

Opinion dissidente de M. Sérvulo Correia, juge *ad hoc*

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté en faveur de plusieurs paragraphes du dispositif, parmi lesquels je souhaite insister sur les paragraphes 6 et 7. Au paragraphe 6, le Tribunal dit que la Guinée-Bissau n'a pas violé le droit du Panama aux termes de l'article 58, paragraphe 1, et de l'article 56, paragraphe 2, de la Convention. Le Tribunal est par conséquent d'avis que le fait de réglementer l'activité de soutage de navires étrangers qui pêchent dans la zone économique exclusive est l'une des mesures que l'Etat côtier peut prendre pour conserver et gérer ses ressources biologiques conformément à l'article 56 lu conjointement avec l'article 62, paragraphe 4, de la Convention. Dans le paragraphe 7 du dispositif, le Tribunal dit que, lorsqu'elle a procédé à l'arraisonnement, à l'inspection et à la saisie du « Virginia G » – un pétrolier qui ravitaillait en combustible des navires de pêche étrangers à l'intérieur de sa zone économique exclusive, la Guinée-Bissau n'a pas enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. Ces conclusions reposent sur l'idée que la partie v de la Convention, et en particulier son article 56, rapprochée des dispositions sur les ressources biologiques figurant aux articles 61 à 68, autorise les Etats côtiers à prendre les mesures en question dans leur zone économique exclusive afin de conserver et de gérer ces ressources. En 1999, dans son arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), le Tribunal n'avait pas jugé nécessaire, compte tenu des circonstances de l'espèce, de se prononcer sur la question de savoir si le fait, pour l'Etat côtier, de réglementer l'activité de soutage était conforme à la Convention. En tranchant maintenant cette question, le Tribunal apporte, même si c'est dans une décision prudemment limitée aux seules activités connexes de pêche, une deuxième importante contribution sur une question qu'il était nécessaire de clarifier, c'est-à-dire la question de savoir si le soutage, activité maritime en pleine expansion, relève du fragile système de poids et de contrepoids¹ qui caractérise le régime de la zone économique exclusive. Sans prétendre au don de prophétie, je n'hésite pas à prédire que cet arrêt fera un jour figure de décision historique en raison de ces conclusions.

1 Pour reprendre une expression du juge Attard. Voir *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 66.

2. Je n'ai pas pu voter en faveur d'un certain nombre d'autres paragraphes du dispositif, car ils sont fondés sur un raisonnement qui, je le crains, aura à l'avenir des conséquences négatives, et au-delà du cadre de la présente espèce.

Je vais à présent exposer les raisons de mon désaccord.

A Exceptions à la recevabilité des demandes du Panama soulevées par la Guinée-Bissau sur la base de la nationalité des demandes

3. Arguant qu'il avait « introduit cette action contre la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique », le Panama a déclaré qu'il prenait « fait et cause pour son ressortissant et pour le navire "Virginia G" avec tout ce qui se trouv[ait] à bord et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité qui a[vait] subi un préjudice du fait des mesures prises par la Guinée-Bissau »².

Le Tribunal note que « selon le droit international, il convient de distinguer entre l'exercice par un Etat de sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants et les demandes de réparation d'un préjudice formées par l'Etat du pavillon au bénéfice de personnes physiques et morales impliquées dans l'exploitation d'un navire qui ne sont pas ses ressortissants »³. Mais, rappelant son arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal conclut que le Panama a le droit de soumettre une réclamation au titre des violations présumées de ses droits en vertu de la Convention, qui ont causé un préjudice « [au] "Virginia G", à son équipage et à sa cargaison, ainsi qu'à son propriétaire et à toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité, [parce qu'ils] doivent être traités comme une entité liée à l'Etat du pavillon »⁴. Il en est ainsi parce que, conformément à la conclusion à laquelle le Tribunal était parvenu « dans l'*Affaire du navire "SAIGA" (No. 2)*, [...] en vertu de la Convention, le navire doit être considéré comme constituant une unité "en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon à l'égard du navire [et] le droit qu'a un Etat du pavillon de demander réparation pour toute perte ou tout dommage subis par le navire à la suite d'actes d'autres Etats" »⁵.

2 Paragraphe 119 de l'arrêt.

3 Paragraphe 128 de l'arrêt.

4 Paragraphe 127 de l'arrêt.

5 Paragraphe 126 de l'arrêt.

C'est pour ces motifs que, dans le présent arrêt, le Tribunal a rejeté l'exception à la recevabilité des demandes du Panama soulevée par la Guinée-Bissau sur la base de la nationalité des demandes.

4. Or, à mon avis, cette exception aurait dû être considérée comme bien fondée à tous égards, sauf en ce qui concerne les dommages subis par le navire et la demande de réparation au bénéfice des membres de l'équipage.

Le Projet d'articles sur la protection diplomatique a été adopté par la Commission du droit international (CDI) le 30 mai 2006, presque sept ans après que le Tribunal a rendu son arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2). Aux paragraphes 5), 6) et 7) du commentaire du projet d'article 18, une attention particulière est accordée à cet arrêt. Le commentaire retient la thèse – qui est avancée dans l'arrêt – selon laquelle le droit « substantiel et justifié » qu'a l'Etat du pavillon de demander réparation au bénéfice des membres de l'équipage ne saurait être rangé dans la même catégorie que la protection diplomatique, pas plus qu'il ne devrait être considéré comme se substituant à elle. « La protection diplomatique exercée par l'Etat de nationalité et le droit de l'Etat du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage devraient tous deux être reconnus sans que l'un ou l'autre se voie accorder la priorité »⁶.

Bien qu'elle ait reconnu cette distinction entre les notions juridiques de protection diplomatique et de protection par l'Etat du pavillon, la CDI approuve aussi la thèse (qu'elle considère comme implicite dans l'arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2)) selon laquelle l'une « s'apparent[e] » à l'autre. Une telle parenté justifie certainement l'insertion, dans le Projet d'articles sur la protection diplomatique, d'une disposition (l'article 18) sur la protection des équipages des navires. Cette disposition reconnaît « le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de [...] membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite ».

Ce que je trouve frappant lorsqu'on considère cette disposition au regard de la doctrine du « navire constituant une unité », c'est que la CDI a choisi de circonscrire aux membres de l'équipage le droit reconnu à l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de personnes ayant d'autres nationalités. Le paragraphe 6) du commentaire de l'article 18 rappelle le

6 Paragraphe 8) du commentaire relatif à l'article 8 du Projet d'articles sur la protection diplomatique.

passage de l'arrêt en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) dans lequel le Tribunal a souligné que « le navire, tout ce qui se trouve sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'Etat du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence ». Mais, sauf pour ce qui est de l'exception en faveur des membres de l'équipage, on ne retrouve aucune trace de cette doctrine à l'article 18. Il est difficile de ne pas comprendre que ce silence signifie que la CDI a estimé qu'il n'existait pas encore de soutien suffisant pour la thèse selon laquelle l'Etat de nationalité d'un navire est en droit de demander des dommages-intérêts au bénéfice de personnes physiques ou morales (autres que les membres de l'équipage) d'autres nationalités qui sont liées à l'exploitation d'un navire, et selon laquelle la nationalité de ces personnes ne revêt aucune importance.

5. Je soutiens respectueusement que la Convention ne donne de précisions suffisantes sur la théorie du « navire constituant une unité » qu'en ce qui concerne le navire et son équipage.

L'article 292 de la Convention est la disposition la plus explicite à cet égard, en ce sens qu'il confère expressément à l'Etat du pavillon qualité pour agir aux fins d'obtenir la prompte mainlevée. Mais cette disposition ne traite que de la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire battant pavillon de cet Etat et de la prompte libération de son équipage. On n'y trouve aucune mention d'un recours rapide (et conservatoire), à l'initiative de l'Etat du pavillon, pour le préjudice subi par d'autres détenteurs d'intérêts dans l'exploitation du navire.

Les articles 94 et 217 de la Convention ne visent que l'application, par les Etats du pavillon, de leur législation nationale en matière administrative, technique et sociale concernant le navire et la conformité du navire aux règles de sécurité en mer (article 94), ainsi que les règles et normes internationales visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires (article 217). Ici encore, il s'agit de règles concernant uniquement les navires et leurs équipages, à l'exclusion de tous autres intérêts liés à l'exploitation des navires.

Les articles 106, 110, paragraphe 3, et 111, paragraphe 8, comprennent des dispositions relatives au droit à indemnisation en cas de dommage ou de perte causé par des faits illicites commis en haute mer. Ils visent uniquement de graves restrictions à la liberté de navigation en haute mer. Cela pourrait expliquer qu'une solution plus rapide soit prévue pour les demandes d'indemnisation faisant suite à la saisie, l'arraisonnement et l'arrêt ou le stoppage d'un navire dans l'exercice du droit de poursuite, lorsque ces mesures étaient injustifiées.

Mais, parmi toutes ces dispositions, seul l'article 106 confère à l'Etat du pavillon lui-même le droit d'être indemnisé de « toute perte ou dommage » (en cas de saisie sans motif suffisant d'un navire suspect de piraterie). Par contre, c'est au navire que les articles 110, paragraphe 3, et 111, paragraphe 8, reconnaissent le droit à indemnisation. Cela semble vouloir dire que, selon ces deux dispositions, l'Etat du pavillon ne peut légitimement demander réparation qu'à raison des dommages ou pertes subis par le navire (l'équipage étant considéré comme faisant partie de l'unité qu'il constitue).

6. Il est certain que, dans le transport maritime moderne, des intérêts multiples peuvent être liés à la cargaison d'un seul navire ; les personnes qui ont des intérêts dans les nombreux conteneurs que transporte un seul porte-conteneurs peuvent être de plusieurs nationalités différentes ; et le nombre élevé d'Etats qui pourraient être appelés à exercer leur protection diplomatique à la suite d'un seul et même événement pourrait constituer une épreuve pour le traitement des demandes d'indemnisation⁷.

Il n'en est pas moins certain que, même lorsqu'il s'applique, le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de personnes d'autres nationalités ne porte pas atteinte au droit qu'ont les Etats de nationalité des personnes concernées d'exercer leur protection diplomatique *stricto sensu*⁸. Par conséquent, le fait d'élargir l'éventail des intérêts susceptibles de bénéficier de la protection de l'Etat du pavillon n'élimine pas le risque d'« épreuve injustifiée ».

Or, à mon avis, le fait de dispenser les personnes intéressées autres que le propriétaire du navire et les membres de l'équipage de la nécessité d'invoquer la protection diplomatique de leurs Etats de nationalité respectifs en leur offrant la protection de l'Etat du pavillon fait naître d'autres risques, et à une bien plus grande échelle. Les multiples intérêts liés à la cargaison d'un navire ne sont pas tous forcément licites et transparents, non plus qu'irrépréhensibles en ce qui concerne l'évasion fiscale ou le non-respect des obligations imposées par les législations régionales, nationales ou supranationales. La protection généreuse et universelle que fournit un Etat du pavillon qui ignore tout de la véritable nature des intérêts liés à une opération donnée risque d'accroître la part d'illégalité échappant à tout contrôle dans l'économie mondiale.

7 Voir l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) (*Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée*), *Arrêt, TIDM Recueil 1999*, p. 48, par. 107.

8 Projet d'articles sur la protection diplomatique, article 18.

7. Pour conclure, j'ai voté contre le paragraphe 4) du dispositif parce qu'à mon avis, après avoir rejeté, comme il se devait, l'exception soulevée sur la base de la nationalité par la Guinée-Bissau à la recevabilité des demandes du Panama relatives aux dommages qui auraient été subis par le navire et les membres de l'équipage, le Tribunal aurait dû faire droit à la partie de la même exception dans laquelle la Guinée-Bissau contestait la recevabilité des demandes du Panama relatives aux dommages qu'aurait subi la cargaison et aux autres dommages et pertes qu'auraient subis les propriétaires, les affréteurs et « toutes les personnes et entités ayant un intérêt dans l'exploitation du navire ». A mon avis, le Panama n'était pas en droit de demander réparation au bénéfice de tels intérêts, car ceux-ci ne relèvent pas du lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire.

Le Tribunal s'appuie bien entendu sur sa jurisprudence, telle qu'il l'a élaborée dans son arrêt décisif en l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2). Mais il n'est pas lié par ladite jurisprudence et peut l'adapter progressivement en fonction de l'évolution des normes de bonne gouvernance et de transparence juridique de l'économie maritime mondiale.

B Exception à la recevabilité de certaines demandes du Panama au bénéfice de personnes ou d'entités privées soulevée par la Guinée-Bissau sur la base du non-épuisement des recours internes

8. J'ai voté contre le rejet, au paragraphe 5) du dispositif, de l'exception d'irrecevabilité de certaines des demandes du Panama au bénéfice de personnes ou d'entités privées soulevée par la Guinée-Bissau sur la base du non-épuisement des recours internes.

Dans l'arrêt, il n'a pas été jugé nécessaire d'examiner les arguments des Parties sur la question de savoir si des recours internes étaient disponibles et, dans l'affirmative, s'ils étaient efficaces, suite à la conclusion selon laquelle, dans son ensemble, la demande du Panama reposait sur la base d'un préjudice qu'il aurait lui-même subi⁹.

Il y a été estimé que bien que « [l]e principe selon lequel l'épuisement des recours internes est une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique [soit] bien établi en droit international coutumier », « [i]l est également établi en droit international que la règle d'épuisement des recours

9 Paragraphes 157 à 160 de l'arrêt.

internes ne s'applique pas lorsque l'Etat demandeur est directement lésé par le fait illicite d'un autre Etat »¹⁰. Dans l'arrêt, les demandes du Panama sont ensuite examinées pour déterminer si elles procèdent d'une violation « directe » des droits du Panama par la Guinée-Bissau¹¹. Il y est ensuite affirmé que le fait que le préjudice qui aurait été causé aux personnes et aux entités ayant un intérêt dans le navire ou sa cargaison résulte de la violation « [du droit qu'a le Panama] de jouir de la liberté de navigation et d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites dans la zone économique exclusive de l'Etat côtier et [de] son droit de voir l'Etat côtier respecter l'article 73 de la Convention lorsque cet Etat côtier applique ses lois et règlements » cause un préjudice direct au Panama. Par conséquent, le Tribunal conclut que les demandes au titre de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle de l'épuisement des recours internes¹².

Avec tout le respect dû, je suis en complet désaccord avec le fait que la majorité n'ait pas tenu compte de la notion de « réclamation internationale... fait[e] principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'Etat réclamant », telle qu'elle est employée au paragraphe 3 de l'article 14 du Projet d'articles sur la protection diplomatique.

Le principe général, énoncé au paragraphe 1 dudit article 14, est qu'un Etat ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 (non-nationaux auxquels l'Etat est en droit d'étendre sa protection) avant que la personne lésée n'ait, sous réserve des exceptions décrites dans le projet d'article 15, épuisé tous les recours internes. Comme cela est expliqué au paragraphe 9 du commentaire de l'article 14, le paragraphe 3 de cet article a pour objet de préciser

que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'Etat demandeur a été lésé « indirectement », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité. Elle ne joue pas lorsque l'Etat auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre Etat, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale.

10 Paragraphe 153 de l'arrêt.

11 Paragraphe 154 de l'arrêt.

12 Paragraphes 157 et 158 de l'arrêt.

Le paragraphe 10 du commentaire de l'article 14 indique de plus que, dans des situations de réclamations « mixtes », il est en pratique difficile de déterminer si la réclamation est « directe » ou « indirecte ». Par conséquent, « [d]ans le cas d'une réclamation "mixte", il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant »¹³. Selon le paragraphe 12 du commentaire du projet d'article 14, les principaux facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si la réclamation penche nettement dans le sens d'une réclamation directe ou dans celui d'une réclamation indirecte sont l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée. Ainsi, « *lorsque l'Etat cherche à obtenir une indemnité pour le compte de son national en tant que simple particulier, elle sera indirecte* » (l'italique est de l'auteur)¹⁴.

Adaptée aux situations dans lesquelles l'Etat du pavillon est en mesure de demander une réparation pécuniaire au bénéfice de simples particuliers ou de personnes morales, cette conclusion doit être interprétée comme signifiant que la réclamation sera classée comme indirecte.

C'est le cas en l'espèce, où la réclamation est faite principalement au nom d'entités privées, car elle se fonde sur des dommages et pertes que ces entités auraient subis. La seule exception réside dans le fait que la Guinée-Bissau n'a pas notifié au Panama, en sa qualité d'Etat du pavillon, la saisie et l'immobilisation du navire « Virginia G ». Il est manifeste que la recevabilité d'une demande du Panama, fondée sur la violation alléguée des prescriptions du paragraphe 4 de l'article 73 de la Convention, ne dépend pas d'une quelconque utilisation qu'aurait faite auparavant le Panama des voies de recours internes, car cette partie du différend concerne une relation directe entre deux Etats. Mais l'inverse est vrai en ce qui concerne les autres demandes du Panama, car elles visent à obtenir une réparation pécuniaire des dommages et pertes qu'auraient subis de simples particuliers ou des personnes morales qui auraient pu faire usage – ce qu'elles ont d'ailleurs fait, mais de façon limitée et inappropriée – de voies de recours internes si bien qu'il aurait pu être inutile de saisir la juridiction internationale.

13 *Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, commentaire du projet d'article 14, par. 11.

14 *Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs*, commentaire du projet d'article 14, par. 12.

Or, l'arrêt retient une opinion différente. Selon la majorité, chaque fois qu'un Etat côtier applique ses lois et règlements dans sa zone économique exclusive d'une manière supposément non conforme à la Convention et préjudiciable à un navire, son équipage ou d'autres personnes ayant un intérêt dans le navire, cela cause un préjudice direct à l'Etat du pavillon. Ce dernier est par conséquent autorisé à affirmer qu'il a directement été porté atteinte à son droit de jouir de la liberté de navigation et d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites et que l'article 73 de la Convention sur la mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier a été violé.

De l'avis du Tribunal, lorsque cela se produit, le dommage causé aux personnes et entités ayant un intérêt dans le navire ou sa cargaison découle de la violation directe des droits de l'Etat du pavillon. Implicitement, le préjudice causé aux intérêts d'entités privées ne doit jamais être considéré comme « prépondérant ».

En conséquence, le Tribunal décide que les demandes au titre du préjudice subi par ces personnes et entités ne sont pas soumises à la règle de l'épuisement des recours internes¹⁵.

9. Il semble que le Tribunal décide que les juridictions nationales peuvent être écartées chaque fois qu'un Etat côtier est accusé, dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, de prendre des mesures non conformes à la Convention qui lèsent un navire, son équipage ou des intérêts liés à son exploitation.

Si c'est ainsi qu'il faut comprendre l'arrêt (et il serait difficile de le comprendre autrement), alors celui-ci semble ne pas être compatible avec le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention, car cette disposition inclut l'introduction d'une instance judiciaire parmi les mesures appropriées à l'exercice des droits souverains de l'Etat côtier.

En vertu du paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention, dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'introduction d'une instance judiciaire, nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a

15 Paragraphe 156 à 158 de l'arrêt.

adoptés conformément à la Convention. Normalement, les propriétaires, les équipages ou toute personne ou entité liée ou intéressée à l'exploitation du navire ne peuvent pas choisir librement l'instance judiciaire, en introduisant une instance judiciaire nationale ou en invoquant immédiatement la protection diplomatique, indifférenciée ou par le biais de l'arbitrage international, ou encore en saisissant les juridictions internationales. En principe, ces particuliers ou entités privées sont tenus soit de se soumettre à l'instance introduite par les autorités nationales (par exemple, à une procédure pénale engagée au motif de pêche illicite), soit de faire usage de voies de recours appropriées pour défendre les droits ou intérêts allégués (par exemple, en introduisant une instance de prompt mainlevée auprès du tribunal national compétent).

Bref, le recours aux procédures prévues par la législation de l'Etat côtier n'est pas, dans la majorité des cas, une simple possibilité offerte aux particuliers ou entités privées qui s'estiment lésés par des mesures illicites. Sans avoir à renoncer à un règlement du différend par une juridiction internationale en tant que solution en dernier ressort, ils doivent d'abord demander la réparation que peuvent accorder les instances nationales.

10. En d'autres termes, le droit reconnu à l'Etat côtier, en application de l'article 73, paragraphe 1, d'introduire une instance judiciaire doit être interprété conjointement avec la règle bien établie du droit international coutumier selon laquelle l'épuisement des recours internes est une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique par voie de réclamation internationale. Comme l'a estimé la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire de l'Interhandel*, la règle de l'épuisement des recours internes garantit que « l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »¹⁶.

Bien que le droit qu'a l'Etat du pavillon de demander réparation au bénéficiaire de l'équipage ou du navire ne puisse être considéré comme relevant de la protection diplomatique, ces deux types de pratique des Etats sont suffisamment apparentés pour justifier que la plus grande partie des règles de la protection diplomatique soit appliquée à la protection par l'Etat du pavillon. Tel est le cas de la règle selon laquelle l'épuisement des recours internes est une condition préalable à l'exercice de la protection judiciaire internationale par l'Etat du pavillon. On ne trouve, dans le cadre de la protection par l'Etat du pavillon, aucun intérêt spécifique qui supposerait que l'on traite avec moins de défé-

16 *Affaire de l'Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, c.1.J. Recueil 1959, p. 27.*

rence la compétence judiciaire de l'Etat côtier que dans les affaires de protection diplomatique *stricto sensu*. Rappelons que, même en ce qui concerne la prompte mainlevée, l'article 292 de la Convention ne prévoit la soumission à une juridiction internationale de la demande de mainlevée de l'immobilisation d'un navire battant pavillon d'un autre Etat que dans le cas où l'Etat ayant procédé à l'immobilisation ne respecterait pas son obligation de procéder à la prompte mainlevée par la voie de ses propres procédures judiciaires ou administratives.

Ecarter l'obligation d'épuiser les recours internes dans des différends ayant trait au respect de l'article 73, paragraphes 1 et 2 de la Convention n'est conforme ni à cet instrument, ni au droit international coutumier ; si elle était suivie à l'avenir, cette pratique affaiblirait les pouvoirs de l'Etat côtier au profit excessif de l'Etat du pavillon et d'intérêts privés qui l'utilisent en vue de battre un pavillon de complaisance.

C La question de la conformité de la confiscation du « Virginia G » et du gazole avec le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention

11. J'ai voté contre la conclusion du paragraphe 8 du dispositif, selon laquelle, lorsqu'elle a confisqué le « Virginia G » et le gazole à son bord, la Guinée-Bissau a enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

En ce qui concerne cette question, il est déclaré au paragraphe 257 de l'arrêt que le fait que l'article 52 du décret-loi 6-A/2000, tel que modifié par le décret-loi 1-A/2005, prévoit « la confiscation des navires assurant le soutage des navires étrangers pêchant dans la zone économique exclusive de ce pays, ne constitue pas en soi une violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention ».

Deux raisonnements parallèles amènent le Tribunal à cette conclusion. D'une part, il note que la législation bissau-guinéenne ouvre au demandeur plusieurs voies légales pour contester la confiscation dans un tel cas. De l'autre, il est d'avis que cette législation offre aux autorités une certaine souplesse lorsqu'il s'agit de sanctionner les infractions¹⁷.

17 Paragraphe 257 de l'arrêt.

Je souscris à ces deux thèses, mais je dois quand même faire observer qu'en ce qui concerne l'objectif de souplesse, le facteur crucial s'agissant de la conformité à la Convention – en particulier aux articles 73, paragraphe 1, 56, paragraphe 2 et 58, paragraphe 3 – réside dans la possibilité de convertir la confiscation en une amende.

L'existence de voies de recours dans l'ordre juridique interne est incontestablement une condition de l'état de droit et de la possibilité effective d'obtenir réparation. Mais pour qu'une sanction aussi grave que la confiscation d'un navire et de sa cargaison n'entraîne pas de situation dans laquelle elle est manifestement inutile, il faut que la législation prévoit des solutions moins lourdes. A mon avis, le Tribunal n'a pas accordé une attention suffisante au fait que le système juridique bissau-guinéen propose une solution de ce type sous la forme d'une voie de recours amiable, recevable *prima facie*, qui permet de convertir la confiscation en amende. Je pense qu'il est facile de comprendre que l'expression « d'office », dans le contexte du paragraphe 1 de l'article 52 du décret-loi n° 6-A/2000, tel que modifié par le décret-loi 1-A/2005, signifie *prima facie*, en ce sens que la confiscation devient obligatoire lorsque les actes de procédure voulus ne sont pas accomplis pour la transformer en amende. La confiscation peut également devenir obligatoire lorsque l'amende imposée n'est pas payée dans le délai imparti.

Si l'on avait accordé toute l'attention voulue à cet aspect de la législation de l'Etat côtier, on aurait aussi probablement estimé que la question de la contribution au préjudice méritait un examen bien plus approfondi aux fins de la détermination de la réparation.

12. Afin de mieux comprendre la souplesse qui atténue l'apparente rigidité de la sanction de confiscation de navires dans la législation interne bissau-guinéenne, il faut examiner le paragraphe 1 de l'article 52 du décret-loi n° 6-A/2000, tel que modifié par le décret-loi 1-A/2005, conjointement avec plusieurs autres dispositions du même décret-loi. Le droit comparé montre qu'il est souvent nécessaire de comprendre le sens de chacune des dispositions d'un ensemble de dispositions juridiques en constituant, dans une première étape d'interprétation, un sous-système selon un raisonnement fonctionnel ou téléologique. En tout état de cause, il s'agit là d'une caractéristique de la rédaction juridique portugaise, que d'autres systèmes juridiques nationaux qui ont une histoire commune, comme celui de la Guinée-Bissau, ont maintenue.

Pour procéder de manière logique et fonctionnelle, il est préférable de commencer par le paragraphe 1 de l'article 46 du décret-loi 6-A/2000, selon lequel l'application unilatérale, par la voie d'un acte d'accusation dressé par un procureur général et de la décision d'un juge, de sanctions faisant suite à des infractions à la législation en matière de pêche, peut être remplacée par une transaction (*transação*) conclue en application de l'article 62, paragraphes 2 à 6, du même décret-loi.

Le paragraphe 2 de l'article 62 du décret-loi 6-A/2000 dispose quant à lui que le membre du Gouvernement responsable de la pêche peut, si la Commission interministérielle de la pêche l'autorise expressément, régler par transaction le différend au nom de l'Etat au cours de la procédure judiciaire engagée au motif de ces infractions.

Le paragraphe 5 du même article 62 énonce que le montant de l'amende ne saurait être inférieur au minimum légal. Cette disposition doit être rapprochée des paragraphes 2 et 4 de l'article 54, selon lesquels les infractions de pêche graves sont passibles d'une amende dont le montant peut aller de 150 000 à un million de dollars des Etats-Unis. Le paragraphe 4 de l'article 54 précise que « [d]ans la détermination du montant de l'amende, il sera tenu compte de toutes les circonstances pertinentes, telles que les caractéristiques de l'embarcation, l'auteur de l'infraction et le type de pêche pratiquée ». Etant donné que, selon les paragraphes 2 et 3 de l'article 3, pour les besoins du décret-loi n° 6-A/2000, le terme « pêche » vise aussi les opérations connexes de pêche, y compris les activités d'appui logistique de navires de pêche en mer, l'expression « le type de pêche pratiquée », que l'on trouve à la fin du paragraphe 4 de l'article 54, doit être interprétée comme incluant le type d'opération connexe de pêche dont il s'agit ici.

Toujours en ce qui concerne l'article 62, il convient d'en souligner les paragraphes 4 et 5, selon lesquels, une fois qu'un règlement amiable a été conclu concernant une amende et que cette amende a été payée sous quinzaine, toutes les procédures engagées contre l'auteur du délit sont annulées.

Enfin, il est utile d'évoquer le paragraphe 2 de l'article 52 du décret-loi n° 6-A/2000. L'énoncé de cette disposition n'est pas complètement clair, mais je pense que, dans le contexte des autres dispositions qui sont examinées ici, son but est de rappeler aux praticiens du droit que la confiscation visée au paragraphe 1 de l'article 52 peut être convertie en une amende dont le montant

variable est fixé au paragraphe 2 de l'article 54. Comme nous le verrons plus loin (lorsque je traiterai de la question de la contribution du propriétaire du navire au préjudice), cette interprétation est celle qu'ont suivie les autorités administratives bissau-guinéennes en l'*Affaire du navire « Virginia G »*.

13. Compte tenu des dispositions du décret-loi n° 6-A/2000, il semble que les règles juridiques de la Guinée-Bissau relatives aux sanctions pour infraction à la législation en matière de pêche offrent une certaine souplesse quant à la sévérité relative des sanctions. Cette souplesse se caractérise surtout par la possibilité de convertir en amende la peine de confiscation du navire et de sa cargaison, qui est applicable *prima facie* dans le cas d'activités menées dans la zone économique exclusive sans l'autorisation requise (article 52, paragraphe 2, du décret-loi n° 6-A/2000).

Un autre élément qui témoigne de la souplesse de ces règlements, c'est la possibilité de fixer l'amende sur une échelle comprise entre 150 000 et un million de dollars des Etats-Unis, en tenant dûment compte de toutes les circonstances pertinentes, de même que des caractéristiques du navire et du type de pêche ou d'activité connexe de pêche pratiquée (article 54, paragraphes 2 et 4, du décret-loi n° 6-A/2000).

14. Je vais à présent examiner la conclusion du Tribunal selon laquelle la confiscation du navire « Virginia G » et du gazole était en violation du paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention¹⁸.

Cette conclusion repose sur trois hypothèses :

- i) L'absence de demande d'autorisation écrite pour le ravitaillement et le non-paiement des droits correspondants étaient dus à une omission de la part de l'agent des navires de pêche ravitaillés et tenaient 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 par le « Virginia G »¹⁹ ;
- ii) La confiscation du navire et du gazole qui se trouvait à bord dans les circonstances de l'espèce n'était nécessaire ni pour sanctionner la violation

18 Paragraphe 271 de l'arrêt.

19 Paragraphes 268 et 269 de l'arrêt.

commise, ni pour dissuader les navires ou leurs exploitants de récidiver ; par conséquent, cette confiscation n'était pas raisonnable²⁰ ;

- iii) Le principe du caractère raisonnable de la caution, dont il est affirmé au paragraphe 2 de l'article 73 de la Convention qu'il constitue une condition devant être remplie par l'Etat côtier qui fixe la caution – ce qui signifie qu'il importe d'examiner dûment les faits particuliers de l'espèce et la gravité de l'infraction – s'applique généralement aux mesures de mise en application en vertu de l'article 73 de la Convention²¹.

Dans les paragraphes suivants, je vais expliquer les raisons de mon désaccord avec ces hypothèses.

15. Avec tout le respect que je dois à l'opinion majoritaire, je ne partage pas la position prise tendant à disculper le « Virginia G » des activités connexes de pêche qu'il a menées dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau sans avoir obtenu le permis réglementaire requis par la loi et sans l'avoir conservé à bord comme le prévoit également la loi.

Cette question ne peut pas être réduite à une mauvaise compréhension de la procédure à suivre. Les cartes marines ne sont pas les seules sources d'information dont doivent s'équiper les propriétaires, exploitants et capitaines de navire avant de commencer à pêcher ou à mener des opérations connexes de pêche dans une zone économique exclusive donnée. La diligence requise minimale (et le respect dû aux droits souverains de l'Etat côtier) exige une connaissance de base des lois et règlements nationaux devant être respectés, conformément à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. Les agents des clubs P&I sont assurément en mesure de fournir ces informations lorsque les sociétés qu'ils représentent leur en font la demande. Et les moyens de preuve recueillis au cours de la procédure montrent qu'il existe en Guinée-Bissau des praticiens du droit indépendants qui connaissent la législation de leur pays en matière de pêche et auxquels il aurait été possible de demander conseil au moment voulu.

L'article 33 du décret 4/96 du 2 septembre dispose que « [l]es armateurs de navires de pêche industrielle doivent avoir en toutes circonstances un agent domicilié et établi à titre permanent en Guinée-Bissau, dûment habilité à les représenter auprès du Ministère des pêches et d'autres organismes

20 Paragraphe 269 et 270 de l'arrêt.

21 Paragraphe 270 de l'arrêt.

administratifs et judiciaires, notamment pour toute procédure administrative et judiciaire ».

Il faut supposer que, si le propriétaire avait rempli cette condition, l'autorisation nécessaire aurait été demandée dans les règles.

La demande aurait dû être déposée au Ministère des pêches au moins 20 jours à l'avance (article 20, alinéa c), du décret 4/96 et article 23, paragraphe 1, du décret-loi n° 6-A/2000) et était sujette au règlement d'un droit (article 23, paragraphe 2, du décret-loi n° 6-A/2000).

Le capitaine du navire était légalement tenu de garder à bord cette licence de pêche (c'est-à-dire le document certifiant l'autorisation). La présence à bord d'équipement de télécommunication par messagerie électronique et télécopie (que prouvent les annexes 25 et 26 du mémoire et l'annexe 18 du contre-mémoire) offrait aisément la possibilité de garder à bord ne serait-ce qu'une copie de ce document, l'original étant dûment conservé par l'agent.

Alors, conformément à l'article 31 du décret-loi n° 6-A/2000, s'il avait été autorisé à opérer dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau, le navire « Virginia G » aurait dû faire connaître par radio aux autorités de la Guinée-Bissau le moment de son entrée dans la ZEE.

Bref, il y a eu violation systématique de toute une série de règles juridiques applicables, et non pas « une mauvaise interprétation de la correspondance entre les représentants des navires de pêche et le FISCAP » qui se serait produite parce que l'agent des navires de pêche avait demandé l'autorisation au nom de ces navires (car ils en avaient aussi besoin pour cette opération), mais pas au nom du pétrolier. Il convient de souligner que l'autorisation pour le pétrolier aurait dû être demandée pour une période d'activité donnée et spécifier les opérations autorisées (article 21, paragraphes 1 et 3, du décret 4/96).

L'indifférence (voire l'arrogance affichée dans la correspondance de M. Gamez Sanfiel, le propriétaire du navire, avec le FISCAP) ressort clairement du message électronique envoyé par le capitaine du navire « Virginia G » à M. Gamez alors que le navire, arraisonné, était dérouté vers le port de Bissau : « Les autorités me disent qu'une autorisation est nécessaire pour effectuer de telles opérations » (annexe 26 du mémoire). Cela montre assurément quelque chose de

différent, et de bien plus grave, qu'une simple « mauvaise interprétation »²². L'indifférence vis-à-vis des lois et règlements de l'Etat côtier ou l'ignorance par négligence de ces lois et règlements n'a rien à voir avec une « mauvaise interprétation » d'une correspondance qui n'a pas été échangée avec le navire « Virginia G ».

16. Je ne saurais souscrire à la conclusion selon laquelle « la confiscation du navire et du gazole à son bord dans les circonstances [de l'espèce] n'était pas nécessaire pour sanctionner l'infraction commise afin de dissuader les navires ou leurs exploitants de récidiver »²³.

A mon avis, la question fondamentale sur ce point est de savoir dans quelle mesure le Tribunal est compétent pour statuer sur la nécessité des mesures prises par l'Etat côtier dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention.

La source de mon désaccord réside dans la position prise au paragraphe 256 de l'arrêt, en particulier en ce qui concerne les mesures adoptées par l'Etat côtier lorsqu'il applique la législation qu'il a adoptée en conformité avec la Convention en vue de conserver et de gérer les ressources biologiques dans sa zone économique exclusive. Le Tribunal souligne qu'il entre dans sa compétence de déterminer si les mesures prises pour veiller au respect de cette législation sont nécessaires.

Comme tous les autres organes juridictionnels dont les décisions sont définitives et sans appel, le Tribunal a la « compétence de la compétence », c'est-à-dire qu'il est compétent pour apprécier sa propre compétence. Mais cela ne correspond pas à des pouvoirs discrétionnaires : en statuant sur sa propre compétence, le Tribunal doit être guidé par la Convention et d'autres règles de droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci (article 293, paragraphe 1, en application de l'article 297, paragraphe 1, lettre a), de la Convention).

Compte tenu du paragraphe 1 de l'article 73, rapproché du paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention, il semble incontestable que les pouvoirs d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques dans la zone économique exclusive appartiennent à l'Etat côtier, en sa qualité

22 Paragraphe 269 de l'arrêt.

23 Paragraphe 269 de l'arrêt.

de membre souverain de la communauté internationale. Les mesures nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements adoptés dans l'exercice de cette souveraineté et en conformité avec la Convention sont également une manifestation de la souveraineté de l'Etat ou un élément de cette souveraineté.

Le fait que les droits souverains d'un Etat côtier dans sa zone économique exclusive correspondent à une notion qui ne peut être réduite à celle de souveraineté territoriale n'exclut pas ces droits de la notion de souveraineté, au sens large du droit international²⁴. Cette notion englobe les pouvoirs discrétionnaires à l'intérieur de zones délimitées par le droit international²⁵. L'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources biologiques dans la zone économique exclusive, l'adoption de lois et règlements à ces fins et la prise de toutes mesures nécessaires pour assurer le respect de ces normes juridiques constituent la forme manifestement prise par l'exercice de la souveraineté. Ces droits sont par conséquent exercés dans un environnement de non-subordination à d'autres sujets de droit international. Toutes ces mesures souveraines en matière de législation et d'application jouissent de la présomption de régularité juridique²⁶.

Comme c'est le cas pour tout autre traité, la souveraineté des Etats Parties à la Convention est volontairement limitée par l'étendue des obligations qu'ils contractent en vertu de la Convention. Les pouvoirs considérables reconnus à l'Etat côtier par l'article 73, paragraphe 1, doivent être conciliés avec la liberté de navigation pour que les pouvoirs de mise en application de l'Etat côtier n'empiètent pas inutilement sur les droits d'autres Etats dans la zone économique exclusive²⁷. En tout état de cause, comme ils sont souverains, les droits de l'Etat côtier découlent du fait que ces pouvoirs appartiennent à l'origine à l'Etat, qui décide indépendamment de la manière de les structurer et de les appliquer par la voie de la législation intérieure et des politiques administratives. Comme on devrait s'y attendre, les éléments essentiels du régime de la zone économique exclusive, s'agissant en particulier de ceux qui ont trait à la souveraineté et aux pouvoirs discrétionnaires, donnent lieu à plusieurs situations complexes en cas de procédures de règlement des différends. La première conséquence est que, dans le cadre de la Convention, la notion générale de

24 Voir James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2012, p. 205 et 206.

25 *Idem*, p. 447 et 448.

26 Voir Daillier/Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris : L.G.D.J., 2002, p. 430 et 431.

27 Voir David Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, *op. cit.*, p. 178 et 179.

règlement obligatoire des différends ne pourrait pas aller jusqu'à léser certains intérêts fondamentaux tels que les droits souverains de l'Etat côtier²⁸.

Mais cette question a aussi des répercussions à un deuxième niveau, qui revêt une importance particulière en l'espèce : celui du degré ou de l'intensité de l'interférence de la juridiction internationale avec les droits souverains et avec la juridiction des Etats côtiers. Mon opinion sur le sujet coïncide avec celle qu'a exprimée M. le juge Wolfrum dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt du 7 février 2000 en l'*Affaire du « Camouco » (Panama c. France)*, *prompte mainlevée*. Pour reprendre ses termes, « il revient avant tout à l'Etat côtier d'appliquer ses lois » et (faisant référence à la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire en vertu de l'article 292, paragraphe 1, résultant de l'article 73, paragraphe 2, de la Convention), « le Tribunal doit [...] éviter d'empiéter sans raison sur les droits de l'Etat côtier en matière de répression, prévus à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention »²⁹.

Comme M. le juge Wolfrum l'a alors estimé,

[s]ans préjudice des limitations internationales [...] les Etats côtiers jouissent de pouvoirs discrétionnaires étendus en ce qui concerne le contenu des lois en matière de conservation et de gestion des ressources biologiques marines dans leur zone économique exclusive, ainsi que des lois d'exécution correspondantes.

Et

[c]es pouvoirs discrétionnaires ou la marge d'appréciation dont disposent les Etats côtiers limitent les pouvoirs du Tribunal, lorsqu'il s'agit pour lui de décider si une caution fixée par des autorités nationales est raisonnable ou non. Il n'appartient pas au Tribunal d'établir un système qui lui soit propre, et qui ne tienne pas compte des mesures d'exécution adoptées par l'Etat côtier concerné³⁰.

28 Voir Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone – Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge University Press, 1989, p. 121 à 123.

29 *Affaire du « Camouco »*, opinion dissidente du juge Wolfrum, par. 8.

30 *Affaire du « Camouco »*, opinion dissidente du juge Wolfrum, par. 11.

17. Le raisonnement suivi dans l'opinion dissidente citée concerne le fait que le Tribunal, dans l'exercice de sa compétence, doit s'accommoder de la marge d'appréciation ou du pouvoir discrétionnaire des Etats côtiers pour établir, dans le cadre fixé par l'article 73, paragraphe 2, de la Convention, leur système de mainlevée de l'immobilisation des navires et de libération des équipages et pour appliquer ces dispositions juridiques par la voie de décisions judiciaires ou d'actes administratifs³¹.

A mon avis, ces arguments juridiques sont (peut-être) encore plus pertinents lorsque les questions à traiter concernent les pouvoirs des Etats côtiers tant de légiférer sur les sanctions applicables aux infractions à la législation en matière de pêche que de fixer, dans des cas spécifiques, la sévérité des peines dans les limites prévues par la loi. En effet, si l'on quitte le domaine de la prompte mainlevée, visée au paragraphe 2 de l'article 73 de la Convention, pour passer à celui des mesures qui peuvent être prises, en vertu du paragraphe 1 du même article, en vue d'assurer le respect des lois et règlements adoptés par l'Etat côtier, on constate un changement dans les normes applicables par le Tribunal tout comme dans le degré ou niveau du contrôle qu'il peut exercer.

Au paragraphe 2, le critère est celui du *caractère raisonnable* (de la caution ou autre garantie). Au paragraphe 1, deux critères sont fixés : la *conformité* des lois et règlements de l'Etat côtier à la Convention et le *caractère nécessaire* de certaines mesures qu'il a adoptées en vue d'assurer le respect de ces lois et règlements.

La différence dans le degré de contrôle tient à la dissemblance entre les décisions qui sont demandées au Tribunal. En vertu du paragraphe 2 de l'article 73, rapproché de l'article 292 de la Convention, on demande au Tribunal de rendre sa décision sur le dépôt d'une caution ou autre garantie financière pour pallier les cas où les autorités de l'Etat côtier ont omis de décider sur ce point ou lorsque leur décision est réputée être déraisonnable. En revanche, en vertu du paragraphe 1 de l'article 73, le Tribunal n'est pas compétent pour décider de mesures autres que celles prises par l'Etat côtier, mais il est simplement appelé à décider du caractère nécessaire de certaines mesures prises pour assurer le respect des lois et règlements adoptés en conformité avec la Convention.

31 *Affaire du « Camouco »*, opinion dissidente du juge Wolfrum, par. 12.

A mon avis, le caractère variable des normes de contrôle et des types de décision qui sont demandées au Tribunal explique que, lorsque le Tribunal agit en application du paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention, il est plus limité par la marge d'appréciation ou par les pouvoirs discrétionnaires de l'Etat côtier que lorsqu'il intervient en vertu de l'article 292 et qu'il tranche par conséquent le point de savoir si une caution ou autre garantie financière est raisonnable.

18. La conformité de la disposition juridique nationale pertinente avec le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention n'est pas en question en l'espèce, car le Tribunal « considère que le fait que la législation de la Guinée-Bissau prévoit la confiscation des navires assurant le soutage des navires étrangers pêchant dans la zone économique exclusive de ce pays [...] ne constitue pas en soi une violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention »³².

Mais il convient d'accorder une attention toute particulière au critère du *caractère nécessaire*, rapproché de la nature simplement déclaratoire des considérations du Tribunal sur les mesures prises par l'Etat côtier pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés dans l'exercice de ses droits souverains dans la zone économique exclusive.

A mon avis, le critère du *caractère nécessaire* (c'est-à-dire le caractère nécessaire des mesures prises pour assurer le respect des lois et règlements) n'est pas seulement différent du critère du caractère suffisant prévu au paragraphe 2 de l'article 73 de la Convention, il est également plus objectif. On ne saurait y voir un synonyme de caractère suffisant et pas davantage un synonyme de proportionnalité. Le *caractère nécessaire* n'est tout au plus que l'une des dimensions de la notion juridique de proportionnalité. Si l'on admet que la proportionnalité est un principe général de droit et, par conséquent, une source du droit international, alors le *caractère nécessaire* est précisément l'un de ses trois sous-principes, qui consiste en l'obligation d'employer les moyens les moins lourds pour parvenir à une fin légitime. Si deux moyens ou plus peuvent être employés, l'un étant aussi approprié et efficace que l'autre ou les autres pour atteindre le but visé par l'autorité compétente, alors il faut choisir celui qui, tout en étant aussi efficace que les autres, est le moins lourd ou porte le moins atteinte à d'autres intérêts, subordonnés certes, mais qui méritent aussi d'être juridiquement protégés. Le *caractère nécessaire* implique que les sacrifices de droits qui ne sont pas nécessaires ne sont pas autorisés³³.

32 Paragraphe 257 de l'arrêt.

33 Voir Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 65, 68, 398 et 399.

Le contrôle juridictionnel du *caractère nécessaire* des mesures prévues au paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention se heurte, à mon avis, à une double difficulté :

- i) Cette norme relativement ambiguë ne nous donne pas de réponse pour les situations dans lesquelles une mesure donnée est inutile ou excessive par rapport à l'objectif d'assurer le respect des lois et règlements adoptés par l'Etat côtier en conformité avec la Convention ;
- ii) Contrairement à la situation visée au paragraphe 2 de l'article 73 et au paragraphe 4 de l'article 292 de la Convention, le Tribunal n'est pas appelé à fixer une mesure pour remplacer celle qu'il a jugée non nécessaire, car le type de mesures prévues au paragraphe 1 de l'article 73 relève exclusivement des pouvoirs discrétionnaires de l'Etat côtier ; par conséquent, dans des conditions normales, dans lesquelles l'excès ou l'abus ne sont pas manifestes, le Tribunal ne dispose pas d'outils qui lui permettraient, sans empiéter sur la marge d'appréciation de l'Etat, de comparer la mesure prise avec toute autre mesure également appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi, afin de déterminer quelle est la moins lourde.

19. Bref, selon le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention, certains raisonnements, estimations et opérations qui doivent être menés pour déterminer les mesures à prendre concernent la marge d'appréciation ou les pouvoirs discrétionnaires de l'Etat côtier. C'est le cas, en premier lieu, lorsqu'il compare le caractère approprié et efficace de plusieurs mesures possibles, et peut conclure qu'au moins deux d'entre elles sont égales de ces deux points de vue. Deuxièmement, il faut aussi évaluer et comparer le caractère intrusif ou oppressif des mesures qui sont pareillement appropriées et efficaces.

Le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention ne présente pas une liste exhaustive de mesures : il ne donne que quelques exemples. Même en ce qui concerne l'adoption des mesures citées, il ne précise pas de conditions préalables rigides. La notion d'« instance judiciaire » est indéterminée. La pratique des Etats montre que l'expression « qui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements » comprend les sanctions et que la confiscation est l'une d'entre elles. Mais il appartient à l'Etat côtier, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, de définir dans ses lois les cas où la confiscation s'applique et, dans certains cas spécifiques, de décider, selon la latitude permise par le système normatif, s'il y a lieu d'imposer la confiscation ou une sanction moins sévère.

Dans les cas semblables à celui dont le Tribunal est saisi, on serait tenté de voir, dans la confiscation, une sanction plus lourde qu'une amende. Mais il ne s'agit que d'une apparence, fondée sur la valeur véritable du navire et de sa cargaison et sur le montant maximum de l'amende prévue par la loi. Toutefois, si le Tribunal s'aventure dans le domaine réservé à l'appréciation discrétionnaire de l'Etat côtier et décide – expressément ou implicitement – qu'une amende serait suffisante dans les circonstances de l'espèce, on aboutira à une situation paradoxale. Le Tribunal n'a pas compétence pour imposer une amende en se substituant aux autorités compétentes de l'Etat. Et le résultat serait qu'un propriétaire qui aurait dû à tout le moins payer une amende ne serait pas sanctionné. La situation devient encore plus étrange si, en définitive, le propriétaire obtient une indemnité dont il serait équitable de déduire le montant d'une amende, mais que cette déduction n'est pas possible parce que le Tribunal n'est pas compétent pour fixer l'amende.

Il devient encore plus manifeste que le Tribunal n'aurait pas dû statuer sur la licéité de la sanction de confiscation lorsque l'on examine le raisonnement suivi pour évaluer le caractère approprié et efficace des différentes sanctions. Que cette évaluation ressortit à la marge de pouvoir discrétionnaire de l'Etat apparaît encore plus clairement lorsque l'on considère les facteurs qu'il est impossible, en bonne logique, d'ignorer dans ce raisonnement.

Usurpant les pouvoirs de l'Etat côtier, le Tribunal devrait à tout le moins ne perdre de vue à aucun moment plusieurs facteurs qui sont manifestement pertinents pour l'évaluation du caractère approprié et efficace de la confiscation en tant que sanction :

- i) l'importance essentielle des ressources halieutiques pour l'économie très fragile de la Guinée-Bissau ;
- ii) la pression exponentielle qu'exercent la pêche illicite et les activités connexes de pêche illicites dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau³⁴ ;

34 Un détail révélateur est apparu lors de la déposition de M. Nosoliny Vieira, qui a parlé comme témoin. Lorsque l'agent du Panama lui a demandé s'il avait été à bord du « Virginia G » à un moment quelconque, il a dit qu'il y était monté une fois, avec une délégation parlementaire de la Commission de l'agriculture et de la pêche, qui avait décidé de visiter le port de Bissau, parce qu'à l'époque, cinq navires saisis se trouvaient dans ce port. Voir *ITLOS/PV.13/A19/5, 04/09/2013 après-midi*, p. 32.

- iii) la nécessité d'exercer une action dissuasive, en infligeant de lourdes sanctions, car la Guinée-Bissau n'a pas de moyens de contrôle permanent ; le pays ne dispose que d'un patrouilleur (le *Cacine*), et n'a ni aviation, ni matériel radar qui lui permettraient de surveiller sa vaste zone économique exclusive ; il exerce principalement son contrôle au moyen de petites embarcations de type « zodiac », comme les deux qui ont servi à arraisonner le « *Virginia G* », ce qui fait courir de grands risques, potentiellement mortels, aux équipages, surtout durant la mousson, d'avril à octobre ;
- iv) l'importance de l'autorisation préalable donnée par écrit pour les opérations de ravitaillement en combustible, qui ne tient pas tant à la perception d'une redevance modeste qu'au fait qu'en vertu de l'article 39, paragraphe 4, du Décret 4/96, du 2 septembre 1996, lorsqu'il accorde son autorisation, le Ministre des pêches (ou toute autre autorité à laquelle il délègue ses pouvoirs) peut définir la zone de cette opération et le moment de son exécution et prendre les dispositions voulues pour qu'un inspecteur du département du contrôle des pêches (le *FISCAP*) soit présent ; or, ce sont là des outils importants pour la gestion des ressources biologiques de la zone.

20. Mes observations ne visent pas à arguer du fait que l'Etat côtier, lorsqu'il prend des mesures nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements adoptés en conformité avec la Convention, dispose de pouvoirs discrétionnaires exempts de tout contrôle du Tribunal. La question n'est pas celle d'une absence totale de contrôle, mais celle du degré relatif ou du degré d'intensité du contrôle juridictionnel.

Je commencerai par dire que, dans l'affaire qui nous occupe, le rôle du Tribunal n'est pas d'évaluer si la sanction est rationnelle ou proportionnelle, mais si elle est *nécessaire*.

Il n'est pas simple de nos jours de maintenir une distinction entre deux principes généraux du droit public, le *caractère raisonnable* et la *proportionnalité*. La notion de *caractère raisonnable* (*reasonableness*) nous vient de la tradition juridique du monde anglophone. Au sens de « principe [de décision] gravement déraisonnable [*strong unreasonableness principle*] » ou de « test de *Wednesbury* », cette notion signifie que le contrôle de la latitude discrétionnaire du pouvoir exécutif par les tribunaux est admissible lorsqu'« il peut y

avoir quelque chose de si absurde qu'aucune personne sensée ne pourrait imaginer que cela relève des pouvoirs de l'autorité » [traduction du Greffe]³⁵.

Ces dernières décennies, les tribunaux britanniques ont élargi la notion de *caractère déraisonnable* (*unreasonableness*) comme motif de contrôle juridictionnel des pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif pour y inclure la fin illégitime, les éléments dénués de pertinence et la mauvaise foi.

On a vu se dessiner ces dernières années une tendance très nette en faveur de l'élaboration d'un test unique de l'illicéité en droit public, fondé sur le principe de proportionnalité. D'éminents auteurs affirment aujourd'hui que « le défi que doivent relever les tribunaux est celui de développer le principe de proportionnalité – que ce soit en tant que tel ou parallèlement au test de *Wednesbury* – d'une manière qui permette d'ajuster le niveau d'intensité selon les circonstances de l'espèce sans empiéter sur les pouvoirs discrétionnaires accordés au décideur dans le cadre du processus d'administration de la justice » [traduction du Greffe]³⁶.

Le critère de proportionnalité trouve son origine dans la culture juridique de l'Europe continentale et recouvre les dimensions suivantes : adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict. Certains auteurs y incluent aussi la règle des fins légitimes. Elle s'applique à divers domaines, mais son utilité première est de fournir un modèle servant à mesurer la licéité de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires³⁷.

Je ne vois pas pourquoi on ne devrait pas considérer ces outils conceptuels comme adéquats pour accroître l'objectivité et faire baisser le niveau de subjectivité dans le domaine du contrôle par les juridictions internationales des pouvoirs discrétionnaires des Etats ou de leur marge d'appréciation.

Pour l'affaire qui nous occupe, la proportionnalité au sens strict consiste à trouver l'équilibre entre le dommage causé par la sanction imposée à l'auteur de l'infraction et le préjudice infligé à l'intérêt public du fait de l'infraction. Mais au paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention, l'étendue de l'appréciation reconnue aux Etats côtiers ne porte pas sur la justice commutative de chaque

35 *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corp.* [1948], KB 223, vol. 1.

36 Voir Peter Leyland/Gordon Anthony, *Administrative Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2009, p. 285 à 287, 308 et 309.

37 Voir Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 8 à 13.

mesure prise, y compris les sanctions, mais sur la *nécessité* d'assurer le respect des lois et règlements. Le meilleur indicateur de l'utilité d'une sanction est son pouvoir de dissuasion. Il faut donc évaluer l'efficacité de toute sanction concevable s'agissant d'inciter au respect des lois et règlements. Il ne s'agira pas de faire des raisonnements abstraits, parce qu'il faut tenir compte des facteurs pertinents. Les facteurs les plus pertinents ici semblent être le manque de moyens de contrôle de l'Etat côtier et la nécessité qui en résulte, en raison de la grande improbabilité de prendre les auteurs d'infractions sur le fait, de recourir à des sanctions si sévères qu'elles dissuadent les exploitants de commettre des infractions.

Comme l'a déclaré M. le juge Jesus dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt en l'*Affaire du « Tomimaru » (Japon c. Fédération de Russie)*, *prompte mainlevée* :

2. Face à une recrudescence de la pêche illégale, non déclarée et non réglementée dans leurs eaux, les Etats côtiers ont commencé à avoir recours à des mesures rigoureuses pour mieux protéger leurs ressources contre le pillage et pour éviter qu'elles ne soient surexploitées. Fréquemment, il semble que les amendes imposées n'aient pas véritablement eu l'effet de dissuasion attendu, qui aurait contribué à maîtriser et à prévenir la pêche illégale.

3. De ce fait, l'une des mesures adoptées – et elle n'est pas si rare – par un grand nombre d'Etats côtiers consiste à confisquer le navire s'étant livré à une pêche illégale.

Le rôle prépondérant de la confiscation comme indispensable outil de dissuasion n'aurait pas pu être décrit plus clairement.

De ce point de vue, la détermination de la sanction est une question de choix discrétionnaire de politique. Et la tendance universelle est de conclure que les tribunaux ne devraient pas annuler les choix de politique pour la simple raison qu'ils croient qu'il vaudrait mieux procéder autrement. Ils ne devraient pas substituer leur jugement à celui des autorités³⁸. Lorsque ce problème surgit dans le contexte de la compétence des juridictions internationales, les Etats tiennent la place des autorités législatives et administratives s'agissant des limites de l'interférence des tribunaux nationaux avec le pouvoir discrétionnaire.

38 Voir Paul Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 658.

tionnaire de ces autorités. Le choix du type de sanctions qui sont nécessaires pour dissuader les navires d'enfreindre les lois et règlements adoptés par l'Etat côtier en conformité avec la Convention dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques dans la zone économique exclusive relève des pouvoirs discrétionnaires ou de la marge d'appréciation de l'Etat. Les limites de ces pouvoirs discrétionnaires sont fixées au paragraphe 3 de l'article 73 de la Convention, qui interdit certains types de sanctions.

21. Il ne faudrait pas oublier que le paragraphe 1 de l'article 73 de la Convention ne fait pas du caractère raisonnable un critère de vérification (une lecture conjointe des paragraphes 1 et 2 de cet article le montre clairement) et qu'il limite la vaste notion de proportionnalité à l'un de ses sous-principes, celui de *nécessité*.

C'est un moyen de préserver la marge d'appréciation intrinsèque aux droits souverains des Etats côtiers, ce qui les laisse moins vulnérables face aux interférences de juges ou d'arbitres.

En vertu du paragraphe 1 de l'article 73, la réserve judiciaire n'est exclue que lorsqu'il est manifeste ou parfaitement clair qu'une mesure moins intrusive ou moins lourde aurait été tout aussi adaptée et efficace pour atteindre le même objectif juridique. Mais ce n'est que dans les cas extrêmes qu'il est possible de parvenir à une telle conclusion là où les choix de politique sont de nature discrétionnaire. En cas d'incertitude quant aux postulats empiriques qui sous-tendent ces choix, seules sont faites les hypothèses qui sont les plus favorables à l'optimisation du droit souverain de l'Etat côtier³⁹.

Si l'on examine les circonstances empiriques de l'espèce, c'est-à-dire le manque de moyens qui permettraient à la Guinée-Bissau de surveiller en permanence sa vaste zone économique exclusive, qui est très gravement touchée par la pêche illicite et les activités connexes de pêche illicites, je ne vois pas comment on pourrait conclure que la Guinée-Bissau aurait commis une erreur d'appréciation manifeste en considérant que la sanction de confiscation était nécessaire en raison de son effet dissuasif.

39 Voir Matthias Klatt/Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, *op. cit.*, p. 80.

D Contribution au préjudice

22. J'ai voté contre les paragraphes 16 et 17 du dispositif, par lesquels le Tribunal a accordé au Panama une indemnité de la Guinée-Bissau.

Je n'objecte pas à ce qu'il soit donné satisfaction au Panama sous la forme d'une déclaration judiciaire indiquant qu'il y a eu violation de l'obligation de la Guinée-Bissau de notifier le Panama de la saisie du navire et de sa confiscation. Cependant, pour les raisons susmentionnées, je ne souscris pas à la conclusion selon laquelle la Guinée-Bissau a violé les droits du Panama en confisquant le « Virginia G » et sa cargaison. A mon avis, la confiscation étant justifiée, il n'y a eu aucun fait internationalement illicite qui impose à la Guinée-Bissau de payer une indemnité pour tout dommage ou autre perte subis par le « Virginia G », y compris toutes les personnes et entités impliquées dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité, du fait de la confiscation du navire et de sa cargaison⁴⁰.

23. Je dois toutefois noter que, même si la confiscation avait constitué une violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, la Guinée-Bissau devrait être exemptée de toute obligation d'indemniser, en application du principe énoncé à l'article 39 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies par la Commission du droit international en 2001.

L'article 39 se lit comme suit :

CONTRIBUTION AU PRÉJUDICE

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* (l'italique est de l'auteur).

A mon avis, c'est ce qui s'est produit en l'espèce, avec cette particularité que, sans l'omission volontaire ou, à tout le moins, la négligence du propriétaire du navire, le préjudice allégué n'aurait pas existé. Du fait que cette contribution couvre l'ensemble du dommage et des autres pertes pris en compte par l'arrêt, il ne reste rien à imputer à la Guinée-Bissau.

⁴⁰ Paragraphe 434 de l'arrêt.

Je regrette que le Tribunal n'ait pas dûment pris en considération le fait que ni le propriétaire du navire, ni l'affréteur, ni la compagnie chargée de la gestion du navire n'ont jamais utilisé les voies de recours judiciaires nationales qui s'ouvriraient à eux pour réduire la durée de l'immobilisation du navire dans le port de Bissau et d'éviter ainsi la perte du gazole qui constituait sa cargaison.

24. Tout d'abord, une procédure interne de mainlevée aurait pu être engagée.

Selon le paragraphe 1 de l'article 65 du décret-loi 6-A/2000:

1. Par décision d'un tribunal compétent, les navires ou embarcations de pêche et leur équipage pourront être immédiatement libérés, avant le procès, à la demande du propriétaire du navire, du capitaine ou du patron de pêche, ou du représentant local du propriétaire, pour autant qu'une caution suffisante ait été déposée.

Incidentement, ni le terme « caution » ni l'expression « dépôt de garantie » ne sont, à mon sens, une traduction totalement fidèle du terme portugais « *caução* » employé dans cette disposition. En portugais juridique, « *caução* » s'entend d'une garantie qui peut prendre la forme d'un dépôt d'espèces, d'actions, de bons ou d'autres titres, de pierres ou de métaux précieux, d'un gage, d'une hypothèque ou d'une garantie bancaire.

Selon le paragraphe 2 de l'article 65 du décret-loi 6-A/2000,

2. La décision judiciaire visée au paragraphe précédent sera prise dans les 48 heures suivant le dépôt auprès du tribunal d'une demande de mainlevée de l'immobilisation du navire et de libération de son équipage.

Selon le paragraphe 3,

3. Le montant de la caution ne sera pas inférieur aux coûts afférents à l'arraisonnement et à l'immobilisation du navire, ainsi qu'au rapatriement éventuel des membres de l'équipage et au montant de l'amende dont sont passibles les auteurs de l'infraction.

Enfin, selon le paragraphe 4,

4. Dans le cas d'infractions pour lesquelles le présent décret-loi prescrit ou autorise la confiscation des captures, des engins de pêche et du navire, le tribunal *peut* majorer le montant de la caution de la valeur des captures, des engins de pêche et du navire. (L'italique est de l'auteur)

L'allégation du Panama selon laquelle le propriétaire du navire « ne pouvait raisonnablement pas recourir à la procédure de “prompte mainlevée” prévue à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000 car les conditions auxquelles une caution/garantie pouvait être versée étaient i) inconnues, ii) trop favorables à la Guinée-Bissau, iii) déraisonnables ou iv) exorbitantes, ce qui empêchait le propriétaire d'y recourir », ne semble pas crédible.

Le Panama ne peut parvenir à ces conclusions alors que la prompte mainlevée n'a jamais été demandée. Si, après avoir demandé la prompte mainlevée au tribunal régional de Bissau, le Panama avait vu ses prévisions pessimistes confirmées, il aurait alors pu soumettre une demande de prompte mainlevée au Tribunal international du droit de la mer en vertu de l'article 292 de la Convention.

On peut par conséquent considérer comme absolument certain que le fait de ne pas avoir sollicité la prompte mainlevée constitue une contribution du propriétaire du navire au préjudice.

Le fait que la Guinée-Bissau n'a pas notifié au Panama l'immobilisation, ce qui est en soi illégal, n'a pas empêché le propriétaire du navire de demander aux autorités panaméennes de soumettre une demande de prompte mainlevée au Tribunal.

La rapidité de la décision relative à la confiscation n'a pas non plus empêché le recours à la prompte mainlevée. Etant donné qu'en octobre 2009, le propriétaire du navire a introduit un recours en annulation auprès du tribunal régional de Bissau de la décision administrative de confiscation, le changement de propriétaire du navire n'a jamais été finalisé et une demande de prompte mainlevée était par conséquent recevable conformément à la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer.

25. Deuxièmement, le propriétaire du navire aurait également pu prendre l'initiative de négocier une transaction (« *transação* ») correspondant au paiement d'une amende.

Au paragraphe 12 de la présente opinion dissidente, j'ai examiné une par une, dans un ordre fonctionnel, les dispositions du droit bissau-guinéen qui permettent un règlement par la conversion d'une sanction de confiscation en amende, selon une échelle dont la limite inférieure s'élève à 150 000 dollars des Etats-Unis et la limite supérieure à un million de dollars des Etats-Unis.

Le propriétaire du navire aurait pu essayer ce mode de règlement et il disposait de plusieurs voies pour cela :

i) Le propriétaire du navire aurait pu s'adresser directement à la Commission interministérielle des pêches pour demander que la décision administrative relative à la confiscation soit convertie en une amende, fixée par règlement négocié sous l'égide du tribunal compétent pour connaître de l'infraction.

En vertu de l'article 62, paragraphe 1, du décret-loi 6-A/2000, la Commission interministérielle des pêches est compétente pour infliger des amendes en cas d'infraction aux dispositions de la loi sur les pêcheries. Une fois l'amende infligée, le dossier est communiqué au tribunal compétent (tribunal régional de Bissau, chambre pénale, section des infractions) par l'intermédiaire du Bureau du procureur général (« *in fine* »). Cela signifie que l'application d'une amende est provisoire et que le tribunal devra évaluer les arguments respectifs. Mais dès que la procédure est engagée devant le tribunal, la partie intéressée peut chercher à parvenir à un règlement amiable (article 62, paragraphe 2).

ii) Le propriétaire a introduit un recours en annulation de la décision administrative de confiscation auprès du tribunal régional de Bissau en arguant de sa nullité.

De plus, le propriétaire du navire a inclus dans l'instance principale relative à la requête en annulation une demande en référé sous forme d'une mesure provisoire de suspension de l'exécution de la décision de confiscation. Mais même si la mesure provisoire ainsi accordée n'avait pas été annulée par suite d'un appel formé par le Procureur général devant une juridiction supérieure, la suspension demandée n'aurait pas signifié la mainlevée de l'immobilisation du navire. En effet, le navire était immobilisé parce qu'il avait contrevenu à la loi sur les pêches et la mainlevée de son immobilisation n'aurait pu être obtenue qu'à la faveur d'une procédure de prompt mainlevée, du prononcé d'un acquittement ou encore du paiement d'une amende.

Une violation ayant été commise (comme l'arrêt le reconnaît), on ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à un acquittement. En conséquence, ce que le propriétaire du navire pouvait et aurait dû faire, c'est inclure dans l'instance principale pour annulation une demande de transaction relative à l'amende, conformément à l'article 62 du décret-loi 6-A/2000.

26. Le propriétaire du navire n'a jamais engagé de procédure de prompt mainlevée.

Si lui-même ne le savait pas, son agent représentant la société de protection et d'indemnisation (P&I) et ses avocats savaient certainement qu'il fallait soumettre une demande à cet effet à un tribunal de Bissau, conformément à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000.

Il a également admis qu'il ne voulait pas (ou ne pouvait pas, à cause de contraintes financières) chercher à engager une procédure de prompt mainlevée auprès du Tribunal international du droit de la mer.

Le propriétaire du navire n'a jamais demandé une transaction en bonne et due forme concernant l'amende. Cette omission était intentionnelle.

Dans une déclaration écrite jointe en tant qu'annexe 4 au mémoire, M. Samper Perez, Directeur de la sécurité et des opérations à la société Penn Lilac/Gebaspé – propriétaire/agent du « Virginia G », déclare que leur représentant P&I les a informés qu'il pouvait être fait appel de la décision de confiscation dans un délai de 15 jours⁴¹.

Dans sa déclaration orale, M. Gamez Sanfiel, le propriétaire, a dit qu'il avait rejeté une offre d'un avocat guinéen tendant à négocier un accord sur le paiement d'une amende⁴².

L'annexe 38 (version anglaise) du mémoire contient la copie d'un message électronique daté du 31 août 2009, adressé à Penn Bunker par l'agent P&I M. Alvarenga, dans lequel il l'informe de la notification de la décision de confiscation. Il précise qu'il est possible de faire appel de la décision dans un délai de 15 jours « *pour contester ou négocier la sanction en la remplaçant par un versement d'égal montant afin d'obtenir la mainlevée du navire* » (l'italique est de l'auteur).

41 Annexe 4 du mémoire, p. 6.

42 ITLOS/PV.13/A19/2, 02/09/2013, p. 18.

L'annexe 45 du mémoire contient la copie d'une demande tendant à ce que soit prorogé de 15 jours le délai initial de 15 jours, déposée par l'agent P&I au nom du navire.

L'annexe 47 du mémoire contient la copie d'une notification d'une décision du Président de la Commission interministérielle faisant observer que 30 jours s'étaient écoulés sans qu'aucune réclamation n'ait été reçue du représentant du « Virginia G » et accordant au propriétaire un nouveau délai de 72 heures pour engager une procédure afin d'éviter la vente aux enchères publiques des produits se trouvant à bord.

Mais le propriétaire du navire n'a réagi, ni pendant la période initiale de 15 jours ni durant les délais supplémentaires accordés pour demander la négociation d'une transaction. Cette période de 15 jours prorogeable pour 15 autres jours à la demande du propriétaire du navire ou de son représentant est établie en vertu de l'article 60, paragraphes 1 et 2, aux fins du paiement d'amendes.

Il est donc tout à fait clair que le propriétaire du navire a eu l'occasion de demander une transaction concernant l'amende, mais qu'il a choisi de ne pas la saisir.

Etant donné ce qui précède, une seconde décision de la Commission interministérielle a confirmé la confiscation.

27. Il semble indiscutable qu'une décision de prompt mainlevée (du tribunal municipal ou du TIDM) ou qu'une transaction portant sur une amende aurait permis au navire de quitter Bissau et les eaux relevant de la juridiction de la Guinée-Bissau. Comme il n'a même pas tenté de parvenir à une de ces solutions, le propriétaire du navire n'est pas en droit de réclamer une réparation à raison des dommages découlant de la confiscation du navire et de son immobilisation dans le port de Bissau jusqu'en septembre 2010.

Il convient aussi de prendre en considération – comme on l'a déjà expliqué – le fait qu'en vertu du décret-loi 6-A/2000, la sanction de confiscation s'applique *prima facie* aux navires de pêche (y compris les navires qui se livrent à des opérations connexes) qui mènent leurs activités dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau sans l'autorisation nécessaire. Cette sanction *prima facie* ne peut être évitée que si elle est remplacée par une amende négociée sous l'égide d'un tribunal.

Cela étant, même si la confiscation constituait objectivement un fait internationalement illicite parce que manifestement inutile, l'omission intentionnelle ou la négligence du propriétaire du navire (au nom duquel réparation est demandée) devrait être prise en compte pour fixer la réparation.

L'article 39 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite est important en l'espèce car il indique clairement que l'omission intentionnelle ou par négligence de toute personne ou entité au nom de laquelle réparation est demandée ne peut être écartée lors de la détermination de la réparation. Or, cette disposition traite directement des situations où le préjudice découle à la fois de la conduite d'un Etat à l'encontre duquel réparation est réclamée ainsi que d'une personne ou entité au nom de laquelle réparation est demandée. On a alors affaire à ce que l'on pourrait qualifier de « fautes concurrentes »⁴³. Plusieurs systèmes juridiques nationaux en traitent dans le cadre des règles de droit privé relatives à la responsabilité. Deux formes sont généralement identifiées : la contribution de la personne ou de l'entité lésée à la survenance du fait dommageable et le fait répréhensible de ne pas prévenir ou atténuer les conséquences dommageables⁴⁴. Ces situations sont également reconnues et régies dans les systèmes de droit administratif de certains pays. La règle générale est que, selon les circonstances, les autorités administratives ne sont pas tenues d'indemniser lorsque la personne ou l'entité lésée, par omission intentionnelle ou par négligence, n'a pas évité le préjudice en utilisant des instruments juridiques à sa disposition⁴⁵.

Mais la situation qui vient d'être décrite est particulière, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'un cas de fautes concurrentes puisque la conduite de la personne ayant subi le préjudice semble être la cause même du préjudice. Dans le commentaire sur l'article 39 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, une note de bas de page envisage la situation suivante :

660. On peut envisager des situations où le préjudice en question est entièrement imputable au comportement de la victime et pas du tout à celui de l'Etat « responsable ». Les situations de ce type sont couvertes

43 « *Concorrência de culpas* », en portugais.

44 Voir le Code civil allemand (BGB), § 254, par. 1 et 2.

45 Voir Margarida Cortez, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Illegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Universidade de Coimbra, 2000, p. 257.

par l'exigence générale de la cause directe, visée à l'article 31, et non par l'article 39⁴⁶.

A mon avis, dans la présente affaire – compte tenu du fait que l'arraisonnement du navire était licite – le préjudice découlant de la confiscation prétendument illicite découle entièrement de l'omission intentionnelle du propriétaire du navire. S'il avait engagé une procédure de prompt mainlevée ou négocié un accord sur une amende, le propriétaire du navire aurait évité que le navire ne reste aussi longtemps dans le port de Bissau. En cas de règlement, l'affaire aurait été classée et la confiscation initiale n'aurait pas été confirmée. En cas de prompt mainlevée, même si la confiscation avait été confirmée ultérieurement, le gazole n'aurait pas été perdu car le navire ne se serait plus trouvé dans les eaux de la Guinée-Bissau ou n'aurait plus relevé de sa juridiction.

Cependant, même si l'on considère qu'il s'agit de fautes concurrentes, je ne vois pas comment le Tribunal a pu ne tenir aucun compte de la contribution du propriétaire du navire au préjudice et, partant, ne pas fixer une indemnité moins élevée.

28. A mon avis, la contribution au préjudice n'a pas été invalidée par le fait que le propriétaire a, le 4 décembre 2009, intenté une action au fond aux fins de l'annulation de la décision administrative de confiscation. Deux années ou plus se seraient écoulées avant qu'une décision définitive ne puisse être prononcée. Il faut rappeler qu'une décision du Tribunal régional de Bissau serait susceptible d'appel auprès d'une juridiction supérieure.

Qui plus est, une éventuelle décision définitive d'une juridiction nationale cassant la décision de confiscation n'aurait même pas eu pour effet la mainlevée de l'immobilisation du « Virginia G ». La confiscation, d'une part, et l'immobilisation d'un navire en tant que conséquence de sa saisie, d'autre part, sont des situations juridiques différentes qui résultent de décisions distinctes faisant autorité. C'est précisément pour cette raison que la décision de la Commission interministérielle de surveillance maritime (CIFM) du 20 septembre 2010 visait expressément à la fois l'annulation de la décision précédente de confiscation et contenait une ordonnance de mainlevée de l'immobilisation du navire. Une simple annulation de la confiscation n'aurait rien changé quant à l'immobilisation du navire.

46 Voir James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 289.

Par conséquent, l'annulation judiciaire de la confiscation n'aurait pas en soi entraîné la fin de l'immobilisation du « Virginia G ».

Pour connaître avec certitude le but logique immédiatement recherché par l'introduction – le 4 décembre 2009 – de cette instance principale en annulation de la confiscation, il faut tenir compte du fait que, le 5 novembre 2009, le propriétaire du navire avait obtenu du Tribunal régional de Bissau une mesure conservatoire ordonnant aux autorités compétentes de s'abstenir d'adopter 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 »⁴⁷. Pour éviter que cette mesure conservatoire ne devienne caduque, une instance principale s'y rapportant devait être introduite dans un délai de 30 jours. C'est ce que le propriétaire du navire a fait lorsqu'il a, le 4 décembre 2009, introduit au fond l'instance en annulation de la décision de confiscation.

La demande de sursis à exécution de la confiscation, en tant que mesure conservatoire ou provisoire, avait un but compréhensible qui était à la fois immédiat et pragmatique : il s'agissait d'empêcher le Gouvernement de saisir le gazole qui constituait la cargaison du navire. Mais même si l'exécution de cette ordonnance provisoire n'avait pas à son tour été suspendue par un recours du procureur général, le sursis à exécution de la mesure de confiscation n'aurait eu aucun effet sur l'immobilisation du navire dans le port de Bissau.

Bref, ni l'accueil favorable d'une demande visant à obtenir une mesure conservatoire de sursis à l'exécution de la décision de confiscation, ni même une décision définitive favorable cassant la décision de confiscation n'auraient eu pour effet la mainlevée de l'immobilisation du navire dans le port de Bissau. Ces hypothétiques décisions judiciaires, que le propriétaire du navire a cherché à obtenir, n'auraient en aucune manière pu priver d'effets le fait (reconnu par le Tribunal dans l'arrêt) qu'une infraction avait été commise par le navire et que, si la confiscation n'était pas nécessaire en tant que sanction, alors une amende aurait dû être imposée à sa place. Et ce n'est qu'après le paiement de cette amende que le navire aurait été autorisé à quitter le port.

Par conséquent, c'est uniquement par la voie d'une procédure de prompt mainlevée ou d'un accord amiable conclu rapidement et moyennant le versement d'une amende que le propriétaire du navire aurait pu obtenir la mainle-

47 Paragraphe 73 de l'arrêt.

vée de l'immobilisation du navire peu de temps après la saisie. Telles étaient les possibilités dont il disposait pour éviter le dommage au titre duquel réparation est demandée. La stratégie procédurale qu'il a adoptée était par contre vouée à l'échec.

Or, les moyens de preuve produits durant la procédure montrent à mon avis que cette stratégie n'était pas aussi incohérente qu'elle pourrait le sembler à première vue et qu'elle était au contraire intentionnelle. Le propriétaire du navire comptait sur la diplomatie espagnole pour faire pression sur les autorités bissau-guinéennes de sorte que le navire lui soit restitué sans qu'il ait à supporter les dépenses liées à une garantie ou à une amende. Cette attente, qui s'est avérée, se fondait sur le fait que l'Espagne a un statut d'Etat donateur qui soutient des programmes destinés à améliorer le secteur de la pêche artisanale en Guinée-Bissau. Et comme le propriétaire du navire ne voulait pas ou n'était pas en mesure, à ce moment-là, de déboursier l'argent requis pour le dépôt d'une caution ou autre garantie (« *Caução* ») ou pour s'acquitter d'une amende, sa stratégie procédurale consistait à gagner du temps pour permettre à la pression diplomatique exercée par l'Espagne de produire ses effets (il est lui-même ressortissant espagnol et le navire est géré depuis l'Espagne). La mesure conservatoire de sursis à l'exécution était suffisante pour cela et ne l'obligeait pas à déposer la moindre garantie. L'action au principal en annulation de la décision de confiscation était nécessaire pour empêcher que la mesure conservatoire ne devienne caduque. Et elle n'impliquait pas non plus le débours d'une somme importante. Mais vu la nature des demandes, ces procédures n'auraient jamais abouti à la mainlevée de l'immobilisation du navire, sauf si le propriétaire y avait inclus une demande de règlement amiable moyennant le versement d'une amende, ce qu'il n'a pas fait.

Compte tenu de la manière dont le propriétaire s'est comporté, je conclus sans le moindre doute que le dommage aurait pu être évité si le propriétaire n'y avait pas contribué en omettant intentionnellement d'introduire l'instance judiciaire appropriée pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du « *Virginia G* ».

29. Il convient également de relever que l'article 39 du Projet d'articles sur la protection diplomatique correspond à une règle de droit international coutumier bien établie, qui est la suivante : 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 toute personne ou entité au nom de laquelle réparation est demandée.

Un principe de droit généralement reconnu veut que la partie lésée soit raisonnablement tenue d'atténuer le dommage qu'elle a subi. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice :

Il découlerait d'un tel principe [d'atténuation des dommages subis] qu'un Etat lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités⁴⁸.

Curieusement, un exemple proposé au paragraphe 4 du commentaire de l'article 39 du Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite décrit une situation hypothétique très proche du cas qui nous occupe :

« [a]insi, si un navire appartenant à un Etat est illégalement saisi par un autre Etat 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'Etat auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve ».

Attendu que le navire n'appartenait pas au Panama mais à un armateur et que l'omission est imputable à ce propriétaire du navire au nom duquel réparation est demandée, l'exemple hypothétique correspond à la réalité. Il est difficile de comprendre pourquoi le Tribunal applique – sans l'appeler par son nom – le principe de la contribution au préjudice en ce qui concerne l'indemnisation de toute perte ou profit résultant de la période d'immobilisation du navire, mais qu'il l'ignore s'agissant des demandes d'indemnisation pour la valeur du gazole confisqué et en particulier pour le coût des réparations du navire⁴⁹.

Etant donné que si le propriétaire du navire avait recouru à la procédure de prompt mainlevée ou à un règlement amiable moyennant le versement d'une amende, la mainlevée de l'immobilisation du navire serait intervenue rapidement après sa saisie et que, dans un tel cas, la saisie du gazole n'aurait pas eu lieu et aucun dommage résultant de l'immobilisation du navire ne se serait produit, le préjudice en question devient entièrement imputable au propriétaire du navire. En réalité, plutôt que de relever de fautes concurrentes, la situa-

48 Voir l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, c.I.J. Recueil 1997, p. 55.

49 Paragraphe 438 de l'arrêt.

tion relève de l'exigence générale de la cause directe mentionnée à l'article 31 du Projet d'articles⁵⁰.

Une telle situation n'est pas nouvelle en matière de règlement international de différends. Brigitte Bollecker-Stern fait état d'au moins deux décisions rendues dans des affaires qui concernaient des situations très semblables.

La première est la sentence rendue par la Commission créée par l'article VII du traité de Jay (19 novembre 1794) entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne en l'affaire *Evesham v. Great Britain*.

Comme l'indique Brigitte Bollecker-Stern, la Commission a tenu que

[l]e fait qu'ils ne se sont pas prévalus de ces possibilités d'obtenir réparation dans le cadre de la procédure judiciaire ordinaire, pendant si longtemps et alors qu'ils pouvaient en tirer un tel bénéfice, incite à considérer que cette affaire relève des cas de pertes et préjudices causés par un retard manifeste, une négligence ou une omission délibérée du demandeur. Je suis donc d'avis que les demandeurs n'ont pas droit à réparation au titre de cet article [traduction du Greffe]⁵¹.

Le même auteur commente la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*⁵² :

Il a été jugé que la faute de la victime exonérait le gouvernement de toute responsabilité : en effet, la réclamation n° 27 concernait un vol de droit commun, effectué au détriment de ressortissants britanniques : les autorités marocaines n'ayant engagé aucunes poursuites à l'égard des coupables, auraient normalement été déclarées responsables de ce vol et comme telles tenues à verser une réparation, cette attitude constituant un délit international. – Or, en l'espèce, l'arbitre Max Huber, constatant

50 Voir la note de bas de page n° 660 du commentaire du Projet d'articles.

51 Brigitte Bollecker-Stern cite en anglais *Moore International Arbitration*, vol. III, p. 3101, dans *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, aux p. 313 et 314.

52 Brigitte Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 319. Cette sentence est reproduite en français aux p. 615 à 742 du *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. II, 1^{er} mai 1925. Brigitte Bollecker-Stern note que la sentence a été prononcée par l'arbitre Max Huber, qui fut l'un des présidents de la Cour permanente de Justice internationale.

que c'était parce que le propriétaire des biens volés avait mis 15 jours à signaler le vol qu'aucune poursuite n'avait été entreprise, estima que la faute de la victime expliquait et excusait l'attitude du Gouvernement espagnol et lui ôtait le caractère illicite qu'elle aurait eu sans l'intervention de la faute de la victime.

La similarité entre l'omission du propriétaire du navire en l'espèce et l'inertie des victimes qui est examinée dans les affaires dont Brigitte Bollecker-Stern fait état ne peut échapper à personne. Dans les trois affaires, c'est l'omission coupable des victimes qui a causé le préjudice. Si elles avaient agi avec la diligence procédurale voulue, les dommages ne se seraient jamais produits.

Par conséquent, même si la confiscation avait été illicite au motif qu'il s'agissait d'une sanction dont la dureté n'était pas nécessaire, aucune indemnisation n'aurait dû être accordée au profit d'un propriétaire qui aurait pu prévenir les dommages en faisant usage en temps voulu des voies de recours qui lui étaient ouvertes dans le système juridique de l'Etat côtier.

E Le lien de causalité avec les frais de réparation du navire

30. Le Tribunal est d'avis que le Panama a droit à une indemnisation pour les frais de certaines réparations du navire, car il considère que ces réparations sont une conséquence directe d'une confiscation illicite⁵³.

Selon moi, aucun frais ne peut être considéré comme étant causalement lié à la confiscation du navire. Tous les dommages subis par le navire par suite de son séjour dans le port de Bissau entre août 2009 et septembre 2010 ont résulté de sa saisie et de son immobilisation subséquente et non pas de sa confiscation. La confiscation est une mesure supplémentaire, qui a pour effet le changement de propriétaire du navire. Mais si le navire est simplement immobilisé et continue d'appartenir au propriétaire, il ne peut toujours pas quitter le port. Si le navire et sa cargaison n'avaient pas été confisqués, le navire serait encore resté immobilisé dans le port de Bissau jusqu'à ce que les autorités ayant procédé à l'immobilisation en aient ordonné la mainlevée. Mis à part la procédure de prompt mainlevée – que le propriétaire a intentionnellement refusé d'engager, seule une décision définitive imposant une amende et le paiement de cette amende auraient peut-être pu mettre fin à la procédure pénale, ce qui aurait permis au navire de quitter le port.

53 Paragraphe 434 et 442 de l'arrêt.

Si le propriétaire avait eu gain de cause dans le procès en annulation de la confiscation, la décision du tribunal régional de Bissau cassant cette décision administrative n'aurait pas mis fin à l'immobilisation du navire résultant de sa saisie. Le fait que Penn Lilac conserve la propriété du navire n'aurait rien changé à l'immobilisation du navire au motif d'une faute. La saisie a eu lieu avant que la confiscation ne soit décidée. Lorsque les autorités bissau-guinéennes ont annulé la décision de confiscation au nom des « relations d'amitié et de coopération existant avec le Royaume d'Espagne dans le domaine de la pêche », elles auraient encore pu légalement convertir la sanction de confiscation en une amende et maintenir l'immobilisation du navire jusqu'au paiement de cette amende.

Autrement dit, il n'y avait pas de lien de causalité entre la confiscation et le dommage subi par le navire en raison de son séjour d'un an dans un port au climat rigoureux. Un tel lien existe entre ce dommage et la saisie suivie d'une immobilisation du navire, que le Tribunal estime avoir été licites.

(*signé*) José Manuel Sérvulo Correia