

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE COT

Avant-propos.

I. Les faits

L'enjeu. Les débats. La production du contrat Tupet. Les clauses du contrat.

II. Le cadre juridique

Les pouvoirs inhérents du Tribunal. Le droit applicable. Les précédents. Les principes éthiques fondamentaux. Les agents. Un code de conduite ? Les sanctions.

III. Fraude ou pas fraude ?

Les apparences. Conséquences sur le déroulement de la procédure. Conclusion.

Avant-propos

1. Fraude au Tribunal ? La question vaut d'être posée. J'emprunte la formule, provocatrice, au juge Schwebel qui l'a récemment utilisée à propos de l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice et tranchée en 1986¹.

2. Le Tribunal ne s'est pas étendu sur cet aspect de l'affaire du « Louisa ». Il s'est limité à l'expression d'un bref regret quant à la production tardive du contrat Tupet. Puis il a exposé les motifs de son incompétence pour traiter du fond de l'affaire. Je souscris à cette conclusion. Il m'a cependant paru utile de développer plus avant les problèmes éthiques posés dans le cadre de cette affaire.

¹ S. Schwebel. *Celebrating a Fraud on the Court*. A.J.I.L., vol. 106 (2012), p. 102-105. Et la controverse avec Paul Reichler, conseil pour le Nicaragua, dans le même périodique, p. 316-321 et p. 582-583.

I. Les faits

L'enjeu

3. En l'espèce, le différend dont était saisi le Tribunal portait sur la nature des activités entreprises par la société Sage à bord du « Louisa » et du « Gemini III ». Saint-Vincent-et-les Grenadines (ci-après Saint-Vincent), Etat du pavillon arboré par le « Louisa », introduisit une demande contre le Royaume d'Espagne (ci-après l'Espagne). Saint-Vincent demandait la mainlevée des navires, immobilisés dans le port de Cadix par les autorités espagnoles dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée notamment contre les dirigeants de la société Sage et la réparation des dommages causés du fait des poursuites abusives engagées.

4. Le « Louisa » et un bateau plus petit, le « Gemini III », étaient amarrés dans le port de Cadix. Ils effectuaient des recherches dans les eaux intérieures et territoriales espagnoles. La société Sage, propriétaire des embarcations, avait équipé les navires à cette fin avec notamment des sonars à balayage latéral. Le demandeur estimait que la baie de Cadix pouvait receler d'importants gisements d'hydrocarbures. Par ailleurs, Cadix étant le port d'où partaient les galions espagnols à destination de l'Amérique pour rapporter de l'or et des objets précieux à l'occasion de la colonisation espagnole, la baie de Cadix était riche en épaves espagnoles ayant sombré pendant cette période.

5. L'Espagne, soupçonnant une opération de pillage archéologique illicite dans ses eaux intérieures et territoriales, engagea une procédure pénale contre M. John Foster, propriétaire de la société Sage et son représentant en Espagne, M. Mario Avella. Il était reproché aux deux hommes de participer à une opération complexe de pillage et de revente des objets archéologiques trouvés au large du port de Cadix. Les défendeurs et Saint-Vincent, Etat du pavillon du « Louisa », affirmaient pour leur part que ni M. Foster, ni M. Avella, n'effectuaient de recherches archéologiques. Leur seul objectif était de faire un levé des fonds marins afin de déterminer la présence d'hydrocarbures. Sans doute, Sage avait accepté d'embarquer des responsables et des nageurs d'une entreprise espagnole, Tupet, intéressés par les fouilles archéologiques. Mais Sage n'était pas concerné par ces activités, secondaires par rapport à la recherche d'hydrocarbures.

6. L'enjeu principal de la procédure était de déterminer si les activités menées par la société Sage, ses représentants et ses employés respectaient les permis délivrés par les autorités espagnoles. Si tel était le cas, il apparaissait que les poursuites engagées par les autorités judiciaires espagnoles étaient sans fondement. En revanche, si M. Foster et M. Avella participaient aux recherches archéologiques

entreprises par la société Tupet sans avoir sollicité un permis à cette fin, il semblait légitime pour les autorités judiciaires espagnoles de les poursuivre pour atteinte au patrimoine historique espagnol et pour délit de trafic d'objets archéologiques.

Les débats

7. La procédure écrite, puis les débats oraux se concentrèrent sur la nature des activités menées par le « Louisa » et le « Gemini III » dans la baie de Cadix.

8. L'argumentation de Saint-Vincent était double. D'une part, les responsables de la société Sage ne s'intéressaient qu'à la recherche d'hydrocarbures, à l'exclusion de tout intérêt pour les fouilles archéologiques. D'autre part, si les responsables de Tupet, embarqués sur le « Gemini III », effectuaient des recherches archéologiques, cette activité ne concernait pas les responsables de la société Sage, qui en ignoraient les modalités et pouvaient de bonne foi croire que Tupet disposait des autorisations nécessaires.

9. L'Espagne contestait les deux affirmations. Elle considérait que les navires étaient pourvus d'équipements destinés à la recherche archéologique. Ces équipements ne se justifiaient pas dans le cadre de la seule recherche d'hydrocarbures. Les dirigeants de Sage ne pouvaient ignorer les activités de recherche archéologique puisque le navire avait été équipé à cette fin. La saisie à bord du « Louisa », lors de la perquisition initiale, d'objets archéologiques, renforçait leurs soupçons et justifiait l'ouverture de l'instruction pénale.

10. Lors de la procédure orale, des témoins furent appelés à la barre par l'une et l'autre partie, ceci afin de défendre leurs thèses respectives.

11. S'agissant de la nature des recherches effectuées à bord du « Gemini III », Saint-Vincent cita M. Mario Avella, représentant de Sage en Espagne le 4 octobre après-midi, le 5 octobre matin et le 5 octobre après-midi. L'interrogatoire fut mené par M. Weiland, le contre-interrogatoire par M. Aznar et Mme, Escobar. M. Avella précisa la nature de ses relations avec les pilleurs d'épave et affirma qu'il n'avait aucune relation avec MM. Valero et Bonifacio. Saint-Vincent cita ensuite le 6 octobre matin M. McAfee, qui avait une importante expérience en matière de recherche d'hydrocarbures et de forages pétroliers. Il fut interrogé par MM. Weiland et Aznar. Il affirma notamment l'utilité des équipements des navires et notamment des magnétomètres et sonars à balayage latéral. M. Mersch, expert-comptable de la société Sage, interrogé le 6 octobre par Mme Ford et M. Aznar, justifia le montant des indemnités demandées par Saint-Vincent. En réponse à une

question, il précisa que certains plongeurs étaient rémunérés par Sage, les autres étant employés par Tupet.

12. L'Espagne cita Mme Martínez de Azagra Garde, conseillère technique à la direction générale de l'énergie et des mines du gouvernement espagnol. Mme Martínez fut interrogée le 8 octobre après-midi par Mme Escobar et M. Weiland afin de préciser les données disponibles aux fins de recherche d'hydrocarbures dans les archives espagnoles. Puis M. Stow, professeur à l'institut d'ingénierie pétrolière à Edimbourg, expert en recherche d'hydrocarbures fut cité le 9 octobre et interrogé par M. Aznar et M. Weiland. Il contesta l'utilité des équipements à bord du « Gemini III » pour la recherche d'hydrocarbures. Il signala en particulier que le pétrole n'avait pas de signature magnétique et que l'équipement en magnéto-mètres en se justifiait pas. Il s'interrogea sur l'intérêt des recherches entreprises à cette fin par Sage, les possibilités de trouver des gisements exploitables dans la zone étant très faibles à son avis. M. James Delgado, archéologue américain, fut interrogé par M. Aznar et M. Weiland le 9 octobre. Il affirma que les moyens mis en œuvre par Sage étaient ceux d'une recherche archéologique et que la carte de base utilisée aurait fort bien pu être une carte des épaves se trouvant dans la baie de Cadix.

13. Ces longs interrogatoires et contre-interrogatoires permirent aux deux parties de nourrir chacune sa thèse : la recherche d'hydrocarbures pour Saint-Vincent ; le pillage archéologique pour l'Espagne.

14. Saint-Vincent ne se contenta pas de produire des témoignages à l'assertion de ses dires. Les conseils de Saint-Vincent affirmèrent explicitement et de manière répétée que ni M. John Foster, propriétaire de la société Sage, ni M. Mario Avella, son représentant en Espagne, n'étaient intéressés par la recherche archéologique. Leur unique objectif était la recherche d'hydrocarbures.

15. Quelques déclarations actées au procès-verbal des audiences sont significatives à cet égard. Ainsi, le conseil pour Saint-Vincent affirma le 5 octobre 2012 que « ... Ni Mario Avella ni John Foster ne s'intéressait à des "trésors". Ce qu'ils recherchaient, c'étaient des réserves de gaz en utilisant le sonar à balayage latéral du "Louisa". Parfois, cet appareil peut permettre de repérer des inégalités sur les fonds marins pouvant présenter un intérêt pour la chasse au trésor. » Le conseil pour Saint-Vincent ajouta : « Pour ma part, je pense que les dirigeants du "Louisa" ont commis l'erreur de passer un contrat avec des chercheurs de trésors qui leur ont fait valoir que les données que Sage avait l'intention de recueillir sur les fonds marins à proximité de Cadix auraient pu permettre de mettre au jour des trésors. » (ibid.).

16. Les conseils pour l'Espagne notèrent que Sage avait conclu un accord avec Tupet, une société dirigée par MM. Valero et Bonifacio, deux personnes ayant une certaine réputation dans les milieux du pillage archéologique. Saint-Vincent affirma que Sage ignorait la nature illicite des activités de Tupet à bord du « Gemini III ». Le représentant de Sage en Espagne, M. Avella, concéda néanmoins que Tupet était intéressé par les « trésors » archéologiques.

La production du contrat Tupet

17. Le texte du contrat Tupet ne fut pas produit par Saint-Vincent au cours de la procédure écrite ou de la procédure orale, alors même que les conseils de Saint-Vincent affirmaient que ses dirigeants étaient exclusivement intéressés par la recherche pétrolière. Il fallut que le Tribunal demande communication du contrat le 11 octobre 2012.

18. Le contrat Tupet fut transmis au Tribunal le 17 octobre 2012, une semaine après la clôture de la procédure orale. L'agent pour l'Espagne reçut le contrat pour observations. Dans un courrier du 18 octobre 2012, l'agent se contenta de déclarer :

En référence à la lettre susmentionnée, je me vois contrainte, en ma qualité d'agent du Royaume d'Espagne, d'exprimer ma ferme opposition aux manœuvres du co-agent de Saint-Vincent-et-les-Grenadines visant de toute évidence à présenter au Tribunal de nouveaux arguments alors que la procédure orale vient de se conclure.

19. L'agent demanda ainsi d'écarter de la procédure une pièce à conviction majeure à l'appui des thèses de l'Espagne, produite à la demande du Tribunal. Elle s'abstint de toute observation sur le fond.

20. Le co-agent et conseil pour Saint-Vincent connaissait parfaitement le contenu et l'importance dudit contrat, comme en témoignent ses déclarations lors de l'ultime plaidoirie orale de Saint-Vincent.

Les termes du contrat entre Sage et Tupet sont très intéressants et je me dois de présenter mes excuses au Tribunal, parce que quand j'ai vu cette question, j'ai alors revérifié nos annexes parce que j'étais certain que nous avons fourni ce contrat. Nous avons en tout cas l'intention de vous présenter le contrat entre Sage et Tupet. Je peux en résumer les principales dispositions. Je ne manquerai pas de donner au Tribunal une copie d'ici à l'audience de demain. Je n'ai pas pu mettre la main dessus dans les dernières minutes avant l'audience d'aujourd'hui.

Essentiellement, le contrat de Sage avec Tupet était un contrat de coentreprise : Sage acceptait d'utiliser le permis de Tupet et le contrat précisait que s'il advenait qu'une épave soit découverte, Tupet prendrait les mesures nécessaires pour obtenir les permis requis par la législation espagnole. Comme vous l'entendrez encore cet après-midi, nous n'avons jamais essayé de cacher que les intérêts de Sage étaient doubles ! Ils avaient cet accord avec Tupet. John Foster est le propriétaire de Sage et s'occupe de prospection pétrolière. Il voit que Tupet a un permis qui permettrait de remorquer des magnétomètres et des sonars dans une des zones les plus prometteuses de la planète concernant le pétrole et le gaz. Ils se sont mis d'accord sur le fait que si Sage trouvait quelque chose, Tupet obtiendrait les permis nécessaires. Je veillerai à vous fournir copie de ce contrat.

Les clauses du contrat

21. L'accord est consacré pour l'essentiel aux conditions dans lesquelles doit se dérouler la recherche d'objets archéologiques et le partage des profits ainsi espérés. De plus, M. Foster s'engage à verser des indemnités mensuelles aux dirigeants de Tupet et à leurs collaborateurs pendant la durée de la campagne.

22. Le texte de l'accord porte uniquement sur la recherche archéologique, comme en témoigne le texte intégral, consultable sur le site internet du Tribunal². Il n'est pas question de recherche d'hydrocarbures. L'accord est signé personnellement par M. John Foster, le propriétaire de Sage.

23. L'article I, section 1.01., dudit accord stipule, dans le passage pertinent, que la Sage et les prestataires conviennent de mener des activités de recherche et d'exploration sous-marines aux fins d'étudier les formations géologiques marines. Si, au cours des activités de recherche et d'exploration sous-marines, les prestataires et la Sage découvrent fortuitement des objets historiques, épaves ou autres articles de valeur engloutis, les prestataires et la Sage conviennent de demander le rachat de ces articles ou une somme correspondant à leur valeur intrinsèque en vertu de la législation du propriétaire souverain.

24. Si les prestataires et la Sage découvrent fortuitement une épave, les Parties conviennent de récupérer ce navire et toute autre épave découverte pendant l'opération de récupération conformément à la législation du propriétaire souverain des navires. Les prestataires déclarent qu'aucun autre contrat, accord, protocole d'entente ou négociations n'ont été et ne seront conclus avec une quelconque

² Le texte complet de l'accord se trouve sur le site internet du Tribunal : <http://www.itlos.org/index.php?id=148&L=1>

autre personnalité, physique ou morale, en vue de la récupération de ces navires. Les prestataires conviennent de ne pas acquérir, pendant la durée du présent contrat, de droits d'inventeur ou de permis de récupération pour une partie autre que la Sage. Pendant la durée de l'accord, la Sage a le « droit de refus » s'agissant de toute mission de récupération d'épaves, d'objets historiques ou d'autres articles de valeur découverts par les prestataires et la Sage.

25. La section 1.04. de l'accord règle dans le détail la répartition des produits de la recherche archéologique. Rien n'est laissé au hasard. Qu'on en juge :

viii) La Sage et les prestataires conviennent que tous les articles de valeur récupérés, y compris ceux présumés d'origine romaine ou phénicienne ou de toute autre origine étrangère, découverts et identifiés au cours d'une opération de récupération, sont inclus dans la valeur estimative totale aux fins de déterminer la répartition des objets récupérés ou le versement d'une indemnité. Les articles récupérés peuvent comprendre, sans que cette liste soit exhaustive, barres et disques d'or, chaînes en or, pièces d'or de deux, quatre et huit escudos, barres d'argent de diverses dimensions, argenterie et argenterie à filigrane d'or, pièces d'argent d'un, deux, quatre et huit réals, instruments de navigation, pierres précieuses serties ou non [...], bijoux [...], objets religieux [...], canons de bronze, épées, mousquets, dagues et tout autre article de valeur.

26. De surcroît, la section 1.03 précise qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du présent contrat, la Sage convient de verser tous les mois : 3 000 euros à Luis A. Valero de Barnabe Gonzales, 2 500 euros à Claudio Bonifacio, 1 000 euros à chacun des deux assistants pour les tâches accomplies au titre du contrat. Les Parties conviennent d'un taux de change de 1,3 dollar des Etats-Unis pour 1 euro. La Sage paie les prestataires le dernier jour ouvrable de chaque mois.

II. Le cadre juridique

27. Les écarts vis-à-vis des principes éthiques fondamentaux ont été rares jusqu'à ce jour devant les juridictions internationales. Je pense qu'avec la mondialisation et l'ouverture du barreau international, ils risquent d'être plus fréquents à l'avenir. Je reviendrai sur ce point.

Le pouvoir inhérent du Tribunal

28. La première question qui se pose est celle du pouvoir du Tribunal pour se prononcer sur l'affaire. Ce pouvoir est inhérent à toute juridiction. La police de

la procédure et de l'audience est nécessaire au bon déroulement des travaux de la juridiction, notamment pour faire respecter le principe de l'égalité entre les parties.

29. Ce pouvoir inhérent des juridictions internationales remonte à loin. Il est affirmé dès l'aube de l'arbitrage international contemporain, dans l'affaire de la *Baie de Fundy* en 1814. Le président du tribunal arbitral demande alors aux agents de s'engager à respecter les principes élémentaires de loyauté ans les débats (Moore, *International Adjudications*, vol. VI, p. 22). Il est réaffirmé lors de l'adoption du statut de la Cour permanente de Justice internationale en 1920. Il est fondé sur les exigences élémentaires d'administration de la justice et la nécessaire police des débats, comme l'a souligné Chester Brown (« The Inherent Powers of International Courts and Tribunals », *BYBIL*, vol. 66 (2005), p. 195-244).

30. La Cour internationale de Justice a constaté ce pouvoir inhérent dans l'*Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)* :

23. A cet égard, il convient de souligner que la Cour possède un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ine se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des « limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire » de la Cour et pour « conserver son caractère judiciaire » (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Un pouvoir inhérent de ce genre, sur la base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins qui viennent d'être indiquées, découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des Etats, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée. (arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 259-260)

31. Ce pouvoir n'a jamais été contesté devant les tribunaux internationaux. Il s'agit d'une exigence fonctionnelle sans laquelle l'administration de la justice est inconcevable. Le pouvoir inhérent n'entre en jeu qu'en l'absence de règles plus précises, ce qui est les cas pour un certain nombre de juridictions internationales, dont le présent Tribunal.

32. Ce pouvoir comprend-il celui d'édicter des règles de conduite assorties de sanctions explicites ? La question ne se pose pas d'une manière aussi tranchée. Je constate que les juridictions internationales n'ont pas hésité à adopter des directives de procédure. Ces directives ne sont pas obligatoires. Les parties s'y tiennent cependant, sachant fort bien qu'elles courent des risques à ne pas les suivre.

Le droit applicable

33. Le Statut et le Règlement du Tribunal ne contiennent guère d'indications touchant le respect des règles éthiques par les parties au procès. La situation est comparable à celle de la Cour internationale de Justice ou de la Cour permanente d'arbitrage. En revanche, nombre de tribunaux internationaux spécialisés de création récente ont été dotés de codes de conduite applicables aux avocats et conseils. Il en est ainsi de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour pénale internationale.

34. On notera que, seul parmi les principaux codes de déontologie interne, le code de conduite britannique oblige les membres du barreau britannique à respecter les règles déontologiques énoncées devant les juridictions internationales. Est-ce à dire que les autres avocats ou les conseils non inscrits à un barreau ont toute liberté de conduite ? Sûrement pas ! Pour être affranchis du respect de leurs règles nationales, ils n'en sont pas moins tenus de respecter le code de déontologie propre à la juridiction internationale devant laquelle ils apparaissent. En l'absence d'un tel code – ce qui est le cas dans la présente espèce –, ils sont tenus de respecter les règles de droit international général qui pourraient leur être applicables.

Les précédents

35. Les précédents internationaux sont intéressants à analyser. Nous nous en tiendrons aux tribunaux internationaux comparables : Tribunal international du droit de la mer ; Cour permanente de Justice internationale ; Cour internationale de Justice ; tribunaux arbitraux interétatiques. Les affirmations erronées ou frauduleuses ne sont pas inconnues des tribunaux internationaux. Je remercie M. Arman Savarian qui m'a permis de consulter les bonnes feuilles de son ouvrage *Professional Ethics at the International Bar*, ouvrage qui doit être publié prochainement par Oxford University Press, pour les précieuses indications et analyses de son ouvrage de référence en la matière.

36. Le problème s'était déjà posé dans l'affaire des *Phoques à fourrure de la mer de Behring*, tranchée par un tribunal arbitral en 1893. Le Gouvernement américain, défendeur, avait transmis un ensemble de documents en langue russe avec des traductions qui avaient enjolivé le texte original au profit de sa thèse. Il semble que cette « falsification », pour reprendre les termes employés par le Royaume Uni, ait eu lieu à l'insu de l'agent des Etats-Unis. La bonne foi du demandeur n'était pas en cause.

37. Dans l'*Affaire franco-hellénique des phares* (arrêt, C.P.J.I., Série A/B n° 62, p. 4), un des agents se référa à un document sans pouvoir attester de l'authenticité de la production. Interrogé par le président, il déclara attacher peu d'importance au document et consentit à le retirer (C.P.J.I., 16° Rapport, série E n° 16, p. 186).

38. La controverse entre le juge Schwebel, ancien président de la Cour internationale de Justice et M. Paul Reichler, l'un des défenseurs de Nicaragua, dans l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis d'Amérique, révèle un incident d'une nature différente. M. Schwebel a récemment accusé le Nicaragua de comportement frauduleux lors de l'instance de 1986. Il a intitulé son article « Fraud to the Court ». L'agent du Nicaragua avait produit un affidavit affirmant que le Nicaragua n'apportait aucune aide à l'opposition salvadorienne. L'affirmation s'est révélée inexacte plusieurs années après le prononcé de l'arrêt. M. Reichler a contesté l'accusation (*AJIL*, vol. 106, 2012, p. 102-105 (Schwebel), p. 316-321 (Reichler), p. 582-584 (Schwebel et Reichler). Les faits litigieux, ayant été révélés trop tard, la Cour n'a pas pu s'en saisir.

39. Dans l'affaire opposant le Qatar à Bahreïn (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 40), le Qatar a produit une série de 82 faux documents lors de la procédure écrite à l'appui de ses dires dans l'affaire qui l'opposait à Bahreïn. Bahreïn ayant exposé les faits devant le Président de la Cour, le Qatar a retiré les documents en question. L'incident était donc clos avant l'ouverture de la procédure orale sur le fond. Il semble en l'espèce que les conseils du Qatar n'aient pas été au courant de la fraude. Bahreïn a cependant souligné, lors de la procédure orale, que l'incident avait « pollué » les débats de manière durable (cf. plaidoirie Lauterpacht, 8 juin 2000, p. 11-15 ; *op. ind.* Fortier, p. 452, par. 4).

40. Ces précédents appellent quelques observations. Il s'agit pour l'essentiel de documents falsifiés ou dont l'authenticité n'a pu être établie. Dans l'affaire des *Phoques à fourrure de la mer de Behring*, dans l'*Affaire franco-hellénique des phares* et dans l'affaire *Qatar/Bahreïn*, la contestation a pu être réglée avant que ne soit close la procédure. Dans l'affaire *Nicaragua/Etats-Unis*, la fraude alléguée a été découverte une dizaine d'années après le prononcé de l'arrêt et reste contestée par M. Reichler. Ces précédents confirment la compétence inhérente de la juridiction pour se saisir de la difficulté. Mais elles ne donnent guère d'indications sur les règles de droit applicables.

41. La difficulté résulte pour bonne part de la diversité des traditions juridiques nationales et en particulier de l'opposition entre la tradition romano-germanique d'une part, de la common law d'autre part. Certaines règles éthiques sont

contradictoires. Il en est ainsi des règles relatives aux relations entre avocats et témoins. Tout contact est interdit avant l'audition des témoins dans la tradition romano-germanique. En revanche, la common law demande à la partie qui appelle un témoin d'indiquer le sens de son témoignage afin de permettre à la partie adverse de préparer son contre-interrogatoire. Le droit américain exige même le « witness proofing », la préparation des témoins par les avocats. Une telle pratique serait considérée comme un délit pénal en France !

42. L'Association de droit international (I.L.A.) s'est saisie de la difficulté. Le groupe de travail constitué par l'Association a rédigé un ensemble de règles minimalistes publiées en 2010 sous l'appellation « Principes de La Haye ». Ces principes applicables aux avocats et conseils font suite aux « Principes de Burgh House » rédigés à l'intention des tribunaux internationaux et de leurs magistrats. Les principes énoncés sont utiles. On ne saurait les considérer comme obligatoires en soi. Certaines règles énoncées sont fort précises. D'autres relèvent de principes généraux communs aux grands systèmes juridiques internationaux. Il appartient aux diverses juridictions internationales de puiser dans ces règles et principes les éléments éventuels de codes de bonne conduite dont elles pourraient se doter.

43. En attendant et en l'absence d'un tel code dans le cas du Tribunal, est-ce à dire qu'aucune règle de droit international n'est applicable ? L'article 293 de la Convention sur le droit de la mer enjoint au Tribunal d'appliquer « ... les dispositions de la Convention et les autres règles de droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énonce les règles à appliquer et, parmi celles-ci, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. » (art. 38.1.c). Certains de ces principes éthiques se retrouvent dans tous les grands systèmes juridiques mondiaux.

44. Le Conseil des barreaux européens (CCBE) a adopté un ensemble de dispositions pertinentes pour notre affaire. Le CCBE rassemble les barreaux et sociétés juridiques (Law Societies) relevant des deux grandes traditions évoquées. Il présente les règles applicables dans deux documents distincts : une Charte des principes essentiels de l'avocat européen ; un Code de déontologie des avocats européens.

45. La distinction est significative. Le Code de déontologie comprend un ensemble de règles précises sur lesquelles les barreaux intéressés se sont mis d'accord. En revanche, les principes essentiels, de nature plus large, sont constatés et proclamés. « Il existe des principes essentiels qui, même exprimés de manière légèrement différente dans les différents systèmes juridiques, sont communs à tous les avocats européens... Les avocats européens sont soumis à ces principes

qui sont essentiels à la bonne administration de la justice, à l'accès à la justice et au droit à un procès équitable . . . Dans l'intérêt général, les barreaux, les cours et tribunaux, les législateurs, les gouvernements et les organisations internationales doivent faire respecter ces et protéger ces principes essentiels. »

46. Le principe « i » de la Charte des principes essentiels du C.C.B.E. décrit l'avocat comme « organe » ou « auxiliaire de la justice » (« officer of the court » dans le texte anglais) et précise qu'un avocat ne doit jamais fournir consciemment aux cours et tribunaux des informations erronées ou induisant en erreur.

47. Ce principe n'est pas spécifiquement européen. Il se retrouve dans tous les codes de conduite évoqués, qu'il s'agisse de l'International Bar Association, des « Principes de La Haye » de l'Association de droit international, des codes de bonne conduite de la Cour pénale internationale, etc. Il s'agit bien là d'un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, applicable comme tel à la présente affaire.

Les agents

48. De tels principes s'appliquent-ils aux agents et co-agents, ou aux seuls avocats et conseils ? L'agent étant le représentant de l'Etat souverain, est-il concevable qu'il se retrouve sous la coupe d'une juridiction dont la compétence dépend du consentement dudit Etat ? La plupart des juridictions qui sont dotées d'un code de conduite distinguent le cas des agents de celui des avocats et conseils. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme exige des avocats et conseils qu'ils soient membres d'un barreau. Mais l'exigence ne s'étend pas aux agents, dont le choix est librement décidé par l'Etat souverain. Devant les juridictions internationales à caractère général, tels ce Tribunal ou la Cour internationale de Justice, la liberté de désignation des conseils et agents par les Etats souverains sans qualification particulière est la règle.

49. Si cette asymétrie dans la position respective des agents et des avocats et conseils se conçoit pour l'exigence de qualification des représentants de l'Etat devant certaines juridictions, il n'en est pas de même une fois le procès engagé. Car le principe dominant devient celui de la stricte égalité entre les parties. Lorsqu'il s'agit d'une juridiction interétatique, comme dans le cas présent, le respect de la souveraineté d'une partie trouve sa limite dans l'atteinte à l'égalité des droits – et donc à la souveraineté – de l'autre partie. L'observation vaut en particulier pour le respect des principes éthiques fondamentaux. Au demeurant, je n'ai pas connaissance d'une déclaration quelconque par laquelle un Etat souverain affirmerait pouvoir s'affranchir de ces règles fondamentales. Au contraire, on l'a vu à propos

de l'arbitrage rendu en 1814 dans l'affaire de la *Baie de Fundy*, les agents des Etats n'ont pas hésité à prêter serment de loyauté au président de la juridiction arbitrale.

50. L'application des principes éthiques et des codes de conduite aux agents et co-agents s'impose d'autant plus aujourd'hui que la mondialisation a changé la donne. Alors que le contentieux international était limité à un petit nombre d'affaires portées en arbitrage international ou devant le Cour de La Haye, les agents, diplomates représentant leurs Etats, avaient un profil bien déterminé. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. La prolifération des tribunaux internationaux, la diversification des contentieux, ont ouvert la justice internationale et élargi le barreau international de manière substantielle. L'agent n'est plus toujours tenu, dans les faits, par le lien de subordination à l'autorité publique souveraine qui caractérisait sa situation naguère. Les contentieux de caractère mixte, semi publics, semi privés, se multiplient. Agents et co-agents sont souvent des représentants d'une personne privée agissant dans la fiction d'un contentieux intergouvernemental et d'une protection diplomatique en feuille de vigne.

51. Le phénomène est marqué en droit de la mer avec le développement des pavillons de libre enregistrement, ou « pavillons de complaisance ». L'Etat de libre enregistrement qui attribue son pavillon se désintéresse souvent de la suite des événements et notamment du contentieux international qui pourrait survenir à l'occasion. La Convention sur le droit de la mer a pris acte de cette réalité dans la procédure de prompt mainlevée. L'article 292, paragraphe 2 dispose que « la demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom. ». La formule vise le cas des Etats de libre enregistrement, afin de permettre à l'armateur d'agir en justice « au nom » de l'Etat du pavillon, pour faire valoir ses droits et ceux de l'équipage.

52. Dans le cas présent, il est peu probable que les autorités de Saint-Vincent aient suivi de près le déroulement de l'affaire du « Louisa ». L'agent ne s'est pas présenté à l'audience. La co-agente, ressortissante de Saint-Vincent, s'est retirée en milieu de procédure orale. Le poids de la procédure, tant écrite qu'orale, a été assumé par l'autre co-agent, un avocat américain, avocat par ailleurs de M. John Foster, le propriétaire du navire.

53. Les difficultés que pose ce type de représentation ne sont pas nouvelles. Dans l'affaire du « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001*, p. 17. Cf. *op. ind. Laing et décl. Cot*), le Tribunal avait eu à connaître d'une difficulté du même ordre. La représentativité de l'agent n'était pas évidente. Les départements ministériels de Belize semblaient avoir des vues différentes sur la conduite de l'affaire. Mais il n'était pas question d'un éventuel manquement aux principes éthiques fondamentaux.

Un code de conduite ?

54. La mondialisation de la justice internationale doit être saluée comme un progrès. La multiplication et la diversification des contentieux internationaux traduit une volonté de régler les différends internationaux et transnationaux par application de la règle de droit. L'élargissement du barreau international renouvelle heureusement une représentation de qualité, mais très limitée, celle du « barreau invisible » de naguère.

55. Mais le changement de donne conduit à un changement de l'encadrement normatif dans le cadre du procès international. Les objections faites naguère à la formulation explicite de codes de conduite valaient pour le « barreau invisible » (cf. par exemple Berman *in* Zimmerman et al., *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (2006), Art. 42, p. 975-976). Ces objections ne tiennent plus face à la présence, à la barre, d'avocats spécialisés en droit interne, mais souvent ignorants des règles spécifiques du procès international.

56. On peut regretter que le « barreau international » ne soit pas doté d'un ordre professionnel ou d'une instance disciplinaire à laquelle soumettre ce type de problème. L'absence de code de conduite énonçant clairement les règles à respecter complique la situation. Les tribunaux interétatiques tels que la Cour internationale de Justice, ce Tribunal ou les tribunaux arbitraux n'ont aucun pouvoir explicite pour faire prévaloir les principes élémentaires reconnus dans tous les systèmes juridiques internes, alors même qu'un principe aussi essentiel que celui de l'égalité entre les parties est mis à mal par des manœuvres contestables.

57. La difficulté n'est pas juridique, mais politique. J'estime que les pouvoirs inhérents de la juridiction l'autorisent à adopter un code de conduite et donc à signifier clairement aux parties les normes applicables dans la conduite du procès. L'existence d'un code de conduite formelle présenterait des avantages importants. Quant à la procédure applicable, elle permettrait de clarifier la situation en optant pour des règles formelles identifiables.

58. Ainsi, la procédure internationale, on le sait, est de nature accusatoire et non inquisitoire. Mais les règles relatives à l'interrogatoire des témoins sont floues. Elles s'inspirent des règles de la common law, mais sans participer de leur rigueur. Lorsqu'un conseil pose une question suggestive (« leading question »), il est tenu de la reformuler en droit anglo-saxon. Il n'en est pas nécessairement ainsi devant une juridiction internationale. Juges et avocats ne sont pas toujours au courant des subtilités de la procédure. Dans la présente affaire du « *Louisa* », la partie espagnole n'a jamais remis en cause la formulation des questions par le conseil américain,

sauf lorsqu'elle estimait que l'honneur du Royaume était en cause... Une telle asymétrie profite évidemment à la partie qui maîtrise totalement la technique de la procédure accusatoire.

59. La résistance est cependant grande à l'adoption d'un code de conduite par les juridictions interétatiques. Les Etats parties y voient une possible atteinte à leur droit souverain de conduire le procès à leur guise. Je crois l'appréciation erronée en raison de la mondialisation de la justice internationale et de son contentieux. Les Etats devraient plutôt se sentir rassurés par l'existence de règles du jeu explicites qui les mettent à l'abri d'éventuelles manœuvres dolosives. Il faut néanmoins prendre acte de cette résistance actuelle.

60. L'absence de codification ne dispense pas, on l'a vu, du respect des principes éthiques fondamentaux. Elle complique cependant l'application de ces principes. Quant à la procédure, il faut se résigner à de petits arrangements organisés par le président de la juridiction s'il en est temps. A défaut, des décisions peuvent être prises sans avoir été précédées par un débat contradictoire en bonne et due forme, permettant aux parties de s'expliquer sur le manquement allégué. C'est le cas dans la présente affaire, ou ledit manquement supposé a été révélé après la clôture de la procédure orale.

61. La situation est regrettable pour toutes les parties en cause. La partie lésée par l'éventuel manquement ne dispose pas d'une claire possibilité de recours et ne peut donc préciser ses griefs. La partie critiquée pour un éventuel manquement ne peut se justifier. La juridiction se trouve dans une situation embarrassante. Elle est privée de la possibilité d'établir avec certitude la réalité du manquement apparent ou allégué.

62. L'absence de codification complique aussi la question des sanctions. Les codes de bonne conduite adoptés par les juridictions spécialisées comprennent non seulement une procédure particulière, mais une gamme de sanctions. Rien de tel en l'absence d'un texte formel. La juridiction ne peut donc choisir une sanction formelle adaptée à la gravité du manquement considéré.

Les sanctions

63. En l'absence d'un code de conduite signifié préalablement aux parties, il est difficile d'imposer des sanctions formelles. La violation des principes fondamentaux, lorsqu'elle est attestée, n'est pas sans conséquences pour autant. Il y a un prix à payer. Le manquement pèse sans conteste sur le délibéré. Il entache la crédibilité

des affirmations avancées. Si ce manquement est relevé par la juridiction concernée, il porte atteinte à la réputation des conseils responsables dans le petit monde de la justice internationale.

64. D'autres sanctions informelles peuvent être envisagées. Un recours peut être intenté devant la juridiction ordinaire nationale. La formule est prévue dans certains codes de conduite, à la demande de la partie lésée. On peut estimer que cette possibilité entre dans le cadre des compétences inhérentes de la juridiction internationale. L'Etat dont le conseil a mis en péril la cause par un manquement aux principes fondamentaux peut lui-même exercer un recours pour faute devant ses propres tribunaux. Il en est de même pour le particulier sujet de la protection diplomatique. Il peut fort bien introduire une instance en réparation du dommage causé du fait du recours à des pratiques dolosives, ayant eu pour conséquence le débouté ou la condamnation dans l'instance principale du fait de la faute lourde (Sarvarian, *op. cit.*).

65. En l'absence d'un code de conduite en bonne et due forme, il s'agit néanmoins d'un ensemble peu satisfaisant de palliatifs. Il est à souhaiter que vienne le temps où les juridictions interétatiques à vocation générale adopteront des règles claires dans un code de conduite, plutôt que de s'en tenir à l'application, au coup par coup, de principes fondamentaux incontestables mais imprécis du fait même de leur généralité.

66. Le juge se prononce à un moment donné. Il met en œuvre les instruments à sa disposition. Au moins les juridictions internationales doivent-elles avertir les plaideurs de l'existence d'un corps de principes fondamentaux dont elles ont pour charge d'assurer le respect. L'inscription dans les directives de plaidoirie de ce Tribunal d'une référence à ces principes serait une mesure modeste et utile : modeste, puisque les directives n'ont pas de caractère formellement obligatoire ; utile, afin qu'agents et conseils sachent que le manquement aux principes éthiques fondamentaux implicites dans toute procédure judiciaire n'est pas sans conséquence.

III. Fraude ou pas fraude ?

67. On a noté que, dans la plupart des précédents évoqués devant les juridictions internationales, la difficulté avait pu être réglée en cours de procédure sous l'autorité du président. Il n'en est pas de même dans la circonstance présente. Le problème a été révélé après la clôture des débats, empêchant de ce fait le président du Tribunal de trouver une solution. En vérité, il aurait fallu rouvrir les débats pour permettre aux deux parties de s'expliquer sur les dispositions du contrat, c'est-à-dire recommencer la procédure orale, ce qui n'était pas envisageable.

Les apparences

68. Comme l'a rappelé l'Association de droit international dans ses « Principes de La Haye relatifs aux règles éthiques applicables aux conseils plaidant devant les cours et tribunaux internationaux » (2010) :

Un conseil se doit de présenter les éléments de preuve de manière raisonnable et équitable. Il s'abstiendra de présenter ou de se fonder sur des éléments de preuve dont il ou elle sait ou a quelque raison de croire que ces éléments sont faux ou de nature à induire en erreur.

69. Les apparences plaident pour la fraude. Il se peut que certains conseils de Saint-Vincent aient été tenus dans l'ignorance du contrat. Mais le co-agent était parfaitement au courant du contenu de l'accord conclu entre Sage et Tupet. Il en a fait état au dernier jour des plaidoiries orales de Saint-Vincent.

70. Que nous dit le contrat Tupet, découvert par hasard par le Tribunal (« by happenstance », pour reprendre une expression utilisée par les rédacteurs dudit contrat) ? Il établit que les conseils de Saint-Vincent ont sciemment développé, tout au long de la procédure orale, une thèse qu'ils savaient pertinemment être fausse. Ils ont tenté de faire accroire au Tribunal que les dirigeants de Sage n'étaient pas intéressés par la recherche archéologique et que l'objet unique de la campagne du « Gemini III », à leurs yeux, était la recherche d'hydrocarbures.

71. Or le texte du contrat, consacré exclusivement à la recherche archéologique dans la baie de Cadix et au partage des bénéfices entre la société Sage et la société Tupet, est signé personnellement par M. John Foster. Celui-ci s'engage à rémunérer ses associés, MM. Valerio et Bonifacio, ainsi que leurs employés, de manière substantielle par des versements mensuels. Il met à leur disposition un matériel affecté à cette recherche.

Conséquences sur le déroulement de la procédure

72. En l'espèce, il semble que les conseils de Saint-Vincent aient tenté sciemment d'induire le Tribunal en erreur. De plus, ils ont gravement déséquilibré les débats et porté atteinte au principe de l'égalité entre les Parties. Nul doute que, si les conseils de l'Espagne avaient eu connaissance des termes de l'accord conclu entre Sage et Tupet, ils auraient organisé différemment leurs plaidoiries et notamment le contre-interrogatoire des témoins produits par Saint-Vincent.

73. Dans sa déclaration, le co-agent de Saint-Vincent ne fait pas état des indemnités mensuelles versées par Sage à MM. Valero de Barnabe Gonzalez, Bonifacio et leurs assistants. Le détail a son importance, car il indique le lien établi entre les deux parties au contrat au sujet de la recherche d'objets archéologiques. Ces indemnités importantes indiquent au minimum un lien de collaboration active entre M. Foster et MM. Valerio et Bonifacio dans la campagne de fouilles archéologiques sous-marines, sinon un lien de subordination des seconds au premier.

74. Le contrat n'a pas été transmis avant l'audience du lendemain, ce qui aurait permis à la partie adverse d'y répondre dans le cadre de la procédure orale. Il a été transmis une semaine plus tard, alors que la procédure était close.

75. Dans la lettre d'envoi du contrat Tupet, datée du 17 octobre 2012, l'agent adjoint précise que le contrat contient de nombreuses références à la découverte fortuite d'une épave (« happenstance discovery of a shipwrecked vessel »), au droit d'inventeur, au « droit de refus », etc. Il en déduit curieusement que le propriétaire du navire pouvait donc croire que le permis Tupet couvrait la « collection de données ». Il est difficile de croire qu'un homme d'expérience comme M. Foster, ayant engagé des sommes substantielles dans l'affaire, n'ait pas vérifié l'existence ou non des permis nécessaires. Au demeurant, les références répétées dans le contrat aux découvertes « fortuites » indiquent bien la nature de l'opération : si une découverte est dévoilée, elle aura été le fait du hasard et non d'une recherche dûment autorisée par les autorités compétentes . . .

76. De son côté, le Tribunal n'a pas pu éclaircir la question comme il le souhaitait. Un juge posa une question sur le statut des plongeurs se trouvant à bord du « Gemini III » : étaient-ils employés par la société Sage ? Par la société Tupet ? Par les deux ? Si le Tribunal avait eu connaissance du contrat Tupet, le juge aurait certainement élargi la question et demandé si les clauses du contrat prévoyant la rémunération mensuelle des dirigeants de Tupet par Sage avaient été exécutées et pourquoi. Les débats auraient pris un tour différent.

77. La production tardive du contrat Tupet, après la clôture de la procédure orale, a complètement déséquilibré les débats sur la question fondamentale de la nature des activités menées par Sage dans la baie de Cadix et, par conséquent, le bien-fondé des poursuites engagées par les autorités judiciaires espagnoles. Si le contrat Tupet avait été produit en temps utile, c'est-à-dire lors de la procédure écrite, il aurait donné lieu à un débat contradictoire permettant d'en mesurer l'importance et les conséquences.

78. Alors, fraude ou pas fraude ? Le Tribunal, dans sa sagesse, s'est borné à regretter la production tardive du contrat Tupet et à rejeter la demande de Saint-Vincent (paragraphe 47 de l'arrêt). Il pouvait difficilement aller plus loin en l'absence d'une procédure contradictoire organisée pour permettre au co-agent de Saint-Vincent de s'expliquer sur la stratégie adoptée. Rouvrir les débats était peu concevable, d'autant que la partie adverse, l'Espagne, n'avait pas réagi au contenu du contrat et n'avait demandé aucune mesure particulière au Tribunal.

79. On se bornera donc à regretter que cette affaire ait pollué la procédure, « polluted the case », pour reprendre l'expression de sir Elihu Lauterpacht dans l'affaire *Qatar/Bahreïn*.

(signé) Jean-Pierre Cot