

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KATEKA

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté en faveur de la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'est pas compétent pour connaître de la requête déposée par Saint-Vincent-et-les Grenadines. Toutefois, je ne partage pas le raisonnement du Tribunal, en particulier en ce qui concerne son analyse de l'article 300 de la Convention.

Remarques d'ordre général

2. En tant qu'organe juridictionnel, le Tribunal a le devoir de rendre une décision de justice à l'égard des parties au différend conformément à la Convention, au Statut du Tribunal et à son Règlement. Il ne peut se soustraire à cette mission en se prévalant de vices de procédure pour éviter de se prononcer sur d'importantes questions concernant l'interprétation de la Convention, y compris de l'article 300. A cet égard, il est rappelé que lors de la première affaire dont le Tribunal a été saisi au fond, à savoir celle du navire « SAIGA » (No. 2), les difficultés techniques ne l'ont pas empêché d'administrer la justice. Certains doutes quant à l'immatriculation du « SAIGA » au moment de son arraisonnement n'ont pas empêché le Tribunal de procéder à l'examen de l'affaire au fond afin d'éviter de lourdes conséquences pour les personnes à qui les mesures prises par l'Etat défendeur avaient fait subir des pertes. Le Tribunal avait conclu que « dans les circonstances particulières de l'espèce, il ne serait pas conforme à la justice que le Tribunal renonce à examiner le fond du différend » (*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 39, par. 73, lettre d)*).

3. Le Tribunal aurait dû rester dans la ligne de cette jurisprudence, et aussi de celle d'une affaire précédente, à l'occasion de laquelle il avait déclaré que « le Tribunal dispose du droit d'examiner tous les aspects de la question de sa compétence, *que lesdits aspects aient été expressément soulevés ou non par les parties* » (les italiques sont de moi) (« *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001, p. 41, par. 79*). De plus, l'article 288, paragraphe 4, de la Convention confère au Tribunal des pouvoirs intrinsèques : « [e]n cas de contestation sur le point de savoir si une cour ou un tribunal est compétent, la cour ou le tribunal décide ». Par conséquent, en ne suivant pas sa jurisprudence et les dispositions pertinentes de la Convention, le Tribunal s'est montré trop circonspect. Je regrette qu'en l'espèce, il ait choisi de ne pas tenir compte de sa jurisprudence et de la Convention.

4. Je souscris à la procédure adoptée par le Tribunal, à savoir de procéder à un examen de l'affaire sous deux aspects. Le premier concerne la demande présentée initialement par Saint-Vincent-et-les Grenadines sur la base des articles 73, 87, 226, 227 et 303 de la Convention. A mon avis, le demandeur n'a pas réussi à justifier sa demande en se fondant sur les articles invoqués, alors que le défendeur a plaidé sa thèse de manière convaincante pour montrer qu'il n'existe pas de différend reposant sur ces articles.

5. Le Tribunal, après avoir examiné chacun des articles susvisés, parvient à la conclusion qu'aucun d'eux ne saurait fonder les réclamations du demandeur relativement à l'immobilisation du « Louisa » et à la détention de son équipage. Le Tribunal s'est également penché sur les articles 245 et 304 de la Convention, bien que ceux-ci ne soient pas inclus dans les conclusions finales du demandeur. Là encore, le Tribunal conclut que l'article 245 ne peut servir de fondement aux réclamations du demandeur et que la question de l'application de l'article 304 de la Convention ne pourrait se poser que si le Tribunal venait à se déclarer compétent pour connaître du fond de l'affaire. Je souscris au raisonnement du Tribunal sur ces articles. Je conviens avec lui que selon les textes susvisés, le demandeur n'a pas démontré l'existence d'un quelconque lien entre ces articles et les faits relatifs à sa demande.

6. Néanmoins, comme c'est la première fois que le Tribunal doit se prononcer sur la question de l'existence d'un différend dans une affaire au fond, il aurait été à mon avis utile et logique que le Tribunal explique clairement sa position dès le début. Il n'aurait pas dû attendre la deuxième phase, celle de l'examen de l'article 300. Ce point aurait dû être étudié de manière approfondie lors de l'examen du premier aspect de l'affaire, de telle sorte que cette analyse de l'existence du différend s'applique aux deux aspects de l'affaire. Le Tribunal aurait dû par exemple traiter la question de l'existence d'un différend à la date de la requête – devait-il s'agir de la date précise de son dépôt ou d'une date proche ? Fallait-il voir comme déterminant l'objet du différend sur l'interprétation ou l'application de la Convention plutôt que la date ? Sur quels documents le Tribunal devait-il se fonder comme éléments de preuve de l'existence d'un différend ?

7. Puisque le Tribunal s'appuie sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (la Cour) pour traiter la question de l'objet et de l'existence du différend, il est peut-être opportun d'attirer l'attention sur l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* ((*Géorgie c. Fédération de Russie*), *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011*, p. 70). Dans leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt, cinq juges ont critiqué certains aspects des conclusions de la Cour parce qu'elle « s'écarte de sa jurisprudence la

plus récente » (par. 16). Compte tenu du fait que la jurisprudence en la matière présentait quelques contradictions, le Tribunal aurait contribué à clarifier la situation en définissant concrètement sa position en vue de développer sa propre jurisprudence de manière cohérente.

8. Avant d'aborder le deuxième aspect de l'affaire, je dois dire que l'examen de l'affaire sous deux aspects crée pour moi un dilemme. Si je souscris à l'arrêt pour ce qui est du premier aspect de l'affaire, je n'y adhère pas s'agissant du second, comme je le montrerai plus loin. Etant donné que le dispositif associe les deux aspects, il m'a été difficile de prendre position sur la question.

L'article 300

9. Le deuxième aspect de l'affaire porte sur « l'applicabilité de l'article 300 de la Convention aux faits et circonstances de l'espèce » (arrêt, par. 126). C'est sur cet article que je ne suis pas d'accord avec l'approche et le raisonnement du Tribunal. D'ailleurs, ce que dit le Tribunal au sujet de l'article 300 est tout aussi intéressant que ce qu'il passe sous silence.

10. Le Tribunal cite longuement les arguments développés par les Parties au sujet de l'article 300 (arrêt, par. 127 et suiv.). Après avoir cité une douzaine de paragraphes, le Tribunal passe à autre chose lorsqu'il indique qu'« [a]vant d'examiner la question de savoir si l'article 300 de la Convention s'applique aux faits de l'espèce, le Tribunal entend examiner l'argument avancé par l'Espagne selon lequel Saint-Vincent-et-les Grenadines essaie de transformer la nature du différend par rapport à ce qu'il exposait dans sa requête » (arrêt, par. 138).

11. Le Tribunal convient avec l'Espagne que le recours à l'article 300 de la Convention « introduit une nouvelle demande par rapport aux demandes formulées dans la requête; cette nouvelle demande n'est pas incluse dans la demande originelle » (arrêt, par. 142). Le Tribunal renvoie à son Statut et à son Règlement, de même qu'à la jurisprudence de la Cour, selon laquelle un différend porté devant le Tribunal par voie de requête ne saurait être transformé en un autre différend dont la nature ne serait pas la même. Il conclut ensuite que l'article 300 de la Convention ne saurait servir de base aux demandes de Saint-Vincent-et-les Grenadines et « qu'à la date du dépôt de la requête il n'existait pas entre les Parties de différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, et, par conséquent, qu'il n'a pas compétence *ratione materiae* pour connaître de cette affaire » (arrêt, par. 151).

12. Je ne partage pas l'opinion du Tribunal assimilant l'invocation par le demandeur de l'article 300 de la Convention à une nouvelle demande. A mon avis, il s'agit d'une demande additionnelle. La jurisprudence de la Cour en matière de nouvelle demande montre qu'« [i]l convient que la demande additionnelle soit implicitement contenue dans la requête [...] ou découle "directement de la question qui fait l'objet de cette requête" » (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1992, par. 67). On peut remarquer qu'il n'y a ni dans le Statut du Tribunal ni dans son Règlement, de disposition qui interdise à une partie de modifier sa demande jusqu'au stade de la présentation des conclusions finales. Il semble même, par inférence, que de tels amendements ou modifications des pièces de procédure soient permis par le Règlement. On peut citer à cet égard le paragraphe 4 de son article 62.

13. L'introduction d'une instance est régie par les règles de procédure du Tribunal. L'article 54, paragraphe 2, du Règlement stipule que « [l]a requête indique, autant que possible, les moyens de droit sur lesquels le demandeur entend fonder la compétence du Tribunal ; elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose ». L'expression « autant que possible » implique un critère moins strict qu'une exigence absolue. Rappelons que l'affaire a pour origine l'immobilisation du navire « Louisa » et la détention de son équipage. Alors que l'Espagne soutient que le différend est axé sur l'infraction d'atteinte au patrimoine historique espagnol, Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme que l'arraisonnement et l'immobilisation du navire « Louisa » étaient illicites et que c'est cela qui est au cœur du différend, y compris la détention de l'équipage et la violation de ses droits humains. Le thème du traitement de l'équipage et de la violation des droits humains de Mario et Alba Avella est évoqué expressément par le demandeur dès le début de l'affaire, c'est-à-dire dès le dépôt de la requête. Le Tribunal, qui pourtant a conclu qu'il n'était pas compétent pour connaître de l'affaire, a jugé important de prononcer un *obiter dictum* selon lequel « les Etats sont tenus de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, et [...] les principes d'une procédure régulière doivent trouver application en toute circonstance » (arrêt, par. 155). C'est cet élément du traitement dont l'équipage et les Avella ont fait l'objet qui sert de point de départ au demandeur pour se prévaloir de l'article 300. Il satisfait à la condition d'« un lien entre les faits allégués par Saint-Vincent-et-les Grenadines et les dispositions de la Convention que Saint-Vincent-et-les Grenadines invoque » (arrêt, par. 99), à savoir, en l'espèce, l'invocation de l'article 300. Il est donc surprenant de voir que le Tribunal, qui avait décidé de statuer en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, parce qu'il était préoccupé par la souffrance des personnes en cause, ait agi en la présente espèce d'une manière contraire à sa propre jurisprudence.

14. Il me semble utile de souligner que, à mes yeux, l'invocation de l'article 300 (bonne foi et abus de droit) était implicite dans la requête et que cet argument a été soulevé dans le contexte de l'immobilisation du « Louisa » et du traitement de l'équipage. Dans son exposé des faits (chapitre 2 de la demande en prescription de mesures conservatoires), il est précisé que « [l]a présente demande en prescription de mesures conservatoires est déposée conjointement à une requête soumise aux fins du règlement du différend au fond ». Partant, les détails figurant dans ladite demande « sont repris à titre de référence, comme s'ils étaient exposés dans leur intégralité » dans la requête introductive de l'instance devant le Tribunal (voir la lettre en date du 23 novembre 2010 adressée par l'agent de Saint-Vincent-et-les Grenadines au Greffier du Tribunal). Le demandeur indique en outre que « [l]es annexes se rapportant à ladite demande sont respectueusement reprises dans ce document et sont incorporées par référence » (l'attention est appelée sur l'annexe 8 de la demande). On peut donc conclure que la demande en prescription de mesures conservatoires, qui est bien détaillée, doit être considérée comme étant incorporée à la requête. En effet, c'est cette demande avec « requête incorporée » qui a incité l'Espagne, dans son exposé en réponse à la demande, à faire observer que « le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel ». Dans le même document, l'Espagne relève que le principe de la bonne foi n'a pas prévalu dans l'attitude de Saint-Vincent-et-les Grenadines (chapitre 3 de l'exposé en réponse, par. 47). En outre, au paragraphe 75 du même document, l'Espagne cite expressément l'article 300. On peut donc en conclure que l'article 300 a été invoqué par inférence dans la requête et que « cette demande a un rapport étroit avec la trame des éléments de fait et de droit » (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Recueil 1992, par. 63*) relative à l'arraisonnement et à l'immobilisation du « Louisa ».

15. De plus, dans ses pièces de procédure écrite, l'Espagne accuse Saint-Vincent-et-les Grenadines d'avoir commis un « abus des voies de droit » (contre-mémoire, par. 187) et d'avoir manifesté, dans la requête, un « abus de droit au sens de l'article 300 » (contre-mémoire, par. 189) ; l'Espagne accuse aussi Saint-Vincent-et-les Grenadines de mauvaise foi pour avoir négligé de procéder à un échange de vues relatif à sa demande (duplicque, par. 58). Tout cela montre que l'invocation par le demandeur de l'article 300 de la Convention au cours de la procédure orale n'était pas nouvelle. Quoi qu'il en soit, au cours de la procédure orale, l'Espagne a pleinement participé à la discussion relative à l'article 300. En fait, elle a déclaré ne pas avoir d'objection à l'application de l'article 300, sa seule réserve étant que ledit article 300 n'avait pas d'existence autonome.

16. Il est remarquable que le Tribunal accepte l'affirmation de l'Espagne : « [l]e Tribunal considère qu'il ressort du libellé de l'article 300 de la Convention

que celui-ci ne saurait être invoqué de façon autonome » (arrêt, par. 137). Il ajoute ensuite que « [c]et article ne devient pertinent qu'à partir du moment où "les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention" sont exercés d'une manière qui constitue un abus de droit » (ibid.). Ayant évité de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 300, le Tribunal énonce cette affirmation catégorique sans avoir aucunement tenté d'en expliquer ou d'en développer le sens. Il est regrettable qu'il ait ainsi manqué une occasion d'interpréter l'article 300 de la Convention. Je suis d'avis que le Tribunal aurait dû analyser l'article 300 dans le détail, afin de rendre plus clair cet article qui soulève des questions de portée générale. Il aurait été utile aux Parties et à la communauté internationale que le Tribunal développe son affirmation selon laquelle l'article 300 ne saurait être invoqué de façon autonome. Le Tribunal aurait dû par exemple examiner des questions telles que celle de savoir si une autre disposition de la Convention aurait pu être invoquée conjointement à l'article 300 afin d'établir la compétence. Il aurait aussi dû interpréter le sens de l'expression « exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit ». Cette expression, concise et lourde de sens, aurait dû être explicitée, d'autant plus que l'examen des travaux préparatoires de l'article 300 ne permet guère d'élucider la question. En réalité, ces travaux montrent qu'il existe dans l'article 300 des éléments très subjectifs qui sont compensés par le fait que cet article est soumis au procédures de règlement des différends prévues par la partie XV.

Autres questions

17. Le Tribunal, ayant constaté qu'il n'est pas compétent *ratione materiae* pour connaître de l'affaire dont il est saisi, conclut qu'il n'est pas tenu d'examiner la question de l'obligation d'échanger des vues visée à l'article 283 de la Convention. Le Tribunal, ayant à tort conclu qu'il n'existe pas de différend entre les Parties, a ainsi manqué une occasion d'examiner l'article 283 de la Convention. Les Parties, dans leurs pièces de procédure, ont invoqué cet article avec force détails, bien que l'une d'elles l'ait considéré comme constituant une question de recevabilité. Dans sa jurisprudence, le Tribunal a traité cet article comme une question de compétence.

18. Ma dernière remarque porte sur le paragraphe 47 de l'arrêt, dans lequel « [l]e Tribunal note avec regret » qu'une copie de l'accord en vue de l'exploration et de l'étude de formations géologiques marines conclu par Sage Maritime Scientific Research Inc. et Tupet Sociedad de Pesquisa Marítima S.A. n'a été fournie par le demandeur qu'après que le Tribunal en a fait la demande. Sur cette question, je suis d'avis que les longues citations qui figurent au paragraphe 47 relèvent non

seulement de l'examen au fond, mais qu'elles sont également déplacées. Une cour ou un tribunal, lorsqu'il connaît d'un contentieux entre Etats, devrait aborder avec prudence les points qui pourraient donner l'impression d'une critique adressée aux parties. La souveraineté des Etats et l'égalité de traitement des parties devraient être respectées. Le Tribunal devrait éviter tout commentaire subtil qui, en fustigeant apparemment des conseils agissant au nom des parties, porte atteinte à la souveraineté des Etats. Les parties ont l'obligation de respecter les procédures et lignes directrices du Tribunal et de les observer, et en règle générale, elles s'y tiennent.

(signé) James L. Kateka