

LES MESURES CONSERVATOIRES PRESCRITES  
PAR L'ORGANE INCOMPÉTENT:  
UNE ANALYSE DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

[Las medidas provisionales fijadas por el órgano incompetente:  
Un análisis del contencioso internacional]

[The Provisional Measures Prescribed by Incompetent Body:  
An Analysis of International Litigation]

André DE PAIVA TOLEDO\*  
Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil

RESUMEN

El trabajo propone una nueva interpretación de la revocación de las medidas provisionales. Se analiza las normas procesales específicas, comparándolas con decisiones de la justicia internacional, para verificar una cierta contradicción sistemática sobre el tema, en particular sobre la revocación de las medidas prescritas después de la decisión de incompetencia. El trabajo trata de reinterpretar estas normas de procedimiento, dándoles

ABSTRACT

This work proposes a new interpretation of the revocation of interim measures. Specific procedural rules are analyzed by comparing them with rulings handed down by international courts to verify a systematic contradiction regarding this matter, particularly about the revocation of time-barred measures after the ruling of lack of jurisdiction. The work attempts to re-interpret these

RECIBIDO el 12 de enero y ACEPTADO el 30 de marzo de 2015

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Panthéon-Assas Paris II; licenciado y magíster en derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Profesor del programa de magíster en Derecho de la Escuela Superior Dom Helder Câmara. Dirección postal: Rua Rio de Janeiro 855/1001, Centro 30160-041, Belo Horizonte, MG, Brasil. Correo electrónico: depaivatoledo@gmail.com

un significado más apropiado para su aplicación.

rules of procedure, giving them a more suitable meaning for application.

PALABRAS CLAVE

Medidas provisionales – Competencia *prima facie* – Incompetencia para conocer el mérito del caso – Revocación de las medidas provisionales.

KEYWORDS

Interim measures – *Prima facie* jurisdiction – Lack of jurisdiction to hear the merits of the case – Revocation of interim measures.

## I. INTRODUCTION

Le recours à un organe juridictionnel doit suivre le principe du consensualisme, selon lequel aucun État ne peut être jugé par une cour ou un tribunal sans avoir donné préalablement son consentement exprès. Cette garantie fait partie du principe de souveraineté, qui est la norme fondamentale du droit.

En l'absence d'un consentement spécifique pour la compétence dans une affaire déterminée, la cour ou le tribunal doivent examiner immédiatement l'existence du consentement général de l'État contre lequel le procès est établi à fin de décider leur compétence pour connaître de l'affaire au fond.

Cette décision n'empêche pas cet État de présenter lui aussi une exception préliminaire d'incompétence de la cour ou du tribunal, s'il estime qu'il n'existe pas de consentement général. Suite à cette demande, l'organe juridictionnel doit réexaminer la question et peut arriver à la conclusion qu'en fait, il n'y a pas de compétence pour juger le différend.

La décision d'incompétence de la cour ou du tribunal pour connaître de l'affaire au fond implique la fin de la procédure sans le jugement définitif du litige. Le problème surgit dans la situation où la cour ou le tribunal, avant la décision d'incompétence, ont prescrit des mesures conservatoires.

L'objectif de cet article est donc de bien analyser cette dernière situation problématique en donnant quelques indications pour une nouvelle interprétation juridictionnelle concernant le destin des mesures conservatoires prescrites avant la décision d'incompétence de la cour ou du tribunal.

## II. LA PRESCRIPTION DES MESURES CONSERVATOIRES: LES RAPPORTS ENTRE LA COMPÉTENCE “PRIMA FACIE” ET CELLE POUR CONNAÎTRE DE L'AFFAIRE AU FOND

Le grand problème du système de la prescription des mesures conservatoires par les organes internationaux concerne la demande faite avant l'attribution définitive, par la cour ou le tribunal, de la compétence pour

connaître de l'affaire au fond. Il est possible, si les circonstances l'exigent, que l'organe juridictionnel saisi d'une affaire prescrive immédiatement des mesures conservatoires, sans que l'examen de la compétence ne soit pleinement réalisé.

La compétence pour connaître de l'affaire au fond est une condition inhérente à la décision en prescription de mesures conservatoires. Si elle n'est pas encore définitivement déterminée, la cour ou le tribunal ne peuvent pas avancer en prescrivant des mesures obligatoires aux États parties. Par contre, les mesures conservatoires existent justement pour protéger, en cas d'urgence, les droits des États parties et viabiliser le règlement du différend par la cour ou le tribunal.

Face à ce paradoxe, la jurisprudence internationale a développé une conception selon laquelle la cour ou le tribunal peuvent prescrire des mesures conservatoires dans la mesure où les éléments de l'action leur permettent d'examiner, au moins *prima facie*, la compétence pour connaître de l'affaire au fond<sup>1</sup>.

Le concept de compétence *prima facie* pour connaître d'une affaire au fond est simplement un premier examen de l'affaire par la cour ou le tribunal. C'est un point de vue juridictionnel provisoire sur la compétence pour le jugement. L'organe juridictionnel doit vérifier, d'où il est, s'il y a la compétence pour connaître de l'affaire au fond. Cette dernière est la condition *sine qua non* pour toute décision juridictionnelle, même les décisions provisoires. La cour ou le tribunal, qui prescrivent des mesures conservatoires avant la décision définitive de l'affaire, doivent agir suite à la constatation de l'existence, au moins apparente, de la compétence<sup>2</sup>.

L'exigence de la compétence, au moins *prima facie*, pour juger le différend a été consolidé dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, en ce qui concerne l'adoption des mesures conservatoires de protection des droits des États en litige<sup>3</sup>. *A contrario sensu*, la cour ne doit pas prescrire des mesures conservatoires, si sa compétence pour juger le litige international n'est pas, au moins, raisonnablement probable<sup>4</sup>. La notion de compétence *prima facie* est devenu l'élément central de la prescription des mesures conservatoires dans le droit international.

---

<sup>1</sup> ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 103.

<sup>2</sup> Ibid., p. 541.

<sup>3</sup> ROSENNE, Shabtai, *A Role for the International Court of Justice in Crisis Management?* en KREIJEN, Gerard. *State, Sovereignty and International Governance* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 212.

<sup>4</sup> ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 96.

La cour a déjà déterminé que la notion de compétence *prima facie* concerne simultanément les États parties et l'objet du litige. Puisque les États sont, en majorité absolue, parties au *Statut* de la Cour, celle-ci fait normalement trop attention à la compétence matérielle avant de décider la question des mesures conservatoires<sup>5</sup>. L'examen provisoire de la compétence doit être réalisé *in concreto* par la cour chaque fois qu'une demande en prescription de mesures conservatoires lui est soumise.

En ce qui concerne le Tribunal International du Droit de la Mer, il peut y avoir prescription des mesures conservatoires en vertu de deux normes différentes : le § 1 et le § 5 de l'article 290 de la "Convention de Montego Bay" de 1982. Dans le droit de la mer, il y a donc deux procédures où les mesures conservatoires peuvent être prescrites.

La première procédure est relative au pouvoir de la cour ou du tribunal d'assurer l'existence de l'objet du litige lors du jugement final de l'affaire en prescrivant des mesures conservatoires des droits des États parties ou de l'environnement marin. C'est la situation ordinaire prévue aussi dans l'article 41 du *Statut* de la Cour. En ce qui concerne le droit de la mer, la cour ou le tribunal doivent constater que les informations relatives à l'affaire lui permettent de conclure favorablement à l'existence de la compétence pour la connaître au fond, au moins, *prima facie*<sup>6</sup>.

La seconde procédure prévue pour les mesures conservatoires dans la "Convention de Montego Bay" de 1982 se réfère à l'exercice provisoire par une cour ou un tribunal de la compétence d'un tribunal arbitral en constitution, en vue de la prescription, à sa place, des mesures conservatoires urgentes et nécessaires. Exception faite du remplacement provisoire, le système ordinaire des mesures conservatoires de protection est toujours le même. C'est pourquoi la cour ou le tribunal remplaçants doivent examiner l'existence, au moins *prima facie*, de la compétence du tribunal arbitral avant de prescrire en son nom des mesures conservatoires<sup>7</sup>.

Dans les affaires du "thon à nageoire bleue" et de "l'usine MOX", le tribunal a dû vérifier la compétence *prima facie* du tribunal arbitral qui devait être constitué pour connaître de l'affaire au fond avant d'examiner, en tant que remplaçant, la demande en prescription de mesures conservatoires faite par un État partie au différend<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 532.

<sup>6</sup> Ibid., p. 127.

<sup>7</sup> ROMANO, Cesare, *The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come... Like it or Not*, en *Ocean Development & International Law*, 32 (2001), p. 324.

<sup>8</sup> ROTHWELL, Donald, *The Contribution of ITLOS to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution*, en NDIAYE, Tafsir Malick - WOLFRUM,

La fonction de la prescription des mesures conservatoires est d'empêcher que l'objet du différend ne soit détruit comme conséquence des actions souveraines des États parties. Il est donc aussi essentiel qu'elles n'anticipent pas une décision sur le fond. Dans la mesure où celle-ci doit être le résultat de la procédure contradictoire principale, une décision définitive doit être rendue après l'analyse de tous les arguments. Les mesures conservatoires existent uniquement pour garantir le jugement final du différend, pas pour l'anticiper<sup>9</sup>.

En raison de la fonction protective des mesures conservatoires, l'analyse d'une demande en prescription doit avoir une priorité absolue et même précéder la décision définitive sur la compétence pour connaître de l'affaire au fond. Le pouvoir de prescrire ces mesures de protection est fruit de la compétence, mais celle-ci peut être déterminée provisoirement en vertu de l'urgence des circonstances<sup>10</sup>.

Dans l'affaire "Interhandel", la cour a décidé que la procédure en prescription de mesures conservatoires est aussi indépendante "par rapport à celle des exceptions préliminaires"<sup>11</sup>. La cour peut donc prescrire des mesures conservatoires de protections de droits des États parties à une affaire, même si sa compétence pour connaître du différend au fond est contestée ou si une partie est absente de la procédure. Le plus important est que la compétence soit examinée et que la menace pesant sur les droits soit significative et urgente.

Indépendamment de la décision sous la compétence *prima facie* dans la procédure accessoire, le tribunal doit par la suite déterminer définitivement leur compétence pour connaître de l'affaire avant de passer au fond. L'examen de la compétence *prima facie* n'est pas suffisant pour mettre fin à un différend. Il faut avoir la compétence définitive et permanente. La détermination définitive de la compétence est réalisée pendant la procédure sur le fond<sup>12</sup>.

L'examen définitif de la compétence pour connaître d'une affaire au fond est un pouvoir exclusif de la cour ou du tribunal saisis du litige international. L'organe juridictionnel est compétent pour définir *ex officio*

---

Rüdiger, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2007), p. 1.013.

<sup>9</sup> COLLINS, Lawrence, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 234 (1992), p. 217.

<sup>10</sup> EISEMANN, Pierre-Michel, *Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de Justice*, en *Annuaire Français de Droit International*, 19 (1973), p. 358.

<sup>11</sup> EISEMANN, P.-M., cit. (n. 10), p. 359.

<sup>12</sup> ROMANO, C., cit. (n. 7), p. 324.

sa compétence, si les États parties présentent préalablement à la discussion de fond une exception d'incompétence. Dans ce cas, le tribunal doit suspendre la procédure sur le fond et régler en premier lieu la question de la compétence pour connaître de l'affaire au fond, condition indispensable pour juger le litige international. L'examen d'une exception préliminaire d'incompétence est réalisé dans une procédure accessoire à la procédure principale<sup>13</sup>.

Dans les affaires du “thon à nageoire bleue”, le tribunal a dû définir la compétence pour connaître de l'affaire au fond du tribunal arbitral qui devait être constitué. La conclusion était qu'il y avait la compétence *prima facie* du tribunal arbitral pour juger le différend au fond<sup>14</sup>, bien que le juge Shearer ait souligné dans son vote que la démonstration de la compétence du tribunal arbitral était plus robuste que celle qui avait été exigée pour la compétence *prima facie*. Pour lui, la compétence du tribunal arbitral pour connaître de l'affaire au fond devait être vue comme “clearly established”<sup>15</sup>. Ce n'était pas l'opinion majoritaire du tribunal, qui a préféré décider en faveur de l'existence de la compétence *prima facie*—ce qui n'a pas empêché la prescription des mesures conservatoires, conformément à l'article 290, § 5 de la “Convention de Montego Bay” de 1982.

Cette différenciation pourrait être importante dans la procédure sur le fond lors de la présentation d'une exception préliminaire d'incompétence. La décision définitive à propos de la compétence dans la procédure des mesures conservatoires pouvait soutenir la même décision que celle de l'exception préliminaire. À partir du moment où la cour ou le tribunal décide en faveur de la compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond, cette décision est beaucoup plus faible et peut par conséquent être contestée de façon plus vigoureuse par un État partie à la procédure de l'exception préliminaire.

Indépendamment du contenu de la décision sur le degré de certitude de la compétence pour prescrire des mesures conservatoires, cette manifestation juridictionnelle ne préjuge pas la question de la compétence

<sup>13</sup> EISEMANN, P.-M., cit. (n. 10), p. 373.

<sup>14</sup> COLSON, David A. - HOYLE, Peggy, *Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?* en *Ocean Development & International Law*, 34 (2003), p. 73.

<sup>15</sup> HOROWITZ, Deborah, *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v Japan) (Jurisdiction and Admissibility); The Catch of Poseidon's Trident: The Fate of High Sevv Fisheries in the Southern Bluefin Tuna Case*, en *Melbourne University Law Review* 26 (2001), p. 816. En traduction libre de l'anglais : “clairement établi”.

qui peut être discutée dans la procédure sur le fond à travers l'application d'une exception d'incompétence<sup>16</sup>.

La cour ou le tribunal peuvent, préliminairement à la procédure sur le fond, réexaminer la question de la compétence pour connaître de l'affaire au fond, indépendamment de la nature de la décision prise dans la procédure des mesures conservatoires<sup>17</sup>. Celle-ci est accessoire au règlement du différend, mais indépendante par rapport à la procédure sur le fond.

Souvent, la procédure sur le fond est achevée sans décider définitivement le différend. La procédure des mesures conservatoires est accessoire et dépendante du règlement du différend. Les procédures accessoire et principale sont, en vérité, deux procédures indépendantes, qui existent en faveur du règlement du différend.

En 1976, dans l'affaire du "plateau continental de la mer Egée", la cour a décidé que, dans la procédure des mesures conservatoires, la cour n'était pas appelée à traiter du fond de l'affaire, ce qui impliquait la possibilité juridique de réexaminer toutes les questions pertinentes à la procédure principale et indépendante sur le fond sans aucune existence de *res iudicata*, soit sur la compétence, soit sur le fond même<sup>18</sup>.

Cependant, il peut arriver que le tribunal conclut ensuite, pendant la procédure principale (qui est normalement plus tranquille), qu'ils n'étaient pas convaincus de l'existence de la compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond<sup>19</sup>. C'est le prix à payer pour permettre la prescription des mesures conservatoires par une cour ou un tribunal compétent *prima facie* pour juger le litige. Face à cette probabilité, l'on doit continuer à analyser la logique du système normatif de la prescription des mesures conservatoires.

Dans la mesure où la procédure des mesures conservatoires est indépendante de la procédure sur le fond, il est possible que deux organes juridictionnels différents décident chacun une procédure. Mais, comme le tribunal qui décide la procédure sur les mesures conservatoires doit

---

<sup>16</sup> OELLERS-FRAHM, Karin, *Expanding the Competence to Issue Provisional Measures. Strengthening the International Judicial Function*, ahora, en VON BOGDANDY, Armin - VENZKE, Ingo (editors), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2012), pp. 395-396.

<sup>17</sup> KWIATKOWSKA, Barbara, *The Southern Bluefin Tuna Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle*, en *Ocean Development & International Law*, 34 (2003), p. 373.

<sup>18</sup> ODA, Shigeru, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 244 (1993), p. 68.

<sup>19</sup> COLLINS, L., cit. (n. 9), p. 220.

avoir la compétence pour connaître de l'affaire au fond, cela signifie que la compétence pour les mesures conservatoires est la même que pour le fond. Donc, deux organes juridictionnels peuvent exercer la même compétence dans deux procédures indépendantes. La "Convention de Montego Bay" de 1982 a donc pu prévoir la possibilité que le tribunal prescrive des mesures conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral.

Les organes juridictionnels, notamment la Cour Internationale de Justice, ont commencé peu à peu à discuter les relations possibles entre l'autorité qui juge le fond et l'autorité qui prescrit les mesures conservatoires. Ce courant jurisprudentiel estimait possible que chaque autorité puisse exercer sa compétence dans chaque procédure, bien que celles-ci soient connectées par un différend commun. Dans la mesure où il s'agissait de deux procédures indépendantes dont l'origine remontait à un différend commun, il était possible que deux organes juridictionnels différents décident chacun une procédure différente<sup>20</sup>.

### III. L'INSTABILITÉ DES MESURES CONSERVATOIRES

Les critiques disaient, à leur tour, que cette idée était juridiquement impossible parce que, même s'il s'agissait de deux procédures différentes et indépendantes, la compétence était unique, ce qui empêchait deux organes juridictionnels de prendre chacun une décision indépendante. L'autorité qui a la compétence pour connaître de l'affaire au fond est la même que celle qui doit prescrire les éventuelles mesures conservatoires<sup>21</sup>.

Cette dernière conception est celle qui a prévalu, au prix de l'impossibilité de protection provisoire des droits des États parties à une affaire pendant la période de constitution d'un tribunal non permanent. Cependant, à partir de la signature de la "Convention de Montego Bay" de 1982, il est devenu juridiquement possible, dans le droit international de la mer, que deux organes juridictionnels différents exercent la même compétence pour décider deux procédures liées à l'origine et indépendantes dans le résultat.

Cette possibilité juridique est établie par l'article 290, § 5 qui dispose que "*en attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend [...] le Tribunal International du Droit de la Mer [...] peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires [...] s'il considère, prima facie, que le tribunal devant être constitué aurait compétence [...]*"

<sup>20</sup> AMERASINGHE, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals* (The Hague, Kluwer Law International, 2003), p. 348.

<sup>21</sup> AMERASINGHE, Ch., cit. (n. 20), p. 349.

Le tribunal de Hambourg doit donc examiner la compétence, au moins *prima facie*, d'un autre tribunal, qui est le tribunal arbitral en constitution. Le tribunal doit examiner la compétence qui ne lui appartient originellement pas avant de l'exercer en tant que remplaçant<sup>22</sup>. Dans l'hypothèse du § 5 de l'article 290 de la "Convention de Montego Bay" de 1982, le tribunal doit préliminairement vérifier la compétence de jugement du tribunal et, postérieurement, exercer cette compétence en son nom mais en tant que remplaçant. Il a donc pu affirmer, lors de l'affaire de "l'usine MOX", qu'il se déclarait *prima facie* compétent pour décider la demande en prescription de mesures conservatoires au nom du tribunal arbitral en constitution.

La compétence du Tribunal International du Droit de la Mer pour prescrire des mesures conservatoires en son propre nom en tant que remplaçant du tribunal arbitral en constitution ne doit pas être interprétée isolément, mais à la lumière du système juridique selon lequel le tribunal peut agir librement dans cette procédure accessoire en exerçant pleinement la compétence pour connaître de l'affaire au fond. C'est uniquement au moment de la constitution pleine du tribunal arbitral que ce dernier prend le pouvoir et assume la procédure. Par conséquent, le tribunal ne peut plus prescrire des mesures conservatoires. Jusqu'au moment de la constitution du tribunal arbitral, si le tribunal constate l'existence de la compétence du tribunal, au moins *prima facie*, pour connaître de l'affaire au fond, il peut ordonner, modifier ou rapporter continuellement des mesures conservatoires de protection des droits menacés des parties et de l'environnement marin.

Dès que le tribunal arbitral assume l'affaire, celui-ci peut examiner toute demande en prescription de mesures conservatoires, même celles qui, éventuellement, n'étaient pas prescrites par le tribunal pendant la période où il était l'autorité remplaçante pour les mesures conservatoires. Le tribunal arbitral doit donc lui aussi vérifier, indépendamment de toute décision antérieure, l'existence de la compétence pour connaître de l'affaire au fond avant de prescrire d'éventuelles mesures conservatoires ou avant d'aller au fond de l'affaire. La décision prise sur ce sujet par le tribunal ne préjuge pas la question<sup>23</sup>.

La Cour Internationale de Justice adopte une approche selon laquelle elle est toujours compétente *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond,

---

<sup>22</sup> LALY-CHEVALIER, Caroline, *Activité du Tribunal International du Droit de la Mer (2001-2002)*, en *Annuaire Français de Droit International*, 48 (2002), p. 374.

<sup>23</sup> BOSMAN, Lise - CLARK, Heather, *The MOX Plant case (Ireland-United Kingdom): Record of Proceedings 2001-2008* (Permanent Court of Arbitration Award Series, The Hague, PCA, 2010), p. 9.

dans le cas où l'absence de compétence n'est pas manifeste<sup>24</sup>. Pour qu'il y ait la compétence *prima facie*, il est simplement nécessaire que l'incompétence ne soit pas évidente. C'est la même logique pour l'examen réalisé par le Tribunal International de Droit de la Mer en tant que remplaçant d'un tribunal arbitral en constitution<sup>25</sup>.

Cette conception juridique plus ouverte donne souvent lieu à des situations où l'organe juridictionnel applique le principe *in dubio pro iurisdictione* pour constater l'existence de la compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond comme condition de la prescription de mesures conservatoires, mais, ensuite, lors de l'examen de la procédure sur le fond, il constate qu'en vérité il n'y a pas de compétence pour juger le différend<sup>26</sup>.

Tandis que la prescription des mesures conservatoires par le tribunal en vertu du § 1 du même article 290 concerne l'exercice de la compétence originaire, celle relative au § 5 concerne l'exercice de la compétence secondaire, c'est-à-dire, l'exercice en remplacement du tribunal compétent<sup>27</sup>. Le tribunal ne peut donc prescrire des mesures conservatoires que pendant la période de constitution du tribunal arbitral. Ce moment de la pleine constitution de l'organe juridictionnel compétent pour connaître de l'affaire correspond à la perte de pouvoir du tribunal en faveur du tribunal arbitral. Deux tribunaux peuvent exercer la même compétence, mais jamais simultanément.

C'est grâce à l'indépendance de la procédure des mesures conservatoires et à leur fonction de protection provisoire des droits des parties à une affaire sans la connaître au fond, qu'une décision peut être prise unilatéralement, à défaut d'un des États. Le principe du contradictoire procédural est la condition d'une décision définitive<sup>28</sup>.

Si un État partie informe la cour ou le tribunal qu'en principe il n'accepte pas leur compétence, mais ne la contestera pas dans la procédure accessoire et indépendante des mesures conservatoires, la cour ou le tribunal peuvent examiner tranquillement les circonstances de fait et de droit pour savoir si la prescription des mesures est nécessaire. Ils doivent simplement vérifier l'existence de la compétence pour connaître de l'affaire au fond et l'urgence des mesures conservatoires<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> COLLINS, L., cit. (n. 9), p. 220.

<sup>25</sup> ROMANO, C., cit. (n. 7), p. 324.

<sup>26</sup> ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law: General Course on Public International Law*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 291 (2001), p. 98.

<sup>27</sup> ROSENNE, Sh., *Perplexities*, cit. (n. 26), p. 55.

<sup>28</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 525.

<sup>29</sup> ROSENNE, Sh., *Perplexities*, cit. (n. 26) p. 86.

En 1951, dans le cadre de la cour, le Royaume-Uni a présenté une demande en prescription de mesures conservatoires dans l'affaire "Anglo-Iranian Oil Company" suite aux nationalisations pétrolières du Dr. Mossadegh. L'Iran, à son tour, a affirmé que la cour était incompétente pour connaître de l'affaire au fond et a donc décidé de ne pas agir dans la procédure accessoire<sup>30</sup>. Cela n'empêchait pas la cour de prescrire des mesures conservatoires<sup>31</sup>. Sans la présence d'une partie au différend, la cour ou le tribunal peuvent prescrire des mesures conservatoires pour empêcher une situation d'urgence<sup>32</sup>.

La prescription des mesures conservatoires par la cour ou le tribunal, en l'absence d'un des États parties au différend, est une sorte de jugement par défaut. Dans la mesure où il s'agit d'une décision provisoire dans l'affaire, c'est aussi une décision définitive dans la procédure. C'est pourquoi, bien que la décision soit toujours en vigueur et obligatoire, l'État absent peut revenir lors de la procédure sur le fond en présentant toutes les exceptions préliminaires pertinentes<sup>33</sup>.

L'indépendance de décision de la cour ou du tribunal lors de la procédure des mesures conservatoires est énoncée dans l'article 75 du *Règlement* de la cour qui affirme au § 2 que "*lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, la cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande*".

Bien que le *Règlement* de la Cour lui permette d'indiquer des mesures conservatoires *proprio motu*, c'est-à-dire, sans une demande préalable de la partie intéressée –ce qui est aussi une preuve de son indépendance pour décider cette question accessoire–, la réglementation du tribunal est plus restreinte. Celui-ci ne peut pas prescrire des mesures conservatoires *proprio motu*, mais il doit attendre la provocation d'un État intéressé<sup>34</sup>. Après la demande en prescription de mesures conservatoires, le tribunal peut en décider librement.

C'était le contexte de l'action du tribunal pendant les affaires du "thon à nageoire bleue" dans lesquelles il a rejeté les contestations japonaises de

---

<sup>30</sup> UNITAR, *Rosenne's the World Court: What It is and how It works* (6<sup>a</sup> édition, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p. 145.

<sup>31</sup> EISEMANN, P.-M., cit. (n. 10), p. 354.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>33</sup> CALVO, Carlos, *Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public* (Clark, The Lawbook Exchange, 2009), p. 123.

<sup>34</sup> ROSENNE, Shabtai - SOHN, Louis (editors), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a Commentary* (University of Virginia, Center for Oceans Law and Policy, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989), V, pp. 53-54.

la compétence du tribunal arbitral en constitution, vérifié l'existence de la compétence *prima facie* de celui-ci pour connaître de l'affaire au fond et prescrit six mesures conservatoires en faveur de l'Australie et de la Nouvelle Zélande<sup>35</sup>. Un cas: "On 27.08.1999, ITLOS found that it had jurisdiction to deal with provisional measures and ordered an immediate cessation of the EFP pending a full hearing"<sup>36</sup>. Soulignons que le tribunal a exercé sa compétence pour connaître de l'affaire au fond sans pouvoir aller au fond. Cela confirme qu'il s'agit de deux procédures et d'une seule compétence. Pendant cette affaire, le tribunal a dû vérifier préalablement que le tribunal arbitral était compétent *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond<sup>37</sup>. Cette vérification était une décision unanime des juges du tribunal<sup>38</sup>.

Après la prescription de mesures conservatoires, la cour ou le tribunal compétents pour juger l'affaire au fond doivent continuellement réexaminer les circonstances de fait afin de maintenir la fonction de protection des droits des États parties avant la décision définitive du différend. Cela signifie que l'organe juridictionnel compétent peut, à tout moment, modifier le statut des mesures conservatoires prescrites<sup>39</sup>.

Toutes les normes sur la prescription des mesures conservatoires sont caractérisées par la prévision de la nécessité d'une adaptation constante aux circonstances de fait, ce qui est propre aux caractères de la précarité de leurs effets et à la fonction de protection des droits concernés par l'affaire<sup>40</sup>.

Il faut cependant que les règles de l'exercice de la compétence prévoient cette prérogative. De fait, l'article 75, § 1 du *Règlement* de la Cour dispose que "*la Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires*". Cela ne correspond pas à la réouverture de la procédure accessoire de mesures conservatoires, mais uniquement à l'adéquation des mesures à la réalité.

Dans le cadre de l'article 290, § 5 de la "Convention de Montego

<sup>35</sup> KWIATKOWSKA, Barbara, *The Australia and New Zealand v. Japan Southern Bluefin Tuna (jurisdiction and admissibility) award of the first LOSC Annex VII Arbitral Tribunal* (Lake Mary, Vandeplass Publishing, 2006), p. 10.

<sup>36</sup> SALAMA, Randa, *Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes*, en *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, 19 (2005), p. 36. En traduction libre de l'anglais: "Le 27 août 1999, le Tribunal international de la Mer estima qu'il avait compétence pour traiter des mesures conservatoires et ordonner la cessation immédiate du PPE [programme de pêche expérimentale] pendant l'audience complète".

<sup>37</sup> COLSON, D. - HOYLE, P., cit. (n. 14), p. 65.

<sup>38</sup> ROMANO, C., cit. (n. 7), p. 324.

<sup>39</sup> OKOWA, Phoebe, *L'affaire Géorgie c. Russie: un commentaire*, en *Journal Judiciaire de la Haye*, 3 (2008) 3, p. 51.

<sup>40</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 43.

Bay” de 1982, si les circonstances changent avant la pleine constitution du tribunal arbitral compétent pour connaître de l'affaire au fond, le tribunal peut décider la modification des mesures conservatoires qu'il avait lui-même prescrites<sup>41</sup>. Il peut aussi les révoquer à cause du changement des circonstances de fait<sup>42</sup>. Cela signifie qu'il se réserve la possibilité d'exercer la compétence pour juger le différend au fond tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué. Le transfert de la compétence du tribunal vers le tribunal arbitral ne se fait qu'au moment où celui-ci est réellement constitué.

En 2004, le tribunal arbitral dans l'affaire de “l'usine MOX” a prescrit une mesure en suspension de la procédure sur le fond pendant que le recours de la Cour Européenne de Justice était résolu. Cependant, le tribunal arbitral, lors de la publication de cette décision, a réaffirmé sa compétence pour connaître de l'affaire au fond. “Le tribunal arbitral ne pouvait donc abandonner l'affaire sans commettre un déni de justice”<sup>43</sup>.

La suspension de la procédure principale n'empêche pas les juges ou les arbitres d'exercer le pouvoir d'administrer le procès. Ils peuvent mettre fin à la suspension de la procédure principale, ou même prescrire de nouvelles mesures conservatoires dans une procédure accessoire pendant que la procédure sur le fond est suspendue<sup>44</sup>.

En 2006, la Cour Internationale de Justice a jugé favorable le recours contre l'Irlande, c'est-à-dire qu'elle a déclaré que l'État irlandais avait violé des obligations du droit communautaire. En fonction de cette décision, l'Irlande aurait dû revoir son intention de demander la prestation juridictionnelle du tribunal arbitral constitué dans le cadre de la “Convention de Montego Bay” de 1982. En fonction de ce nouveau changement des circonstances de fait, le tribunal arbitral de l'affaire “l'usine MOX” a ordonné en 2007 la suspension des mesures conservatoires prescrites par le tribunal en 2001. En outre, il a renforcé sa compétence pour connaître de l'affaire au fond<sup>45</sup>. Par contre, “cela laisse ouverte la possibilité que la Cour Internationale de Justice se déclare incompétente pour connaître de l'affaire lors de la prochaine phase de la procédure”<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> ROSENNE, Sh. - SOHN, L., cit. (n. 34), p. 59.

<sup>42</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 54.

<sup>43</sup> KERBRAT, Yann, *Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni): connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale*, en *Annuaire Français de Droit International*, 50 (2004), p. 615.

<sup>44</sup> KERBRAT, Y., cit. (n. 43), p. 615.

<sup>45</sup> ROSENNE, Shabtai, *Arbitrations under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, en NDIAYE, Tafsir Malick - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2007), pp. 1.001-1.002.

<sup>46</sup> OKOWA, Ph., cit. (n. 39), p. 52.

Lors de l'affaire "Anglo-Iranian Oil Company", la cour a pu démontrer l'indépendance du résultat des deux procédures. Les décisions prises dans la procédure accessoire restent en vigueur jusqu'au moment où l'une des causes prévues de son extinction arrive. Par conséquent, "provisional measures can remain in force so long as the court is seized of the case"<sup>47</sup>.

#### IV. LA STABILITÉ DES MESURES CONSERVATOIRES

Pour juger le différend au fond, la cour ou le tribunal doivent absolument définir la compétence. L'apparence de la compétence ne suffit pas<sup>48</sup>. Cependant, il s'agit toujours de la même compétence. Seul change le degré de certitude de l'examen. En fonction du principe du consensualisme, les États parties à une affaire ont le droit d'être jugés par l'autorité définitivement compétente.

Dans la "Convention de Montego Bay" de 1982, les mesures conservatoires prescrites seraient continuellement valides jusqu'au moment où la cour ou le tribunal compétents pour connaître de l'affaire au fond les modifieraient ou révoqueraient. Leur caractère provisoire a été bien souligné, mais aussi leur stabilité<sup>49</sup>.

En fait, les mesures conservatoires restent en vigueur *ad eternum* jusqu'au moment où une cause d'extinction prévue normativement arrive réellement. Seule une décision de l'organe juridictionnel compétent (c'est-à-dire, le Tribunal International du Droit de la Mer avant la constitution du tribunal arbitral et ce dernier ensuite) peut révoquer les mesures conservatoires prescrites<sup>50</sup>.

Le tribunal, dans l'affaire "des travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor", a établi que les mesures conservatoires qu'il avait éventuellement prescrites pouvaient rester en vigueur même après la constitution du tribunal arbitral. Une fois prise, la décision devient indépendante du destin de l'organe juridictionnel qui l'a prise. Même après la perte de la compétence par le tribunal de Hambourg, la décision en prescription de mesures conservatoires reste en vigueur. C'est

---

<sup>47</sup> ROSENNE, Shj., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 155. En traduction libre de l'anglais : "des mesures conservatoires peuvent rester en vigueur tant que la Cour est saisie de l'affaire".

<sup>48</sup> Ibid., p. 516.

<sup>49</sup> ROMANO, C., cit. (n. 7), p. 324.

<sup>50</sup> RAO, Chandrasekhara - GAUTIER, Ph., *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2006), p. 251.

pourquoi l'on dit que la procédure en prescription de mesures conservatoires est accessoire à l'origine, mais indépendante au résultat.

En vertu de l'art. 290, § 5 de la "Convention de Montego Bay" de 1982, le tribunal exerce la compétence pour prescrire des mesures conservatoires *ratione temporis* par rapport à la constitution du tribunal arbitral, mais "there is no limit to the duration of any prescribed measures which may remain applicable beyond that period"<sup>51</sup>. Le tribunal doit prescrire des mesures conservatoires avant la constitution du tribunal arbitral et rien dans le droit de la mer ne laisse entendre que les éventuelles mesures prescrites doivent se limiter à cette période.

Les décisions relatives aux mesures conservatoires sont essentiellement provisoires. Elles sont prescrites avant la décision définitive, conformément à l'article 290, § 1 de la "Convention de Montego Bay" de 1982. En ce qui concerne la cour, la règle est la même. Les mesures conservatoires restent valables en attendant la décision finale<sup>52</sup>. Le jugement final de l'affaire détermine leur fin. C'est pourquoi l'on dit que la décision des mesures conservatoires est accessoire au règlement du différend. Tant que l'affaire n'est pas conclue, les mesures conservatoires peuvent aussi être modifiées ou révoquées par l'organe juridictionnel compétent pour connaître du différend au fond. Face à de nouvelles circonstances de fait, les États parties peuvent, avant la décision définitive de l'affaire, solliciter la prescription de nouvelles mesures conservatoires<sup>53</sup>.

Deux sortes de décision juridictionnelle peuvent ainsi mettre fin à l'existence indépendante d'une mesure conservatoire. La première est relative à une décision interlocutoire prise en fonction du changement des circonstances de fait. La seconde est la décision finale qui règle définitivement le litige international. Les deux situations sont propres au caractère provisoire des mesures conservatoires.

L'existence indépendante des mesures conservatoires est démontrée dans une situation de controverse sur la compétence pour connaître de l'affaire au fond de l'organe juridictionnel qui les a prescrites. Indépendamment de la conclusion de cette controverse, le caractère obligatoire des mesures conservatoires prescrites subsiste<sup>54</sup>.

Dans l'affaire "Anglo-Iranian Oil Company", la cour a dû faire face à la contestation de sa compétence pour connaître de l'affaire au fond après

---

<sup>51</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 150. En traduction libre de l'anglais : "il n'y a pas de limite pour la durée de toutes les mesures prescrites qui peuvent rester applicables au-delà de cette période".

<sup>52</sup> Ibid., p. 97.

<sup>53</sup> Ibid., p. 54.

<sup>54</sup> OELLERS-FRAHM, K., cit. (n. 16), p. 405.

la prescription des mesures conservatoires, c'est-à-dire, lors de la procédure sur le fond et après la fin de la procédure accessoire. Dans ce cas, la Cour de la Haye a constaté en 1952 son incompétence pour juger le différend au fond, mais cette décision ne correspondait pas à l'annulation des effets des mesures conservatoires prescrites en 1951<sup>55</sup>.

En ce qui concerne l'art. 290 de la "Convention de Montego Bay", le tribunal arbitral possède la compétence originaire pour modifier, révoquer ou prescrire des mesures conservatoires dans les affaires où il est compétent pour juger au fond. Le rôle du tribunal est uniquement d'exercer provisoirement cette compétence afin de protéger les droits des parties et l'environnement marin<sup>56</sup>. Comme la gestion de l'affaire est une attribution exclusive de l'organe juridictionnel compétent, toutes les décisions concernant le différend doivent être prises par ce dernier, même s'il s'agit des mesures conservatoires prescrites par un remplaçant<sup>57</sup>.

Après la présentation d'une exception préliminaire d'incompétence, la cour ou le tribunal doivent examiner cette question avant d'examiner la demande en prescription de mesures conservatoires ou la demande sur le fond<sup>58</sup>. La compétence pour connaître de l'affaire au fond est la condition *sine qua non* de la décision relative aux deux procédures, soit la procédure accessoire des mesures conservatoires, soit la procédure principale sur le fond.

En ce qui concerne la procédure des mesures conservatoires, la constatation de la compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond est suffisante pour que l'organe juridictionnel puisse examiner la demande. Pour la procédure sur le fond, cependant, dans la mesure où il s'agit de la décision définitive, la compétence *prima facie* ne suffit pas. Il faut que la cour ou le tribunal concluent définitivement en faveur de l'existence de la compétence pour juger l'affaire au fond<sup>59</sup>.

En 2008, dans l'affaire "de l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale", la Russie a soutenu devant la cour une exception d'incompétence dans la procédure en prescription de mesures conservatoires des droits de la Géorgie. Pour la Russie, étant donné que la cour ne possédait pas la compétence pour connaître de l'affaire au fond, elle ne pouvait non plus prescrire aucune mesure conservatoire en faveur de la Géorgie. La cour a dû examiner

---

<sup>55</sup> ROSENNE, Shabtai, *Role*, cit. (n. 3), p. 216.

<sup>56</sup> ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), pp. 80-81.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 93.

l'exception et a constaté qu'elle possédait la compétence *prima facie* pour juger le différend au fond et que, par conséquent, elle pouvait prescrire les mesures conservatoires concernées<sup>60</sup>.

Dans l'"affaire Anglo-Iranian Oil Company", après avoir prescrit des mesures conservatoires, la cour a reçu, dans la procédure principale, une demande d'exception préliminaire de la part de l'Iran contestant sa compétence pour connaître du différend au fond. À la différence de la décision prise dans la procédure des mesures conservatoires où la compétence *prima facie* pour juger le litige a été examinée, la cour, dans la procédure sur le fond, a changé d'avis et décidé l'inexistence de la compétence pour connaître de l'affaire au fond<sup>61</sup>.

De même, lors des affaires "du thon à nageoire bleue", le Japon a contesté en 1999 la compétence du tribunal arbitral pour connaître de l'affaire au fond et la conséquente impossibilité juridique de son exercice en remplacement par le tribunal<sup>62</sup>. Celui-ci a pu vérifier, à son tour, l'existence de la compétence *prima facie* du tribunal arbitral pour juger le différend au fond et a, par conséquent, prescrit des mesures conservatoires des droits de l'Australie et de la Nouvelle Zélande. Cependant, dans la procédure sur le fond, le Japon a présenté une exception préliminaire pour contester la compétence du tribunal arbitral pour connaître de l'affaire au fond. Comme celui-ci avait déjà été constitué, il a dû décider cette exception préliminaire avant de passer au fond. En 2000, le tribunal arbitral a conclu qu'il ne possédait pas la compétence pour juger le différend au fond<sup>63</sup>.

## V. LES MESURES CONSERVATOIRES

### PRESCRITES PAR L'ORGANE JURIDICTIONNEL INCOMPÉTENT POUR CONNAÎTRE DE L'AFFAIRE AU FOND

Si, dans la procédure accessoire, la cour ou le tribunal vérifient l'existence de la compétence, prescrivent des mesures conservatoires et, dans la procédure principale, changent d'avis pour reconnaître l'incompétence pour juger le différend au fond, les effets des mesures prescrites restent, tout de même, en vigueur jusqu'à la décision finale<sup>64</sup>. L'on a vu que la procédure

<sup>60</sup> OKOWA, Ph., cit. (n. 39), pp. 48-49.

<sup>61</sup> UNITAR, cit. (n. 30), p. 146.

<sup>62</sup> SALAMA, R., cit. (n. 36), p. 35.

<sup>63</sup> OTANI, Yoshio, *Quelques réflexions sur la juridiction et la recevabilité vis-à-vis de l'Affaire du thon à nageoire bleue, ahora*, en ANDO, Nisuke - MCWHINNEY, Edward - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), I, p. 735.

<sup>64</sup> ROSENNE, Sh., *Perplexities*, cit. (n. 26), p. 103.

des mesures conservatoires est accessoire quant à son origine, mais indépendante quant à son résultat. Par conséquent, les mesures conservatoires prescrites sont en vigueur tant que l'organe juridictionnel compétent ne décide pas de les modifier ou révoquer (décision interlocutoire), ou tant qu'il ne met pas fin au litige (décision définitive).

Le résultat de l'examen de la compétence par une cour ou un tribunal correspond à une pratique juridictionnelle qui donne, en ce qui concerne la compétence, le bénéfice du doute à l'État contre lequel la demande est déposée<sup>65</sup>. C'est une sorte de double degré de juridiction où l'État qui conteste la compétence dans la procédure accessoire peut recourir contre la première décision en présentant l'exception d'incompétence dans la procédure principale.

Lors de la vérification préalable de leur compétence pour connaître d'une affaire au fond, la cour ou le tribunal peuvent constater trois degrés de certitude de son existence : l'incompétence manifeste, la compétence *prima facie* et la compétence manifeste. Les trois degrés sont relatifs à une seule compétence, elle-même relative au règlement du différend au fond. La seule différence entre eux est la certitude de l'existence de la compétence du point de vue de l'analyse. Le premier et le troisième degré sont les certitudes absolues de l'existence de la compétence. C'est le degré intermédiaire qui pose problème.

Dans l'affaire "de la licéité de l'emploi de la force", par exemple, la Cour Internationale de Justice a décidé *in concreto* que les déclarations faites par les parties en fonction de l'art. 36 de son Statut ne correspondaient manifestement pas au consentement préalable de compétence pour cette affaire, "even *prima facie*"<sup>66</sup>. Cela signifie que la cour a constaté que sa compétence pour connaître du différend au fond était manifestement inexistante et qu'il n'existait même pas de semblant de compétence pour justifier une éventuelle décision en prescription de mesures conservatoires. C'est la situation classique d'absence manifeste de compétence pour connaître de l'affaire au fond.

Dans ce cas, l'organe juridictionnel ne peut plus décider aucune question relative à l'affaire et doit achever la procédure sans connaître de l'affaire au fond. Mais, et les mesures conservatoires éventuellement prescrites ?

La constatation de l'absence manifeste de la compétence pour connaître de l'affaire au fond dans la procédure principale ne signifie pas que la cour ou le tribunal ont prescrit les mesures conservatoires sans en avoir la

<sup>65</sup> KWIATKOWSKA, B., *Southern Bluefin Tuna (jurisdiction and admissibility)*, cit. (n. 35), p. 83.

<sup>66</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 535. En traduction libre de l'anglais : "même *prima facie*".

compétence. Bien au contraire, les mesures conservatoires ont justement pu être prescrites à partir de la vérification de l'existence, au moins *prima facie*, de la compétence. Les mesures conservatoires étaient obligatoires pour les parties dans la mesure où elles étaient prescrites par une autorité juridictionnelle compétente. Il y avait la compétence manifeste pour prescrire des mesures conservatoires.

La compétence *prima facie* pour connaître d'une affaire au fond dans la procédure des mesures conservatoires correspond à la compétence manifeste pour prescrire de telles mesures conservatoires de protection.

Si la compétence pour connaître de l'affaire au fond est ensuite écartée dans une autre procédure, on ne peut pas en conclure que, dans la procédure antérieure, la décision prise manquait de compétence. Bien au contraire, les mesures conservatoires ont été prescrites par un organe juridictionnel manifestement compétent pour décider cette question accessoire.

Nous ne sommes donc pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'incompétence manifeste vérifiée dans la procédure principale postérieure implique automatiquement l'incompétence de la fonction juridictionnelle dans la procédure accessoire antérieure<sup>67</sup>. S'il en allait ainsi, à partir de la constatation de l'absence manifeste de compétence dans la procédure incidente de la compétence de la compétence, les effets des mesures conservatoires prescrites devraient automatiquement être annulés depuis le début, c'est-à-dire, de façon rétroactive.

De fait, les effets des mesures conservatoires restent en vigueur après la constatation postérieure de l'incompétence manifeste pour connaître de l'affaire au fond. Dans l'affaire "Anglo-Iranian Oil Company", par exemple, la cour a constaté son incompétence absolue après la prescription des mesures conservatoires. Cependant, indépendamment de cette décision postérieure, les effets des mesures prescrites sont restés en vigueur pendant une certaine période. On peut donc en conclure que, si elles sont restées en vigueur, c'est qu'elles ont été prescrites par l'organe juridictionnel compétent<sup>68</sup>.

Il est hors de discussion, concernant la prescription de mesures conservatoires et le jugement au fond, qu'il y ait deux procédures différentes, régies séparément par une seule compétence. Dans les deux cas, la cour ou le tribunal doivent posséder la compétence pour connaître de l'affaire au fond. La seule différence consiste en ce que, pour les mesures conservatoires la compétence peut être vérifiée *prima facie*, tandis que pour le

---

<sup>67</sup> COLLINS, L., cit. (n. 9), p. 222.

<sup>68</sup> Ibid., p. 228.

fond elle doit être manifestement prouvée. La différence est donc relative au degré de certitude de l'existence de la compétence pour juger le litige.

Si l'on constate l'absence manifeste de compétence pour connaître de l'affaire au fond, il n'y a pas de raison juridique pour que la cour ou le tribunal concerné puissent indiquer, modifier ou révoquer des mesures conservatoires<sup>69</sup>.

Le principe est que, dans le cas où la cour ou le tribunal n'ont pas de compétence pour connaître de l'affaire au fond, "it lacks jurisdiction to rule on ancillary submissions"<sup>70</sup>. C'est pourquoi, à partir du moment où un organe juridictionnel constate l'absence manifeste de compétence, celui-ci ne peut plus décider aucune question de l'affaire, que ce soit une question sur le fond, ou une demande sur les mesures conservatoires.

Dans les affaires du "thon à nageoire bleue" le tribunal arbitral a constaté son incompétence manifeste pour connaître de l'affaire au fond et, par conséquent, il a décidé de révoquer la décision en prescription de mesures prise dans la procédure concernée<sup>71</sup>. À notre avis, dès que l'absence de la compétence pour connaître de l'affaire au fond est manifeste, la révocation des mesures conservatoires prescrites n'est plus une attribution possible du tribunal arbitral.

Il est évident qu'à cause de l'absence de compétence, au moins *prima facie*, pour connaître de l'affaire au fond, le tribunal arbitral des affaires du "thon à nageoire bleue" ne pouvait plus révoquer les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal International du Droit de la Mer, qui avait agi sur le fondement de la compétence *prima facie* (§ 72 de l'arrêt du tribunal arbitral, du 4 août 2000). Contrairement à cette conclusion, le tribunal arbitral a décidé en 2001 pour l'absence manifeste de sa compétence pour connaître les affaires du "thon à nageoire bleue" au fond et a révoqué non rétroactivement les mesures prescrites par le tribunal en 1999<sup>72</sup>.

Dans le cas de changement d'avis par un seul organe, la conclusion est aussi identique à celle relative à deux organes distincts. En 1951, par exemple, dans l'affaire "Anglo-Iranian Oil Company", la cour a constaté l'existence de compétence *prima facie* pour juger l'affaire et a, par conséquent, prescrit des mesures conservatoires en faveur du Royaume-Uni

<sup>69</sup> ROSENNE, Sh., *Provisional Measures in International Law*, cit. (n. 1), p. 540.

<sup>70</sup> WILCOX, Elizabeth, *Digest of United States Practice in International Law* (Oxford, Office of the Legal Adviser, United States Department of State, Oxford University Press, 2008), p. 213. En traduction libre de l'anglais : "il n'a pas compétence pour se prononcer sur les arguments accessoires".

<sup>71</sup> OTANI, Y., cit. (n. 65), p. 738.

<sup>72</sup> KWIATKOWSKA, B., *Southern Bluefin Tuna (jurisdiction and admissibility)*, cit. (n. 35), pp. 28-29.

contre l'Iran. Un an plus tard, la même cour a vérifié, dans la procédure sur le fond, l'absence manifeste de compétence et a, par conséquent, révoqué les mesures prescrites.

Malgré l'interdiction normative de la révocation d'une mesure conservatoire par un organe juridictionnel manifestement incompetent, la cour a répété son erreur en 2011: face à la constatation de son incompetence manifeste dans l'affaire de "l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale", elle a décidé de révoquer les mesures conservatoires prescrites en 2008.

La constatation de l'absence manifeste de compétence pour connaître de l'affaire au fond postérieure à la prescription des mesures conservatoires n'est pas une raison juridique valable pour la révocation de ces dernières. La révocation exige l'exercice de la compétence par la cour ou le tribunal. La décision finale de l'affaire coïncide avec le moment final des mesures conservatoires. C'est pourquoi elles doivent rester en vigueur, si la cour qui les a prescrites constate par la suite son incompetence manifeste, car "this is not necessarily the end of the provisional measures"<sup>73</sup>.

Normalement, la décision de l'absence manifeste de compétence implique, de manière erronée, la révocation par une autorité juridictionnelle incompetente pour connaître de l'affaire au fond des mesures prescrites par une autorité juridictionnelle compétente pour prescrire des mesures conservatoires. En outre, cette même décision constate l'existence du différend non réglé, comme c'était le cas de l'affaire "de l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale" dans laquelle la cour a examiné son incompetence manifeste, révoqué les mesures conservatoires prescrites et déclaré l'existence d'un différend touchant l'interprétation de ladite convention. Cela signifie que cette décision n'a pas mis fin au litige et a révoqué, sans compétence, des mesures appropriées, nécessaires et urgentes de protection des droits dans des circonstances de fait inchangées.

Dans les affaires du "thon à nageoire bleue", le tribunal arbitral a aussi constaté son incompetence manifeste pour connaître de l'affaire au fond et a, par conséquent, révoqué, sans posséder compétence au moins *prima facie*, les mesures conservatoires prescrites dans la procédure antérieure par le Tribunal International du Droit de la Mer en exercice régulier de la compétence *prima facie* pour juger le différend au fond. De même que la cour, il a aussi affirmé que l'affaire "was not moot"<sup>74</sup>, c'est-à-dire qu'il

<sup>73</sup> ROSENNE, Sh., *Role*, cit. (n. 3), p. 216. En traduction libre de l'anglais : "ce n'est pas nécessairement la fin des mesures conservatoires".

<sup>74</sup> KWIAKOWSKA, B., *Southern Bluefin Tuna (jurisdiction and admissibility)*, cit. (n. 35), p. 76. En traduction libre de l'anglais : "n'était pas réglée".

ne s'agissait pas de la décision définitive. Elle n'était donc pas en mesure de révoquer les mesures prescrites.

Puisque la décision finale de la procédure principale sans l'appréciation du fond n'est pas la décision définitive de l'affaire et puisque le tribunal est manifestement incompétent pour connaître de l'affaire au fond, il n'y a pas de raison juridique pour que ce même tribunal ait le pouvoir de révoquer des mesures conservatoires urgentes prescrites pour la protection des droits des États parties en litige.

Contrairement aux prévisions normatives, le tribunal arbitral des *affaires du "thon à nageoire bleue"* a décidé de révoquer les mesures prescrites en l'absence manifeste de compétence. Cette situation était si étrange aux yeux des arbitres qu'ils ont, en même temps, affirmé l'obligation des États parties de veiller aux droits menacés et protégés par les mesures conservatoires qui venaient d'être révoquées<sup>75</sup>.

Or, si la décision en prescription de mesures conservatoires a été révoquée, il n'y a plus d'obligation juridique à ce qu'elle soit respectée par les États. Si les arbitres réaffirment l'obligation de veiller aux effets des mesures conservatoires révoquées, cela signifie que ces mesures devraient rester en vigueur tant que l'affaire n'est pas définitivement jugée ou que l'organe juridictionnel compétent ne les révoque pas en fonction d'un changement des circonstances de fait. Aucune de ces prévisions n'existait lors de la prise de décision par le tribunal arbitral.

De fait, à partir de la révocation des mesures conservatoires par le tribunal arbitral incompétent, l'Australie et la Nouvelle Zélande n'ont pas accepté la proposition de limitation de pêche avancée par le Japon et les tensions internationales se sont aggravées avec la possibilité d'adoption de mesures unilatérales par les États parties au différend en opposition à ce qui est déterminé dans le droit international<sup>76</sup>.

## VI. CONCLUSION

1° Les règles procédurales internationales prévoient la possibilité que la cour ou le tribunal saisis d'une affaire puissent prescrire des mesures conservatoires. Celles-ci doivent rester en vigueur pendant toute la période durant laquelle la cour ou le tribunal jugent le différend au fond. La

<sup>75</sup> ANDO, Nisuke, *The Southern Bluefin Tuna Case and Dispute Settlement under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Japanese Perspective*, ahora, en NDIAYE, Tafsir Malick - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2007), p. 875.

<sup>76</sup> KWIATKOWSKA, B., *Southern Bluefin Tuna (Jurisdiction and Admissibility)*, cit. (n. 35), p. 76.

décision définitive est la principale cause d'extinction des mesures conservatoires prescrites. Elle absorbe ainsi la décision des mesures conservatoires et celles-ci ne sont plus juridiquement nécessaires.

2° Outre cette absorption des mesures conservatoires par la décision définitive, le droit international prévoit aussi leur révocation par une décision interlocutoire prise par la cour ou le tribunal en raison d'un changement des circonstances de fait. Cette situation se justifie par le fait que la prestation juridictionnelle prend normalement un certain temps pour arriver à la décision définitive et, pendant cette période, les circonstances de fait, qui ont justifié la prescription des mesures conservatoires, ont changé.

3° Comme lors de la première décision en prescription de mesures conservatoires, la cour ou le tribunal, qui décident de révoquer les mesures prescrites, doivent nécessairement avoir la compétence pour connaître de l'affaire au fond, au moins *prima facie*. Cependant, il arrive souvent que la cour ou le tribunal, qui ont prescrit des mesures conservatoires en exerçant la compétence *prima facie*, reconnaissent ensuite, lors de l'analyse de la procédure sur le fond, qu'ils ne sont pas compétents.

4° La jurisprudence démontre que, dans une telle situation, la cour ou le tribunal constatent leur incompétence manifeste pour juger l'affaire et révoquent les mesures prescrites antérieurement à partir de la date de la dernière décision, c'est-à-dire que les mesures conservatoires ont été valables de la décision de leur prescription jusqu'à la date de la révocation. À notre avis, c'est une interprétation erronée du droit international.

5° Le seul changement de circonstance de droit prévu comme cause d'extinction des mesures conservatoires est l'inexistence de différend. Dans la situation analysée, il n'y a pas de changement de fait, mais un changement de droit qui n'est pas susceptible de devenir le différend inexistant. Si le contexte de fait est le même et le différend n'est toujours pas réglé, les mesures conservatoires prescrites ne peuvent pas être révoquées.

6° Secondement, les mesures conservatoires prescrites sont révoquées exclusivement par l'organe compétent, au moins *prima facie*, pour connaître de l'affaire au fond. Or si, avant la révocation, l'absence manifeste de compétence a été constatée, il ne peut révoquer aucune mesure conservatoire prescrite, à cause de l'absence de compétence pour le faire.

7° Face à cette situation, la cour ou le tribunal doivent achever la procédure principale sans le jugement de l'affaire au fond en affirmant leur incompétence manifeste pour révoquer les mesures prescrites régulièrement par un organe juridictionnel compétent au moins *prima facie*. Cela signifie donc que l'exercice de la compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire au fond lors de la prescription de mesures conservatoires correspond à l'exercice de la compétence manifeste pour prescrire de telles mesures.

## BIBLIOGRAPHIE

- AMERASINGHE, Chittharanjan, *Jurisdiction of International Tribunals* (The Hague, Kluwer Law International, 2003).
- ANDO, Nisuke. *The “Southern Bluefin Tuna” Case and Dispute Settlement under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Japanese Perspective*, en NDIA-YE, Tafsir Malick - WOLFRUM, Rüdiger, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2007).
- BOSMAN, Lise - CLARK, Heather, *The “MOX Plant Case” (Ireland-United Kingdom): Record of Proceedings 2001-2008* (The Hague, Permanent Court of Arbitration Award Series, PCA, 2010).
- CALVO, Carlos, *Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public* (Clark, The Lawbook Exchange, 2009).
- COLLINS, Lawrence, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 234 (1992).
- COLSON, David - HOYLE, Peggy, *Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?* en *Ocean Development & International Law*, 34 (2003).
- EISEMANN, Pierre-Michel, *Les effets de la non-comparution devant la Cour internationale de Justice*, en *Annuaire Français de Droit International*, 19 (1973).
- HOROWITZ, Deborah, *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan) (Jurisdiction and Admissibility). The Catch of Poseidon's Trident: The Fate of High Secv Fisheries in the Southern Bluefin Tuna Case*, en *Melbourne University Law Review*, 26 (2001).
- KERBRAT, Yann, *Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni): connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale*, en *Annuaire Français de Droit International*, 50 (2004).
- KWIATKOWSKA, Barbara, *The Australia and New Zealand v. Japan Southern Bluefin Tuna (jurisdiction and admissibility) award of the first LOSC Annex VII Arbitral Tribunal* (Lake Mary, Vandepas Publishing, 2006).
- KWIATKOWSKA, Barbara. *The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) case: applying the doctrine of treaty parallelism*, en *Ocean Development & International Law* 18 (2003) 1, pp. 1-58.
- KWIATKOWSKA, Barbara, *The Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) Cases*, en *International Journal of Marine and Coastal Law*, 15 (2000) 1.
- KWIATKOWSKA, Barbara, *The Southern Bluefin Tuna Tribunal Did Get It Right: A Commentary and Reply to the Article by David A. Colson and Dr. Peggy Hoyle*, en *Ocean Development & International Law*, 34 (2003).
- LALY-CHEVALIER, Caroline, *Activité du Tribunal International du Droit de la Mer (2001-2002)*, en *Annuaire Français de Droit International*, 48 (2002).
- ODA, Shigeru, *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 244 (1993).
- OELLERS-FRAHM, Karin. *Expanding the Competence to Issue Provisional Measures. Strengthening the International Judicial Function*, en VON BOGDANDY, Armin - VENZKE, Ingo (editors), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Heidelberg, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2012).

- OKOWA, Phoebe, *L'affaire Géorgie c. Russie: un commentaire*, en *Journal Judiciaire de la Haye*, 3 (2008) 3.
- OTANI, Yoshio, *Quelques réflexions sur la juridiction et la recevabilité vis-à-vis de l'Affaire du thon à nageoire bleue*, en ANDO, Nisuke - MCWHINNEY, Edward - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), I.
- RAO, P. Chandrasekhara - GAUTIER, Ph., *The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2006).
- ROMANO, Cesare, *The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come... Like it or Not*, en *Ocean Development & International Law*, 32 (2001).
- ROSENNE, Shabtai - SOHN, Louis, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a Commentary* (Dordrecht, University of Virginia - Martinus Nijhoff, 1989) V.
- ROSENNE, Shabtai, *A Role for the International Court of Justice in Crisis Management?* en KREIJEN, Gerard (editors), *State, Sovereignty and International Governance* (Oxford, Oxford University Press, 2002).
- ROSENNE, Shabtai, *Arbitrations under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, en NDIAYE, Tafsir Malick - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff, 2007).
- ROSENNE, Shabtai, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgements and Awards* (Leide - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007).
- ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures and Prima Facie Jurisdiction Revisited*, en ANDO, Nisuke - MCWHINNEY, Edward - WOLFRUM, Rüdiger (editors), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), I.
- ROSENNE, Shabtai, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford, Oxford University Press, 2005).
- ROSENNE, Shabtai, *The Perplexities of Modern International Law: General Course on Public International Law*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 291 (2001).
- ROTHWELL, Donald, *The Contribution of ITLOS to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution*, en NDIAYE, Tafsir Malick - WOLFRUM, Rüdiger. *Law of the Sea. Environmental Law and Settlement of Disputes* (Leiden - Boston, Martinus Nijhoff, 2007).
- SALAMA, Randa, *Fragmentation of International Law: Procedural Issues Arising in Law of the Sea Disputes*, en *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, 19 (2005).
- UNITAR, *Rosenne's the World Court: What It is and how It works* (6<sup>a</sup> edición, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003).
- WILCOX, Elizabeth, *Digest of United States Practice in International Law* (Oxford, Office of the Legal Adviser, United States Department of State - Oxford University Press, 2008).

