

**Opinion dissidente commune de M. Hoffmann,
Vice-Président, et Mm. Marotta Rangel,
Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao et
Bouguetaia, juges**

(Traduction du Greffe)

Nous avons voté contre les paragraphes 5, 8, 16 et 17 du dispositif de l'arrêt, qui concernent l'épuisement des recours internes (par. 5), l'infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention (par. 8) et l'octroi d'indemnités au Panama (par. 16 et 17). Nous souhaitons expliquer ici les raisons de notre désaccord. Les faits de l'affaire et les thèses du Panama comme de la Guinée-Bissau sont exposés dans l'arrêt.

1. La Guinée-Bissau conteste la recevabilité de certaines demandes présentées par le Panama dans l'intérêt du propriétaire du « Virginia G » au motif que le propriétaire n'a pas épuisé les voies de recours internes qui lui sont ouvertes en Guinée-Bissau, comme le requiert l'article 295 de la Convention. Nul ne conteste que cet article consacre un principe important de droit international coutumier, à savoir que l'étranger lésé doit avoir épuisé les voies de recours internes dans l'Etat hôte avant de pouvoir entamer une procédure internationale.
2. Deux questions se posent : compte tenu des faits de l'affaire, la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'applique-t-elle, et dans l'affirmative, les conditions de l'application de cette règle ont-elles été remplies.
3. En ce qui concerne la première question, le Panama affirme que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas en l'espèce, puisqu'en tant qu'Etat du pavillon, il est directement lésé par les faits illicites de la Guinée-Bissau. Le Panama déclare que lorsque la demande porte sur des préjudices causés tant à un Etat qu'à une personne, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal doit, pour déterminer si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, décider quel est l'élément *prépondérant*.
4. La position juridique ainsi prise n'est pas contestée. Nos différences avec les juges majoritaires naissent de la question de l'application de ce critère aux faits de l'espèce.

5. Le Tribunal constate que la plupart des dispositions de la Convention mentionnées dans les conclusions finales du Panama confèrent des droits principalement aux Etats. On pourrait répondre que la question du préjudice direct porté à un Etat ne saurait être tranchée sur la seule base du nombre de dispositions de la Convention citées dans les conclusions finales de l'Etat demandeur. Il est utile de déterminer combien de conclusions articulées autour de telles dispositions sont retenues par le Tribunal. En l'espèce, nous ne doutons pas que, pour reprendre les termes de la Cour internationale de Justice, « la question qui colore et imprègne » la demande du Panama « tout entière » est le préjudice que le propriétaire du « Virginia G » aurait subi¹.

6. Le Tribunal a rejeté la plupart des réclamations du Panama, sauf celles demandant réparation au titre du gazole confisqué et des frais de réparation du navire. Cette réparation est au centre de la demande portée devant le Tribunal par le Panama. En conséquence, nous ne sommes pas persuadés par l'argument selon lequel la demande principale du Panama reposerait sur le préjudice direct qui aurait été causé au Panama de telle sorte que la règle de l'épuisement des recours internes serait inapplicable en l'espèce. Les éléments de la protection diplomatique sont prépondérants, comme le révèlent les faits de l'espèce.

7. Même si l'on adoptait le critère « en l'absence de », qui pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite en l'absence d'une demande pour le compte du national lésé, au vu des faits de l'espèce, il faudrait répondre par la négative. Comme l'a relevé la Commission du droit international, il n'y a guère de différence entre le critère de prépondérance et le critère « en l'absence de »².

8. Le Tribunal affirme avoir suivi l'approche qu'il avait adoptée dans l'affaire du Navire « SAIGA » (No. 2)³ lorsqu'il parvient à la conclusion que, dans son ensemble, la demande du Panama repose principalement sur la base d'un préjudice que le Panama aurait subi. Avec tout le respect dû, il convient cependant de distinguer la décision en l'affaire du « SAIGA » et la présente espèce. En

1 *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 43, (par. 452(17) à rapprocher du par. 446 de l'arrêt du Tribunal).

2 Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux réalisés à sa cinquante-huitième session, p. 47.

3 *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 10.

l'affaire du « SAIGA », il a été conclu que l'application par la Guinée de sa législation douanière dans son rayon des douanes était contraire à la Convention et, par conséquent, aucun lien juridictionnel n'a été établi entre la Guinée et les personnes physiques et morales au sujet desquelles Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté des demandes. Le Tribunal a également dit qu'en procédant à l'arraisonnement du *Saiga*, la Guinée a contrevenu aux dispositions de la Convention relatives à l'exercice du droit de poursuite, que la Guinée a fait usage d'une force excessive, contrairement au droit international, que la Guinée a violé ses droits, au regard du droit international, en citant à comparaître Saint-Vincent-et-les Grenadines en tant que « civilement responsable » dans la cédula de citation établie dans le cadre des poursuites pénales engagées contre le capitaine du *Saiga* devant le tribunal de première instance de Conakry.

9. Bien que l'affaire du Navire « SAIGA » (No. 2) ait concerné une réclamation mixte, le Tribunal a fait observer, en raison des facteurs précités, que la réclamation de Saint-Vincent-et-les Grenadines se fondait sur des violations directes des droits de ce pays. En conséquence, le Tribunal a affirmé que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquait pas (voir le par. 155 de l'arrêt). Nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle, en la présente espèce, le Tribunal aurait suivi l'approche adoptée dans l'affaire du Navire « SAIGA » (No. 2). Compte tenu des faits de l'espèce, comme nous l'avons noté, les réclamations du Panama étaient principalement indirectes.

10. Quel que soit l'angle adopté pour considérer la question, le propriétaire du navire, après avoir fait usage de certaines des voies de recours internes en Guinée-Bissau, ne saurait faire volte-face et adopter la position indéfendable selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquerait pas en l'espèce.

11. Partant du principe que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique bien en l'espèce, nous allons maintenant passer à l'examen de la deuxième question, qui consiste à déterminer si les voies de recours internes ont été ou non épuisées par le propriétaire du navire. Le Panama fait valoir qu'en l'espèce il n'existe pas de recours efficace à épuiser en Guinée-Bissau. Il soutient qu'il fallait présumer de l'inefficacité des recours « au vu de preuves établissant que les juges s'étaient inclinés devant le pouvoir exécutif ».

12. Cette condamnation en bloc des recours offerts en Guinée-Bissau ne saurait être retenue. Ces voies de recours n'ont pas été inventées pour servir les

intérêts d'une quelconque personne physique ou morale. Elles sont d'application générale et connues de tous les intéressés, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers, qui veulent pratiquer l'activité commerciale de soutage en mer dans des zones sur lesquelles la Guinée-Bissau dispose de droits souverains.

13. La Guinée-Bissau fait valoir que le propriétaire du « Virginia G » n'a pas épuisé tous les mécanismes internes de règlement des différends qui lui sont offerts dans ce pays. Elle rappelle que la procédure est pendante devant les tribunaux de Bissau et suspendue en attendant le paiement par le propriétaire des frais de justice nécessaire à sa reprise. Elle dit qu'étant donné qu'il n'y a pas eu épuisement préalable des voies de recours internes, les demandes du Panama ne sauraient être soumises au Tribunal en vertu de l'article 295 de la Convention.

14. Dans la règle de l'épuisement des recours internes, on entend par « recours internes » les recours ouverts à une personne lésée devant les « autorités judiciaires ou administratives » de l'Etat prétendument responsable du préjudice⁴.

15. Comme l'a fait observer la Commission du droit international dans son commentaire de l'article 14 :

[L]'étranger est tenu d'épuiser *tous* les recours judiciaires disponibles en vertu du droit interne de l'État défendeur. Si le droit interne en question autorise en l'espèce un recours devant la plus haute juridiction, l'intéressé doit former ce recours pour obtenir une décision définitive. Même si ce recours ne lui est pas ouvert de droit mais que la juridiction supérieure peut, si elle le juge bon, accorder l'autorisation de former un recours, l'étranger doit néanmoins lui demander cette autorisation (les italiques sont de nous).

16. Dans l'affaire *ELSI*, la Chambre de la Cour internationale de Justice (CIJ) a dit que

pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait

4 Voir l'article 14 du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international en 2006.

*persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès (les italiques sont de nous)*⁵.

17. La Guinée-Bissau affirme que le « Virginia G » a enfreint les dispositions de sa loi générale relative à la pêche parce qu'il ne disposait pas d'autorisation écrite pour effectuer des opérations de soutage de gazole dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau.

18. Dans l'affaire *Ambatielos*⁶, un tribunal international a décidé que « c'[était] l'ensemble du système de protection juridique prévu par le droit interne qui [devait] avoir été mis à l'épreuve ».

19. La question est la suivante : le propriétaire a-t-il épuisé toutes les voies de recours prévues par le droit interne de la Guinée-Bissau qui lui étaient ouvertes ?

20. Le différend dont il est question en l'espèce est né de la saisie, le 21 août 2009, et de l'immobilisation prolongée, par la Guinée-Bissau, du pétrolier « Virginia G » battant pavillon panaméen et de la confiscation de la cargaison de gazole qui se trouvait à bord. L'appréciation des lois et procédures internes en vigueur en Guinée-Bissau révèle qu'il existe des recours appropriés pour la défense des droits du propriétaire du navire et que ce dernier n'a pas tenté *tous* les mécanismes judiciaires qui étaient à sa disposition.

21. On peut premièrement citer la législation relative à la pêche contenue dans le décret-loi 6-A/2000, tel que modifié par le décret-loi 1-A/2005. L'article 65 de ce décret-loi dispose que le tribunal compétent peut rendre une ordonnance aux fins de la libération immédiate du navire et des membres de son équipage, et ce, même avant le procès, à la demande du propriétaire du navire etc., « pour autant qu'une caution suffisante ait été déposée ». Une telle ordonnance doit être rendue dans les 48 heures suivant le dépôt de la demande de mainlevée de l'immobilisation du navire et de libération de son équipage. L'article 66 de ce décret-loi prévoit aussi la restitution de la caution dans un délai très bref si le tribunal prononce une décision relaxant les accusés ou, s'il les déclare coupables, après que toutes les amendes, frais etc. ont été intégralement payés.

5 C.I.J. *Recueil* 1989, p. 46, par. 59.

6 (1956). *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, à la p. 120 de la version anglaise du *Recueil*.

22. L'article 65 présente donc une disposition de prompt mainlevée d'un navire et de prompt libération de son équipage. Aucune raison satisfaisante n'a jamais été donnée pour expliquer pourquoi le propriétaire n'a pas eu recours à cette procédure pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire, y compris du gazole qui se trouvait à bord. Un principe de droit généralement reconnu veut que la partie lésée soit raisonnablement tenue d'atténuer les dommages qu'elle a subis⁷. Comme l'a relevé la CIJ :

Il découlerait d'un tel principe [d'atténuation] 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 évités⁸.

23. Plus récemment, dans une lettre datée du 16 septembre 2013, bien après l'introduction de l'instance, le Panama a fait observer que

[le propriétaire du navire] ne pouvait raisonnablement pas recourir à la procédure de « prompt 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 (voir également le paragraphe 147 de l'arrêt).

24. Le Panama n'a jamais fourni de preuves à l'appui de ces allégations, qui sont manifestement fausses. Si les conditions de versement de la garantie étaient « inconnues », comment le propriétaire du navire a-t-il pu affirmer dans la foulée qu'elles étaient « déraisonnables » et « exorbitantes » ?

25. En tout état de cause, si les conditions de la caution étaient « déraisonnables », le propriétaire du navire avait la possibilité de saisir le Tribunal en vertu de l'article 292 de la Convention afin d'obtenir la fixation d'une caution d'un montant raisonnable, ce qui aurait obligé les autorités de l'Etat ayant procédé à l'immobilisation de se conformer à la décision du Tribunal. Le propriétaire du navire n'a par conséquent pas mis à profit la procédure de prompt mainlevée tant au niveau national qu'au niveau international.

7 Stephan Wittich, « Compensation », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, p. 5.

8 Voir l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1997, à la p. 55.

26. Dans l'affaire du *Navire « SAIGA »*, le Tribunal a bien montré qu'une demande pouvait lui être soumise même « lorsque le dépôt d'une caution n'a pas été possible, a été rejeté ou n'est pas prévu par la législation de l'Etat côtier, ou encore lorsqu'il est allégué que la caution exigée est exorbitante »⁹.

27. La Guinée-Bissau a affirmé à plusieurs reprises que le propriétaire du navire n'avait pas été en mesure de déposer une caution pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire en raison de ses difficultés financières. Cette déclaration formelle n'a jamais été sérieusement contestée par le propriétaire du navire.

28. Quelle qu'en soit la raison, le fait que le propriétaire du navire ne se soit pas prévalu de la procédure de prompt mainlevée, que ce soit au niveau du tribunal national ou au niveau du Tribunal, entraîne deux conséquences : premièrement, cela signifie que le propriétaire n'a pas épuisé toutes les voies de recours internes ; et deuxièmement, qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour limiter les dommages qui auraient été causés du fait des réparations du navire et de la confiscation du gazole qui se trouvait à bord. Il en résulte que le propriétaire n'a pas droit à la réparation des dommages qui auraient pu être évités s'il avait eu recours à la procédure de prompt mainlevée.

29. Le Tribunal conclut que les procédures prévues à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000 remplissent les conditions énoncées à l'article 73, paragraphe 2, de la Convention, et déclare que

puisque le propriétaire du navire ne s'est pas prévalu des procédures à sa disposition en vertu des lois et règlements de la Guinée-Bissau pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation, le Panama ne peut revendiquer en son nom un quelconque manque à gagner¹⁰.

30. Cette déclaration n'est pas défendable, et ce pour deux raisons : premièrement, après avoir dit aux paragraphes 157 et 158 que le propriétaire n'était pas tenu d'épuiser les voies de recours internes, le Tribunal ne peut maintenant trouver à redire au fait que le propriétaire n'ait pas eu recours à la procédure énoncée à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000 ; deuxièmement, il n'y a aucune raison qui justifierait que seule l'indemnité au titre de la perte de revenus ait été refusée au propriétaire. Il aurait fallu lui refuser même l'indemnité au titre des frais de réparation du navire.

9 *ITLOS Recueil* 1997, p. 35, par. 77.

10 Voir le par. 438 de l'arrêt.

31. Pour approfondir le sujet des recours internes, on peut appeler l'attention sur l'article 46, paragraphe 1, du décret-loi 6-A/2000. Ce paragraphe indique qu'après avoir rédigé une note d'infraction à l'égard d'un navire, les inspecteurs doivent notifier immédiatement le membre du Gouvernement responsable des pêches, qui enverra immédiatement cette note au Procureur-Général de la République ou au représentant du Parquet auprès du tribunal ayant compétence territoriale. En vertu de l'article 62, paragraphe 2, durant l'action judiciaire, le membre du Gouvernement responsable des pêches peut, sur autorisation expresse à ces fins, régler au nom de l'Etat le différend avec le propriétaire. Le propriétaire du navire n'a pas fait usage de la possibilité de parvenir à un règlement à l'amiable au titre de l'article 62 du décret-loi n° 6-A/2000.

32. Le 28 octobre 2009, le propriétaire a saisi le Tribunal régional de Bissau d'une demande d'ordonnance de suspension de la confiscation du navire. Le 5 novembre 2009, le Tribunal régional de Bissau a ordonné la suspension de toutes actions concernant la confiscation du navire « Virginia G » et des produits se trouvant à son bord. Le 19 novembre 2009, le procureur général de la Guinée-Bissau a fait appel devant le Tribunal régional de Bissau de l'ordonnance de suspension, au motif que cette ordonnance avait été rendue sans donner la possibilité au procureur général d'intervenir. Le 18 décembre 2009, le Tribunal régional a jugé que l'appel avait été déposé « après l'expiration du délai applicable » et confirmé l'ordonnance précédente, mais il a quand même décidé de renvoyer l'affaire devant la Cour suprême de la Guinée-Bissau. La Guinée-Bissau affirme que cet appel a eu pour effet de suspendre l'ordonnance de suspension en vertu de l'article 740, paragraphe 1, du Code de procédure civile de la Guinée-Bissau. La Guinée-Bissau déclare qu'il n'y avait pas de décision rendue par la Cour suprême de la Guinée-Bissau, puisque le navire avait été libéré entre-temps, le 20 septembre 2010. Selon la Guinée-Bissau, le navire a été libéré parce que sa présence dans le port de Bissau était estimée représenter un danger pour la sécurité de la navigation maritime. Il semble qu'aucune autre mesure n'ait été prise en l'espèce.

33. Le 4 décembre 2009, le propriétaire du navire a introduit devant le Tribunal régional de Bissau un appel au fond contre la confiscation du navire (procédure 96/09). Le Panama affirme que cette procédure n'a pas avancé depuis février 2010. La Guinée-Bissau allègue que cela était dû au fait que le « demandeur [avait] négligé de respecter les formes prescrites ». Alors que la Guinée-Bissau dit que cette procédure est encore pendante devant le Tribunal régional de Bissau, le Panama affirme qu'elle l'est au motif que la Guinée-Bissau n'a pas présenté de duplique. Le Panama soutient que cette affaire est au point

mort du fait « qu'il a été procédé à la mainlevée de l'immobilisation du navire en octobre 2010 et que le recours judiciaire formé par le propriétaire est devenu inutile ».

34. Le 30 novembre 2009, le secrétaire d'Etat au Trésor du ministère des Finances de la Guinée-Bissau a ordonné que le pétrolier « Virginia G » soit autorisé à décharger le gazole dans les locaux de la CLC (*Compañía de Lubricantes y Combustibles* de Guinée-Bissau). Le 7 décembre 2009, le propriétaire du navire a déposé une demande de mesures conservatoires auprès du Tribunal régional de Bissau contre l'ordonnance du 30 novembre 2009 précitée portant sur le déchargement du gazole (procédure 98/09). Par ordonnance du 16 décembre 2009 (notifiée le 18 décembre 2009), le Tribunal régional a ordonné « la restitution immédiate au navire «Virginia G» de la cargaison déchargée ». La Guinée-Bissau ajoute que cette mesure a de nouveau été accordée sans que l'Etat n'ait été entendu, ce qui la rend nulle. Dans ce cas, également, le propriétaire du navire a, le 18 janvier 2010, introduit une procédure au fond devant le Tribunal régional de Bissau contre le déchargement du gazole (procédure 14/10). La Guinée-Bissau fait valoir que cette action a été introduite en dehors du délai prescrit de 30 jours, ce qui prive la mesure conservatoire de tout effet.

35. Les Parties sont d'accord pour constater que l'affaire n'a pas avancé. Alors que la Guinée-Bissau fait valoir que cela était dû au fait que le propriétaire du navire n'a pas payé les frais de justice, le Panama soutient que le propriétaire du navire n'a jamais été officiellement notifié qu'il devait s'acquitter des frais de justice.

36. En résumé, le propriétaire du navire n'a pas épuisé toutes les voies de recours internes qui lui étaient ouvertes en Guinée-Bissau. Le droit interne autorise la formation de recours dans toutes les procédures auxquelles il est partie. Au regard du droit, de tels recours doivent être formés pour obtenir une décision finale en l'affaire. En l'espèce, le propriétaire du navire aurait dû persévérer, dans ses recours, aussi loin que le permettaient les lois et procédures de la Guinée-Bissau. Comme il ne l'a pas fait, il ne peut se prévaloir avec le moindre succès de la compétence du Tribunal.

37. La question suivante consiste à déterminer si la confiscation du navire et du gazole qui se trouvait à bord était nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

38. Le Tribunal fait observer que ni l'arraisonnement et l'inspection, ni la saisie du « Virginia G » n'ont enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. Il dit que le fait de ne pas respecter l'obligation d'obtenir l'autorisation écrite de procéder au soutage constitue une grave infraction et ajoute qu'en vertu de l'article 56 de la Convention, un Etat côtier dispose d'une juridiction concernant la conservation et la gestion de ressources biologiques marines et qu'une telle juridiction comprend également le droit de réglementer le soutage de navires de pêche dans la zone économique exclusive et de prévoir les mesures d'exécution nécessaires.

39. Le Tribunal dit aussi 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. Il ajoute que le fait que la confiscation soit ou non justifiée dépend des circonstances propres à chaque espèce.

40. Il conclut qu'en l'espèce la confiscation du navire et du gazole n'était pas « nécessaire » et ajoute que la mesure d'exécution prise compte tenu des faits n'était « pas raisonnable » au vu des circonstances particulières de l'espèce.

41. Le Tribunal dit qu'en prenant des mesures d'exécution, la Guinée-Bissau n'a pas tenu compte de ce que le Tribunal a appelé des « circonstances atténuantes ». Pour expliquer ces circonstances atténuantes, il fait observer que la Guinée-Bissau aurait dû tenir compte du fait qu'en d'autres occasions l'agent du navire avait demandé et obtenu l'autorisation nécessaire pour les navires de pêche devant être soutés par le « Virginia G ». Il ajoute que les autorités de la Guinée-Bissau savaient que l'agent de Balmar, dont les navires de pêche devaient être ravitaillés en combustible par le « Virginia G », avait communiqué au FISCAP le 20 août 2009 les coordonnées du lieu où serait effectué le soutage, ainsi que la date et l'heure de ces opérations, qui devaient être effectuées le 21 août 2009 ; l'agent a toutefois omis de suivre la procédure requise lui imposant de demander une autorisation écrite.

42. Le Tribunal dit également que le fait de ne pas avoir obtenu une autorisation écrite tient davantage à une « mauvaise interprétation de la correspondance entre les représentants des navires de pêche et le FISCAP qu'à une violation délibérée des lois et règlements de la Guinée-Bissau ».

43. Nous souhaiterions d'abord examiner le point de savoir si la position du Tribunal sur les « circonstances atténuantes » est juridiquement défendable. Comment pourrait-il y avoir une « mauvaise interprétation de la correspondance » alors que, comme le Tribunal l'admet lui-même simultanément, cette autorisation a été obtenue à d'autres occasions ? Si le propriétaire du navire avait déjà l'expérience de l'obtention de l'autorisation requise, comment le fait de ne pas l'avoir obtenue pourrait-il servir de circonstance atténuante ? A supposer qu'il faille en tenir compte, la non-obtention de cette autorisation ou la négligence qui l'a entraînée est une circonstance aggravante qui justifie une sanction plus sévère.

44. Afin d'examiner la question de savoir si la confiscation du navire était nécessaire, il est utile de rappeler ici l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, qui dispose que

[d]ans 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'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, *qui sont nécessaires* pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention (les italiques sont de nous).

45. Que signifie l'expression « qui sont nécessaires » dans ce paragraphe ? Laisse-t-elle entièrement à l'Etat côtier la latitude de décider de ce qui est nécessaire et met-elle cet Etat à l'abri de tout contrôle juridictionnel ? S'il n'est pas exempté de contrôle juridictionnel, quelle pourrait être l'étendue de ce contrôle ?

46. Aucune disposition de la Convention n'est à l'abri de l'interprétation par l'organe judiciaire compétent. Par conséquent, lorsque l'occasion se présente, le Tribunal est compétent pour interpréter chaque mot et chaque expression de la Convention. Toute autre opinion serait contraire aux principes de droit.

47. Dans l'arrêt qu'il a rendu en l'affaire du « *Monte Confurco* », le Tribunal a déclaré qu'en procédant à l'examen de la question de savoir si l'évaluation faite par l'Etat qui avait procédé à l'immobilisation pour fixer la caution ou une autre garantie était ou non raisonnable, « il n'[était] pas une instance d'appel à l'encontre d'une décision rendue par une juridiction nationale »¹¹. Ici, en

11 TIDM Recueil 2000, à la p. 108.

l'espèce, il n'y a pas de décision rendue par une juridiction nationale, puisque le propriétaire du navire n'a pas poursuivi l'affaire pour en obtenir le règlement dans le cadre de la législation de la Guinée-Bissau. La décision de confiscation a été soit un acte quasiment judiciaire (puisqu'elle a été prise après que le propriétaire du navire en a été dûment notifié, selon les principes d'une bonne administration de la justice), soit un acte administratif. Dans un cas comme dans l'autre, on peut dire que le Tribunal n'est pas une instance d'appel d'une décision rendue par un organe national appelée à interpréter et à appliquer les lois en vigueur. En bref, dans le cadre de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, le Tribunal ne siège pas en qualité de cour d'appel lorsqu'il apprécie si les mesures d'exécution sont ou non nécessaires dans les circonstances de l'espèce.

48. La question qui se pose alors est la suivante : quelle est l'étendue du contrôle juridictionnel dans la décision sur le point de savoir si une mesure d'exécution donnée est ou non nécessaire ? Une chose est parfaitement claire : dans l'exercice de ses droits en vertu de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, l'Etat côtier ne jouit pas d'une liberté sans limites.

49. Sous l'angle de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, l'examen de cette question devrait commencer en gardant clairement à l'esprit que ce qui est examiné, ce sont les « droits souverains » que l'Etat côtier a de *gérer* les ressources biologiques dans sa zone économique exclusive. L'expression « droits souverains » devrait comporter un degré de déférence pour l'Etat côtier dans l'exercice de ces droits, à moins que cette déférence ne soit refusée par la Convention elle-même.

50. On ne peut nier que les tribunaux nationaux ou les autorités nationales sont les mieux placés pour apprécier toutes les considérations pertinentes de droit et de fait dans l'Etat concerné¹². Partant, on devrait leur accorder une large « marge d'appréciation », c'est-à-dire une grande latitude dans l'application du droit. Cette notion est largement reconnue dans les juridictions nationales, de même que dans des contextes transnationaux. Il ne faut pas oublier que s'agissant de la limitation des pouvoirs discrétionnaires de l'Etat côtier en

12 Voir Jean-Pierre Cot, « The Law of the Sea and the Margin of Appreciation » dans T.M. Ndiaye and R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (2007), p. 392 ; affaire du « Camouco », arrêt, *opinion dissidente de M. Anderson*, *TIDM Recueil 2000*, p. 50. Voir également : Cour Européenne de Droit de l'Homme : *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n°24.

matière de mesures d'exécution, conformément à l'article 73, paragraphe 1, il appartiendrait à l'Etat côtier de prendre toutes mesures qu'il estimerait nécessaires. Compte tenu de cela également, les tribunaux internationaux devraient faire preuve de réserve judiciaire lorsqu'ils examinent les pouvoirs discrétionnaires que confère à l'Etat côtier l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

52. Il peut être utile de citer, à ce sujet, les opinions des juges Cot, Wolfrum et Anderson. A propos de la marge d'appréciation pour la zone économique exclusive, le juge Cot a fait observer que

[1]a notion de droits souverains joue un rôle essentiel dans notre discussion. Sans aller tout aussi loin que celle de la pleine souveraineté, elle implique un pouvoir sans entraves de l'Etat côtier pour gérer les ressources et établir des réglementations à ces fins. Les Etats membres acceptent véritablement des obligations importantes à cet égard, mais ils sont libres de décider de la manière dont ils s'acquittent de ces obligations... Les droits souverains comportent un degré de déférence pour l'Etat dans l'exercice de ces droits... Les Etats côtiers peuvent notamment fixer les sanctions pécuniaires qu'ils considèrent appropriées. La Convention ne plafonne pas le montant des amendes qu'un Etat côtier peut considérer appropriées contre les infractions [traduction du Greffe]¹³.

Dans un commentaire de l'article 73 de la Convention, le juge Wolfrum a déclaré

[qu'en] particulier, la Convention ne fixe pas de plafond aux amendes qu'inflige à des contrevenants un Etat côtier, selon ce que ledit Etat considère comme approprié... 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... Ces 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 concerné¹⁴.

13 Voir Jean-Pierre Cot, *op. cit.*, p. 396, 400 et 401.

14 Voir l'affaire du « *Camouco* », *TIDM Recueil 2000*, p. 68 et 69.

S'agissant de la question de la fixation d'une caution raisonnable en application de l'article 292 de la Convention, le juge Anderson a fait observer

[qu'il] convient de reconnaître que les juridictions internes se trouvent mieux placées pour examiner toutes les considérations pertinentes de fait et de droit dans l'Etat concerné. Dans une affaire comme celle-ci... un plus grand pouvoir d'appréciation devrait être laissé à la juridiction interne pour la fixation du montant de la caution à déposer en échange de la mainlevée de l'immobilisation du navire et de la mise en liberté du capitaine en attendant le procès. En d'autres termes, il devrait être laissé aux juridictions internes une large « marge d'appréciation »...¹⁵.

53. Bien que, comme cela a été noté, les autorités nationales disposent d'une grande latitude sur la question des mesures d'exécution, l'article 73, paragraphe 1, de la Convention ne leur attribue pas un pouvoir d'appréciation illimité. Chaque fois que la Convention cherche à placer l'exercice de pouvoirs discrétionnaires au-dessus du contrôle juridictionnel, elle le spécifie sans ambiguïté : par exemple, en vertu de l'article 189 de la Convention, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins « n'a pas compétence pour se prononcer sur l'exercice par l'Autorité [...] de ses pouvoirs discrétionnaires » et « elle ne peut en aucun cas se substituer à l'Autorité dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de celle-ci ». Il n'y a toutefois aucune disposition semblable dans l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. La tâche du Tribunal n'est aucunement de prendre la place des autorités nationales compétentes, mais plutôt d'examiner les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

54. Il faut garder à l'esprit que le contrôle juridictionnel n'est pas assimilable à un examen judiciaire au fond basé sur une relecture des éléments de preuve, comme cela serait le cas d'une instance d'appel. Un tribunal peut exercer le pouvoir de contrôle juridictionnel s'il existe une erreur manifeste dans l'exercice du pouvoir ou si cet exercice est manifestement arbitraire ou encore si le pouvoir est exercé sur la base de faits qui n'ont aucune réalité et qui sont de toute évidence erronés.

55. En l'espèce, le Tribunal, au lieu d'exercer un pouvoir de contrôle juridictionnel, semble avoir fonctionné comme une instance d'appel en substituant son arrêt au jugement de l'autorité locale. Au vu des faits de l'espèce, nous n'avons trouvé aucun motif justifiant une telle ingérence de la part du Tribunal.

15 Voir l'affaire du « *Camouco* », *TIDM Recueil 2000*, p. 50.

56. La Guinée-Bissau n'est pas hostile aux activités de soutage dans sa zone économique exclusive. Cela ressort clairement des droits modérés – 112 euros par semaine – qu'elle a prescrits pour l'obtention de son autorisation écrite de mener des opérations de soutage. Ce n'est que pour les cas de non-obtention de l'autorisation que la Guinée-Bissau a prescrit la sévère sanction de confiscation du navire et du combustible se trouvant à bord, qui est appliquée d'office. Si elle semble arbitraire à première vue, on peut conclure après un examen plus attentif que la mesure de la Guinée-Bissau est raisonnable.

57. Le Tribunal admet que la législation de la Guinée-Bissau est conforme aux articles 56 et 62, paragraphe 4, de la Convention, que les lois et règlements de la Guinée-Bissau prévoient également la confiscation automatique de navires, que l'infraction à l'obligation de demander par écrit l'autorisation de souter et d'acquitter les droits correspondants est une infraction grave et que les activités de soutage ont un effet sur l'état et la productivité des stocks de poisson dans la zone économique exclusive. Si tel est le cas, existe-t-il une quelconque raison justifiant la conclusion du Tribunal selon laquelle la confiscation du navire et du gazole par la Guinée-Bissau est « déraisonnable » compte tenu des « circonstances » de l'espèce, pour reprendre les termes qu'il emploie ?

58. Le Tribunal note que la législation bissau-guinéenne ouvre au demandeur plusieurs voies légales pour contester la confiscation, et fait observer que cela offre aux autorités une certaine souplesse pour sanctionner les infractions aux lois et règlements sur la pêche. Il ajoute :

[c]'est pourquoi il [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.

59. On peut considérer que la prise de mesures draconiennes visant à protéger les intérêts de l'Etat en toutes circonstances est en effet légitime, voire prévisible. La décision de confisquer était également justifiée, compte tenu de la « pratique répétée » du navire, qui menait des activités connexes de pêche sous la forme de vente non autorisée de fioul à des navires de pêche dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau. Un Etat est en droit d'éliminer la possibilité qu'un navire qu'il a saisi mène des activités de soutage non autorisées et contraires à sa législation.

60. Les infractions relatives au soutage sont difficiles à détecter, en particulier pour les pays en développement qui ne disposent pas des moyens de contrôler de vastes zones économiques exclusives. Pour obtenir un effet général de dissuasion, on fixe donc essentiellement des sanctions aux infractions à la législation en matière de pêche et de pêcheries.

61. Pour les raisons qui précèdent, nous ne sommes pas d'accord sur le point selon lequel lorsqu'elle a confisqué le « Virginia G » et le gazole, la Guinée-Bissau aurait enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention et nous sommes par conséquent contre l'octroi d'une indemnité au Panama.

(*signé*) Albert J. Hoffmann
(*signé*) Vicente Marotta Rangel
(*signé*) P. Chandrasekhara Rao
(*signé*) James L. Kateka
(*signé*) Zhiguo Gao
(*signé*) Boualem Bouguetaia