

OPINION INDIVIDUELLE DE M. L'ARBITRE DUPAN

1. Bien que nous soyons entièrement d'accord avec le dispositif de la sentence arbitrale, nous souhaiterions revenir sur deux éléments qui nous paraissent importants. Dans un premier temps, nous reviendrons sur la problématique de la date critique et sur les raisons qui nous ont poussé à suivre le développement proposé par le Tribunal. Dans un second temps, nous préciserons ce qui aurait dû être le raisonnement du Tribunal concernant la non-pertinence de la plaque laissée par les britanniques pour affirmer leur souveraineté sur les îles en 1774.

I. LA DATE CRITIQUE

2. La jurisprudence s'accorde à dire que la date critique est un élément essentiel lorsqu'il s'agit de résoudre un différend territorial. Ainsi, à l'occasion du différend territorial entre le Nicaragua et le Honduras, la Cour internationale de justice s'était exprimée comme suit :

« Dans le contexte d'un différend portant sur une délimitation maritime ou d'un différend relatif à la souveraineté sur un territoire, l'importance de la date critique consiste en ceci qu'elle permet de faire la part entre les actes accomplis à titre de souverain, qui sont en principe pertinents aux fins d'apprécier et de confirmer des effectivités, et ceux postérieurs à cette date, lesquels ne sont généralement pas pertinents en tant qu'ils sont le fait d'un Etat qui, ayant déjà à faire valoir certaines revendications dans le cadre d'un différend juridique, pourrait avoir accompli les actes en question dans le seul but d'étayer celles-ci. La date critique marque donc le point à partir duquel les activités des Parties cessent d'être pertinentes en tant qu'effectivités. » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 698, par. 117).

3. Dans son arrêt *Malaisie c. Singapour*, la Cour s'était également étendue sur l'importance de la date critique en indiquant que la Cour «ne saurait prendre en considération des actes qui se sont produits après la date à laquelle le différend entre les Parties s'est cristallisé, à moins que ces activités ne constituent la continuation normale d'activités antérieures et pour autant qu'elles n'aient pas été entreprises en vue d'améliorer la position juridique des Parties qui les invoquent » (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 682, par. 135).

4. Ainsi donc, la jurisprudence indiquerait bien que la date critique équivaut au moment où le différend se serait cristallisé et à partir duquel les actes souverains n'ont plus d'importance pour déterminer qui est le détenteur du territoire en litige.

Dans le cadre de l'arrêt qui nous occupe, cela signifierait que l'ensemble des actes établis après la date critique ne serait pas pertinent pour que le Tribunal puisse trancher. Toutefois, la jurisprudence n'est pas aussi catégorique. En effet, la Cour indique bien, dans son arrêt *Nicaragua c. Honduras*, que les actes « postérieurs à cette date [...]ne sont **généralement** pas pertinents » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, op. cit., nous soulignons). L'utilisation de l'adverbe *généralement* implique bien que, dans certains cas, les actes postérieurs sont pertinents et peuvent être pris en considération. C'est d'ailleurs ce que la Cour affirme dans un autre de ses arrêts. En effet, dans l'arrêt *Minquiers et Ecréhous*, la Cour se prononce comme suit :

« Mais, à raison des circonstances spéciales de la présente affaire, des actes postérieurs doivent aussi être pris en considération par la Cour, en exceptant les mesures qui auraient été prises en vue d'améliorer la position en droit de la Partie intéressée. Sous bien des rapports, l'activité à l'égard de ces groupes s'est développée graduellement, longtemps avant la naissance du différend sur la souveraineté, et elle s'est poursuivie depuis, sans interruption et d'une manière semblable. Dans ces circonstances, il serait injustifié d'écarter tous les faits qui, au cours de ce développement continu, se sont produits après 1886 et 1888 respectivement » (*Affaire des Minquiers et Ecréhous (France c. Royaume Uni)*, arrêt, C.I.J. recueil 1953, p.60).

5. Dès lors, à l'occasion de cette affaire, la Cour a estimé qu'elle pouvait prendre en compte des actes postérieurs à la date critique, en raison de circonstances spéciales. Nous sommes d'avis que le différend qui nous occupe entre dans la même lignée et que des circonstances spéciales permettent de prendre en compte des éléments postérieurs à la date critique.

6. Tout d'abord, il ne fait aucun doute que le différend entre l'Argentine et le Royaume-Uni s'est cristallisé à l'occasion de la note de protestation envoyée par les britanniques le 19 novembre 1829 contre le décret argentin du 10 juin 1829 constituant le Commandement politique et militaire des îles Malouines. C'est effectivement à cette date que le différend entre l'Argentine et le Royaume Uni s'est cristallisé.

7. Ceci étant, admettre que l'ensemble des actes postérieurs à la date critique de 1829 ne serait pas pertinent reviendrait à commettre deux erreurs. D'une part, un tel raisonnement équivaldrait à effacer plus de 180 ans de présence britannique sur les îles. Cette présence sur les îles aurait pu être de nature à changer fondamentalement les éventuelles conclusions que le Tribunal aurait tirées s'il s'était contenté de regarder les actes antérieurs à la date critique. D'autre part, l'essentiel des arguments britanniques se consentait sur la période postérieure à la date critique décidée par le Tribunal. Il était donc primordial pour le Tribunal d'y

accorder une certaine attention. Dans le cas contraire, l'ensemble des arguments britanniques aurait du être invalidé.

8. A notre sens, le caractère propre au différend ainsi que les arguments britanniques justifient amplement la décision du Tribunal d'accorder une attention particulière aux événements postérieurs à la date critique, contrairement à ce qui se fait dans la plupart des jurisprudences en matière de différend territorial.

II. LE RETRAIT BRITANNIQUE DE 1774

9. Dans son arrêt, le Tribunal a considéré la question du retrait britannique de la manière suivante :

« l'argument du Royaume-Uni selon lequel la plaque laissée par la Grande-Bretagne lors de son départ des îles Malouines en 1774 témoignerait de l'intention de maintenir sa souveraineté ne peut être retenu. En effet, aucun élément fourni par les Parties ne permet de conclure que le Royaume-Uni disposait de la souveraineté sur les îles au moment de son retrait. Le Tribunal est donc d'avis que la plaque laissée n'a aucune incidence sur la question de la souveraineté des îles. Cette conclusion est renforcée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice qui, dans son arrêt concernant *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (Malaisie c. Singapour)*, a estimé que « le déploiement d'un pavillon n'est habituellement pas une manifestation de souveraineté » (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, précité, p. 87, par. 246). Par analogie, le Tribunal considère que le raisonnement de la Cour peut être appliqué à la plaque laissée par le Royaume-Uni et que cette plaque ne peut être considérée comme une marque effective de souveraineté. » (*Affaire concernant la souveraineté sur les îles Malouines (Argentine c. Royaume Uni)*, Tribunal Arbitral, sentence, p.15, par. 72).

10. Bien que nous partagions entièrement la conclusion et l'invalidité de l'argument britannique, nous ne soutenons pas entièrement l'analogie avec l'affaire *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh (Malaisie c. Singapour)*, qui à notre sens est incomplète. En effet, dans cette affaire, la Cour avait déclaré que,

« La Cour souscrit à l'argument de la Malaisie selon lequel le déploiement d'un pavillon n'est habituellement pas une manifestation de souveraineté et que la différence de taille entre les deux îles doit être prise en compte. Elle estime qu'un certain poids peut être néanmoins attribué au fait que la Malaisie, dont l'attention avait été appelée sur la question du déploiement des pavillons par suite de l'incident de Pulau Pisang, ne formula pas de demande similaire au sujet du pavillon hissé sur le phare Horsburgh. En revanche, comme il a déjà été indiqué plus haut, les autorités malaisiennes exprimèrent en 1978 leur préoccupation à propos du drapeau déployé au phare Horsburgh »

((*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*), précité, p. 87, par. 246).

11. Si, à l'occasion de l'affaire portant sur la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, la Cour précise bien que « le déploiement d'un pavillon n'est **habituellement** pas une manifestation de souveraineté » (*Ibid.*, nous soulignons), elle indique également que le déploiement d'un pavillon sur le phare Horsburgh, qui n'avait pas entraîné d'attention particulière de la part de la Malaisie, pouvait éventuellement avoir une certaine signification. La Cour a néanmoins rejeté cet argument en indiquant que les autorités malaisiennes avaient exprimé « en 1978 leur préoccupation à propos du drapeau déployé au phare Horsburgh » (*Ibid.*). A notre sens, l'élément qui semble essentiel ici demeure l'idée de protestation suite au déploiement du pavillon. Ainsi, la Cour aurait pu considérer l'absence de protestation malaisienne suite au déploiement du drapeau sur le phare Horsburgh comme une acceptation de la souveraineté. C'est pour cette raison que la Cour précise qu'*habituellement* un pavillon n'équivaut pas à une manifestation souveraine.

12. De notre avis, le point essentiel, sur lequel le Tribunal aurait dû insister, n'est pas vraiment le fait que la plaque laissée par les britanniques n'équivaut pas à un acte souverain mais plutôt que la destruction de cette plaque par les espagnols en 1775 équivaut véritablement à un refus et à une protestation contre cet acte. Ainsi donc, nous pouvons estimer que si l'Espagne n'avait pas protesté, la plaque laissée par le Royaume-Uni aurait pu être suffisante pour affirmer sa souveraineté.

(Signé) THOMAS DUPAN
