



DIALOGUES

A DIALOGUE ON *FRONT POLISARIO*

L'UNION EUROPÉENNE ET LA QUESTION DU SAHARA: ENTRE LA RECONNAISSANCE DE LA SOUVERAINETÉ DU MAROC ET LES ERREMENTS DE LA JUSTICE EUROPÉENNE

ABDELHAMID EL OUALI*

ABSTRACT: This *Dialogue* aims at addressing the ambivalent policy of the EU with regard to the Western Sahara conflict. Adopting a strictly legal perspective, it seeks to show that, while the political organs of the EU (the Council and the Commission) have recognized, through several international agreements signed in the past thirty years as well as through their subsequent conduct to these agreements, the sovereignty of Morocco over Western Sahara territory, the judicial organs of the EU (the General Court, in the first instance, and the Court of Justice, on appeal) have recently adopted an opposite stand (see General Court, judgment of 10 December 2015, case T-512/12, *Front Polisario v. Council of the European Union* and Court of Justice, judgment of 21 December 2016, case C-104/16 P, *Council of the European Union v. Front Polisario* [GC]), and taken the risk to act *ultra vires* as their decisions are legally unfounded and contradict major principles of international law.

KEYWORDS: self-determination – non-self-governing territories – law of treaties – subsequent conduct – permanent sovereignty over natural resources – Western Sahara conflict.

I. INTRODUCTION

Publiquement, l'UE a toujours affiché une certaine neutralité dans le conflit du Sahara. Mais dans ses relations réciproques avec le Maroc, en particulier à l'occasion de l'élaboration et de l'exécution des très nombreux accords de coopération mutuelle, dont les premiers ont été conclus dans les années soixante dix, l'UE a constamment considéré que ce dernier détenait un droit de souveraineté sur le Sahara. La signature de ces accords, ainsi que leur renouvellement, ont été effectués sur la base de la reconnaissance de la souveraineté du Maroc sur tout son territoire, y compris le Sahara. L'application de ces accords a aussi été constamment étendue à ce territoire. Cette ap-

* Professeur émérite, Université Hassan II, Casablanca, hamid.elouali@gmail.com.

plication a été accompagnée de la part de l'UE par des actes, des attitudes et des comportements qui attestent la reconnaissance de sa part de la souveraineté du Maroc sur le Sahara. Or, en droit international, une conduite subséquente, qui se reflète à travers un comportement homogène, constant, et continu dans le temps, fait naître à la charge de son auteur une obligation juridique.

Néanmoins, la justice européenne vient, à travers deux arrêts très controversés, de placer l'UE dans une position juridiquement intenable et cela à l'occasion de l'examen de la question de la validité juridique de l'accord, conclu en 2012, entre l'UE et le Maroc relatif aux mesures de libéralisation réciproques en matière de produits agricoles transformés, de poissons et de produits de pêche (ci-après accord de libéralisation). Il en est ainsi parce que le premier arrêt, prononcé le 10 décembre 2015 par le Tribunal,¹ procède purement et simplement à l'annulation de cet accord au motif que son application ne s'est pas faite au profit des populations du Sahara, alors que le second, en date du 21 décembre 2016, et émanant de la Cour de justice,² effectue l'annulation de ce même arrêt en estimant que ledit accord avait été conclu sans consultation de la population du Sahara.

Ces deux décisions de justice sont juridiquement infondées car elles sont contraires au droit international. Elles placent l'UE dans une situation juridiquement intenable et affectent les droits souverains d'un pays étranger. Elles constituent aussi une sérieuse menace au développement de la coopération entre l'UE et l'un de ses partenaires essentiels au Sud de la Méditerranée, car toute coopération suppose la confiance réciproque et la stabilité des relations juridiques.

La reconnaissance tacite par l'UE de la souveraineté du Maroc sur le Sahara s'est en particulier incarnée lors de la conclusion d'une série d'accords en matière de pêche que les deux parties ont signé/renouvelé durant les années 1980, 1990, 2000 et 2010, ainsi que dans la conduite subséquente qui s'en est suivie de la part de l'UE au moment de leur application. Le dernier en date de ces accords est le protocole du 20 décembre 2013 signé dans le cadre de l'accord de partenariat de 2006 dans le secteur de la pêche. C'est en vue de l'annulation de ce protocole que le Polisario a introduit le 14 mars 2014 un recours devant la Cour de justice, recours qui n'a pas encore fait l'objet d'examen.

L'objet de la présente étude est d'analyser l'intenable situation juridique dans laquelle se trouvent désormais les relations entre l'UE et le Maroc, du fait de deux comportements totalement contradictoires, qui sont, d'un côté, la reconnaissance par l'UE de la souveraineté du Maroc sur le Sahara à l'occasion de la signature et de l'application des accords de pêche, et, de l'autre, la non-reconnaissance par la justice européenne de

¹ Tribunal, arrêt du 10 décembre 2015, affaire T-512/12, *Front populaire pour la libération de la Saguia-el-hamra et du Rio de Oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne*.

² Cour de justice, arrêt du 21 décembre 2016, affaire C-104/16 P, *Conseil de l'Union européenne c. Front populaire pour la libération de la Saguia-el-hamra et du Rio de Oro (Front Polisario)* [GC].

la souveraineté du Maroc sur le Sahara à l'occasion de l'examen de la validité de l'accord de 2012 relatif aux mesures de libéralisation.

II. LA RECONNAISSANCE PAR L'UNION EUROPÉENNE DE LA SOUVERAINÉTÉ DU MAROC SUR LE SAHARA

Il est un fait bien établi en droit que l'UE a reconnu la souveraineté du Maroc sur le Sahara. Elle l'a fait, d'abord, à travers une série d'accords internationaux, dont l'accord de partenariat. Elle l'a fait, ensuite, à travers une conduite subséquente à ces accords.

II.1. LA RECONNAISSANCE PAR L'UNION EUROPÉENNE DE LA SOUVERAINÉTÉ DU MAROC SUR LE SAHARA À TRAVERS UNE SÉRIE D'ACCORDS INTERNATIONAUX, DONT L'ACCORD DE PARTENARIAT

L'accord de partenariat appartient à une série d'accords de pêche qui ont, durant les dernières décennies, reconnu implicitement la souveraineté du Maroc sur le Sahara. Le premier accord du genre est celui conclu en 1985 avec le Maroc par la Communauté économique européenne (CEE). Cet accord est conclu à la suite de l'adhésion de l'Espagne à la CEE en 1983. Il reprend à son compte la disposition de l'accord signé le 17 février 1977 entre le Maroc et l'Espagne dans laquelle il est stipulé que les navires espagnols sont autorisés à pêcher dans les eaux du Sahara se trouvant "sous juridiction marocaine", ce qui constituait une réaffirmation par l'Espagne, après la conclusion de l'Accord de Madrid, de la souveraineté du Maroc sur le Sahara. A l'époque, le Maroc avait aussi signé un accord similaire avec le Portugal, qui adhérerait également à la CEE. Celle-ci conclut, par la suite, en 1988 et 1992, des accords sectoriels qui autorisent les membres de la Communauté à pêcher dans les eaux sur lesquelles le Maroc exerce "sa souveraineté et sa juridiction", sous-entendant par là toutes les zones de pêche sous souveraineté marocaine, y compris le Sahara. Un autre accord est signé entre le Maroc et l'UE en 1995. Il comporte la même disposition dans laquelle il est en effet affirmé que cet accord s'applique aux zones de pêche sur lesquelles "le Royaume du Maroc exerce sa souveraineté ou sa juridiction" (art. 1). C'est pratiquement la même disposition que l'accord de partenariat reprend à son compte en son art. 2. Comme ses prédécesseurs, l'accord de partenariat reconnaît ainsi implicitement la souveraineté du Maroc sur le Sahara. Il va plus loin encore dans la mesure où il se réfère expressément, comme l'avait fait auparavant l'accord de 1995, aux ports de Dakhla, Boujdour et Layoune,³ qui, comme chacun le sait, se trouvent au Sahara. Ainsi, l'on est en présence, durant les trois décennies, d'une ligne de conduite continue de la CEE et de son héritière, l'UE, consistant à reconnaître implicitement la souveraineté du Maroc sur le Sahara.

³ Cf. New York City Bar, Committee on United Nations, *Report on Legal Issues Involved in the Western Sahara Dispute: Use of Natural Resources*, avril 2011, www.nycbar.org, p. 18.

On le sait, lors des négociations de l'accord de partenariat, qui ont démarré en 2005, des pressions ont été exercées sur l'UE en vue de l'amener à exclure du champ de l'accord les eaux territoriales du Sahara au prétexte que ces eaux ne relèveraient pas de la souveraineté du Maroc.⁴ Cette campagne a eu pour effet de pousser le 25 janvier 2006 le Comité de développement du Parlement européen à demander au Service juridique de ce dernier son avis sur la compatibilité du futur accord avec le droit international. Le 20 février 2006, le Service juridique remet son avis⁵ dans lequel il estime que le Sahara est un territoire non-autonome et que le Maroc s'y trouve en tant que puissance administrante de fait (il reprend ici à son compte l'avis de Hans Corell),⁶ que le projet d'accord n'inclut ni n'exclut les eaux du Sahara et que seule la pratique ultérieure montrera quel est son champ territorial d'application réel, et que, au cas où il apparaîtrait que les eaux du Sahara sont incluses, l'UE pourrait entrer en discussion avec le Maroc en vue de suspendre l'application de l'accord si celui-ci n'est pas appliqué de manière à tenir compte des intérêts de la population locale. Par cet avis, le Service juridique donne son agrément à la conclusion de l'accord. Malgré cela, la campagne visant à exclure les eaux du Sahara de l'accord continue, ce qui a pour effet de pousser certains pays de l'UE de demander un second avis, mais cette-fois au Service juridique du Conseil. Or, celui-ci formule, à son tour, les mêmes remarques que le Service juridique du Parlement européen. Malgré cela, la campagne pour l'exclusion des eaux du Sahara de l'accord persiste. Mais, cela n'empêche pas les négociateurs européens de reprendre dans le texte de l'accord de partenariat la disposition traditionnelle que la pêche peut avoir lieu dans "les eaux sous souveraineté du Royaume du Maroc", avec le sous-entendu que ces eaux englobent aussi celles du Sahara. Lors de la discussion du projet d'accord de partenariat en vue de son adoption par le Conseil, la Suède s'y est opposée, alors que trois pays se sont abstenus (Finlande, Irlande et Pays-Bas), mais l'accord a fini par être adopté par le Conseil le 22 mai 2006 et signé avec le Maroc le 22 juillet de la même année.⁷ L'accord de partenariat comporte l'accord proprement dit, un protocole et des annexes. Il prévoit notamment le paiement d'une contribution financière (144.4

⁴ V.P. WRANGE, *Le Sahara Occidental et l'Accord de Partenariat UE-Maroc dans le domaine de la Pêche (APP)*, 7 décembre 2011, www.fishelsewhere.eu.

⁵ Parlement européen, avis juridique du Service juridique, SJ-0085/06 du 20 février 2006, Proposal for a Council regulation on the conclusion of the fisheries partnership agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco - Compatibility with the principles of international law, www.arso.org.

⁶ H. CORELL, Lettre datée du 29 janvier 2002, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, UN Doc. S/2002/161, undocs.org. Pour une analyse générale et critique de l'avis, v. A. EL OUALI, *Le conflit du Sahara au regard du droit international*, Bruxelles: Bruylant, 2015, p. 109 *et seq.*

⁷ Pour le texte de l'accord de partenariat, v. règlement (CE) 764/2006 du Conseil du 22 mai 2006 relatif à la conclusion de l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc.

millions d'euros) en contrepartie du droit pour les navires européens de pêcher dans les eaux marocaines. A cet égard, il est important de le signaler, l'art. 2 du protocole précise que le Maroc jouit d'une "discrétion totale" quant à l'utilisation de cette contribution financière. L'accord fixe sa durée de validité à quatre ans, allant de 2007 à 2011. Il crée aussi un Comité conjoint qui est chargé de superviser l'application de l'accord et se réunit à cet effet au moins une fois par an.

Mais la campagne contre l'accord de partenariat persistera encore. Certes, elle ne parviendra pas à persuader l'UE de renoncer à le conclure. Néanmoins, elle va amener celle-ci à demander au Maroc, alors que ledit accord était déjà signé et ratifié, de lui indiquer comment il l'appliquait de manière à servir les intérêts de la population du Sahara. En faisant cela, l'UE donne effet à l'une des recommandations du Service juridique du Parlement européen, qui, dans l'avis précité, avait suggéré qu'il serait utile que la Commission ou le Conseil demande au Maroc des renseignements sur la façon dont l'accord de partenariat était appliqué en faveur de la population locale, et que si des difficultés surgissaient à cet effet, la question devrait être évoquée au sein du Comité conjoint, sinon, et s'il s'avérait que le Maroc ignorait les intérêts de ladite population, l'application de l'accord de partenariat devrait être suspendue en vertu de l'art. 15 de ce dernier et de l'art. 9 du protocole. Or, la demande de clarification concernant la question de savoir si l'accord de partenariat était appliqué en faveur des populations locales est contraire à la conduite subséquente que l'UE a constamment prise au sujet de la qualification du statut du Maroc au Sahara.

II.2. LA RECONNAISSANCE PAR L'UNION EUROPÉENNE DE LA SOUVERAINETÉ DU MAROC SUR LE SAHARA À TRAVERS SA CONDUITE SUBSÉQUENTE

On le sait, en droit international, un comportement homogène, constant, et continu dans le temps peut faire naître à la charge de son auteur une obligation internationale.⁸ Ce comportement peut consister en une série d'actes exprimant un acquiescement, une reconnaissance, une renonciation, etc. Le droit international attache un effet juridique à ce type de comportement en raison du principe de bonne foi qui requiert que l'on tienne compte de la volonté exprimée et qu'un Etat est de ce fait en droit d'attendre d'un autre Etat qu'il respecte les convictions qu'il a fait naître chez lui du fait de ses déclarations ou de sa conduite à propos d'une question donnée.⁹ Cet effet juridique peut comporter la naissance d'une obligation à la charge de son auteur et d'un droit au bé-

⁸ Cf. P. CAHIER, *Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève: Imprimerie de la Tribune, 1968, p. 237 et seq.

⁹ Cf. E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris: Pedone, 1977, p. 71.

néfice de son destinataire.¹⁰ C'est ce qui peut se produire notamment du fait d'une pratique subséquente à la suite de la conclusion d'un traité, que cette pratique corresponde à un acte unilatéral d'une partie au traité ou à un comportement concordant des autres parties contractantes.

Il y a une grande variété de situations dans lesquelles la pratique subséquente à un traité peut produire un effet juridique. La situation, qui nous intéresse ici, est celle où la pratique subséquente permet de révéler la volonté initiale des parties au traité. La pratique subséquente peut notamment aider à clarifier le sens et la portée d'une disposition d'un traité à travers la manière avec laquelle les parties appliquent concrètement cette disposition car

"l'application révèle toujours une interprétation qui la sous-tend. En analysant l'application, on obtient donc une mesure d'interprétation inhérente aux actes. C'est une mesure issue de l'effectivité, émanant du réel: elle est *rebus ipsis et factis*. Cette adhérence aux faits offre à ce critère un certain degré d'objectivité apparente, car si l'échange de promesses contractuelles ne contient au fond que la proclamation d'intentions, la pratique suivie en offre la mise en œuvre effective".¹¹

Ce principe est confirmé par la jurisprudence internationale. Ainsi, le tribunal arbitral, dans l'affaire de *l'indemnité russe*, a admis que "[l]'exécution des engagements est [...] le plus sûr commentaire du sens de ces engagements".¹² De même, la Cour permanente de Justice internationale a aussi pu reconnaître indirectement que "[l]es faits postérieurs à la conclusion du Traité de Lausanne ne peuvent occuper la Cour que pour autant qu'ils sont de nature à jeter de la lumière sur la volonté des Parties telle qu'elle existait au moment de cette conclusion".¹³ Le principe est aussi consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités qui reconnaît la pertinence de "toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du texte" (art. 31, par. 3, litt. b). La très grande majorité de la doctrine a également reconnu l'existence de ce principe.¹⁴ Enfin, il convient de noter que la Cour internationale de Justice a admis que la notion de pratique subséquente est applicable aussi aux organisations internationales.¹⁵

¹⁰ Cf. J.-P. JACQUE, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris: L.G.D.J., 1972, p. 591.

¹¹ R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 480.

¹² Cour permanente d'arbitrage, *Affaire de l'indemnité russe*, sentence arbitrale de l'11 novembre 1912.

¹³ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire relative à l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Mossoul)*, avis consultatif du 21 novembre 1925.

¹⁴ Cf. J.-P. COT, *La conduite subséquente des parties à un traité*, in *Revue belge de droit international*, 1966, p. 632 *et seq.*

¹⁵ Elle a admis que la notion de pratique subséquente était applicable notamment aux Nations Unies. Cf. dans ce sens Cour internationale de Justice, *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif du 3 mars 1950; *Certaines dépenses des Nations*

Il est clair ainsi qu' à la lumière de ce qui vient d'être rappelé, la décision de l'UE de demander au Maroc de lui indiquer si et comment l'accord de partenariat était appliqué en faveur de la population au Sahara, est incompatible avec l'obligation qui est née à sa charge en raison de la pratique subséquente à laquelle elle s'est constamment conformée, depuis la conclusion du premier accord de pêche avec le Maroc en 1988 et qui ne s'est jamais démentie lors de l'application des accords de pêche qui ont été conclus par la suite. La pratique subséquente à tous ces traités a confirmé que l'UE admettait que les eaux du Sahara faisaient partie des eaux sous la souveraineté ou la juridiction du Maroc. Cette pratique n'a fait que révéler la volonté initiale des parties contractantes, au moment de la conclusion du premier accord, celui de 1988, et qui a été renouvelée dans tous les accords qui l'ont suivi depuis, que les eaux du Sahara font parties du territoire marocain. C'est là une réalité connue de tous et les pays européens, dont les ressortissants pratiquent la pêche dans les eaux marocaines, n'auraient jamais réclamé ou appuyé la conclusion de tous ces accords de pêche si ces derniers excluaient de leur champ d'action les eaux du Sahara dans lesquelles leurs bateaux de pêche avaient, depuis des décennies, l'habitude d'opérer. D'ailleurs, l'intérêt accordé à ces accords de pêche par ces pays, ainsi que par une partie de leur opinion publique, a été tel que les péripéties entourant leurs négociations étaient souvent rendues publiques. Du reste, l'UE a elle-même reconnu, et cela à différentes reprises, que les bateaux de pêche européens opéraient dans les eaux du Sahara.¹⁶ Plus important encore est le fait que le Maroc n'aurait jamais accepté de conclure ces différents accords si l'expression "eaux sous la souveraineté ou juridiction du Maroc" sous-entendait que le Sahara n'était pas un territoire marocain. Cette expression est un euphémisme inventé par les diplomates pour signifier que le Sahara relève de la souveraineté marocaine. Partant de là, on peut se demander quel aurait été l'intérêt pour le Maroc de conclure des accords de pêche qui profitent essentiellement à l'UE, s'il ne cherchait pas, simultanément au développement de ses infrastructures de pêche, à faire confirmer la reconnaissance internationale de sa souveraineté sur le Sahara, préoccupation qui n'était nullement ignorée pas les négociateurs européens et qu'ils ont constamment mise à profit en vue d'arracher le maximum de concessions au Maroc.

Unies, avis consultatif du 20 juillet 1962; *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, avis consultatif du 15 décembre 1989, par. 48; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, avis consultatif du 8 juillet 1996; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 102 et seq.

¹⁶ M. DAWIDOWICZ, *Trading Fish or Human Rights in Western Sahara? Self-Determination, Non-Recognition and the EC-Morocco Fisheries Agreement*, 2012, www.biicl.org, p. 22; E. MILANO, *The New Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Kingdom of Morocco: Fishing Too South?*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2006, p. 426.

La décision de l'UE visant à demander au Maroc si et comment était appliqué l'accord de partenariat en faveur de la population locale est aussi incompatible avec l'obligation qui est née pour la même UE vis-à-vis du Maroc en vertu du principe de l'*estoppel*. On le sait, la pratique subséquente peut aussi fonder un *estoppel*.¹⁷ Institution d'origine anglo-saxonne, mais consacrée, par la suite, par la jurisprudence internationale et la doctrine qui y voient un principe général de droit international,¹⁸ l'*estoppel* interdit à un Etat de contredire ou de contester en justice ce qu'il a précédemment dit, fait ou laissé croire. Il y a *estoppel*

“lorsqu'une Partie, par ses déclarations, ses actes ou ses comportements, a conduit une autre Partie à croire en l'existence d'un certain état de choses sur la foi duquel elle l'a incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans leurs positions relatives (au préjudice de la seconde, ou à l'avantage de la première, ou les deux à la fois), la première est empêchée par *estoppel* d'établir à l'encontre de la seconde un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant”.¹⁹

Conçue, à l'origine, pour être une règle d'ordre procédural dont peut exciper une partie devant le juge international, l'*estoppel* a évolué pour devenir aussi une règle d'ordre matériel qu'il est possible d'invoquer comme fondement d'une action en justice afin de rendre responsable un Etat ou une organisation internationale pour sa violation.²⁰ Il est admis que l'*estoppel* peut porter sur une question territoriale et conduire, par exemple, à la reconnaissance d'une frontière,²¹ donner naissance à une règle coutumière bilatérale,²² et lier une organisation internationale, dont notamment l'UE, ainsi que nous le verrons ci-après, et cela que ce soit dans ses relations internes (avec les pays membres) ou externes (avec des pays non-membres).

Partant de la notion d'*estoppel* et des considérations qui précèdent, il est bien clair qu'une obligation coutumière est née à la charge de l'UE en se cristallisant en dehors du cadre conventionnel qui la lie au Maroc dans le domaine de la pêche. C'est parce que l'UE a constamment laissé croire au Maroc qu'elle reconnaissait sa souveraineté sur le Sahara que ce dernier en est venu à accepter de conclure les différents accords de pêche, durant les trente dernières années, et d'accepter qu'une coopération étroite

¹⁷ Cf. R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, cit., p. 481.

¹⁸ Pour une vue d'ensemble sur cette jurisprudence et la doctrine internationaliste, voir T. COTTIER, J.P. MÜLLER, *Estoppel*, in R. WOLFUM (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 671 *et seq.*

¹⁹ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international. Précédé d'un aperçu de la théorie de l'estoppel en droit anglais*, Paris: Pedone, 1979, p. 260.

²⁰ Sur cette évolution, v. T. COTTIER, J.P. MULLER, *Estoppel*, cit.

²¹ Cf. Cour internationale de Justice, *Affaire du Temple Preah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 15 juin 1962, par. 6 et 32.

²² Cf. Cour internationale de Justice, *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), arrêt du 25 avril 1960, par. 6 et 39.

s'instaure en matière de pêche entre lui et l'UE. Certes, l'UE était libre d'accepter ou de refuser la conclusion de l'accord de partenariat avec le Maroc, mais elle n'était pas libre de changer sa position pour ce qui est de la reconnaissance de la souveraineté du Maroc sur le Sahara sans que cela crée un grave dommage pour ce dernier. Il en est ainsi parce que l'UE est liée par sa conduite subséquente, laquelle de surcroît a, par le biais du principe de l'*estoppel*, donné naissance à une règle coutumière par laquelle elle a reconnu la souveraineté marocaine sur le Sahara. Une règle coutumière peut, comme cela vient d'être rappelé, naître dans un cadre bilatéral. Elle peut aussi émerger dans les relations entre un Etat et une organisation internationale. A cet égard, il convient de souligner que l'UE reconnaît le principe de l'*estoppel*. Elle reconnaît aussi que ses effets obligent tous les pays membres de l'UE, y compris ceux qui ont pris une position contre des actes par lesquels elle a fait naître, par le jeu de l'*estoppel*, une règle coutumière qui la lie à des pays non-membres. Dans son étude sur la question de savoir si l'UE peut lier ses pays membres par des coutumes de droit international à la naissance desquelles elle a directement contribué, y compris par le biais de l'*estoppel*, Vaughan Lowe a clairement montré qu'un pays membre ne peut refuser d'être lié par ces règles lorsqu'elles touchent des matières qui relèvent de la seule compétence de l'UE, comme cela le cas, dit-il, de la conclusion des accords de pêche.²³

Ainsi, il apparaît clairement que l'UE n'est pas en droit de qualifier le statut du Maroc au Sahara de puissance administrante. Mais, on l'a vu, le Service juridique du Parlement européen a cherché à la pousser dans ce dernier sens en s'inspirant de la note de Hans Corell qui, après avoir admis l'idée que le Maroc serait une puissance administrante, estime que ce dernier est en droit d'exploiter les ressources naturelles, à condition que cela se fasse dans l'intérêt des populations locales. Néanmoins, l'UE va revenir à sa position initiale.

Certes, les pressions étrangères exercées sur l'UE ont amené celle-ci à ne pas adopter le protocole qui devait remplacer le protocole de 2006 qui est arrivé à expiration le 27 février 2011. Mais elles n'ont pas été suffisantes pour amener l'UE à adopter leurs thèses. Au contraire, le nouveau protocole, signé le 20 décembre 2013 et entré en vigueur par la suite, et qui fixe les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc, admet, d'abord, qu'il est applicable aux côtes marocaines, y compris les côtes sahariennes. Il admet, ensuite, que la contrepartie financière pour le développement du secteur de la pêche doit être utilisée notamment en faveur des populations locales (art. 6). Or, il ne spécifie à aucun moment qu'il entend par ces dernières les populations sahraouies. Le protocole vise en fait l'ensemble de la population

²³ V. LOWE, *Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?*, in M. KOSKENNIEMI (dir.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 164.

marocaine concernée par le secteur de la pêche. Afin de vérifier la bonne exécution de cette disposition, le protocole oblige le Maroc à présenter régulièrement des rapports détaillés sur l'utilisation de cette contrepartie financière. Le protocole prévoit aussi la création d'un comité mixte afin de contrôler la manière avec laquelle cette aide est utilisée. Or, ces différents contrôles n'ont aucune résonance politique particulière car ils ne visent pas la population du Sahara et elle-seule, à l'exclusion du reste de la population marocaine concernée. Ainsi qu'on peut le constater, l'on est bien loin des thèses des adversaires du Maroc qui estiment que l'UE n'est pas en droit de conclure ledit protocole parce que le Maroc serait une puissance occupante ou de celles qui exigent la consultation préalable du Polisario en tant que, avancement-ils, unique représentant légitime du peuple sahraoui. La signature du nouveau protocole suscite la colère des adversaires du Maroc, en particulier celle du Polisario, qui introduit le 14 mars 2014 un recours en annulation devant la Cour de justice. Ce recours est encore à l'étude. Mais avant ce recours, le Polisario avait le 19 novembre 2012 introduit une requête auprès du Tribunal en vue d'obtenir l'annulation de la décision 2012/247/UE du Conseil de l'UE concernant la conclusion de l'accord agricole²⁴ entre le Maroc et l'UE. C'est à l'occasion de l'examen de cette question que la justice européenne refuse, d'une façon manifestement infondée, de reconnaître la souveraineté du Maroc sur le Sahara.

III. LA NON-RECONNAISSANCE PAR LA JUSTICE EUROPÉENNE DE LA SOUVERAINETÉ DU MAROC SUR LE SAHARA LORS DE L'EXAMEN DE LA VALIDITÉ DE L'ACCORD DE 2012 RELATIF AUX MESURES DE LIBÉRALISATION

La justice européenne a refusé de reconnaître la souveraineté du Maroc sur le Sahara à la suite de l'examen de la question de la validité de l'accord de 2012 relatif aux mesures de libéralisation. Elle l'a fait à travers deux décisions, l'arrêt du Tribunal en date du 10 décembre 2015 et l'arrêt de la Cour de justice du 21 décembre 2016. Une analyse rigoureuse de ces deux décisions montre que celles-ci sont contestables tant du point de vue de la procédure que sur le fond.

III.1. L'ARRÊT DU TRIBUNAL DU 10 DÉCEMBRE 2015

Le 10 décembre 2015, le Tribunal accepte le recours du Polisario et prononce l'annulation de l'accord agricole.²⁵ Or, cet arrêt est juridiquement infondé et cela au niveau tant de la reconnaissance de la compétence que sur le fond.

²⁴ Accord, sous forme d'échange de lettres, entre l'Union et le Maroc, relatif aux mesures de libéralisation réciproques en matière de produits agricoles, de produits agricoles transformés, de poissons et de produits de la pêche.

²⁵ *Front populaire pour la libération de la Saguia-el-hamra et du Rio de Oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne*, cit.

Il convient de souligner, au préalable, que le Tribunal commet un excès de pouvoir manifeste et cela avant même de se prononcer sur sa compétence. En effet, dans son arrêt, il commence par donner son interprétation du statut du Sahara qu'il considère comme étant toujours un territoire non autonome. Il parvient à cette conclusion à travers une lecture du conflit du Sahara qui adopte le point de vue du Polisario et laisse de côté celui du Maroc.

L'incompétence du Tribunal est manifeste, d'abord, au regard du TFUE. Celui-ci dispose en son art. 263, alinéa 4, que toute personne physique ou morale peut former un recours contre les actes de l'UE dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Le statut de la Cour de justice ajoute, à cet égard, qu'une personne morale ne peut formuler un tel recours que si elle est légalement constituée conformément au droit d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Mais cette exigence a été atténuée par la jurisprudence de la Cour, qui a admis qu'à défaut de création de la personne concernée selon la loi d'un pays donné, il suffisait que celle-ci fournisse la preuve qu'elle est dotée de la capacité à agir de façon autonome et qu'elle le soit effectivement dans la réalité concrète. Or, le Polisario a été dans l'incapacité de fournir à la Cour la preuve qu'il s'est constitué conformément à la législation d'un Etat donné. Il a soutenu devant la Cour qu'il était un sujet de droit international en tant que *mouvement de libération nationale* et que de ce fait il n'était pas requis de se constituer conformément au droit d'un Etat donné. Or, l'invocation de cet argument n'était pas en faveur du Polisario parce que ce dernier n'est pas autonome.

Certes, il est difficile d'établir avec exactitude les conditions dans lesquelles le Polisario a été créé. Selon des auteurs, favorables aux thèses du Polisario, celui-ci aurait été créé clandestinement le 10 mai 1973 à la frontière entre la Mauritanie et le Sahara²⁶ et qu'à l'origine, il aurait reçu l'appui financier de la Libye.²⁷ Ces mêmes auteurs observent aussi que le Polisario a été placé sous le contrôle de l'Algérie, dans les camps de Tindouf, après la prise de possession du Sahara par le Maroc en 1976.²⁸ Par ailleurs, il est vrai aussi que l'Assemblée générale semble avoir reconnu le Polisario, dans certaines de ses résolutions, mais elle n'a jamais formellement admis qu'il était l'unique représentant du *peuple* du Sahara. De surcroît, cette reconnaissance n'a pas été pleine et entière en raison du fait que le Polisario ne s'est pas vu octroyer le statut d'observateur qui est accordé aux

²⁶ V.J. SOROETA LICERAS, *International Law and the Western Sahara Conflict*, Oisterwijk: Wolf legal Publishers, 2014, p. 43. Cet auteur ne cache pas sa sympathie à l'égard des thèses du Polisario.

²⁷ V.T. HODGES, *Sahara occidental. Origines et enjeux d'une guerre du désert*, Paris: L'Harmattan, 1987, p. 206 *et seq.*; J. DAMIS, *Conflict in Northwest Africa. The Western Sahara Dispute*, Stanford: Hoover Institution Press, 1983, p. 40.

²⁸ T. HODGES, *Sahara occidental*, cit., p. 206 *et seq.*; J. DAMIS, *Conflict in Northwest Africa*, cit., p. 40. Sur les conditions objectives, qui empêchent le Polisario d'agir d'une façon autonome, v. A. EL QUALI, *La face cachée du conflit du Sahara*, Casablanca: Editions Maghrébines, 2014, p. 111 *et seq.*

mouvements de libération reconnus par les Nations Unies, comme cela a été le cas, par exemple, pour l'Organisation du peuple du Sud-Ouest africain (SWAPO)²⁹ dans le passé, et, aujourd'hui, pour l'Organisation pour la libération de la Palestine (OLP).³⁰ Cela n'a pas empêché le Tribunal d'estimer que le Polisario aurait pu se constituer selon le droit du Sahara, mais s'il ne l'a pas fait c'est parce que ce dernier était sous le contrôle d'une puissance étrangère, le Maroc, contre laquelle il mène la lutte pour obtenir l'indépendance de ce territoire. Or, ainsi que nous venons de le voir, le Polisario a été créé avant même que le Maroc ne retrouve en février 1976 la possession du Sahara, et qu'il l'a été sur un territoire étranger avec l'assistance de puissances non moins étrangères.

L'incompétence du Tribunal est, ensuite, manifeste au regard du principe de la nécessité de l'existence d'un intérêt pour agir. Lors de l'examen de cette question, les parties défenderesses, le Conseil et la Commission, ont soutenu que le Sahara était un territoire non autonome et qu'aucune institution de l'UE n'a jamais reconnu qu'il relevait de la souveraineté du Maroc et que de ce fait ledit territoire n'était pas concerné par l'accord dont le Polisario cherche à obtenir l'annulation. Les parties défenderesses ont aussi soutenu que, partant de là, l'accord n'a jamais été appliqué au Sahara. Mais, le Tribunal a montré, à cet égard, ce qui est vrai, que le Conseil et la Commission n'ignoraient pas que l'accord était aussi appliqué au Sahara, fait qu'ils reconnaîtront par la suite. Néanmoins, à supposer que le Sahara soit encore un territoire non autonome, il reste qu'il est nécessaire de tenir compte de la pratique constante des Nations Unies qui n'ont jamais requis – à l'exception du cas du Sud-Ouest africain, qui du reste était un territoire sous tutelle et non un territoire non autonome – que les mouvements de libération devaient donner leur avis sur l'exploitation des richesses des territoires autonomes³¹ car une puissance administrante renoncerait au rôle qui lui est attribué par les Nations Unies si elle venait à faire dépendre la conception et l'exécution des programmes de développement des territoires sous son contrôle de l'accord d'un mouvement de libération nationale, accord que, du reste, elle n'obtiendrait jamais en raison de l'opposition que ne manquerait pas d'afficher ce mouvement.

Enfin, l'incompétence du Tribunal est manifeste parce que ce dernier est le juge d'une organisation internationale et non un juge international. Sa compétence s'exerce seulement par rapport aux pays membres de l'UE et dans le cadre des questions qui relèvent de son domaine de compétence. Le Tribunal n'est pas de ce fait en droit de se prononcer sur la validité d'un traité liant l'UE à un pays étranger, laquelle question ne peut être examinée que par un tribunal international dont la compétence aurait été re-

²⁹ Assemblée générale, résolution 31/152 du 20 décembre 1976, Statut d'observateur pour la South West Africa People's Organization, UN Doc. A/RES/31/152.

³⁰ Assemblée générale, résolution 3210 (XXIX) du 14 octobre 1974, Invitation à l'Organisation de libération de la Palestine; résolution 3237 (XXIX) du 22 novembre 1974, Statut d'observateur pour l'Organisation de libération de la Palestine.

³¹ V.A. EL OUALI, *Le conflit du Sahara au regard du droit international*, cit., pp. 171-176.

connue par ce pays. En matière de justice internationale, il convient de le rappeler, il est un principe fondamental du droit international, celui de la nécessité du consentement express de l'Etat "à être attiré devant un tiers".³² Ce principe est consacré par la jurisprudence internationale qui admet que le juge international ne peut, dans une instance opposant deux parties, se prononcer sur les droits et intérêts d'un Etat tiers (au procès).³³ La Cour internationale de Justice a rappelé l'extrême importance de ce principe et cela même lorsqu'est en cause une norme *erga omnes*, comme le droit à l'autodétermination. C'est ainsi qu'elle a pu affirmer, dans l'affaire relative au Timor Oriental, que

"[l']opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*".³⁴

Il est aussi un principe fondamental du droit processuel qu'un tribunal international ne peut se prononcer sur la validité d'un accord international que si toutes les parties à cet accord acceptent de participer à la procédure. Ce principe est rappelé par S. Hamamoto, qui écrit que

"[m]ême si la compétence d'une juridiction internationale est, par grande chance, acceptée par les parties à un différend relatif à la validité d'un acte juridique international, cette juridiction ne peut régler ce différend qu'entre les parties. Il s'ensuit que l'annulation d'un acte par une juridiction internationale n'est possible que lorsque toutes les parties intéressées acceptent la compétence de cette juridiction. Il en résulte qu'une telle annulation ne saurait être opposable à des parties qui n'en acceptent pas la compétence".³⁵

Les droits et intérêts d'un pays tiers à une instance juridictionnelle ne peuvent, dès lors, être examinés par un tribunal international à moins que le pays tiers en question en fasse la demande par la mise en œuvre du droit d'intervention, qui est prévu notamment par le statut de la Cour internationale de Justice³⁶ ainsi que le statut de la

³² N. QUOC DINH, P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris: L.G.D.J., 2009, p. 966.

³³ V. Cour internationale de Justice, *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt du 15 juin 1954.

³⁴ Cour internationale de Justice, *Affaire relative au Timor Oriental* (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995, par. 29.

³⁵ S. HAMAMOTO, *Éléments pour une théorie de la nullité en droit international public*, thèse, Université Paris II, p. 107.

³⁶ Art. 63 du statut. Sur son application et l'effet juridique de cette application, v. A. EL OUALI, *Effets juridiques de la sentence internationale. Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, Paris: L.G.D.J., 1984, pp. 89-90.

CJUE.³⁷ Or, le Maroc est resté étranger à l'instance devant le Tribunal car il n'a pas fait usage du droit d'intervention.

Certes, l'on assiste, depuis quelque temps, à une extension des compétences des juges de l'UE pour contrôler la légalité d'actes juridiques internationaux, tels que des résolutions du Conseil de sécurité ou des accords internationaux conclus avec des pays tiers par la même UE. Cette extension s'est faite par le biais du Traité de Lisbonne ou de la propre initiative de ces juges.³⁸ Mais il n'en demeure pas moins que les jugements que ces juges prononcent sur la légalité de ces actes juridiques sont *res inter alios acta* par rapport à ces pays tiers³⁹ et que l'UE engage sa responsabilité internationale en cas de dommages causés à ces derniers.⁴⁰ En effet, le droit international est sans ambiguïté, à cet égard, car, ainsi que le rappelle le Professeur E. Neframi, "L'annulation de l'acte de conclusion d'un accord international entraîne la non-application de l'accord dans l'ordre juridique de l'Union. Or, l'annulation est inopposable aux Etats tiers cocontractants et la responsabilité de l'Union peut être engagée".⁴¹

Ainsi, il est bien clair que le Tribunal a admis sa compétence dans une question qui ne relève pas de son ressort. Mais l'excès de pouvoir du Tribunal ne se limite pas à l'aspect procédural, il affecte aussi la décision sur le fond.

Sur le fond, le Polisario a avancé 11 moyens de droit pour obtenir l'annulation de la décision du Conseil adoptant l'accord en question. Ces moyens ont tous été rejetés par le Tribunal. Mais cela n'a pas empêché ce dernier de prononcer l'annulation de l'accord au motif que le Conseil n'a pas veillé à s'assurer que l'exploitation des ressources naturelles du Sahara devait se faire au profit des populations locales. Or, en procédant ainsi, le Tribunal tourne, là aussi, le dos au droit international.

Il tourne, d'abord, le dos au droit international car ce dernier ne comporte aucune règle qui permet à un Etat ou à une organisation internationale, y compris l'UE, d'exiger d'un autre Etat de lui indiquer comment l'accord qui les lie est ou doit être exécuté en faveur de sa population locale. En effet, il est un principe bien établi que le droit international laisse aux parties la liberté de déterminer les conditions d'application des traités qui les lient. Ce principe est rappelé par Charles Rousseau, qui a pu écrire que "tout le problème de l'exécution est dominé par le *principe de l'indépendance de l'Etat* d'après lequel l'Etat exécute le traité par lui-même, en vertu de sa compétence et de sa

³⁷ Art. 40.

³⁸ V. M. NEKMOUCH, *L'extension des compétences de la Cour de justice*, in J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE, W. CREMER, A. PUTTER (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne?*, Tours: Presses Universitaires François-Rabelais, 2010, p. 57 *et seq.*

³⁹ V. A. EL OUALI, *Effets juridiques de la sentence internationale*, cit, pp. 82-90.

⁴⁰ V. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 665.

⁴¹ E. NEFRAMI, *Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Encyclopédie Jurisclasseur*, fasc.192, 30 août 2011, par. 72.

responsabilité".⁴² Il est aussi rappelé par Joe Verhoeven, qui a pu souligner que "[l]a souveraineté des Etats et leur liberté de s'organiser comme ils l'entendent s'opposent à ce que le droit international détermine les conditions concrètes dans lesquelles sont exercés les droits qu'il confère ou sont mises en œuvre les obligations qu'il impose".⁴³ Ce principe ne souffre aucune exception et est applicable à tous les traités internationaux, y compris ceux relatifs aux droits de l'homme.⁴⁴ Il est aussi applicable à toutes les situations, dont notamment celle des territoires non-autonomes, à moins que les parties n'en décident autrement en vertu de l'art. 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.⁴⁵ Il est dès lors applicable à la population du Sahara à supposer que ce dernier soit un territoire non autonome comme le prétend le Tribunal.

Le Tribunal tourne, ensuite, le dos au droit international car il ne possède pas la compétence d'annuler un accord international conclu entre un Etat étranger et une organisation internationale. En effet, il ne prend pas compte de la Convention de Vienne du 21 mars 1986, relative aux traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales,⁴⁶ qui dispose en son art. 46, par. 2, que "le fait que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a été exprimé en violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cette organisation comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle d'importance fondamentale", et qui énonce aussi dans le par. 3 du même article, qu'une violation n'est manifeste que "si elle est objectivement évidente pour tout État ou toute organisation internationale se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle des États et, le cas échéant, des organisations internationales et de bonne foi". En prononçant l'annulation de l'accord, le Tribunal réduit ainsi à néant le principe de base du droit des traités, le principe *pacta sunt servanda*, et, ce faisant, crée un grave problème de responsabilité internationale à l'UE car "[i]l eût sans doute été souhaitable que le juge se préoccupât de la question de savoir si ces exigences, résultant tant des conventions de Vienne sur le droit des traités que du droit international coutumier des traités, étaient remplies, faute de quoi la responsabilité internationale de l'Union pourrait être engagée, ce que la Cour avait d'ailleurs admis antérieurement".⁴⁷

⁴² C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris: Sirey, 1970, p. 193.

⁴³ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles: Larcier, 2000, p. 36.

⁴⁴ Cf. O. SCHACHTER, *The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law*, in L. HENKIN (dir.), *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 311.

⁴⁵ Voir *infra* à l'occasion du commentaire sur l'arrêt de la Cour de justice.

⁴⁶ Cf. E. NEFRAMI, *Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, cit., par. 72.

⁴⁷ D. SIMON, A. RIGAUX, *Le Tribunal et le droit international des traités: un arrêt déconcertant*, in *Europe. Actualité du droit de l'Union européenne*, février 2016, par. 34.

Entaché ainsi d'un excès de pouvoir manifeste, tant sur la forme que sur le fond, l'arrêt du Tribunal n'a pas manqué d'être qualifié, par certains auteurs, de "nouveau cas de schizophrénie",⁴⁸ de jugement "faisant (une) application approximative du droit international",⁴⁹ "déconcertant", "désinvolté", au "raisonnement très contestable" et "péremptoire", "fragile en droit", un arrêt qui "marque une tendance à perdre de vue certains 'fondamentaux' du recours en annulation", un arrêt qui fait preuve d'une "méconnaissance du contexte politique et diplomatique, extrême faiblesse du raisonnement sur la recevabilité de ce recours individuel, fragilité du motif d'annulation, ces éléments ne peuvent qu'affaiblir la portée de la *jurisdictio* du Tribunal, dont les chambres gagneraient, quand elles abordent des questions faisant appel à la mise en œuvre du droit international public, à se souvenir que dans 'jurisprudence', il y a 'prudence'".⁵⁰ Malheureusement, cette prudence manquera aussi au juge d'appel.

III.2. L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DU 21 DÉCEMBRE 2016

Comme cela était prévisible, le Conseil de l'UE saisit la Cour de justice pour lui demander de prononcer l'annulation de l'arrêt du Tribunal du 10 décembre 2015. La Cour de justice rend sa décision le 21 décembre 2016 dans laquelle elle reconnaît la validité de l'accord agricole, mais affirme que le Sahara est un territoire "tiers" par rapport au Maroc. Cette décision est, elle-aussi, infondée et cela pour différentes raisons.

Comme le Tribunal, la Cour de justice a une lecture étriquée du conflit du Sahara qui se confond purement et simplement avec celle du Polisario. C'est ainsi qu'elle admet d'une façon péremptoire que le Sahara est toujours un territoire non autonome⁵¹ et se contente de reprendre à son compte l'avis subjectif de Hans Corell, qui n'accorde aucune espèce d'importance à l'accord de Madrid. Comme lui, elle ne cherche à déterminer la signification juridique de l'attitude de l'Assemblée générale visant, depuis la rétrocession du Sahara à la suite de la conclusion de cet accord, ni à demander au Maroc, à supposer que ce dernier soit une puissance administrante, des informations sur le territoire conformément à l'obligation qui est faite à toutes les puissances administrantes par l'art. 73, litt. e), de la Charte des Nations Unies et la pratique constante de la même Assemblée générale. Elle n'examine pas non plus le recours à l'assemblée locale, la Jemaâ, prévu par l'accord de Madrid pour faire entériner ce dernier par la population locale, à lumière de la pratique des Nations Unies en vigueur à l'époque, qui réservait une place primordiale à la consultation des assemblées représentatives par rapport à la

⁴⁸ L. COUTRON, *Un nouveau cas de schizophrénie au Tribunal de l'Union européenne: l'arrêt Front Polisario c. Conseil*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 425 et seq.

⁴⁹ F. DUBISSON, G. POISSONNIER, *La question du Sahara occidental devant le Tribunal de l'Union européenne: une application approximative du droit international aux territoires non autonomes*, in *Journal du droit international*, 2016, p. 503 et seq.

⁵⁰ D. SIMON, A. RIGAU, *Le Tribunal et le droit international des traités*, cit., par. 1, 2, 5, 29, 41.

⁵¹ *Conseil de l'Union européenne c. Front Polisario* [GC], cit., par. 23.

procédure référendaire. Elle ne mentionne pas que c'est le Maroc qui a recommandé en 1982 le recours au référendum afin de mettre fin à un conflit artificiel. Elle n'accorde aucune attention au fait que le recours au référendum a été rendu irrémédiablement inapplicable à la suite de la manipulation de l'opération d'identification du corps électoral dans le cadre de la mise en œuvre du Plan de règlement (1990).

La Cour de justice ne tient pas compte non plus du fait que les Nations Unies ne sont plus aveuglément attachées au droit à l'autodétermination qui mène à l'indépendance, ainsi que cela était le cas dans les années 1960, et qui avait pour effet de susciter la désintégration des Etats. Désormais, elles préfèrent, à un moment où la mondialisation fragilise les Etats, accorder la prééminence à l'autodétermination démocratique, à travers l'octroi de l'autonomie territoriale dont elle est en train de devenir, ainsi que cela est admis par l'écrasante majorité de la doctrine qui s'est intéressée à la question,⁵² la composante la plus importante. La Cour ne tient pas compte non plus du fait que tous les Secrétaires généraux des Nations Unies ont préconisé, depuis 1991, le recours à l'autonomie

⁵² Cf. S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles: Bruylant, 1973, p. 199 *et seq.*; R. LAPIDOTH, *Some Reflections on Autonomy*, in *Mélanges offerts à P. Reuter*, Paris: Pedone, 1981, p. 379 *et seq.*; I. BROWNLIE, *The Rights of Peoples in Modern International Law*, in J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford: Oxford University Press, 1988, p. 1 *et seq.*; A. EIDE, *The Universal Declaration in Space and Time*, in J. BERTING, P.R. BAEHR, J.H. BURGERS, C. FLINTERMAN, B. DE KLERK, R. KROES, C.A. VAN MINNEN, K. VANDERWAL (dir.), *Human Rights in a Pluralistic World: Individuals and Collectives*, Middelburg: Roosevelt Study Center, 1990, p. 15 *et seq.*; H.J. STEINER, *Ideals and Counter-Ideals in the Struggle over Autonomy Regimes for Minorities*, in *Notre Dame Law Review*, 1991, p. 1539 *et seq.*; H. HANNUM, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1990, p. 473 *et seq.*; L. CHU CHEN, *Self-Determination and World Public Order*, in *Notre Dame Law Review*, 1991, p. 1288; A. BUCHANAN, *Self-Determination and the Right to Secede*, in *Journal of International Affairs*, 1992, p. 351 *et seq.*; A. HERACLIDES, *Secession and Third-Party Intervention*, in *Journal of International Affairs*, 1992, p. 400; M. HALPERIN, P.L. SMALL, D.J. SCHEFFER, *Self-Determination in the New World Order: Guidelines for US Policy*, Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 1992, p. 47; G. BINDER, *The Case for Self-Determination*, in *Stanford Journal of International Law*, 1993, p. 248 *et seq.*; H. HANNUM, *Rethinking Self-Determination*, in *Virginia Journal of International Law*, 1993, p. 64 *et seq.*; C. TOMUSCHAT, *Self-Determination in a Post-Colonial World*, in C. TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1993, pp. 13-17; A. EIDE, *In Search of Constructive Alternatives to Secession*, *ibid.*, pp. 170-173; A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 352-359; H. CLEVELAND, *Birth of a New World*, New York: Basic Books, 1995, p. 75; L. HANNIKAINEN, *Self-Determination and Autonomy in International Law*, in M. SUKSI (dir.), *Autonomy: Applications and Implications*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 90; M. SUKSI, *On the Retrenchment of Autonomy*, *ibid.*, p. 164; R.A. FALK, *The Right of Self-Determination Under International Law: The Coherence of Doctrine Versus the Incoherence of Experience*, in W. DANSPECKGRUBER, A. WATTS (dir.), *Self-Determination and Self-Administration. A Sourcebook*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1997, p. 63; R. LAPIDOTH, *Commentary*, *ibid.*, p. 68; H. OWADA, *Commentary*, *ibid.*, p. 77; D.J. ELAZAR, *Commentary*, *ibid.*, p. 91; F.W. RIGGS, *Commentary*, *ibid.*, p. 126; M. WALZER, *Commentary*, *ibid.*, p. 128; F. FREEMAN, *The Right to Self-Determination in International Politics: Six Theories in Search of a Policy*, in *Review of International Studies*, 1999, p. 370; E.J. CARDENAS, M.F. CANAS, *The Limits of Self-Determination*, *ibid.*, p. 159.

territoriale, non seulement afin de tenir compte du nouveau paradigme en matière d'autodétermination, mais aussi parce qu'il leur est apparu qu'il était devenu impossible de mettre en application un référendum d'autodétermination.⁵³

La décision de la Cour de justice repose aussi sur une interprétation erronée de principes de base du droit international, en particulier ceux relatifs au droit des traités. Cette interprétation a pour effet de vider de sa substance l'expression "territoire du Royaume du Maroc" figurant à l'art. 94 de l'accord d'association de 1996, et de justifier la position de la Cour que le Sahara ne fait pas partie de ce territoire. Elle cite, à cet égard, l'art. 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui, rappelons-le, dispose que, "à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire". Or, dit-elle, les parties n'ont jamais spécifié que l'accord agricole devait s'appliquer à une autre partie du territoire comme, par exemple, le Sahara pour conclure, d'une façon tautologique que "la règle coutumière codifiée à l'article 29 de la convention de Vienne s'opposait elle aussi a priori à ce que le Sahara occidental soit considéré comme relevant du champ d'application territorial de l'accord d'association".⁵⁴ Or, la pratique internationale montre, très souvent, que les parties ne disent rien sur le domaine territorial auquel est applicable leur accord pour la simple raison que ce domaine est supposé être connu. Les parties ne précisent la configuration dudit domaine territorial que lorsqu'elles entendent exclure ou adjoindre, pour une raison ou une autre, un territoire donné. C'est ainsi que, par exemple, les puissances coloniales européennes incluaient parfois dans leur traités la fameuse "clause coloniale", par laquelle ils déclaraient que ces traités s'appliquaient ou non à leurs colonies.⁵⁵ A cet égard, il convient de signaler que la question du recours à la clause coloniale a été très discutée lors de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et que finalement une résolution, la résolution III, a été adoptée dans laquelle il est affirmé que

"dans le cas d'un territoire dont le peuple n'a pas accédé à la pleine indépendance ou à un autre régime d'autonomie reconnu par les Nations Unies, ou d'un territoire sous domination coloniale, les dispositions relatives à des droits ou intérêts visés dans la Convention sont appliquées au profit du peuple de ce territoire dans le but de promouvoir sa prospérité et son développement".

De façon générale, la règle qui a toujours prévalu en la matière est que, en l'absence d'une indication contraire, le traité s'applique à tout le territoire des parties, y

⁵³ Cf. A. EL OUALI, *Saharan Conflict. From Self-Determination/Independence to Territorial Autonomy as a Right to Democratic Self-determination*, London: Stacey International, 2008, p. 88 *et seq.*

⁵⁴ *Conseil c. Front Polisario* [GC], cit., par. 97.

⁵⁵ V. I. MC TAGGART SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester: Manchester University Press, 1984, pp. 87-92.

compris les colonies.⁵⁶ L'interprétation que donne la Cour de l'art. 29, qui codifie la pratique internationale, est donc totalement erronée.

Ainsi, il apparaît clairement que l'UE (et avant elle la CEE) et le Maroc avaient bien à l'esprit une notion claire de la configuration du territoire marocain, laquelle configuration englobait le Sahara, et que cette notion s'est amplement précisée avec le temps, du fait de la conduite subséquente, notamment de la partie européenne.

La décision de la Cour de justice étend abusivement la notion de *tiers* au *peuple*. Elle croit pouvoir se fonder, à cet égard, sur l'art. 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cet article, peut-on le rappeler, dispose qu'"[u]n traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement". Ainsi qu'on peut le noter, le *tiers* dont il s'agit est un *Etat*. Or, la Cour étend l'application de cet article au *peuple*. La Cour mérite d'être citée *in extenso* pour la manière, hésitante, incertaine et très particulière, avec laquelle elle cherche à justifier cette extension. Elle affirme, à ce propos, que:

"la Cour internationale de justice a souligné, dans son avis consultatif sur le Sahara occidental, que la *population* de ce territoire jouissait, en vertu du droit international général, du droit à l'autodétermination, ainsi que cela est exposé aux points 90 et 91 du présent arrêt, étant entendu que, pour sa part, l'Assemblée générale de l'ONU a, au point 7 de sa résolution 34/37 sur la question du Sahara occidental, citée au point 35 du présent arrêt, recommandé que le *Front Polisario*, 'représentant du peuple du Sahara occidental', participe pleinement à toute recherche d'une solution politique juste, durable et définitive de la question du Sahara occidental, ainsi que le Tribunal l'a indiqué au point 14 de l'arrêt attaqué et que la Commission l'a rappelé devant la Cour.

Compte tenu de ces éléments, le *peuple du Sahara occidental* doit être regardé comme étant un 'tiers' au sens du principe de l'effet relatif des traités, ainsi que M. l'Avocat général l'a en substance relevé au point 105 de ses conclusions. En tant que tel, ce tiers peut être affecté par la mise en œuvre de l'accord d'association en cas d'inclusion du territoire du Sahara occidental dans le champ d'application dudit accord, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si une telle mise en œuvre serait de nature à lui nuire ou au contraire à lui profiter. En effet, il suffit de relever que, dans un cas comme dans l'autre, ladite mise en œuvre doit recevoir le consentement d'un tel tiers. Or, en l'occurrence, l'arrêt attaqué ne fait pas apparaître que le peuple du Sahara occidental ait manifesté un tel consentement".⁵⁷

Ainsi qu'on peut le constater, la Cour assimile la notion de *peuple* à celle d'*Etat* et laisse entendre qu'une telle assimilation est admise par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Or, la Convention de Vienne sur le droit des traités n'est applicable qu'aux Etats et eux seuls.⁵⁸ Quant à la notion de *tiers*,⁵⁹ elle renvoie, elle-aussi, unique-

⁵⁶ Cf. A.D. McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 116-117.

⁵⁷ *Conseil c. Front Polisario* [GC], cit., par. 104-106 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁸ L'art. 2, par. 1, litt. a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose à cet effet: "Aux fins de la présente Convention: a) l'expression 'traité' s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière".

ment aux Etats. Certes, un traité peut aussi être conclu entre un Etat et une organisation ou entre deux ou plusieurs organisations internationales. C'est pour cette raison qu'il est admis aujourd'hui que "le mot traité désigne tout accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international, destiné à produire des effets de droit et régi par le droit international".⁶⁰ Or, les *peuples* ne sont pas des sujets de droit international. Certes, il est vrai, que les *peuples coloniaux* peuvent jouir d'un certain nombre de droits sur le plan international. Mais, faut-il le rappeler, ni la Cour internationale de Justice ni l'Assemblée générale n'ont jamais reconnu l'existence d'un *peuple sahraoui*. Très significatif, à cet égard, est le fait est que toutes les deux font usage des expressions *populations* et *habitants*, qui ont une connotation démographique et non pas juridique. Ainsi, dans sa résolution 2229 du 20 décembre 1966, la première en la matière, on observe que l'Assemblée

"invite la Puissance administrante à arrêter le plus tôt possible, en conformité avec les aspirations de la population autochtone du Sahara espagnol et en consultation avec les Gouvernements marocain et mauritanien et toute autre partie intéressée, les modalités de l'organisation d'un référendum qui sera tenu sous les auspices de l'organisation des Nations Unies afin de permettre à la population autochtone du territoire d'exercer librement son droit à l'autodétermination".

L'Assemblée générale fait usage des mêmes expressions dans toutes les résolutions qu'elle a adoptées par a suite. Ainsi en est-il, par exemple, de la résolution 3162 du 14 décembre 1973 dans laquelle elle réaffirme

"son attachement au principe de l' autodétermination et son souci de voir appliquer ce principe dans un cadre qui garantisse aux habitants du Sahara sous domination espagnole l'expression libre et authentique de leur volonté, conformément aux résolutions pertinentes de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine".

Quant à la Cour internationale de Justice, elle a fait aussi appel, dans son avis consultatif, à l'expression "populations du territoire" lorsqu'elle a affirmé qu'elle

"n'a donc pas constaté l'existence de liens juridiques de nature à modifier l'application de la résolution 1514 (XV) quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier l'application du principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des *populations du territoire*".⁶¹

A supposer que les Nations Unies aient effectivement admis que la population du Sahara constituait un peuple, il reste qu'il est nécessaire de déterminer qui représente

⁵⁹ L'art. 2, par. 1, litt. h), de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que "l'expression 'Etat tiers' s'entend d'un Etat qui n'est pas partie au traité".

⁶⁰ N. QUOC DINH, P. DAILLER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, cit., p. 132.

⁶¹ Cour internationale de Justice, *Sahara Occidental*, avis consultatif du 16 octobre 1975, par. 162 (c'est nous qui soulignons).

ce dernier afin de lui demander son avis. Le droit et la pratique des Nations Unies, faut-il le rappeler, admettent, à cet égard, qu'il est nécessaire que l'Assemblée générale adopte une résolution expresse, à la suite d'une recommandation faite par une organisation régionale, par laquelle elle reconnaît formellement qu'un mouvement de libération nationale donné est le représentant (l'unique représentant) d'un peuple déterminé.⁶² Or, là aussi, les Nations Unies n'ont jamais admis, ainsi que nous l'avons aussi rappelé précédemment, que le Polisario était l'unique représentant du *peuple* sahraoui.

Dans sa décision, la Cour fait sienne l'idée du Polisario que l'obligation d'obtenir le consentement de ce dernier à la conclusion de tout accord concernant l'exploitation des ressources naturelles du Sahara découlerait du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (PSPRN). Or, contrairement à ce qui a pu être affirmé parfois, le PSPRN est un attribut non pas des peuples⁶³ mais des Etats.⁶⁴ L'idée que la PSPRN serait un attribut des peuples suppose que ces derniers soient des sujets de droit international. Or, il convient de le rappeler, ce dernier ne reconnaît pas aux peuples la capacité juridique d'agir sur le plan international, laquelle seule permet de jouir de droits et d'assumer des devoirs et obligations.

Il n'est dès lors pas étonnant que l'Assemblée générale n'a jamais cherché à faire appliquer le PSPRN à un territoire non indépendant, à l'exception du cas du Sud-Ouest Africain (Namibie). Mais il convient de le souligner, celle-ci n'était pas un territoire non-autonome, mais un territoire sous mandat/tutelle. De même, les Nations Unies n'en sont venues à chercher à appliquer le PSPRN à la Namibie qu'après avoir déclaré que l'occupation de ce territoire était illégale et que les Etats membres (des Nations Unies) étaient dans l'obligation de ne pas reconnaître une telle occupation. Enfin, l'implication des Nations Unies a été un véritable *fiasco* dans la mesure où l'Afrique du Sud et les compagnies étrangères ont continué à exploiter les ressources naturelles de la Namibie, ce qui a valu une sévère perte de crédibilité aux Nations Unies, qui ont, par la suite, évité de reproduire ailleurs cette expérience.⁶⁵

Il convient de souligner que, contrairement à ce que laissent croire certains auteurs,⁶⁶ le PSPRN n'a jamais pu être érigé en règle coutumière du droit international.⁶⁷

⁶² Cf. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, cit., p. 62.

⁶³ V. notamment A. CASSESE, *The Self-Determination of Peoples*, in L. HENKIN (dir.), *The Bill of Human Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 103; T. VAN BOVEN, *Human Rights and Rights of Peoples*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 470.

⁶⁴ V. notamment S.M. SCHWEBEL, *The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *American Bar Association Journal*, 1963, p. 464; J. CRAWFORD, *Some Conclusions*, in J. CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, cit., p. 171.

⁶⁵ Cf. R. GOY, *L'indépendance de la Namibie*, in *Annuaire français de droit international*, 1991, p. 390.

⁶⁶ V. notamment K.N. GESS, *Permanent Sovereignty over Natural Resources. An Analytical Review of the United Nations Declarations and Its Genesis*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, p. 400; N. SCHRIJVER, *Sovereignty Over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge: Cambridge Uni-

Attachés au caractère répétitif et incantatoire de certaines résolutions de l'Assemblée, ces auteurs tournent le dos à la réalité concrète qui est celle de l'échec patent de ce principe.⁶⁸ Or, ce dont la Cour ne fait pas cas est que cet échec du PSPRN a poussé à l'exploration de nouvelles approches afin de permettre aux populations locales de profiter réellement des ressources naturelles de leurs pays. Parmi ces approches, il y a celle qui entrevoit d'aborder la question de l'exploitation des ressources naturelles sous l'angle des droits de l'homme.⁶⁹ Cette approche a non seulement permis d'engager des poursuites judiciaires contre les gouvernements et les compagnies concernés, mais aussi de donner naissance à un certain nombre de principes. Certes, ces derniers sont encore à l'état embryonnaire, mais ils ont tendance à susciter une adhésion croissante auprès des juges internes dans différents pays. Parmi ces principes, il y a notamment l'obligation pour les Etats de consulter les populations concernées avant le lancement d'un projet d'exploration et/ou d'exploitation des ressources naturelles. Certains auteurs estiment, à cet égard, que les Etats ont l'obligation non seulement de consulter les populations concernées, mais aussi d'obtenir leur consentement.⁷⁰ Ils parlent, à cet égard, du principe du consentement préalable et éclairé (CPLÉ).⁷¹ Mais, les gouvernements ont montré de fortes résistances à l'égard du principe du CPLÉ en raison du droit de veto que ce dernier accorde aux populations concernées, lequel droit de veto constitue, à leurs yeux, une atteinte à la souveraineté de leurs Etats et une entrave à la fixation des priorités nationales dans la mesure où l'intérêt local pourrait l'emporter sur l'intérêt national. On comprend ainsi que la recherche d'un équilibre entre les intérêts de l'Etat et les populations autochtones soit un enjeu majeur des négociations relatives au développement des ressources locales car la mise en œuvre du CPLÉ

versity Press, 1997, p. 373; J.A. HOFBAUER, *The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications*, Faculty of Law, University of Iceland, 2009, skemmans.is, p. 3.

⁶⁷ Cf. D. ROSENBERG, *Le principe de la souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Paris: L.G.D.J., 1983, pp. 100, 111 *et seq.*

⁶⁸ V. E. DURUIGBO, *Permanent Sovereignty and Peoples' Ownership of Natural Resources in International Law*, in *The George Washington International Law Review*, 2006, p. 34 *et seq.*

⁶⁹ L. APONTE MIRANDA, *The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation: Sovereignty, Human Rights, and Peoples-Based Development*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012, p. 810.

⁷⁰ Cf. E. LINDE, *Consultation or Consent? Indigenous People's Participatory Rights with Regard to the Exploration of Natural resources according the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Thesis, University of Toronto, 2009, tspace.library.utoronto.ca.

⁷¹ Cf. P. TAMANG, *An Overview of the Principle of Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples in International and Domestic Law and Practices*, United Nations, Workshop on Free, Prior and Informed Consent, New York, 17-19 janvier 2005, www.un.org; F. DESMARAIS, *Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international: la nécessaire redéfinition de son caractère conceptuel*, in *Revue québécoise de droit international*, 2006, p. 161 *et seq.*

“tend fréquemment à opposer plutôt qu'à rendre complémentaire l'intérêt national à l'intérêt local. En conséquence, certains gouvernements considèrent qu'octroyer à une petite partie de sa population nationale un droit décisionnel sur un projet susceptible de faire fructifier l'économie du pays revient à hypothéquer son pouvoir souverain sur les richesses naturelles de l'État”.⁷²

C'est pour ces raisons que le principe du CPLE n'est pas admis par le droit positif. Certes, la position des gouvernements peut encore évoluer, mais dans l'état actuel des choses, la seule obligation qui est reconnue est celle de la consultation des populations concernées.⁷³ Frédéric Desmarais, qui est un des plus fervents défenseurs du principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones, admet que “nonobstant le développement foisonnant du principe autant au niveau conventionnel, jurisprudentiel et doctrinal en droit international qu'au niveau de la législation domestique de certains Etats, il demeure chancelant. Sans relever du mythe, sa mise en œuvre effective en droit international est loin d'être une réalité”.⁷⁴

Les peuples non encore indépendants jouissent, comme tous les autres peuples, du droit d'aspirer au bien-être et à la prospérité. C'est là l'objet du fameux art. 73 de la Charte des Nations Unies qui dispose que les membres des Nations Unies, qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes, reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires.⁷⁵ A supposer que la population du Sahara soit, comme l'admet la Cour de justice, un peuple non encore indépendant, comment permettre à ce dernier de jouir de ce droit fondamental lorsqu'on le considère comme un *tiers* par rapport à un accord conçu pour lui assurer le bénéfice de ce droit? Partant de là, on peut aussi se demander pourquoi l'Assemblée générale n'a pas jugé nécessaire, conformément à l'obligation qui lui est faite par l'art. 73, litt. e), de la Charte, de réclamer au Maroc des informations sur ce qu'il faisait en faveur de la population du Sahara pour assurer son bien-être et sa prospérité. C'est là une question que ne se pose pas la Cour alors qu'elle est au cœur de la notion de territoire non autonome.

Allons plus loin, et supposons, par pure hypothèse, que le Sahara soit un territoire sous occupation étrangère, le droit régissant celle-ci – et qui constitue le standard minimum en matière d'assistance à une population se trouvant dans une situation de dé-

⁷² V. LUBUIS, *Le libre consentement préalable et éclairé. Contribution synthétique sur une pratique en développement*, Institut d'Etudes Internationales de Montréal, UQAM, Faculté de Droit, 2009, p. 10.

⁷³ V. l'étude minutieuse effectuée, à cet effet, par T. WARD, *The Right to Free, Prior, and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*, in *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2011, p. 54 *et seq.*; L. APONTE MIRANDA, *The Role of International Law in Intrastate Natural Resource Allocation*, cit.

⁷⁴ F. DESMARAIS, *Le consentement préalable*, cit., p. 163.

⁷⁵ V., pour une analyse approfondie de cet article, A. EL OUALI, *Le conflit du Sahara au regard du droit international*, cit., p. 119 *et seq.*

pendance – interdit de mettre en danger le bien-être et la survie de la population de ce territoire du fait que ce dernier serait soumis à une telle occupation. En effet, le droit relatif à l'occupation, tel que codifié par le Règlement de La Haye de 1907⁷⁶ et la quatrième Convention de Genève,⁷⁷ s'il autorise la puissance occupante à se conduire comme une autorité territoriale, il l'oblige aussi à veiller au développement du peuple occupé.⁷⁸ Il est curieux de constater, à cet égard, que les auteurs, qui soutiennent l'idée que le Maroc est une puissance occupante, ne tiennent pas compte du fait que le droit de l'occupation, sur lequel ils fondent leur thèse, oblige la puissance occupante à veiller à assurer le développement et le bien-être de la population, à travers notamment l'exploitation des ressources naturelles.⁷⁹

L'obligation pour la puissance occupante de veiller à créer les conditions permettant d'assurer le bien-être de la population locale a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Dans cet avis, la Cour a rappelé que la puissance occupante était tenue non seulement par les obligations prévues à cet effet par le Règlement de La Haye de 1907 et la quatrième Convention de Genève, mais aussi par l'obligation de ne pas faire obstacle à l'application des dispositions du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.⁸⁰ Ce Pacte, il convient de le rappeler, dispose, en son art. 11, par.1, que

“[L]es Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie”.

La nécessité du respect de l'obligation contenue dans cet article par la puissance occupante a été rappelée par le Comité des droits de l'homme à l'occasion de l'examen

⁷⁶ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la quatrième Convention de La Haye du 18 octobre 1907.

⁷⁷ Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

⁷⁸ Cf. J. CARDONA LLORENS, *Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'occupation étrangère*, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 821 et seq.

⁷⁹ V., entre autres, L.S.F. LAWALATA, *The Current EU-Morocco Fisheries Partnership Agreement through the Perspective of the Sahrawi People Right to Self-Determination & Permanent Sovereignty over Natural Resources. Exploitation of Natural Resources in Western Sahara*, Tilburg University, 2012, arno.uvt.nl, pp. 57-58.

⁸⁰ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, cit., par. 96 à 113.

de la question de savoir si les personnes résidant dans les territoires palestiniens occupés par Israël relevaient de la compétence de ce dernier aux fins de l'application du Pacte. C'est ainsi que, à la suite du refus d'Israël d'admettre que les obligations qui lui incombent en vertu du Pacte ne s'étendaient pas au-delà de son propre territoire, notamment en Cisjordanie et à Gaza, le Comité a pu clarifier que

“dans les circonstances actuelles, les dispositions du Pacte s'appliquent au profit de la population des territoires occupés, en ce qui concerne tous les actes accomplis par les autorités ou les agents de l'Etat partie dans ces territoires, qui compromettent la jouissance des droits consacrés dans le Pacte et relèvent de la responsabilité de l'Etat d'Israël conformément aux principes du droit international public”.⁸¹

La puissance occupante est ainsi tenue d'appliquer dans le territoire qui se trouve sous son autorité les dispositions du Pacte de la même manière qu'elle est censée le faire sur son territoire national. Les dispositions du Pacte n'étant pas séparables les unes des autres, la puissance occupante est aussi autorisée à solliciter l'aide et l'assistance étrangère afin d'assumer ses obligations à l'égard de la population concernée. Il convient de rappeler, là aussi, que le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose en son art. 2, par. 1, que

“[c]hacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives”.

Afin de créer les conditions pouvant assurer le bien-être de la population placée sous son autorité, la puissance concernée est ainsi tenue de mobiliser le maximum de ses ressources à cet effet, et, lorsque les moyens arrivent à lui manquer ou sont insuffisants, de faire appel à la coopération internationale, notamment sous la forme d'une sollicitation des investissements étrangers. S'agissant du Sahara, cette sollicitation est une condition absolument nécessaire en raison non seulement de l'ampleur des besoins de la population locale qui a été complètement délaissée par le colonialisme espagnol pendant près un siècle, mais aussi de la nature des potentialités économiques du territoire qui sont limitées aux deux ressources que sont les phosphates et la pêche et dont l'exploitation ne peut, dans les circonstances présentes, être optimisée que par le biais d'une aide étrangère, sous la forme d'investissements privés et d'aide publique étrangère. A supposer, encore une fois par pure hypothèse, que le Maroc ait violé le droit international en *occupant* le Sahara, et que son statut sur ce territoire serait celui

⁸¹ Comité des droits de l'homme, observations finales du 21 août 2003, *Israël*, CCPR/CO/78/ISR, tbin-ternet.ohchr.org, par. 11.

d'une puissance occupante, il se rendrait responsable d'une autre violation, plus grave celle-là, de ce même droit international, celle d'abandonner à elle-même la population de ce territoire. On le voit, la Cour ne semble pas réaliser la gravité de son exigence du consentement de la population, d'autant plus qu'une telle exigence n'existe aucunement en droit international.

Enfin, la Cour de justice rejette, sans en donner aucune explication, la conclusion à laquelle est parvenu le Tribunal et qui consiste à admettre l'existence d'une conduite subséquente attestant que l'UE a, par une attitude constante, reconnu, lors de l'application des accords la liant au Maroc, que ce dernier était le souverain territorial au Sahara. La Cour n'a, en effet, pas été en mesure de justifier juridiquement ce rejet. Elle se contente d'affirmer que l'application de l'accord agricole revêtait un "caractère *de facto*",⁸² que le Tribunal n'a pas recherché, contrairement à ce que prescrit l'art. 31, par. 3, litt. b), de la Convention de Vienne, si une telle application, dans certains cas, traduisait l'existence d'un accord entre les parties visant à modifier l'interprétation de l'art. 94 de l'accord d'association et qu'en tout état de cause une telle application est nécessairement inconciliable avec le principe d'exécution des traités de bonne foi, qui constitue pourtant un principe obligatoire du droit international général applicable aux sujets de ce droit qui sont parties contractantes à un traité.⁸³ Le raisonnement de la Cour est, là aussi, très peu convaincant. Il en est ainsi, d'abord, parce que toute application d'un traité est en soi un élément de fait sans lequel une telle application ne peut s'incarner dans la réalité concrète. Dans le cas d'espèce, ce sont des faits continus et homogènes qui se sont reproduits régulièrement à travers le temps, sous forme d'attitudes et de comportements similaires et identiques de la part des parties concernées, en particulier la partie européenne, qui ont fini par s'incarner en une conduite subséquente consistant en une reconnaissance implicite de la souveraineté du Maroc sur le Sahara. Il en est ainsi, ensuite, parce que les parties n'ont jamais cherché à modifier la signification et la portée de l'art. 94 de l'accord d'association, qui étaient présentes, ainsi que nous l'avons vu, dans leur esprit, et cela dès le départ, sinon l'accord en question n'aurait jamais été conclu par la partie marocaine. Il en est ainsi, enfin, parce que les parties n'ont jamais fait preuve de mauvaise foi l'une par rapport à l'autre, étant donné qu'elles ont toujours été d'accord sur la signification et la portée de l'art. 94. C'est, en fait, un non-sens de parler de mauvaise foi lorsque les parties accordent à une disposition donnée la même signification et la même portée juridique et sont satisfaites de la manière dont elle est appliquée. Faut-il le rappeler, le principe de bonne foi vise à protéger la confiance réciproque dans un rapport juridique donné. Etymologiquement, le terme bonne

⁸² *Conseil c. Front Polisario* [GC], cit., par. 118 et 121.

⁸³ *Ibid.*, par. 122, 123 et 124.

foi signifie lier, relier, entrelacer des parties par l'établissement entre elles d'un rapport de confiance réciproque.⁸⁴ La bonne foi tend de ce fait à faire

“naître des droits et obligations d'une interaction sociale afin de protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a provoqué chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements. Elle protège le sujet qui s'est de bonne foi fié à une certaine régularité de comportements extérieurs d'autrui et ne permet pas à l'auteur de ces attitudes d'opposer au sujet confiant les aléas de sa volonté réelle”.⁸⁵

Partant de là, il est inapproprié d'affirmer que les parties contractantes à l'accord agricole n'ont pas respecté le principe de bonne foi en donnant à une disposition donnée de cet accord la même interprétation, le même sens et la même portée.

On le voit, l'arrêt de la Cour de justice est surprenant tant par sa perception approximative de certaines règles de base du droit international que par le manque de rigueur du raisonnement sur lequel il se fonde. Il est aussi surprenant parce qu'il se prononce sur le statut d'un territoire qu'un pays étranger, en l'occurrence le Maroc, considère comme faisant partie intégrante de son territoire national. C'est là un excès de pouvoir manifeste. La Cour de justice n'est pas une cour mondiale mais le tribunal d'une organisation régionale. A supposer qu'elle le soit, une cour internationale ne peut se prononcer sur le statut d'un territoire que si la demande lui en est expressément faite par les parties concernées⁸⁶ sous peine de voir sa décision entachée d'excès de pouvoir.⁸⁷ Or, en la matière, la Cour de justice a été saisie par une seule partie au conflit, le Polisario, qui, de surcroît, n'est pas reconnu par les Nations Unies comme l'unique représentant des populations sahraouies. Il est clair de ce fait que l'on est en présence d'une usurpation de pouvoir et d'une ingérence caractérisée dans un conflit qui ne concerne pas l'Union européenne. L'arrêt de la Cour est plus sévère à l'égard du Maroc que ne l'a été l'arrêt du Tribunal du 10 décembre 2015, qui a eu le courage de pousser le Conseil et la Commission à admettre qu'ils avaient constamment appliqué l'accord agricole au Sahara, ce qui, admet-il, est au regard du droit international une reconnaissance de la souveraineté du Maroc sur ce territoire.

L'arrêt a laissé perplexes certains commentateurs. Ainsi, pour Eva Kassoti, cet arrêt repose sur une approche artificielle et sélective du droit international. Elle montre, à cet égard, dans son minutieux commentaire de cet arrêt, que

⁸⁴ R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, in *Revue belge de droit international*, 1998, p. 672.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 685.

⁸⁶ Cf. A. OYE CUKWURAH, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1967, pp. 29 et 31; C. DE VISSCHER, *Les effectivités en droit international public*, Paris: Pedone, 1967, p. 102 *et seq.*

⁸⁷ K.H. KAIKOBAD, *The Quality of Justice: "Excès de Pouvoir" in the Adjudication of Territorial and Boundary Disputes*, in G.S. GOODWIN-GILL, S. TALMON (dir.), *Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 239 *et seq.*

“l’approche retenue par la Cour des règles d’interprétation des traités laisse beaucoup à désirer. Son insistance partielle sur l’art. 31, para 3, litt. c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités; son refus de faire appel (alors que cela est de rigueur au regard du droit international) à toutes les règles d’interprétation prévues par cette Convention dans le même article; son appel à des règles du droit international dont la pertinence est douteuse; son refus de tenir compte de la ‘pratique subséquente’ des parties, tout cela jette le doute sur le bien-fondé de ses conclusions et sape la prétention de l’UE d’être un ‘pouvoir normatif’ dédié au strict respect du droit international”.⁸⁸

De même, Hugo Flavier, après avoir noté “l’apport pour le moins ambivalent” de cet arrêt, se pose la question:

“À présent, et si l’on réfléchit à plus long terme, la position de la Cour de justice risque de rendre pour le moins complexes certains accords futurs. Imaginons que, dans quelques années, probablement nombreuses, l’Union européenne décide de conclure un accord d’importance avec la Russie. Comme il est fort probable que la Crimée continue de faire partie intégrante de la Fédération de Russie, quelle devra être l’attitude des institutions européennes? Devraient-elles demander à la Russie qu’elle accepte explicitement que le champ d’application de l’accord ne s’étende pas à la Crimée alors même que celle-ci figure expressément comme sujet de la Fédération dans la Constitution russe? Comment imaginer que la Russie fasse une telle concession? Un tel accord sera tout simplement impensable”.⁸⁹

Par contre, d’autres commentateurs⁹⁰ ne semblent pas surpris par la décision de la Cour, laquelle s’inscrirait, à leurs yeux, dans le cadre de la transformation que l’UE est en train de connaître, et qui fait d’elle un empire, où, bien que la structure du pouvoir y soit lâche et ténue, se comporte en puissance impériale à l’égard de certains de ses partenaires, dont paradoxalement ceux qui se sont le plus rapprochés d’elle, comme le Maroc.

L’arrêt de la Cour de justice est apparemment le premier du genre⁹¹ à porter, au niveau du fond, sur la validité d’un acte juridique de l’UE ayant trait aux relations extérieures de celle-ci. Il est à espérer que la Cour fasse, à l’avenir, preuve d’une plus grande rigueur juridique dans les instances similaires dont elle aura à connaître. Il y va de la crédibilité de l’UE ainsi que des intérêts nationaux des pays étrangers. En tout état de cause, il va sans dire que, valide ou pas, l’arrêt de la Cour ne lie pas le Maroc en vertu

⁸⁸ E. KASSOTI, *The Council v. Front Polisario Case: The Court of Justice’s Selective Reliance on International Rules on Treaty Interpretation (Second Part)*, in *European Papers*, 2017, Vol. 2, No 1, www.europeanpapers.eu, pp. 40-41 (traduction de l’auteur).

⁸⁹ H. FLAVIER, *La Cour de justice, juge de droit international? Réflexions sur l’affaire Polisario*, in *Journal d’actualité des droits européens*, 16 juin 2016, revue-jade.eu.

⁹⁰ V. G. COUPEAU, *The (European) Empire Strikes back?: Applying the Imperial Paradigm to Understand the European Court of Justice’s Imbroglia in Western Sahara*, London School of Economics and Political Science, European Foreign Policy Unit Working Paper No. 2017/1, April 2017, www.lse.ac.uk.

⁹¹ A. RASI, *Front Polisario: A Step Forward in Judicial Review of International Agreements by the Court of Justice?*, in *European Papers*, 2017, Vol. 2, No 3, www.europeanpapers.eu, p. 967 *et seq.*

du principe de la relativité de la chose jugée⁹². Et que l'UE assume toutes les conséquences des dysfonctionnements de sa justice.

IV. CONCLUSION

En définitive, il apparait clairement que nous sommes en présence d'une position contradictoire de l'UE vis-à-vis de la question du Sahara. Cette position se reflète, d'un côté, dans la reconnaissance par les organes politiques (Conseil et Commission) de l'UE de la souveraineté du Maroc sur le Sahara, et, de l'autre, dans la non-reconnaissance de cette souveraineté par la CJUE. Cette ambivalence est dommageable à la crédibilité de l'UE ainsi qu'aux droits souverains d'un pays étranger.

Certes, l'UE est liée par la décision de la Cour de justice. Mais elle ne demeure pas moins liée aussi par la règle coutumière qui s'est créée au fil du temps par laquelle elle a reconnu, à travers sa conduite subséquente, la souveraineté du Maroc sur le Sahara.

L'UE devrait se rendre à l'évidence, la CJUE est une cour interne à son système juridique et non pas une cour internationale chargée de se prononcer sur les litiges internationaux. Les traités internationaux que conclut l'UE ne sont pas du droit *dérivé* dont connaissent habituellement le Tribunal et la Cour de justice. Ce sont des instruments internationaux régis par le droit international et non le droit européen. Partant de là, l'examen de leur validité juridique relève des gouvernements des pays concernés (ou des juges internationaux qu'ils auront choisis pour se prononcer sur une telle question) et non du juge interne ou du juge d'une organisation régionale. Le Royaume-Uni a clairement rappelé, au moment de l'ouverture des négociations sur le Brexit, que la CJUE ne pouvait trancher les litiges qui l'opposeraient à l'UE. La même règle doit prévaloir entre l'UE et les pays étrangers. Car une organisation internationale, aussi importante soit-elle, ne peut être juge et partie dans une question donnée.

⁹² Cf. A. EL OUALI, *Effets juridiques de la sentence internationale*, cit., p. 82 et seq.

