Avril 2023). C'est d'ailleurs l'approche retenue par la CPI pour la régulation des juristes intervenant devant elle.

Nous sommes du même avis que le juge Cot lorsque, relativement aux questions soulevées par la présence et l'action des avocats devant les tribunaux internationaux, il affirme que ces « questions sont difficiles ». Il résume bien l'état du droit applicable actuellement devant le TIDM lorsqu'il affirme qu'il « appartient principalement aux États parties au différend d'y répondre. Ils organisent souverainement leur représentation et la défense de leurs intérêts. A leurs risques et périls »¹³⁰. Toutefois, ces risques et périls peuvent aussi affecter la légitimité du système de règlement des différends internationaux pris dans son ensemble. De sorte qu'il s'avère nécessaire d'élaborer des règles communes au niveau international pour encadrer le recours et réguler l'action des avocats et conseils juridiques privés comme mandataires étatiques et ainsi sauvegarder l'intégrité et la légitimité dudit système.

¹³⁰ TIDM, « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée*, déclaration de M. Cot, Juge ad hoc, TIDM Recueil 2001, 53, para 15.