

DÉCLARATION DE M. LE JUGE PAIK

(Traduction du Greffe)

1. Je souscris aux conclusions du Tribunal ainsi qu'à la majeure partie du raisonnement qu'il a suivi dans son arrêt. Je tiens toutefois à formuler quelques commentaires sur des questions qui à mes yeux risquent de se représenter au Tribunal, sous une forme ou sous une autre, dans le cadre de procédures dont il sera saisi.

Nationalité du « Gemini III »

2. Il n'est pas contesté que le « Gemini III » ne battait pas pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines au moment de son immobilisation. Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme toutefois qu'il s'agissait d'un « navire auxiliaire » du « Louisa », qui, comme tel, n'était pas tenu d'arborer son propre pavillon. Par cette affirmation, il implique que le « Gemini III » a la nationalité de Saint-Vincent-et-les Grenadines et devrait donc être considéré comme un de « ses navires » au sens de la déclaration qu'il a faite en vertu de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après « la Convention »).

3. La Convention laisse au droit interne des Etats le soin de régler la question de la nationalité des navires. La disposition pertinente de la Convention est l'article 91, qui se lit comme suit :

Article 91

Nationalité des navires

1. Chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire.

2. Chaque Etat délivre aux navires auxquels il a accordé le droit de battre son pavillon des documents à cet effet.

4. Comme le Tribunal l'a affirmé en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, « la nationalité des navires est une question de fait qui, au même titre que d'autres faits contestés portés devant lui, doit être tranchée sur la base des moyens de preuve produits par les parties » (*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les*

Grenadines c. Guinée), arrêt, *TIDM Recueil 1999*, p. 37, par. 66). En cas de différend quant à la nationalité d'un navire, la charge initiale de la preuve incombe à l'Etat qui prétend que le navire a sa nationalité (*Affaire du « Grand Prince » (Belize c. France)*, prompte mainlevée, arrêt, *TIDM Recueil 2001*, p. 38, par. 67). C'est donc à Saint-Vincent-et-les Grenadines qu'il incombe avant tout d'établir qu'il a accordé sa nationalité au « Gemini III » conformément à son droit interne.

5. Saint-Vincent-et-les Grenadines a totalement échoué à cet égard. Malgré la question directe que lui a posée le Tribunal, à savoir « [q]uel est le fondement juridique de la demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines concernant le navire "Gemini III" qui ne bat pas son pavillon ? », il a été incapable de produire des éléments issus des dispositions pertinentes de son droit interne ou de sa pratique pour étayer sa demande, si ce n'est l'argument, déjà invoqué, selon lequel le « Gemini III » était un navire auxiliaire du « Louisa ». Les seuls documents fournis par Saint-Vincent-et-les Grenadines à cette fin étaient la facture portant sur l'acquisition du « Gemini III » datée du 17 février 2005 et le Certificat de petit navire commercial daté du 21 décembre 1999 (voir annexe 3 du mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines du 10 juin 2011). Les documents en question n'apportaient guère d'éclairage sur la nationalité du « Gemini III ».

6. Dans de nombreux Etats, l'immatriculation est le système le plus couramment utilisé pour accorder la nationalité à un navire conformément aux dispositions du droit maritime interne. Elle peut toutefois ne pas être nécessaire pour des navires de petites dimensions qui ne sont pas destinés à la navigation internationale. Quoiqu'il en soit, si la législation ou la pratique de Saint-Vincent-et-les Grenadines en la matière autorise un « navire auxiliaire » à avoir la nationalité du navire-mère sans qu'il soit besoin de l'immatriculer, Saint-Vincent-et-les Grenadines aurait dû produire des éléments de preuve dans ce sens pour établir la nationalité du « Gemini III ».

7. De plus, en admettant même l'existence d'une telle législation ou pratique, le Tribunal aurait du mal à accepter l'affirmation selon laquelle le « Gemini III » a la nationalité de Saint-Vincent-et-les Grenadines du simple fait qu'il est un navire auxiliaire du « Louisa », car, comme il est indiqué au paragraphe 87 de l'arrêt, le « Gemini III » a exercé ses activités indépendamment du « Louisa » pendant la majeure partie de la période en question.

8. En l'absence de tout moyen de preuve, en droit comme en fait, venant confirmer la nationalité du « Gemini III », le Tribunal ne pouvait que conclure que celui-ci n'est pas visé par la déclaration de Saint-Vincent-et-les Grenadines et qu'il n'a donc pas compétence pour connaître de différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de ce navire.

Détermination de l'existence d'un différend

9. En devenant partie à la Convention, tout Etat accepte les procédures obligatoires définies à la partie XV, section 2, de la Convention pour « le règlement de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention » présenté conformément à la partie en question. En l'espèce, les Parties acceptent la compétence du Tribunal qu'elles ont toutes deux choisi comme procédure de règlement des différends dans les déclarations qu'elles ont faites en vertu de l'article 287 de la Convention. Elles sont toutefois en désaccord quant à la nature du différend qui les oppose et sur le fait qu'il porte ou non sur l'interprétation ou l'application de la Convention. La première question à laquelle le Tribunal doit répondre est donc celle de savoir si le différend dont il est saisi concerne l'interprétation ou l'application de la Convention et s'il a donc compétence *ratione materiae* pour en connaître.

10. Pour répondre à cette question, il ne suffit pas de constater qu'une des parties soutient qu'un tel différend existe tandis que l'autre le réfute (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 810, par. 16). La démarche habituelle pour déterminer l'existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application d'un traité consiste à examiner s'il existe un lien ou une connexion entre les faits de la cause présentés par une partie et les dispositions du traité qu'elle invoque. En d'autres termes, les cours et tribunaux internationaux doivent se demander si la demande présentée par la partie « tombe sous le coup » ou « relève » des dispositions particulières qu'elle invoque ou si les dispositions invoquées « couvrent » les faits allégués et les demandes présentées par cette partie.

11. C'est la démarche que le Tribunal a suivie dans son arrêt, qui, en son paragraphe 99, indique :

Pour que le Tribunal puisse déterminer s'il a compétence, il faut qu'il établisse un lien entre les faits allégués par Saint-Vincent-et-les Grenadines et les dispositions de la Convention que Saint-Vincent-et-les Grenadines invoque. En outre, il doit démontrer que la ou les demandes présentées par Saint-Vincent-et-les Grenadines peuvent se fonder sur ces dispositions.

12. Une telle démarche soulève toutefois une autre question, celle de la force que le lien ou la connexion doit avoir pour que l'existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention puisse être établie. Un tel lien doit-il être manifeste ? Ou un lien raisonnable, voire plausible, serait-il suffisant ? Quel critère d'appréciation faut-il appliquer à cet égard ?

13. La jurisprudence du Tribunal sur cette question est peu fournie. Bien qu'il ait dû se poser la question de l'existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention dans le cadre de demandes en prescription de mesures conservatoires, c'est la première fois qu'il doit statuer au fond sur cette question. En revanche, la Cour internationale de Justice (« la Cour ») a une jurisprudence sur cette question, même si elle n'est pas tout-à-fait constante (pour une analyse de la jurisprudence de la Cour, voir *Opinion individuelle de Mme Higgins*, *ibid.*, p. 847 à 861). Il semble que ce manque de constance soit dû à la diversité des faits de la cause dans les affaires dont la Cour a eu à connaître.

14. C'est en partie pour cette raison et en partie parce que la conclusion du Tribunal quant à l'existence d'un différend dans le présent arrêt s'écarte de celle à laquelle il était parvenu sur la même question dans l'ordonnance du 23 décembre 2010 sur la demande en prescription de mesures conservatoires qu'il paraît opportun d'examiner succinctement la question du degré de connexion qui est requis entre les faits allégués par une partie et les dispositions qu'elle invoque.

15. Lors du stade précédent, celui des mesures conservatoires, malgré le désaccord entre les parties quant à l'existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, le Tribunal n'a pas consacré beaucoup d'attention à cette question et a conclu, sans donner d'explication, qu'il « sembl[ait] *prima facie* qu'un différend quant à l'interprétation ou à l'application des dispositions de la Convention existait entre les parties à la date du dépôt de la demande introductive d'instance » (*Affaire du navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, TIDM Recueil 2008-2010, p. 67, par. 56*).

16. Dans mon opinion individuelle, annexée à ladite ordonnance, je faisais les commentaires ci-après sur la question :

bien que les dispositions invoquées par le demandeur comme fondement juridique de ses revendications ne semblent pas être manifestement liées aux faits de l'affaire, le Tribunal n'est pas tenu de déterminer, à ce stade, si les allégations faites par le demandeur sont « suffisamment » soutenables ou plausibles. Le seuil à partir duquel il existe une compétence *prima facie* est plutôt bas, en ce sens que tout ce qui est nécessaire à ce stage, c'est d'établir que le Tribunal « pourrait » être compétent pour connaître du fond. Tant que le Tribunal dit que le demandeur a présenté des arguments soutenables ou plausibles tendant à établir la compétence au fond, la condition nécessaire à la compétence *prima facie* du Tribunal devrait être considérée comme étant remplie. A première vue, au moins une des dispositions invoquées par le

demandeur dans sa requête, l'article 87 de la Convention, pourrait constituer une base d'une affaire soutenable au fond, vu la période déraisonnablement longue d'immobilisation du navire par le défendeur sans qu'un acte d'accusation n'ait été rendu ou qu'aucune des procédures judiciaires nécessaires n'ait été ouverte. Par conséquent, il semble *prima facie* qu'un « différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention » existait entre les parties à la date de dépôt de la requête. (*Opinion individuelle de M. Paik, juge, ibid., p. 73 et 74*)

17. Dans le présent arrêt, s'il n'a pas énoncé expressément le critère à appliquer pour évaluer le lien, le Tribunal s'est employé à vérifier l'applicabilité de chaque disposition invoquée par Saint-Vincent-et-les Grenadines aux faits et aux demandes présentées. Ce faisant, il s'est assuré qu'il n'existait aucun lien raisonnable, et encore moins suffisant, entre les uns et les autres et que les dispositions invoquées ne permettaient pas d'établir l'existence d'un différend entre les Parties au sens de la Convention.

18. Je considère que la démarche suivie par le Tribunal est correcte. La méthode et le critère d'évaluation appliqués pour déterminer la compétence au fond ne sauraient être identiques à ceux qui ont été utilisés dans le cadre de la conclusion *prima facie*. Si le critère d'un « lien plausible » peut être suffisant pour établir la compétence *prima facie*, il ne l'est pas ici, où le Tribunal doit établir sa compétence de manière définitive. Il n'est pas surprenant que l'application de critères distincts pour déterminer le lien établissant la compétence donne lieu à des conclusions différentes. C'est effectivement ce qui s'est passé lors des procédures (préliminaire et principale) engagées devant le Tribunal en l'espèce.

19. Pour déterminer s'il existe entre les parties un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, le Tribunal doit s'assurer dans la mesure du possible, et certainement sans empiéter sur ce qui touche au fond de l'affaire, qu'il existe un lien suffisant entre les dispositions invoquées et les demandes présentées. La question de la compétence doit toujours être étudiée avec grand soin, car elle dépend du consentement des Etats, et ce, d'autant plus qu'il s'agit d'une compétence invoquée au titre de la partie XV, section 2, de la Convention. En effet, contrairement à bon nombre de traités internationaux qui contiennent des clauses compromissaires instituant des procédures obligatoires mais autorisent des réserves à de telles clauses ou des dérogations aux procédures obligatoires, la Convention ne laisse aucune de ces possibilités aux Etats Parties. Il ne s'ensuit pas nécessairement que la partie XV de la Convention doive être interprétée ou appliquée de manière restrictive mais il s'ensuit certainement que le plus grand discernement et une minutieuse analyse juridique s'imposent lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence dans le cadre de procédures obligatoires.

Applicabilité de l'article 87 de la Convention

20. Je souscris aux conclusions du Tribunal concernant l'applicabilité des dispositions de la Convention invoquées par Saint-Vincent-et-les Grenadines. Cependant, compte tenu de ce que j'ai déclaré dans l'opinion individuelle que j'ai citée plus haut (par. 16), il me paraît utile de formuler quelques commentaires, notamment en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 87 de la Convention. A ce propos, je considère qu'à ce stade, le Tribunal ne détermine pas si l'Espagne a violé ou non les dispositions invoquées par Saint-Vincent-et-les Grenadines, question qui touche essentiellement au fond, mais détermine si lesdites dispositions peuvent « couvrir » les demandes présentées par Saint-Vincent-et-les Grenadines et donc être applicables.

21. Saint-Vincent-et-les Grenadines ne conteste pas que le navire « Louisa » a été saisi dans un port espagnol à raison d'actes commis dans les eaux territoriales et dans la mer intérieure de l'Espagne. Il soutient toutefois que ses navires ont été privés « d'accès » à la haute mer du fait de l'« immobilisation injustifiée » à laquelle a procédé l'Espagne (*mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines du 10 juin 2011*, par. 72 et 73). Il affirme également que « cette liberté [la liberté de la haute mer] ne signifie pas grand-chose si un Etat du port est autorisé à immobiliser un navire étranger en alléguant avec des motifs peu fondés une violation de la législation de l'Etat du port mettant en cause le navire » (*réplique de Saint-Vincent-et-les Grenadines du 10 février 2012*, p. 23). Saint-Vincent-et-les Grenadines semble donc faire valoir qu'il a été privé de l'exercice de sa liberté de haute mer, en particulier celle de naviguer en haute mer, du fait de l'immobilisation prolongée de son navire par l'Espagne.

22. Il convient de noter à cet égard que dans l'affaire de l'« ARA Libertad », l'Argentine a avancé un argument analogue à propos de l'immobilisation de la frégate « ARA Libertad ». L'Argentine affirmait que l'immobilisation de la frégate par le Ghana l'empêchait d'exercer sa liberté de la haute mer, notamment la liberté de navigation garantie à l'article 87 de la Convention (*Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012*, par. 43).

23. L'article 87 de la Convention, qui consacre la liberté de la haute mer, fait obligation aux Etats de ne pas empêcher une telle liberté. La question est donc de savoir si la liberté de la haute mer, en particulier la liberté de navigation, prévue par cette disposition inclut le droit d'un Etat d'avoir accès à la haute mer pour y exercer cette liberté ou si cette liberté peut être étendue de telle manière qu'elle englobe le droit de l'Etat du pavillon de s'assurer qu'un navire ayant sa nationalité puisse quitter le port d'un Etat côtier sans que celui-ci n'y fasse obstacle de manière injustifiée.

24. La Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont eu à quelques occasions à examiner la notion de liberté de navigation, quoique indirectement et non dans le contexte de l'article 87 de la Convention. Ainsi, en l'affaire *Oscar Chinn*, la Cour permanente, se référant à des mesures prises par le gouvernement belge pour imposer une réduction des droits de navigation fluviale au Congo belge, a interprété la liberté de navigation comme suit : « La liberté de navigation consacrée par la convention [la Convention de Saint-Germain-en-Laye de 1919] comporte, d'après la notion communément admise, la liberté de mouvement pour les bateaux, la liberté d'approcher des ports, de profiter des ouvrages et docks, de charger et de décharger les marchandises, ainsi que la liberté de transporter des marchandises et des voyageurs » (*Oscar Chinn*, arrêt, 1934, C.P.J.I., série A/B, n° 63, p. 83). De même, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale de Justice a conclu que « le minage des ports nicaraguayens par les Etats-Unis constitue une mesure en contradiction manifeste avec l'article XIX, paragraphe 1, du traité de 1956 [Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et le Nicaragua], qui garantit la liberté de navigation et la liberté de commerce » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, C.I.J Recueil 1986, p. 129, par. 278 et 279). Dans ces deux affaires, l'interprétation donnée à la notion de liberté de navigation n'avait pas un caractère restrictif.

25. Je me dois toutefois de souligner que la liberté de navigation dont il était question dans ces deux affaires était envisagée dans le contexte de traités particuliers conclus entre les parties au différend. Habituellement, la liberté de navigation prévue par les traités d'amitié, de commerce et de navigation donne aux navires de chacune des parties le droit d'accès aux ports et aux eaux de l'autre partie qui sont ainsi ouverts au commerce et à la navigation internationaux. Par conséquent, les conclusions tirées des arrêts susmentionnés doivent être comprises dans ce contexte particulier. Or, la liberté de navigation invoquée par Saint-Vincent-et-les Grenadines l'est en vertu de l'article 87 de la Convention sur la liberté de la haute mer. Il ressort clairement de l'article 86 de la Convention, selon lequel « la présente partie [haute mer] s'applique à toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un Etat, ni dans les eaux archipélagiques d'un Etat archipel », que l'article 87 ne s'applique qu'à la haute mer et, dans une moindre mesure, à la zone économique exclusive, en application de l'article 58, paragraphe 1, de la Convention.

26. L'article 125 de la Convention porte sur les droits d'accès à la mer et depuis la mer et la liberté de transit des pays sans littoral. En particulier, il dispose en son paragraphe 1 que :

Les Etats sans littoral ont le droit d'accès à la mer et depuis la mer pour l'exercice des droits prévus dans la Convention, y compris ceux relatifs à la *liberté de la haute mer* et au patrimoine commun de l'humanité. (Les italiques sont de l'auteur)

De la même manière, l'article 3, paragraphe 1, de la Convention sur la haute mer de 1958 prévoit que « [p]our jouir des libertés de la mer à l'égal des Etats riverains de la mer, les Etats dépourvus de littoral devraient accéder librement à la mer ». Il reste que le droit d'accès à la mer et depuis la mer est réservé aux Etats sans littoral. Il va sans dire que la liberté de la haute mer n'implique pas un droit d'accès général pour tous les Etats.

27. Il convient de rappeler que l'une des caractéristiques les plus importantes de la Convention est qu'elle divise les espaces océaniques en diverses zones maritimes, assorties pour les Etats membres riverains de droits (et/ou compétences) et d'obligations spécifiques. La portée, la nature et l'étendue de ces droits et obligations des Etats parties varient selon la zone considérée. Une telle division des espaces est effectivement un des fondements de l'ordre juridique international régissant les mers et les océans établi par la Convention, qui en est grande partie structuré selon cette division. Il est donc essentiel, lorsque l'on interprète la Convention, de tenir compte des zones maritimes et du contexte dans lequel s'inscrivent les droits et les obligations prévus.

28. La liberté de la haute mer est un des principes les plus anciens du droit international. On sait que la Convention sur la haute mer était, parmi les conventions de Genève de 1958 sur le droit de la mer, le seul instrument qui visait à codifier des principes établis du droit international. Ce que l'on entend par liberté de la haute mer est certes susceptible de changement, et cette notion a d'ailleurs évolué au fil du temps, mais il est établi de longue date qu'il s'agit d'une liberté dont tous les Etats jouissent « en haute mer ».

29. Etendre la liberté de la haute mer pour qu'elle englobe le droit pour un Etat d'avoir accès à la haute mer afin d'y exercer cette liberté n'est prévu ni par le texte des dispositions pertinentes ni par le contexte de la Convention, et n'est pas étayé par la pratique des Etats en la matière. Pour ces raisons, je suis parvenu à la conclusion que l'article 87 de la Convention ne saurait servir de base à la demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines.

(signé) Jin-Hyun Paik