

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LAING

[Traduction]

### VUE D'ENSEMBLE

1. A mon sens, la présente affaire intéresse notamment deux grandes institutions du droit de la mer : l'une est une institution nouvelle, qui a fait l'objet de négociations serrées, celle de la zone économique exclusive; la seconde est une institution vénérable, la liberté de navigation. Ces deux institutions n'ont jamais fait l'objet d'un examen en profondeur de la part d'un organe judiciaire. Ni l'une ni l'autre ne jouit de l'harmonie intérieure tant célébrée de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (ci-après dénommée « la Convention »). Mais, dans la présente affaire, les faits soulignent la nécessité d'un tel examen. Dans l'opinion individuelle qui suit, j'interprète les dispositions pertinentes de la Convention de façon systématique, conformément aux règles énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.<sup>1</sup> Je cherche avant tout à établir le sens desdites dispositions dans leur contexte, compte tenu de leur objet et de leur but, en faisant appel le cas échéant à des moyens d'interprétation complémentaires.<sup>2</sup> Quand cela s'impose, je fais également état du droit antérieur. Parfois, une source littéraire correspond à la doctrine.

2. Prenant en compte les conclusions du demandeur, le Tribunal dit que les droits que le défendeur aurait violés sont principalement les suivants :

- a) le droit de jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites;

<sup>1</sup>La Convention de 1969 a été qualifiée de « coutume internationale reconnue par les Etats ». *Arbitrage relatif à la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, I.L.R., vol. 77, p. 635 (1985) (ci-après « l'arbitrage Guinée/Guinée-Bissau »), p. 658, paragraphe 41, citant l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (C.I.J. Recueil 1971, p. 4 à la p. 47, paragraphe 94) ainsi que les affaires relatives à la *Compétence en matière de pêcheries* (C.I.J. Recueil 1973, p. 3 à la p. 18, paragraphe 36, et p. 49 à la p. 63, paragraphe 36).

<sup>2</sup>Le commentaire principal évoqué ci-dessous est extrêmement utile, mais nous sommes nettement limités en ce qui concerne les travaux préparatoires qui, dans le cas de notre Convention, sont très restreints parce qu'ils ont eu un caractère assez amorphe, qu'il n'existe pas concrètement de lien de causalité entre les éléments à étudier et la Convention, qu'ils ont pris fréquemment « un caractère aléatoire et désordonné », qu'une bonne partie des négociations ont délibérément revêtu un aspect informel et que les déclarations unilatérales officiellement prononcées dans le cadre même de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après « la troisième Conférence ») ou bien par la suite sont assez peu éclairantes. Voir sur un plan général Allott, A.J.I.L. vol. 77 (1983) (ci-après « Allott »), p. 7; et *United Nations Convention on the Law of the Sea – A Commentary* (ed. M. Nordquist, 1982–1995) (ci-après « Virginia Commentary »).

- b) le droit de ne pas être soumis à la législation en matière douanière et de contrebande de la Guinée;
- c) le droit de ne pas être soumis à une poursuite illicite;
- d) le droit d'obtenir une prompte exécution de l'arrêt rendu par le Tribunal le 4 décembre 1997;
- e) le droit de ne pas être cité ... à comparaître devant les juridictions pénales de la Guinée.

En ce qui concerne ces questions, le Tribunal a décidé que l'application de la législation douanière et de la législation connexe guinéenne dans le rayon des douanes est une violation des droits dont jouit Saint-Vincent-et-les-Grenadines dans la zone économique exclusive. Cette décision découle 1) du fait que lesdites lois de la Guinée sont incompatibles avec la partie V de la Convention, 2) du fait que, de même, en justifiant ses actions par la défense de son intérêt public, le défendeur agit de façon contraire à la Convention et ne réunit pas non plus les conditions voulues pour pouvoir recourir à la doctrine de l'état de nécessité, et 3) de la conclusion du Tribunal suivant laquelle la poursuite que la Guinée aurait engagée pour soumettre le *Saiga* à la juridiction qu'elle prétendait pouvoir exercer est, principalement sous l'effet des deux décisions précédentes, contraire à la Convention. La Guinée semble invoquer aussi pour justifier ses actions les dispositions de la Convention relatives à la zone contiguë, mais le raisonnement est flou et le Tribunal ne s'est donc pas prononcé sur cette question.

3. Sans que cela soit expressément mentionné dans l'arrêt, on déduit logiquement de ces décisions du Tribunal que la Convention impose aux Etats côtiers de ne pas gêner la liberté de navigation ni les autres utilisations internationalement licites des mers garanties aux Etats tiers par les articles 58, paragraphe 3, de la partie V et 87 à 115 de la partie VII de la Convention. Toutefois, le Tribunal a estimé ne pas avoir à examiner la question plus large des droits que pourraient exercer les Etats côtiers et les Etats tiers en ce qui concerne l'avitaillement dans la zone économique exclusive.

4. Je souscris à ces conclusions du Tribunal. Mais j'estime indispensable d'exposer plus en détail quelle est la nature de la liberté de navigation dans cette zone économique exclusive et quel statut lui est réservé. Cela impose d'exposer aussi ce qu'est la nature de la zone économique exclusive ainsi que son statut et de dire en général comment il faut apprécier les revendications que les Etats peuvent présenter à ce sujet. Autrement dit, l'exercice impose d'examiner les droits, la compétence et les fonctions de l'Etat du pavillon et de l'Etat côtier respectivement dans l'espace maritime en question sous l'angle de la liberté de navigation. Après m'être livré à cet exercice, j'ai cru devoir poser quelques questions préliminaires concernant l'avitaillement en mer et évoquer en outre deux autres points.

5. Les dispositions pertinentes de la Convention entendues au sens ordinaire qu'elles revêtent dans leur contexte immédiat ne répondent pas parfaitement aux exigences de l'exposé envisagé. Une interprétation systématique dans leur contexte des dispositions des parties V et VII de la Convention qui sont pertinentes au plus haut degré n'apporte pas de signification absolue. J'ai donc jugé utile de prendre en considération d'autres dispositions de la Convention qui constituent le contexte plus large sur lequel s'appuie l'arrêt ainsi que d'autres dispositions également pertinentes. Les dispositions qui interviennent ainsi sont extrêmement nombreuses dans les parties II, III, IV, X et XIII d'une convention dont les parties et les dispositions sont très souvent en rapport les unes avec les autres. Pour exposer ce contexte de fond, il faut exposer aussi plusieurs questions qui ne sont pas intégralement traitées dans l'arrêt. Il existe en particulier des points intéressants la zone contiguë, qui sont en rapport étroit avec les faits et les problèmes juridiques portés devant le Tribunal. Comme je l'ai déjà signalé, il m'a également fallu faire appel à plusieurs moyens d'interprétation supplémentaires. Je vais donc dans l'ordre ci-dessous traiter de :

- 1) *la zone contiguë;*
- 2) *la liberté de navigation.*

Nous verrons tout d'abord que la liberté de la haute mer et la liberté de navigation pourraient avoir plusieurs fondements. Puis, pour voir comment il convient d'interpréter la liberté de navigation dans le cadre de la zone économique exclusive, nous examinerons sous divers intitulés :

- les diverses libertés accessoires de la liberté de navigation définies par la Convention;
- l'effet des dispositions de la Convention qui créent l'institution de la zone économique exclusive;
- l'effet de certaines autres dispositions de la Convention;
- la conclusion à formuler sur la liberté de navigation;

3) *plusieurs autres questions.* Il s'agit de :

- l'avitaillement en mer;
- la prompte mainlevée; et
- du règlement des différends entre pays en développement.

## LA ZONE CONTIGUË

6. La première série de questions de fond à examiner porte sur la zone contiguë. Les parties conviennent l'une et l'autre que, le 27 octobre 1997, le

*Saiga* a avitaillé dans cette zone trois navires non guinéens. Il n'a pas été soutenu ni prouvé que ces navires se dirigeaient dans l'immédiat vers les eaux territoriales guinéennes ni que leur cargaison avait la même destination. La position du défendeur sur cette question a, semble-t-il, évolué au cours de la procédure, mais, à un moment au moins, il soutient apparemment pouvoir exercer une juridiction de prévention et de répression et appliquer son code douanier ainsi qu'une loi de réglementation douanière portant la cote L/94/007 à des ventes réalisées au moyen d'un transbordement de pétrole dans la zone considérée en vue d'empêcher le *Saiga* d'accomplir certains actes et de le sanctionner parce que ces actes, de l'avis du défendeur, sont contraires à ses lois (contre-mémoire du défendeur (ci-après le « CM »), paragraphes 123 à 125). Au cours de la procédure orale, le conseil du défendeur a dit que le *Saiga* a fait l'objet d'une poursuite (conformément à la Convention) « parce qu'il avait avitaillé des navires de pêche dans la zone contiguë ». En indiquant quelles dispositions lui donnaient compétence, le défendeur a constamment fait état du rayon des douanes, rayon dans lequel la législation guinéenne dit qu'il est possible d'adopter des mesures de « prévention » et des mesures de « répression ». Et le conseil du défendeur a déclaré que, face à la « violation commise [par le *Saiga*] dans la zone contiguë, la poursuite a commencé au moment où le navire contrebandier ... avitaillait dans ladite zone ... » (version non corrigée du compte rendu d'audience (ci-après « ITLOS/PV.99/... »), ITLOS/PV.99/15, pp. 22 et 23 (16 mars)). Dans une conclusion formulée à la fin de la procédure orale, le conseil du défendeur a soutenu que l'opération d'avitaillage du navire dans la zone contiguë n'était « pas pertinente » pour la question de « savoir si la Guinée pouvait appliquer et [avait effectivement] appliqué ses lois douanières à l'intérieur du rayon douanier ». Or, par la suite, dans le cadre des mêmes conclusions formulées au nom de la Guinée, il a été dit sous forme de « digression » destinée à répondre aux affirmations formulées « à maintes reprises » par le demandeur, que la Guinée avait bel et bien établi une zone contiguë même si elle n'avait peut-être pas adressé à ce sujet de notification à l'Organisation des Nations Unies (ITLOS/PV.99/18, pp. 24 et 25 (20 mars)).

7. Le Tribunal n'a pas examiné cette question. Néanmoins, il est évident que pendant un certain temps ou de temps à autre, le défendeur tablait sur des violations commises dans la zone contiguë pour motiver la poursuite qu'il prétendait avoir le droit d'engager. A ce sujet, si les raisons qu'invoque un Etat côtier pour agir contre des navires étrangers en se fondant sur les dispositions de la Convention relatives à la zone contiguë ne vont pas nécessairement s'étendre aux actions qu'il mène dans le reste de sa zone économique exclusive, invalider une justification reposant sur ces dispositions va a fortiori avoir des incidences négatives pour les explications fournies quant aux actions menées plus loin encore de la ligne de base, dans

la zone économique exclusive. Il en est ainsi parce que, depuis toujours, le droit de la mer tolère en règle générale que l'autorité se manifeste d'autant plus fermement qu'elle s'exerce plus près de la ligne de base. Ces indications valent aussi plus loin, quand j'étudie la question de la liberté de navigation. Et ces indications inspirent aussi les conclusions énoncées par le Tribunal au sujet de la compatibilité de la législation guinéenne avec la Convention, notamment celles qu'il formule sur la poursuite. Je vais donc examiner assez en détail les dispositions de la Convention sur la zone contiguë.

8. Fondamentalement, les faits et les questions qui se posent font appel à une analyse de l'article 33 de la Convention, laquelle donne à l'Etat côtier le pouvoir de protéger ses intérêts (juridiction de protection), comme suit :

*Article 33*  
*Zone contiguë*

1. Dans une zone contiguë à sa mer territoriale, désignée sous le nom de zone contiguë, l'Etat côtier peut exercer le contrôle nécessaire en vue de :
  - a) prévenir les infractions à ses lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration sur son territoire ou dans sa mer territoriale;
  - b) réprimer les infractions à ces mêmes lois et règlements commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale.
  
2. La zone contiguë ne peut s'étendre au-delà de 24 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale.

On peut formuler comme suit les principales questions qui se posent : *premièrement*, le seul pouvoir conféré au titre de l'article 33 consiste-t-il à exercer un contrôle dans la zone à la suite d'un comportement constaté sur le territoire ou dans la mer territoriale, par opposition à la juridiction d'exécution ou de répression ? *Deuxièmement*, même si l'Etat côtier ne peut exercer qu'un contrôle, est-ce que l'article 33 donnait à la Guinée toute latitude pour prendre des mesures destinées à assurer ce contrôle sur les infractions à ses lois et règlements douaniers commises dans la zone contiguë et en dehors de sa mer territoriale et a-t-elle pris à bon droit de telles mesures ? *Troisièmement*, l'article 33 autorise-t-il la Guinée à sanctionner les infractions à ses lois qui sont commises dans la zone contiguë et en dehors de sa mer territoriale ? A un certain moment, le défendeur a fait état d'une autre question, en donnant à entendre que les infractions à sa

législation dans la zone contiguë justifiaient les mesures prises par lui du moment que le *Saiga* se trouvait toujours dans sa zone économique exclusive, car il fallait s'attendre à d'autres violations de sa législation douanière (duplique du défendeur (ci-après la « duplique »), paragraphe 100). Mais le défendeur a par la suite abandonné ce mode de défense.

9. La première question est de savoir si, en ce qui concerne la façon dont l'Etat côtier cherchera à prévenir et sanctionner les infractions aux quatre types de législation visés à l'article 33, ledit Etat voit son pouvoir limité à l'exercice d'un « contrôle », par opposition à une compétence intégrale en matière de prescription et de répression. Manifestement, le contrôle ne correspond pas à l'exercice d'une souveraineté générale et intégrale. En outre, on a soutenu que, du point de vue sémantique, le « contrôle » est plus limité que la « juridiction ». Pour certains, l'exercice d'un contrôle peut néanmoins s'étendre à des actes de contrainte physique dans la zone contiguë visant à prévenir ou sanctionner un comportement qui va être constaté ou qui a déjà été constaté sur le territoire ou dans la mer territoriale.<sup>3</sup> Cette idée a ses limites, car le contrôle évoque en général le droit et le pouvoir de commander, de décider, d'avoir le dernier mot, de juger; c'est l'action correspondant à l'exercice d'un pouvoir de contrôle et c'est aussi l'autorité exercée en permanence sur un groupe politique. Dans un cadre juridique, le terme signifie « pouvoir ou autorité voulue pour gérer, diriger, surveiller, limiter, réglementer, gouverner, administrer ou vérifier. Faculté d'exercer une influence tendant à limiter ou orienter ... ».<sup>4</sup> D'un autre côté, le terme « juridiction » (ou « compétence ») a pour sens habituel celui du droit et du pouvoir de commander, de décider, d'avoir le dernier mot ou de juger. Dans le cadre juridique, le terme « juridiction » est en général censé avoir plus de poids, que ce soit dans son utilisation la plus courante où il évoque la nature, l'origine et l'étendue du pouvoir judiciaire ou bien au sens où il est fréquemment utilisé en droit international, où il signifie le pouvoir d'ordonner, d'exécuter ou de réprimer. Manifestement, le sens ordinaire qu'il faut attribuer à l'article 33 n'est pas parfaitement clair ni littéral.

10. L'analyse du contexte permet jusqu'à un certain point de soutenir que l'emploi du terme « contrôle » indique que le pouvoir conféré à l'article 33 est relativement limité. Géographiquement et juridiquement, la zone contiguë fait partie de la zone économique exclusive, laquelle, suivant l'article 55, « est une zone située au-delà de la mer territoriale ». Comme on le verra plus loin aux paragraphes 38 à 40, le pouvoir exercé par l'Etat côtier sur la zone économique exclusive concerne principalement les ressources naturelles et comprend : des « droits souverains » limités d'un

<sup>3</sup>Shearer, *I.C.L.Q.*, vol. 35 (1986) (ci-après « Shearer »), pp. 329 et 330.

<sup>4</sup>*Black's Law Dictionary* (6th ed., J. Nolan and J. Nolan-Haley, co-editors, 1990), p. 329.

type particulier; une « juridiction » correspondant à trois droits exclusifs exercés sous forme de pouvoir, de responsabilité ou de maîtrise, ainsi que d'autres « droits et obligations » particuliers. Il n'est pas conféré de pouvoir étendu et généralisé. On peut sur ce point faire une comparaison avec les pouvoirs attribués sous une forme générale par l'article 2 sur tout le domaine de la mer territoriale. Cet article 2 dispose sans aucune nuance que « [l]a souveraineté de l'Etat côtier s'étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures ... à une zone de mer adjacente désignée sous le nom de mer territoriale. » La règle est complétée par celle de l'article 21 qui autorise de façon tout aussi catégorique l'Etat côtier à « adopter » dans cette mer territoriale, « des lois et règlements » relatifs à un grand nombre de domaines, y compris une série correspondant exactement à la liste énoncée à l'article 33.

11. Deux autres dispositions du contexte figurent aux articles 94 et 303. Le paragraphe 1 de l'article 94 dispose que l'Etat du pavillon a pour obligation d'« exerc[er] effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social ... ». Le paragraphe 2 dispose que tout Etat tient un registre maritime des navires battant son pavillon et « exerce sa juridiction conformément à son droit interne » dans les domaines en question. Dans ce cadre, le « contrôle » a un sens administratif limité. Le second article, l'article 303, dispose que, pour contrôler le commerce des objets de caractère archéologique ou historique découverts en mer, « l'Etat côtier peut, en faisant application de l'article 33, considérer que leur enlèvement du fond de la mer dans la [zone contiguë], sans son approbation, serait cause d'une infraction sur son territoire ou dans sa mer territoriale, aux lois et règlements de l'Etat côtier visés à ce même article. » Manifestement, l'article 33 en soi n'autorise pas à exercer le contrôle de ce commerce dans la zone contiguë. Ce dernier exemple est de portée restreinte, mais, globalement, l'analyse du contexte qui précède incite à penser que le contrôle visé à l'article 33 a un caractère limité.<sup>5</sup>

12. Néanmoins, comme il subsiste une certaine ambiguïté, je fais à présent appel à d'autres moyens d'interprétation. Le prédécesseur direct de l'article 33 est l'article 24 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, dont le texte a été repris à l'article 33 de la Convention de 1982.<sup>6</sup> D'après les travaux préparatoires que l'on peut consulter, le projet

<sup>5</sup>La troisième Conférence a rejeté des propositions tendant à accorder à l'Etat côtier des droits souverains sur les objets archéologiques et historiques et à étendre leur juridiction à 200 milles marins. *Virginia Commentary*, V, pp. 158 à 162

<sup>6</sup>L'article 24 de la Convention de 1958 ne s'écarte de l'article 33 que sur les points ci-après : il indique que la zone contiguë ne peut s'étendre au-delà de 12 milles marins; il énonce une disposition relative à la délimitation (disposition qui figure ailleurs dans la Convention de 1982), et il indique que la zone contiguë fait partie de la haute mer. Ces divergences ne jouent pratiquement aucun rôle aux fins de la question à examiner.

de texte concernant cette disposition ancienne a survécu, pendant la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, à plusieurs tentatives de suppression. Elle a aussi survécu à une proposition au moins tendant à lui adjoindre une disposition précisant que la création par un Etat côtier d'une zone contiguë ne « modifie pas les droits ni la juridiction exercés par l'Etat [côtier] dans sa zone économique exclusive et son plateau continental ni ... [le droit de créer] des zones de sécurité. »<sup>7</sup>

13. Depuis l'adoption de la Convention de 1958, le nombre de lois et règlements de droit interne, de droit conventionnel et de droit coutumier intéressant la juridiction de protection exercée dans des zones analogues à la zone contiguë pendant plus de deux siècles a considérablement diminué. Ces législations n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt marginal, sauf dans la mesure où elles contribuent à éclairer le sens des codifications de 1958 et de 1982. Ces lois donnaient souvent le pouvoir d'exercer en l'occurrence une juridiction de protection plus étendue que celle qui couvre les quatre cas précis énumérés dans les codifications en question. Mais ces législations anciennes renvoient, me semble-t-il, à un principe sous-jacent généralement accepté qui, à mon sens, inspire toujours l'article 33 : ce que nous appelons désormais « contrôle » dans la zone contiguë est autorisé dans la mesure où l'Etat côtier agit raisonnablement et parce qu'il le faut et que le contrôle est exercé dans les quatre cas cités au profit du territoire national.<sup>8</sup> Par conséquent, je ne doute pas le moins du monde que le contrôle qu'il est permis d'exercer au titre de l'article 33 peut consister à procéder dans la zone contiguë à des inspections, des vérifications, à donner des instructions. Dans son rapport de 1956 sur le régime de la haute mer et le régime de la mer territoriale, le Rapporteur spécial de la CDI évoque les « instructions »<sup>9</sup> et des avertissements, toutes opérations visant à assurer le respect de la législation et à limiter les infractions éventuelles dans la mer territoriale.

14. J'en arrive à la deuxième question : il est inéluctable, dans ces conditions, que même si le contrôle représente la seule action autorisée à l'encontre d'un navire étranger, le pouvoir de prescrire ces opérations de contrôle ne peut pas censé être catégoriquement exclu. Il sera possible

<sup>7</sup>Voir Virginia Commentary, vol. II (S. Nandan and S. Rosenne, eds., 1993), pp. 269 à 273.

<sup>8</sup>Voir *Church c. Hubbard* 6 U.S. (2 Cranch) (1804), p. 187; P. Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (1927), pp. 75 à 96, pp. 211 à 238; Jessup in *A.J.I.L.* vol. 31 (1937), pp. 101 à 104; C. Columbus, *The International Law of the Sea* (1967), pp. 131 à 146 (dont l'attitude est plus réservée vis-à-vis de l'exercice de cette juridiction); L. Oppenheim, *International Law* (4th ed., A. McNair, 1928), vol. I, paragraphe 190 i) ii); 7<sup>me</sup> éd., H. Lauterpacht, 1957) (ci-après « Oppenheim 1957 »), vol. I, paragraphe 190 i) ii)); P. Rao, *The New Law of Maritime Zones* (1983), pp. 301 à 331.

<sup>9</sup>Il dit ceci : « Si l'on devait accepter un point de vue différent et qu'un navire étranger puisse être arraisonné par un navire de l'Etat côtier, il en résulterait une situation incompatible avec les relations existant normalement entre des puissances en paix l'une avec l'autre ». *Annuaire de la CDI*, 1956, II, paragraphe 6.

d'exercer ce contrôle *de facto* ou pour obéir à l'ordre de prévenir tout comportement constaté ou prévu dans la zone contiguë qui est de nature à violer la législation de l'Etat côtier telle qu'elle est appliquée sur son territoire, y compris ses eaux intérieures ou sa mer territoriale. Toutefois, d'après le sens ordinaire des termes employés, l'article 33 n'autorise pas à prescrire d'appliquer la législation et les règlements douaniers ainsi que les autres législations énumérées à des comportements constatés dans la zone contiguë elle-même qui ne vont pas ou ne devraient pas se produire dans les eaux territoriales susmentionnées,<sup>10</sup> comme ce fut le cas avec l'arraisonnement du *Saiga* et la confiscation de sa cargaison ainsi que le procès et la condamnation de son capitaine. C'est ce que confirme l'article 111, qui autorise la poursuite en cas d'« infractions aux lois et règlements de l'Etat côtier applicables » à la mer territoriale, à la zone économique exclusive ou au plateau continental. Le libellé de la disposition montre bien que, dans chacune de ces situations, il est permis d'exercer une juridiction intégrale. Mais, en ce qui concerne la zone contiguë, la poursuite n'est autorisée que s'il y a eu violation « des droits que l'institution de cette zone a pour objet de protéger », et il s'agit de la protection limitée, dans la zone contiguë, des zones territoriales contre les infractions à la législation douanière, à la législation fiscale, à la législation de l'immigration et à la législation sanitaire. Cette analyse, à mon sens, renforce celle du droit de poursuite qui est exposée dans l'arrêt.

15. J'en arrive à la troisième et dernière question que je posais au paragraphe 8 ci-dessus : d'après le sens normalement attribué à l'article 33, le pouvoir conféré à l'Etat côtier de sanctionner les infractions aux législations énumérées (infractions commises en dehors des zones territoriales ou à l'intérieur de la zone contiguë) ne doit pas, en règle générale, être exercé à l'égard de navires se situant uniquement dans la zone contiguë et dont il n'est pas prouvé qu'ils ont un rapport pertinent avec les zones territoriales. Encore une fois, l'analyse du contexte va être utile. Malgré la portée très large du pouvoir conféré à l'Etat côtier sur les zones territoriales par les articles 2 et 21 de la Convention, l'article 27 dispose au paragraphe 1 que ledit Etat côtier n'exerce dans la mer territoriale sa juridiction pénale à bord ou au sujet d'un navire étranger lors d'un passage inoffensif que dans certaines situations qui sont définies, le plus souvent quand l'infraction a des effets directs sur l'Etat côtier. De façon plus pertinente encore, aux termes du paragraphe 5, l'Etat côtier ne peut pas exercer sa juridiction pénale à bord ou au sujet de ces navires au cours d'un passage de ce type à la suite de délits commis avant l'entrée du navire dans la mer territoriale. On peut donc soutenir que l'intention ne peut pas avoir été de conférer à l'article 33

<sup>10</sup>Voir Shearer, p. 330.

un pouvoir plus étendu en ce qui concerne le comportement même au sujet duquel l'article 27 limite le pouvoir de répression.

16. Les limitations de l'article 33 apparaissent aussi très clairement quand on compare les conditions à réunir pour pouvoir engager une poursuite quand est en cause soit la mer territoriale, soit la zone contiguë, soit la zone économique exclusive et le plateau continental, conditions que j'ai résumées au paragraphe 14. Toutefois, compte tenu du droit en vigueur avant 1958 et de la doctrine de la juridiction objective ou liée aux effets produits, j'estime possible de sanctionner un comportement constaté dans la zone contiguë qui fait partie des faits relevant de la juridiction en question ou bien le délit commis à l'occasion d'un comportement qui va ou qui devrait être constaté ou qui est effectivement constaté dans la mer territoriale ou d'autres zones territoriales, du moment que le navire est arraisonné dans le cadre de l'exercice d'un contrôle légitime, comme je l'ai déjà indiqué. Néanmoins, en ce qui concerne les trois questions posées, j'estime qu'en vertu de l'article 33, l'Etat côtier est tenu de n'exercer le pouvoir, quel qu'il soit, dont il est doté dans la zone contiguë qu'à l'occasion d'un arraisonnement opéré en même temps qu'une poursuite ou à la suite d'une poursuite qui aboutit et a été légitimement engagée dans la zone contiguë. A en juger d'après les faits de l'espèce, le défendeur paraît avoir largement dépassé les limites de ce pouvoir restreint.

## LA LIBERTÉ DE NAVIGATION

### Les dispositions de la Convention

17. Comme nous l'avons vu, la Convention tendrait à décourager l'Etat côtier d'exercer trop largement son autorité dans la zone contiguë. A l'inverse, la Convention se montrerait peut-être assez tolérante quant au droit de navigation de l'Etat du pavillon (et des autres Etats) dans la zone contiguë. J'examine à présent cette question dans le cadre du régime plus vaste de la zone économique exclusive, en rappelant que le demandeur affirme que le défendeur a violé la liberté de navigation dont il jouit. Le Tribunal n'a pas jugé bon de s'étendre sur cette question, peut-être parce qu'il considère que la législation et les règlements douaniers du défendeur ne justifient nullement en droit que le *Saiga* ait été arraisonné en raison de ses activités dans la zone économique exclusive non plus que les actions ultérieures de la Guinée. Au paragraphe 176 de son arrêt, le Tribunal déclare officiellement que le défendeur a agi de manière illicite et a violé les droits du demandeur « en procédant à l'arraisonnement du *Saiga* dans les circonstances de l'espèce », estimant en outre que ces constatations constituent une réparation adéquate. Aux points 7) et 8) du dispositif de l'arrêt, le Tribunal dit encore qu'il :

- 7) ... *décide* que la Guinée a violé les droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, aux termes de la Convention, en procédant à l'arraisonnement du *Saiga*, à son immobilisation et à la détention de membres de son équipage, en engageant des poursuites judiciaires contre son capitaine, en condamnant celui-ci, et en procédant à la saisie du *Saiga* et à la confiscation de sa cargaison; ...
- 8) ... *décide* que, en procédant à l'arraisonnement du *Saiga*, la Guinée a contrevenu aux dispositions de la Convention relatives à l'exercice du droit de poursuite et a, par là, violé les droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines ...

Comme le droit qui fait au premier chef l'objet du litige entre les parties concerne la liberté de navigation, il est évident que, dans son arrêt, le Tribunal réaffirme la liberté de navigation. Les conclusions étroites qu'énonce le Tribunal sur la légitimité des actions du défendeur et leur compatibilité avec les dispositions de la Convention permettent aussi logiquement de penser que, pour le Tribunal, la liberté de navigation de l'Etat du pavillon a été violée. Toutefois, comme ces constatations de la part du Tribunal sont assez discrètes, et qu'il faut tenir compte des raisons que j'évoque au paragraphe 1 ci-dessus, je dois tenter d'analyser en détail la nature de la liberté de navigation en examinant comment elle s'exerce à la fois en général et dans le cadre de la zone économique exclusive.

18. Dans la Convention, des libertés, des titres ou des droits relatifs à la navigation sont attribués sous différents noms en haute mer, dans les eaux archipélagiques, dans les détroits et dans la mer territoriale. Les détails qui sont fournis au sujet de cette liberté de navigation sont indiqués à la partie VII (relative à la haute mer). Mais l'existence obligatoire de cette liberté de navigation est indiquée à la partie V (concernant la zone économique exclusive) sous la forme d'un renvoi à l'article 58 :

#### *Article 58*

##### *Droits et obligations des autres Etats dans la zone économique exclusive*

1. Dans la zone économique exclusive, tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral, jouissent, dans les conditions prévues par les dispositions pertinentes de la Convention, des libertés de navigation et de survol et de la liberté de poser des câbles et pipelines sous-marins visées à l'article 87, ainsi que de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés et compatibles avec les autres dispositions de la Convention, notamment dans le cadre de l'exploitation des navires, d'aéronefs et de câbles et pipelines sous-marins.

...

3. Lorsque, dans la zone économique exclusive, ils exercent leurs droits et s'acquittent de leurs obligations en vertu de la Convention, les Etats tiennent dûment compte des droits et des obligations de l'Etat côtier et respectent les lois et règlements adoptés par celui-ci conformément aux dispositions de la Convention et, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie, aux autres règles du droit international.

D'ailleurs, comme l'article 58, paragraphe 1, le donne à entendre, la liberté de navigation à proprement parler n'est prescrite qu'à l'article 87 de la partie VII (relative à la haute mer) :

*Article 87*  
*Liberté de la haute mer*

1. La haute mer est ouverte à tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international. Elle comporte notamment pour les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral :
  - a) la liberté de navigation;
  - b) la liberté de survol;
  - c) la liberté de poser des câbles et des pipelines sous-marins, sous réserve de la partie VI;
  - d) la liberté de construire des îles artificielles et autres installations autorisées par le droit international, sous réserve de la partie VI;
  - e) la liberté de la pêche, sous réserve des conditions énoncées à la section 2;
  - f) la liberté de la recherche scientifique, sous réserve des parties VI et XIII.
  
2. Chaque Etat exerce ces libertés en tenant dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres Etats, ainsi que des droits reconnus par la Convention concernant les activités menées dans la Zone.

19. Comme il est dit à l'article 87, paragraphe 1, la liberté de la haute mer comporte notamment la liberté de navigation. Toutefois, la liberté de la haute mer n'est pas définie. L'article 87 se contente d'énumérer six éléments constitutifs ou accessoires de ladite liberté. Adoptant pour la commodité de l'exposé un point de vue historique, je rappellerai la définition partielle

donnée en 1927 dans l'affaire du *Lotus* (arrêt, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 25) suivant laquelle la liberté de la haute mer est tout simplement l'absence de toute souveraineté territoriale en haute mer, de sorte qu'à cette date, apparemment, aucun Etat ne peut y exercer des actes de juridiction quelconques sur des navires étrangers. Toutefois, cette source n'explique qu'imparfaitement la nature et la fonction de ces deux libertés. Je vais donc interroger bientôt les dispositions de la partie V (relative à la zone économique exclusive) en tant qu'elle représente un cadre plus large pour l'article 87. Mais, par souci de commodité, je vais d'abord étudier l'aspect historique et aussi juridique au sens large du principe de la liberté de la haute mer, la question méritant d'être éclaircie d'autant qu'elle intéresse de près les thèses que proposent les parties en l'espèce quant au sens et à la portée de la navigation.

### *Les fondements de la liberté de la haute mer*

#### *Introduction*

20. La présente espèce a particulièrement mis en relief à quel point la nature fondamentale de la liberté de navigation et de la liberté de la haute mer, qui sont étroitement liées l'une à l'autre, demeure obscure. Elle souligne pourtant aussi que ces questions sont d'une importance capitale quand on veut résoudre des problèmes concrets relevant de la Convention. Nous savons qu'aux termes de l'article 58, paragraphe 1, tous les Etats jouissent, en sus d'autres libertés, notamment de la liberté de navigation, de la liberté « d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites ... notamment dans le cadre de l'exploitation des navires », fins qui sont nécessairement « liées » à l'exercice, notamment, de la liberté de navigation. En l'espèce, la question qui a été examinée est celle de savoir si cette liberté ou ces utilisations s'étendent très précisément à la fourniture et à la réception par chaque Etat ou par ses navires d'avitaillements destinés aux navires. Le demandeur soutient que la pratique de l'avitaillement en mer « remonte fort loin dans l'histoire » (réplique du demandeur (ci-après dénommée la « réplique »), paragraphe 129) : mais il n'en fournit aucune preuve solide. Et nous n'en trouvons pas non plus dans la documentation fournie ou évoquée dans les pièces du demandeur, documentation qui porte surtout sur l'avitaillement dans les ports ou à quai, les postes routiers, etc. et l'avitaillement assuré à partir de péniches ou au moyen de pipelines. Nous ne savons pas bien non plus avec précision ce qu'a fait l'*International Bunkering Industry Association* qui est de création récente pour diffuser des études, juridiques notamment, concernant par exemple la légalité de

l'avitaillement en mer du type de celui qui est en cause en l'espèce.<sup>11</sup> Le bref rapport concernant cette branche d'activité communiqué par le demandeur et établi par *MRC Business Information Group Ltd.* donne effectivement à penser que cette activité en expansion revêt déjà une certaine ampleur. Par ailleurs, le défendeur n'a cité aucun texte pour opérer la distinction qu'il s'autorise entre le transport, c'est-à-dire le mouvement ininterrompu, d'une part,<sup>12</sup> ce transport relevant apparemment de la liberté de navigation, et d'autre part le commerce, qui ne relèverait pas de ladite liberté sauf si ce commerce est intégralement assuré à bord d'un seul navire. A supposer même que seul le transport relèverait de la liberté de navigation, le défendeur n'a pas non plus étayé la thèse qu'il soutient quand il nous dit que les faits de l'espèce portent exclusivement sur un commerce. Le défendeur n'a pas cherché d'argument pour soutenir, comme il le fait, que remplir les soutes est une activité annexe de la navigation, et est par conséquent licite tandis qu'il n'est pas licite de vendre le gazole, ni pour défendre son autre thèse suivant laquelle il faut faire une distinction entre le fait de fournir des produits d'avitaillement à des navires en transit et le fait d'en fournir à des navires de pêche (contre-mémoire, paragraphes 94 à 101; duplicque, paragraphes 88 à 91). Le texte de la Convention manquant de clarté même en ce qui concerne la nature élémentaire des deux libertés, et plus encore quant aux questions évoquées ci-dessus, j'estime indispensable d'examiner largement l'origine de ces libertés pour y trouver un moyen d'interprétation supplémentaire.

### *Liberté de communication*

21. Le défendeur classe la liberté de navigation dans les libertés des communications : elle est limitée et exclut l'avitaillement en mer (ITLOS/PV.99/14, p. 37 (15 mars); voir également ITLOS/PV.99/16, p. 48 (18 mars)). Toutefois, là encore, le défendeur n'apporte pas d'éléments de

<sup>11</sup>Voir C. Fischer and J. Lux, *Bunkers: An Analysis of the Practical, Technical and Legal Issues* (1994); *passim*, notamment les pp. 81 à 117 et 175 à 184; W. Ewart, *Bunkers – A Guide to the Ship Operator* (1982). Dans ces ouvrages, qui ont surtout un caractère technique, l'étude des questions juridiques porte à peu près exclusivement sur les ventes et autres questions contractuelles élémentaires. Voir également ESSO, *International Bunkers Guide* (1953).

<sup>12</sup>Le demandeur de son côté a soutenu que l'avitaillement est souvent pratiqué alors que les navires sont l'un et l'autre en mouvement pour que les tuyaux d'approvisionnement restent tendus (ITLOS/PV.99/16, p. 46 (18 mars)).

preuve à l'appui de cette thèse. Néanmoins, comme le montre l'article 87 de la Convention, actuellement,<sup>13</sup> l'idée plus largement acceptée mais néanmoins encore peu claire<sup>14</sup> qui a cours sur l'origine de l'institution de la liberté de navigation est que celle-ci est comprise dans la liberté de la haute mer, laquelle se fonde elle-même sur la liberté plus large dont elle est tributaire, celle des communications et des échanges maritimes, étant donné que la mer est fondamentalement une autoroute indispensable qui parcourt le monde. Les deux libertés, celle de la haute mer et la liberté de navigation, s'étaient quelque peu érodées avant l'adoption des Conventions de Genève de 1958. Cela s'explique en partie par la mise en place d'une juridiction de protection dans la zone contiguë et en partie, semble-t-il, par l'affirmation que l'Etat côtier pouvait étendre sa juridiction aux ressources minérales des « zones sous-marines ». Un grand juriste a, en 1950, émis l'idée que la liberté de la haute mer n'avait rien d'immuable et ne régnait plus en maîtresse absolue.<sup>15</sup> Il n'empêche que le lien entre ces deux libertés, d'une part, et, de l'autre, la liberté des communications fut renforcé au quatrième point du préambule de la Convention, dans lequel les communications internationales sont la première des cinq grandes composantes de l'« ordre juridique pour les mers et les océans » :

*Reconnaissant* qu'il est souhaitable d'établir, au moyen de la Convention, compte dûment tenu de la souveraineté de tous les Etats, un ordre juridique pour les mers et les océans qui facilite [1] les communications internationales et [2] favorise les utilisations pacifiques des mers et des océans, [3] l'utilisation équitable et efficace de leurs ressources, [4] la conservation de leurs ressources biologiques [5] et l'étude, la protection et la préservation du milieu marin.

<sup>13</sup>Parmi les idées assez anciennes qui ont eu cours sur l'origine de l'institution de la liberté de la haute mer, il y eut notamment l'idée que ce qui n'est pas susceptible d'occupation doit être partagé, qu'il faut laisser l'univers entier accéder à des ressources inépuisables et que les difficultés liées au tracé de frontières maritimes au grand large militent pour une exploitation collective. Plus récemment, on a dit que cette institution représentait une réaction aux prétentions nationales qui ont envahi les espaces océaniques au début du 17<sup>ème</sup> siècle. On a aussi soutenu que, l'institution ayant commencé à s'imposer à l'époque des conquêtes coloniales des nations occidentales, elle fut un élément constitutif de ces conquêtes et de la colonisation. Lapidoth, *J.M.L. & C.*, vol. 6 (1974-1975) (ci-après « Lapidoth 1974-1975 »), pp. 259 à 271; J. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (1971), vol. IV, p. 30; N. Rembe, *Africa and the International Law of the Sea - A Study of the Contribution of the African States to the United Nations Conference on the Law of the Sea* (1980) (ci-après « Rembe »), pp. 165 à 167.

<sup>14</sup>On ne peut dire que la liberté de navigation se traduit concrètement par l'obligation pour l'Etat côtier, « dans l'intérêt de la navigation en général » dit la Cour internationale de Justice, d'avertir les navires de guerre, au moment où ils s'approchent, de la présence d'un champ de mines (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22).

<sup>15</sup>Lapidoth 1974-1975, p. 271; Oppenheim 1957, paragraphe 259; Lauterpacht in *B.Y.I.L.* (1950), vol. 27, pp. 376 à 414.

22. Malgré ce préambule, la Convention renforce l'institution du plateau continental et a créé de nouveaux régimes, comme ceux de la zone économique exclusive et de la Zone. Eu égard à l'idée formulée en 1950 que j'ai évoquée et aux preuves assez floues qui existent au sujet de la nature et de l'origine des libertés, je me sens tenu d'examiner à présent d'autres principes qui seraient à la base des libertés de la haute mer et de la navigation.

### *L'économie mondiale*

23. Les origines à évoquer concernent le fonctionnement de l'économie mondiale, et il s'agit de l'idée que la liberté de la haute mer et les libertés connexes servent les besoins du commerce international, ont été et sont toujours un facteur indispensable du développement de l'économie mondiale et du commerce international. Le président Woodrow Wilson prescrivait, en deuxième lieu, dans les Quatorze Points qu'il définissait en janvier 1918 et qui ont eu beaucoup d'influence, la « liberté absolue de la navigation sur mer, en dehors des eaux territoriales ... sauf dans les cas où les mers seraient fermées en tout ou en partie par une action internationale tendant à faire appliquer des accords internationaux ». Ce Point II était organiquement lié aux Points III, IV et XIV, qui visaient, pour le Point III, à supprimer les barrières économiques et à instituer des conditions commerciales d'égalité entre les peuples épris de paix; pour le Point IV, à demander aux mêmes pays la garantie qu'ils réduiraient leurs armements au strict minimum, et, pour le Point XIV, à préconiser la création d'une association des nations qui se garantiraient mutuellement l'indépendance politique et l'intégrité territoriale pour tous les Etats. Plusieurs grands pays ont désavoué ces Quatorze Points, mais les principes essentiels que ces points consacraient se sont intégrés à l'ordre normatif mondial. C'est ainsi que les Points II et III se retrouvent à la lettre e) de l'article 23 du Pacte de la Société des Nations (qui constitue la première partie du Traité de paix de Versailles de 1919), dans lequel des pays membres de la SDN ont convenu de prendre les dispositions nécessaires pour « assurer la garantie et le maintien de la liberté des communications et du transit ainsi qu'un équitable traitement du commerce de tous les Membres de la Société ... ».<sup>16</sup>

<sup>16</sup>Oppenheim 1957, vol. I, p. 593; R. Lapidoth-Eschelbacher, *Freedom of Navigation with Special Reference to International Waterways in the Middle East* (1975), p. 17; Bureau des affaires maritimes et du droit de la mer, Nations Unies, *Le droit de la mer : La navigation en haute mer – Genèse de section 1 (art. 87, 89, 90 à 94 et 96 à 98) de la partie VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, pp. 47 et 48; C. Davidson, *The Freedom of the High Seas* (1918), pp. 76 à 78; P. Crecraft, *Freedom of the Seas* (1935), p. xiii (introduction par E. Borchard), pp. 200 à 213; H. Temperley, *History of the Peace Conference of Paris* (1920), vol. 3, p. 111, pp. 121 et 122.

24. Cette disposition de l'article 23, lettre e), a servi de catalyseur et inspiré l'action menée pour renforcer l'ordre économique international sur les bases de la « liberté des communications, du transit et du traitement équitable » dans les activités commerciales. D'où les dispositions du Traité de Versailles imposant aux pays vaincus de ne pas exercer de discrimination en matière commerciale en général ni en ce qui concerne la navigation internationale sur les principaux fleuves européens et le canal de Kiel en Allemagne. On a également cherché à assurer l'égalité en matière commerciale et en matière de navigation dans des instruments connexes concernant le régime des mandats et dans plusieurs études et conférences techniques. Toute une série de conventions ont été expressément conçues pour favoriser la réalisation des objectifs de l'article 23, lettre e), du Pacte : il s'agit de la Convention sur le régime des voies navigables d'intérêt international (Convention de Barcelone de 1921), de la Convention de 1923 sur le régime international des voies ferrées et de la Convention de 1923 sur le régime international des ports maritimes, ainsi qu'un certain nombre de conventions qui portent à partir de 1921 sur certaines voies navigables européennes d'intérêt international.<sup>17</sup>

25. Les arrêts que la Cour permanente de Justice internationale a rendus dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon* et l'affaire *Oscar Chinn* montrent que ces dispositions précoces imposant de n'exercer aucune discrimination dans le cadre de la navigation internationale ont rapidement favorisé la mise en place d'un concept juridique.<sup>18</sup> Dans la première de ces décisions, la Cour a fait application de l'article 380 du Traité de Versailles, qui dispose que le canal de Kiel « et ses accès seront toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires ... de toutes les nations en paix avec l'Allemagne. » L'Allemagne ayant refusé l'accès du canal à un navire qui transportait des armes, la Cour a dit qu'en vertu de l'article 380, le canal avait « cessé d'être une voie navigable intérieure, nationale », et était devenu « une voie internationale, destinée à ... [être accessible] ... dans l'intérêt de toutes les nations du monde » (*Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, pp. 21 et 22). Toutefois, dans leur opinion dissidente conjointe, MM. Anzilotti et Huber, juges, ont souligné l'importance de la liberté des communications, notant que les conventions de Barcelone ont été « conclues en vue de la réalisation du principe [en question] ... principe

<sup>17</sup>Laing in *Wisc. Int'l. L. J.* (1996), vol. 14, pp. 257 à 261 et 276 à 280.

<sup>18</sup>La liberté d'accès aux voies d'eau internationales remonte aux dispositions adoptées dans l'Acte du Congrès de Vienne de 1815 et à divers instruments multilatéraux et bilatéraux adoptés ensuite en Europe, en Afrique et en Amérique du Nord. Voir *ibid.*, pp. 276 à 284. En outre, un grand nombre de traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation ainsi que d'autres traités mettant en place un *modus vivendi* commercial et économique pendant des années ont ouvertement eu pour objet de garantir la non-discrimination, c'est-à-dire des libertés et, notamment, la liberté de navigation.

proclamé par l'article 23 du Pacte de la Société des Nations » (1923, *C.P.J.I. série A n° 1*, pp. 35 et 36).

26. En 1934, dans l'affaire *Oscar Chinn*, la Cour permanente a interprété la Convention de Saint-Germain en Laye de 1919, qui est un autre instrument lié à la fin de la première guerre mondiale. Pour la Cour permanente, la liberté de la navigation fluviale, garantie par cette Convention de Saint-Germain, bien que différente de la liberté du commerce (laquelle était également garantie) « impliquait » la liberté du commerce pour « les opérations commerciales » des entreprises de transport fluvial mais cette liberté de navigation n'« entraînaient » pas et ne « présupposait » pas à tous autres égards la liberté du commerce. Il n'était donc pas interdit de pratiquer, entre des entreprises nationales et des entreprises étrangères, du point de vue des tarifs de transport, une discrimination qui était licite (affaire *Oscar Chinn*, arrêt, 1934, *C.P.J.I. série A/B n° 63*, pp. 78 à 87). Certains juges se sont bien opposés à ce qu'ils estimaient être une distinction subtile de la part de la Cour (voir l'opinion dissidente de M. Anzilotti, juge, et celle de M. van Eysinga, juge (*C.P.J.I. série A/B n° 63*, pp. 107 à 112 et 131 à 145)), mais l'arrêt tend néanmoins à réaffirmer la vitalité de la liberté de navigation et le rapport étroit qu'elle entretient avec des principes et des institutions économiques plus larges.<sup>19</sup>

### *Un principe fondamental*

27. Que la liberté de la haute mer ait ou non pour origine l'institution des communications maritimes, qu'elle fasse ou non partie intégrante de l'économie à l'échelle mondiale, elle a été qualifiée de « norme obligatoire et contraignante », de « principe fondamental qui a exercé aussi une grande influence sur d'autres branches du droit international, en particulier le droit de l'espace et le régime du traité de l'Antarctique », ou de « principe fondamental du droit international dans son ensemble ». La liberté de navigation comprise dans cette liberté de la haute mer a, elle aussi, été qualifiée de norme impérative du droit des gens.<sup>20</sup> Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, M. Alvarez, juge, a adopté un point de vue similaire, notant ceci :

La Charte de l'Atlantique de 1941 a posé comme principe fondamental la liberté des mers et des océans. Les nations unies ont signé, le

<sup>19</sup>A mon sens, l'affaire *Oscar Chinn* et d'autres précédents ne plaident pas pour l'idée qu'il existerait une distinction rigide en droit international entre le transport et la navigation, d'une part, et, de l'autre, les activités commerciales qui peuvent être assurées par un navire, à partir d'un navire ou à l'intérieur d'un navire. Voir contre-mémoire, paragraphes 98 à 100, et duplique, paragraphes 88 à 91.

<sup>20</sup>Oppenheim 1992, vol. I, paragraphe 280; Lapidoth, *Israël L. R.*, vol. 10 (1975), p. 456.

1<sup>er</sup> janvier 1942, une déclaration par laquelle elles acceptaient ce principe. L'article 3 de la Charte des Nations Unies fait allusion à cette déclaration. L'opinion publique est, elle aussi, favorable à cette liberté des mers; on peut donc dire qu'elle fait partie du nouveau droit international. (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 46*)

Le même juge disait aussi que le passage dans la mer territoriale ou dans les détroits était un droit pour les navires de commerce « [qui] ont une mission pacifique et contribuent au développement de bonnes relations entre les peuples » (*ibid.*).

28. La Charte de l'Atlantique dont M. Alvarez, juge, fait état était une déclaration conjointe du Président des Etats-Unis d'Amérique et du Premier ministre de Grande-Bretagne qui y ont énoncé les principes communs sur lesquels, à la fin de la seconde guerre mondiale, ils fondaient « leurs espoirs d'un monde meilleur ». Cet exposé d'ambitions pacifiques, intégré implicitement à la déclaration conventionnelle de 1942 visée ci-dessus, a été adopté par la totalité des alliés de ces mêmes Etats entre 1942 et 1945. Ce fut le fondement de structures globales destinées à assurer l'ordre à l'échelle mondiale, qui ont été édifiées au prix de beaucoup de difficultés dans le cadre de conférences et au moyen de traités bilatéraux et multilatéraux portant création du régime permanent de coopération internationale qui existe actuellement.<sup>21</sup> Ces structures visaient expressément la mise en œuvre de la Charte de l'Atlantique. Les dossiers d'archives qui sont très nombreux<sup>22</sup> montrent qu'à tort ou à raison, la Charte a été universellement considérée comme ayant juridiquement force obligatoire. Depuis la guerre et encore aujourd'hui, elle figure non pas parmi les déclarations mais parmi les traités en vigueur entre les Etats-Unis et 47 de leurs alliés de l'époque de la guerre. De tout temps, les alliés ont eu la très

<sup>21</sup>Ces structures intéressent l'ordre mondial en général et les droits de l'homme (Organisation des Nations Unies), les finances (institutions de Bretton Woods), l'aviation civile (Convention de Chicago et Organisation de l'aviation civile internationale), l'alimentation et l'agriculture (Organisation pour l'alimentation et l'agriculture), le travail (Organisation internationale du travail, qui est antérieure à 1941) et le commerce international (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, auquel a succédé l'actuelle Organisation mondiale du commerce et son réseau de traités, ses autres normes et ses institutions connexes). Pendant la guerre, et même ensuite, le mouvement a été en partie stimulé par l'invocation constante et solennelle de la Charte de l'Atlantique, dans le monde entier, dans le cadre des constitutions nationales, des traités multilatéraux et bilatéraux, des résolutions adoptées par les conférences intergouvernementales, dans les communications diplomatiques et autres déclarations officielles des gouvernants, des élites populaires, des journalistes et autres commentateurs.

<sup>22</sup>Tout particulièrement les archives du comité spécial constitué par le département d'Etat des Etats-Unis pour élaborer la politique d'après-guerre et ses nombreux sous-comités, que l'on peut consulter au service fédéral des archives des Etats-Unis. Voir en général H. Notter, *Postwar Foreign Policy Preparation* (1949); R. Russell et J. Muther, *A History of the United Nations Charter* (1958); Laing, *Willamette L. R.*, vol. 26 (1989), pp. 124 à 140.

ferme volonté de faire du libéralisme économique et de la non-discrimination des piliers de l'ordre mondial et de mener à terme les tâches commencées à la fin de la première guerre mondiale.<sup>23</sup> Il est aujourd'hui mené une action vigoureuse pour institutionnaliser ces concepts dans la plupart des branches des relations économiques internationales.<sup>24</sup> Et l'action en ce sens s'est accélérée une fois que la dépoliarisation s'est amorcée à l'échelle internationale.

29. Le septième point de la Charte de l'Atlantique porte sur la liberté des mers. Ce point est étroitement lié au sixième. Les deux points en question visent à libérer l'homme de la peur et du besoin.<sup>25</sup> Pour libérer ainsi l'homme de la peur (on parlerait aujourd'hui de sécurité et de non-ingérence) et aussi du besoin, il faut en revenir au quatrième point, dans lequel les auteurs de la Charte disent qu'ils « s'efforceront ... de favoriser pour tous les Etats ... l'accès, sur un pied d'égalité, au commerce et aux matières premières du monde qui sont nécessaires à leur prospérité économique ». Cette dernière disposition est la pierre angulaire du système économique mondial actuel. Toutes ces dispositions, de même que les dossiers d'archives, montrent que, pour les Etats-Unis d'Amérique et leurs principaux alliés de l'époque de la guerre, les huit points de la Charte de l'Atlantique sont intimement liés l'un à l'autre.

30. Dans ces conditions, à la suite d'ailleurs du tissu de liens organiques reliant entre eux les Quatorze Points antérieurs à la Charte, la liberté de la haute mer a été et est toujours inséparable notamment de cette libération du besoin comme du libéralisme économique et de la non-discrimination. Ces principes et ces objectifs de même que les liens réciproques qui les rattachent ont été réaffirmés au septième point du préambule de la Convention, qui vise le

renforcement de la paix, de la sécurité, de la coopération et des relations amicales entre toutes les nations, ... et [visent à] favoriser... le progrès économique et social de tous les peuples du monde, conformément aux buts et principes des Nations Unies, tels qu'ils sont énoncés dans la Charte.

<sup>23</sup>*Ibid.*, pp. 113 à 169; Laing, in *Cal. West. J.I.L.*, vol. 22 (1991-1992), pp. 209 et 250 à 308; Laing, in *Wisc. I.L.J.*, vol. 14 (1996), pp. 261 à 264; *Treaties in Force for the United States of America on January 1, 1997* (U.S. Department of State, 1997), pp. 1, 324.

<sup>24</sup>Voir Laing, in *Wisc. I.L.J.*, vol. 14 (1996), pp. 246 à 348.

<sup>25</sup>C'est-à-dire qu'après l'élimination totale de la tyrannie nazie, les auteurs de la déclaration espéraient voir s'instaurer une paix qui donnerait à tous les pays les moyens de vivre dans la sécurité à l'intérieur de leurs propres frontières et qui garantirait que l'humanité entière, sur toutes les contrées du monde, puisse vivre l'existence durant à l'abri de la peur et du besoin et ladite paix « devrait permettre à tous les hommes de parcourir les mers et les océans sans le moindre empêchement. »

Il est également manifeste que la liberté de la haute mer est une institution fortement ancrée dans l'ordre mondial où elle plonge profondément des racines solides et s'accompagne de plusieurs libertés collatérales. Elle est en particulier étroitement liée à la liberté des communications. L'une de ses composantes les plus importantes est la liberté de navigation. D'un bout à l'autre de la Convention, l'accent est de plus en plus mis sur la non-discrimination et l'égalité d'accès qui doit être assurée à la totalité des Etats, y compris les Etats sans littoral ou alors géographiquement désavantagés. En même temps, les Etats doivent tous, les Etats riches comme les Etats pauvres, les Etats côtiers comme ceux qui ne le sont pas, avoir la possibilité de bénéficier de la manne économique des océans.<sup>26</sup>

31. En somme, du point de vue du droit et de l'histoire économiques à l'échelle internationale, *prima facie*, la liberté de navigation est l'un des principes fondamentaux de l'ordre en général et de l'ordre économique à l'échelle mondiale, et se rattache à certains autres principes fondamentaux comme l'égalité d'accès, la sécurité et la non-ingérence (qui libèrent de la peur).

#### *Les libertés accessoires de la liberté de navigation en vertu de la Convention de 1982*

##### *Les libertés accessoires de la liberté de la haute mer*

32. Il convient à présent de définir les libertés accessoires associées à la liberté de la haute mer. Suivant la liste non exhaustive énoncée à l'article 87, paragraphe 1 (citée dans la précédente section),<sup>27</sup> il s'agit notamment de la liberté de navigation, de la liberté de survol, et de la liberté de la pêche. Il s'agit aussi de la liberté de construire des îles artificielles et autres installations, de la liberté de poser des câbles et des pipelines sous-marins et de la liberté de la recherche scientifique exercée conformément aux dispositions relatives au plateau continental, lequel peut s'étendre, sous la colonne d'eau, très au-delà des 200 milles marins de la zone économique exclusive. Au sujet de la première des trois libertés évoquées, on trouve des

<sup>26</sup>Voir la partie X de la Convention sur le droit d'accès des Etats sans littoral à la mer et depuis la mer et la liberté de transit, droit et liberté qui sont obligatoires mais non pas immédiatement exécutoires. Voir l'article 3 de la Convention de 1958 sur la haute mer, qui propose un accès non obligatoire. Pour voir comment, après 1958, la liberté de la haute mer a intégré la liberté d'accès, voir M. McDougal and W. Burke, *The Public Order of the Oceans* (1962), (ci-après « McDougal and Burke »), pp. 748 à 750. L'idée dont procède la Convention, qu'il faut partager sur un pied d'égalité les espaces océaniques, comme l'exprime l'institution du patrimoine commun de l'humanité dans la Zone, dont on a tant parlé, représente par conséquent un aspect d'un phénomène plus large qui n'est certes pas récent.

<sup>27</sup>Le défendeur soutient toutefois que l'avitaillement, n'étant pas cité à l'article 87, ne peut pas être une liberté de la navigation (ITLOS/PV.99/14, p. 39 (15 mars)).

détails dans la partie V de la Convention qui porte sur la zone. Les deux libertés suivantes sont régies par les dispositions de la partie VI relative au plateau continental et de la partie XIII relative à la recherche scientifique marine. Suivant le paragraphe 1 de l'article 87, la haute mer est, avec lesdites libertés, « ouverte à tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral ». Mais, suivant le paragraphe 2, dans l'exercice de leurs droits et quand ils s'acquittent de leurs obligations, les Etats doivent tenir dûment compte de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres Etats. La règle imposant de tenir « dûment compte » a moins le caractère passe-partout, offre moins de latitude quant à son interprétation, que la règle qui impose de « tenir raisonnablement compte » dans la disposition homologue, c'est-à-dire l'article 2 de l'ancienne Convention sur la haute mer.

### *Les libertés accessoires de la liberté de navigation*

33. Comme je l'ai montré, la liberté de navigation est l'une des libertés de la haute mer. Aux termes de l'article 90 de la Convention, elle comprend le « droit de navigation », c'est-à-dire le droit pour tout Etat « de faire naviguer en haute mer des navires battant son pavillon ». D'après le contexte, cette liberté comprend probablement les obligations relevant notamment des articles 91, 94 et 97 ou leur est étroitement associée.<sup>28</sup>

34. Il n'empêche que la nature des libertés associées à la liberté de navigation demeure obscure. D'après la dernière partie de la précédente section, les libertés qui sont ainsi associées à la liberté de navigation (considérée quant à elle comme faisant partie de la liberté de la haute mer) comprennent notamment des activités relevant de la navigation qui sont liées à l'accès sur un pied d'égalité aux débouchés économiques et à la possibilité d'en tirer parti, y compris au moyen du commerce. Il est donc tentant de conclure, provisoirement tout au moins, que l'Etat côtier et l'Etat du pavillon sont dotés sur un pied d'égalité de ce droit d'accès, en tout cas dans des domaines déterminés, quand ils se trouvent dans la zone économique exclusive. Mais on ne peut pas formuler pareille conclusion en

---

<sup>28</sup>Suivant l'article 91, chaque Etat est tenu de fixer les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires et l'utilisation de cette nationalité par lesdits navires. L'article 94 énonce toute une série d'obligations incombant à l'Etat du pavillon, concernant entre autres l'exercice de sa juridiction et de son contrôle, notamment dans les domaines administratif, technique, social ainsi que dans le domaine de la sécurité et celui de la réglementation, sur les navires battant son pavillon. En vertu de l'article 97, paragraphe 1, l'Etat du pavillon exerce sa juridiction pénale ou disciplinaire en cas d'abordage impliquant l'un quelconque de ses navires. Aux termes du paragraphe 2, l'Etat du pavillon exerce une compétence générale en matière disciplinaire sur les capitaines et autres personnes détenant un certificat de capacité ou un permis délivré par lui.

se fondant sur les données examinées jusqu'à présent. Je vais donc consacrer une bonne partie du reste de la présente opinion à chercher si les dispositions relatives à cette institution de la zone économique exclusive ainsi que certaines autres dispositions de la Convention sont plus éclairantes.

*Les dispositions de la Convention portant création  
de la zone économique exclusive et leurs effets*

*Introduction*

35. Il convient donc à présent d'examiner si la nouvelle institution de la zone économique exclusive est à ce point précise et prédominante que la liberté de navigation s'en trouve érodée ou est désormais subordonnée aux dispositions correspondantes de la partie V de la Convention. Je chercherai ensuite rapidement si les tendances qu'il est possible de dégager des revendications formulées par divers Etats en ce qui concerne des zones économiques exclusives ont eu quelque effet sur cette question.

*Le statut des zones économiques exclusives aux termes de la Convention*

36. Au cours de la troisième Conférence sur le droit de la mer et pendant quelque temps après l'adoption de la Convention en 1982, le statut des zones économiques exclusives a fait l'objet de multiples débats.<sup>29</sup> La solution définitive réside peut-être dans l'article 55, qui dit de la zone économique exclusive qu'elle est soumise « au régime juridique particulier établi par la présente partie [V] ». D'après une décision arbitrale importante qui intéresse de près la présente affaire, il ne s'agit pas d'un régime de souveraineté (*Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, I.L.R., vol. 77 (1985),* paragraphe 24). On a suggéré pour interpréter la formule « zone économique exclusive » ou le texte de l'article 55 et de certains autres articles, plusieurs synonymes, plusieurs paraphrases ou explications. La première était conçue pour l'ancienne zone maritime de 12 milles marins où chaque Etat côtier exerçait une juridiction exclusive en matière de pêche, zone conquise sur la haute mer par la pratique des Etats. Cette zone dérogeait en fait aux dispositions de la Convention de 1958 sur la haute mer. Elle a pourtant été qualifiée de façon

<sup>29</sup>On a en particulier discuté du point de savoir si la nature desdites zones est essentiellement territoriale, c'est-à-dire qu'elle serait très proche de la mer territoriale et des zones maritimes analogues situées à proximité des Etats côtiers; du point de savoir si ces zones tiennent plus de la haute mer, c'est-à-dire de la zone géographique dont relevaient les eaux en question avant 1982; ou du point de savoir s'il s'agit de zones hybrides, dotées à la fois d'attributs de la mer territoriale et d'attributs de la haute mer.

ambiguë de « troisième catégorie entre la mer territoriale et la haute mer » dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries (C.I.J. Recueil 1974, pp. 23 et 24, paragraphes 52 et 54, et pp. 191 et 192, paragraphes 44 et 46)*. Mais pour établir quel est le sens ordinaire de la formule, il vaut mieux, et c'est d'ailleurs plus utile, s'appuyer sur l'énoncé textuel de l'article 55, même si l'expression « *sui generis* », qui est parfois utilisée, paraît relativement inoffensive. Pour déterminer avec précision le statut de la zone économique exclusive, il faut jusqu'à un certain point définir les éléments associés à ce statut, ce que je fais un peu plus loin.<sup>30</sup>

37. A partir de l'article 56 (qui indique quels sont les droits, la juridiction et les obligations de l'Etat côtier dans la zone économique exclusive), la partie V de la Convention est pour l'essentiel consacrée à la question des ressources naturelles et des contrôles exercés à cet égard. En outre, l'article 58 met en évidence que les Etats tiers, qu'ils soient côtiers ou sans littoral, ont simultanément des droits et des obligations dans la zone économique exclusive. Ces Etats exercent également une certaine juridiction dans cette zone. C'est ce qui ressort du texte d'un bon nombre de dispositions de la partie VII et du contexte de l'article 87, dont il est fait état aux articles 58 et 87 et qui leur sont donc intégrés sous forme de renvoi. La zone économique exclusive est donc une zone dans laquelle l'Etat côtier jouit de droits, d'une compétence et s'acquitte d'obligations aux côtés d'Etats concurrents, Etats du pavillon et Etats tiers, même si ces droits, cette juridiction et ces obligations ne sont pas identiques. On a dit de cette concurrence qu'elle est horizontale mais je ne trouve pas l'idée utile. Je soulignerai simplement que l'autorité exercée par les deux groupes d'Etats n'a manifestement pas une portée identique. Je rappellerai que la coexistence des utilisations et des pouvoirs exercés a toujours, semble-t-il, été caractéristique des diverses zones maritimes. On constate malheureusement une tendance à tenir pour acquis qu'en dépit de la perméabilité de la colonne d'eau océanique et de la diversité des espaces maritimes, l'exercice des droits et de la juridiction est nécessairement exclusif.<sup>31</sup> La règle imposant de tenir « dûment compte » de l'exercice concomitant de droits, d'obligations et de compétences qui est

<sup>30</sup>Il est toutefois peu utile de définir ce statut de la zone économique exclusive par rapport à la compétence nationale ou la ressemblance avec la haute mer. « [T]outes les règles concernant la navigation et les communications en haute mer s'appliquent au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale mais d'autres droits précédemment associés au concept de la liberté de la haute mer, ceux concernant en particulier les ressources naturelles, sont désormais tronqués ou totalement abrogés dans le cadre de la [zone économique exclusive]... » Virginia Commentary, III (S. Nandan et S. Rosenne, eds., 1995), p. 70.

<sup>31</sup>Sur la coexistence en question, voir Allott, pp. 14 à 17; D. Attard, *The Exclusive Economic Zone* (1987) (ci-après « Attard »), p. 64.

énoncée à l'article 58, paragraphe 3, et à l'article 87, paragraphe 2, montre bien que cette approche est erronée. On trouve le même énoncé à l'article 56, paragraphe 2.<sup>32</sup>

*Eléments associés au statut de zone économique exclusive aux termes de la Convention*

38. L'Etat côtier jouit de plusieurs groupes d'éléments associés : *premièrement*, aux termes de l'article 56, paragraphe 1, lettre a), il exerce dans cette zone des « *droits souverains* aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, ... » (c'est nous qui soulignons) sous réserve de certains droits de participation à l'exploitation par les Etats sans littoral et les Etats géographiquement désavantagés qui sont préservés ou régis par les articles 69 à 72. *Deuxièmement*, le même paragraphe donne à l'Etat côtier des *droits souverains* en ce qui concerne « d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents ». Le texte limite clairement ces activités aux ressources naturelles. *Troisièmement*, les articles 56, paragraphe 1, lettre b), et 60 confèrent des *droits exclusifs et une juridiction exclusive* dans deux secteurs distincts, c'est-à-dire i) des droits concernant la construction, l'exploitation et l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages (affectés aux fins évoquées jusqu'à présent dans la présente partie de mon opinion) et ii), la juridiction concernant lesdites îles artificielles, installations et ouvrages. *Quatrièmement*, l'article 56, paragraphe 1, lettre b), confère *juridiction* en ce qui concerne i) la recherche scientifique marine et ii) la protection et la préservation du milieu marin. *Cinquièmement*, en vertu de l'article 58, paragraphes 1 et 2, l'Etat côtier jouit en même temps que tous les autres Etats de la *liberté* de navigation ainsi que des autres *libertés et utilisations* visées à l'article 87 que je mentionne plus haut au paragraphe 33. *Sixièmement*, les articles 56, paragraphe 2, et 58, paragraphe 3, disposent que l'Etat côtier d'une part et, de l'autre, les Etats tiers doivent obligatoirement *tenir dûment compte* des droits et obligations *des uns et des autres*. *Septièmement*, les articles 61 à 68 confèrent à l'Etat côtier *des droits et des pouvoirs* en ce qui concerne la conservation, l'exploitation et la gestion des ressources biologiques qu'il exerce avec le concours de certains éléments de la communauté internationale. *En dernier lieu*, en vertu de l'article 73, l'Etat côtier a *la faculté d'assurer le respect, suivant des paramètres* définis dans ladite disposition, de ses lois et règlements

<sup>32</sup>En fait, comme la « liberté » est par définition plus large que le « droit », on pourrait logiquement dire que la liberté de navigation prend le pas sur certains droits de l'Etat côtier. Voir Oppenheim 1992, vol. I, paragraphe 342. Toutefois, je ne m'engage pas dans cette voie.

concernant l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources biologiques. Les limitations imposées à l'Etat côtier et l'exercice simultané des droits et de la juridiction de l'Etat côtier et des Etats tiers ou la tolérance réciproque manifestée par tous les Etats en question, éléments qui sont constamment présents dans la Convention, sont en quelque sorte réaffirmés à l'article 73, paragraphe 3, qui dispose que les « sanctions prévues ... pour les infractions en matière de lois et de pêche ... ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, ni aucun autre châtiment corporel. »

39. Malgré la présence du terme « économique » dans son intitulé, il ne fait pas de doute que les éléments associés au statut de la zone économique exclusive sont principalement le contrôle, l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles ainsi que la juridiction exercée sur elles et d'autres activités connexes. En même temps, le cadre est économique au sens large, les dispositions visant souvent à accorder aux Etats bénéficiaires l'accès voulu et approprié à ce qui constitue des biens économiques en même temps que naturels. Parfois, la nature de l'accès à ces biens sera spécifiée. Je citerai par exemple les articles 69 et 70 qui donnent un droit d'accès « équitable » aux Etats sans littoral et aux Etats géographiquement désavantagés.

40. Au cas où l'article 56, lu dans son contexte, serait néanmoins jugé ambigu, les conclusions que j'énonce se trouvent confirmées par les quelques rares travaux préparatoires de la Convention dont nous disposons. Elles sont confirmées aussi par d'autres témoignages extérieurs, des avis d'experts par exemple et l'historique de revendications visant l'extension de 3 à 12 milles marins de la juridiction exercée au-delà de la mer territoriale qui ont été si fréquentes avant le début des années 70.<sup>33</sup>

<sup>33</sup>1) Travaux préparatoires : en ce qui concerne l'orientation donnée à l'article 55 et aux articles connexes, favorisant l'exclusivité ou la prédominance exercée sur les ressources naturelles : voir Virginia Commentary, vol. II, pp. 519 et 520 (l'énoncé de l'article 56, paragraphe 1, lettre a), a évolué, passant de l'attribution au seul Etat côtier du pouvoir de décision à l'interdiction faite aux Etats tiers d'utiliser les navires de pêche dans la zone économique exclusive); Scovazzi in *The Law of the Sea: What Lies Ahead?* (T. Clingham Jr., ed., 1986) (ci-après « Scovazzi »), pp. 310, 321 et 322; Division des affaires maritimes et du droit de la mer, Bureau des affaires juridiques, Nations Unies, *Le droit de la mer : La zone économique exclusive – Genèse des articles 56, 58 et 59 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, pp. 85 à 87 (rejet d'une proposition présentée à la deuxième session de la troisième Conférence par 18 Etats africains, dont la Guinée ne faisait pas partie, tendant à accorder à l'Etat côtier, dans le cadre de l'article 56, juridiction pour « [c]ontrôler et régler les questions douanières et fiscales liées aux activités économiques dans la zone. »; voir également Virginia Commentary, vol. II, p. 530 et Doc. N.U. A/CONF.62/C.2/L.82 (26 août 1974)); Virginia Commentary, vol. II, p. 529 (rejet des propositions présentées par El Salvador à la deuxième session de la troisième Conférence qui visaient à faire état à l'article 56 de la juridiction exercée par l'Etat côtier sur d'autres utilisations économiques des eaux); *ibid.*, pp. 784 à 795 (rejet de nombreuses propositions présentées à la troisième Conférence qui visaient à donner à l'Etat du pavillon le pouvoir de réprimer au titre de l'article 73 les infractions aux lois et

Par conséquent, *prima facie*, il n'est pas possible de dire que les actes du défendeur procèdent de ces dispositions.

41. J'en arrive au point de savoir si les dispositions définissant le statut de la zone économique exclusive ainsi que les éléments qui lui sont associés indiquent si la réglementation de l'avitaillement dans ladite zone est catégoriquement un élément associé à son statut et relève de la compétence

<sup>33</sup>règlements; rejet d'une proposition présentée à la troisième Conférence par 18 Etats africains, dont la Guinée ne faisait pas partie, qui tendait à accorder à l'Etat côtier le pouvoir exclusif de légiférer et de réprimer les infractions en ce qui concerne les forages, la recherche scientifique, les îles artificielles et autres installations ainsi que la pêche); Attard, p. 128 (l'une des raisons pour lesquelles, lors de la troisième Conférence, certains Etats souhaitaient conserver la notion de zone contiguë était que, à leur avis, il fallait insister sur la fonction économique de la zone économique exclusive et qu'ils craignaient qu'en supprimant la zone contiguë on étendrait nécessairement les droits existant dans cette zone à la totalité de la zone économique exclusive); voir également *Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, documents officiels, vol. II, comptes rendus analytiques des séances de la Deuxième Commission*, 1<sup>ère</sup> à 41<sup>ème</sup> séances (20 juin – 29 août 1974) (voir notamment le résumé des vues de l'Autriche, de l'Italie, du Honduras, de Bahreïn).

2) Ouvrages d'experts : en ce qui concerne l'orientation donnée à l'article 55 et aux articles connexes, favorisant l'exclusivité ou la prédominance exercée sur les ressources naturelles : voir Nelson in *I.C.L.Q. vol. 22* (1973), p. 682 (sur la notion latino-américaine antérieure de mer patrimoniale); Galindo Pohl in *The Exclusive Economic Zone – A Latin-American Perspective* (F. Orrego Vicuña, ed., 1984) (ci-après « A Latin-American Perspective »), p. 48. En ce qui concerne le fonctionnalisme des dispositions de la partie V de la Convention : F. Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone – Regime and Legal Nature Under International Law* (ci-après « Orrego Vicuña »), pp. 261 et 262; Attard, p. 67 (pour qui la zone économique exclusive sert à mettre le fonctionnalisme à l'essai); Scovazzi, pp. 321 et 322 (qui interprète la disposition relative aux « autres activités » de l'article 56, paragraphe 1, lettre a)); R. Churchill and A. Lowe, *The Law of the Sea* (1988) (ci-après « Churchill and Lowe »), p. 137. En ce qui concerne l'orientation consistant à exclure la souveraineté au profit d'une égalité de fond : voir Rembe, p. 125 (la notion initiale de zone économique exclusive a été « vidée de sa teneur » favorable aux besoins des pays en développement); *ibid.*, p. 128 (au sujet de diverses propositions présentées à la troisième Conférence par des pays d'Afrique et visant à rendre les droits exercés dans la zone économique exclusive plus proches de la souveraineté ou à s'étendre aux ressources non biologiques); doc. *S.D.L.R. vol. 20* (1983), pp. 600 à 622 (toute interprétation de la partie V allant au-delà de l'application autorisée des lois relatives à la pêche illicite et qui permet par conséquent d'intervenir auprès de navires de pêche en transit doit être limitée par le principe du caractère essentiel de l'intervention et se traduire par une application efficace, un effet négligeable sur le passage et un intérêt manifeste pour l'Etat côtier). Toutefois, il faut noter ce que dit Arias in *A Latin-American Perspective*, p. 136 (qui envisage de nombreux secteurs de compétence à attribuer à l'Etat côtier dans la mer territoriale, y compris en matière de contrebande et de fraude fiscale).

3) En ce qui concerne l'orientation consistant à privilégier les ressources naturelles essentielles dans les revendications nationales antérieures à la troisième Conférence et à bénéficier d'une juridiction maritime plus étendue : voir Division des affaires maritimes et du droit de la mer, *Le droit de la mer : La zone économique exclusive – Genèse des articles 56, 58 et 59 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, pp. 1 et 2 (Proclamation Truman); *ibid.*, pp. 3 à 13 (déclarations régionales); Lupiacci, pp. 79 à 95 (revendications latino-américaines nationales jusqu'en 1969; Déclarations latino-américaines régionales des années 40 au milieu des années 70; Déclarations et prises de position régionales des pays d'Afrique dans les années 70; les débats du Comité des fonds marins des Nations Unies; projet d'articles conjoint présenté par le Kenya et des Etats latino-américains dans les années 70.

exclusive de l'Etat côtier. Pour un auteur qui fait autorité, le texte de l'article 58, paragraphe 1, relatif aux « autres fins internationalement licites liées [notamment] à l'exercice de » la liberté de navigation ainsi qu'à l'exercice des libertés liées à l'exploitation des navires pour autant qu'elles sont « compatibles avec les autres dispositions de la Convention », donne à penser que, « quand il faut établir si une certaine activité, par exemple l'approvisionnement du navire en mer, doit être considérée comme une utilisation "connexe" licite ou non, la décision sera largement fonction de l'Etat côtier. »<sup>34</sup> De même, le défendeur nie que les activités de ce type qui ont été menées en la présente affaire relèvent de la navigation par des Etats non côtiers, et soutient fermement qu'elles relèvent plutôt de la pêche (puisque'il s'agit d'activités facilitant la pêche) et que de toute façon l'Etat côtier a un intérêt fiscal considérable à vendre aux navires de pêche battant pavillon étranger (contre-mémoire, paragraphes 102 à 104). Toutefois, les indications recueillies dans la présente section confirment l'idée qui ressort de l'analyse que j'ai opérée plus largement et permettent de dire que, à première vue en tout cas, la question est plus complexe. Il faut donc conclure que, sous réserve de ce que j'indique ci-après, les nouveaux éléments examinés jusqu'à présent ne font apparaître aucune présomption ni prédilection au profit d'une catégorie quelconque d'Etats.<sup>35</sup>

*Les effets éventuels des revendications de l'Etat côtier relatives à la zone économique exclusive*

42. Au paragraphe 21 ci-dessus, j'ai relevé certaines idées qui avaient cours avant que ne démarre le mouvement présidant à l'adoption généralisée de conventions multilatérales réglant les espaces océaniques, idées qui portent à conclure qu'à la suite de revendications qui aboutissent, le droit coutumier de la mer peut évoluer. C'est ainsi qu'on a considéré notamment qu'on pouvait élargir les droits et la juridiction des Etats, surtout à mesure que l'on donnait manifestement un sens nouveau au bien-être national ainsi qu'aux besoins et découvertes technologiques, économiques et scientifiques. Cette idée avait été défendue avec beaucoup de force en particulier pour la souveraineté exercée sur les domaines

<sup>34</sup>Attard, p. 64. Il en est ainsi, dit l'auteur, parce que l'article 300 de la Convention impose aux parties de remplir de bonne foi leurs obligations et d'exercer leurs droits, leurs compétences et leurs libertés « d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit ».

<sup>35</sup>Il convient de noter que, à première vue, les textes de loi cités par la Guinée ne s'appliquent pas dans la zone économique exclusive et ne couvrent pas non plus les actes du *Saiga* dont elle se plaint (mémoire, paragraphes 106 à 111; contre-mémoire, paragraphe 9; réplique, paragraphes 14 à 19). Pratiquement, c'est la conclusion qui découle implicitement de l'arrêt rendu par le Tribunal.

sous-marins.<sup>36</sup> Toutefois, dans le cadre du nouveau droit de la mer, cette approche a beaucoup moins de poids : des faits nouveaux prennent place par voie de consensus à l'échelle planétaire; il existe des textes détaillés qui constituent un droit de la mer conventionnel largement accepté, lesquels sont parfois très précis et ailleurs se prêtent à de nouvelles interprétations; il existe aussi désormais divers critères et règles permettant de résoudre efficacement les litiges, assortis de procédures détaillées et d'institutions de règlement des différends. On relève aussi dans la Convention que certaines considérations géographiques ont un peu perdu de leur importance; que l'idée qu'il faut partager ou exploiter ensemble les ressources, les espaces et le pouvoir prend le pas sur tout le reste et que la prise sur une base collective des décisions tient également une place importante.<sup>37</sup> Cela est compatible avec le principe de la liberté de la haute mer examiné plus haut, qui est un aspect de l'ordre mondial actuel, celui du libéralisme économique, qui s'appellera tantôt l'égalité d'accès, la liberté d'accès, tantôt la non-discrimination et la répartition équitable (voir les paragraphes 27 à 31 ci-dessus). Dans ce cadre, la liberté de navigation de l'Etat du pavillon va coexister facilement avec les droits de l'Etat côtier et les revendications des tels Etats vont perdre de leur utilité.

43. Il est néanmoins intéressant de chercher rapidement si, au cours des dernières années, les revendications nationales visant à doter l'Etat d'une zone économique exclusive et à y exercer des droits ainsi qu'une juridiction ont eu *de facto* ou bien *de jure* un effet sur l'équilibre réalisé entre l'Etat du pavillon et l'Etat côtier dans ladite zone économique exclusive. Il convient de recenser à cet égard la pratique postérieure à 1982 mais je souligne que l'aperçu très large que je propose ici ne vise pas à être exhaustif.

#### *Les revendications de l'Etat côtier : la pratique postérieure à 1982*

44. Avant 1982, les Etats formulaient plusieurs revendications importantes. Plusieurs régions, notamment l'Amérique latine et les Caraïbes et, par ailleurs, l'Afrique, avaient également publié des déclarations conjointes définissant la position que la région tout entière adoptait quant à l'exercice de droits au-delà de la limite de la mer territoriale. Après 1982, ces

<sup>36</sup>Pour certains, ces vues procèdent de la *fonction de dédoublement* qu'exerceraient les Etats qui, en tant qu'ils revendiquent la satisfaction d'intérêts nationaux, plaident pour une évolution normative (qui est généralement l'évolution du droit coutumier), d'une part, et, de l'autre, en tant que membres de la communauté internationale, déterminent l'issue de ces revendications.

<sup>37</sup>Voir Allott, pp. 7 à 27.

déclarations ont dans l'ensemble, semble-t-il, perdu de leur insistance.<sup>38</sup> Après cette date également, les revendications de souveraineté émanant des Etats ou les déclarations et autres exposés concernant l'exercice de leur souveraineté ou de leur « juridiction souveraine » ont été nettement moins nombreuses. Il n'empêche que plusieurs Etats sont aujourd'hui censés revendiquer une mer territoriale dont la largeur serait supérieure à 12 milles marins et un certain nombre d'Etats, par ailleurs, ne font pas de distinction entre la mer territoriale et la zone économique exclusive. En 1984, quand elle a signé la Convention, la Guinée a dit dans sa déclaration qu'elle se réservait « le droit d'interpréter tout article de la Convention dans le contexte et en tenant dûment compte de la souveraineté de la Guinée et de son intégrité territoriale telle qu'elle s'applique à la terre, à l'espace et à la mer. »<sup>39</sup> Les déclarations de plusieurs Etats côtiers ou la législation qu'ils ont adoptée se contentent d'envisager que ces Etats pourront peut-être revendiquer ultérieurement l'exercice d'un pouvoir étendu. Ailleurs, la souveraineté semble être principalement interprétée suivant le sens à attribuer à l'expression « droits souverains » – expression employée à

<sup>38</sup>La pratique antérieure à 1970 : Avant l'adoption de la Convention, les revendications visant l'exercice d'une juridiction maritime procédaient, quand on les examinait de près, d'un intérêt substantiel en matière économique et en matière de science marine. Même quand la revendication, à première vue, paraissait viser également l'exercice de la souveraineté, l'analyse prouvait à peu près toujours que tel n'était pas le cas, ou bien, si c'était le cas, la revendication était à cet égard équivoque, non catégorique, ou bien non exclusive. En outre, ces revendications portaient le plus souvent sur les ressources naturelles, notamment les ressources biologiques. A l'approche de 1970, il était manifeste que l'intérêt en cause était globalement d'ordre économique et concernait les ressources naturelles, comme cela ressortait surtout des déclarations régionales émanant d'Amérique latine et des Caraïbes et, par ailleurs, d'Afrique. Orrego Vicuña, pp. 3 et 11; Attard, pp. 3 à 16; Nandan in *The Law of the Sea: Essays in Memory of Jean Carroz* (FAO 1987), pp. 171 à 187. Voir la Déclaration dans laquelle l'Argentine proclame le 9 octobre 1946 sa souveraineté sur la mer épicontinentale et le plateau continental (*A.J.I.L. Supp.*, vol. 41 (1947), pp. 379 et 380 (si l'article premier proclame l'exercice de la souveraineté, les considérants précisent l'idée sous l'angle des questions visées dans le texte). C.f. l'article 7 de la Constitution d'El Salvador de 1950 (cité par Lauterpacht dans *B.Y.I.L.*, vol. 27 (1950), p. 413). Il semble que la législation destinée à mettre en œuvre cette disposition constitutionnelle a été limitée à la pêche et à la chasse marine (Attard, pp. 453 à 456). La pratique après 1970 : Orrego Vicuña, pp. 11 et 12; Attard, pp. 16 à 30.

<sup>39</sup>En fait, la législation dont il a été fait état en l'espèce montre que la Guinée n'est jamais revenue sur cet engagement. L'application de son code douanier est limitée au territoire national, y compris les eaux territoriales. Et son « rayon des douanes » de 250 kilomètres est une zone soumise à sa surveillance dans laquelle il lui est loisible de demander la présentation de documents concernant les cargaisons passibles de droits de douane qui sont destinées au

l'article 56. Un très petit nombre d'Etats ont déclaré que l'Etat côtier conservait des droits supplétifs tant que ceux-ci ne portaient pas atteinte aux droits accordés aux Etats tiers. La question qui a suscité le plus grand nombre de déclarations est celle de l'activité militaire exercée dans la zone.

45. Par ailleurs, certains textes évoquent la question de la réglementation applicable au passage des navires de pêche, c'est-à-dire qu'ils privilégient les ressources naturelles ou les ressources économiques. Plus ou moins dans le même ordre d'idées, certains Etats revendiquent une juridiction exclusive sur la protection du milieu marin et le contrôle de la pollution ou bien interdisent le passage de navires transportant des cargaisons dangereuses. Un Etat exige un permis pour l'exercice de « n'importe quelle activité économique » dans la zone économique exclusive ou d'activités liées à la récupération d'objets présentant un intérêt archéologique ou historique. Mais un nombre croissant d'Etats admettent la liberté de navigation dans ladite zone.<sup>40</sup>

46. A ma connaissance, seul un Etat revendique les pouvoirs « pour empêcher la violation de toute loi fiscale ou de toute loi relative aux douanes,

---

territoire national et de procéder par ailleurs à des inspections. Comme je l'ai déjà indiqué, la présente affaire concerne, de la part de la Guinée, en l'absence de législation précise, une tentative visant à étendre l'application de ses règles douanières à l'avitaillement des navires de pêche. Dans sa dernière plaidoirie, le défendeur a qualifié la zone de « zone de protection douanière limitée et fonctionnelle qui se fonde sur les principes du droit coutumier international qui sont inclus dans la zone économique exclusive » mais ne font pas partie du territoire de la Guinée (ITLOS/PV.99/18, p. 24 (20 mars 1999)). On se rappelle que la loi capitale qui serait applicable est la loi 94/007/CTRN concernant les ventes de produits pétroliers et que, suivant les derniers arguments présentés par le défendeur, cette loi était « claire », même si elle n'interdisait pas « à la lettre » l'avitaillement en mer, et « [e]lle n'affecte pas les droits des Etats du pavillon dans la zone économique exclusive et est tout à fait conforme et compatible avec l'équilibre des intérêts [entre Etat côtier et Etat du pavillon] qui sous-tend la zone économique exclusive en droit international moderne » (ITLOS/PV.99/18, p. 26-27 (20 mars)). (Voir également mémoire, paragraphes 107 à 109; contre-mémoire, paragraphe 9; ITLOS/PV.99/7, pp. 10 à 14 (11 mars); ITLOS/PV.99/15, pp. 12 à 16 (16 mars); ITLOS/PV.99/16, pp. 31 à 35 (8 mars)).

<sup>40</sup>Orrego Vicuña, pp. 149 à 151; Burke in *O.D.I.L.*, vol. 9 (1981), pp. 294, 298, 305 à 309; *U.S. Panel*, p. 383; Division des Affaires maritimes et du droit de la mer, *Bulletin n° 21* (août 1992), pp. 31, 34 et 35; *DOALOS Bulletin n° 23* (juin 1993), pp. 17 et 19; *DOALOS Bulletin n° 25* (juin 1994), pp. 11 et 37.

à l'immigration, à la santé ou aux ressources naturelles de la mer. »<sup>41</sup> Et même si quelques Etats supplémentaires formulent les mêmes revendications, leur nombre réduit est révélateur. Il convient d'évoquer ici l'avis donné, à l'instigation du demandeur, par des praticiens du droit originaires de quelque 22 pays sur l'application de la législation de leur pays à l'avitaillement en mer dans un cas de figure hypothétique analogue au cas traité en l'espèce, c'est-à-dire quand l'approvisionnement en produits pétroliers intéresse des parties qui ne sont pas de la nationalité de l'Etat côtier et qu'il a lieu en dehors des eaux territoriales. L'avis de tous ces juristes tend à montrer que cet avitaillement en mer ne serait pas contraire à ces législations nationales.<sup>42</sup> En l'absence d'enquête bien menée dans une affaire où le droit interne intervient sous plusieurs de ses aspects, ces différents avis n'apportent pas, en ce qui concerne la concurrence apparente entre la liberté de navigation de l'Etat du pavillon et les droits dont l'Etat côtier jouit dans la zone économique exclusive, beaucoup plus d'éléments utiles que ne l'ont fait les deux parties en présentant leurs informations et leurs thèses. Toutefois, à première vue, ces avis indiquent que plusieurs Etats côtiers ne prétendent pas soumettre la liberté de navigation à leur autorité. Ce qui permet de conclure avec plus de force encore que la Guinée n'a pas agi conformément au droit international.

*Les revendications de l'Etat côtier : la Guinée plaide la défense de son intérêt public et l'état de nécessité*

47. Le Tribunal rejette dans son arrêt les raisons données par la Guinée pour justifier ses actions qui sont qu'elle devait défendre « des aspects essentiels de son intérêt public » (duplique, paragraphe 97), estimant que cette justification est incompatible avec la partie V de la Convention et est par conséquent contraire à l'article 58, paragraphe 3. De même, le Tribunal

<sup>41</sup>DOALOS *Bulletin n° 16* (décembre 1990), pp. 18 et 19.

<sup>42</sup>Les pays en question sont les suivants : Allemagne, Argentine, Belize, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Chine, Etats-Unis d'Amérique, France, Ghana, Inde, Islande, Italie, Japon, Liban, Norvège, République de Corée, Russie, Suède, Tanzanie, Tunisie. Un juriste italien déclare notamment : « L'Italie ne s'est pas dotée d'une zone économique exclusive, mais on peut concevoir que les autorités italiennes veuillent exercer une surveillance douanière et réprimer les infractions commises en ce qui concerne des produits pétroliers imposables, quand des livraisons ont systématiquement lieu dans la zone contiguë (ou dans la zone située au-delà, dans des limites raisonnables), au cas où l'acheteur ou le destinataire de la livraison, même si c'est un navire immatriculé à l'étranger, présente régulièrement avec l'Italie un lien concret suffisamment visible. » Une note de bas de page donne à titre d'exemple d'un tel lien le cas du « pétrolier immatriculé à l'étranger qui fournit régulièrement dans la zone contiguë du combustible à des navires de pêche ou des navires immatriculés à des fins de loisir qui font ensuite escale périodiquement dans des ports italiens, embarquent ou débarquent périodiquement des passagers ou y débarquent leur pêche, et repartent toujours les soutes vides. » (mémoire, annexe 37)

rejette dans son arrêt l'argument de la Guinée quand celle-ci fait appel à ce qu'on nomme l'état de nécessité, précisant qu'il ne souscrit à cette doctrine qu'aux conditions approuvées par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (C.I.J. Recueil 1997, paragraphes 51 et 52) et par la Commission du droit international à l'article 33 de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Si des revendications portant atteinte à la liberté de navigation ne peuvent pas être fondées sur des dispositions de la Convention, il n'est pas déraisonnable de s'y opposer à l'aide de moyens puisés à des sources extérieures à la Convention.<sup>43</sup>

### *Les revendications de l'Etat côtier : évaluation préliminaire*

48. L'étude ci-dessus ne donne que des indications très générales sur la portée des revendications que formulent les Etats côtiers en ce qui concerne leur zone économique exclusive et sur le lien entre ces revendications et la liberté de navigation. Il y a à peine plus de dix ans, une étude de la question donnait à entendre qu'il existait un consensus « total » suivant lequel, dans tous les textes de loi définissant les droits que l'Etat côtier veut exercer sur la zone économique exclusive, l'énoncé reprend celui de l'article 56, paragraphe 1, lettre a), de la Convention qui vise les ressources naturelles. Formulant une conclusion d'ensemble, l'étude en question indiquait que, malgré « la complexité [d'une bonne partie] de la législation nationale ... ces textes ne permettent toutefois pas de dégager un mouvement général ... ». Tel est toujours le cas, semble-t-il. L'étude donnait également à entendre que la législation ne « modifiait pas la nature » de la zone. Cela paraît également exact.<sup>44</sup> S'agissant de la liberté de navigation dans certaines des eaux en cause dans la présente affaire, comme il est dit dans l'arbitrage *Guinée/Guinée-Bissau*, la zone économique exclusive n'est pas à première vue une zone relevant de la souveraineté de l'Etat côtier. A d'autres égards aussi, le statut de la zone économique exclusive est nettement limité, en particulier par les restrictions au profit de tout Etat du pavillon.

<sup>43</sup>C'est précisément pour des raisons analogues qu'en 1969, une fois que le Gouvernement du Royaume-Uni eut pris des mesures spectaculaires pour protéger ses côtes à la suite de la catastrophe du Torrey Canyon en 1967, les pays membres de l'Organisation maritime internationale ont adopté la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accidents entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures. A son tour, la Convention de 1982, reconnaissant que les Etats ont le droit de prendre au-delà de la mer territoriale des mesures destinées à protéger leur littoral et leurs intérêts connexes contre tout danger grave et imminent de pollution ou contre une menace de pollution résultant d'un accident en mer, exige à l'article 221 que ces mesures soient prises « en vertu du droit international », visant certainement par là ladite Convention de 1969. Voir le huitième rapport, paragraphes 28 et 29.

<sup>44</sup>Orrego Vicuña, pp. 143 et 153; arbitrage *Guinée/Guinée-Bissau*, paragraphe 124.

### *Les effets de certaines autres dispositions de la Convention de 1982*

49. J'ai déjà signalé qu'une bonne partie de la Convention sur le droit de la mer, qui est fort longue, s'intègre au contexte général des articles des parties V et VII intéressant directement les principales questions à résoudre en l'espèce. C'est d'ailleurs pourquoi les parties ont l'une et l'autre cherché à s'inspirer de dispositions tout à fait divergentes relatives à la haute mer et aux zones maritimes situées en dehors de la mer territoriale ainsi qu'à des zones analogues. Les dispositions qu'elles ont voulu interpréter couvrent les obligations et les privilèges de l'Etat du pavillon;<sup>45</sup> la participation de l'Etat du pavillon au maintien de l'ordre dans les espaces maritimes;<sup>46</sup> la maîtrise de la pollution;<sup>47</sup> et la recherche scientifique marine.<sup>48</sup> Ces dispositions ont en commun qu'elles visent à préserver soigneusement l'équilibre des pouvoirs et des responsabilités entre les deux catégories d'Etats; les liens entre ces deux catégories doivent normalement être empreints d'esprit de coopération et les droits généralement accordés à tous les usagers sont étendus. Les circonstances n'autorisent la discussion que pour un seul groupe de dispositions – celles qui intéressent le passage inoffensif et les passages connexes par la mer territoriale.

50. Plusieurs articles concernant la mer territoriale ont à première vue des incidences négatives pour la navigation. L'article 19, paragraphe 2, énumère douze groupes d'activités « portant atteinte » (à la paix, au bon ordre ...) qui ôtent son caractère inoffensif au passage par la mer territoriale. Je citerai cinq de ces activités :

- g) embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'Etat côtier;
- h) pollution délibérée et grave, en violation de la Convention;
- i) pêche;
- j) recherches ou levés;

<sup>45</sup>Voir les articles 91 à 94 sur l'immatriculation, la nationalité des navires ainsi que la juridiction et le contrôle exercé sur eux. Burke 1981, p. 303, citant Oxman, A.I.J., vol. 72 (1978), pp. 57 et 72; Warbrick in *New Directions on the Law of the Sea* (R. Churchill, K. Simmonds and J. Welch, eds., 1973), vol. III, p. 148.

<sup>46</sup>Voir les articles 98, 99, 108, 109, 110; Virginia Commentary, vol. III, pp. 176 et 177; *Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (R. Platzöder, ed.) (ci-après « Platzöder »), V, pp. 13, 17, 66 et 67; Virginia Commentary, V (S. Rosenne and Louis B. Sohn, eds., 1989), pp. 13 à 17, 66; *ibid.*, vol. III, pp. 237 à 242.

<sup>47</sup>Voir les articles 210, 211, 216 à 218, 220, 221, 231, 234; Virginia Commentary, IV (S. Rosenne and A. Yankov, eds., 1991), pp. 183, 232 à 237, 279 à 302, 334 à 344, 365; Platzöder, X, pp. 473, 481, 497, 507.

<sup>48</sup>Voir les articles 246 et 252; Virginia Commentary, IV, pp. 392 à 398, et 519.

- k) perturbation du fonctionnement de tout système de communication ou de tout autre équipement ou installation de l'Etat côtier; ...<sup>49</sup>.

Il est instructif de comparer les activités énumérées dans le paragraphe ci-dessus en particulier aux nombreuses dispositions des parties V, VII, XII et XIII que j'ai analysées à d'autres endroits de la présente opinion. Les infractions aux dispositions desdites parties de la Convention ne produisent, sur la liberté de navigation dans la zone économique exclusive, aucun effet aussi important que celui qui revient à ôter son caractère inoffensif au passage des navires. Point particulièrement notable pour les faits de l'espèce, aucune disposition de l'article 56 (qui porte sur les droits, la juridiction et les obligations de l'Etat côtier dans la zone économique exclusive) n'est comparable à celle qui est énoncée à l'article 19, paragraphe 2, lettre g). Seul l'article 60, paragraphe 2, énonce une disposition similaire en donnant à l'Etat côtier juridiction exclusive dans les mêmes matières mais ladite juridiction porte *uniquement* sur les îles artificielles, les installations et les ouvrages et non globalement sur la zone économique exclusive en soi.<sup>50</sup> Suivant les dispositions de la partie V, il n'est pas conféré à l'Etat côtier de pouvoir d'un caractère aussi général dans cette zone.

51. A y regarder de près, même dans les zones territoriales, les pouvoirs exercés par l'Etat côtier sur les navires étrangers sont définis avec précision et ne sont pas dépourvus de limitations également déterminées. Voilà qui est tout à fait compatible avec le pouvoir peu ambitieux dont l'article 33 (relatif à la zone contiguë) donne l'exemple. Ces considérations sont toutes d'une importance considérable car elles représentent le cadre assez large dans lequel il convient d'interpréter les dispositions régissant la zone économique exclusive ainsi que la liberté de navigation et les utilisations connexes de ladite zone.

52. Nous sommes donc amenés à conclure qu'en ce qui concerne la juridiction et les droits qu'exercent respectivement l'Etat côtier et l'Etat du pavillon, du moins sur les navires, les dispositions figurant à cet égard dans diverses autres parties de la Convention confirment que les différentes catégories d'Etats exercent ensemble leurs pouvoirs dans la zone économique exclusive sans qu'aucune catégorie prenne le pas sur l'autre.

<sup>49</sup>L'article 21, paragraphe 1, énumère huit types de lois ou règlements relatifs au passage inoffensif que l'Etat côtier peut adopter. La liste recoupe celle de l'article 19. Il convient de noter que la lettre h), comme la lettre g) du paragraphe 2 de l'article 19, fait état de la prévention des infractions « aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'Etat côtier. » A l'article 42, paragraphe 1, on trouve une série très proche de lois et de règlements que peuvent adopter les Etats riverains de détroits. La lettre d) correspond pour l'essentiel à la lettre g) de l'article 19, paragraphe 2. Aux termes de l'article 54, les dispositions de l'article 42 s'appliquent *mutatis mutandis* au passage archipélagique.

<sup>50</sup>Voir Virginia Commentary, vol. II, pp. 164 à 178, 184 à 203, 367 et 378, 481 à 487; *ibid.*, vol. IV, pp. 152, 158 et 159; *ibid.*, vol. IV, pp. 151 et 156.

### *Conclusion sur la liberté de navigation*

53. Je corrobore dans la présente opinion individuelle les conclusions du Tribunal selon lesquelles la législation douanière et les lois connexes de la Guinée ne sont pas applicables parce qu'elles sont incompatibles avec la partie V de la Convention et parce qu'il n'est pas non plus possible d'accepter les justifications particulières que la Guinée invoque, c'est-à-dire la défense de son intérêt public et l'état de nécessité, pour étendre l'application de sa loi au rayon des douanes de sa zone économique exclusive. Je m'écarte de l'arrêt tout en souscrivant néanmoins à ses conclusions en adoptant ici pour méthode de rechercher dans le détail si l'Etat du pavillon est toujours fondé à jouir de la liberté de navigation dans la zone économique exclusive, et, à cette fin, j'interprète les articles 58 et 87 de la Convention. En interprétant ces articles, j'ai principalement étudié certains aspects des parties V et VII, qui constituent le contexte immédiat; j'ai examiné le contexte plus large que constituent diverses autres parties et dispositions, notamment celles qui portent sur la mer territoriale et la zone contiguë et, au besoin, j'ai fait appel à des moyens d'interprétation complémentaires, c'est-à-dire à l'historique de la Convention ainsi qu'aux origines des principes mêmes de la liberté de la haute mer et de la liberté de navigation et, sous certains aspects, aux fondements, historique et juridique, de l'ordre économique et général contemporain à l'échelle mondiale. D'un bout à l'autre, la logique interne de la Convention m'a porté à conclure que l'Etat côtier et l'Etat du pavillon exercent concurremment leurs droits et leur juridiction et que, à première vue, ni l'un ni l'autre ne règne en maître, ni ne prend le pas sur l'autre. Incontestablement, l'institution de la zone économique exclusive n'a pas restreint la liberté de navigation, toujours aussi solide. Les moyens de preuve présentés m'amènent par conséquent à estimer que la Guinée est coupable d'infraction à la liberté de navigation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Toutefois, dans des affaires comme celle-ci, il faudrait que les moyens de preuve et les thèses présentées soient plus détaillés pour permettre d'établir si le navire en cause pratiquait des activités empiétant, à certains égards qui seraient clairement définis, sur la juridiction que l'Etat côtier exerce sur la zone économique exclusive en vertu de la Convention.

### **DERNIÈRES QUESTIONS**

54. Il subsiste quelques questions concernant notamment l'avitaillement en mer, sous certains aspects, la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et le règlement des différends quand ceux-ci opposent des pays en développement. Je formule à présent sur ces questions quelques observations de caractère préliminaire.

### *L'avitaillement en mer*

55. Quand il est bien pratiqué, le principe de l'exercice simultané des pouvoirs peut aider à prévenir les conflits potentiels et, quand il surgit néanmoins un différend, il peut éviter l'impasse (*non liquet*) car il est peu probable que la Convention se prête facilement ou précocement à la négociation d'une réforme. En ce sens, l'application du principe facilite d'autant plus le règlement des différends que la Convention recourt de façon exemplaire à de multiples normes et formules pour traiter les différends potentiels et les questions qui appellent une solution. J'ai déjà cité l'une des formules de la partie V et de la partie VII : il s'agit de l'énoncé imposant aux Etats de tenir « dûment compte des droits et obligations » des autres Etats avec lesquels ils exercent simultanément certains pouvoirs et une certaine juridiction. Le procédé est utilisé sous une forme soigneusement équilibrée et institutionnalisée aux articles 56, paragraphe 2, 58, paragraphe 3, et 87, paragraphe 2, et il est évident que ces dispositions se répondent l'une l'autre. Une autre formule figure à l'article 59 :

#### *Article 59*

*Base de règlement des conflits dans le cas où la Convention n'attribue ni droits ni juridiction à l'intérieur de la zone économique exclusive*

Dans les cas où la Convention n'attribue de droits ou de juridiction, à l'intérieur de la zone économique exclusive, ni à l'Etat côtier ni à d'autres Etats et où il y a conflit entre les intérêts de l'Etat côtier et ceux d'un ou de plusieurs autres Etats, ce conflit devrait être résolu sur la base de l'équité et eu égard à toutes les circonstances pertinentes, compte tenu de l'importance que les intérêts en cause présentent pour les différentes parties et pour la communauté internationale dans son ensemble.

Toutefois, en l'espèce, ni l'une ni l'autre partie n'a sérieusement fait appel à l'article 59. Peut-être est-ce parce que l'une et l'autre estiment apparemment que les faits de la cause ne les incitent pas à s'appuyer sur cette disposition.<sup>51</sup> Il n'empêche que, sans que je prenne position sur l'article 59, il y a lieu de relever l'idée d'« attribution » existant dans cette disposition. Cette idée rappelle que beaucoup d'articles de la Convention portent sur des questions de juridiction, qu'il est possible d'exprimer sous couvert d'attribution. L'Etat côtier exerce des pouvoirs ainsi qu'une juridiction principalement en ce qui concerne les ressources naturelles et des questions connexes, lesdits

<sup>51</sup>L'article 59 soulève plusieurs questions importantes d'interprétation. Elles ont du reste donné lieu à une fort abondante littérature.

pouvoirs et ladite juridiction lui étant attribués dans plusieurs dispositions. Simultanément, ne serait-ce même qu'en ce qui concerne la protection du milieu hébergeant ces ressources, il est attribué, à l'Etat du port et à l'Etat du pavillon, aux organisations internationales et à l'Etat côtier, des pouvoirs et une juridiction concurrents bien que non identiques. On a dit que la partie V attribuait à l'Etat côtier des droits relatifs aux intérêts économiques, aux communications, à la recherche scientifique et aux forages pratiqués sur les fonds marins. Mais, en dépit du caractère globalisant à l'excès et ambitieux de l'intitulé de l'institution, la « zone économique exclusive », les droits économiques n'ont pas, dans l'ensemble, été attribués uniquement à l'Etat côtier. Compte tenu de ce qui ressort de la présente opinion, il en va de même pour l'attribution d'autres droits comme ceux qui concernent les communications et la navigation.

56. Faute d'une argumentation complète et de données exhaustives, je suis aujourd'hui dans l'impossibilité de formuler une conclusion nette quant à l'attribution ou quant à la définition précise du titulaire des droits en matière d'avitaillement en mer, mais, en me plaçant sur un plan très général et en me fondant sur l'analyse systématique que je présente ici, je rappellerai qu'en vertu de l'ordre économique qui revêt aujourd'hui une dimension mondiale, les Etats ont tous droit à la liberté d'accès économique sur terre et sur mer et à la non-discrimination à cet égard. Ce principe étant acquis et compte tenu de l'analyse détaillée que j'ai faite des dispositions de la Convention, il faudrait disposer d'une série complète et claire d'éléments de preuve pour traiter valablement de la question de l'attribution et de celle de l'avitaillement. A première vue, toutefois, les éléments de preuve disponibles ne s'opposent pas à ce que l'on tolère jusqu'à un certain point en tout cas l'utilisation de cet espace maritime par tous les Etats qui exploitent légitimement les eaux non territoriales dans le cadre de leurs compétences, fonctionnelles notamment.<sup>52</sup>

<sup>52</sup>Voir Juda in *O.D.I.L.*, vol. 16 (1986), pp. 32 et 33, 40 et 41 (l'Etat du pavillon et l'Etat côtier exercent concurremment leur juridiction en ce qui concerne la protection du milieu marin; la Convention n'autorise pas à porter massivement atteinte aux droits de navigation). Cf. Arias in *A Latin-American Perspective*, pp. 136 et 137 (à l'avenir, les situations imprévues feront apparaître que l'Etat côtier exerce dans la zone économique exclusive des pouvoirs et une juridiction qui s'étendent davantage avec le temps); Butler in *Ga.J.I.L.*, vol. 6 (1976), p. 114 (la concurrence qui s'exerce dans les utilisations de ce qui est aujourd'hui (avant 1982) la haute mer risque de devenir si intense qu'il faudra certainement remplacer la juridiction de l'Etat du pavillon par un nouvel ordre de la haute mer régi, peut-être, par des institutions internationales); Attard, pp. 64 et 65 (en ce qui concerne l'économie, les communications, la recherche scientifique, les forages, les droits sont d'ores et déjà attribués; on peut résoudre la question des droits non encore attribués en ce qui concerne la zone économique exclusive en faisant appel à l'équité, puisque les Etats en compétition disent vouloir répondre aux besoins de la communauté internationale); Galindo Pohl in *A Latin-American Perspective*, p. 46 (les droits économiques sont attribués à l'Etat côtier; l'incertitude entoure les droits supplétifs).

### *La prompte mainlevée*

57. En l'espèce, le Tribunal n'a pas accordé au demandeur les dommages-intérêts réclamés au titre du retard que le défendeur aurait mis à se conformer à l'arrêt rendu par le Tribunal le 4 décembre 1997, lequel ordonnait la prompte mainlevée du *Saiga* contre la fourniture par le demandeur d'une certaine garantie financière. Les raisons données sont que, si la mainlevée de l'immobilisation du navire 80 jours après le dépôt de la caution « ne peut pas être considérée comme une prompte mainlevée de l'immobilisation du navire »<sup>53</sup> en l'espèce, plusieurs causes expliquent jusqu'à un certain point le retard mis à procéder à cette mainlevée. A mon avis, ce sont des causes différentes qui sont imputables à chacune des parties. Parmi ces causes, il y a le fait que les parties ne se sont pas entendues sur les modalités d'exécution de l'arrêt ordonnant la prompte mainlevée, ni sur le libellé de la garantie bancaire (rédigée initialement en anglais), que la communication a été difficile entre elles, que leurs représentants ont dû voyager et que la communauté internationale n'a pas acquis l'habitude de cette obligation de prompte mainlevée imposée par la Convention.

58. La rapidité étant donc requise, les parties ne doivent épargner aucun effort pour accélérer la procédure. A mon sens, le Tribunal ayant bien mené à son terme la première affaire de cette nature dont il était saisi, les affaires de prompte mainlevée vont avec le temps acquérir un caractère relativement routinier, et la question cruciale consistera à établir le caractère « raisonnable » de la caution financière.<sup>54</sup> Ce caractère raisonnable entre évidemment en jeu au paragraphe 1 de l'article 292, c'est-à-dire dans les affaires où il est allégué, généralement par un Etat du pavillon, que les

<sup>53</sup>Paragraphe 165 de l'arrêt. Il faut noter que l'article 292, paragraphe 1, de la Convention n'accorde aux parties qu'un délai maximum de 10 jours à compter de l'immobilisation du navire pour désigner d'un commun accord la cour ou le tribunal qu'elles saisiront du différend. Pour la suite, le Règlement du Tribunal prévoit un délai de 20 jours au total pour mener à bien toutes les phases de la procédure, y compris la lecture de l'arrêt. Cela donne à penser que l'exécution de l'arrêt doit faire l'objet de la même rapidité.

<sup>54</sup>C'est ce qui ressort très nettement de la condition à remplir pour porter plainte telle que l'a adoptée la Convention en ce qui concerne les affaires de ce type : la condition est « qu'il [soit] allégué » que l'Etat qui a immobilisé le navire n'a pas observé les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation. Nous rappellerons donc que dans l'affaire relative à la prompte mainlevée du *Saiga*, le Tribunal a fait savoir que le critère de jugement en pareil cas est que l'allégation soit « défendable » ou « suffisamment plausible ». Voir Lauterpacht in *Liber Amicorum : Professor Ignaz Seidel-Hohenveldern in honour of his 80th birthday* (G. Hafner et al., eds., 1998), p. 395, qui prend note en premier lieu de cette condition fondamentale de l'« allégation » et constate que la technique a d'autant plus de relief qu'elle figure dans cinq autres choix de procédure définis à l'article 287 et, en second lieu, de la nature du critère de jugement retenu par le Tribunal. Voir également Rosenne in *Int'l Jo. Mar. and Coastal L.*, vol. 13, pp. 487, 513 et 514 (ce critère « répond à la pratique très courante des cours et tribunaux internationaux pour qui, dans les procédures en prescription de mesures conservatoires, le bénéfice du doute doit être acquis à l'Etat demandeur »).

autorités locales n'ont pas observé les dispositions de la Convention qui prévoient, à diverses reprises, la prompte mainlevée « dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière ». Ce caractère raisonnable revêt également une importance cruciale quant à la latitude que le paragraphe 4 confère aux cours et tribunaux internationaux pour ordonner la prompte mainlevée « [d]ès le dépôt de la caution ou de l'autre garantie financière déterminée par la cour ou le tribunal ». La garantie dont une juridiction internationale demandera le versement sera par hypothèse raisonnable. Dans la première affaire relative au *Saiga*, le Tribunal a fixé le montant et défini, en gros, la « nature et la forme » de la garantie, mais il a laissé les parties en régler les détails. Il n'est pas prévu de se montrer « raisonnable » dans ces situations et, comme on l'a vu en l'espèce, les causes de retard sont multiples. Il est donc clair qu'à l'avenir il sera plus facile de réaliser rapidement la prompte mainlevée et de garantir le caractère raisonnable de la procédure en particulier si les parties demandent à l'occasion au Tribunal de les aider, une fois l'arrêt rendu, à s'entendre sur différents points touchant la garantie.

#### *Le règlement des différends entre pays en développement*

59. En l'espèce, pour soutenir que l'application de sa législation dans le rayon des douanes se justifiait par la défense de son intérêt public et l'état de nécessité, le défendeur a plaidé l'importance que revêtaient pour lui les recettes tirées des taxes perçues sur les ventes de produits pétroliers ayant actuellement lieu en mer (voir, par exemple, ITLOS/PV.99/15, p. 10 et p. 22 (16 mars)). A un autre moment, le défendeur a fait observer qu'un petit pays en développement n'a pas d'aéronef pour envoyer les signaux requis (sonores ou visuels) aux navires commettant des infractions en matière de pêche quand il se lance à leur poursuite (ITLOS/PV.99/15, p. 21 (16 mars)).

60. Le défendeur tire ici évidemment argument des difficultés graves et compréhensibles qu'éprouve un pays en développement manquant de moyens pour assurer le bien-être national, tirer parti d'un grand nombre d'aspects de la Convention, soutenir la concurrence sur les marchés internationaux et défendre ses intérêts économiques à l'échelle internationale. A cet égard, il convient de rappeler les objectifs et les finalités de la Convention définis au cinquième point de son préambule, suivant lequel « la réalisation [des] objectifs [énoncés au quatrième point du préambule] contribuera à la mise en place d'un ordre économique international juste et équitable dans lequel il serait tenu compte des intérêts et besoins de l'humanité tout entière ... ». Et le cinquième point vise ensuite « en particulier, [les] intérêts et besoins spécifiques » d'un secteur de l'humanité dont il faut se préoccuper tout spécialement et qui a très largement inspiré la création de l'institution de la zone économique

exclusive. Il s'agit du secteur des pays en développement, au profit desquels la Convention prévoit en plusieurs endroits des dispositions spécifiques. Nous admettons donc avec sympathie que le défendeur manifeste son ambition avec autant d'intensité et de sincérité, mais nous devons prendre également en considération les obstacles qui s'opposeront dans la pratique à la réalisation de cette ambition. Par exemple, il y a lieu de rappeler qu'en l'espèce le demandeur est lui aussi un pays en développement.

61. Toutefois, quand le défendeur fait valoir des moyens aussi nettement extra-conventionnels que l'intérêt public et l'état de nécessité, il remet à l'honneur des moyens de chercher à obtenir réparation qui sont connus : il tente d'exploiter des mécanismes de dérogation qu'un traité régissant la situation prévoit expressément ou implicitement, ou des mécanismes que les parties à un différend ou bien la cour ou le tribunal saisi reconnaissent comme applicables à l'espèce en vertu du droit international. Je citerai à titre d'exemple les cas d'application de la clause *rebus sic stantibus*. On connaît bien aussi, en droit économique international, le procédé qui consiste à se soustraire temporairement aux obligations d'un traité économique alors que le traité prévoit souvent lui-même assez généreusement des dérogations de ce type. Ces méthodes, et il y en a d'autres, peuvent se justifier.<sup>55</sup> Bien entendu, dans les affaires dans lesquelles la Convention intervient, le recours à ces arguments fait normalement l'objet d'une analyse interprétative. En outre, ces thèses se heurtent à des obstacles qui sont notamment que les institutions complexes et nombreuses créées par la Convention de 1982 représentent des compromis importants, qu'il n'est pas facile d'ébranler; et que ces nouvelles règles juridiques se situent assez haut sur l'échelle hiérarchique pour résister à toute dérogation.<sup>56</sup>

(Signé) Edward A. Laing

<sup>55</sup>Voir Laing, *Wisc. I.L.J.*, vol. 14 (1996), pp. 311 et 312. On trouve un exemple de ces mécanismes à l'article 221 de la Convention. On ne peut pas prédire si ces méthodes sont de nature à apaiser comme il convient les craintes qu'exprime le défendeur, qui dit avoir peur d'entendre un jour décréter que le commerce en mer est totalement hors taxe (ITLOS/PV.99/18, p. 33 (20 mars)). Quoi qu'il en soit, il faut, pour traiter les problèmes tels qu'ils sont perçus, faire appel aux mécanismes juridiques appropriés.

<sup>56</sup>Je ne prends pas parti sur l'idée que les règles énoncées dans la Convention, ou du moins un bon nombre d'entre elles, auraient le caractère de « règles constitutionnelles ».