

Opinion dissidente de M. le juge Jesus

(Traduction du Greffe)

1. Tout d'abord, je suis heureux de souligner que la présente décision du Tribunal constitue une importante contribution au développement du droit international de la mer, en ce sens qu'elle élucide plusieurs questions relatives aux pouvoirs ou aux droits de l'Etat côtier dans sa zone économique exclusive (ci-après dénommée « la ZEE »).

2. Parmi ces questions figurent celles au sujet desquelles le Tribunal conclut que le soutage de navires de pêche étrangers est une activité connexe de pêche, et qu'en tant que telle, peut être réglementée par l'Etat côtier en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 73, paragraphe 1 de la Convention, et déclare que la confiscation de navires étrangers menant des activités de pêche dans la ZEE d'un Etat côtier, qu'il s'agisse de navires de pêche à proprement parler ou de navires se livrant à des activités connexes de pêche, comme ceux qui assurent le soutage de navires de pêche, est une mesure légitime qu'un Etat côtier peut prendre dans l'exercice de ses droits souverains d'explorer et d'exploiter, de conserver et de gérer les ressources biologiques dans sa ZEE.

3. J'ai par conséquent voté pour la plupart des alinéas du dispositif de la décision de la majorité.

4. Je regrette toutefois de ne pas partager l'interprétation du Tribunal relative à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, sur le fondement duquel la mesure de confiscation imposée à l'encontre du « Virginia G » par la Guinée-Bissau a été considérée comme étant non nécessaire, ce qui a amené le Tribunal à juger que la Guinée-Bissau se trouvait à cet égard en infraction à l'article 73, paragraphe 1.

5. Etant donné que cette interprétation du Tribunal constitue une question centrale en l'espèce, sur laquelle le Tribunal s'est fondé pour accorder une indemnité au Panama, je me suis senti obligé de voter contre, pour les raisons que j'exposerai ci-après. J'aborderai aussi d'autres questions sur lesquelles je ne partage pas le raisonnement juridique développé dans la décision de la majorité.

6. Dans la présente opinion, je vais donc aborder les principales questions suivantes :

- a) L'interprétation de l'article 73 de la Convention ;
- b) La question de savoir si l'absence de lien substantiel entre le navire et l'Etat du pavillon peut servir à fonder une exception d'irrecevabilité des demandes du Panama ;
- c) La question de l'épuisement des recours internes ;
- d) La demande reconventionnelle présentée par la Guinée-Bissau.

a) De l'interprétation de l'article 73 de la Convention

7. La décision rendue par la majorité conclut, avec raison, que l'Etat côtier a le droit de réglementer le soutage de navires de pêche dans sa ZEE et qu'il peut donc, dans ses lois et règlements relatifs à la conservation et la gestion des ressources biologiques dans la ZEE, imposer des sanctions, y compris la confiscation comme le démontre la pratique des Etats, pour infraction à ces lois et règlements.

8. Le Tribunal parvient ainsi à la conclusion que la Guinée-Bissau n'a pas enfreint la Convention lorsqu'elle a saisi le « Virginia G » au motif que ce navire ravitaillait en combustibles un navire de pêche dans la ZEE bissau-guinéenne sans l'autorisation écrite requise par les lois et règles de ce pays en matière de pêche et d'activités connexes de pêche applicables dans sa ZEE. Inversement, il faut donc supposer que pour le Tribunal, le « Virginia G » a enfreint les lois et règlements de la Guinée-Bissau en matière de soutage dans sa ZEE en ravitaillant en gazole des navires de pêche dans cette zone sans l'autorisation écrite requise.

9. De plus, l'arrêt admet que si la Guinée-Bissau avait le droit de saisir le « Virginia G » au motif d'activités non autorisées de soutage, la Guinée-Bissau, dans les circonstances de l'espèce, n'aurait pas dû imposer la sanction de confiscation et qu'en ce faisant, elle a infligé une sanction non nécessaire. En conséquence, en confisquant le « Virginia G », la Guinée-Bissau a agi en infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

10. En supposant, aux fins de la démonstration, qu'une telle interprétation par le Tribunal de l'article 73, paragraphe 1, soit correcte, l'on parvient à la conclusion que, conformément à l'arrêt lui-même, les Parties se sont mutuellement

lésées : le Panama a enfreint les lois et règlements de la Guinée-Bissau en matière de soutage dans la ZEE et la Guinée-Bissau a enfreint celles du Panama en imposant une sanction plus sévère que celle qu'elle aurait dû, de l'avis du Tribunal, lui imposer, et violé de ce fait l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

11. Nonobstant qu'il conclut et reconnaît que chaque Etat a violé les droits de l'autre, l'arrêt ne tient aucun compte des sanctions qui découleraient pour le Panama de cette infraction, alors qu'il impose à la Guinée-Bissau le paiement d'une indemnité en faveur du Panama. Et ce seulement parce la Guinée-Bissau, en punissant l'infraction à ses lois et règles – une infraction constatée par l'arrêt lui-même –, a imposé au navire « Virginia G » une sanction que l'arrêt considère trop pesante, et par conséquent non nécessaire.

12. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a interprété de manière isolée l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, en ne tenant compte ni du texte, ni du contexte de l'ensemble de cet article dans lequel figure cette disposition. A mon avis, le paragraphe 1 de cet article ne devrait pas être interprété de manière séparée, comme le fait l'arrêt. L'article 73 doit être interprété comme un tout. L'ensemble de cet article se fonde sur une interaction entre différents intérêts et leur protection, qui représente une démarche juridique équilibrée visant à traiter la question des pouvoirs de mise en application de l'Etat côtier face aux intérêts d'Etats tiers, et à inciter au respect de ses lois et règlements en matière de pêche en vigueur dans sa ZEE. La teneur de cet article ne peut être correctement comprise que si ses dispositions diverses, mais interdépendantes, sont interprétées conjointement.

13. L'arrêt se fonde sur l'expression « qui sont nécessaire[s] », qui figure à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, pour conclure que le Tribunal a le pouvoir de dénier à l'Etat côtier l'autorisation de confisquer des navires si et lorsque le Tribunal estime que la mesure de confiscation imposée par l'Etat côtier pour l'infraction à ses lois et règlements en matière de pêche n'est pas nécessaire dans les circonstances d'une affaire donnée.

14. Je me permets de ne pas être d'accord avec cette conclusion. A mon avis, et contrairement à l'approche adoptée par le Tribunal, l'article 73 de la Convention doit être interprété comme un tout et son paragraphe 1 doit par conséquent être interprété conjointement avec les autres dispositions du même article, y compris celle du paragraphe 3.

15. Tel que je l'entends, ce paragraphe 1 établit un principe selon lequel un Etat côtier peut, dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion de ses ressources biologiques dans la zone économique exclusive, prendre toutes mesures nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention.

16. Cette disposition n'indique, explicitement ou implicitement, aucune exception aux mesures susceptibles d'être prises par l'Etat côtier à cet égard. Or, les exceptions aux mesures qui peuvent être prises en application du paragraphe 1 se trouvent au paragraphe 3. Ce dernier paragraphe fixe tout à fait clairement les exceptions imposées par la Convention au principe énoncé au paragraphe 1. En effet, le paragraphe 3 précise que les sanctions prévues par l'Etat côtier pour les infractions aux lois et règlements en matière de pêche dans la zone économique exclusive ne peuvent comprendre l'emprisonnement ni aucun autre châtement corporel. Il s'agit là des deux seules mesures que l'Etat côtier n'est pas autorisé à prendre à l'encontre des contrevenants à ses lois et règlements en matière de pêche en vigueur dans sa ZEE.

17. Si les auteurs de la Convention avaient eu l'intention d'envisager qu'une forme quelconque de confiscation de navires constituerait une exception aux mesures susceptibles d'être prises en vertu du paragraphe 1, ils l'auraient indiqué au paragraphe 3, dont le seul objet est d'énoncer les exceptions au principe énoncé au paragraphe 1, en précisant les pénalités ou mesures qui ne peuvent pas être imposées par l'Etat côtier.

18. L'interprétation faite dans l'arrêt, conformément à laquelle le Tribunal déclare que la confiscation du navire « Virginia G » n'était pas nécessaire, et qu'en conséquence, cette confiscation était en violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, revient en fait à créer une troisième exception au principe énoncé au paragraphe 1. Cette exception est créée cette fois-ci non pas par la décision des auteurs de la Convention, mais du fait de l'interprétation créative qui est faite dans l'arrêt.

19. Par ailleurs, le fait de dire à un Etat côtier qu'il ne peut imposer une confiscation pour des violations de ses lois et règlements applicables dans la ZEE parce que la sanction, dans les circonstances de l'espèce, n'est, de l'avis du Tribunal, pas nécessaire, revient à conférer au Tribunal un pouvoir qui n'est prévu nulle part dans la Convention. Cette interprétation pourrait causer de graves difficultés aux Etats côtiers qui s'efforcent d'appliquer correctement et efficacement leurs lois et règlements en matière de pêche dans leurs ZEE.

20. A l'avenir, il est possible qu'un Etat côtier s'abstienne d'imposer la pénalité de confiscation aux navires saisis en violation de ses lois et règlements en matière de pêche dans la ZEE, de peur que le Tribunal, qui se fonderait sur un critère arbitraire et subjectif pour mesurer la gravité d'une infraction donnée, ne le mette en demeure de payer une indemnité au contrevenant à ses lois et règlements en matière de pêche.

21. A une époque marquée par une préoccupation croissante au niveau international pour la conservation et la durabilité des ressources halieutiques dans tous les océans du monde, préoccupation partagée par tous les Etats, toutes les organisations régionales et internationales, y compris la FAO, ainsi que par les populations civiles du monde entier, le présent arrêt s'est engagé dans une interprétation restrictive de l'article 73 de la Convention, une interprétation qui n'est pas clairement fondée dans ce même article et qui peut créer de graves difficultés aux Etats dans la mise en œuvre de leurs lois et règlements en matière de pêche à l'encontre d'un nombre croissant de contrevenants.

22. Une décision de restreindre les droits qu'a l'Etat côtier d'appliquer ses lois et règlements dans la ZEE contre les contrevenants ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des dispositions de la Convention qui prévoient de manière claire et sans équivoque de telles restrictions, comme visées au paragraphe 3 de l'article 73, et non pas sur des hypothèses subjectives de juges concernant la nécessité ou l'absence de nécessité d'une mesure donnée susceptible d'être imposée par l'Etat côtier.

b) De l'indemnité accordée au titre d'un dommage causé au navire qui peut être imputé à l'absence d'entretien

23. En se fondant sur sa conclusion selon laquelle la Guinée-Bissau a violé les droits du Panama lorsqu'elle a imposé une sanction trop lourde au navire « Virginia G », le Tribunal accorde au Panama une indemnité à raison des dommages causés au navire « Virginia G ».

24. Je suis en désaccord avec cette décision d'accorder une indemnité au Panama, et ce, pour deux raisons : premièrement, comme mentionné ci-dessus, je ne souscris pas à l'interprétation du Tribunal qui veut que la mesure de confiscation prise par la Guinée-Bissau l'ait été en infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention ; par conséquent, aucune indemnité ne devrait être payée par la Guinée-Bissau à raison de l'imposition d'une sanction qui, à

mon avis, est autorisée en vertu de l'article 73 de la Convention ; et deuxièmement, je ne considère pas la Guinée-Bissau responsable du dommage causé au navire « Virginia G » à raison de l'absence d'entretien pendant la période de son immobilisation dans le port de Bissau.

25. La conclusion du Tribunal selon laquelle la mesure de confiscation à l'encontre du navire « Virginia G » n'était pas nécessaire, et que par conséquent la Guinée-Bissau a enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, est de toute évidence déséquilibrée et sanctionne la Guinée-Bissau pour avoir pris des mesures visant à assurer le respect de ses lois et règlements en matière de pêche dans la ZEE, alors que, dans le même temps, elle indemnise le contrevenant à ces lois. Curieusement, cette approche transforme la victime en contrevenant et le contrevenant en victime. Un appel ou une révision de la mesure de confiscation imposée par la Guinée-Bissau, s'il avait été formé devant la juridiction nationale de n'importe quel pays, n'aurait pas eu cet effet illogique. Au contraire, la mesure de confiscation, si elle avait été déclarée excessive en vertu du droit applicable, aurait été remplacée par une sanction plus légère par une juridiction nationale, mais la victime serait restée victime et le contrevenant serait aussi resté contrevenant.

26. Il ressort de toute évidence du dossier de l'espèce et des conclusions tirées dans l'arrêt que si un préjudice a été infligé au Panama, le Panama lui-même y a contribué. Si le « Virginia G » n'avait pas ravitaillé en carburant des navires pêchant dans la ZEE de la Guinée-Bissau sans l'autorisation écrite requise, ce qui constitue une infraction aux lois et règlements de la Guinée-Bissau en matière de pêche, qui sont sinon reconnus par l'arrêt (voir les paragraphes 266 et 267), le navire « Virginia G » n'aurait pas été saisi et ultérieurement confisqué. Ce seul fait aurait dû inciter le Tribunal à adopter une approche plus équilibrée dans l'arrêt sur la question de l'indemnisation, comme le recommande l'article 39 du projet d'articles sur la Responsabilité de l'Etat.

27. Le projet d'article 39 « dispose que le comportement de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation ». Telle a par exemple été la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*. Dans cette affaire, la Cour « reconnaît que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été introduite et pour le moment choisi pour l'introduire » et dit que la Cour aurait pris ce facteur,

parmi d'autres, en considération « si la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnité »¹.

28. Le propriétaire du navire « Virginia G » a doublement contribué au préjudice infligé au navire et aux personnes impliquées dans l'activité du navire ou ayant des intérêts liés à cette activité : en permettant au navire de se lancer dans des activités de soutage dans la ZEE de la Guinée-Bissau sans détenir l'autorisation requise et en n'ayant pas maintenu le navire en état de fonctionnement durant la période d'immobilisation, comme il aurait dû le faire. Les moyens de preuve produits en l'espèce n'indiquent pas que la Guinée-Bissau ait fait quoi que ce soit pour empêcher le capitaine ou le propriétaire de procéder à l'entretien du navire. Si le propriétaire avait fourni les moyens nécessaires à l'entretien de routine du navire, son état ne se serait pas dégradé, ou du moins pas au point où il l'a été. La dégradation du navire a peut-être été causée par le manque de fonds avoué du propriétaire du navire pour procéder aux travaux d'entretien.

29. Comme nous le rappellent les commentaires qui explicitent le projet d'article 39² :

... si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant la durée de la saisie, il subit des avaries imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve.

30. Cette règle peut s'appliquer *mutatis mutandis* à la présente espèce.

31. L'arrêt accorde au Panama 146 080,80 euros d'indemnité au titre de la réparation des dommages subis par le navire à raison de l'absence d'entretien durant son immobilisation au port de Bissau, mais sans démontrer l'existence d'un lien de causalité qui viendrait justifier cette indemnité. Même si un navire est immobilisé, le dommage susceptible d'être causé au navire du fait de l'absence d'entretien approprié peut ne pas se produire si ceux qui sont censés assurer l'entretien du navire effectuent les travaux requis. Ce n'est pas parce qu'un navire est immobilisé qu'il s'endommage nécessairement avec le temps. Le dommage peut résulter du manque d'entretien.

1 Cité par James Crawford, « Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État: Introduction, texte et commentaires », page 288, Editions Pedone, Paris, 2003.

2 *Ibid.*, p. 297.

32. Il me semble que lorsqu'un navire est saisi ou immobilisé dans l'attente du résultat d'un recours judiciaire de droit interne formé contre sa confiscation, ce navire doit être considéré comme étant immobilisé. Dans la jurisprudence du Tribunal en matière de prompt mainlevée, à savoir dans l'affaire du « *Tomimaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), *prompte mainlevée*, un navire confisqué pour infractions aux règlements en matière de pêche dans la ZEE est considéré par le Tribunal comme ayant été « saisi » ou « immobilisé » jusqu'à ce qu'il ne soit plus possible de former de recours contre la décision de confiscation. Et si le navire est considéré saisi ou immobilisé jusqu'à la fin de la procédure de recours, aucune indemnité n'est due au titre des dommages causés au navire, puisque dans ce cas, l'immobilisation du navire est considérée par l'arrêt comme ayant été licite.

33. Il convient de noter qu'en l'espèce, la confiscation du « *Virginia G* » a été contestée par le propriétaire, qui a formé un appel auprès du tribunal compétent de Bissau et que, comme le relève l'arrêt, plusieurs membres de l'équipage ont été autorisés à rester à bord du « *Virginia G* » et à y vivre au cours de son immobilisation dans le port de Bissau et jusqu'à la mainlevée de cette immobilisation. Ces membres de l'équipage auraient pu effectuer les travaux d'entretien du navire s'il n'y avait pas eu le manque de fonds du propriétaire. La Guinée-Bissau aurait été responsable des dommages causés au navire à raison de l'absence d'entretien si elle avait empêché l'exécution de ces travaux ou refusé d'autoriser le capitaine ou le propriétaire à les entreprendre, ce qui n'a pas été démontré durant la procédure.

c) De la question du lien substantiel

34. Il est commun pour un navire d'être immatriculé dans un Etat, et de battre le pavillon de cet Etat, avec lequel ses propriétaires ou exploitants ne maintiennent pas de liens habituels. En langage courant, on parle de navire battant pavillon de complaisance. Nombreux sont ceux qui considèrent que l'utilisation et l'abus de ce qu'il est convenu d'appeler les pavillons de complaisance servent à dissimuler des activités illicites en mer ou que les propriétaires et exploitants les utilisent pour échapper aux obligations qui leur incombent. Beaucoup considèrent par exemple que la pêche INN est favorisée par les pavillons de complaisance, car plusieurs des Etats du pavillon concernés n'exercent semble-t-il pas de contrôle très efficace sur certains de leurs navires.

35. Il n'est donc pas étonnant que le débat sur le point de savoir comment enrayer les effets pernicious causés par les activités illicites auxquelles se livrent certains navires battant ce qu'il est convenu d'appeler un « pavillon de complaisance » ait toujours relevé de la polémique. Ce débat, qui se poursuit et qui a fait surgir diverses opinions et permis d'entrevoir diverses solutions, plane sur l'interprétation des articles 91 et 94 de la Convention, qui portent sur la nationalité des navires et les obligations de l'Etat du pavillon, respectivement. A ce jour, les cours et tribunaux internationaux n'ont pas donné d'interprétation approfondie de cette question, pas plus qu'il ne l'ont tranchée d'une manière qui aurait pu expliciter le droit applicable.

36. Le Tribunal, quand il l'a abordée dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, a toutefois contribué de manière significative à éclaircir certains aspects de l'interprétation des articles 91 et 94. Il n'est toutefois pas allé aussi loin que l'on aurait pu attendre de lui.

37. Dans l'affaire qui nous occupe, c'est-à-dire l'affaire n° 19, le Tribunal a été une fois de plus confronté à une question semblable lorsque la Guinée-Bissau a affirmé que l'absence de lien substantiel entre le navire « Virginia G » et le Panama justifiait l'irrecevabilité des demandes du Panama et aussi sa formation d'une demande reconventionnelle d'indemnisation contre le Panama.

38. Lorsqu'il a examiné la question du lien substantiel en l'espèce, le Tribunal a tenté de répondre à deux questions :

- a) la première est « la question de savoir si le droit qu'a un Etat d'attribuer sa nationalité à un navire dépend de l'existence d'un lien substantiel entre cet Etat et ce navire » ; et
- b) la seconde concernait le point de savoir s'« il existait un lien substantiel entre le "Virginia G" et le Panama au moment de l'incident ».

39. Pour répondre à la première question, le Tribunal, tout en faisant observer qu'en vertu de l'article 91, paragraphe 1, de la Convention, un Etat a le droit d'accorder sa nationalité à des navires, rappelle qu'en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, il a déclaré que « [l']article 91 laisse à chaque Etat une compétence exclusive en matière d'attribution de sa nationalité à des navires. A cet égard, l'article 91 codifie une règle bien établie du droit international général. Aux termes de cet article, il appartient à Saint-Vincent-et-les Grenadines de fixer les conditions auxquelles elle soumet l'attribution de sa nationalité à des

navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit pour ces derniers de battre son pavillon. Ces questions sont réglementées par un Etat dans le cadre de son droit interne. Conformément à l'article 91, paragraphe 2, Saint-Vincent-et-les Grenadines est tenue de délivrer à cet effet des documents aux navires auxquels elle a accordé le droit de battre son pavillon. La délivrance de tels documents est réglementée par le droit interne ».

40. Le Tribunal rappelle qu'il a également déclaré, en l'*Affaire du navire* « SAIGA » (No. 2), que

le but des dispositions de la Convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'Etat dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les Etats du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon.

41. Cette dernière conclusion du Tribunal en l'*Affaire du navire* « SAIGA » (No. 2) est explicitée en l'espèce par le Tribunal, qui considère que

la troisième phrase du premier paragraphe de l'article 91 de la Convention, qui exige un lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire, ne devrait pas être interprétée comme établissant des conditions préalables ou des conditions auxquelles serait subordonné l'exercice par l'Etat du pavillon du droit d'attribuer sa nationalité aux navires.

42. Ces citations tirées de l'arrêt en l'*Affaire du navire* « SAIGA » (No. 2) représentent une contribution centrale faite par le Tribunal pour clarifier le droit sur la question de l'attribution de la nationalité à des navires et sur celle du lien substantiel entre le navire et l'Etat dont il a le droit de battre le pavillon. De ces conclusions, il ressort donc clairement que :

- a) la question de savoir si un Etat devrait ou ne devrait pas accorder sa nationalité à un navire est entièrement réservée à cet Etat. Il peut, en vertu de ses propres lois, prescrire des conditions à cette attribution, à l'immatriculation de tels navires sur son territoire et au droit de battre son pavillon ;
- b) le lien substantiel qui devrait exister entre un navire et son Etat du pavillon ne constitue pas un préalable ou une condition à l'attribution de la nationalité au navire et, par conséquent, il ne conditionne pas la validité de la nationalité ou de l'immatriculation du navire.

43. S'il s'agit là d'une interprétation correcte du droit international, tel qu'il trouve son expression dans l'article 91 de la Convention, on pourrait donc se demander à quel stade la question de l'existence d'un lien substantiel devrait être prise en considération, sachant que, conformément à cet article sur la nationalité des navires, « [i]l doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire ».

44. Le Tribunal n'a pas examiné cette question dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) et il est regrettable qu'il ne l'ait pas non plus fait en l'espèce. J'estime que cette affaire offrait au Tribunal une bonne occasion d'explicitier le droit à cet égard et d'apporter ainsi une clarification fort nécessaire, en particulier si l'on considère les arguments avancés par la Guinée-Bissau qui mettent en cause l'existence d'un lien substantiel entre le Panama et le navire « Virginia G ». Je vais donc exposer ma propre thèse sur la question.

45. Si l'on doit conclure qu'au moment où un Etat accorde sa nationalité à un navire, il est totalement libre de le faire et qu'il n'est tenu pour cela par aucune condition, préalable ou autre – y compris l'existence d'un lien substantiel –, autres que celles qu'il pourrait librement s'imposer, cet Etat, une fois qu'il a accordé sa nationalité à un navire, a cependant une obligation de veiller à ce que, comme l'exige la Convention, « [il existe] un lien substantiel » entre cet Etat et le navire qui bat son pavillon. Pour veiller à l'existence de ce lien substantiel, l'Etat est tenu d'exercer sa juridiction et son contrôle effectifs sur ce navire.

46. La Convention, à son article 94, expose les obligations que doit observer l'Etat du pavillon pour assurer qu'il « exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon ». En d'autres termes, c'est en vérifiant que cet Etat s'acquitte, s'agissant d'un navire donné, des obligations visées à l'article 94, que l'on doit appliquer le critère de l'existence ou non d'un lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire.

47. Le respect de ces obligations résulte de l'attribution par l'Etat de sa nationalité au navire et pas l'inverse. L'attribution de la nationalité précède l'obligation de l'Etat du pavillon de prendre des mesures visant à assurer l'existence du lien substantiel.

48. De ce qui précède, il semble clair que les déclarations du Tribunal sont correctes, mais qu'elles ne parviennent pas à clarifier d'autres aspects importants de l'interprétation des articles 91 et 94 de la Convention, en l'occurrence le point de savoir si une cour ou un tribunal international peut priver d'effet l'attribution de la nationalité à un navire dans une affaire où l'une des Parties se prévaut de l'absence de lien substantiel.

49. Bien qu'en l'espèce cette question ait été suscitée par l'exception soulevée par la Guinée-Bissau à la recevabilité des demandes du Panama au motif qu'il n'existait pas de lien substantiel entre le navire « Virginia G » et le Panama, le Tribunal ne s'est pas du tout penché sur cette préoccupation comme il aurait dû le faire. Au lieu de cela, il a cité ses conclusions dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* :

[i]l n'y a rien dans l'article 94 qui permette à un Etat, qui découvre la preuve de l'absence d'une juridiction et d'un contrôle appropriés par l'Etat du pavillon sur un navire, de refuser de reconnaître le droit qu'a le navire de battre le pavillon de l'Etat du pavillon.

50. Quelle voie de recours reste-t-il alors à un Etat pour contester l'absence de juridiction et de contrôle appropriés par l'Etat du pavillon sur le navire, en particulier si l'on garde à l'esprit la disposition claire de l'article 91 de la Convention, selon laquelle « [i]l doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire » ?

51. Certes, un Etat tiers, par ses propres mesures directes, comme l'a dit le Tribunal dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, ne peut pas « refuser de reconnaître le droit qu'a le navire de battre le pavillon de l'Etat du pavillon », exception faite, ajouterai-je, du cas visé à l'article 92, paragraphe 2, de la Convention. Toutefois, si un Etat tiers, dont les intérêts peuvent avoir été ou sont considérés avoir été lésés par les activités du navire, « découvre la preuve de l'absence d'une juridiction et d'un contrôle appropriés par l'Etat du pavillon sur un navire », alors cet Etat tiers peut attaquer cette absence de lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire devant une cour ou un tribunal international.

52. S'il appartient à l'Etat du pavillon de décider librement s'il souhaite accorder la nationalité à des navires et de décider de leur immatriculation sur son territoire ou du droit qu'ils ont de battre son pavillon, il est légitime, dans le cadre d'une affaire devant une cour ou un tribunal international, de poser

la question de savoir s'il existe un lien substantiel entre un navire et son Etat du pavillon en vue d'en établir les effets juridiques applicables. L'un de ces effets pourrait par exemple être que s'il est reconnu, dans une affaire donnée devant une cour ou un tribunal international, qu'un navire n'a pas de lien substantiel avec son Etat du pavillon, la thèse, entre autres, de l'irrecevabilité des demandes de l'Etat du pavillon pourrait être défendue avec succès devant cette cour ou ce tribunal international.

53. Alors qu'il n'appartient pas à cette cour ou à ce tribunal de refuser à un navire la nationalité ou le droit de battre le pavillon de l'Etat du pavillon, exception faite, comme indiqué plus haut, du cas visé à l'article 92, paragraphe 2, de la Convention, il revient toutefois à cette cour ou à ce tribunal, lorsqu'il est saisi d'une affaire donnée, de déterminer, lorsqu'une des Parties au différend le lui demande, s'il existe un lien substantiel entre le navire et son Etat du pavillon afin d'en établir les effets juridiques nécessaires qui peuvent s'appliquer à l'affaire.

54. Dans la présente espèce, la Guinée-Bissau s'est en effet prévalu de la non-existence d'un lien substantiel entre le navire « Virginia G » et le Panama et, sur cette base, elle a contesté la recevabilité des demandes du Panama et formé une demande reconventionnelle d'indemnisation à l'encontre du Panama.

55. Le Tribunal, pour répondre à la deuxième question qu'il s'était posée et qui consistait à déterminer si un lien substantiel existait entre le navire « Virginia G » et le Panama au moment de l'incident, se fonde sur plusieurs éléments de preuve présentés par le Panama pour conclure « qu'il existait un lien substantiel entre le « Virginia G » et le Panama au moment de l'incident ».

56. Bien que je ne remette pas en question cette constatation, je suis d'avis que l'on aurait dû interdire à la Guinée-Bissau de soulever l'exception à la recevabilité des demandes présentées par le Panama au motif de l'absence d'un lien substantiel entre le Panama et le navire « Virginia G », car la Guinée-Bissau a déclaré que le navire « Virginia G », lorsqu'il battait pavillon panaméen, avait été autorisé à plusieurs occasions à avitailler des navires de pêche dans la ZEE bissau-guinéenne. Bien que, comme je l'ai dit, l'Etat côtier n'ait pas le droit de refuser de reconnaître le pavillon de l'Etat du pavillon, ces autorisations qui ont été données par les autorités compétentes de la Guinée-Bissau constituent une reconnaissance et une acceptation implicites du Panama comme le légitime Etat du pavillon du navire.

57. C'est pourquoi je ne trouve pas convaincante l'exception à la recevabilité des demandes du Panama soulevée par la Guinée-Bissau et qui repose sur ce motif.

d) Epuisement des recours internes

58. La Guinée-Bissau a contesté la recevabilité de certaines demandes présentées par le Panama dans l'intérêt de personnes ou entités privées, parce que ces personnes ou entités privées n'avaient pas épuisé les voies de recours internes qui leur étaient ouvertes en Guinée-Bissau (voir le paragraphe 131 de l'arrêt).

59. Le Tribunal, pour connaître de l'exception opposée par la Guinée-Bissau, a adopté une approche qui me semble ne pas être la bonne. Je regrette de ne pas souscrire au raisonnement juridique du Tribunal à cet égard.

60. L'argumentation principale du Tribunal à ce sujet est double :

- a) La présente espèce n'est pas une affaire de protection diplomatique et, par conséquent, l'épuisement des recours internes n'est pas une condition préalable à la soumission de cette affaire au Tribunal pour règlement ;
- b) Le Tribunal considère que le préjudice causé aux personnes et aux entités ayant un intérêt dans le navire ou sa cargaison résulte de violations à des droits qu'aurait le Panama. Lorsque la demande porte sur des préjudices causés tant à un Etat qu'à une personne, pour déterminer si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, le Tribunal doit décider quel est l'élément prépondérant.

61. Le Tribunal poursuit son raisonnement en déclarant que « parmi les principaux droits dont le Panama allègue la violation par la Guinée-Bissau, il y a des droits du Panama en vertu de la Convention », et il conclut en disant que

[c]ompte tenu de la nature des principaux droits dont le Panama allègue la violation du fait des actes illicites de la Guinée-Bissau, le Tribunal conclut que, dans son ensemble, la demande du Panama repose sur la base d'un préjudice qu'il aurait lui-même subi.

62. Comme il considère que le préjudice causé aux personnes et aux entités ayant un intérêt dans le navire ou sa cargaison résulte des violations alléguées visées au paragraphe précédent, le Tribunal conclut que les demandes au titre de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle de l'épuisement des recours internes.

63. Bien que je sois d'accord avec les conclusions du Tribunal selon lesquelles, contrairement à ce qu'affirme le Panama, le compromis par la voie duquel le différend a été porté devant le Tribunal « n'empêche pas la Guinée-Bissau de soulever des exceptions à la recevabilité des demandes du Panama », car ce compromis n'impose aucune restriction à la possibilité qu'ont les Parties de soulever des exceptions à la recevabilité, je ne partage pas le raisonnement juridique du Tribunal et les deux conclusions qu'il en tire et qui sont citées au paragraphe précédent, et ce pour les raisons suivantes :

e) De la question de savoir si la présente espèce peut être qualifiée d'affaire de protection diplomatique

64. Le Panama n'aurait pas pu être plus clair dans sa qualification de la nature de l'espèce lorsqu'il a écrit, dans son mémoire (voir le paragraphe 15) que

Le Panama a introduit cette action contre la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique. Le Panama prend fait et cause pour son ressortissant et pour le navire « VIRGINIA G » avec tout ce qui se trouve à bord et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité qui a subi un préjudice du fait des mesures prises par la Guinée-Bissau.

65. Le Panama justifie ensuite sa qualification de l'affaire comme étant une affaire de protection diplomatique au paragraphe 16 de son mémoire, en déclarant ce qui suit :

Un principe élémentaire du droit international veut qu'un Etat est habilité à protéger ses ressortissants lorsqu'ils sont lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, lorsqu'ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international.

66. Convaincu comme il l'est que son action doit être présentée comme étant une affaire de protection diplomatique, le Panama, au paragraphe 17 de son mémoire, entreprend de nous rappeler la notion de protection diplomatique et déclare que « [l']article premier du Projet d'articles sur la protection diplomatique, élaboré sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies en 2006, dispose que la protection diplomatique consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité ».

67. Ces trois passages tirés du mémoire du Panama indiquent clairement que le Panama a intentionnellement qualifié d'affaire de protection diplomatique l'affaire dont il a saisi le Tribunal. Il confirme cela en disant que

le recours à la disposition du propriétaire du « Virginia G » en Guinée-Bissau a été rendu inefficace « par le comportement de ce pays, qui a eu recours à la force et à l'arbitraire au mépris du droit », la seule option possible consistait pour le Panama à soumettre la question à un arbitrage international ou au Tribunal (voir le paragraphe 149 de l'arrêt).

68. En fait, les exploitants et le propriétaire du « Virginia G », comme le démontrent les faits de l'espèce, ont agi de la même manière et avec la même conviction dans le système judiciaire bissau-guinéen, en empruntant largement les voies de recours qui leur étaient ouvertes dans ce système. Les propriétaires du navire ont présenté plusieurs recours, y compris devant le tribunal régional de Bissau, aux fins d'obtenir l'annulation de la mesure de confiscation du navire jusqu'à ce qu'ils se soient convaincus du fait que, comme le dit le Panama dans son mémoire, « le recours à la disposition du propriétaire » en Guinée-Bissau avait été rendu inefficace « par le comportement de ce pays, qui a eu recours à la force et à l'arbitraire au mépris du droit » (par. 148 de l'arrêt).

69. De ce qui précède, il ne fait aucun doute que ni l'intention du Panama, ni les mesures qu'il a prises ne tendaient à saisir le Tribunal d'une affaire en vue de faire valoir les propres droits du Panama qui auraient pu être violés par la Guinée-Bissau, des droits qui étaient distincts de ceux de ses ressortissants qu'il voulait protéger. Les droits revendiqués par le Panama dans son mémoire, pour la protection desquels il a introduit la présente instance, sont de toute évidence les droits de ses ressortissants qu'en sa qualité d'Etat du pavillon, il voulait protéger. C'est ce que l'on peut lire au paragraphe 16 du mémoire, aux

termes duquel « [e]n prenant fait et cause pour un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale » le Panama faisait « à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international ». Autrement dit, le Panama exerçait intentionnellement et de manière avouée son droit de protection diplomatique.

70. Les faits ne peuvent être changés. Et le fait, dans ce cas, est que le Panama, du moins lorsqu'il a présenté son mémoire au Tribunal, était convaincu que la présente espèce était de toute évidence une affaire de protection diplomatique. Le Panama, en procédant comme il l'a fait pour avancer ses arguments, en prenant fait et cause pour le navire « Virginia G » et pour les entités et particuliers liés à son exploitation, et en saisissant le Tribunal du différend en leur nom, n'aurait pas pu mieux faire pour présenter cette affaire comme une affaire de protection diplomatique. Il ne fait aucun doute que le Panama est en droit de saisir une cour ou un tribunal international comme le Tribunal. Toutefois, le droit international requiert aussi que les voies de recours internes soient d'abord épuisées avant que le différend ne puisse être porté devant une juridiction internationale.

71. Le raisonnement du Tribunal à ce sujet ne correspond pas aux faits de l'espèce, et les conclusions qu'il en tire reviennent à altérer la nature de l'espèce, ce qui est, comme expliqué ci-dessus, contraire à la qualification claire qu'en a donné le Panama.

72. La modification introduite par le Tribunal dans sa qualification de l'affaire est fondée sur l'argument de la prépondérance des droits. Pour apprécier le raisonnement du Tribunal à cet égard, il faut préciser les deux points suivants :

- a) le Tribunal peut-il modifier la qualification de la nature des demandes portées devant lui par le Panama ;
- b) dans les circonstances factuelles de l'espèce, les demandes du Panama étaient-elles principalement des demandes reposant sur des violations de ses propres droits ou des demandes relatives au propriétaire ou à d'autres particuliers.

73. S'agissant de la première de ces questions, je suis d'avis qu'il n'appartient pas au Tribunal de modifier la qualification de la nature de l'objet présentée par l'une des Parties au différend dont il est saisi. En ce qui concerne les questions de recevabilité des demandes, ce sont les Parties qui doivent prouver que leur argumentation est fondée en fait et en droit.

74. Pour le Panama, comme le démontrent amplement les passages pertinents repris dans les paragraphes précédents, cette affaire a été manifestement et sans équivoque possible présentée comme une affaire de protection diplomatique. Selon lui, elle n'a été soumise au Tribunal qu'après que le propriétaire du navire est arrivé à la conclusion qu'il avait épuisé la possibilité d'obtenir réparation dans le système judiciaire bissau-guinéen. Le Panama s'est efforcé de démontrer que son argument selon lequel la présente espèce était une affaire de protection diplomatique était fondé en fait et en droit, comme cela ressort de son mémoire (voir les paragraphes 15 à 17 du mémoire).

75. Le Tribunal a toutefois estimé que son rôle consistait à modifier cette qualification d'affaire de protection diplomatique en une affaire de protection des droits du Panama, agissant ainsi comme la partie lésée en tant que telle et non pas au nom de ses ressortissants.

76. Curieusement, dans l'*Affaire du navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, il semble que le Tribunal ait pris une autre direction. Le paragraphe 143 de l'arrêt en cette affaire dit ce qui suit :

« Dans ce contexte, le Tribunal renvoie à l'article 24, paragraphe 1, de son Statut. Comme il a été dit plus haut, cette disposition prévoit, entre autres, que lorsque des différends sont portés devant le Tribunal, "l'objet du différend" doit être indiqué. De même, l'article 54, paragraphe 1, du Règlement dispose que la requête introductive d'instance doit indiquer "l'objet du différend". Il s'ensuit que, s'il est loisible aux plaidoiries subséquentes de chercher à éclairer les termes de la requête, ces plaidoiries ne doivent pas dépasser les limites de la demande contenue dans ladite requête. Pour résumer, un différend porté devant le Tribunal par voie de requête ne saurait être transformé en un autre différend dont la nature ne serait pas la même ».

77. Dans cette affaire, pour prouver que l'objet du différend ne saurait être modifié, le Tribunal inclut aux paragraphes 145 à 147 de son arrêt plusieurs citations tirées de la jurisprudence de juridictions internationales.

78. Afin de justifier la modification apportée à la nature de l'arrêt, le Tribunal, en se fondant sur sa constatation, énoncée au paragraphe 156 du présent arrêt, selon laquelle « la plupart des dispositions de la Convention mentionnées dans les conclusions finales du Panama confèrent des droits principalement aux Etats », a introduit l'argument de la prépondérance des droits pour justifier

le changement de la qualification de l'objet de l'espèce qui avait été faite par le Panama lui-même. L'on ne comprend d'ailleurs pas la véritable raison qui a motivé la conclusion du Tribunal selon laquelle cette affaire n'est pas une affaire de protection diplomatique. Dans un des développements de l'arrêt, le Tribunal offre comme justification la prépondérance des droits du Panama, alors que dans un autre passage de l'arrêt, il affirme que « [c]ompte tenu de la nature des principaux droits dont le Panama allègue la violation du fait des actes illicites de la Guinée-Bissau, le Tribunal conclut que, dans son ensemble, la demande du Panama repose sur la base d'un préjudice qu'il aurait lui-même subi ».

79. Même si le Tribunal, en usant de l'argument de la prépondérance des demandes, pouvait modifier d'office la nature des demandes présentées par une Partie, les faits de la présente espèce indiquent que la prépondérance des demandes du Panama était, comme le Panama l'a lui-même clairement affirmé dans le mémoire, destinée à protéger le navire et les personnes ayant un intérêt dans son exploitation. Ceci est un fait qui se dégage clairement des conclusions finales du Panama. Une appréciation précise de la prépondérance des demandes du Panama aurait également conduit le Tribunal à qualifier cette affaire d'affaire de protection diplomatique.

80. J'estime donc qu'il s'agissait très clairement d'une affaire de protection diplomatique – après tout, l'instance a été introduite comme telle par le Panama – et qu'en conséquence, l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes visée à l'article 295 de la Convention aurait dû être respectée.

81. Bien que je sois en désaccord avec le raisonnement du Tribunal, j'estime que le propriétaire, dans les circonstances existant alors en Guinée-Bissau, ne pouvait pas plus longtemps chercher à obtenir réparation dans le système judiciaire de ce pays. Après avoir apprécié les moyens de preuve présentés par les Parties pour expliquer pourquoi le recours auprès du tribunal pénal de Bissau, formé par le propriétaire qui contestait la licéité de la mesure de confiscation du navire « Virginia G », n'avait pas abouti, je suis parvenu à la conclusion que le recours interne disponible n'était pas efficace. Les explications contradictoires données par la Guinée-Bissau pour justifier l'échec du recours – certaines de ces explications renvoyaient au manquement du propriétaire à son obligation de s'acquitter des frais de justice initiaux (*preparos*), d'autres alléguaient que les délais pour la formation du recours n'auraient pas été respectés, d'autres encore faisaient état du fait que la mainlevée de l'immobilisation du navire « Virginia G » avait entre-temps été effectuée – m'ont amené à conclure qu'il n'existait plus de voie de recours interne efficace à la disposition du propriétaire.

82. A mon avis, lorsque la situation qui règne sur le territoire d'une Partie ne permet pas de faire efficacement usage des voies de recours disponibles, comme cela est le cas en l'espèce, il faut alors considérer que la condition de l'épuisement des voies de recours internes a été respectée et que l'on peut saisir une cour ou un tribunal international d'une affaire de protection diplomatique.

83. Pour conclure et résumer mon opinion sur cette question, je dirais qu'il s'agissait clairement – comme l'affirmait le Panama – d'une affaire de protection diplomatique qui exigeait l'épuisement des recours internes. Le propriétaire du « Virginia G » en a fait usage pour contester la mesure de confiscation de son navire. Le manque d'efficacité des recours internes disponibles en Guinée-Bissau n'a pas permis que le recours formé par le propriétaire du navire soit complètement examiné, ce qui a justifié que l'affaire soit renvoyée à l'arbitrage et plus tard déférée devant le Tribunal, car l'inefficacité des voies de recours internes équivaut à l'épuisement de celles-ci.

f) La demande reconventionnelle d'indemnisation présentée par la Guinée-Bissau

84. J'ai souscrit à la décision unanime du Tribunal de rejeter la demande reconventionnelle d'indemnisation présentée par la Guinée-Bissau, et ce pour les raisons suivantes :

85. La Guinée-Bissau a présenté cette demande contre le Panama en se fondant sur l'argument selon lequel l'absence de lien substantiel entre le navire « Virginia G » et le Panama, en sa qualité d'Etat du pavillon, aurait favorisé la commission de l'infraction par ce navire aux lois et règles de la Guinée-Bissau dans sa ZEE.

86. Je me suis déjà exprimé dans la présente opinion sur le sujet de la nationalité des navires et du lien substantiel et, comme le Tribunal, j'en conclus que les moyens de preuve et les faits présentés dans le contexte de l'espèce ne permettent pas d'établir l'absence d'un lien substantiel.

87. Même si l'absence d'un lien substantiel entre le navire et le Panama aurait pu être prouvée en l'espèce, il n'en résulterait pas nécessairement que c'était en raison de l'absence d'un lien substantiel qu'il y a eu infraction à la législation de la Guinée-Bissau en matière de pêche dans sa ZEE. Le préjudice aurait pu

être causé à la Guinée-Bissau par le soutage sans l'autorisation écrite requise indépendamment de l'existence ou non d'un lien substantiel. Un navire ayant un lien substantiel incontestable avec son Etat du pavillon aurait tout aussi bien pu enfreindre les mêmes lois régissant le soutage au motif de l'absence d'autorisation requise. J'estime par conséquent qu'il n'existe pas de lien entre l'infraction aux lois de la Guinée-Bissau en matière de pêche commise par le navire « Virginia G » dans la ZEE lorsqu'il a ravitaillé en combustibles sans autorisation et l'obligation qu'aurait l'Etat du pavillon d'indemniser ou de dédommager la Guinée-Bissau pour des préjudices qui auraient été causés par cette infraction. Pour que la responsabilité internationale d'un Etat soit engagée, il faut qu'il soit prouvé qu'un fait ou une omission imputable à cet Etat constitue un manquement à une obligation internationale. Il ne semble pas que tel soit le cas en l'espèce.

(*signé*) José Luís Jesus