

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions. En particulier, je souscris aux arguments énoncés aux paragraphes 99, 141, 142 et 151, suivant lesquels :

Pour que le Tribunal puisse exercer sa compétence, il faut que Saint-Vincent-et-les Grenadines établisse un lien entre les faits allégués et les dispositions qu'il invoque, et qu'il prouve que la ou les demandes qu'il présente peuvent se fonder sur ces dispositions. (Paragraphe 99)

Le Tribunal constate que la requête introductive d'instance et le mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont tous les deux centrés sur de prétendues violations par l'Espagne des articles 73, 87, 226, 245 et 303 de la Convention et sur les réparations auxquelles ces violations donneraient droit. Ces deux documents ne font, même incidemment, aucune mention de l'article 300. Or, après la clôture de la procédure écrite, Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté sa demande comme étant fondée essentiellement sur l'article 300 et les prétendues violations des droits de l'homme commises par l'Espagne. (Paragraphe 141)

Le Tribunal considère que ce 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 matériellement dans la demande originelle, ni directement ni indirectement. Or, pour qu'une demande additionnelle soit recevable, il est juridiquement nécessaire qu'elle découle directement de la requête ou qu'elle soit implicitement contenue dans celle-ci (voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67). (Paragraphe 142)

Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut 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 de compétence *ratione materiae* pour connaître de cette affaire. (Paragraphe 151)

2. Sur le fondement des arguments rappelés ci-dessus, le Tribunal explique que :

Compte tenu de cette conclusion, le Tribunal n'estime pas nécessaire d'examiner l'argument de l'Espagne selon lequel Saint-Vincent-et-les Grenadines n'aurait pas rempli l'obligation, prévue à l'article 283 de la Convention, de procéder à des échanges de vues, et aurait été empêché de ce fait de saisir le Tribunal. (Paragraphe 152)

3. J'estime toutefois que la décision suivant laquelle le Tribunal n'est pas compétent pour connaître du fond de l'affaire du navire « Louisa » est fondée, mais pour un certain nombre de motifs qui vont au-delà de ceux énoncés dans l'arrêt du Tribunal. Je pense en effet que l'arrêt aurait pu traiter beaucoup plus simplement la question de la compétence du Tribunal (I) et celle relative à la recevabilité de la requête (II). Conformément à l'article 8, paragraphe 6 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera essentiellement sur ces deux points de divergence avec l'arrêt.

I. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

4. La « juridiction » au sens matériel du Tribunal, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger, résulte à la fois de son statut, tel que le définit la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui l'institue, et des actes de Saint-Vincent-et-les Grenadines et de l'Espagne qui le lui reconnaissent en l'espèce. Dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes. La compétence résulte donc du concours du statut et de l'accord de chaque partie. C'est l'accord de chaque partie qui permet au Tribunal de connaître du litige qui les oppose en particulier. En revanche, c'est du statut que résultent les attributions qui constituent la « juridiction » en général.

5. Le Tribunal ne peut connaître du fond de l'affaire que si les conditions posées par les parties et par son statut sont satisfaites en l'espèce. Les conditions posées par les parties se rapportent à la compétence du Tribunal tandis que celles posées par son statut se rapportent, elles, à la recevabilité de l'action. Il appartient donc aux parties et au Tribunal d'opposer des objections à l'exercice du pouvoir juridictionnel si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite.

6. En l'espèce, le Tribunal est saisi unilatéralement par Saint-Vincent-et-les Grenadines, le demandeur, qui fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire. L'Espagne, le défendeur, cherche à s'y soustraire, en contestant la compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête.

7. Il faut relever, pour commencer, une question difficile à traiter dans la mesure où elle peut relever à la fois de la compétence et de la recevabilité. En effet, Saint-Vincent-et-les Grenadines a inséré dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction du Tribunal une condition – c'est la seule d'ailleurs – excluant un certain type de différend, en limitant sa compétence aux « différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de ses navires » (déclaration du 22 novembre 2010). L'exception de procédure ayant trait à un différend n'entrant pas dans cette catégorie est une exception d'incompétence : le Tribunal ne peut connaître d'une affaire extérieure au champ de compétence défini par les deux parties.

8. En revanche, même en l'absence d'objection, le Tribunal doit déclarer irrecevable une action portant sur un différend extérieur au champ de compétence, c'est-à-dire « la saisie ou l'immobilisation des navires », de façon à ce que les conditions que les parties ont pu poser pour lui permettre de trancher leur litige soient satisfaites.

9. Observons que les seules dispositions de la partie XV, section 2, de la Convention se rapportant au champ de compétence défini par la déclaration de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont celles de l'article 292, tandis que l'Espagne choisit le Tribunal comme moyen de règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

10. En application du principe procédural de la réciprocité, le Tribunal est uniquement compétent dans les domaines du droit sur lesquels portent les deux déclarations. En l'espèce, sa compétence se limite aux différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de navires conformément à la Convention. De la sorte, la compétence serait singulièrement réduite. Elle aurait pour siège les seuls articles 73 et 226 de la Convention puisque la procédure de prompt mainlevée est écartée.

11. Comme le remarque la Cour internationale de Justice :

En fait, les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire, en prenant en considération les conditions, réserves et stipulations de durée. Dans l'établissement de ce réseau d'engagements que constitue le système de la clause facultative, le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel ; et la Cour a souligné la nécessité de respecter, dans les relations internationales, les règles de la bonne foi et de la confiance en des termes particulièrement nets, encore une fois dans *l'affaire des Essais nucléaires* :

L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée. (Ibid., p. 268, par. 46 ; p. 473, par. 49.).

(Recueil. C.I.J. 1984, paragraphe 60)

12. Le Tribunal devait examiner avec un soin tout particulier la question de sa compétence, laquelle est fondamentale en la présente affaire en raison du fait que les parties sont en total désaccord à ce propos. Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme que le Tribunal est compétent pour connaître de l'affaire au fond (mémoire, paragraphe 53). L'Espagne, de son côté, soutient que le Tribunal n'est pas compétent pour examiner de l'affaire au fond. (contre-mémoire, paragraphe 50).

13. La Cour internationale de Justice a aussi indiqué :

Considérant qu'en vertu de son Statut la Cour n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats admis à ester devant elle ; que la Cour a déclaré à maintes reprises que l'un des principes fondamentaux de son Statut est qu'elle ne peut trancher un différend entre des Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction ; et que la Cour ne peut donc exercer sa compétence qu'à l'égard d'Etats parties à un différend qui l'ont acceptée, soit d'une manière générale, soit pour le différend particulier dont il s'agit ;
(*Géorgie c. Fédération de Russie (Demande en indication de mesures conservatoires)*, ordonnance du 15 octobre 2008, paragraphe 84)

14. Il est heureux que le Tribunal ait pris des précautions dans sa jurisprudence antérieure quant à l'examen de sa compétence suivant la nature des procédures introduites devant lui.

15. Il a eu à dire :

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quand au fond de l'affaire, mais qu'il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée.

(*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), *mesures conservatoires, ordonnance du 11 mars 1998*, *TIDM Recueil 1998*, p. 24, paragraphe 29)

16. Dans la phase des mesures conservatoires de la présente affaire, le Tribunal a aussi indiqué que son ordonnance du 23 décembre 2010 « ne préjuge en rien la question de la compétence du Tribunal pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'il laisse intact le droit de Saint-Vincent-et-les Grenadines et de l'Espagne de faire valoir leurs moyens en ces matières ». (*Affaire du navire « Louisa »*, (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne*), *mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010*, paragraphe 80)

17. Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme que le Tribunal est compétent pour examiner l'affaire au fond. L'Espagne soutient que le Tribunal n'a pas compétence en l'espèce pour trois raisons.

18. D'abord, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 283 (« Obligation de procéder à des échanges de vues ») n'ont pas été remplies.

19. Ensuite, la véritable nationalité des navires et le droit du demandeur de protéger l'équipage du « Louisa » n'ont pas été confirmés.

20. Enfin, les conditions énoncées à l'article 295 (« Epuisement des recours internes ») de la Convention n'ont pas été remplies.

21. Ces deux derniers arguments ne sont pas des conditions de juridiction, ou compétence, mais plutôt des conditions de recevabilité de l'action de Saint-Vincent-et-les Grenadines tenant à la validité de l'instance. La protection diplomatique est examinée dans le droit de la responsabilité internationale sous l'angle des réclamations internationales pour actes illicites. La Convention n'en parle d'ailleurs pas.

22. La distinction entre la compétence et la recevabilité est d'une importance concrète particulière. Les décisions judiciaires qui n'observent pas un respect scrupuleux des limites assignées à la compétence peuvent affecter singulièrement les attentes des parties ; d'autant plus que les juridictions internationales jugent en premier et dernier ressort. De même, la méprise dans la qualification d'une question de recevabilité comme celle de compétence peut élargir de manière injustifiée le champ d'appréciation des demandes en justice des parties, en fait et en droit. Le juge doit donc toujours éviter de trancher une question de recevabilité lorsqu'il examine sa compétence, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger, lequel résulte à la fois de son statut, tel que le définit la Convention qui l'institue, et des actes des parties qui le lui reconnaissent en l'espèce. Il faut rappeler que, dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes. Le Tribunal ne peut donc connaître du fond de l'affaire que si les conditions posées par les parties et par son statut sont satisfaites en l'espèce. Les premières se rapportent à la compétence du Tribunal, tandis que les secondes – elles – se rapportent à la recevabilité de l'action. L'exercice par le Tribunal du pouvoir juridictionnel est assujéti à la satisfaction de ces deux types de conditions.

23. Sur le premier point – l'obligation de procéder à des échanges de vues – il faut rappeler que, dans le système de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la négociation apparaît comme une phase pré-juridictionnelle, une phase précontentieuse. Si les Etats choisissent d'avoir recours aux mécanismes spécifiques mis en place par la Convention, ils devront respecter une phase diplomatique avant de pouvoir saisir les organes juridictionnels. La négociation apparaît alors comme un préliminaire indispensable, fondamental.

24. Lorsqu'un différend surgit entre les Etats Parties à la Convention à propos de l'interprétation ou de l'application de celle-ci, ils doivent promptement « procéder à un échange de vues » afin de le régler, ou de décider d'un autre moyen pacifique pour y apporter une solution (article 283 paragraphe 1).

25. La compétence du Tribunal est donc soumise à une condition procédurale préalable, puisque sa saisine n'est possible que s'il a été préalablement procédé à un échange de vues. Il y a par conséquent une obligation positive pour le demandeur d'avoir tenté de procéder à un échange de vues. L'article 283, paragraphe 1, fait écho au *dictum* de la Cour permanente en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* : « avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A n° 2, p. 15*).

26. L'article 283, paragraphe 1, donne à penser que le demandeur doit avoir tenté d'engager avec le défendeur des discussions sur l'affaire. En cela, il établit une condition procédurale pour la saisine du Tribunal. Autrement, on fait peser sur le Tribunal la charge – toujours redoutable – de caractériser un différend dont les parties n'ont pas indiqué les contours. Le demandeur doit donc apporter la preuve que cette condition procédurale préalable à la saisine du Tribunal, fixée par cette disposition, a été remplie. Autrement dit, si l'obligation de procéder à un échange de vues est une condition préalable, a-t-il été satisfait à cette condition ?

27. Car, dès lors qu'aucun élément ne démontre qu'une véritable tentative de procéder à un échange de vues a eu lieu, il ne saurait être satisfait à la condition procédurale préalable.

28. En la présente espèce, le Tribunal devait donc chercher à établir si Saint-Vincent-et-les Grenadines a véritablement tenté de procéder à un échange de vues avec l'Espagne dans le but de régler leur différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques, obligation de fond qui lui incombe en vertu de la Convention. Pour ce faire, le Tribunal devait procéder à l'examen des éléments de preuve fournis par les parties.

29. Comme l'indique la Cour internationale de Justice :

il n'est pas rare que les clauses compromissoires conférant compétence à la Cour ou à d'autres juridictions internationales mentionnent le recours à des négociations. Ce recours remplit trois fonctions distinctes. En premier lieu, il permet de notifier à l'Etat défendeur l'existence d'un différend et d'en délimiter la portée et l'objet. Tel est précisément ce que la Cour permanente de Justice internationale avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré, dans *l'affaire Mavrommatis*, que, « avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques ». (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A no 2, p. 15*)

En deuxième lieu, il incite les parties à tenter de régler leur différend à l'amiable, évitant ainsi de s'en remettre au jugement contraignant d'un tiers.

En troisième lieu, le recours préalable à des négociations ou à d'autres modes de règlement pacifique des différends joue un rôle important en ce qu'il indique les limites du consentement donné par les Etats. La Cour a mentionné cet aspect du principe fondamental du consentement dans *l'affaire des Activités armées* :

«(L)a compétence (de la Cour) repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci . . . lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites.» (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 88)
 (*Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2011, arrêt, paragraphe 131)

30. La négociation permet d'identifier sans équivoque l'objet du différend. Elle devient une condition de juridiction. La négociation est donc une condition obligatoire prérequis dans le système de la Convention.

31. Il en va de même dans d'autres traités : la Convention relative aux activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes, 1979, article XV, paragraphe 1 et 3, et le Traité de l'Antarctique 1959, article VIII, paragraphe 2.

32. D'autres conventions assujettissent le recours au tiers à l'échec de la négociation, par exemple l'Acte général révisé du Règlement des différends de 1949 et la Convention de l'OMCI de 1946.

33. La négociation, qui inclut la consultation et l'échange de vues, est le moyen par lequel la plupart des différends internationaux se règle (Nations Unies, Manuel sur le règlement pacifique des différends (New York 1992), p. 9-24). On relève par ailleurs dans le Manuel ce qui suit :

Exchange of views

26. Exchanges of views may also be considered as a form of consultations. They play an important role in the system established by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea for the peaceful settlement of disputes arising from the interpretation and application of the Convention. Reference is made in this connection to article 283 of the Convention (. . .). (Paragraphe 26)

L'échange de vues

26. L'échange de vues peut aussi être considéré comme une forme de consultation. Il joue un rôle important dans le régime institué par la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer pour le règlement pacifique des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Il y a lieu de citer à cet égard l'article 283 de la Convention [. . .] (Paragraphe 26)

De plus :

28. A number of treaties place on the States Parties thereto an obligation to carry out “negotiations”, “consultations”, or “exchanges of views” whenever a controversy arises in connection with the treaty concerned. Examples of such treaties are the 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (General Assembly resolution 34/68, annex, art. 15, para. 1), the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character (art. 84), the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (art. 283, para. 1) and the 1959 Antarctic Treaty (art. VIII, para. 2). Under some of those treaties, parties to a dispute arising from the interpretation or application of the treaty are under an obligation to start the consultation or negotiation process without delay (see art. 283, para. 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea; art. 15, para. 2, of the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies; and art. VIII, para. 2, of the Antarctic Treaty). (Paragraphe 28)

28. Un certain nombre de traités font en effet obligation aux Etats parties de procéder à des « négociations », à des « consultations » ou à des « échanges de vues » chaque fois que naît un litige au sujet du traité en question. Il existe une disposition en ce sens dans l'Accord de 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes (résolution 34/68 de l'Assemblée générale, annexe, art. 15, par. 2); la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 84); la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (art. 283, par. 1), et le Traité de 1959 sur l'Antarctique (art. VIII, par. 2). Suivant certains de ces traités, les parties à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité sont tenues d'engager sans tarder le processus de consultation ou de négociation (voir l'article 283, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'article 15, par. 2, de l'Accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes et l'article VIII, par. 2, du Traité sur l'Antarctique). (Paragraphe 28)

34. Dans les affaires du *Plateau Continental en Mer du Nord*, la Cour internationale de Justice indique qu'il n'est pas besoin « d'insister sur le caractère fondamental de ce mode de règlement » (Recueil 1969, 3, p. 48). De même, dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la Cour permanente de Justice internationale remarque que la négociation est un moyen principal de règlement des différends pour les Etats, que ce soit pour leurs intérêts propres ou ceux de leurs ressortissants, et que la négociation permet d'identifier l'objet du différend avant une action en justice (*C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 11-15*).

35. En revanche, il n'y a pas une règle de droit international exigeant l'épuisement des négociations avant le recours à d'autres modes de règlement, comme l'indique la Cour internationale de Justice et le Tribunal :

- *Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil. 1978, p. 3*
- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392*
- *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275, paragraphe 56*
- *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, Tribunal international du droit de la mer, Affaire n° 12*

36. En définitive, on peut retenir que :

dans le système de la Convention, l'obligation de procéder à un échange de vues constitue un préalable à l'introduction d'une instance. Il s'agit d'une règle spéciale.

37. Les questions que le Tribunal aurait dû se poser sont celles-ci :

- 1) Les deux parties ont-elles procédé à un échange de vues sur leur différend ?
- 2) Quel est le statut de la note verbale du 26 octobre 2010 ?
- 3) Quel est le statut des communications des avocats des accusés envoyées au tribunal pénal espagnol ?
- 4) Ces communications font-elles référence au différend porté devant ce Tribunal ?
- 5) Quel est le statut des courriels des 18 et 19 février 2010 ?
- 6) Sont-ils un moyen ou mécanisme d'accomplissement de l'obligation de procéder à un échange de vues ?

- 7) Le Commissariat aux affaires maritimes à Genève et la *Capitanía* de Cadix peuvent-ils mener des négociations avec le demandeur au nom du défendeur ?
- 8) Quel statut peut-on reconnaître aux réunions tenues après l'introduction de l'instance (les quatre réunions) ?

38. Le Tribunal n'a pas traité de sa « juridiction », c'est-à-dire du pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger. Il a plutôt eu recours à des arguments relatifs à la recevabilité de l'action contentieuse de Saint-Vincent-et-les Grenadines pour se déclarer incompétent. Il indique, en effet que, pour qu'il puisse déterminer s'il a compétence, il faut que Saint-Vincent-et-les Grenadines établisse un lien entre les faits allégués et les dispositions de la Convention qu'il invoque, et qu'il prouve que la ou les demandes qu'il présente peuvent se fonder sur ces dispositions (paragraphe 99 de l'arrêt). Il aurait fallu ajouter que le différend doit être de ceux dont le Tribunal est compétent pour connaître *ratione materiae* en application de la Convention. Autrement dit, le différend doit exister et être justiciable. « En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour » (*Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Lybie c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25 et 26, paragraphes 42-44*). Qui plus est, « en ce qui concerne son objet, le différend doit, pour reprendre les termes de l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) « toucher l'interprétation ou l'application de la ... convention ». (*C.I.J., Géorgie c. Fédération de Russie, exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2011, arrêt, paragraphe 30*). Le Tribunal s'est livré à un examen de l'applicabilité des dispositions invoquées par Saint-Vincent-et-les Grenadines pour parvenir à la conclusion qu'à la date du dépôt de la requête, il n'existait pas entre l'Espagne et Saint-Vincent-et-les Grenadines 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 l'affaire dont il est saisi (paragraphe 151). Le Tribunal explique que, compte tenu de cette conclusion, il n'estime pas nécessaire d'examiner l'argument de l'Espagne selon lequel Saint-Vincent-et-les Grenadines n'aurait pas rempli l'obligation, prévue à l'article 283 de la Convention, de procéder à des échanges de vues, et aurait été empêché de ce fait de saisir le Tribunal (paragraphe 152). Le Tribunal n'aurait pas dû se soustraire à cet examen parce que sa compétence formelle résulte à la fois de son statut tel que le définit la Convention qui l'institue et des actes des parties qui le lui reconnaissent – ou pas – en l'espèce. En conséquence, la compétence résulte du concours du statut et de l'accord de chaque partie ; étant entendu qu'en cas de contestation, le Tribunal décide conformément à l'article 288, paragraphe 4, de la Convention. Pourtant,

et malgré ce fait, le Tribunal s'est hasardé en dehors du périmètre d'examen, lui ayant permis de parvenir à sa conclusion d'incompétence, pour statuer sur des problèmes qui touchent plutôt le fond de l'affaire (voir les paragraphes 154 et 155 de l'arrêt).

II. SUR LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION CONTENTIEUSE DE SAINT-VINCENT-ET-LES GRENADINES

39. « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention » (Nouveau Code de procédure civile français du 5 décembre 1975, art. 30). Il faut distinguer le droit d'action du droit invoqué au fond (ou droit substantiel), parce que l'existence du droit d'action n'engendre pas forcément celle du droit qui est invoqué au fond et justifie l'instance. Le droit d'action est également distinct de la demande qui l'exprime. La demande en justice ou requête consiste dans l'exercice du droit d'action. Le Tribunal saisi en bonne et due forme sur le fondement de sa compétence d'attribution doit s'assurer que l'action introduite devant lui est recevable, c'est-à-dire qu'il entre dans sa fonction juridictionnelle d'entendre les prétentions et contestations des parties et de statuer à leur sujet. Il doit par conséquent vérifier si les conditions d'ouverture de l'action sont remplies, faute de quoi la procédure serait irrégulière et la demande déclarée irrecevable.

40. La fonction juridictionnelle contentieuse des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

41. La Cour internationale de Justice fixe le régime du différend :

La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur cette question, à commencer par le prononcé fréquemment cité de la Cour permanente de Justice internationale en *l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine de 1924* : « Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. » (*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*) La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74*). Il convient de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria*

c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328) (et, plus récemment, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90). La Cour, pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. Comme la Cour l'a reconnu, (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89), l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation, dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. Bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet.

En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25-26, par. 42-44 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 130-131, par. 42-44), ce dont les Parties conviennent. De plus, en ce qui concerne son objet, le différend doit, pour reprendre les termes de l'article 22 de la CIEDR, « touch(er) l'interprétation ou l'application de la . . . convention ». S'il n'est pas nécessaire qu'un Etat mentionne expressément, dans ses échanges avec l'autre Etat, un traité particulier pour être ensuite admis à invoquer ledit traité devant la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83), il doit néanmoins s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'Etat contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard. Une référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui, selon cet Etat, constitue l'objet du différend et permettrait d'en informer l'autre Etat. Les Parties conviennent qu'une telle référence n'a pas été faite en la présente espèce.

(C.I.J., *Géorgie c. Fédération de Russie*, exceptions préliminaires du 1^{er} avril 2011, arrêt, par. 30)

42. Le désaccord et l'opposition en question ne sont constitutifs d'un différend que s'ils se manifestent à l'occasion d'une réclamation adressée par un Etat à un autre et à laquelle celui-ci refuse de faire droit ; le contentieux international

n'inclut ni les disputes abstraites ni même des différences d'appréciation sur la conduite à tenir dans une espèce déterminée : son concept implique l'expression de prétentions, et pas seulement de thèses, contradictoires ; et le différend n'apparaît que là où un Etat réclame d'un autre un certain comportement et se heurte au refus de celui-ci. (Voir en ce sens affaires du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Liberia c. Afrique du Sud)*, *Exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962 : C.I.J. Recueil 1962*, p. 319. La Cour dit, page 32 : « Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ».)

43. Cette restriction revêt une importance particulière au regard des mécanismes de règlement juridictionnel, parce qu'il s'agit alors de déterminer à partir de quel moment se réalise un différend et se déclenche l'obligation de le soumettre à un traitement juridictionnel prévu par un engagement antérieur. Un différend est juridique lorsque « les parties se contestent réciproquement un droit ». Les modalités de cette contestation sont diverses. Et les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'en attester l'existence quand elle est contestée.

44. Rappelons que les faits à l'origine de l'affaire sont l'immobilisation de deux navires et l'arrestation de leur équipage en territoire espagnol le 1^{er} février 2006, par les autorités espagnoles et en application du droit espagnol. Les deux navires se trouvent encore sous saisie des autorités espagnoles.

45. Le Royaume d'Espagne estime qu'au moment où le demandeur a déposé sa requête, il n'existait aucun différend entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne et que, à supposer qu'un tel différend existe, les prétentions de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont à l'évidence dénuées de fondement et les justifications juridiques nécessaires pour que le Tribunal les prenne en compte font défaut (contre-mémoire, paragraphe 50). Il ressort du dossier plusieurs types de contentieux qui jettent un doute singulier sur l'existence même d'un différend au sens du droit international entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne :

46. a) Contentieux de la matérialité des normes (qu'elles soient des normes coutumières ou des principes généraux du droit) :

Par exemple, Saint-Vincent-et-les Grenadines invoque l'article 300 de la Convention, que l'Espagne trouve non pertinent. L'Espagne explique que « malgré l'importance du principe, c'est très difficile de trouver des règles spécifiques sur la bonne foi dans les traités et conventions internationales. En effet, la bonne foi est restée dans le plan des principes fondamentaux du droit international sans avoir de manifestation écrite et en particulier dans la plupart des textes conventionnels, même dans les plus grandes conventions dites de "codification" » (plaidoirie de Mme Escobar Hernandez du 10 octobre 2012, p. 1 et 2).

47. b) Contentieux de la validité des engagements conventionnels :

Par exemple, sans nier l'existence des règles avancées par Saint-Vincent-et-les Grenadines, à savoir les dispositions de la Convention, l'Espagne estime qu'elles ne lui sont pas opposables et sont inapplicables dans les rapports entre les deux parties. Elle dit : « L'Espagne n'a pas violé aucune règle ou principe du droit international à cause de l'immobilisation du *Louisa*. L'immobilisation du *Louisa* s'est faite en pleine conformité avec le droit international et le droit espagnol [...] ». Plus loin, l'Espagne poursuit « [l]'immobilisation du *Louisa* s'est produite dans le cadre de l'exercice par l'Espagne de sa juridiction pénale, notamment à l'égard de certains crimes contre le patrimoine culturel subaquatique, dont la protection et la préservation ont été acceptée volontairement par l'Espagne en vertu de certains instruments juridiques internationaux, (...) la Convention du droit de la mer et la Convention de l'UNESCO de 2001 » (plaidoirie de Mme Escobar-Hernandez du 12 octobre 2012, points 5 et 6, p. 8 et 9).

48. c) Contentieux de l'interprétation des textes :

Par exemple, le Royaume d'Espagne se déclare lié par la Convention mais soutient qu'elle ne comporte pas à sa charge les obligations que Saint-Vincent-et-les Grenadines voudrait lui opposer. Et l'Espagne développe ses arguments concernant l'absolue inexistence des infractions alléguées par le demandeur, dans le but de bien préciser pourquoi elle estime que le présent Tribunal n'a pas compétence *ratione materiae* en l'espèce.

49. d) Contentieux de la qualification des faits :

Par exemple, le problème de pertinence par rapport aux faits de l'espèce. L'Espagne estime que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a pas satisfait aux exigences requises par ses propres réclamations (protection diplomatique). Les faits n'entrent pas dans le champ d'application de la norme. Pour l'Espagne « les faits allégués par le demandeur ne correspondent aucunement à ce qui s'est passé en Espagne dans le cadre de cette procédure pénale où l'immobilisation du *Louisa* n'est qu'une des mesures adoptées par les organes judiciaires compétents. Tant dans son mémoire que dans sa réplique, le demandeur a toujours dit d'une façon nette que le *Louisa* était arrivé en Espagne pour réaliser des activités de recherche sur les hydrocarbures. Mais il n'a pas pu démontrer qu'il avait une autorisation accordée par les autorités espagnoles (en exercice des compétences qui lui sont reconnues par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). Après, il nous a dit qu'il pensait que le permis obtenu par TUPET était valable pour faire les recherches qui intéressaient SAGE » (plaidoirie de Mme Escobar Hernandez du 12 octobre précitée, point n° 7, p. 10).

50. e) Contentieux du choix du forum :

Par exemple, Saint-Vincent-et-les Grenadines avance des arguments relatifs aux droits de l'homme. L'Espagne lui oppose d'aller à Strasbourg. Pour l'Espagne, « les soi-disant violations des droits des particuliers et du droit à la propriété ne se sont pas produites. Toutes les mesures adoptées par les autorités espagnoles sont conformes au principe de bonne foi et ne constituent pas un abus de droit », et les personnes incriminées ont « même le droit d'aller à la Cour européenne si elles le veulent » (plaidoirie du 12 octobre 2012 op. cit., point 9, p. 15 et 17).

51. Il faut noter que l'obligation de négocier sur l'objet du différend ne résulte que de l'existence de celui-ci, qui est elle-même contestée par l'Espagne.

52. Il apparaît qu'à la date critique, c'est-à-dire celle de l'acte introductif d'instance, les faits à l'origine de l'affaire du navire « Louisa » relevaient plutôt du droit interne. L'immobilisation du « Louisa » et l'arrestation des membres de l'équipage étaient effectuées dans le cadre de la procédure pénale en cours à Cadix. Dès lors, il n'y a pas de différend au sens du droit international. Et si le différend était cristallisé entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne, le Tribunal se trouverait face à une situation de litispendance, puisque la procédure pénale est encore en cours à Cadix.

53. Les circonstances de la demande montrent que l'on est fondé à considérer que l'instance est mal engagée. En effet, le « Louisa » a été immobilisé par l'Espagne avant la date critique. Le juge espagnol a prononcé la saisie conservatoire du navire et interpellé des personnes. Quels que soient les recours qui pourraient être exercés par ces personnes dans l'ordre juridique espagnol, l'Etat du pavillon ne peut pas se fonder sur les dispositions de la Convention pour attirer l'Espagne devant le Tribunal, faute de jugement du tribunal de Cadix. Si le Tribunal venait à accueillir les prétentions et demandes de Saint-Vincent-et-les Grenadines, il s'ingérerait alors dans la substance même d'une affaire pénale pendante devant la juridiction espagnole compétente.

54. Il ressort du dossier que les décisions prises par les autorités judiciaires espagnoles l'ont été en pleine conformité avec les dispositions du droit national applicables. La demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines tend à alléguer l'existence d'un différend portant sur la mise en œuvre par le Royaume d'Espagne des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Convention sur le droit de la mer et la Convention sur le patrimoine culturel subaquatique.

55. Le problème redoutable de la présente affaire réside dans le fait que le demandeur n'indique guère ce qui pourrait constituer le droit applicable, et les articles de la Convention qu'il invoque pêle-mêle à l'appui de ses arguments sont d'applicabilité douteuse.

56. L'exercice de toute juridiction contentieuse est assujéti à l'existence d'un différend, lequel doit être constaté *ab initio* par le Tribunal saisi ; faute de quoi, celui-ci doit déclarer la demande irrecevable. Le différend se dégage de l'opposition ouverte de deux volontés expressément et successivement déclarées. Dans son avis consultatif du 30 mars 1950 en l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, la CIJ dit : « l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement » (p. 70). Elle explique dans les affaires du *Sud-ouest africain* que : « la simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas » (Recueil 1962, p. 328). Le différend se définit par ses caractères intrinsèques et non par la qualification subjective que lui donnent les parties. Si l'existence d'un différend est une condition préalable à l'exercice de la juridiction contentieuse, il faut en outre qu'il soit un différend réel.

57. Au sens juridique du terme, le différend réel s'entend d'un différend qui se fonde sur des motifs juridiques de sorte que la sanction judiciaire de la situation litigieuse puisse engendrer un effet juridique sur les positions juridiques des parties. Un lien intime doit s'établir entre le différend et l'exercice de la fonction judiciaire. Pour veiller à « l'intégrité de la fonction judiciaire », la CIJ a eu l'occasion de refuser de faire droit à une demande de jugement déclaratoire, dans l'affaire du *Cameroun septentrional* (arrêt du 2 décembre 1963, Recueil 1963, p. 15). La réalité du différend s'apprécie également aux fins de l'instance à l'aune des relations directes entre les parties. Le requérant a la charge de la preuve relativement à la cristallisation du différend dans ses rapports directs avec le défendeur avant le dépôt de l'acte introductif d'instance. Cet aspect du différend peut, le cas échéant, avoir des conséquences sur son existence même. (Voir affaires du *Sud-ouest africain*, précitées, p. 328)

58. L'*Affaire du navire « Louisa »* pose le problème important de l'actualité du différend. L'actualité du différend s'entend des démarches diplomatiques du demandeur auprès du défendeur préalables au dépôt de l'acte introductif d'instance. C'est une condition de recevabilité qui s'attache à la situation litigieuse dont le but est d'assurer que le litige est mûr pour être tranché. Les négociations diplomatiques préalables se présentent comme une condition expresse de juridiction. La règle est posée par nombre de conventions internationales qui évoquent un préalable diplomatique :

- Acte général, art. 32, par. 2 ;
- Pacte de la SDN, art. 13 ;
- Convention de l'OTAN du 4 avril 1949, art. 4 ;
- Traité relatif à l'établissement de la République de Chypre, 1960, art. 10.

59. Dans l'*Affaire du navire « Louisa »*, l'Espagne (le défendeur) prétend que Saint-Vincent-et-les Grenadines (le demandeur) n'a pas rempli les obligations lui incombant au titre du paragraphe 1 de l'article 283 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

60. En substance, le défendeur fait valoir que les négociations entre les parties, dont l'article 283 de la Convention fait un préalable au déclenchement des procédures obligatoires de règlement des différends définies à la partie XV de la Convention, n'ont pas eu lieu.

61. Rappelons que les faits à l'origine de l'affaire sont l'immobilisation de deux navires et l'arrestation de leurs équipages en territoire espagnol le 1^{er} février 2006, par les autorités espagnoles et en application du droit espagnol. Les deux navires se trouvent encore sous saisie des autorités espagnoles en vertu du droit espagnol (contre-mémoire, par. 4).

62. Pour l'Espagne,

Le paragraphe 1 de l'article 283 constitue une règle spéciale aux termes de laquelle l'échange de vues (...) constitue un préalable à la saisine du Tribunal (contre-mémoire, paragraphes 58 et 68).

L'obligation d'engager des négociations préalables doit être remplie, en toute logique, avant qu'une instance ne soit introduite devant le Tribunal (duplicque, paragraphes 14 et 32).

Il n'est pas acceptable que le demandeur pose des questions rhétoriques sur l'existence et la nature de l'« échange de vues » (duplicque, paragraphe 14).

63. Selon l'Espagne, il est dérogé à la règle générale, qui veut qu'il n'existe pas de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques constituerait une condition préalable à la saisine d'un tribunal international, lorsqu'il existe une règle spéciale qui requiert effectivement un tel épuisement des négociations diplomatiques. C'est manifestement le cas de l'article 283 de la Convention » (contre-mémoire, paragraphe 55 ; duplicque, paragraphe 20). L'Espagne invoque en outre les affaires *Cameroun/Nigeria* et *Fédération de*

Russie/Géorgie (contre-mémoire, paragraphes 55 et 56 ; duplique, paragraphes 21, 22 et 27).

64. Pour l'Espagne,

le but même de l'échange de vues justifie son caractère obligatoire : non seulement « il permet de notifier à l'Etat défendeur l'existence d'un différend et d'en délimiter la portée et l'objet », mais aussi « il incite les parties à tenter de régler leur différend à l'amiable, évitant ainsi de s'en remettre au jugement contraignant d'un tiers (contre-mémoire, paragraphes 59 et 60 ; duplique, paragraphe 27).

La première concerne l'existence effective d'un véritable « échange de vues », lequel ne saurait être réduit à un simple acte unilatéral de l'une des Parties, qui suffirait théoriquement à conclure la phase précontentieuse. La deuxième, implicite, est que les consultations doivent viser à parvenir à un règlement du différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques, ce qui interdit de prendre en considération tout autre but non directement lié à l'objet du différend (contre-mémoire, paragraphe 62). L'Espagne rappelle la jurisprudence de la CIJ (contre-mémoire, paragraphe 64 ; duplique, paragraphe 27).

65. Selon l'Espagne,

Le demandeur et l'Espagne n'ont procédé à aucun échange de vues sur le différend. Contrairement à ce qui est écrit dans le mémoire du demandeur (par. 46), Saint-Vincent-et-les Grenadines – qui est visée par l'obligation énoncée à l'article 283, paragraphe 1 de la Convention – n'a jamais contacté l'Espagne ni échangé avec elle les moindres vues au sujet du règlement d'un quelconque différend susceptible de surgir concernant l'immobilisation du « *Louisa* » en vertu de la Convention (contre-mémoire, paragraphes 69 et 79 ; duplique, paragraphe 28).

66. « En ce qui concerne l'épuisement des possibilités de règlement, le défendeur explique que « la décision du Tribunal (paragraphes 63, 64 et 65 de l'ordonnance du 23 décembre 2010) concerne uniquement la phase des mesures conservatoires et, par conséquent, ne saurait être interprétée comme déterminant sa décision finale sur sa compétence au fond » (contre-mémoire, paragraphe 53). Par référence à *l'Affaire du thon à nageoire bleue* et à *l'Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* « [...] le Tribunal a toujours exigé un véritable "échange de vues" entre les parties ». Cet « échange de vues » est présenté comme une obligation de conduite et non pas comme une obligation de résultat. Par conséquent, lorsque son existence, par delà

les résultats obtenus, a été « objectivement vérifiée, alors – et alors seulement – le Tribunal a considéré que les conditions de l'article 283 avaient été remplies » (contre-mémoire, paragraphes 65 à 67 ; duplique, paragraphes 16 à 19).

67. Le demandeur fait valoir l'existence de la note verbale du 26 octobre 2010, de communications et de courriels des 18 et 19 février 2010, ainsi que de réunions tenues après l'introduction de l'instance. Sur la note verbale du 26 octobre 2010, le défendeur fait remarquer qu'il s'agit de « la première et unique communication officielle entre les deux Etats » (contre-mémoire, paragraphe 76). « Saint-Vincent-et-les Grenadines ne s'est jamais adressé à l'Espagne avant la note verbale du 26 octobre 2010 ; dans ladite note, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a pas fait la moindre mention de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; et en outre, la note en elle-même étouffe dans l'œuf toute possibilité de négociation en avisant de l'intention de Saint-Vincent-et-les Grenadines d'« tenter une action devant le Tribunal international du droit de la mer » (contre-mémoire, paragraphes 77 et 78 ; duplique, paragraphes 30 et 31 ; pour la note verbale, voir mémoire, annexe 11).

68. En ce qui concerne les autres communications, l'Espagne indique que :

[...] aucune de ces communications n'a été transmise aux autorités espagnoles par le demandeur ; en revanche, les avocats de certains des accusés les ont faites tenir au tribunal pénal espagnol cité plus haut au chapitre 2. De plus, aucune de ces communications et lettres ne faisait la moindre référence au « différend » entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne au sens de la Convention, qui constitue la base factuelle de la Requête. Il s'ensuit qu'en aucun cas l'un quelconque de ces documents ne saurait être considéré comme moyen de preuve de l'accomplissement de l'obligation de procéder à un « échange de vues » conformément à l'article 283 paragraphe 1 de la Convention.

(contre-mémoire, paragraphes 71 et 72 ; duplique, paragraphe 32)

69. Pour ce qui est des courriels des 18 et 19 février 2010,

Ces courriels électroniques ne sauraient être considérés comme des moyens de preuve de l'accomplissement de l'obligation de procéder à un « échange de vues », en application de l'article 283, paragraphe 1, de la Convention. Ni le Commissariat aux affaires maritimes à Genève, ni la Capitania de Cadix ne sont compétents pour mener de telles négociations, conformément aux règles internationales régissant les relations diplomatiques. En outre, la teneur de

ces communications ne saurait être considérée comme un « échange de vues » « concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques » au sens de l'article 283, paragraphe 1, de la Convention ».

(contre-mémoire, paragraphes 72 à 75 ; pour les courriels, voir mémoire, annexe 7)

70. Sur les réunions tenues après l'introduction de l'instance : « [p]uisque de tels échanges de vues ont été possibles après l'introduction de l'instance et que la Convention les juge nécessaires, l'Espagne est surprise qu'ils n'aient pas eu lieu auparavant » (contre-mémoire, paragraphe 80). « Toutefois, l'Espagne s'oppose à ce que l'on considère que ces consultations soudaines et inopportunes permettent de satisfaire la condition imposée par la Convention pour que le Tribunal puisse valablement être saisi d'une affaire » (contre-mémoire, paragraphe 81).

71. Selon le demandeur, « le Tribunal n'a jamais indiqué que l'obligation de procéder à des "échanges de vues" visée à l'article 283, paragraphe 1, ne constituait pas un préalable à la saisine du Tribunal. Il n'a cependant pas prêté la moindre signification à la thèse qui voudrait qu'un "échange de vues" soit entendu comme l'obligation d'épuiser les négociations diplomatiques » (réplique, p. 11).

72. « En supposant qu'un "échange de vues" supplémentaire ait eu lieu, la position des Parties serait-elle différente aujourd'hui ? La réponse à cette question rhétorique est franchement "non" » (réplique, p. 8).

73. Sur l'article 283, comme règle spéciale :

Avec cette assertion, l'Espagne essaie non seulement d'introduire des termes et normes qui sont étrangers à l'interprétation que fait le Tribunal de l'article 283, paragraphe 1, elle méconnaît encore la référence très claire que fait le Tribunal à un précédent spécifique qu'a créé la Cour Internationale de Justice (réplique, p. 10 et 11).

74. Sur la jurisprudence de la CIJ : (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria ; Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*)

Cette conclusion n'apporte rien de neuf en ce qui concerne la présente espèce. La méthodologie du Tribunal est cohérente avec celle de la CIJ. S'il avait conclu qu'un « échange de vues » n'avait pas eu lieu, il aurait peut-être pu conclure qu'il n'avait pas compétence. Il a toutefois considéré qu'un « échange de vues » avait eu lieu et par conséquent statué qu'il avait *prima facie* compétence (réplique, p. 11 et 12).

75. Sur le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII en l'affaire *Guyana c. Suriname* (réplique, p. 8).

76. En ce qui concerne les conditions requises par l'article 283, le demandeur indique : « [l']obligation de procéder à un "échange de vues" ne requiert pas l'épuisement des négociations diplomatiques » (réplique, p. 10). « Procéder à un "échange de vues" ne signifie pas que l'on est parvenu à l'épuisement des négociations diplomatiques, seuil qui ne doit pas nécessairement être franchi pour pouvoir saisir le Tribunal d'une demande » (réplique, p. 13). « Enfin, Saint-Vincent-et-les Grenadines souhaiterait souligner que ses réclamations reposent sur des articles très précis de la Convention et qu'il ne prie nullement le Tribunal de définir les contours du différend » (réplique, p. 12).

77. S'agissant de l'*Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (exceptions préliminaires, 1^{er} avril 2011)*, « l'Espagne interprète mal le précédent de la CIJ » (réplique, p. 12). S'agissant du paragraphe 125 « Ce qui est plus important, c'est que cela a simplement été reconnu comme un argument avancé par la Fédération de Russie, et non pas comme une conclusion de la CIJ » (réplique, p. 12).

78. Sur le respect de l'article 283 par les parties : « À la demande du propriétaire du "Louisa", l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les Grenadines a tenté de contacter les autorités espagnoles avant d'introduire la présente instance » (mémoire, paragraphe 46). « Les parties ont toutes deux l'obligation de procéder à un "échange de vues". L'Espagne a gardé le silence » (réplique, p. 11 et 12).

79. Sur l'épuisement des possibilités de règlement : « Bien que cela ne soit pas explicite, la considération qui précède laisse entendre que le Tribunal (ordonnance du 23 décembre 2010) a accordé un certain effet à la constatation faite par Saint-Vincent-et-les Grenadines selon laquelle les possibilités de règlement avaient été épuisées » (réplique, p. 10 et 11). Se référant à l'*Affaire de l'usine MOX*, « Saint-Vincent-et-les Grenadines appelle l'attention du Tribunal sur le fait qu'il a considéré que l'Irlande, en qualité de demandeur, avait informé le Royaume-Uni du différend relevant de la Convention (...) Pareillement, Saint-Vincent-et-les Grenadines a informé l'Espagne d'un différend relevant de la Convention » (réplique, p. 13).

80. Au sujet de la note verbale du 26 octobre 2010, « Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté une note verbale notifiant à l'Espagne qu'il s'opposait à la poursuite de l'immobilisation des navires "Louisa" et "Gemini III" et qu'il avait

l'intention d'user des voies de recours prévues par la Convention. Considérant le fait que l'Espagne n'a pas répondu à cette note, le Tribunal a conclu que cette communication constituait un "échange de vues" approprié » (réplique, p. 9 et 14).

81. Sur les autres communications, « l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les Grenadines a tenté de contacter les autorités espagnoles avant d'introduire la présente instance » (mémoire, paragraphe 46).

82. Comme l'affirme le Tribunal dans son ordonnance du 23 décembre 2010 : « l'obligation de procéder promptement à un échange de vues » s'applique de la même manière aux deux parties au différend (ordonnance, paragraphe 58). Cependant, l'initiative doit normalement revenir au demandeur qui fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire et qui doit non seulement indiquer l'objet du différend susceptible de se cristalliser, mais aussi se prévaloir des mécanismes de règlement des différends prévus à la section 2 de la partie XV de la Convention. Il en irait autrement si l'on était dans une perspective de saisine du Tribunal par voie de compromis. Mais dans ce cas, il faudrait aussi entamer des négociations pour le savoir.

83. En ce qui concerne les réunions tenues après l'introduction de l'instance, le demandeur indique que « les représentants de Saint-Vincent-et-les Grenadines ont rencontré ceux de l'Espagne à quatre occasions après le début de cette procédure, dans l'espoir de trouver une solution, mais en vain » (réplique, p. 10). « Sans que l'on sache pourquoi, l'Espagne a allègrement qualifié ces tentatives d'actes extrajudiciaires (...) la CIJ a pourtant statué que les négociations devraient être définies avec moins de formalisme » (réplique, p. 13). « En effet, des négociations bipartites avant ou après le début d'une procédure judiciaire n'ont rien d'« extrajudiciaire » (réplique, p. 13).

84. Le Tribunal devait examiner avec soin cette note verbale, qui est la première et unique communication officielle entre les deux Etats (mémoire, annexe 11). Elle a été envoyée moins d'un mois avant le dépôt de la requête, après que Saint-Vincent-et-les Grenadines eut reconnu la compétence du Tribunal.

85. Dans ladite note verbale, le demandeur :

- 1) « élève une objection contre la poursuite de l'immobilisation du navire *Louisa* et de son navire auxiliaire, le *Gemini III*, par le Royaume d'Espagne » ;

- 2) « Saint-Vincent-et-les Grenadines s'élève également contre le fait que cette immobilisation n'a pas été notifiée à l'Etat du pavillon, ce qui est contraire aux législations espagnole et internationale » ; et
- 3) « Saint-Vincent-et-les Grenadines se propose d'intenter une action devant le Tribunal international du droit de la mer pour rectifier cette situation s'il n'est pas procédé immédiatement à la mainlevée de l'immobilisation du navire et au dédommagement des préjudices subis en conséquence de cette immobilisation abusive ».

86. Il apparaît que le 26 octobre 2010, avant même d'avoir officiellement déposé sa déclaration conférant compétence au Tribunal (le 12 novembre 2010), en application de l'article 287 de la Convention, Saint-Vincent-et-les Grenadines avait décidé d'engager une instance contre l'Espagne devant le Tribunal.

87. Déjà le 15 octobre 2010, cette décision était prise, puisqu'à cette date le Procureur général de Saint-Vincent-et-les Grenadines a fait savoir au Greffier du Tribunal qu'il avait autorisé M. S. Cass Weiland et d'autres avocats à présenter au Tribunal une « requête et demande de mesures conservatoires » et que M. Grahame Bollers avait été désigné en qualité d'agent principal.

88. La note verbale avait donc pour objet d'informer le défendeur du déclenchement de la procédure devant le Tribunal. C'est-à-dire qu'à cette date, le demandeur n'avait pas l'intention de procéder à un échange de vues avec le défendeur. Le demandeur n'a donc pas engagé de négociations ni échangé des vues avec l'Espagne avant la saisine du Tribunal. Autrement dit, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 283 n'ont pas été remplies. C'est précisément en se fondant sur cet article, lequel dispose en substance que les parties sont tenues de procéder à un échange de vues avant de porter un différend devant le Tribunal, et sur l'absence manifeste d'un tel échange, que le Tribunal devait dire qu'il n'a pas compétence pour connaître au fond de l'affaire du navire « Louisa ».

89. Dans la procédure orale, le demandeur a usé d'arguments nouveaux relatifs à la compétence du Tribunal. Saint-Vincent-et-les Grenadines a indiqué :

The first major point offered by Applicant is to urge that ITLOS has jurisdiction on the merits in this case based on article 300 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (hereinafter "Convention" or "UNCLOS"). To support the legal rationale for this point, the Tribunal is respectfully asked to direct its attention to the text of article 288(1) now displayed on the screen. While the Tribunal knows this provision by heart, a few brief comments are necessary about this article which is crucial in relation to the facts in the *Louisa* case. (...)

With respect to the written text of article 288, Honorable Judges can see that the word “shall” is not “may”. This means that if the rules in article 288 are satisfied, the Tribunal is duty bound to accept jurisdiction over this dispute on the merits; we are no longer just considering provisional measures. Another word to note in the 288 text is “any” which modifies the word “dispute”. “Any” is an inclusive, comprehensive word that in ordinary usage means that the Tribunal is conferred wide latitude under the Convention to accept and decide disputes. Article 288 further provides that any dispute concerning – again connoting latitude – “the interpretation or application” of the Convention. The word “or” is carefully not written as an “and” as some times read. This thoughtful drafting is deliberate and consistent throughout the Convention. The importance is that the Tribunal may find separately or in combination either interpretation or application of the law in the Convention. To drive the point home, this means that satisfaction of either criteria of interpretation or application provides a sufficient basis to confer jurisdiction for this Tribunal to hear and decide a case. All of these words in the text expressly confer wide, not narrow, discretionary powers in this Tribunal with respect to jurisdiction. Lastly, article 288(1) requires that the dispute or disputes must be submitted in accordance with Part XV of the Convention titled “Settlement of Disputes”. (Presentation to ITLOS by Professor Myron H. Nordquist, 5 October 2012, pp. 1-3).

90. L'on sait qu'« un autre motif de compétence peut néanmoins être porté ultérieurement à l'attention de la Cour, et celle-ci peut en tenir compte à condition que le demandeur ait clairement manifesté l'intention de procéder sur cette base » (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil. 1957, p. 25*), « à condition aussi que le différend porté devant la Cour par requête ne se trouve pas transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même » (*Société commerciale de Belgique, C.P.J.I., série A/B n° 78, p. 173*), comme l'indique la Cour. Ces deux conditions doivent être satisfaites.

91. Quelles sont les conclusions du demandeur ?

Dans sa requête (23 novembre 2010) :

- 1) le défendeur a enfreint les dispositions des articles 73, 87, 226, 245 et 303 de la Convention ;
- 2) le demandeur a droit à des dommages-intérêts qui seront fixés lors de l'examen de l'affaire au fond, mais dont le montant ne saurait toutefois être inférieur à 10 000 000 dollars des Etats-Unis ; et

- 3) Le demandeur a droit au remboursement de tous les honoraires d'avocats, frais et autres dépenses encourues.

(*requête introductive d'instance, 23 novembre 2010*)

Dans ses conclusions finales (11 octobre 2012)

- a) dire que le Tribunal a compétence pour connaître de la demande ;
- b) dire que la demande est recevable ;
- c) dire que le défendeur a violé l'article 73, paragraphes 2 et 4, ainsi que les articles 87, 226, 227, 300 et 303 de la Convention ;
- d) ordonner au défendeur de procéder à la mainlevée de l'immobilisation du navire « *Gemini III* » et de restituer les biens saisis ;
- e) dire que l'arraisonnement et l'immobilisation du navire « *Louisa* » et du « *Gemini III* » étaient illicites ;
- f) dire que la détention de Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor et Szusky Zsolt était illicite et portait atteinte à leurs droits humains, en violation de la Convention ;
- g) dire qu'il y a eu déni de justice, de la part du défendeur, envers Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szusky Zsolt et John B. Foster, ainsi qu'une violation par le défendeur du droit de propriété à l'égard de John B. Foster ;
- h) ordonner qu'il soit fait interdiction au défendeur d'exercer des représailles à l'encontre des intérêts de Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szusky Zsolt, John B. Foster et Sage Maritime Scientific Research Inc., y compris l'ouverture devant des tribunaux espagnols de procédures demandant l'arrestation, la détention ou la poursuite de ces personnes, ou la saisie ou confiscation de leurs biens ;
- i) ordonner qu'il soit fait interdiction au défendeur de prendre toute mesure à l'encontre des intérêts de Mario Avella et John B. Foster, y compris la poursuite des procédures engagées contre ces personnes devant les tribunaux espagnols ;

- j) ordonner le paiement à ces personnes, à titre de réparation, des montants suivants, majorés des intérêts au taux légal :
- 1) Mario Avella : 810 000 euros
 - 2) Alba Avella : 275 000 euros
 - 3) Geller Sandor : 275 000 euros
 - 4) Szuszkys Zsolt : 275 000 euros
 - 5) John B. Foster : 1 000 euros
- k) ordonner le paiement, à Sage Maritime Scientific Research Inc., de réparations d'un montant de 4 755 144 dollars des Etats-Unis en dommages et intérêts et d'un montant supplémentaire compris entre 3 500 000 et 40 000 000 dollars des Etats-Unis au titre du manque à gagner ;
- l) ordonner le paiement à Saint-Vincent-et-les Grenadines de réparations d'un montant de 500 000 euros au titre des atteintes à sa dignité, son intégrité et son activité commerciale d'immatriculation de navires ; et
- m) ordonner le paiement des honoraires et autres frais raisonnables d'avocat relatifs à la présente requête, tels qu'ils auront été fixés par le Tribunal, et dont le montant ne saurait être inférieur à 500 000 euros.

(Affaire du navire « Louisa », audience publique, 11 octobre 2012, TIDM/PV.12/A18/12/Corr.1*, p. 16)

92. Le régime applicable aux changements apportés aux conclusions présentées dans la requête introductive d'instance a été fixé par la jurisprudence internationale.

93. En effet, dans l'affaire relative à l'*Administration du prince von Pless (exceptions préliminaires, C.P.J.I. série A/B numéro 52)*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré :

qu'aux termes de l'article 40 du Statut, c'est la requête qui indique l'objet du différend ; que le Mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient ... (p. 14)

94. Dans l'affaire *Société Commerciale de Belgique (Belgique c. Grèce)*, (C.P.J.I. série A/B, n° 78), la Cour permanente de Justice internationale a affirmé :

Il y a lieu d'observer que la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut et à l'article 32, alinéa 2, du Règlement, qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend. La Cour n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de déterminer les limites de ladite faculté, mais il est évident que la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même. Une semblable pratique serait de nature à porter préjudice aux États tiers qui, conformément à l'article 40, alinéa 2, du Statut, doivent recevoir communication de toute requête afin qu'ils puissent se prévaloir du droit d'intervention prévu par les articles 62 et 63 du Statut. De même, un changement complet de la base de l'affaire soumise à la Cour pourrait exercer une répercussion sur la compétence de celle-ci. (p. 173)

95. Dans la même affaire, la Cour a déclaré ce qui suit :

La Cour a toutefois considéré que les circonstances spéciales de cette affaire, telles qu'elles résultent de l'exposé qui précède, et notamment l'absence de toute objection de la part de l'agent du Gouvernement hellénique, lui conseillent d'adopter une interprétation large et de ne pas considérer la présente procédure comme irrégulière (p. 173)

96. Dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, la Cour internationale de Justice a, en ce qui concerne l'invocation par le demandeur d'un traité comme fondement de la compétence de la Cour, non pas dans sa requête introductive d'instance, mais uniquement dans son mémoire, décidé ce qui suit :

La Cour considère que le fait de ne pas avoir invoqué le traité de 1956 comme titre de compétence dans la requête n'empêche pas en soi de s'appuyer sur cet instrument dans le mémoire. La Cour devant toujours s'assurer de sa compétence avant d'examiner une affaire au fond, il est certainement souhaitable que « les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour » soient indiqués dans les premiers stades de la procédure, et l'article 38 du Règlement spécifie qu'ils doivent l'être « autant que possible » dans la requête. Un autre motif de compétence peut néanmoins être porté ultérieurement à l'attention de la Cour, et celle-ci peut en tenir compte à condition que le demandeur ait clairement manifesté l'intention de procéder sur cette base (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957,*

p. 25), à condition aussi que le différend porté devant la Cour par requête ne se trouve pas transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même (*Société commerciale de Belgique, C.P.J.I. série A/B n° 78*, p. 173). Ces deux conditions sont satisfaites en l'espèce. (Paragraphe 80)

97. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, la Cour internationale de Justice a eu à se prononcer sur la recevabilité d'une demande formulée par Nauru relative aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners. Dans ce contexte, la Cour a été confrontée à une

[e]xception australienne tirée du caractère prétendument nouveau de la demande nauruane. L'Australie soutient que cette demande est irrecevable du fait qu'elle est apparue pour la première fois dans le mémoire de Nauru; que Nauru n'a démontré l'existence d'aucun lien réel entre ladite demande, d'une part, et ses prétentions afférentes à l'inobservation alléguée de l'accord de tutelle et à la remise en état des terres à phosphates, de l'autre; et que la demande en question vise à transformer le différend porté devant la Cour en un différend dont le caractère ne serait pas le même. (Paragraphe 63)

98. La Cour a noté que :

Aucune référence à l'aliénation des avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners ne figure dans la requête de Nauru, ni au titre d'un grief autonome, ni en relation avec la demande de réparation présentée, et (...) que Nauru, après avoir réitéré les griefs déjà formulés dans sa requête, y ajoute au terme de son mémoire la conclusion (respective). (Paragraphe 64)

99. La Cour a aussi noté que :

En conséquence (...), du point de vue formel, la demande relative aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, telle qu'elle apparaît dans le mémoire de Nauru, est une demande nouvelle par rapport à celle contenue dans la requête. (Paragraphe 65)

100. Néanmoins, la Cour a décidé qu'elle devait rechercher « [s]i, bien que formellement nouvelle, la demande en question ne peut être considérée comme étant matériellement incluse dans la demande originelle ». (Paragraphe 65)

101. Bien que la Cour ait affirmé : « [i]l paraît à la Cour difficilement contestable que des liens puissent exister entre la demande formulée dans le mémoire et le contexte général dans lequel s'inscrit la requête », elle a cependant exprimé l'avis selon lequel :

(...) pour que la demande relative aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners puisse être tenue pour incluse matériellement dans la demande originelle, il ne saurait suffire que des liens de nature générale existent entre ces demandes. Il convient que la demande additionnelle soit implicitement contenue dans la requête (*Temple de Préah Vihéar, fond, C.I.J. Recueil 1962, p. 36*) ou découle « directement de la question qui fait l'objet de cette requête » (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72*). La Cour estime que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce. (Paragraphe 67)

102. La Cour a de plus jugé :

sans vouloir préjuger de quelque manière que ce soit la question de savoir s'il existait, à la date du dépôt de la requête, un différend d'ordre juridique entre les Parties sur la liquidation des avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, la Cour est convaincue que, si elle devait connaître d'un tel différend au fond, l'objet du différend sur lequel elle aurait en définitive à statuer serait nécessairement distinct de l'objet du différend qui lui a été originellement soumis dans la requête. Pour trancher le différend sur les avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, la Cour devrait en effet se pencher sur une série de questions qui lui apparaissent extrinsèques par rapport à la demande initiale (...). (Paragraphe 68)

103. La Cour a ensuite évoqué les dispositions de son Statut et de son Règlement :

Le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour stipule que l'« objet du différend » doit être indiqué dans la requête, et le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour requiert que la « nature précise de la demande » soit indiquée dans la requête. Ces dispositions sont tellement essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice qu'elles figuraient déjà, en substance, dans le texte du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale adopté en 1920 (art. 40, premier alinéa) et dans le texte du premier Règlement de cette Cour adopté en 1922 (art. 35, deuxième alinéa), respectivement. La Cour permanente a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de préciser la portée de ces textes. (Paragraphe 69)

104. Dans ce contexte, la Cour a fait référence aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale dans les affaires *Prince Von Pless* et *Société commerciale de Belgique*, ainsi qu'à son propre arrêt dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), *compétence et recevabilité* (voir ci-dessus).

105. Sur cette base, la Cour est parvenue à la conclusion suivante :

Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la demande nauruane relative aux biens d'outre-mer des British Phosphate Commissioners est irrecevable au motif qu'elle constitue une demande tant formellement que matériellement nouvelle et que l'objet du différend qui lui a originellement été soumis se trouverait transformé si elle accueillait cette demande. (Paragraphe 70)

106. Elle a également constaté que :

L'exception préliminaire soulevée par l'Australie sur ce point est donc fondée. La Cour n'a pas en conséquence à examiner ici les autres exceptions que l'Australie a présentées à l'encontre des conclusions de Nauru relatives aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners. (Paragraphe 71)

107. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161, La Cour internationale de Justice a fait face à l'argument suivant, invoqué par l'Iran contre la recevabilité de la demande reconventionnelle des États-Unis d'Amérique :

[L'Iran] soutient que les États-Unis ont élargi l'objet de leur demande au-delà des conclusions qui figuraient dans la demande reconventionnelle en ajoutant tardivement à leurs griefs concernant la liberté de commerce des griefs concernant la liberté de navigation, et en donnant, dans leur duplique, de nouveaux exemples de violation de la liberté de commerce maritime qui viennent s'ajouter aux incidents déjà invoqués dans la demande reconventionnelle présentée avec le contre-mémoire. (Paragraphe 116)

108. La Cour, se référant à sa jurisprudence antérieure dans les affaires *Certaines terres à phosphates* et *Société commerciale de Belgique*, a déclaré ce qui suit :

La question que soulève l'Iran est celle de savoir si les États-Unis présentent une demande nouvelle. Il appartient donc à la Cour de déterminer ce qui constitue « une demande nouvelle » et ce qui constitue seulement des « éléments de preuve additionnels relatifs à la demande originelle ». Il est bien

établi dans la jurisprudence de la Cour que les parties à une affaire ne peuvent en cours d'instance « transformer le différend porté devant la Cour en un différend dont le caractère ne serait pas le même » (paragraphe 117).

109. Elle a également jugé qu'« [i]l en va *a fortiori* de même des demandes reconventionnelles. » (Paragraphe 117)

110. La Cour a noté que :

Si, comme l'affirme l'Iran, ce dont la Cour est saisie « constitue une demande... nouvelle... [de sorte que] l'objet du différend qui lui a originellement été soumis se trouverait transformé si [la Cour] accueillait cette demande » (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, p. 267, par. 70*) alors elle est tenue de rejeter cette demande nouvelle. (Paragraphe 117)

111. De l'avis de la Cour, cependant :

[...] les Etats-Unis ont fourni des descriptions détaillées d'autres incidents étayant, selon eux, leurs demandes originelles. De l'avis de la Cour, les Etats-Unis n'ont pas, ce faisant, transformé l'objet du différend initialement porté devant la Cour, ni modifié la substance de leur demande reconventionnelle, qui demeure la même, à savoir que l'Iran se serait livré à des attaques contre le transport maritime, au mouillage de mines et à d'autres activités militaires qui seraient « dangereuses et nuisibles pour le commerce maritime », violant ainsi ses obligations vis-à-vis des Etats-Unis au regard du paragraphe 1 de l'article X du Traité de 1955. La Cour ne saurait donc accueillir cette exception de l'Iran. (Paragraphe 118)

112. En l'espèce, le demandeur s'est plutôt appliqué à articuler des arguments relatifs aux droits de l'homme, en se fondant sur l'article 300 de la Convention pour fonder la compétence du Tribunal pour connaître du fond de l'affaire. Pour ce faire, il est allé jusqu'à apporter des changements à ses conclusions. On peut constater l'absence de lien avec l'objet du litige à la date critique, celle de l'introduction de l'instance. Le Tribunal, en conséquence, est fondé à dire et juger qu'il n'est pas compétent pour connaître du fond de l'affaire du navire « Louisa ». Il aurait même pu fixer le régime applicable à l'article 300 de la Convention (paragraphe 137 de l'arrêt).

Nationalité des navires et protection de l'équipage du « Louisa »

113. Il y a les conditions auxquelles le droit de la responsabilité subordonne l'introduction par un Etat d'une réclamation à raison de dommages qu'il impute à un fait

internationalement illicite ayant pour victime initiale un particulier. Elles restent valables lorsque la réclamation, d'abord soumise à l'Etat défendeur qui refuse d'y faire droit, est ensuite portée devant un Tribunal. Sont ainsi des motifs d'irrecevabilité de l'action juridictionnelle sa prise en charge par un Etat qui, faute d'un lien de nationalité internationalement valable avec la victime, serait sans qualité pour agir ; l'impossibilité pour l'Etat réclamant de faire valoir un droit propre au respect duquel il peut prétendre de la part du défendeur (défaut d'intérêt pour agir) ; ou encore la conduite du sujet protégé si elle est jugée incorrecte (théorie des mains propres), ou insuffisamment diligente (épuisement des recours internes).

114. La protection diplomatique peut s'étendre à toutes les personnes, physiques ou morales, qui peuvent se prévaloir de la nationalité de l'Etat réclamant. C'est donc normalement de la nationalité que résulte le lien qui unit le particulier lésé et l'Etat réclamant. C'est ce qu'énonce la Cour permanente dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* :

En prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, l'Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. (*Arrêt du 28 février 1939 (Estonie c. Lituanie) C.P.J.I., Série A/B, n° 76, p. 28*)

115. Il revient à chaque Etat de déterminer de manière souveraine les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité des sujets de droit soumis à son autorité. Il s'agit d'une compétence exclusive. Comme l'a indiqué la Cour permanente, « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat » (*avis consultatif du 7 février 1923 relatif à l'affaire franco-britannique des Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I., Série B, n° 4, p. 24*). Cette opinion a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* : « le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité » (*arrêt du 6 avril 1955, Recueil C.I.J. 1955, p. 23*).

116. Le tribunal arbitral chargé de trancher le différend relatif au filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent a rappelé « que le droit, pour un Etat, de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires en général, et des bateaux de pêche en particulier, relève de la compétence exclusive de cet Etat »

(sentence du 17 juillet 1986, paragraphe 27 ; voir aussi *Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), arrêt, *TIDM, Recueil 1999*, p. 10, paragraphes 103 à 109).

117. La question qui se pose est celle de savoir si Saint-Vincent-et-les Grenadines est en droit de protéger le navire « Louisa » et le « Gemini III ». En ce qui concerne le « Louisa », l'Espagne affirme qu'

[...] en vue d'appliquer les règles générales de droit international applicables à l'exercice de la protection diplomatique et compte tenu de la volonté exprimée librement et unilatéralement par Saint-Vincent-et-les Grenadines, le Tribunal doit tout d'abord établir la nationalité du navire ou des navires lésés par l'immobilisation.

(Contre-mémoire, paragraphe 88)

118. Selon l'Espagne :

83. Afin d'établir la compétence du Tribunal pour statuer au fond sur la Requête soumise par Saint-Vincent-et-les Grenadines, il est particulièrement important de déterminer la nature de la réclamation et la procédure suivie par le demandeur. Comme l'Espagne l'a déjà souligné durant la phase des mesures conservatoires, la présente affaire ne saurait être assimilée à une procédure de prompt mainlevée du navire conformément à l'article 292 de la Convention. Au contraire, le demandeur recherche simplement une forme de protection diplomatique qui ne fait l'objet d'aucune règle particulière dans la Convention. Par conséquent, les conditions de recevabilité de la réclamation relèvent des règles du droit international général applicables à l'exercice de la protection diplomatique et à la définition de la responsabilité internationale de l'Etat. En l'absence d'un mécanisme différent et autonome qui s'appliquerait spécifiquement à l'affaire, le Tribunal doit appliquer les règles générales pertinentes du droit international, conformément à la déclaration de M. le juge Wolfrum, alors Président du Tribunal, relative au droit de la mer, qui « ne doit pas être considéré comme un régime autonome. Il constitue un élément du droit international général ».

84. Point n'est besoin d'analyser le contexte de la réclamation de Saint-Vincent-et-les Grenadines, qui constitue une voie ordinaire de la protection diplomatique. Il suffit d'analyser la teneur de cette réclamation, qui se résume pour l'essentiel à la défense du droit d'un particulier (en l'espèce l'équipage et les propriétaires du « *Louisa* ») qui, selon le demandeur, aurait subi des dommages en conséquence de la violation du droit international par l'Espagne.

Il est inutile d'insister sur le fait que cela est la définition même de la protection diplomatique.

85. Du fait du contexte judiciaire de la réclamation de Saint-Vincent-et-les Grenadines, le Tribunal est tenu d'analyser au moins deux éléments fondamentaux afin de statuer sur sa compétence au fond, à savoir : i) la nationalité de la réclamation; et ii) l'épuisement des recours internes. Nous pourrions y ajouter l'examen de l'applicabilité de la règle controversée des « mains propres », en rappelant que les faits qui ont entraîné la réclamation ont pour origine une procédure pénale engagée en Espagne suite à des agissements qualifiés de délits et susceptibles, en droit espagnol, de faire l'objet de poursuites. Néanmoins, ce point ne fait pas l'objet d'une analyse spécifique dans le présent chapitre 3, étant donné qu'il sera examiné en détail dans le reste du présent Contre-mémoire.

(Contre-mémoire, paragraphes 83 à 85)

119. **Sur la nationalité du navire « Louisa » :** « De plus, l'Espagne reconnaît entièrement que le "*Louisa*" battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux "dates critiques" de l'espèce » (contre-mémoire, paragraphe 90 ; également paragraphe 95)

La plupart de ces problèmes, auxquels sont confrontés les organes judiciaires internationaux, découlent de la situation suivante : un navire d'une nationalité donnée est la propriété d'une personne possédant une deuxième nationalité; il est exploité par un équipage dont les membres sont de différentes nationalités, chargé d'une cargaison dont les propriétaires sont d'autres nationalités et assuré par une société qui possède une nationalité encore différente. (Contre-mémoire, paragraphe 91)

120. **Sur le lien substantiel :**

94. Saint-Vincent-et-les Grenadines a des obligations qui lui sont imposées par l'article 94 de la Convention. L'accomplissement effectif de ces obligations devrait confirmer le « lien substantiel » visé au paragraphe 1 de l'article 91. Or, l'affaire qui nous occupe ne fait pas apparaître ce « lien substantiel » entre le « *Louisa* » et son Etat du pavillon. Toutefois, et encore dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal a semblé réduire le « lien substantiel » aux seuls moyens de preuve servant à étayer le droit qu'a un navire de battre un pavillon au moment de l'incident qui a donné lieu au différend et pendant ce différend. (60 Ibid., paragraphes 67-68). Les faits résumés dans le présent Contre-mémoire montrent qu'avant même que le « *Louisa* » pénètre dans

les eaux espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 94 de la Convention. Des indications complémentaires du Tribunal seraient peut-être très utiles en l'espèce et dans de futures affaires.

(Contre-mémoire, paragraphe 94)

121. L'Espagne rappelle que :

89. L'article 91 de la Convention dispose que chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit de battre son pavillon. Il stipule aussi que les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Le paragraphe 1 de l'article 91 se termine par une affirmation brève, mais complexe : « Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire. »

90. L'Espagne ne conteste en aucun cas le droit souverain qu'a Saint-Vincent-et-les Grenadines d'attribuer sa nationalité au « *Louisa* », de l'immatriculer et de lui accorder son pavillon. A cet égard – comme l'a fait le Tribunal dans *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* – l'Espagne considère que « l'article 91 codifie une règle bien établie du droit international général ». De plus, l'Espagne reconnaît entièrement que le « *Louisa* » battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux « dates critiques » de l'espèce.

91. L'Espagne est également consciente des problèmes que les changements successifs de pavillon – comme ceux qui ont eu lieu s'agissant du « *Louisa* » avant les « dates critiques » – ont posé au Tribunal lorsqu'il a connu des affaires du « *Saiga* » ou du « *Grand Prince* », par exemple. La plupart de ces problèmes, auxquels sont confrontés les organes judiciaires internationaux, découlent de la situation suivante : un navire d'une nationalité donnée est la propriété d'une personne possédant une deuxième nationalité ; il est exploité par un équipage dont les membres sont de différentes nationalités, chargé d'une cargaison dont les propriétaires sont d'autres nationalités et assuré par une société qui possède une nationalité encore différente. Les affaires de prompt mainlevée, de protection diplomatique ou de responsabilité internationale d'ordre général sont rendues plus complexes par le fait que plusieurs Etats font valoir des prétentions concurrentes et parfois opposées. En réalité, et cela ne s'est pas produit sans critiques parmi ses membres, le Tribunal a changé sa doctrine initiale *ex parte* en une doctrine *ex officio* lorsqu'il a vérifié la nationalité de la réclamation dans les affaires susvisées. Il est également vrai que ces deux affaires concernaient des situations d'urgence dans lesquelles il

fallait statuer sur la prompte mainlevée de l'immobilisation des navires et la prompte libération de leurs équipages.

92. L'article 91, paragraphe 1 de la Convention consacre apparemment le critère de « nationalité effective ». Mais comme la Commission du droit international le précise dans son Commentaire des projets d'articles sur la protection diplomatique, ce critère n'a qu'une portée limitée en dehors des cas de double nationalité et de réclamation à l'encontre d'un Etat de nationalité. Dans le cas d'un navire considéré comme constituant une unité, une réponse formelle, plus pratique et directive pourrait contribuer à résoudre ces affaires complexes.

93. Pourtant, l'article 91 de la Convention ne peut pas et ne doit pas être lu isolément. Il est complété par l'article 94, qui ajoute les critères de l'autorité effective, de la juridiction effective, et, par conséquent, de la responsabilité pour le navire. L'Etat du pavillon a le droit exclusif d'attribuer son pavillon à un navire; mais il a également le devoir de maintenir un « lien substantiel » avec le navire, un lien de responsabilité. C'est ce qui a conduit le Tribunal à confirmer, dans *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, que « le but des dispositions de la Convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'Etat dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les Etats du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon. »

94. Saint-Vincent-et-les Grenadines a des obligations qui lui sont imposées par l'article 94 de la Convention. L'accomplissement effectif de ces obligations devrait confirmer le « lien substantiel » visé au paragraphe 1 de l'article 91. Or, l'affaire qui nous occupe ne fait pas apparaître ce « lien substantiel » entre le « *Louisa* » et son Etat du pavillon. Toutefois, et encore dans *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal a semblé réduire le « lien substantiel » aux seuls moyens de preuve servant à étayer le droit qu'a un navire de battre un pavillon au moment de l'incident qui a donné lieu au différend et pendant ce différend. Les faits résumés dans le présent Contre-mémoire montrent qu'avant même que le « *Louisa* » pénètre dans les eaux espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 94 de la Convention. Des indications complémentaires du Tribunal seraient peut-être très utiles en l'espèce et dans de futures affaires. (Contre-mémoire, paragraphes 89 à 94).

122. Pour ce qui est du « Gemini III »,

- Comme pendant la phase des mesures conservatoires, le demandeur tente d'introduire et de faire examiner comme un tout le statut juridique du « *Louisa* » et de son prétendu « navire auxiliaire », le « *Gemini III* ». Or, une nouvelle fois, le demandeur n'établit pas le lien de nationalité entre le « *Gemini III* » et Saint-Vincent-et-les Grenadines : ce navire n'a jamais battu son pavillon.

(Contre-mémoire, paragraphe 95)

- Comme indiqué plus haut, dans la déclaration qu'il a faite en application de l'article 287 de la Convention, Saint-Vincent-et-les Grenadines a explicitement limité la compétence du Tribunal au règlement de différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de ses navires.

(Contre-mémoire, paragraphe 97)

- Le Tribunal a précisé dans *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* la notion de « navire comme constituant une unité » (par. 106), ce qui ne s'applique manifestement pas en l'espèce, en aucun cas.

(Contre-mémoire, paragraphe 98)

123. Pour Saint-Vincent-et-les Grenadines, le « Gemini III », et non pas le « Louisa », a effectué des levés supplémentaires dans la baie de Cadix et il a servi d'auxiliaire au « Louisa » pendant les premiers mois de l'année 2005. Toutes les opérations ont toutefois pris fin en avril 2005 » (mémoire, paragraphe 19 ; également paragraphe 7).

124. En ce qui concerne le « Louisa », l'Espagne reconnaît qu'il battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux dates critiques de l'espèce. (contre-mémoire, paragraphe 90). Le problème concerne plutôt le statut du « Gemini III ». Saint-Vincent-et-les Grenadines fait valoir que ce navire a effectué des levés supplémentaires dans la baie de Cadix et a servi d'auxiliaire au « Louisa » pendant les premiers mois de l'année 2005 (mémoire, paragraphe 19). Mais Saint-Vincent-et-les Grenadines est très peu prolixe sur le pavillon du « Gemini III », lequel est apparu sans pavillon, puis arborant le pavillon néerlandais et enfin le pavillon américain. Nous savons qu'aux termes de l'article 91 de la Convention, chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Qui plus est, il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire.

125. Par ailleurs, l'Etat du pavillon a des obligations que lui impose l'article 94 de la Convention. Le navire doit notamment être inscrit à son registre maritime. L'Etat du pavillon doit également exercer sa juridiction et son contrôle sur le navire. Le demandeur n'a apporté aucune preuve de la mise en œuvre des dispositions rappelées ci-dessus, qui pourraient établir un lien de nationalité entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et le « Gemini III ».

Par conséquent, faute d'un lien de nationalité internationalement valable avec le « Gemini III », l'action juridictionnelle de Saint-Vincent-et-les Grenadines est irrecevable pour motif de défaut de qualité pour agir.

126. En ce qui concerne les membres de l'équipage et d'autres personnes détenues ou poursuivies par les autorités judiciaires espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines entend exercer sa protection diplomatique en leur faveur. Là encore, il est essentiel d'examiner l'existence ou non d'un lien de nationalité entre le demandeur et lesdites personnes, de façon à établir la compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête ou demande en justice.

127. Le demandeur s'appuie sur le système institué par la procédure autonome de la prompte mainlevée, dans lequel l'Etat du pavillon peut exercer une protection en faveur de l'équipage, compte non tenu de la nationalité. Ladite procédure d'urgence a essentiellement pour objet de faire droit aux intérêts de la navigation. Le Tribunal se prononce sur la mainlevée et/ou sur la mise en liberté de l'équipage, sans préjudice de la suite qui sera donnée à la procédure au fond par la juridiction nationale compétente (article 292, paragraphe 3). C'est pourquoi, il regarde, dans cette procédure, le navire et son équipage comme un tout. Il considère le « navire comme constituant une unité ». La Commission du droit international a admis ce principe dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, non encore en vigueur. Son article 18 relatif à la protection des équipages des navires se lit comme suit :

Le droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite. (Projet d'articles sur la protection diplomatique, Assemblée générale de l'ONU, documents officiels, soixante et unième session, supplément n° 10 (A/61/10)).

128. La détention et la poursuite, par les autorités judiciaires espagnoles, des membres de l'équipage et des autres personnes peuvent pousser les Etats dont ils sont ressortissants à exercer en leur faveur leur protection diplomatique.

La nationalité des personnes concernées apparaît dès lors déterminante. Les membres de l'équipage sont de nationalité hongroise ou américaine. Les propriétaires des navires, en tant que personnes physiques ou morales, sont eux aussi ressortissants des Etats-Unis d'Amérique. Or, le demandeur n'a guère prouvé de lien de nationalité internationalement valable existant entre lui et les personnes en cause. Il apparaît dès lors qu'il n'a pas qualité pour agir.

L'épuisement des voies de recours internes (Convention, article 295)

129. L'article 295 de la Convention se lit comme suit :

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.

130. La règle a pour objet de réaliser l'équilibre entre la souveraineté des Etats et les exigences du droit international. La protection diplomatique est une voie exceptionnelle qui ne peut ouvrir une procédure internationale qu'après l'épuisement des voies de recours internes. La règle se présente ainsi comme une exception d'irrecevabilité à la disposition de l'Etat défendeur.

C'est dire que le particulier lésé ne peut tenter d'obtenir la protection de son Etat que s'il a, au préalable, épuisé les voies de recours internes qui lui sont offertes par le système juridique de l'Etat dont il demande réparation.

131. Dans l'affaire *ELSI*, la CIJ dégage les caractères intrinsèques de la règle. Elle dit :

[...] la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties ; pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès. (*Arrêt du 20 juillet 1989, Recueil C.I.J. 1989, paragraphe 59*)

132. L'épuisement préalable des recours internes apparaît ainsi comme une condition de recevabilité de la demande. La règle est-elle applicable en l'espèce ?

133. Pour l'Espagne,

L'obligation d'épuisement préalable des recours internes est déterminée par la nature des droits qui sont revendiqués. Comme cela a été précisé à maintes reprises par la jurisprudence internationale, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique aux violations des droits d'un Etat. Inversement, l'épuisement des recours internes est obligatoire dans les affaires – comme celle dont le Tribunal est saisi – ayant trait à la protection diplomatique, lorsqu'un Etat revendique le respect du droit international en faveur de personnes ayant un lien de nationalité avec lui. Le Tribunal a élaboré ce raisonnement en recourant à la notion de « lien juridictionnel ».

(Contre-mémoire, paragraphe 111)

Comme cela a été démontré s'agissant du « *Louisa* », le « lien juridictionnel » est bien établi, étant donné que toutes et chacune des activités des personnes physiques et morales en faveur desquelles le demandeur soumet sa réclamation se sont déroulées dans les eaux intérieures et la mer territoriale espagnoles, zones relevant toutes deux de la juridiction exclusive du Royaume d'Espagne (article 2 de la Convention). Par conséquent, et suivant le raisonnement du Tribunal, la règle coutumière de l'épuisement des recours internes s'applique bel et bien.

(Contre-mémoire, paragraphe 114)

134. Pour Saint-Vincent-et-les Grenadines, « [l]'épuisement des recours internes n'est pas requis en l'espèce [...] » (réplique, p. 14)

L'Espagne affirme que le critère servant à établir si l'article 295 s'applique est l'existence d'un « lien juridictionnel » entre l'Etat responsable et les personnes physiques ou morales au sujet desquelles le demandeur peut présenter une demande (paragraphe 112-114, citant le paragraphe 100 de l'arrêt rendu le 1^{er} juillet 1999 en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), fond). Cela est incorrect. Avant d'en venir à la question du « lien juridictionnel », le Tribunal a constaté que « la règle qui requiert l'épuisement des recours internes est applicable "(l)orsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers..." » (*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), paragraphe 98 (citant l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats). Et le Tribunal de poursuivre en estimant que les violations des droits dont se prévalait Saint-Vincent-et-les Grenadines devaient être comprises comme des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les

Grenadines et que le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découlait de ces violations (...).

(Réplique, p. 14)

135. « Les droits revendiqués par Saint-Vincent-et-les Grenadines en l'espèce sont presque identiques à ceux auxquels il prétendait dans *l'Affaire du navire "SAIGA"* (No. 2), à savoir le droit de jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites ». (Réplique, p. 15)

136. Si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention ont-elles été remplies ?

137. Pour l'Espagne :

L'Espagne rappelle que les actes qui sont seuls réputés remplir l'obligation visée à l'article 295 de la Convention sont précisément les recours juridiques nationaux qui permettent de réparer les prétendus torts dont Saint-Vincent-et-les Grenadines se prévaut. Une lecture attentive du *petitum* du Mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines montre qu'il a pour but d'obtenir : i) la mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* »; ii) une déclaration sur la détention prétendument illicite des personnes impliquées dans l'affaire; et iii) la réparation des dommages directs et indirects prétendument subis en conséquence de l'immobilisation du navire. Il n'est possible d'atteindre ces buts qu'en recourant aux procédures judiciaires régulières devant les tribunaux espagnols compétents. Ce n'est que moyennant ces procédures que les personnes prétendument lésées (particuliers et sociétés) peuvent prétendre obtenir la réparation des dommages, pour autant qu'elles y aient droit. Par conséquent, seules ces procédures peuvent être employées pour respecter la règle de l'épuisement préalable des recours internes. Ces recours sont encore pendants et le Tribunal ne peut donc pas admettre l'affirmation du demandeur selon laquelle la condition imposée par l'article 295 de la Convention aurait été dûment satisfaite.

(Contre-mémoire, paragraphe 120)

En ce qui concerne :

i) les procédures en cours devant les autorités espagnoles et la position du demandeur au cours de la procédure interne :

138. Depuis sa saisie, le « *Louisa* » est placé sous contrôle judiciaire et sous la surveillance technique de la *Capitanía Marítima* de Cadix. Comme le décrit en détail la section ci-après, le juge d'instruction a plusieurs fois proposé à Sage d'inspecter le navire et de procéder à son entretien.

139. La procédure judiciaire devant les autorités espagnoles

28. Une fois ouverte en Espagne la procédure pénale à l'encontre de Sage, du « *Louisa* » et des personnes concernées, le *Juzgado de instrucción No. 4* de Cadix a rendu les décisions et ordonnances et formulé les demandes ci-après :

- 1) Le 6 mars 2006, le juge a autorisé les agents de l'autorité portuaire à inspecter le navire, effectuer des opérations d'entretien et vérifier la sécurité du navire (annexe 8). Depuis, la *Capitanía Marítima* de Cadix a effectué plusieurs nouvelles opérations d'entretien;
- 2) Le 8 novembre 2007, M. Foster a demandé à être représenté officiellement au procès. Sa demande a d'abord été rejetée en raison d'un vice de procédure. Une fois ce problème résolu, le procès a dû être reporté plusieurs fois parce que M. Foster refusait de comparaître devant le tribunal, mais le juge d'instruction a accepté le 10 juin 2008 la comparution de M. Foster et décidé d'avoir une audience avec lui le 15 juillet 2008 à 11 heures. Sage et toutes les autres personnes impliquées dans la procédure pénale sont dûment représentées par un avocat depuis le tout début du procès et toutes les décisions judiciaires leur ont été dûment communiquées, conformément à l'obligation de garantir aux justiciables un procès régulier qui incombe à l'Espagne en vertu du droit international et national;
- 3) Le 22 février 2008, Sage a demandé au juge l'autorisation d'inspecter le « *Louisa* ». Le 22 juillet 2008, 14 une fois clarifiée la situation de M. Foster au regard de la procédure, le juge d'instruction a demandé à Sage de charger une personne qualifiée de prendre toutes dispositions nécessaires à bord du navire pour le maintenir en bon état (annexe 9);
- 4) Le 11 juillet 2008, M. Foster a informé le juge d'instruction qu'il ne se rendrait pas en Espagne et qu'il entendait faire sa déposition par vidéoconférence;
- 5) Le 22 juillet 2008, le juge a rejeté la proposition de M. Foster et lui a ordonné de comparaître devant lui le 30 septembre 2008 pour déposer en qualité de défendeur. Cette décision, dont M. Foster a fait appel devant la cour d'appel (*Audiencia*), a été confirmée par la juridiction inférieure le 16 mars 2009 et par la juridiction supérieure le 18 septembre 2009;
- 6) Le 18 février 2009, le juge d'instruction a reçu des propriétaires du « *Louisa* », une nouvelle demande d'inspection du navire et d'autorisation

d'y effectuer des réparations si nécessaire. Le juge a fait droit à cette demande le 25 février 2009 et décidé que l'inspection aurait lieu le 3 mars 2009. Le 2 mars 2009, un report de l'inspection demandé par Sage a été reçu et accepté par le juge, qui a décidé que l'inspection aurait lieu le 5 mars 2009 (annexe 10). M. Avella et ses avocats, accompagnés des autorités judiciaires, ont inspecté le « *Louisa* » le 5 mars 2009;

7) Le 1^{er} mars 2010, le juge a délivré à l'encontre des personnes directement impliquées dans l'affaire l'acte de procédure pénale N° 1/2010 (*Auto de incoación de sumario*) qui soumettait l'affaire à une procédure d'information judiciaire dite « sommaire » (*procedimiento sumario*), mais qui, en fait, offre aux accusés un surcroît de garanties procédurales (annexe 11);

8) Le 29 juillet 2010, le juge d'instruction a de nouveau demandé à Sage de communiquer au tribunal sa décision concernant l'entretien du navire (annexe 12). Cette demande a été renouvelée le 27 janvier 2011. Le 3 février 2011, une demande émanant de Sage a été reçue, laquelle priait le juge de décider lui-même les opérations d'entretien et les réparations dont avait besoin le navire.

9) Le 27 octobre 2010, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de renvoi devant la juridiction du jugement de toutes les personnes impliquées dans l'affaire, c'est-à-dire MM. Foster, Avella, Valero de Bernabé, Bonifacio, Beteta et Mazzara, en tant qu'auteurs d'un délit présumé d'atteinte au patrimoine culturel espagnol (article 323 du Code pénal espagnol). De plus, le juge d'instruction a décidé :

- a) D'imposer une caution de dix mille (10 000) euros à chacun des prévenus, exceptés MM. Foster et Avella, pour lesquels le montant de la caution a été fixé à trente mille (30 000) euros chacun;
- b) D'ordonner à M. Foster de déposer en personne devant lui, en l'informant des conséquences procédurales et pénales auxquelles il s'exposait s'il manquait à cette obligation;
- c) D'annoncer – vu le silence de Sage au sujet de l'entretien du « *Louisa* » – dans les organes d'information judiciaire appropriés la vente aux enchères publiques de ce navire, en accordant trois jours à toutes les personnes intéressées, au procureur général et au représentant du ministère public pour qu'ils lui donnent leur avis juridique;

d) De rappeler aux parties à la procédure le délai de trois jours qui leur est imparti pour saisir le juge d'instruction d'un recours en révision de sa décision (*recurso de reforma* en espagnol) et le délai de cinq jours pour interjeter appel devant une instance supérieure (*recurso de apelación* en espagnol).

10) Après que le procureur eut à la fois formé un recours et interjeté appel afin d'ajouter de nouveaux chefs d'accusation à ceux déjà retenus contre les prévenus, et que les avocats de M. Foster eurent également formé un recours contre l'ordonnance de renvoi du 27 octobre 2010, le juge d'instruction a tranché le 31 octobre 2011, faisant droit au recours du procureur et rejetant celui de M. Foster.

11) Auparavant, le 22 juillet 2011, le juge d'instruction avait à nouveau demandé à Sage de désigner une personne qualifiée pour prendre toutes dispositions nécessaires à bord du navire pour le maintenir en bon état. Dans une communication reçue le 24 octobre 2011, Sage a déclaré qu'elle ne procéderait pas à cette désignation et s'est déchargée de la responsabilité de l'entretien du navire. Le juge a donc décidé le 10 novembre 2011 d'ordonner à la *Capitanía Marítima* de Cadix de désigner une personne compétente (annexe 14).

(Contre-Mémoire, paragraphe 28)

140. Position de Sage et du demandeur au cours de la procédure nationale :

29. Sage, en sa qualité de propriétaire du navire, et Saint-Vincent-et-les Grenadines, en sa qualité de demandeur en la présente procédure, ont maintenu une position ambiguë et parfois obstructionniste tout au long de la procédure nationale résumée dans le présent chapitre. En réalité, Saint-Vincent-et-les Grenadines a été entièrement absent de la procédure jusqu'au dépôt de sa demande devant le présent Tribunal.

30. Le demandeur affirme avoir déployé des efforts considérables pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire dans le cadre du système judiciaire du défendeur (Mémoire, paragraphe 13). Toutefois, depuis sa première comparution devant les tribunaux pénaux espagnols, Sage (et en particulier M. Foster) a entravé le déroulement de la procédure nationale en lui opposant toutes sortes d'obstacles juridiques. Ce comportement de Sage, auquel s'ajoute la complexité de l'espèce, est la principale cause de la longueur de la procédure menée par le *Juzgado de instrucción No. 4* de Cadix.

31. Par exemple, et sans parler des différents recours formés par d'autres inculpés, qui ont encore davantage prolongé l'ensemble du procès, Sage et les personnes directement en rapport avec elle (MM. Foster et Avella) se sont opposés aux décisions du juge d'instruction – par le biais de recours légaux – à cinq occasions au moins : le 28 janvier 2008 (*recurso de reforma*), le 3 juillet 2008 (*recurso de reforma*), le 31 juillet 2008 (*recurso de reforma*), le 16 avril 2009 (*recurso de apelación*) et le 22 mars 2010 (*recurso de apelación*). Cela non seulement explique en partie la longueur de la procédure, mais encore montre l'étendue des garanties procédurales et des droits de la défense dont jouissent les prévenus dans les procédures pénales engagées devant les autorités judiciaires espagnoles. Il importe aussi de signaler que toutes ces voies de recours n'ont pas encore été épuisées et que l'affaire doit encore être examinée au fond par les tribunaux pénaux espagnols.

32. Normalement, lorsque Sage présentait une demande aux autorités judiciaires espagnoles, celles-ci y accédaient, pourvu qu'elle ait été présentée dans les règles et fondée en droit. Toutefois, Saint-Vincent-et-les Grenadines ne peut pas défendre certains des éléments figurant dans son Mémoire. Dans plusieurs paragraphes (14, 36, 41-43 ou 83 par exemple), il y est affirmé que Sage a demandé aux autorités espagnoles la restitution de données électroniques saisies en tant qu'éléments de preuve dans la procédure pénale. Or, Sage n'a jamais présenté une telle demande en bonne et due forme au juge d'instruction et n'a fourni au présent Tribunal aucune preuve qu'elle l'aurait fait. Ce n'est que le 23 novembre 2010 que Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté cette demande, devant le présent Tribunal, dans sa Demande en prescription de mesures conservatoires. Et bien que le présent Tribunal n'ait pris aucune décision sur la question dans son ordonnance du 23 décembre 2010 relative à la prescription de mesures conservatoires, le juge d'instruction, lorsque la restitution des données lui a été demandée pour la première fois suivant la procédure établie, a autorisé le 12 juillet 2011 la restitution à Sage d'une copie des données électroniques, en demandant à cette dernière de lui indiquer les personnes autorisées à les recevoir et en fixant un rendez-vous pour le téléchargement de ces données le 27 juillet 2011. Après notification le 18 juillet 2011, la copie des documents a été fournie aux parties intéressées le 27 juillet et le 2 août 2011 (annexe 15).

33. Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a jamais présenté aux tribunaux espagnols de demande de mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* ». Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a jamais eu recours à la procédure de « Prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage » visée à l'article 292 de la Convention, une procédure que connaissent

bien le Tribunal et le demandeur. Ce dernier a non seulement délibérément choisi de présenter une requête d'ordre général relevant des principes, règles et conditions de la protection diplomatique, mais encore cherché à transférer à un tribunal international une procédure judiciaire nationale légitime qui est encore pendante. Le Contre-mémoire traitera ces questions plus loin (cf. *infra*, paragraphes 108-121), mais l'Espagne souhaite quand même rappeler ici un principe général, énoncé par le Tribunal en l'*Affaire du « Tomimaru »* au sujet de la procédure de prompt mainlevée, mais qui s'applique plus généralement à l'attitude des Etats du pavillon s'agissant de leurs navires immobilisés dans des pays tiers :

« Dans ce contexte, le Tribunal souligne que, compte tenu de l'objectif de l'article 292 de la Convention, *il appartient à l'Etat du pavillon d'agir en temps voulu*. Cet objectif ne peut être réalisé que si le propriétaire et l'Etat du pavillon interviennent dans un délai raisonnable soit pour recourir au système judiciaire national de l'Etat ayant opéré la saisie soit pour entamer la procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage visée à l'article 292 de la Convention. »

34. Aucune demande de mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* » n'a été présentée ni par les propriétaires du navire ni par l'Etat du pavillon. Et malgré cela, Sage n'a fait aucun effort sérieux pour faire procéder aux actes les plus élémentaires d'entretien et de préservation du navire.
(Contre-mémoire, paragraphes 27 à 34)

ii) les arguments du défendeur suivant lesquels le demandeur tente de transformer le Tribunal en cour d'appel à l'égard des procédures en cours devant les juridictions espagnoles (voir *duplique*, paragraphes 17 à 39).

141. Pour ce qui est de l'épuisement des voies de recours internes pouvant permettre de réparer les torts allégués par le demandeur, la question qui se pose est celle de savoir si Saint-Vincent-et-les Grenadines a soumis la substance de sa demande aux juridictions nationales compétentes et s'il a persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures espagnoles et ce sans succès, conformément à une jurisprudence constante.

142. Il ressort du dossier que le 15 mars 2006, les autorités espagnoles avaient avisé Saint-Vincent-et-les Grenadines de l'arraisonnement et de la perquisition du « *Louisa* ». Le défendeur lui a communiqué ces informations en bonne et due forme « pour toute procédure nécessaire ». Et c'est seulement quatre années après

que le demandeur a réagi, en faisant adresser par son Bureau du Commissaire aux affaires maritimes à Genève plusieurs courriers électroniques à la *Capitanía Marítima* de Cadix. Il n'a pris aucune mesure concernant le « Louisa » avant le 26 octobre 2010, date à laquelle il a informé l'Espagne de son intention d'introduire une instance devant le Tribunal. Qui plus est, les recours restent pendants dans l'ordre juridique espagnol.

143. Au vu des circonstances de l'espèce, les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention n'ont pas été remplies. En conséquence l'action du demandeur est irrecevable.

144. En somme, on peut retenir que :

Premièrement, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 283 n'ont pas été remplies. C'est précisément en se fondant sur cet article, lequel dispose en substance que les parties sont tenues de procéder à un échange de vues avant de porter un différend devant le Tribunal, et sur l'absence manifeste d'un tel échange, que le Tribunal devait dire qu'il n'a pas compétence pour connaître de l'affaire « Louisa » au fond.

Deuxièmement, le demandeur n'a guère prouvé de lien de nationalité internationalement valable existant entre lui et les personnes en cause. Il apparaît dès lors qu'il n'a pas qualité pour agir.

Enfin, au vu des circonstances de l'espèce, les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'ont pas été remplies. En conséquence, l'action du demandeur est irrecevable.

(signé) T.M. Ndiaye