

Opinion individuelle de M. le juge Akl

1. J'ai voté en faveur des conclusions et décisions du Tribunal à l'exception de la décision 18 du dispositif qui n'accorde pas au Panama d'indemnité au titre de la perte de revenus. Ma position s'explique par mon désaccord avec les motifs de fait et de droit invoqués par l'arrêt, en particulier, aux paragraphes 435 à 438, pour denier au Panama toute indemnisation au titre du manque à gagner, suite à la confiscation du navire « Virginia G » par les autorités de la Guinée-Bissau.

2. Le paragraphe 434 de l'arrêt énonce que « [l]e Tribunal est d'avis que, . . . le Panama, en la présente espèce, a droit à des réparations à raison du préjudice qu'il a subi [et] à des réparations pour les dommages ou autres pertes subis par le «Virginia G», y compris toutes les personnes et entités impliquées dans son activité . . . du fait de la confiscation du navire et de sa cargaison ».

3. Toutefois, le Tribunal, tout en rappelant « que la confiscation du « Virginia G » et de sa cargaison étaient en violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention », a considéré que « seuls les dommages et pertes en rapport avec la valeur du gazole confisqué et les frais de réparation du navire sont des conséquences directes de la confiscation illicite » (paragraphe 435). Mais en ce qui concerne la demande d'indemnisation au titre de la perte de revenus, le Tribunal « estime que le Panama n'est pas parvenu à établir un lien direct entre la confiscation du « Virginia G » et le préjudice qu'il aurait subi au titre de la perte de revenus » (paragraphe 436).

4. Le Tribunal fonde sa décision sur une appréciation, à mon sens inexacte, des circonstances de la résiliation du contrat de charte-partie à temps, conclu entre la société irlandaise Lotus Federation et Gebaspe, agissant pour Penn Lilac. Le Tribunal considère que le contrat « a été résilié le 5 septembre 2009 par une déclaration en ce sens entre Lotus Federation et Gebaspe, qui faisait office d'intermédiaire entre Penn Lilac (le propriétaire du navire) et la première société ; aux termes de cette déclaration, «les parties considèrent que le contrat est résilié et déclarent n'avoir aucune réclamation l'une à l'égard de l'autre en ce qui concerne ledit contrat» ». Sur la base de la déclaration susmentionnée, le Tribunal, a conclu « d'une part aucune perte de revenus ne peut être revendiquée pour la période allant de la saisie du navire le 21 août

2009 à la date de résiliation du contrat le 5 septembre 2009 et d'autre part qu'à partir de sa date d'expiration, le contrat ne peut être utilisé comme base de calcul de la perte de revenus » (paragraphe 437).

5. Il convient de noter qu'en ce qui concerne la résiliation du contrat de charte-partie, l'arrêt ne fait aucune mention des clauses pertinentes concernant la résiliation de ce contrat, cite partiellement la déclaration du 5 septembre 2009, donne à cette déclaration une portée qu'elle n'a pas et en déduit des conséquences de fait et de droit non-justifiées.

6. La clause XVII du contrat de charte-partie à temps entre Lotus Federation et le propriétaire du « Virginia G », qui figure à l'annexe 13 du mémoire de Panama, stipule ce qui suit : « En cas de perte, de disparition ou d'immobilisation du navire, l'affrètement s'arrête à la date à laquelle le navire a été perdu ». Le texte complet de la déclaration entre Gebaspe et Lotus Federation en date du 5 septembre 2009, qui figure à l'annexe 57 du mémoire de Panama, est le suivant :

Suite à la saisie du navire VIRGINIA G en Guinée-Bissau le 20 août 2009 et compte tenu de l'impossibilité de continuer à fournir des services à la société Lotus Federation dans les conditions du contrat visé, les parties considèrent que le contrat est résilié et déclarent ne pas avoir de revendication l'une envers l'autre, en ce qui concerne ledit contrat.

7. Le Tribunal a considéré que par la déclaration conjointe susmentionnée, les deux parties ont résilié le contrat conclu entre elles le 1^{er} janvier 2009 pour une durée de quatre années. Il en déduit que le lien direct entre l'immobilisation du « Virginia G » et le préjudice subi au titre de la perte de revenus n'est pas établi.

8. Je ne peux approuver cette conclusion du Tribunal. A mon avis, la résiliation du contrat résulte d'une disposition spécifique du contrat d'affrètement qui énonce qu'« en cas de perte, de disparition ou d'immobilisation du navire, l'affrètement s'arrête à la date à laquelle le navire a été perdu ». C'est un fait bien établi que le navire a été immobilisé le 21 août 2009 et qu'à la suite de sa confiscation le 27 août 2009, son propriétaire a perdu son titre de propriété sur le navire. En fait le « Virginia G » a été confisqué par la décision No. 07/CIFM/09 de la Commission interministérielle de surveillance maritime (ci-après le CIFM) et il est demeuré confisqué jusqu'au 20 septembre 2010, date à laquelle le CIFM, par sa décision No. 05/CIFM/2010 a ordonné « la mainlevée de l'immobilisation du navire Virginia G et a considéré comme abrogée la décision précédente qui ordonnait sa confiscation ».

9. L'arrêt déclare que Lotus Federation et Gebaspe, par leur déclaration du 5 septembre 2009, ont résilié le contrat d'affrètement. Une lecture attentive du texte de cette déclaration ne confirme pas cette assertion. D'après ce texte, les parties considèrent que le contrat est résilié comme « suite à la saisie du navire Virginia G en Guinée-Bissau le 20 août 2009 et compte tenu de l'impossibilité de continuer à fournir des services à la société Lotus Federation dans les conditions du contrat visé ». En réalité, les parties consignent le fait de la résiliation du contrat en application d'une clause du contrat même, citée plus haut, qui spécifie le cas où l'affrètement s'arrête. L'objet de cette déclaration n'est pas de résilier le contrat, mais d'indiquer les conséquences de cette résiliation pour les parties, en déclarant « ne pas avoir de revendication l'une envers l'autre, en ce qui concerne ledit contrat ».

10. Pour ma part, je considère que la résiliation du contrat d'affrètement du « Virginia G » et la perte de revenus sont les conséquences directes de la saisie du navire et de sa confiscation qui est qualifiée par le Tribunal comme une violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. Le « Virginia G » a été empêché pendant près de quinze mois de poursuivre son activité commerciale à la suite de sa confiscation illicite et son propriétaire a encouru des pertes considérables. Contrairement à l'assertion de l'arrêt, je considère que le lien de causalité entre l'immobilisation et la confiscation du « Virginia G » et le préjudice subi au titre de la perte de revenus est bien établi et que le Panama est en droit de demander une indemnisation au titre de la perte de revenus.

11. La décision du Tribunal de rejeter la demande d'indemnisation du Panama pour perte de revenus va à l'encontre des règles bien établies du droit international telles que reflétées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du droit international (ci-après projet d'articles de la CDI). Il s'écarte également de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux y compris celle du Tribunal.

L'article 31 du projet d'articles de la CDI stipule que « l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite » et que « le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat ».

Par ailleurs, l'article 36, du projet d'article de la CDI est libellé comme suit :

1. L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Une des deux demandes d'indemnisation du Panama pour manque à gagner remplit les conditions que requiert le droit international. En effet, le Tribunal a conclu que la confiscation du « Virginia G » était un fait internationalement illicite et, comme indiqué plus haut, le dommage a été causé directement par la confiscation qui a interrompu pendant une longue durée l'activité commerciale du navire et la source des revenus de son propriétaire. Le Panama a produit des rapports d'experts, des documents et factures qui prouvent que le manque à gagner a été établi.

12. La jurisprudence des cours et tribunaux internationaux a fait droit aux demandes d'indemnisation pour manque à gagner résultant des faits internationalement illicites.

La Cour permanente de justice internationale a défini dans son arrêt dans l'affaire *Usine de Chorzów*, le contenu de l'obligation de réparer, en ces termes :

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.

En la présente affaire, l'arrêt rappelle, en ses paragraphes 428 et 432, la jurisprudence du Tribunal en *l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, exprimée aux paragraphes 170 et 172 de son arrêt, où le Tribunal s'est prononcé sur les règles relatives à la réparation en droit international, dans le même sens que la jurisprudence de la Cour permanente. Au paragraphe 172 de son arrêt, le Tribunal était d'avis que

Saint-Vincent-et-les-Grenadines a droit à une réparation pour les dommages subis directement par elle, ainsi que pour les dommages ou autres pertes subis par le *Saiga*, y compris toutes les personnes impliquées dans l'activité du navire ou qui ont des intérêts liés à cette activité. Les

dommages ou autres pertes subis par le navire et toutes les personnes impliquées dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité comprennent les dommages aux personnes, l'arraisonnement, l'immobilisation, la détention illicites ou d'autres formes de mauvais traitements, les dommages aux biens ou la saisie de biens et d'autres pertes économiques, y compris la perte de revenus.

Le Tribunal avait décidé, au paragraphe 175 (b) d'accorder à Saint-Vincent-et-les Grenadines une indemnité pour un montant de 650 250 \$ E.-U., majorés d'intérêts pour les pertes au titre de la charte-partie du « SAIGA ».

13. Pour justifier sa décision de ne pas accorder à Panama une indemnisation au titre du manque à gagner, le Tribunal fait remarquer, au paragraphe 438 de l'arrêt, d'une part, que le « Virginia G » a été confisqué pour infraction aux lois et règlements de la Guinée-Bissau et que, d'autre part, le propriétaire du navire ne s'est pas prévalu des procédures à sa disposition en vertu des lois et règlements de la Guinée-Bissau pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation. Le Tribunal conclut que le Panama ne peut revendiquer en son nom un quelconque manque à gagner. Il convient de noter à cet égard, que le « Virginia G » a été détenu le 21 août 2009, puis confisqué six jours après, le 27 août 2009.

En ce qui concerne l'infraction commise par le « Virginia G », le Tribunal est d'avis qu'« il existe des circonstances atténuantes en faveur du "Virginia G" ». L'arrêt note à cet égard aux paragraphes 268 et 269 que les autorités bissau-guinéennes auraient dû tenir compte du fait que l'agent de la Société de pêche espagnole Balmar, dont les navires de pêche devaient être avitaillés en combustible par le « Virginia G », avait communiqué au FISCAP le 20 août 2009 les informations requises concernant la date, l'heure et les coordonnées du lieu où serait effectué le soutage. L'arrêt note également que ce même agent de Balmar, Bijagos Lda, avait omis de poursuivre la procédure requise pour obtenir une autorisation écrite pour le navire. L'arrêt considère que « le fait de ne pas avoir obtenu une autorisation écrite tient davantage à une mauvaise interprétation de la correspondance entre les représentants des navires de pêche et le FISCAP qu'à une violation délibérée des lois et règlements de la Guinée-Bissau ».

L'arrêt note également que les navires de pêche « Amabal I » et « Amabal II », qui ont été saisis en même temps que le « Virginia G » et qui ont commis une infraction aux lois et règlements de la Guinée-Bissau, similaire en gravité à celle de « Virginia G » n'ont pas été confisqués. Le FISCAP leur a imposé le 27 août 2009 une amende de \$ 150 000 chacun et ils ont été libérés le 28 août

2009, sans avoir payé les amendes. Par ailleurs les deux autres navires de pêche, le « Rimbal I » et le « Rimbal II » qui ont été avitaillés en combustible par le « Virginia G » le 20 août 2009 n'ont été ni saisis ni mis à l'amende.

14. Pour éclairer la façon dont le FISCAP exerçait son pouvoir, il convient de citer certains extraits de la déclaration en date du 20 mars 2012, de M. Augusto Artur António da Silva, qui figure à l'annexe 5 du contre-mémoire de la Guinée-Bissau.

M. da Silva occupait le poste de Ministre de la défense nationale et était membre de droit du FISCAP à l'époque de la confiscation du navire « Virginia G » :

– Le 11.08.2009, les navires de pêche « AMABAL I » et « AMABAL II » ont été saisis au motif qu'ils avaient procédé entre eux à un ravitaillement en combustible . . .

– J'ai rencontré l'ancien consul de l'Espagne, M. Hamadi Busarai Emhamed, propriétaire / représentant de l'« AMABAL I » et de l'« Amabal II ». Lors de cette réunion, le consul s'est plaint de difficultés pour payer les amendes infligées aux deux navires, et a demandé la mainlevée de leur immobilisation assortie de la condition qu'ils soient autorisés à reprendre leur activité de pêche et à utiliser les recettes ainsi générées pour payer les amendes.

– Nous avons ainsi procédé à la mainlevée de l'« Amabal I » et de l'« Amabal II » le 20.08.2009 sans aucune formalité, sur la base de la confiance et des bonnes relations qui existent entre la Guinée-Bissau et l'Espagne dans le domaine de la pêche.

– Le 28.08.2009, après y avoir beaucoup réfléchi, conscients du fait que l'« Amabal I » et l'« Amabal II » appartenaient à l'ancien consul d'Espagne et compte tenu de nos bonnes relations de coopération avec le Royaume d'Espagne, nous avons finalement pris la décision politique de procéder à la mainlevée de leur immobilisation.

– Mais le jour précédant la décision d'annuler les amendes, notre intention était toujours de les faire payer.

15. Il convient de signaler que M. Hamadi Busarai Emhamed est lui-même un responsable de Bijagos et agent de Balmar, qui avait omis d'obtenir du FISCAP l'autorisation écrite pour le « Virginia G ».

Les circonstances de l'espèce induisent à penser que le pouvoir discrétionnaire du FISCAP lui permet d'infliger aux navires accusés d'infractions aux lois et règlements de la Guinée-Bissau qui sont de même nature et de même gravité, soit la confiscation *ex-officio*, soit l'exonération totale de toute amende.

16. L'arrêt avance en outre pour rejeter l'indemnisation demandée par Panama au titre du manque à gagner, que le propriétaire du « Virginia G » ne s'est pas prévalu des procédures à sa disposition en vertu des lois de la Guinée-Bissau pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation de son navire, en particulier, la procédure de mainlevée dès le dépôt d'une caution en vertu de l'article 65 du décret-loi 6-AI 2000.

A cet égard, le Panama fait remarquer :

... en droit bissau-guinéen, le propriétaire avait le droit de recourir à plusieurs procédures concurrentes pour contester les actes et décisions de la Guinée-Bissau et demander la mainlevée de l'immobilisation du « Virginia G » et la libération de son équipage.

Le propriétaire du navire avait contesté la décision de confiscation du « Virginia G » et de la cargaison au niveau administratif en adressant au FISCAP, entre le 28 août et le 14 septembre 2009, plusieurs lettres pour qu'une solution soit apportée à la situation en déterminant le montant de la caution ou autre garantie à verser pour obtenir la mainlevée du navire et la libération de son équipage.

Le propriétaire s'est prévalu aussi des procédures judiciaires prévues par le paragraphe 3 de l'article 52 du décret-loi N° 1-A/2005 qui énonce que « la décision prise conformément au paragraphe 1 est susceptible d'appel ».

Le 28 octobre 2009, le propriétaire du navire a saisi le Tribunal régional de Bissau d'une demande de mesures conservatoires en vue de la suspension des décisions du FISCAP. Le 5 novembre 2009, le Tribunal a ordonné aux défendeurs (FISCAP et Commission interministérielle de pêche) de

s'abstenir de toutes mesures concernant la confiscation du navire « Virginia G » et des produits se trouvant à bord jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue à l'issue de la partie déclaratoire de la procédure.

Les autorités gouvernementales de la Guinée-Bissau ont totalement ignoré la décision précitée du Tribunal régional de Bissau. Le 13 novembre 2009, le procureur général a transmis au Premier Ministre une lettre au sujet de la décision du Tribunal régional de Bissau dans laquelle il déclarait :

nous estimons que la décision de confisquer le navire en infraction, ses engins, son matériel et les produits à son bord est appropriée. Nous n'avons aucune réserve quant à la l'utilisation du combustible que ce navire vendait dans notre ZEE.

Par lettre datée du 30 novembre 2009, le secrétaire d'Etat au Trésor du ministère des Finances a ordonné de décharger le gazole à bord

malgré l'ordonnance judiciaire de suspension de la saisie et en l'absence d'opposition de la part du ministère public, du ministre de la Justice et du contrôleur de la légalité quant à (...) « l'utilisation du combustible ... »

La cargaison de gazole du « Virginia G » a été déchargée le 20 novembre 2009.

Faisant suite à une demande de mesures conservatoires déposée le 7 décembre 2009 par le propriétaire du navire auprès du Tribunal régional de Bissau, contre la décision de décharger le gazole, ce Tribunal a ordonné le 16 décembre 2009, « la restitution immédiate au navire « Virginia G » de la cargaison déchargée » (voir les paragraphes 73 à 79 de l'arrêt). Cette décision du Tribunal régional de Bissau a été aussi ignorée par le pouvoir exécutif de la Guinée-Bissau. Le propriétaire du navire, se fondant sur le paragraphe 3 de l'article 52 du décret-loi 6-A/2000, a introduit le 4 décembre 2009, un recours en annulation des décisions du CIFM, par-devant la section pénale du Tribunal régional de Bissau. Cette procédure au fond est restée pendante.

Les efforts du propriétaire pour parvenir à une solution au niveau administratif et par les voies judiciaires au problème de la confiscation de son navire et de la cargaison à bord n'ont pas abouti. Il convient de citer, à cet égard, de l'ordonnance du Tribunal régional de Bissau relative à la suspension de la décision de confiscation de la CIFM, les extraits suivants :

Nous avons donc, d'un coté, un droit de propriété fondamental et, de l'autre, une infraction aux règles de la pêche qui est passible d'amendes.

Le processus de confiscation d'un bien, qui relève par essence du droit fondamental de la propriété, est de la compétence des tribunaux établis en vertu de la Constitution de la République ; en outre, la règle veut que personne n'est autorisé à se faire justice soi-même. Dans cette affaire, c'est la FISCAP qui tente de confisquer le navire et tous les produits se trouvant à bord. (Mémoire du Panama, annexe 54)

17. Le Panama a demandé une indemnisation au titre des dommages, coûts et pertes subis par suite de la confiscation illicite du « Virginia G » et de la cargaison de gazole à son bord, pour un montant total de 3 837 475,04 euros, majoré de 10 %. Ce montant inclut un montant de 1 311 489,43 euros au titre du manque à gagner sur le contrat avec Lotus Federation dû à l'immobilisation du navire et un montant de 1 245 626,40 euros au titre des pertes subies en conséquence de la résiliation du contrat avec Lotus Federation se rapportant au nouveau contrat d'exploitation.

Le Tribunal a rejeté, à juste titre, la demande du Panama, visant à majorer de 10 % le montant total de l'indemnité, au titre de la perte de réputation subie par le navire et son propriétaire, ainsi que la demande d'un montant de 1 245 626,40 euros en conséquence de la résiliation du contrat avec Lotus Federation qui avait été conclu pour quatre années. Les préjudices avancés par le Panama sont trop indirects, trop éloignés et incertains pour être susceptibles d'évaluation financière et ne remplissent pas la condition du lien de causalité.

Par contre, à mon avis, la demande d'indemnisation au titre du manque à gagner pour la période de l'immobilisation du « Virginia G » suite à sa confiscation aurait pu, dans une certaine mesure, être prise en considération par le Tribunal.

Il est incontestable qu'une règle bien établie du droit international tient compte, pour l'évaluation du préjudice causé par un fait internationalement illicite et la détermination de l'indemnisation adéquate, de la contribution aux dommages par l'Etat et les personnes lésés par ce fait. Cette règle est reflétée à l'article 39 du projet d'articles de la CDI ainsi libellé :

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

18. En tenant compte des circonstances de la présente espèce et des facteurs considérés par l'arrêt comme une contribution au préjudice par le propriétaire du « Virginia G », j'estime qu'il aurait été équitable d'accorder au Panama une indemnité d'un montant réduit, à hauteur de la moitié du montant demandé par le Panama au titre du manque à gagner pendant la période de l'immobilisation du « Virginia G » en Guinée-Bissau.

En définitive, la perte subie par le propriétaire du « Virginia G », causée par la longue interruption de son activité commerciale suite à la confiscation de son navire, dépasse la pénalité maximale de 1 000 000 de dollars des Etats-Unis que le FISCAP lui aurait imposée pour l'infraction commise par le « Virginia G » aux lois et règlements de la Guinée-Bissau.

(*signé*) Joseph Akl