

Opinion individuelle commune de M. le juge Cot et Mme la juge Kelly

(Traduction du Greffe)

1. Nous souscrivons à la plupart des conclusions du Tribunal et avons voté en conséquence. Mais il nous paraît difficile de suivre le Tribunal dans son raisonnement sur la question de l'épuisement des recours internes. Nous acceptons sa conclusion sur ce point et considérons qu'il n'y avait pas obligation d'épuiser les recours internes avant que le Panama puisse saisir le Tribunal du différend en l'espèce. Mais nous ne sommes pas d'accord avec les raisons avancées par le Tribunal.

2. Que les recours internes doivent être épuisés est une « règle bien établie du droit international coutumier », comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice (« la Cour ») dans l'*Affaire de l'Interhandel* (C.I.J. Recueil, 1959, p. 6, à la p. 27). Cette règle s'applique dès lors qu'un Etat présente une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou, comme en la présente espèce, à raison d'un préjudice causé au propriétaire d'un navire battant le pavillon de cet Etat. Elle ne s'applique pas si la réclamation est présentée à raison d'un préjudice causé directement à l'Etat concerné.

3. En pratique, comme l'a noté la Commission du droit international (CDI) dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, il est difficile de déterminer si la réclamation est « directe » ou « indirecte » lorsqu'elle mêle des éléments constitutifs de préjudice pour l'Etat du pavillon et des éléments constitutifs de préjudice pour le propriétaire du navire, comme c'est le cas dans la présente espèce (projet d'article 14, Commentaire, par. 10).

4. Le Tribunal a décidé de suivre l'approche qu'il avait adoptée dans son arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) (arrêt, par. 155) :

155. Il convient de rappeler à cet égard que, dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), confronté à une situation similaire, le Tribunal a procédé à l'examen de la nature des droits qui, selon Saint-Vincent-et-les Grenadines, avaient été violés par la Guinée (voir *Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), arrêt, TIDM 1999, p. 45, par. 97). Le Tribunal suivra ici l'approche adoptée dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2).

5. Or, selon nous, la conclusion à laquelle est parvenue le Tribunal dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* ne correspond pas à l'état actuel du droit international en la matière. A l'époque, la question des réclamations mixtes n'avait pas encore été examinée à fond, et, dans son arrêt en cette affaire, le Tribunal n'a pas analysé correctement la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux.

6. En 1999 déjà, des doutes avaient été exprimés au sein même du Tribunal sur la validité des arguments avancés aux paragraphes 98 et 99 de l'arrêt (voir Wolfrum, opinion individuelle, par. 46 et suiv., p. 107 et suiv.).

7. L'arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* renvoie à l'article 22 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, qui concerne le traitement à réserver à des particuliers étrangers (arrêt, par. 98). Or cet article 22 ne représentait que la conclusion provisoire à laquelle était parvenue la CDI à l'époque, et qu'elle n'a pas reprise dans son projet d'articles définitif sur la responsabilité de l'Etat. La CDI est retournée à cette question dans son projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006 et a adopté une position entièrement différente, puisque l'article 14.3 de ce projet se lit comme suit :

3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'Etat réclamant ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8.

8. Nous considérons que le moment est venu pour le Tribunal de jeter un regard neuf sur la situation et de revoir sa position sur la question.

9. Le point de départ est l'article 295 de la Convention :

Article 295

Épuisement des recours internes

Un différend entre Etats Parties relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention peut être soumis aux procédures prévues à la présente section seulement après que les recours internes ont été épuisés selon ce que requiert le droit international.

10. L'article 295 renvoie expressément au « droit international », c'est-à-dire au droit international public. Il n'existe pas dans le droit de la mer de *lex specialis* sur cette question, bien au contraire. Les travaux préparatoires de la Convention confirment cette conclusion. Les recours internes doivent être épuisés, sauf raison particulière de s'écarter de la règle.

11. La présente espèce est une affaire de protection diplomatique exercée par le Panama au bénéfice du « Virginia G » et de son propriétaire. Les Parties sont d'accord sur la qualification juridique de l'affaire. Au paragraphe 15 du chapitre 1 de son mémoire, le Panama déclare qu'il a introduit cette action contre la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique. Il ajoute ensuite :

17. L'article premier du Projet d'articles sur la protection diplomatique élaboré sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies en 2006 dispose que la protection diplomatique consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.

12. La Guinée-Bissau exprime son accord sur ce point au paragraphe 2 de ses conclusions orales relatives à la demande :

2. Les demandes présentées par le Panama sont irrecevables en raison de la nationalité du « Virginia G », de l'absence de droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'étrangers, ou du non-épuisement des recours internes, et devraient par conséquent être rejetées.

(Arrêt, par. 54)

13. Il ne suffit pas de dire que la Guinée-Bissau a violé directement les droits de l'Etat du pavillon et qu'il n'y a donc pas obligation d'épuiser les recours internes puisqu'un préjudice direct a été causé à ces droits. Le Tribunal doit apprécier la situation dans son ensemble et qualifier juridiquement le différend dont il est saisi.

14. Procéder autrement, comme le Tribunal l'a fait dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, reviendrait à abroger l'article 295 de la Convention en considérant que, chaque fois qu'il y a violation d'une disposition de la Convention,

il n'est plus besoin d'épuiser les recours internes. Comme l'a noté le vice-président Wolfrum en 1999, « [s]i... les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention sont uniquement des différends entre Etats Parties surgissant de violations alléguées des droits reconnus aux Etats, l'article 295 de la Convention serait dénué de sens » (*TIDM Recueil 1999*, p. 109 et 110, par. 51). Une telle interprétation irait à l'encontre du sens naturel et ordinaire à attribuer à l'article 295 et contredirait l'objet et le but de cette disposition.

15. C'est au Tribunal et non aux Parties qu'il incombe de décider de la nature du différend dont il est saisi et de la nécessité ou non d'épuiser les recours internes.

16. Dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, la CDI a adopté le critère de la prépondérance. Dans la présente affaire, le Tribunal doit décider si le différend dont il est saisi est de façon prépondérante un différend au sujet des droits de l'Etat concerné – en l'espèce le Panama en sa qualité d'Etat du pavillon – ou un différend au sujet des droits de la personne concernée – en l'espèce le propriétaire du navire.

17. La jurisprudence récente a appliqué ce critère de la prépondérance. Pour en donner quelques exemples : dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a considéré que la réclamation concernait une violation directe des droits de l'Etat réclamant (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 3). Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (exceptions préliminaires)*, la Cour a longuement évoqué le projet d'articles de la CDI (*C.I.J. Recueil 2007*, p. 599, par. 39). Le projet d'articles sur la protection diplomatique et son commentaire peuvent être considérés comme une indication fiable de l'état actuel de la délicate question des réclamations mixtes. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour a conclu à un préjudice causé directement à la République démocratique du Congo par l'arrestation de son ministre des Affaires étrangères (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 18, par. 40).

18. Un exemple récent vient du Tribunal lui-même, avec l'*Affaire de l'« ARA Libertad »*. Les mesures prises par les autorités ghanéennes contre ce navire de guerre argentin ont de toute évidence causé un préjudice direct à l'Argentine, bien qu'une procédure judiciaire ait été pendante devant les tribunaux ghanéens. Aucune des Parties n'a considéré que l'Argentine devait épuiser les recours internes avant de pouvoir saisir le Tribunal.

19. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour a conclu que l'affaire était principalement indirecte et que la règle de l'épuisement des recours internes s'appliquait :

Sans préjuger la valeur des arguments que le Gouvernement suisse cherche ou chercherait à tirer de cette décision, la Cour se borne à constater que lesdits arguments n'enlèvent pas au différend qui lui est soumis le caractère d'un différend dans lequel le Gouvernement suisse se présente comme épousant la cause de son ressortissant, l'*Interhandel*, en vue d'obtenir la restitution à cette société d'avoirs séquestrés par le Gouvernement des Etats-Unis. C'est précisément là une situation qui donne lieu à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes.

(*C.I.J. Recueil 1959*, p. 6, aux p. 28 et 29)

20. Dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, la Chambre de la Cour a examiné la question de savoir s'il y avait obligation d'épuiser les recours internes (*I.C.J. Recueil 1989*, p. 15, à la p. 43, par. 53). Après une analyse approfondie de la nature de la demande introduite par les Etats-Unis, la Chambre est parvenue à la conclusion suivante :

la Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des Etats-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett [sociétés des Etats-Unis] auraient subi et qui aurait résulté des actions du défendeur.

(*C.I.J. Recueil 1989*, p. 15, à la p. 43, par. 52)

21. Dans la présente affaire, on notera que la violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention ne résultait pas de l'arraisonnement du navire dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau ou de son immobilisation dans le port de Bissau. Elle résultait de la décision administrative de confisquer le navire et sa cargaison après l'arraisonnement du « Virginia G » et son immobilisation au port, c'est-à-dire dans les eaux intérieures de la Guinée-Bissau. Cette situation est très différente de celle de l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), dans laquelle le navire avait été arraisonné dans la zone économique exclusive après une poursuite injustifiée en mer, et son capitaine avait fait l'objet d'une action en justice et été condamné.

22. Dans l'*Affaire du « Virginia G »*, la demande introduite par le Panama concerne des biens privés, à savoir le navire et sa cargaison. Elle est centrée sur la réparation du préjudice causé au propriétaire par la confiscation du navire

et de sa cargaison. Selon nous, il est manifeste que les droits en cause dans l'*Affaire du « Virginia G »* étaient principalement ceux du propriétaire du navire et de sa cargaison et non ceux de l'Etat du pavillon.

23. Cette conclusion est confortée par le commentaire de la CDI sur l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique. La CDI note que, très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou « en l'absence de », pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite en l'absence d'une demande pour le compte du national lésé (*Commentaire de la CDI sur l'article 14*, par. 11).

24. Dans l'*Affaire du « Virginia G »*, il est évident que la demande n'aurait pas été présentée au Tribunal si le propriétaire du navire n'avait pas subi un préjudice. En l'absence de confiscation du navire et de sa cargaison, le Panama n'aurait pas introduit sa demande.

25. D'autres facteurs peuvent être pris en considération pour établir si une réclamation est principalement directe ou indirecte : l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée (*Commentaire de la CDI sur l'article 14*, par. 12). Les affaires dans lesquelles la Cour a conclu que le préjudice causé aux droits de l'Etat était prépondérant ont concerné un représentant de l'Etat (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, arrêt, C.I.J. Recueil 2000*, p. 3, par. 40), des diplomates (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.), des biens publics (*Détroit de Corfou, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4) et les relations consulaires (*Avena et autres ressortissants mexicains, C.I.J. Recueil 2004*, p. 34 et 35). Par contre, la demande du Panama dans l'*Affaire du « Virginia G »* concerne des biens strictement privés, à savoir le navire et sa cargaison. Comme le dit tout simplement la Cour, « [c]'est précisément là une situation qui donne lieu à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes » (*Interhandel*, op. cit.).

26. Compte tenu de l'arrêt du Tribunal dans l'*Affaire du « Virginia G »* sur ce point, on a du mal à imaginer une situation dans laquelle une violation de la Convention constituerait un préjudice causé directement à un Etat et, partant, justifierait de déroger à la règle de l'épuisement des recours internes.

27. Si le Tribunal avait procédé à une analyse équilibrée de la nature de la réclamation dont il était saisi, nous ne doutons pas qu'il aurait conclu que cette

réclamation était « faite principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'Etat réclameur » et qu'il aurait fait jouer la règle de l'épuisement des recours internes.

28. En procédant à une analyse générale aussi contestable de la nature du différend et des parts respectives de préjudice direct et de préjudice indirect dans la demande mixte soumise par le Panama (paragraphe 157 de l'arrêt), le Tribunal s'est largement écarté des règles constantes et acceptées du droit international sur la question. Il a vidé de son sens l'article 295 de la Convention.

29. Nous espérons que notre Tribunal trouvera l'occasion dans un avenir pas trop lointain de reconsidérer une position juridique extrêmement minoritaire et incertaine.

30. Mais notre opinion ne s'achève pas là. Selon l'article 15 du projet d'articles sur la protection diplomatique :

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque :

a) Il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation ;

31. Comme l'a noté la Cour dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, « [q]uant au défendeur, il lui appartient de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés » (*C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, à la p. 600, par. 44).

32. La Guinée-Bissau ne nous a certainement pas convaincus qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces à la disposition du Panama et du propriétaire du navire. Les ingérences répétées des autorités politiques et administratives du pays dans le cours de la justice ont exclu toute possibilité de recours efficace ou de réparation. La situation qui prévalait à l'époque tient tout entière dans la déclaration du 30 novembre 2009 du secrétaire d'Etat au Trésor du ministère des Finances ordonnant de confisquer le gazole à bord du « Virginia G » : « Malgré l'ordonnance judiciaire de suspension de la saisie [...], nous ordonnons par la présente que le pétrolier « Virginia G » soit autorisé à décharger son contenu, soit 436 tonnes de gazole selon les estimations... » (arrêt, par. 76).

33. Dans une telle situation, le Panama n'avait pas d'autre solution que de saisir directement le Tribunal de sa demande. Pour cette raison, nous sommes d'accord avec le Tribunal qu'il n'y avait pas obligation d'épuiser les recours internes avant que le Panama puisse porter son différend devant le Tribunal.

(*signé*) Jean-Pierre Cot
(*signé*) Elsa Kelly