

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. Dans la présente espèce, Singapour (ci-après le défendeur) prétend que la Malaisie (ci-après le demandeur) n'a pas rempli les obligations lui incombant au titre du paragraphe 1 de l'article 283 de la Convention. « 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 en lieu » (Réponse, paragraphe 74, lettre a)).

2. Le défendeur fait valoir que la saisine du tribunal arbitral (prévu à l'annexe VII) par le demandeur était prématurée puisqu'aucun échange de vues n'avait en lieu contrairement à ce qu'exige l'article 283 de la Convention. Le paragraphe 1 de celui-ci se lit:

Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

3. Le demandeur indique, pour sa part, qu'il a demandé à plusieurs reprises la tenue de réunions destinées à examiner les préoccupations de chaque partie en vue de régler le différend à l'amiable. Il fait valoir que le défendeur a refusé à maintes reprises de procéder à des consultations exigeant de la partie adverse qu'elle prouve, au préalable, le bien fondé de sa cause.

Il y'aurait donc un principe d'épuisement préalable des négociations; d'où l'exception *in limine litis*. Ce qui pose le problème de l'*actualité* du différend.

4. La négociation s'entend à la fois comme, un mode de détermination de l'objet du différend et comme un mode de règlement de celui-ci. C'est dans le premier sens que la Cour Permanente explique qu'« 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.I.J. série A n° 2, p. 15*).

5. C'est dire que les parties doivent avoir une attitude qui leur permette de parvenir à un accord. Elles ne sont toutefois pas tenues d'accepter une base de règlement qui mettrait à mal leurs propres intérêts. De même, un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre un échange de vues, lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées (voir TIDM, *Affaire de l'usine MOX*, ordonnance du 3 décembre 2001, paragraphe 60).

6. Il apparaît dans la présente espèce que la persistance du refus, par le défendeur, d'examiner les prétentions de la partie adverse a poussé celle-ci à recourir à la procédure instituée au paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention.

Le demandeur a-t-il ainsi violé les dispositions de l'article 283, paragraphe 1 ?

7. La règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certaines conventions internationales (par exemple, l'Acte général d'arbitrage du 26 septembre 1928, article 38, paragraphe 2). Sa nature coutumière est, en revanche, douteuse. La règle apparaît comme une condition de compétence des juridictions ou comme une condition de recevabilité d'une action introduite par voie de requête.

8. Dans le premier cas, les juridictions internationales examinent les conditions posées et en disposent très facilement. Il s'agit essentiellement d'un examen factuel de l'attitude des deux parties. La démarche de la CIJ pour trancher la question de compétence dans ce domaine est entièrement applicable aux faits de la présente espèce.

La Cour dit :

L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus*

péremptoire de l'une des parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.

Mais si les négociations diplomatiques entre les gouvernements ont eu leur point de départ dans les discussions antérieures, il se peut très bien que celles-ci aient été de nature à rendre superflue une discussion nouvelle des points de vue qui sont à la base du différend. On ne saurait, à cet égard, poser aucune règle générale et absolue; c'est une question d'espèce (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, pp. 345-346).

9. Or, dans la présente affaire, il est évident qu'on a abouti à une impasse sur les questions en litige; les parties parlent même de rupture « break down ».

10. L'épuisement préalable des négociations apparaît également comme un préalable juridique à la saisine de la juridiction internationale. La recevabilité de la requête est alors assujettie au respect de la règle. Celle-ci ne s'impose toutefois que si les parties ont une obligation conventionnelle les liant. C'est dire que la partie invoquant la règle de l'épuisement préalable des négociations doit apporter la preuve qu'un engagement conventionnel en ce sens la lie à la partie adverse.

11. En l'espèce, le défendeur n'a pas prouvé qu'un tel engagement existe entre les parties. C'est dire que le Tribunal est compétent et peut exercer son pouvoir juridictionnel, et entendre les prétentions des parties pour statuer à leur sujet.

12. Si la règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certains traités, elle ne s'impose guère en droit international général. La Cour internationale de Justice a refusé de l'admettre à plusieurs reprises. Elle a même jugé, s'appuyant sur la pratique des Etats, que la requête pouvait lui être soumise alors que les négociations se poursuivaient.

Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a dit :

L'attitude du Gouvernement de la Turquie pourrait donc s'interpréter comme sous-entendant que la Cour ne devrait pas connaître de l'affaire tant que les parties continuent à négocier et que l'existence de négociations activement menées empêche la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce. La Cour ne saurait

partager cette manière de voir. La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Plusieurs affaires, dont la plus récente est celle du *Procès de prisonniers de guerre pakistanaïs* (C.I.J. Recueil 1973, p. 347), attestent qu'il peut être mis fin à une instance judiciaire lorsque de telles négociations aboutissent à un règlement. Par conséquent, le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire (*arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 12, paragraphe 29*); voir en outre affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 440, paragraphes 106-108*; affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303*).

13. Sur la base de ce qui précède, le tribunal aurait pu rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur d'autant qu'il a déjà jugé qu'un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre les procédures prévues à la section 1 de la Partie XV de la Convention lorsqu'il conclut que les possibilités de règlement du différend ont été épuisées (voir TIDM, *Affaires du thon à nageoire bleue, mesures conservatoires*, ordonnance du 27 août 1999, paragraphe 60].

(signé)  
Tafsir Malick Ndiaye