

DÉCLARATION DE MME LA JUGE KELLY

La présente affaire a été engagée devant le Tribunal en vertu d'une requête introductive d'instance du Panama, par laquelle il a introduit une procédure contre l'Italie dans un différend « qui oppose les deux Etats concernant l'interprétation et l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ... en lien avec la saisie et l'immobilisation par l'Italie du navire « Norstar », pétrolier battant pavillon panaméen. »

Le Tribunal a prononcé deux arrêts, l'un sur les exceptions préliminaires soulevées par l'Italie en vertu de l'article 294, paragraphe 3, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« la Convention »), et l'autre sur le fond de l'affaire.

Dans les deux cas, j'estime que le Tribunal a fait un travail très approfondi afin d'appliquer et d'interpréter la Convention en présence d'un ensemble très complexe de faits.

J'ai voté en faveur de chacune des sections de cet arrêt. Toutes les sections revêtent bien entendu une importance égale, car elles sont destinées à examiner les prétentions de chacune des parties au différend et à statuer sur elles. Toutefois, j'estime très important de souligner particulièrement les sections V et VI de l'arrêt, car elles traitent de la question importante de l'application et de l'interprétation de l'article 87 de la Convention dans le contexte des faits de la cause.

Les faits de la cause sont décrits par les deux Parties dans leurs écritures respectives. Cependant, les preuves qu'elles ont produites n'étaient pas assez claires et ont nécessité un examen approfondi par le Tribunal de tous les éléments qui lui ont été présentés, afin de parvenir à une bonne compréhension de l'objet du présent différend.

A mon avis, le cœur du litige concerne l'interprétation différente donnée par chaque partie des dispositions pertinentes de la Convention et de la manière dont elles doivent être appliquées, sans oublier les questions de compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête de l'Etat demandeur (le Panama).

La Convention établit un équilibre très délicat entre les intérêts des Etats du pavillon en haute mer, directement liés à la liberté de navigation des navires battant leur pavillon lorsqu'ils se trouvent en haute mer, d'une part, et les intérêts des Etats côtiers liés à leur souveraineté, leurs droits souverains et leur juridiction sur leurs eaux intérieures, leur mer territoriale et la zone économique exclusive, d'autre part.

Les activités des navires en haute mer sont variées mais l'une de ces activités en particulier, à savoir le soutage, a donné lieu occasionnellement à des différends entre l'Etat côtier et l'Etat du pavillon. La présente affaire en est un exemple.

Je considère que le présent arrêt a bien clarifié le champ d'application et la signification de certaines dispositions de la Convention, en les interprétant et en les appliquant concrètement aux faits de la cause. Je pense en particulier aux dispositions relatives à la liberté de navigation en haute mer et à la compétence exclusive de l'Etat du pavillon sur la haute mer au titre des navires battant son pavillon, d'une part, et aux pouvoirs juridictionnels des Etats côtiers concernant certaines activités des navires, notamment le soutage, d'autre part.

Les conclusions du Tribunal à propos de l'application de l'article 87 de la Convention en l'espèce concernent différentes questions à propos desquelles les parties ont soutenu des allégations divergentes. Ces conclusions constituent la base sur laquelle le Tribunal a établi l'existence d'une violation de l'article 87, paragraphe 1, de la Convention.

L'une de ces questions est de savoir si le différend porte sur la saisie et l'immobilisation du « Norstar » ou se limite en revanche à l'ordonnance de saisie et à sa demande de mise à exécution ordonnée par le Procureur de la République italienne près le tribunal de Savone. Cette question concerne l'interprétation différente que les parties font du paragraphe 122 de l'arrêt du Tribunal sur les

exceptions préliminaires. Le Tribunal, ayant noté que l'Italie a analysé le paragraphe 122 de son arrêt sur les objections préliminaires comme « excluant la saisie et l'immobilisation du 'Norstar' » a conclu que « cette interprétation ne rend pas compte de façon exacte de la décision du Tribunal sur la compétence » (paragraphe 117 de l'arrêt).

Le Tribunal a expliqué que, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, il avait considéré, pour les motifs explicitement mentionnés dans cet arrêt, que le différend entre les parties portait non seulement sur l'ordonnance de saisie et la demande d'exécution, mais aussi sur la saisie et l'immobilisation du « Norstar ». En conséquence, le Tribunal a jugé que « sa compétence sur le différend s'étend à la saisie et à l'immobilisation du 'Norstar' » (paragraphe 122 de l'arrêt).

En ce qui concerne l'application de l'article 87 de la Convention en relation avec le différend, le Tribunal évoque les aspects suivants de l'affaire.

- La question de savoir si l'ordonnance de saisie et son exécution visaient des activités menées par le « Norstar » en haute mer, des délits qui auraient été commis en territoire italien, ou les deux. À ce propos, le Tribunal a indiqué ce qui suit :

[s]i, comme le soutient l'Italie, l'ordonnance et son exécution se rapportaient uniquement à des délits commis en territoire italien, l'article 87 de la Convention ne serait pas applicable. Par contre, si elles visaient des activités menées par le « Norstar » en haute mer, comme le maintient le Panama, l'article 87 pourrait être applicable.
(par. 153 de l'arrêt)

Le Tribunal a examiné très attentivement les arguments des Parties, et noté que, dans la commission rogatoire sollicitant l'exécution de l'ordonnance de saisie, les opérations pertinentes en l'espèce étaient décrites comme :

- 1) l'achat de gasoil à usage maritime en franchise de taxes dans un port italien et son chargement à bord du « Norstar » ;
- 2) le soutage de méga-yachts par le « Norstar » au-delà de la mer territoriale de l'Italie ;

- 3) le retour des méga-yachts dans un port italien sans déclarer être en possession du produit.

Le Tribunal a fait observer qu'il se peut que le premier et le troisième de ces actes aient eu lieu en territoire italien, tandis que le deuxième s'est produit au-delà de la mer territoriale italienne, c'est-à-dire en haute mer.

Après un examen approfondi de l'ordonnance de saisie et des autres documents pertinents de l'autorité judiciaire italienne, le Tribunal est parvenu à la conclusion suivante :

l'ordonnance de saisie et son exécution visaient à la fois les délits qui auraient été commis sur le territoire italien et les activités de soutage menées par le « Norstar » en haute mer. Il considère également que les éléments de preuve montrent qu'en réalité les activités de soutage du « Norstar » en haute mer faisaient non seulement partie intégrante des activités visées par l'ordonnance de saisie et son exécution, mais en constituaient même un élément central.
(par. 186 de l'arrêt)

En conséquence, le Tribunal a conclu que « l'article 87 de la Convention pourrait s'appliquer en l'espèce » et que « [l]a réponse à la question de savoir si l'article 87 est applicable et a été violé dépend notamment de la manière dont la liberté de navigation prévue par cet article doit être interprétée et appliquée en l'espèce. »

(par. 187 de l'arrêt)

Sur ce dernier point, le Tribunal a posé la question de savoir si l'article 87 de la Convention est applicable et si, dans l'affirmative, l'Italie a violé cette disposition. Les Parties divergeaient sur l'application en l'espèce de l'article 87, paragraphe 1, de la Convention. Le Tribunal a noté que leur divergence portait sur la signification et la portée de la liberté de navigation en vertu de cette disposition, en particulier sur les points suivants :

le lieu où la liberté de navigation s'applique ; ce qui constitue une violation de la liberté de navigation ; et la question de savoir si la liberté de navigation peut être invoquée pour interdire l'application extraterritoriale des législations pénale et douanière de l'Etat côtier à la haute mer.

Le Tribunal a également noté que les parties divergeaient sur la question du manquement à l'obligation « de tenir dûment compte » prévue à l'article 87, paragraphe 2, de la Convention. Mais avant d'examiner cette question, le Tribunal a rappelé ses conclusions, mentionnées ci-dessus, à propos du paragraphe 122 de l'arrêt sur les exceptions préliminaires et du paragraphe 187 du présent arrêt (sur le fond).

Plus important, le Tribunal a également noté, en ce qui concerne les conclusions précitées, « qu'il ne met pas en doute le droit de l'Italie d'enquêter sur les personnes impliquées dans des infractions commises sur son territoire et de les poursuivre ». Il ajoute également que « ce sont les mesures prises par l'Italie à l'égard des activités menées par le « Norstar » en haute mer qui intéressent le Tribunal » (paragraphe 212 de l'arrêt).

Dans les paragraphes qui suivent, le Tribunal évoque les implications du statut juridique de la haute mer, tel que défini à l'article 87 de la Convention : le Tribunal note que l'article 87 déclare que la haute mer est ouverte à tous les Etats et énonce l'obligation de tenir dûment compte des intérêts des autres Etats dans l'exercice de cette liberté.

Les implications mentionnées par le Tribunal sont les suivantes :

Sauf cas exceptionnel, aucun Etat ne peut exercer sa juridiction sur un navire étranger en haute mer. Le Tribunal a noté que ce principe est clairement énoncé à l'article 92 de la Convention, qui dispose que « [I]es navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. »

Le Tribunal a considéré que les notions d'illégitimité des revendications de souveraineté sur la haute mer et de juridiction exclusive de l'Etat du pavillon en haute mer sont inhérentes au statut juridique de la haute mer, qui est ouverte et libre.

Le Tribunal a également considéré qu'aux fins d'interpréter l'article 87 de la Convention, on pourra se référer aux articles 89 et 92 de la Convention, et que le fait que le Panama n'a pas invoqué ces dispositions dans sa requête n'empêche pas le Tribunal de les examiner pour décider si l'article 87 a été enfreint en l'espèce.

Le Tribunal a par conséquent conclu que les activités de soutage en haute mer relèvent de la liberté de navigation, excepté – comme le Tribunal l'a déterminé dans son arrêt dans l'*Affaire du navire « Virginia G »* - si « le soutage de navires étrangers qui pêchent dans la zone économique exclusive est une activité qui peut être réglementée par l'Etat côtier », étant précisé que la compétence des Etats côtiers ne s'applique pas « pour réglementer d'autres activités de soutage, sauf en accord avec la Convention ».

En outre, le Tribunal a estimé que « le soutage en haute mer relève de la liberté de navigation et doit s'exercer dans les conditions définies par la Convention et les autres règles du droit international ». Le Tribunal en a donc conclu que « le soutage de navires de plaisance effectué par le « Norstar » en haute mer relève de la liberté de navigation visée à l'article 87 de la Convention » (paragraphe 219 de l'arrêt).

En ce qui concerne la question des espaces où s'applique la liberté de navigation, le Tribunal a noté que la Convention prévoit un régime de navigation élaboré, selon lequel les droits de navigation dont jouissent les navires étrangers varient selon les différentes zones maritimes envisagées par la Convention.

Selon le Tribunal, « [L]a liberté de navigation s'applique à la haute mer et également à la zone économique exclusive en vertu de l'article 58, paragraphe 1, de la Convention » (paragraphe 220 de l'arrêt).

Le Tribunal a noté qu'un Etat exerce sa souveraineté dans ses eaux intérieures, et que les navires étrangers n'ont le droit d'y naviguer que si cela est prévu par la Convention. A cet égard, le Tribunal a clairement indiqué qu'« analyser la liberté de navigation comme comprenant le droit de quitter un port et d'avoir accès à la haute mer serait incompatible avec le régime juridique des eaux intérieures », et a ainsi rejeté l'argumentation du Panama sur ce point.

Le Tribunal a ensuite examiné la question de savoir quels actes peuvent constituer une violation de la liberté de navigation au regard de l'article 87 de la Convention et déclaré que « toute entrave apportée à la navigation de navires étrangers » ou « tout exercice par un Etat de sa juridiction sur ces navires en haute mer » constitue une violation de la liberté de navigation.

Le Tribunal a en outre clarifié ce concept en déclarant que « même des actes qui n'impliquent ni entrave physique ni coercition en haute mer peuvent constituer une infraction à la liberté de navigation », y compris « des actes qui ne constituent pas une mesure coercitive en haute mer [mais peuvent] constituer une violation de l'article 87 de la Convention », comme l'a reconnu l'Italie lorsqu'elle a évoqué la possibilité que des actes ayant, d'après ses dires, un « effet paralysant » puissent être accomplis (hypothèse qui a été écartée en l'espèce puisqu'aucun effet de ce type n'avait été produit en l'espèce étant donné que l'ordonnance de saisie « n'était pas connue et ne pouvait l'être »).

De l'avis du Tribunal, ce qui importe est non pas de savoir si un « effet paralysant » est produit. Qu'il y ait ou non un tel effet, « tout acte qui soumet les activités d'un navire étranger en haute mer à la juridiction d'Etats autres que l'Etat du pavillon enfreint la liberté de navigation » (par. 224 de l'arrêt).

Le Tribunal a en outre jugé que « l'application par l'Italie de ses législations pénale et douanière aux activités de soutage du « Norstar » en haute mer pourrait, en soi, indépendamment de tout "effet paralysant", constituer une violation de la liberté de navigation prévue à l'article 87 de la Convention » (paragraphe 224 de l'arrêt).

Le Tribunal a déjà déclaré que le principe de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon en haute mer est un élément inhérent de la liberté de navigation prévue à l'article 87 de la Convention, et que ce principe « interdit non seulement l'exercice de la compétence d'exécution en haute mer par des Etats autres que l'Etat du pavillon, mais aussi l'extension de leur compétence normative aux activités licites conduites en haute mer par des navires étrangers ». A ce propos, le Tribunal a déclaré qu'il ne saurait par conséquent accueillir les arguments de l'Italie selon lesquels

« l'extraterritorialité n'est pas le critère permettant d'évaluer s'il y a eu violation de l'article 87 » (paragraphe 225 de l'arrêt).

Le Tribunal a jugé non convaincant l'argument central de l'Italie en l'espèce (selon lequel, puisque l'ordonnance de saisie a été exécutée non en haute mer mais dans les eaux intérieures, l'article 87 de la Convention ne saurait s'appliquer et n'a certainement pas été violé). Il a reconnu que le lieu d'exécution importe pour évaluer si l'article 87 était applicable ou a été violé, mais qu'il ne s'agit pas de l'unique critère à cet égard.

Le Tribunal a jugé que, même lorsque l'exécution a lieu dans les eaux intérieures, « l'article 87 peut être applicable et être violé si un Etat applique ses législations pénale et douanière en dehors de son territoire aux activités de navires étrangers en haute mer et les incrimine », ce qui, a ajouté le Tribunal, est précisément ce qu'a fait l'Italie en l'espèce.

Le Tribunal en a tiré la conclusion suivante :

l'article 87, paragraphe 1, de la Convention est applicable en l'espèce et l'Italie, en étendant l'application de ses législations pénale et douanière à la haute mer, en délivrant l'ordonnance de saisie et en demandant aux autorités espagnoles de l'exécuter, – ce qu'elles ont fait – a violé la liberté de navigation dont jouissait le Panama en qualité d'Etat du pavillon du « Norstar » en vertu de cette disposition.
(par. 226 de l'arrêt)

Dans son attendu final sur cette question de l'application et de la violation de l'article 87, le Tribunal est parvenu à la conclusion suivante :

[A]u vu de ce qui précède, le Tribunal en conclut que l'Italie, par l'ordonnance de saisie du « Norstar » délivrée par le procureur près le tribunal de Savone, la demande d'exécution et la saisie et l'immobilisation du navire, a enfreint l'article 87, paragraphe 1, de la Convention.
(par. 230 de l'arrêt)

J'estime que cette partie de l'arrêt est la plus importante et doit être mise en lumière étant donné que le Tribunal, en analysant les faits de la cause, tels qu'ils ont été présentés dans les documents et les assertions des Parties, a donné une interprétation extrêmement fine des dispositions de la Convention consacrées aux

libertés de la haute mer. En particulier, le Tribunal a traité spécifiquement de tous les aspects qui ont pu nuire à la bonne compréhension du statut juridique de la haute mer.

Le Tribunal a également cherché à protéger l'équilibre délicat que la Convention a instauré entre les intérêts et les droits des Etats du pavillon et des Etats côtiers, qui s'étend également aux différentes parties prenantes qui se livrent à des activités en haute mer, ainsi qu'aux zones maritimes soumises à l'autorité et à la juridiction d'Etats côtiers.

(signé) Elsa Kelly