

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE PAIK

(Traduction du Greffe)

1. Dans la présente instance, le Tribunal a, pour la première fois depuis sa création, dû faire face à une situation dans laquelle l'une des parties, la Fédération de Russie en l'occurrence, ne s'est pas présentée. Par conséquent il a eu à examiner, aux paragraphes 46 à 57 de son ordonnance, les incidences de la non-comparution de la Fédération de Russie et à réfléchir à la manière de conduire la procédure dans une telle situation. Il n'a pourtant invoqué ni mentionné nulle part dans les paragraphes en question l'article 28 du Statut du Tribunal (ci-après dénommé « le Statut »), qui est l'unique disposition portant sur le défaut de comparution, ce qui soulève des doutes quant à l'applicabilité de cette disposition en la présente affaire. En cela, le Tribunal a, semble-t-il, suivi la pratique de la Cour internationale de Justice (ci-après dénommée « la Cour ») en la matière, qui est la suivante : dans les procédures en indication de mesures conservatoires, la Cour ne s'est jamais expressément référée à sa propre disposition visant le défaut de comparution. A mon sens, il serait toutefois préférable d'appliquer l'article 28 du Statut à la présente procédure conjointement avec l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après dénommée « la Convention »), au titre duquel le demandeur a présenté sa demande en prescription de mesures conservatoires. Permettez-moi d'expliquer pourquoi.

2. La règle et la procédure que doit suivre le Tribunal en cas de défaut de comparution de l'une des parties sont indiquées à l'article 28 du Statut, qui est ainsi libellé :

Article 28
Défaut

Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit.

Comme il ressort de l'histoire de la rédaction de l'article 28 (voir Myron H. Nordquist (ed.), *UNCLOS 1982: A Commentary*, Vol. V, 1989, p. 389 et 390), il ne fait

aucun doute que ce libellé a été influencé par la disposition du Statut de la Cour relative au défaut, qu'il suit de près. Aux termes de l'article 53 du Statut de la Cour :

Article 53

1. Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens, l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions.
2. La Cour, avant d'y faire droit, doit s'assurer non seulement qu'elle a compétence aux termes des Articles 36 et 37, mais que les conclusions sont fondées en fait et en droit.

Malgré leurs similarités, il existe des différences sensibles entre ces deux dispositions. Premièrement, en cas de défaut de comparution, la partie qui se présente peut, en vertu de l'article 53 du Statut de la Cour, « demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions », alors qu'en application de l'article 28 du Statut, elle ne peut que « demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision ». En autorisant la partie qui se présente à demander au Tribunal uniquement de continuer la procédure et de rendre sa décision (et non de lui adjuger ses conclusions), l'article 28 du Statut semble donner au Tribunal davantage de latitude pour statuer. Dans la pratique, cependant, il est peu probable que cette différence tire à conséquence : en effet, la non-comparution, même au regard de l'article 53 du Statut de la Cour, n'entraîne aucune forme particulière de procédure dans laquelle ce qu'il est convenu d'appeler une « décision par défaut » pourrait être automatiquement rendue en faveur de la partie qui se présente. Une telle décision par défaut est à l'évidence interdite par l'article 53, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Deuxièmement, l'article 28 du Statut prévoit expressément que l'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure, alors que le Statut de la Cour ne contient aucune disposition dans ce sens. La Cour a toutefois systématiquement insisté sur ce point dans les situations de défaut de comparution auxquelles elle a dû faire face. En fait, l'article 28 du Statut reflète la jurisprudence de la Cour en la matière.

D'autre part, l'élément commun de ces deux dispositions est que le Tribunal ou la Cour, avant de rendre sa décision, doit s'assurer non seulement de sa compétence pour connaître du différend, mais aussi que la demande est fondée en fait et en droit. Cela dit, même là on peut noter une différence subtile. Il est question de « compétence aux termes des Articles 36 et 37 » à l'article 53, paragraphe 2, du Statut de la Cour, et de « compétence pour connaître du différend » à l'article 28 du Statut du Tribunal. On verra au paragraphe suivant si l'ajout à l'article 28 du Statut

de « pour connaître du différend » après « compétence » entraîne une quelconque conséquence.

L'article 28 du Statut apporte des éclaircissements sur les règles applicables en cas de défaut et les développe au vu de l'expérience acquise par la Cour. Parce qu'elle énonce de manière plus neutre le droit de la partie qui se présente, cette disposition évite la tension latente entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 53 du Statut de la Cour. Elle exprime aussi plus finement l'équilibre atteint à l'article 53 du Statut de la Cour entre l'intérêt de la partie qui comparaît et celui de celle qui fait défaut. En ce sens, je crois que cette disposition constitue une amélioration par rapport à la disposition correspondante du Statut de la Cour.

3. Dans les années 70 et 80, alors que les cas de non-comparution devant la Cour se produisaient à une fréquence alarmante, il y avait controverse sur la question de savoir quelle mesure ou absence de mesure, à tel ou tel stade de la procédure, entraînerait l'application de la disposition de la Cour relative au défaut. La controverse se posait assez souvent dans le contexte de procédures en indication de mesures conservatoires, qui soulevaient des questions délicates sur le point de savoir si la disposition relative au défaut devrait s'appliquer à une telle procédure et, dans l'affirmative, de quelle manière. La Cour ne s'est jamais prononcée sur ces questions, bien que certains juges aient exprimé leurs vues dans diverses opinions individuelles. La doctrine n'était pas unanime. Les opposants à l'applicabilité de la disposition faisaient valoir qu'une des principales difficultés concernant l'application de l'article 53 du Statut de la Cour à des procédures en indication de mesures conservatoires tenait au paragraphe 2 dudit article, lequel exige que la Cour s'assure qu'elle a compétence et que les conclusions sont fondées en fait et en droit. Selon cette opinion, le résultat obtenu serait tout simplement absurde si ledit paragraphe était appliqué à une procédure en indication de mesures conservatoires, car la partie qui se présente devrait alors faire face à une charge de la preuve plus sévère en ce qui concerne la compétence pour les procédures par défaut que pour les procédures normales en indication de mesures conservatoires, dans lesquelles le fondement de la compétence doit seulement être établi *prima facie*. Un tel résultat reviendrait à grandement désavantager l'Etat qui se présente dans une procédure où il y a défaut de comparution.

La même préoccupation ou difficulté peut être évoquée s'agissant de l'application de l'article 28 du Statut à la procédure en prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290 de la Convention, selon lequel de telles mesures peuvent être prescrites sur la base d'une compétence *prima facie*. Pourtant, à y regarder de plus près, on constate que cette difficulté est peut-être illusoire. D'abord, le terme « compétence » a plus d'une acception. Comme l'a relevé M. le juge Fitzmaurice dans l'*Affaire du Cameroun septentrional* :

C'est ainsi que, sur le plan juridictionnel, il existe une compétence de fond ou de base (consistant à se prononcer sur ce qui est le fond « irréductible »), et que des exceptions (préliminaires) à l'exercice de cette compétence peuvent être présentées. Mais il existe aussi une compétence *préliminaire* ou « incidente » (faculté de prendre des mesures conservatoires, d'accepter des demandes reconventionnelles ou des interventions de tiers, etc.) que la Cour peut exercer avant même d'avoir statué sur sa compétence quant au fond « irréductible », même si cette dernière est contestée et même s'il se révèle en fin de compte que la Cour n'a pas compétence à cet égard.

(*Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, *Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice*, C.I.J. Recueil 1963, p. 103)

Le terme « compétence », qui figure à la troisième phrase de l'article 28 du Statut, peut donc être aisément interprété comme désignant non seulement la compétence pour se prononcer sur le fond de l'affaire, mais aussi la compétence pour prescrire des mesures conservatoires. C'était précisément la position des Pays-Bas, qui ont demandé au Tribunal, dans leurs conclusions finales, de déclarer que le Tribunal était compétent pour connaître de la demande en mesures conservatoires (*conclusions finales des Pays-Bas, point a*)).

Pareillement, le terme « demande » peut être compris dans un sens large, englobant toute revendication ou assertion que l'on fait valoir comme un droit à divers stades de la procédure. En tant que tel, le terme « demande » inclut non seulement une demande présentée au fond, mais aussi une assertion quant à la compétence, une revendication d'indemnisation et, précisément, une demande tendant à ce que soient prescrites des mesures conservatoires (voir D.W. Bowett, *Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes*, Vol. 180 (1983), p. 208). Il n'y a guère de raisons de restreindre le sens du terme « demande » figurant dans la troisième phrase de l'article 28 du Statut à celui d'une demande portant sur la question principale du fond. Par « demande », on devrait, dans le cadre d'une procédure relative à des mesures conservatoires, entendre une demande en prescription de mesures conservatoires. Là encore, telle a été la position des Pays-Bas lorsqu'ils ont demandé au Tribunal, dans leurs conclusions finales, de déclarer que la demande était fondée en fait et en droit (*conclusions finales des Pays-Bas, point c*)). La demande énoncée dans les conclusions finales renvoie de toute évidence à la demande en prescription de mesures conservatoires présentée en application de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.

La troisième phrase de l'article 28 du Statut, qui requiert du Tribunal qu'il s'assure qu'il est compétent et que la demande est fondée en fait et en droit, ne vise aucunement à fixer le niveau de preuve exigé de la partie qui se présente pour

que soient établies la compétence ou la validité de la demande dans le cas où il y a défaut de comparution. Cette phrase a pour objet de garantir que le principe de l'égalité entre les parties, malgré le défaut de l'une d'entre elles, continue à s'appliquer. Elle n'a pas grand-chose à voir avec le niveau de preuve exigé dans le cadre d'une procédure où il y a défaut de comparution. Pour la procédure en prescription de mesures conservatoires, qu'il s'agisse d'une procédure par défaut ou d'une procédure contradictoire normale, il suffirait que la partie qui se présente établisse *prima facie* la compétence. Comme l'a fait observer le professeur Bowett au sujet de l'article 53, paragraphe 2, du Statut de la Cour, « la Cour peut tout aussi bien "s'assurer" que la compétence est fondée *prima facie* qu'elle peut "s'assurer" qu'il y a des preuves concluantes établissant la compétence » (D.W. Bowett, *ibid.*). L'ajout des mots « pour connaître du différend » après « compétence » à la troisième phrase de l'article 28 du Statut ne change rien à cet égard.

Il n'y a aucune raison d'exclure l'application de la procédure au titre de l'article 28 du Statut aux procédures en prescription de mesures conservatoires. Par conséquent, l'article 28 du Statut peut et doit être appliqué en l'espèce. De surcroît, il devrait l'être conjointement à l'article 290 de la Convention, puisqu'il n'y a pas de contradiction entre les deux dispositions.

4. L'applicabilité de l'article 28 du Statut à la présente procédure est *a fortiori* convaincante si l'on considère son objet et son but. Le but de la disposition est bien connu : elle est destinée à permettre au Tribunal de poursuivre la procédure en cas de défaut de l'une des parties, en sauvegardant ainsi le droit de l'Etat qui a recours au règlement judiciaire du différend, tout en protégeant les droits de l'Etat qui fait défaut. Les deux premières phrases de la disposition formulent la notion selon laquelle le défaut ne doit pas bloquer la procédure, tandis que la troisième et dernière phrase garantit le principe de l'égalité des parties. Vu le but susmentionné, il n'y a aucune raison pour que cette disposition ne puisse ou ne doive être appliquée à une procédure en prescription de mesures conservatoires. La logique qui la sous-tend est tout aussi valable pour une procédure incidente comme celle dont le Tribunal est saisi que pour une procédure principale. Le fait que l'article 28 soit la seule disposition du Statut visant le défaut renforce encore son applicabilité générale aux diverses phases d'une affaire, y compris les procédures incidentes comme celle dont est saisi le Tribunal.

5. Un autre facteur qui doit être pris en considération en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 28 du Statut en l'espèce est le fait que cette dernière a, sur le plan de la procédure, été conduite sur la base de cette disposition. Par note verbale du 22 octobre 2013, la Fédération de Russie a notifié les Pays-Bas et le Tribunal qu'elle n'acceptait pas la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII de la Convention eu

égard à l'affaire du navire *Arctic Sunrise* et qu'elle n'avait pas l'intention de participer à la procédure devant le Tribunal en ce qui concerne la demande en prescription de mesures conservatoires soumise au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Le Greffier du Tribunal a alors, à la demande du Président, envoyé une lettre à l'agent des Pays-Bas le 23 octobre 2013 pour attirer son attention sur l'article 28 du Statut et le prier de lui faire parvenir toute observation éventuelle des Pays-Bas sur la question. Comme l'indique le paragraphe 11 de l'ordonnance, l'agent des Pays-Bas a répondu : « *conformément à l'article 28 du Statut du Tribunal*, le Royaume des Pays-Bas prie respectueusement le Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision concernant la demande de mesures conservatoires [...] » (les italiques sont de moi).

Il est donc manifeste que les Pays-Bas ont invoqué l'article 28 du Statut en l'espèce. Indépendamment de la question de savoir si cette disposition s'applique automatiquement lorsque survient une situation de défaut ou seulement si la partie qui se présente l'invoque, l'invocation de l'article 28 du Statut par les Pays-Bas suite à la demande du Tribunal devrait constituer, du moins en l'espèce, le fondement sur lequel le Tribunal pourrait poursuivre sa procédure et rendre sa décision après s'être assuré de sa compétence et de la validité de la demande. Au lieu de cela, l'ordonnance, en ses paragraphes 48 à 50, a renvoyé à la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle à la procédure, pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties, et a précisé que la possibilité avait été largement donnée à la Fédération de Russie de présenter ses observations, mais qu'elle avait refusé de le faire. Il s'ensuit que le Tribunal a apparemment fondé sa décision de poursuivre l'instance sur le fait que la Fédération de Russie avait eu la possibilité d'être entendue, conformément à la jurisprudence de la Cour. Un tel raisonnement n'est pourtant pas cohérent avec la manière dont l'affaire a été conduite, comme cela a été expliqué plus haut.

Les Pays-Bas ont poursuivi dans cette voie à l'audience en affirmant que « [l']article 28 du Statut du Tribunal s'appliqu[ait] aux demandes de mesures conservatoires » et que « [l']article 28 d[evait] être lu parallèlement à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention » (ITLOS/PV.13/A22/1, p. 9, lignes 34 à 40). En fait, l'intégralité de la thèse développée par les Pays-Bas à l'audience s'articulait autour de l'article 28 du Statut et s'en prévalait, comme cela ressort de leurs conclusions finales. Vu la manière dont la présente affaire a été conduite, et si l'on considère notamment la déclaration expresse de non-participation faite par la Fédération de Russie et l'invocation subséquente de l'article 28 par le demandeur suite à la demande du Tribunal, le silence absolu de l'ordonnance au sujet de l'article 28 du Statut semble coupé des faits de la procédure, et par conséquent difficile à justifier.

6. Lorsqu'il existe dans un statut une disposition qui envisage une situation donnée, celle-ci devrait être appliquée lorsque la situation envisagée se produit, à moins qu'il existe un niveau élevé d'incertitude ou d'ambiguïté quant à son applicabilité. Il peut s'avérer nécessaire d'en arrondir certains angles, par le processus de l'interprétation, de telle sorte qu'elle convienne à la situation. Il va sans dire qu'il ne faut pas s'attendre à ce que le régime juridique fondé sur un statut ainsi que la jurisprudence d'un tribunal auquel est confiée la sauvegarde de ce régime se développent, à moins que l'on ne s'emploie à lever les incertitudes ou ambiguïtés inévitables qui persistent dans maintes dispositions de ce statut. Le fait de passer outre une disposition de son propre statut et de se fonder tout simplement sur la jurisprudence élaborée à partir d'une disposition d'un autre statut, même si elle est similaire, ne semble guère propice à un tel développement. Au lieu de passer l'article 28 du Statut sous silence, le Tribunal aurait dû, dans sa présente ordonnance, envisager de l'appliquer et d'élaborer sa propre jurisprudence dans ce cadre et sur cette base.

7. Comme la présente affaire est la première dans laquelle une non-comparution s'est produite, le Tribunal aurait dû saisir l'occasion qui s'offrait à lui de donner des éclaircissements sur les questions qui se posaient concernant l'article 28 du Statut, en particulier sur le point de savoir si cette disposition devait s'appliquer aux procédures en prescription de mesures conservatoires, et de quelle manière. S'il l'avait fait, le Tribunal aurait substantiellement contribué à rendre plus clair et à développer le droit international du règlement des différends. Je regrette qu'il ne l'ait pas fait. Je suis cependant d'accord avec la conclusion de l'ordonnance, en faveur de laquelle j'ai voté.

(signé) J.-H. Paik