

OPINION INDIVIDUELLE DE MME L'ARBITRE HOFER

1. Le différend que le Tribunal d'Arbitrage était amené à trancher portait sur la souveraineté des Falklands Islands/ Islas Malvinas, objet de contestation entre l'Argentine et le Royaume-Uni depuis presque deux siècles. En décembre 2013, les Parties concernées ont signé le compromis d'arbitrage, demandant au Tribunal de déterminer « si les Iles Falkland/Malvinas appartiennent à la Grande-Bretagne ou à l'Argentine ».

2. Dans sa sentence arbitrale, le Tribunal a conclu que la souveraineté des îles appartient à l'Argentine. Bien que je sois d'accord avec cette conclusion, je suis en désaccord avec le raisonnement suivi par le Tribunal. Mon désaccord porte surtout sur la détermination de la date critique et la manière dont les arguments des Parties ont été divisés en deux parties.

3. Dans son argumentation, l'Argentine a insisté sur le fait qu'il a hérité des îles de l'Espagne dès son indépendance en 1816 et que les argentins administraient les îles de 1820 jusqu'en 1833, date à laquelle les anglais s'imposèrent sur les îles et évacuèrent les argentins. Le Royaume-Uni, quant à lui, s'est appuyé sur la découverte, l'occupation des îles au 18^{ème} siècle, la prescription acquisitive et enfin le droit des habitants des Falklands Islands/ Islas Malvinas à disposer d'eux-mêmes. Il revenait au Tribunal d'évaluer la valeur juridique de ces arguments afin de déterminer à qui appartient les Falklands Islands/ Islas Malvinas.

4. Vu la nature du différend, une des premières choses à faire était de déterminer la date critique. En effet, à la page 11 de la sentence, « le Tribunal rappelle que « lorsqu'il est question d'un différend relatif à la souveraineté sur un territoire (...) la date à laquelle le différend s'est cristallisé est importante » (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J., Recueil 2012, p. 624, par. 67) » Puis, le Tribunal explique l'importance de la date critique, qui 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 ». (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 697-698, par. 117).

5. Le Tribunal cite ensuite le raisonnement de la Cour internationale de Justice, qui explique que la date critique l'empêche de :

« 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 » (Je souligne, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 682, par. 135).

6. Le but de la date critique est alors de figer le différend dans le temps, au moment où celui-ci se cristallise, afin d'empêcher l'une ou l'autre Partie de mener des actions qui joueront en sa faveur. L'avantage principal de la date critique pour un Tribunal est de l'aider à choisir les titres d'acquisition invoqués par les Parties qui sont les plus pertinents, il permet au Tribunal de déterminer la manière dont il va analyser le différend. Ainsi, si l'on se trompe dans l'établissement de la date critique, il y a des chances que cela porte atteinte au traitement des preuves et à l'analyse de fond.

7. En choisissant la date la plus appropriée, le Tribunal doit prendre en considération les arguments avancés par les Parties. Effectivement, la date critique n'est pas un concept rigide et doit être apprécié au cas par cas (*Argentine-Chile Frontier Case, Reports of international arbitral awards*, 1966, volume XVI, pp. 109-182, p. 164). La difficulté pour le Tribunal ici était l'écart temporel des arguments entre les Parties, en effet il semblait que si l'on mettait la date critique à 1829 (la date voulue par l'Argentine) cela portait préjudice au Royaume-Uni dont les arguments

principaux, comme la prescription acquisitive, commençait en 1833. Il me semble que le Tribunal avait trois solutions.

8. La première était de se coller à la définition que la Cour internationale de Justice donne à la notion date critique dans l'affaire *Malaisie c. Singapour* et celle voulue par l'Argentine, à savoir de choisir la date de la première protestation comme le moment de la cristallisation du différend (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 28, par. 34). Dans notre affaire, cela amènerait le Tribunal à retenir la date avancée par l'Argentine, c'est à dire 1829, lorsque les anglais ont protesté contre la nomination d'un gouverneur argentin sur les Falkland Islands/ Islas Malvinas. Le problème posé par cette date est qu'elle empêche le Tribunal de prendre en compte les arguments principaux du Royaume-Uni, qui débutent en 1833. En effet, en fixant la date critique à 1829, le Tribunal devrait écarter les activités « *entreprises en vue d'améliorer la position juridique des Parties qui les invoquent* » (*Indonésie c. Malaisie*, précitée, p. 682, par. 135) or c'est clairement le cas des arguments anglais portant sur la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination.

9. La deuxième solution aurait été de suivre la logique de la Cour internationale de Justice dans l'affaire portant sur la souveraineté des îlots Minquiers et Ecréhous, concernant la France et le Royaume-Uni. Lorsqu'elle devait établir la date critique, la Cour a constaté que :

« 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 [dates critiques revendiquées par les Parties] respectivement. » (*Affaire des Minquiers et des Ecréhous*, arrêt du 17 novembre 1953, C.I.J. Recueil 1953, p. 59-60, voir aussi Giuliana Ziccardi Capaido (éditeur), *Répertoire de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, 1947-1992*, volume II, p. Martinus Nijhoff Publishers, Pays-Bas, 1995, p. 794-795).

10. Ainsi, dans un différend portant sur la souveraineté, lorsque l'activité des Parties sur le territoire contesté se développe longtemps avant la naissance du différend, le Tribunal peut prendre en compte des activités postérieures à la date critique si celles-ci correspondent à la continuation normale d'activités antérieures (voir aussi : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 657, par. 83). Au regard des faits du différend, il est clair que le Royaume-Uni et l'Espagne, et par la suite l'Argentine, mènent des activités sur les îles bien avant la naissance du différend sur la souveraineté. De plus, il y a eu de nombreuses protestations et échanges officiels entre le Royaume-Uni et l'Argentine après 1833, fixant d'avantage leurs positions respectives. Au lieu de prendre la date de la première protestation en 1829, le Tribunal pourrait prendre une date où les négociations entre les Parties sur la souveraineté des îles étaient marquées par un échec, cristallisant l'argumentation juridique des Parties et plaçant la date à une période plus récente. En effet, la Cour internationale de Justice a déjà expliqué qu'un différend entre deux Etats peut apparaître à la suite d'échanges diplomatiques où les Parties concernées ont réellement l'opportunité de formuler leurs opinions juridiques (*Affaire de Interhandel*, Arrêt du 21 mars 1959: C. I. J. Recueil 1959, p.21). En choisissant cette option, cela permettrait au Tribunal de prendre en compte l'argument anglais de la prescription acquisitive tout en retenant les titres argentins. Le Tribunal pourrait également considérer l'année 1833, date où les anglais ont eu recours à la force et s'imposent officiellement sur les Falkland Islands/ Islas Malvinas. C'est à partir de cette année que le différend tel qu'on le connaît aujourd'hui prend forme et les effectivités anglaises sont la conséquence logique de leur action en 1833. C'est parce qu'ils s'estimaient souverain en 1833 que les anglais administrent les îles aujourd'hui.

11. Enfin, la troisième solution aurait été de faire comme le Tribunal d'arbitrage dans le différend Chili/Argentine et de décider qu'il ne fallait pas prendre de date critique : « the Court has considered the notion of the critical date to be of little value in the present litigation and has examined all the evidence submitted to it, irrespective of the date of the acts to which such evidence relates » (*Argentine-Chile Frontier Case, précité*, p. 167). Vu la diversité de titres avancés par chaque Partie, le Tribunal aurait pu accepter de tout prendre en compte sans se soucier de la date critique. Par exemple, les anglais s'estiment souverains en 1765, lorsqu'ils établissent une colonie

sur les îles, et ensuite en 1833, lorsqu'ils reviennent. En analysant les deux arguments, le Tribunal doit prendre en compte le contexte de l'époque afin de juger leur valeur juridique. Les Argentins, pour leur part, ont surtout invoqué l'argument du *uti possidetis juris*, qui dépend de la souveraineté espagnole sur les îles, forçant le Tribunal à prendre en compte d'autres arguments liés au traité de cession et à l'accord hispano-britannique. Enfin, le Tribunal doit établir si les insulaires sont titulaires du droit à l'autodétermination et étudier sa mise en œuvre dans le droit international actuel afin de savoir si ce droit peut s'appliquer aux Falkland Islands/ Islas Malvinas. Etant donné qu'au final le Tribunal a examiné chaque argument des Parties, on aurait pu envisager cette troisième option.

12. La majorité a procédé par la solution qui à mes yeux était la moins logique. Le Tribunal a décidé de considérer que la date critique du différend est 1829, date de la première protestation britannique. De ce fait, il se limite à considérer qui est souverain en 1829, portant préjudice au Royaume-Uni dont les arguments principaux se situent après cette date. Cette décision me paraît mal fondée pour deux raisons. La première porte sur la question qui était réellement posée par les Parties dans leur compromis d'arbitrage et la deuxième correspond à l'objet et le but de la date critique. Les deux problèmes que je soulève ici portent essentiellement sur le raisonnement que le Tribunal a adopté en examinant le différend.

13. Si la majorité a décidé de mettre la date critique à 1829, c'est parce que cette date correspond à celle de la première protestation et ainsi, toujours selon la majorité, au début du différend. Je tiens à souligner que je ne partage pas ce point de vue. Vu l'histoire des îles Malouines, la situation a clairement changé depuis 1829. En effet, à l'époque les Argentins administraient les îles alors qu'aujourd'hui les anglais ont pris cette responsabilité. Ce changement date de 1833 et il me paraît illogique de placer la date critique avant. Le différend tel qu'il se présente aujourd'hui est clairement la conséquence du recours à la force anglais en 1833.

14. De plus, dans le compromis d'arbitrage, on demande au Tribunal de déterminer « si les Iles Falkland/Malvinas appartiennent à la Grande-Bretagne ou à l'Argentine », on demande donc au Tribunal de statuer sur la souveraineté des îles dans le *présent*. La Cour internationale de Justice s'est déjà prononcée sur ce

problème dans l'affaire *Minquiers et Ecréhous*, où la question posée par les Parties en 1950 était la suivante: « La Cour est priée de déterminer si la souveraineté sur les îlots et rochers des groupes des Minquiers, d'une part, et des Ecréhous, d'autre part, dans la mesure où ces îlots et rochers sont susceptibles d'appropriation, appartient à la République française ou au Royaume-Uni ». En réponse à la demande française de déterminer à qui appartenait les îles en 1839 (la date critique revendiquée par la France), la Cour a répondu: « la thèse selon laquelle la Cour devrait déterminer à laquelle des Parties la souveraineté appartenait en 1839 n'est pas non plus conciliable avec le compromis de 1950, qui prie la Cour de dire à quelle Partie la souveraineté appartient à présent » (*Minquier et Ecréhous, précité*, p.59). Ainsi, la Cour a pris en compte tous les éléments qui lui permettaient de déterminer à qui appartenaient les îles contestées, « exceptant les mesures prises pour favoriser la position de l'une des Parties intéressées » (*ibidem*). Bien que les circonstances du présent différend ne soient pas les mêmes que celles dans l'affaire *Minquiers et Ecréhous*, je suis convaincue que le Tribunal aurait d'abord du essayer de statuer dans le présent, et à défaut retourner au 19^{ème} siècle pour déterminer à qui appartenait la souveraineté des Falkland Islands/ Islas Malvinas. L'incohérence du Tribunal se retrouve dans le titre de la première partie de la sentence : « prétentions historiques ». Pour justifier cette méthode, il est même allé jusqu'à reformuler la question posée par les Parties. En effet, pour le Tribunal la question qui lui est posée est d'établir « qui du Royaume-Uni ou de l'Argentine était souverain des îles Malouines » au moment de la date critique (Sentence arbitrale, p. 11, par. 51), or ce n'était pas la question posée par les Parties. Le Tribunal retourne dans le temps pour savoir à qui appartient les îles, alors que ce qui compte est le moment présent et c'est dans le présent que le Tribunal doit statuer.

15. Alors que la majorité était déterminée à être restrictive quant à la définition de la date critique, le raisonnement qui a suivi a forcé le Tribunal à vider la date critique de son essence. Ainsi, bien que la date critique soit à 1829 :

« le Tribunal estime qu'en raison de leur nature particulière, il doit analyser deux arguments postérieurs à la date critique, avancés par le Royaume-Uni. Ces arguments sont la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination. Étant susceptibles d'une part de provoquer une acquisition de titre par

l'écoulement du temps ou d'autre part, de prendre en compte la volonté actuelle des habitants des îles en raison de l'obligation des États de mettre fin au colonialisme, *ces arguments pourraient être de nature d'influencer la décision du Tribunal* » (Je souligne, p. 18, par. 91, de la sentence arbitrale)

16. Les activités que le Tribunal veut analyser débutent en 1833 lorsque les anglais s'imposent sur le territoire par la force. Le Tribunal décide clairement de prendre en compte des arguments postérieurs à la date critique et d'examiner les activités anglaises qui sont susceptibles d'améliorer leur position juridique. Si l'on se place en 1829, on ne peut pas tenir compte de tels arguments. En faisant le contraire, le Tribunal vide la notion de la date critique de tout son sens et bouleverse sa raison d'être juridique. Au lieu d'accepter le fait que la date critique n'est pas un concept rigide, le Tribunal a oublié son but pour se figer à une définition qui a été donnée dans l'affaire Malaisie contre Singapour devant la Cour internationale de Justice en 2008 (voir *supra*).

17. Un précédent qui a peut-être inspiré le Tribunal est l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice portant sur la Namibie de 1971. Dans cet avis, la Cour précise qu'elle « ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53). Or, dans l'avis consultatif, la Cour tient compte de l'évolution du *droit* alors que dans notre affaire le Tribunal veut prendre en compte une évolution de la *situation*. Il ne s'agit clairement pas de la même chose. De plus, si l'on admet que le droit à l'autodétermination correspond à une évolution du droit international suite aux résolutions 1514 et 1541 de l'Assemblée générale des Nations Unies, il n'est pas logique de tenir compte de l'évolution de ce droit si les habitants qui prétendent en être le titulaire sont arrivés après 1829.

18. Ces raisons expliquent pourquoi je ne peux souscrire à la date critique choisie par le Tribunal ni à la logique qu'elle était contrainte de suivre en voulant analyser les arguments du côté britannique. A la place, je proposais soit une autre date critique, en se basant sur la deuxième solution exposée *supra* et en choisissant la date de la

cristallisation du différend, soit d'inverser la logique suivie, en essayant de statuer dans le présent avant de retourner en 1829. En effet, vu la nature controversée de l'existence de la prescription acquisitive en droit international et le droit des habitants des îles Malouines à disposer d'eux-mêmes, il aurait sûrement été plus judicieux d'examiner leur pertinence dans le cadre du différend avant d'examiner les autres arguments. Si aucune solution ne pouvait se dégager en analysant les prétentions plus contemporaines, le Tribunal aurait plus facilement pu justifier pourquoi il devait remonter dans le temps afin de régler le différend. Cela aurait certainement dû être fait pour le droit à l'autodétermination, en effet s'il tenait à s'appliquer, les autres titres n'auraient pas dû être retenus par le Tribunal (voir KOHEN Marcelo, « La fecha crítica y la cuestión de las Islas Malvinas », dans *Revista española de derecho internacional*, Vol. 46 (1994), no. 1, p. 7-37, p. 35). On se soucierait d'avantage du droit du peuple des îles Malouines que des droits invoqués par le Royaume-Uni et l'Argentine. Concernant la prescription acquisitive, afin d'en tenir compte le Tribunal aurait néanmoins été contraint d'examiner la situation en 1833, dans le but de savoir si l'Argentine était souveraine des îles au moment des faits ou pas.

19. De plus, si on avait traité le différend dans le présent, cela aurait permis au Tribunal d'éviter les difficultés liées à la question de la preuve auxquelles il a dû faire face. Il n'était pas toujours aisé de statuer sur un fait qui était très contesté par l'autre Partie alors qu'on disposait de peu de preuves. En effet, le Royaume-Uni s'est concentré sur la prescription acquisitive, par conséquent il n'a pas eu l'occasion de répondre aux arguments avancés par l'Argentine concernant la souveraineté Espagnole ainsi que le traité de cession de 1766 et l'accord Hispano-Britannique de 1771. Afin de combler cette lacune le Tribunal s'est tourné vers d'autres sources, sans avoir eu l'occasion d'entendre la position anglaise.

20. Malgré mon désaccord avec le choix de la date critique et la division des arguments en deux parties qui a suivi, et malgré le fait que j'aurai préféré procéder d'une autre manière, j'adhère à l'analyse juridique du Tribunal sur les prétentions des Parties et aux conclusions auxquelles il a abouties. Bien que je ne sois pas d'accord avec la logique choisie par le Tribunal, cela n'a pas réellement affecté la conclusion finale, surtout parce que la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination ne s'appliquaient pas aux Falkland Islands/ Islas Malvinas. L'analyse des arguments et

des faits tels qu'ils ont été présentés au Tribunal montre que l'Argentine détenait un titre supérieur à celui du Royaume-Uni, et qu'ainsi c'est elle qui était souveraine des îles en 1829. En effet, les espagnols paraissent avoir été plus actifs que les anglais sur les îles, surtout après 1777, date du départ du Royaume-Uni. Même après l'indépendance de l'Argentine, la première protestation anglaise n'est arrivée qu'en 1829. De plus, les Etats-Unis sont intervenus contre la colonie argentine en 1831 et non le Royaume-Uni, laissant entendre que le Royaume-Uni ne se sentait pas très concerné par l'usage que l'on faisait des îles. Ainsi, à travers son comportement absent, le Tribunal ne pouvait pas conclure que le Royaume-Uni était souverain en 1829.

(Signé) Alexandra HOFER