
Les *gentlemen's agreements* à l'ère technologique

René Côté*

Alors qu'on considère généralement les *gentlemen's agreements* en droit international comme un phénomène plutôt récent, ces accords informels ont joué un rôle prépondérant dans le domaine des embargos technologiques. L'auteur démontre que les trois récents accords prévoyant des embargos technologiques sont bel et bien des *gentlemen's agreements*. Leur caractère inter-étatique ne permet pas d'en arriver à cette conclusion, mais leur nature politique les distingue clairement des traités. Ils se présentent par ailleurs sous une multitude de formes. Les *gentlemen's agreements* n'affaiblissent pas le seuil de normativité du droit international, mais ils permettent plutôt de favoriser la conclusion d'accords.

Gentlemen's agreements, though considered a recent phenomenon, have played a major role in technological embargoes. This is demonstrated by the author in an examination of three recent agreements. Though their interstate character does not support their classification as gentlemen's agreements, their political nature clearly distinguishes them from treaties. Appearing in various forms, gentlemen's agreements do not lower the normative threshold of international law; rather, they facilitate the conclusion of more agreements.

*Professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

Sommaire

Introduction

I. Des accords inter-étatiques

A. *La pérennité des accords*

B. *La pratique des Etats face aux gentlemen's agreements*

II. Des accords politiques

A. *Engagement à ne pas se lier juridiquement*

1. Les circonstances de l'adoption des *gentlemen's agreements*

2. Le texte des *gentlemen's agreements*

3. La conduite des Etats liés par un *gentlemen's agreement*

B. *Insusceptibilité de créer directement des effets juridiques*

III. Des accords se présentant sous une multitude de formes

Conclusion

* * *

Introduction

En 1977, dans un éditorial de l'*American Journal of International Law*, le professeur Oscar Schachter évoquait la « *twilight existence of nonbinding international agreements* » en se référant directement à l'Acte final de la Conférence d'Helsinki tenue en 1975¹. Tout en ne mentionnant qu'un nombre restreint de précédents (notamment l'Accord américano-japonais de 1908 sur l'immigration ou l'Accord de Londres de 1946 sur la distribution des sièges au Conseil de sécurité des Nations Unies), le professeur Schachter préférait s'interroger sur la nature et les effets des accords « sans portée juridique ». Il lançait ainsi un débat auquel nombre d'internationalistes ont depuis participé et auquel la septième commission de l'Institut de droit

¹O. Schachter, « The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements » (1977) 71 A.J.I.L. 296.

international et son rapporteur, le professeur Michel Virally, ont grandement contribué lors de la session de Cambridge en 1983.

L'étude des « textes internationaux dépourvus de portée juridique » (que nous appellerons également *gentlemen's agreements*) ne doit cependant pas s'arrêter là. Nous analyserons les accords sur la limitation des exportations de matériel de haute technologie, un domaine auquel les internationalistes se sont jusqu'à aujourd'hui peu intéressés.

Ces accords nous renvoient à un phénomène beaucoup plus vaste qui marque l'évolution du droit international depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale et qui correspond, pour reprendre les termes de l'historien des techniques Maurice Daumas², à l'entrée de l'Humanité dans l'étape de la technologie³. À cette étape, le progrès technique ne peut être laissé aux mains de la société civile et devient une affaire d'État. Le *Manhattan Project* et la création de la bombe atomique illustrent, mieux que toute autre réalisation, l'importance de la rupture qui s'opère alors. Il s'agit d'une nouvelle donnée pour le droit international, voire de l'ouverture d'un nouveau « paradigme », pour reprendre le célèbre concept kuhnien.

Face à ce nouveau paradigme, au moins deux voies s'offraient aux États pour redéfinir leurs rapports au sein de la société internationale.

Une première option prévoyait la constitution de pouvoirs supranationaux ayant la charge de gérer le développement des nouvelles technologies, ou tout au moins, celui des technologies nucléaires. Cette option est privilégiée, dans des versions parfois tout à fait contradictoires, par des

²M. Daumas, *Les grandes étapes du progrès technique*, Coll. Que sais-je ?, no. 1960, Paris, P.U.F., 1981 aux pp. 101-102. Daumas relève trois caractéristiques de l'étape de la technologie. La première et la plus importante de ces caractéristiques réside dans l'intime relation existant entre les connaissances et la démarche scientifique d'une part et la créativité technologique de l'autre. La deuxième caractéristique consiste en l'intégration de données économiques telles que les études de marché et les problèmes de compétitivité dans le processus même de création technologique. Enfin, le passage de la phase de création à la phase d'exploitation de la technologie implique la collaboration des créateurs et des utilisateurs qui doivent tous détenir des connaissances scientifiques de pointe.

³Pour le lecteur anglophone, le sens que nous voulons donner au mot « technologie » pourrait porter à confusion. Il faut donc préciser que le mot anglais « *technology* » recouvre deux notions tout à fait distinctes en langue française, soit celles de « technique » et de « technologie ». Pour mieux saisir cette distinction et afin de simplifier, le lecteur anglophone devrait se rappeler que lorsque nous utilisons « technologie », il lui faudrait comprendre « *high technology* ». Pour une discussion plus approfondie des subtilités de la terminologie française, voir J.-J. Salomon, « What Is Technology? The Issue of its Origins and Definitions », in *History and Technology*, vol. I, London, Harwood Academic Publisher, 1984 aux pp. 113-156.

associations de scientifiques⁴, par des internationalistes⁵ et même par certains États⁶. Une deuxième option consistait à préserver les mécanismes internationaux de gestion des relations internationales, tout en assurant que ceux-ci ne conduisent pas l'Humanité à sa perte, à l'heure de l'accroissement quasi-exponentiel des forces de destruction mises à la disposition des États grâce au développement technologique.

Le refus du plan Baruch par l'Union soviétique et l'accession de ce pays au statut de puissance nucléaire ont forcé la société internationale à choisir la deuxième option. Le caractère inter-étatique du droit international en fut renforcé⁷. Encore fallait-il trouver les mécanismes par lesquels on pourrait sauvegarder l'Humanité de la destruction et, ce qui n'est pas né-

⁴Par exemple, le projet de convention de l'*Atomic Scientists of Chicago* et de l'*Office of Inquiry into the Social Aspects of Atomic Energy*, en collaboration avec le professeur Quincy Wright, du *Committee to Frame a World Constitution*, qui a été publié à (1946) 1 : 8 Bull. Atom. Sci. 11.

⁵Dans un cours donné à l'Académie de droit international de la Haye, le professeur Maurice Bourquin affirme que l'anarchie des souverainetés étatiques est incompatible avec les besoins de la vie moderne. « Avec la bombe atomique, l'anarchie des souverainetés a cessé d'être simplement un obstacle à une meilleure organisation de la société internationale, elle est devenue une forme de suicide. Et il est clair comme le jour qu'en l'occurrence les méthodes des Nations Unies n'ont aucune chance de nous sauver. Ce n'est pas en adoptant, après de longs débats et sous la forme d'ingénieux compromis, quelques vœux ou quelques recommandations auxquels il faudrait ensuite frayer un chemin hasardeux à travers les broussailles des politiques nationales, que les peuples réussiront à maîtriser le danger. » M. Bourquin, « Pouvoir scientifique et droit international » (1947) 70 : I R.C.A.D.I. 331 aux pp. 394-95.

⁶C'est le sens qu'il faut donner à la proposition américaine présentée par Bernard Baruch à la première réunion de la Commission de l'énergie atomique, le 14 juin 1946, et rapportée à P.v. off. Comm. én. at., 1re sess. 1re séance, Doc. NU AEC/PV.1. Selon le plan Baruch, une Autorité internationale du développement atomique se verrait confier toutes les phases du développement et de l'utilisation de l'énergie atomique à partir de l'extraction des matières premières. Pour toute violation de l'accord proposé, d'importantes pénalités, applicables dès la constatation de l'offense et pour lesquelles les membres permanents du Conseil de sécurité n'ont pas de *veto*, sont prévues.

⁷Pour certains auteurs, notamment pour le professeur René-Jean Dupuy, ce choix n'est pas irréversible. Celui-ci estime que des contradictions « remettent en cause l'approche du Droit international aux âges technologiques et démocratiques : l'approche fractionnée, traditionnelle, par chaque État, sur la base de la réciprocité et du compromis, se combine avec l'approche globale établie sur le besoin d'appréhender les problèmes dans toutes leurs dimensions. Elles font aussi apparaître une tension entre, d'une part, un droit international positiviste, fondé sur la poursuite des intérêts particuliers des États, accordés sur le plan bi ou plurilatéral [sic], et, d'autre part, la mise en place progressive d'une communauté internationale. » R.-J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la 'soft law' », in S.F.D.I., *L'élaboration du droit international public (Colloque de Toulouse)*, Paris, Éd. Pédone, 1975 à la p. 133. Les percées de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, et notamment la création proposée d'une Autorité internationale des fonds marins, donnent un certain crédit à l'affirmation du juriste français. Il faut toutefois noter qu'une partie importante des pays occidentaux s'oppose catégoriquement à la création d'une telle Autorité en raison de son caractère supra-national.

cessairement contradictoire, par lesquels les États maîtrisant les processus technologiques pourraient conserver pour eux-mêmes les avantages de cette maîtrise. Dans cette recherche, le *gentlemen's agreement* s'avérera un outil précieux.

Au cours des quarante dernières années, trois de ces « accords dépourvus de portée juridique » viendront régir les relations internationales dans le cadre de la multilatéralisation de la gestion des enjeux technologiques stratégiques. Ces trois accords prévoyant des embargos technologiques sont :

- l'*Accord du Coordinating Committee* [ci-après *CoCom*]⁸ ;
- les *Accords du Club de Londres*⁹ ; et
- les *Lignes directrices sur les transferts d'articles sensibles pouvant être utilisés dans les missiles*¹⁰.

Ce sont des accords inter-étatiques (I) et politiques (II), qui se présentent sous une multitude de formes (III).

I. Des accords inter-étatiques

Certains auteurs ont avancé l'idée que les *gentlemen's agreements* constituaient des engagements moraux que prenaient des diplomates à titre personnel et qui ne liaient pas leurs gouvernements¹¹. Si nous ne contestons pas qu'en certaines circonstances de pareilles ententes puissent être quali-

⁸Accord conclu le 25 novembre 1949 entre la Belgique, les États-Unis, la France, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. La République fédérale d'Allemagne, la Norvège, le Danemark, le Canada, puis la Grèce, le Portugal, la Turquie et le Japon se sont ajoutés aux premiers signataires. Cet accord a été tenu secret jusqu'à ce jour.

⁹Les *Accords du Club de Londres* ou *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires* ont été signés en novembre 1975 par le Canada, les États-Unis, la France, le Japon, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Union des républiques socialistes soviétiques. L'Australie, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, la République démocratique allemande, la Suède, la Suisse et la Tchécoslovaquie les ont rejoints depuis. Le texte de ces accords a été rendu public par l'envoi simultané à l'Agence internationale de l'énergie atomique [ci-après A.I.É.A.], le 11 janvier 1978, de lettres des représentants permanents des pays membres du Club de Londres. La version française peut en être trouvée dans C.A. Colliard et A. Manin, *Documents de droit international et d'histoire diplomatique, tome II (1973-1978)*, Paris, Publ. de la Sorbonne, 1979 aux pp. 213-16, et l'anglaise, à (1978) 17 I.L.M. 220.

¹⁰Accord conclu entre le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume-Uni le 4 décembre 1986. Il a été officialisé par un échange de lettres le 7 avril 1987 et rendu public le 16 avril de la même année. Sa version française n'est disponible qu'à Canada, Ministère des affaires extérieures, *Communiqué 87-069*, 16 avril 1987, et sa version anglaise, à (1987) 26 I.L.M. 599.

¹¹P. Reuter, *Droit international public* 5e éd., Paris, P.U.F. Coll. Thémis, 1976 à la p. 103. Pour une revue de la littérature sur le sujet voir P.M. Eisemann, « Le Gentlemen's agreement comme source du droit international » (1979) 106 J. dr. int. 326, plus particulièrement aux pp. 328-30.

fiées de *gentlemen's agreements*, on ne peut limiter ces derniers à ce seul cas de figure. Les accords que nous étudions, quelqu'en soit leur forme, constituent au contraire des accords inter-étatiques qui lient bel et bien les États entre eux.

Deux éléments nous permettent de conclure au caractère inter-étatique de ces accords : d'abord, leur pérennité (A) et ensuite la pratique des États liés par un *gentlemen's agreement* (B).

A. La pérennité des accords

Si l'on devait retenir le caractère inter-personnel des engagements pris par des diplomates dans la conclusion de *gentlemen's agreements*, leur vie utile serait limitée au temps durant lequel ces personnes servent à titre officiel pour le compte de leur gouvernement. Sauf des cas exceptionnels de longévité diplomatique, tel qu'Andrei Gromyko¹², et hormis l'hypothèse d'une reconduction tacite des engagements pris¹³, on ne saurait ainsi attribuer à de tels accords une durée de plus de quelques années.

Or, les gouvernements et les diplomates passent, mais les engagements des États membres du *CoCom* et du *Club de Londres* demeurent. Bien plus, toute modification de stratégie de la part des pays membres fait l'objet de concertation entre les États. Ainsi, lorsque la première crise du *CoCom* éclata en 1954, le premier ministre britannique Winston Churchill, dans un discours prononcé à la Chambre des communes, lança l'idée d'une révision des listes des produits soumis à l'embargo technologique vers les pays communistes. Sans remettre en cause l'existence des accords conclus par son prédécesseur travailliste, Clement Attlee, Churchill réussit à faire réduire sensiblement le nombre de produits soumis à l'embargo¹⁴. De même, après une deuxième crise qui survint en 1957, les États-Unis proposèrent de procéder à des révisions périodiques des listes d'articles soumis à l'embargo. Nous ne sommes donc pas en présence d'engagements éphémères entre diplomates, mais bien d'accords inter-étatiques non-limités dans le temps.

¹²M. Gromyko est entré au Ministère des affaires étrangères dès 1939. Il a été, notamment, le représentant de l'Union soviétique à la Commission de l'énergie atomique, qui refusa les propositions américaines du plan Baruch. Il dirigea la diplomatie soviétique à titre de Ministre des affaires étrangères à partir de 1957, jusqu'à sa nomination à la Présidence du Praesidium du Soviet suprême, en 1985. Il fut mis à la retraite le 30 septembre 1988, après 49 ans de loyaux services.

¹³Une telle reconduction est pour le moins incertaine, car les changements qui s'opèrent dans le corps diplomatique des États, notamment des États occidentaux, sont souvent liés à des changements de politique occasionnés par l'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement.

¹⁴L. Dubouis, « L'embargo dans la pratique contemporaine » (1967) 13 A.F.D.I. 99 aux pp. 140-41.

On n'a qu'à considérer que les *Accords du Club de Londres* continuent de s'appliquer depuis plus de treize ans et que le *CoCom* fonctionne depuis près de quarante ans pour se convaincre que ces accords ne dépendent pas du maintien en place de certains diplomates, ni de la philosophie particulière d'un gouvernement. Ils ont la même pérennité qu'un traité, et ne constituent certainement pas des *gentlemen's agreements* que de par leur longévité.

B. La pratique des États face aux *gentlemen's agreements*

Si les *gentlemen's agreements* constituaient des accords personnels entre diplomates, ne liant pas les gouvernements, on serait en droit de s'attendre à ce qu'ils ne produisent des effets qu'entre ces diplomates, pour des objets relativement restreints. Or, dans les cas qui nous préoccupent, l'ensemble de l'administration des États parties est employé pour l'application des *gentlemen's agreements*.

En effet, ces accords ne pourraient avoir aucun impact si des services spéciaux n'étaient pas constitués pour les mettre en oeuvre. Ainsi les contrôles institués par le *CoCom* impliquent la mise en place d'un système de certificats à l'exportation et à l'importation des produits soumis à l'embargo. Des mécanismes semblables sont prévus par les *Accords du Club de Londres*. Ceux-ci ont pour but non pas d'empêcher l'exportation d'articles nucléaires, mais d'assurer que les États non-dotés d'armes nucléaires qui importent ces articles s'engagent à ne pas les utiliser pour développer une arme ou un dispositif explosif nucléaire.

Des services plus ou moins sophistiqués ont donc vu le jour dans le but de contrôler les exportations de matériel de haute technologie. Dans ce domaine, la palme de la complexité revient incontestablement aux États-Unis d'Amérique avec leurs quatre types de contrôle¹⁵, administrés par le *Department of Treasury*, le *Department of State* et le *Department of Commerce*.

Il ne saurait ainsi faire de doute que les *gentlemen's agreements* sont bel et bien des accords inter-étatiques. Or, rien de ce que nous avons avancé

¹⁵Il s'agit des contrôles à l'exportation en temps de guerre et d'état d'urgence, créés par la *International Emergency Economic Powers Act*, Pub. L. No. 95-223, Title II, 91 Stat. 1626 (1977) (codifiée à 50 U.S.C. §§ 1701-1706), des limites à l'exportation de l'armement, créées par la *International Security Assistance And Arms Control Export Act of 1976*, Pub. L. No. 94-329, Title II, 90 Stat. 734 (1976) (codifiée à 22 U.S.C. §§ 2751-2756c), des contrôles de politique extérieure et de sécurité nationale, créés par la *Export Administration Act of 1979*, Pub. L. 96-72, 93 Stat. 503 (1979) (codifiée à 50 U.S.C. App. §§ 2401-2420) et des restrictions à l'exportation de technologies nucléaires, créées par la *Nuclear Non-Proliferation Act of 1978*, Pub. L. 95-242, 92 Stat. 120 (1978) (codifiée à 22 U.S.C. §§ 3201-3282) [ci-après la *Nuclear Non-Proliferation Act*].

jusqu'ici ne nous permet de distinguer les *gentlemen's agreements* des traités, qui sont eux aussi des accords inter-étatiques.

II. Des accords politiques

C'est le caractère essentiellement politique de ces accords, portant sur les restrictions à l'exportation de matériel technologique, qui nous permet de les qualifier de *gentlemen's agreements* et de les différencier des traités.

Le fondement de la distinction entre engagements juridiques et engagements purement politiques se trouve incontestablement dans la volonté des parties. Si les auteurs d'un texte ont entendu s'engager les uns vis-à-vis des autres sur le plan du droit international, il n'existe aucune règle de droit international qui leur interdirait de le faire [...] même si leur accord est consigné dans un document qui ne revêt pas les formes auxquelles on reconnaît l'existence d'un traité¹⁶.

Cette référence à la notion d'accord politique ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Le professeur Pierre-Michel Eisemann ainsi que le professeur Dominique Carreau divisent les *gentlemen's agreements* en trois catégories, dont une seule selon eux mérite le titre d'accord politique. L'archétype de ce genre de *gentlemen's agreement* serait, selon ces auteurs, la Charte de l'Atlantique, élaborée et signée par Winston Churchill et Franklin D. Roosevelt, devant régir les relations de l'après-guerre et préfigurant un « meilleur monde ». Pour le professeur Eisemann, « ce qui différencie l'accord informel politique d'autres types de *gentlemen's agreement* c'est son caractère essentiellement mais non exclusivement programmatore »¹⁷. On est en droit de se demander en quoi le caractère programmatore¹⁸ de certains *gentlemen's agreements* peut leur valoir la qualification d'« accords politiques ».

En fait, les accords que nous étudions tomberaient plutôt dans la catégorie des accords informels normatifs que décrivent les professeurs Eisemann et Carreau.

C'est incontestablement dans cette situation que l'on se rapproche le plus de l'accord international « classique ». Un tel accord va alors constituer un cadre normatif destiné à dicter ou à influencer la conduite des parties signataires, entre elles ou à l'égard des tiers. Cette technique est assez fréquente dans

¹⁶M. Virally, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus » (1983) 60 : I Ann. Inst. dr. int. 328 à la p. 341.

¹⁷Eisemann, *supra*, note 11.

¹⁸Michel Virally assimile ce caractère programmatore à une déclaration d'intention. M. Virally, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique » (1983) 60 : I Ann. Inst. dr. int. 166 à la p. 209.

le domaine des relations « politiques » « sensibles » ou surtout dans le secteur économique international¹⁹.

Loin de nier l'intérêt de la distinction que prônent ces deux éminents internationalistes, nous voulons simplement souligner que la dénomination « accord politique » ne dénote pas uniquement un caractère programmatique, mais affirme aussi une certaine indépendance des accords étudiés à l'égard des solutions juridiques classiques du droit des traités²⁰.

Les accords que nous étudions sont politiques car, quand les États-parties se sont engagés à ne pas se lier juridiquement (A), ces accords ne sont pas susceptibles de créer les mêmes effets de droit que les traités (B).

A. *Engagement à ne pas se lier juridiquement*

L'engagement des États à ne pas se lier juridiquement doit être recherché, selon le rapporteur de l'Institut, Michel Virally, non pas dans la forme utilisée pour consigner un accord international — nous aurons l'occasion d'y revenir — mais en vertu de plusieurs indices. Ils doivent être trouvés dans le texte lui-même (2), dans les circonstances de son adoption (1) et dans le comportement ultérieur des parties (3)²¹.

1. Les circonstances de l'adoption des *gentlemen's agreements*

Plusieurs remarques peuvent être faites quant aux circonstances de l'adoption des trois accords relatifs au contrôle de l'exportation de matériel de haute technologie. D'une part, des objectifs politiques clairs sont à leur origine et, d'autre part, le secret entoure toujours les négociations menant à ces accords.

Lorsque les États-Unis ont mis de l'avant l'idée de restreindre les exportations de matériel de haute technologie en direction de l'Union soviétique et de ses alliés, le but était de freiner l'expansionnisme soviétique. On croyait alors que, sans commerce avec l'Occident, le développement économique de l'Union soviétique serait retardé et qu'elle serait ainsi plus facile à « contenir » militairement²². Dans ce contexte, les exportations visées

¹⁹D. Carreau, *Droit international*, Paris, Ed. Pedone, 1986 à la p. 182.

²⁰Pour remettre en question ses certitudes à l'égard du cloisonnement entre les notions de droit et de politique le lecteur consultera avec intérêt les Prolégomènes du professeur Serge Sur sur la détermination des relations générales entre le droit et la politique. S. Sur, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974 aux pp. 17-61.

²¹M. Virally, *supra*, note 16 à la p. 342.

²²Sur ce point, les Soviétiques s'accommodaient assez bien de ces prises de position, puisqu'ils croyaient qu'en l'absence d'accès au marché socialiste, le système capitaliste stagnerait et éventuellement s'effondrerait. A. Lowenfeld, *International Economic Law, Vol. III — Trade Controls for Political Ends*, 2e éd., New York, Matthew Bender, 1983 aux pp. 5-6.

revêtaient une importance particulière en raison de leur impact sur la capacité militaire d'éventuels pays acquéreurs. Les États-Unis ne voulaient pas « vendre la corde avec laquelle ils seraient pendus ». Pour éviter que cet objectif ne soit contrecarré par des transferts technologiques en provenance de pays alliés, il devenait nécessaire de s'entendre avec ces mêmes alliés afin qu'ils imposent de semblables contrôles. Ces consultations se déroulèrent dans le secret le plus absolu. Ainsi naissait le *CoCom* de 1949.

La naissance des *Accords du Club de Londres* présente à la fois des ressemblances et des dissemblances avec celle du *CoCom*. Ressemblances car ils serviront, eux aussi, à freiner les ambitions de certains États qui veulent accroître leur potentiel militaire. Dissemblances en ce que les alliés qui recherchent la concertation sont, cette fois, des États du bloc socialiste et les pays occidentaux, alors que les pays du Tiers-Monde sont devenus les cibles. L'annonce par l'Inde, le 18 mai 1974, de l'explosion d'un dispositif nucléaire dans le désert du Thar au Rajasthan et l'expansion du marché mondial des installations électro-nucléaires, suite au premier choc pétrolier, expliquent l'urgence entourant la prise de telles mesures. Encore une fois, les négociations menant à ces accords demeurent secrètes.

Les objectifs politiques de l'Accord sur les restrictions à l'exportation de technologies liées à la fabrication de missiles apparaissent avec la même clarté que dans les deux cas précédents. Ici encore, l'accord s'inscrit dans le contexte de la lutte contre la prolifération des armements nucléaires. On veut ainsi éviter que des pays ayant pu développer clandestinement une arme nucléaire « artisanale » puissent acquérir ou développer des vecteurs capables de la transporter. L'embargo restreint donc l'exportation de matériel pouvant permettre la construction de missiles capables de propulser une charge utile d'au moins 500 kilogrammes et ayant une portée de trois cents kilomètres et plus. Cette fois-ci, l'accord ne lie que les sept pays occidentaux les plus industrialisés (les mêmes qui se réunissent au cours des sommets économiques) mais le texte même de l'accord appelle tout autre État à y adhérer. Selon nos informations, aucun pays n'a encore répondu favorablement à l'invitation des sept, mais l'Union soviétique pourrait s'intéresser à un tel accord suite au relâchement des tensions dans les relations Est-Ouest²³. Pour cet accord, comme pour ceux que nous avons déjà étudiés, les négociations ont été menées dans le plus grand secret.

Les circonstances de l'adoption d'accords relatifs au contrôle de l'exportation de matériel de haute technologie ne permettent pas de conclure définitivement quant à la portée juridique ou non de ces accords. Certes,

²³On notera que l'Union soviétique s'était montrée particulièrement agacée lorsqu'Israël a mis au point la fusée Jéricho II, qui avec une portée de 1450 km pouvait atteindre le territoire soviétique. Voir « Étrange dialogue israélo-soviétique », *Le Monde* (1er août 1987) 4.

des objectifs politiques clairs motivent les États au moment de la négociation de ces accords mais en cela ils ne se distinguent guère de plusieurs traités qui ont des objectifs semblables, tels que le Traité de l'Atlantique Nord ou le Traité de non-prolifération. Quant au caractère secret de la négociation de ces accords, nous aurons l'occasion d'y revenir.

2. Le texte des *gentlemen's agreements*

Les textes des *gentlemen's agreements* étudiés recèlent certains indices pouvant confirmer, en partie du moins, l'absence de volonté de se lier juridiquement.

L'accord du CoCom constitue une exception à l'égard des deux autres textes puisqu'il est jusqu'ici demeuré secret. Une des principales caractéristiques des « accords non-contraignants entre États » est justement, d'après le professeur Carreau, l'absence de publicité systématique.

Il est tout d'abord clair que ces engagements non-contraignants ne sont jamais enregistrés au Secrétariat des Nations Unies, aux fins de publication en vertu de l'article 102 de la Charte [...]. Sans doute, bon nombre de ces « accords informels » demeurent-ils « secrets »²⁴.

Le professeur Carreau s'empresse cependant de faire remarquer que plusieurs traités internationaux « classiques » demeurent également secrets (notamment les traités de nature politique ou militaire) ou ne sont pas soumis à la procédure d'enregistrement auprès du Secrétariat des Nations Unies. Leur force obligatoire à l'égard des parties contractantes n'est pas pour autant affectée²⁵. Encore une fois, nous ne pouvons conclure au caractère non-contraignant des accords étudiés, ce qui justifierait leur classification parmi les *gentlemen's agreements*.

En ce qui a trait au texte des *Accords du Club de Londres*, quelques indices du caractère non-contraignant des engagements peuvent être soulignés. D'emblée, on constate la présence du mot « directives » dans l'intitulé de l'accord, de même que l'utilisation du mode conditionnel pour la presque totalité des verbes de l'accord²⁶.

En soi, le fait d'utiliser le mot « directives » ne permet guère de conclure automatiquement au caractère non-contraignant, mais ce choix n'est certes pas neutre. En effet, depuis plus d'une dizaine d'années, des organisations

²⁴Carreau, *supra*, note 19 à la p. 189.

²⁵*Ibid.*, aux pp. 131 et 189.

²⁶*Supra*, note 9. Deux exceptions notables se retrouvent au paragraphe 5, où il est prévu que les fournisseurs réexamineront conjointement leurs exigences communes en matière de garanties lorsque cela paraîtra approprié, et au paragraphe 16, où l'on affirme que toutes modifications devront être adoptées à l'unanimité.

internationales, voire des conférences internationales convoquées pour étudier des problèmes particuliers, ont de plus en plus recours à des formules telles que directives, principes directeurs, codes de conduite, *etc.* pour désigner les textes qu'ils négocient et adoptent. La majorité de ces accords a pour but de coordonner les efforts des États sans pour autant qu'ils se lient juridiquement entre eux. Par exemple, à la Conférence sur le code de conduite pour le transfert de technologie, réunie sous les auspices de la C.N.U.C.E.D., les pays occidentaux tiennent à ce que le caractère non-obligatoire d'un éventuel code de conduite soit affirmé par le texte même de l'accord²⁷.

L'utilisation du mode conditionnel vient confirmer le caractère non-contraignant, sur le plan juridique, des engagements des membres du *Club de Londres*. Pour s'en convaincre nous n'avons qu'à citer la première phrase du premier paragraphe :

Les principes fondamentaux énoncés ci-après portant sur les garanties et les contrôles des exportations devraient s'appliquer aux transferts d'articles nucléaires à des fins pacifiques, à destination de tout État non doté d'armes nucléaires.²⁸

Nous sommes donc enfin en présence d'un indice valable nous permettant de conclure que les *Accords du Club de Londres* sont bel et bien un *gentlemen's agreement*, et non un traité.

Quant à l'embargo occidental sur l'exportation de technologies relatives aux missiles, les mêmes remarques sur l'utilisation de l'appellation « lignes directrices » demeurent valables. On notera de plus deux passages particulièrement intéressants de l'accord :

Le gouvernement appliquera les Lignes directrices conformément à la législation nationale.²⁹

Il est entendu que la décision de procéder au transfert reste à la seule et souveraine discrétion du Gouvernement du Canada.³⁰

Bien que l'on considère souvent que le pouvoir de conclure un traité émane de la capacité de l'État de limiter sa propre souveraineté, le moins qu'on puisse dire c'est que ce texte ne lie guère les États de façon trop étroite. Encore ici, on retrouve des indices valables menant à la conclusion qu'il s'agit d'un *gentlemen's agreement*.

²⁷Il faut cependant préciser que les codes de conduite ont parfois pour destinataires non les États, mais des organismes non-gouvernementaux, tels que les entreprises multinationales.

²⁸*Supra*, note 9, par. 1.

²⁹*Supra*, note 10, par. 1.

³⁰*Ibid.*, par. 2.

3. La conduite des États liés par un *gentlemen's agreement*

Les circonstances entourant l'adoption des accords étudiés et l'analyse de leur texte nous ayant parfois apporté certains indices quant à l'intention des parties de ne pas se lier juridiquement, nous rechercherons maintenant dans leur pratique des indices supplémentaires à cet égard. À ce niveau, seules les pratiques des États relativement aux accords du *CoCom* et du *Club de Londres* peuvent être prises en considération, l'adoption des *Lignes directrices sur les transferts d'articles sensibles pouvant être utilisés dans les missiles* étant trop récente³¹.

Un premier aspect de la pratique des États nous apparaît d'une importance particulière : les États considèrent que les textes adoptés ne comportent que des engagements minimaux, auxquels ils se sentent libres d'ajouter de plus amples restrictions relatives à l'exportation de matériel technologique. En cela, ces accords diffèrent des traités classiques où les États s'entendent pour fixer des règles communes devant s'imposer dans leur pratique respective. Les États membres du *Club de Londres* ont montré par leurs actes qu'ils entendent ne pas être limités par les engagements auxquels ils ont souscrit et qu'ils se sentent libres de restreindre encore plus leurs exportations de matériel nucléaire. Ainsi, le paragraphe 4 des *Directives relatives aux transferts d'articles nucléaires* prévoit que

les fournisseurs ne devraient transférer des articles figurant sur la liste de base que lorsque ces derniers sont couverts par les garanties de l'A.I.É.A. [...]³²

L'adoption de cette disposition avait marqué la victoire de la France et de l'Allemagne fédérale lors de la négociation de cet accord, face au courant maximaliste formé par les États-Unis, l'Union soviétique et le Canada³³. Ces derniers auraient préféré que non seulement les articles transférés par les fournisseurs parties à l'accord, mais aussi toutes les installations nucléaires du pays acquéreur, soient soumis aux contrôles de l'Agence de Vienne. N'ayant pu obtenir cette concession, ces pays n'ont pas hésité à exiger des engagements plus contraignants de la part des acquéreurs. Ainsi, la *Nuclear Non-Proliferation Act*³⁴ adopté par le Congrès américain le 10 mars 1978 prévoit que

as a condition of continued United States export of source material, special nuclear material, production or utilization facilities and any sensitive nuclear

³¹On ne saurait évidemment tirer aucune conclusion du fait que les *gentlemen's agreements* soient généralement appliqués dans la pratique étatique puisque les traités ont également comme essence d'être appliqués par les États.

³²*Supra*, note 9, par. 4.

³³S. Courteix, « Les Accords de Londres entre pays exportateurs d'équipements et de matières nucléaires » (1976) 22 A.F.D.I. 27 aux pp. 40-42.

³⁴*Supra*, note 15.

technology to non-nuclear-weapons states, no such export shall be made *unless I.A.E.A. safeguards are maintained with respect to all peaceful nuclear activities* in, under the jurisdiction of, or carried out under the control of such state at the time of the export³⁵.

L'Union soviétique adopte une attitude semblable à celle des États-Unis. Elle oblige en effet des États tels que Cuba et la Libye à conclure un accord de garantie avec l'A.I.É.A.³⁶ ou à adhérer au Traité de non-prolifération³⁷. Aucune protestation des autres parties aux *Accords du Club de Londres* n'a été enregistrée à l'égard d'une pareille pratique. Ceci contribue fortement à la reconnaissance du statut de *gentlemen's agreements* de ces accords.

Quant au *CoCom*, le secret entourant la liste des produits technologiques soumis à l'embargo rend plus difficile toute recherche à leur sujet. Cependant, on peut d'ores et déjà noter que les contrôles adoptés par les États-Unis sont beaucoup plus élaborés que ceux des autres membres du *CoCom*, ce qui tend à consacrer le caractère minimal des dispositions contenues dans ces accords.

On notera également deux prises de position relatives au *CoCom*, qui renforcent le sentiment qu'on soit en présence d'un accord politique. La première vient de la Cour de district de Tokyo, qui décidait le 8 juillet 1969 que les décisions du *CoCom* ne revêtaient pas une valeur juridique suffisante pour être invoquées dans un contentieux commercial international, à moins d'être ratifiées par le droit interne d'un État :

The Cocom was originally established to set up guidelines on international politics, so-called American policy of containment of Communist bloc countries and is an unofficial international organ directly aimed at slowing down of strength of potential war power of the Communist bloc countries. Agreement entered through this body does not have the effect of a treaty domestically or internationally. [...] In order to impose the restriction on export related to the CoCom control materials against the citizens, it is necessary to have an existing

³⁵Soulignements ajoutés. 42 U.S.C. §2157 a.(1), ajouté par la *Nuclear Non-Proliferation Act*, *ibid.*, titre III, art. 306.

³⁶Cuba était un des quatre pays à avoir voté contre la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies recommandant l'adoption du *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, 1er juillet 1968, R.T. Can. 1970 no 7, R.T. G.-B. 1970 no 88, 21 U.S.T. 483, 729 R.T.N.U. 161 [ci-après le *T.N.P.*] en juin 1968. Cuba signa cependant un accord de garantie avec l'A.I.É.A. en mai 1980, sous les pressions de l'Union soviétique. W.C. Potter, « Soviet Nuclear Export Policy », in J.C. Snyder et S.F. Wells Jr, éd., *Limiting Nuclear Prolifération*, Cambridge, Ballinger Publishing Co., 1985 aux pp. 237-38.

³⁷La Libye a ratifié le *T.N.P.* le 26 mai 1975, quatre jours à peine avant de signer un accord de coopération nucléaire avec l'Union soviétique. Conformément aux obligations contenues dans le *T.N.P.*, la Libye concluait un accord de garantie avec l'A.I.É.A., couvrant l'ensemble de ses installations nucléaires, le 8 juillet 1980. W.C. Potter, *ibid.* à la p. 232.

domestic law which embodies the agreement reached through the CoCom or [...] a new legislative device [...]»³⁸.

D'autre part, dans un récent conflit où se sont opposés les gouvernements belge et américain concernant la fourniture d'une aléreuse fraiseuse par une société belge à l'entreprise soviétique Novo Kramatorski³⁹, le Ministre des Affaires extérieures de Belgique, M. Tindermans, a exprimé devant le Sénat de Belgique sa conviction que le *CoCom* était fondé sur un *gentlemen's agreement*⁴⁰.

Pour toutes les raisons que nous venons d'évoquer, soit les circonstances de l'adoption des accords, la pratique des États ainsi que les textes de ces accords, nous croyons pouvoir affirmer qu'ils sont bel et bien des *gentlemen's agreements*, et non des traités ou des normes coutumières⁴¹.

B. Insusceptibilité de créer directement des effets juridiques

Les accords politiques, on en conviendra facilement, ne peuvent produire les mêmes effets juridiques que les traités. On ne saurait cependant conclure de ce fait qu'ils n'en produisent aucun.

Dans son rapport sur les textes internationaux dépourvus de portée juridique, le professeur Virally analyse les « effets juridiques secondaires » qui pourraient être produits par des accords politiques. Après s'être penché sur le problème de l'*estoppel*, qui n'apparaît pas pertinent à notre étude, Michel Virally discute du droit de réclamer l'exécution d'un accord politique. Il est ainsi appelé à se demander si un État partie à un accord politique peut se retrancher derrière le droit international en invoquant son domaine réservé, afin d'écarter les prétentions d'un État demandant le respect de l'accord. Il est intéressant à ce niveau de citer les propos du professeur Virally :

³⁸Extraits du jugement dans l'affaire *Association of the 1969 Peking-Shanghai Japanese Industrial Exhibition c. Minister of International Trade and Industry*, cités par K. Chin, « The 'CoCom' Case » (1970) 4 J.W.T.L. 604 aux pp. 606-07.

³⁹Cette entreprise était soupçonnée d'être associée à la fabrication de missiles de type SS-20 et SS-21 pour le compte de l'armée soviétique.

⁴⁰C. Taquet, « La Belgique et le CoCom » (1984-85) 18 Rev. belge dr. int. 713 à la p. 729, citant le *Bulletin des questions et réponses*, Sénat de Belgique, no 8, 30 octobre 1984 à la p. 284, col. 2.

⁴¹À notre connaissance, seul Frédéric L. Kirgis conteste une telle conclusion quant au *CoCom*. Il affirme qu'il existerait une norme coutumière chez les États membres du *CoCom* voulant qu'on soumette pour approbation toutes propositions d'exportation de produits contenus dans les listes du *CoCom* et qu'on donne un poids décisif aux recommandations du *CoCom*. Malheureusement Kirgis n'accompagne cette affirmation d'aucun développement quant à l'existence d'une *opinio juris* confirmant le caractère coutumier de cette règle. F.L. Kirgis, « Nato Consultations as a Component of National Decision Making » (1979) 73 A.J.I.L. 372 à la p. 404.

La bonne foi, sur laquelle repose tout engagement politique, impose qu'un tel engagement comporte aussi renonciation à invoquer les arguments de droit qui, le cas échéant, pourraient avoir pour effet de le vider de toute substance.

[I] n'en résulte pas, pour autant, qu'un engagement purement politique acquerrait ainsi une portée juridique, ce qui remettrait totalement en cause la distinction entre les deux catégories d'engagements. La perte du droit d'invoquer une fin de non-recevoir juridique résulte, comme on l'a vu, d'un acte juridique : la renonciation à ce droit. Mais le juriste interprète un certain comportement — l'acceptation d'un engagement politique — comme un acte de renonciation⁴².

Il ajoute ensuite :

Il va de soi que cette renonciation est strictement limitée à la portée de l'engagement pris et ne saurait donc avoir pour effet de la transformer en engagement juridique. C'est pourquoi il faut considérer la demande d'exécution de cet engagement comme une démarche politique et non comme l'exercice d'un droit « juridique »⁴³.

Les États parties aux *gentlemen's agreements* auraient donc renoncé à invoquer une fin de non-recevoir juridique à l'égard d'une autre partie qui demanderait le respect de l'accord. Cette conclusion semble compatible avec la pratique des États dans le cas, déjà évoqué, de l'exportation d'une aléreuse fraiseuse belge à une entreprise soviétique. Lorsque les États-Unis ont fait valoir leur objection à l'exportation de l'appareil à l'Union soviétique, la Belgique ne s'est pas retranchée derrière son domaine réservé, mais a accepté le dialogue sur la base des engagements politiques pris à l'égard des États-Unis. Ceci ajoute du poids à notre inclusion des accords étudiés au sein des *gentlemen's agreements*.

III. Des accords se présentant sous une multitude de formes

Dès le début de la section précédente, nous avons affirmé que c'était dans l'intention des parties qu'il fallait rechercher la nature d'un accord adopté par des États. En effet, la forme utilisée pour consigner un accord inter-étatique ne permet pas de parvenir à une conclusion certaine sur sa nature juridique ou non-juridique⁴⁴. Toutefois, il est intéressant de constater que les différents *gentlemen's agreements* revêtent une multitude de formes.

Ainsi, l'*accord du CoCom* prend la forme d'un acte unique, demeuré secret et mis en application par les législations nationales, alors que les deux autres accords politiques se présentent plutôt comme des actes unilatéraux. Quelques remarques doivent être faites au sujet de ces derniers.

⁴²Virally, *supra*, note 16 à la p. 347.

⁴³*Ibid.*, p. 348.

⁴⁴*Ibid.*, p. 342.

Les internationalistes ont considéré le problème posé par les accords politiques consignés sous la forme d'actes unilatéraux, mais ils ont fait remarquer que c'est l'élément « conventionnel » qui prédomine. Le professeur Eisemann affirme à juste titre que :

Dans la définition du *gentlemen's agreement*, il convient également de ne pas omettre l'aspect conventionnel. Ce n'est pas un acte unilatéral mais le fruit de la rencontre de volonté des parties, intervenue après négociation internationale. Les effets du *gentlemen's agreement* ne peuvent être séparés de l'équilibre dialectique des intérêts que représente l'accord. On sait qu'un acte unilatéral ne crée une obligation, en droit international, qu'à travers son effet sur l'autre partie. Dans le cas de l'accord informel, c'est l'existence de la négociation préalable qui impliquera le caractère d'obligation [...] des engagements souscrits car elle est le gage de la prise en considération par les parties de ce rapport dialectique⁴⁵.

Ainsi, même si les *Accords du Club de Londres* ont été rendus publics par l'envoi simultané à l'Agence internationale de l'énergie atomique, le 11 janvier 1978, de lettres des représentants permanents des pays parties à cet accord, le caractère « conventionnel » de ces accords est indéniable. La même remarque peut être faite pour les *Lignes directrices sur les transferts d'articles sensibles pouvant être utilisés dans les missiles* qui a fait l'objet d'un échange de lettres entre les parties contractantes le 7 avril 1987, dans lesquelles chaque pays exprime son engagement à appliquer ces lignes directrices à l'égard de ses exportations de matériel technologique.

Conclusion

Le recours aux *gentlemen's agreements* s'est avéré un instrument utile pour permettre une concertation inter-étatique à l'ère technologique⁴⁶. Les accords politiques constituent, en effet, un outil ayant la souplesse nécessaire pour régir un domaine particulièrement sensible des relations internationales.

Doit-on déplorer que les États aient recours à ces *gentlemen's agreements* et y voir, comme le professeur Prosper Weil, le signe d'un effacement du seuil de normativité et d'une faiblesse conceptuelle du système normatif international⁴⁷ ? Pour notre part, nous préférons l'approche plus pragmatique proposée par le professeur Serge Sur⁴⁸ ou le juge R.R. Baxter. Ce

⁴⁵Eisemann, *supra*, note 11 aux pp. 345-46.

⁴⁶Cette utilité se situe sur le plan de la technique juridique. Il ne s'agit pas ici de juger du fond des « normes » adoptées, qui peuvent être perçues comme étant une agression illégitime de la part des États qui sont victimes de l'embargo technologique ainsi institué.

⁴⁷P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international » (1982) 86 R.G.D.I.P. 5 aux pp. 9-13.

⁴⁸S. Sur, « Quelques observations sur les normes juridiques internationales » (1985) 89 R.G.D.I.P. 901 aux pp. 914-16.

dernier conclut un brillant article intitulé « International Law in Her Infinite Variety » en affirmant :

What I have said about the instruments to which States subscribe — treaties, declarations, statements of policy, final acts, resolutions of international organisations, and other forms of expression of agreement — will, I hope, have persuaded the reader that it is excessively simplistic to divide written norms into those that are binding and those that are not. Provisions of treaties may create little or no obligation, although inserted in a form of instrument which presumptively creates rights and duties, while, on the other hand, instruments of lesser dignity may influence or control the conduct of States and individuals to a certain degree, even though their norms are not technically binding. It is inevitable that in the course of negotiation and compromise, those who write international instruments will set down on paper whatever will secure agreement, even though the resulting product may not fall into the neat categories to which lawyers are addicted. The lawyer's task is not only to interpret the resulting consensus but also to make understandings between States as flexible an instrument as possible in order to encourage agreement⁴⁹.

Il n'en demeure pas moins qu'il faut rester vigilant dans la recherche des conséquences juridiques à attribuer à un accord international. Les travaux des internationalistes sur les *gentlemen's agreements* permettent de mieux comprendre cet aspect du droit international, appelé à jouer un rôle important dans les relations inter-étatiques.

⁴⁹R.R. Baxter, « International Law in Her Infinite Variety » (1980) 29 Int'l & Comp. L.Q. 549 aux pp. 564-65.