

Opinion dissidente de M. le juge *ad hoc* Treves

(Traduction du Greffe)

1. Je regrette de ne pas avoir pu conclure comme le Tribunal qu'il était compétent et que la requête du Panama était recevable. Je ne partage pas l'approche adoptée dans l'arrêt et je suis convaincu que le Tribunal n'est pas compétent et que la requête du Panama est irrecevable. La présente opinion expose les principales raisons qui motivent cette conviction et ne saurait être interprétée comme constituant un accord de ma part avec les aspects de l'arrêt qui n'y sont pas examinés.

2. J'ai voté contre les deux points du dispositif. Si ce dernier avait été articulé de manière à permettre un vote séparé sur chacune des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par l'Italie, une vue plus nuancée de la position des membres du Tribunal, y compris de la mienne en tant que juge *ad hoc*, se serait dégagée et la transparence y aurait grandement gagné.

Déclaration du Panama en vertu de l'article 287 de la Convention et étendue de la compétence du Tribunal

3. La présente affaire est soumise par le Panama sur le fondement des déclarations faites par les Parties en vertu de l'article 287 de la Convention, dans lesquelles elles indiquent leur préférence s'agissant de la cour ou du tribunal devant être saisi dans le cadre de la compétence obligatoire prévue à l'article 286. Alors que la déclaration italienne a été faite en 1997 et qu'elle est formulée en termes généraux, celle du Panama date de 2015 et ne vise que le différend entre le Panama et l'Italie « concernant l'interprétation ou l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer provenant de la détention du navire-citerne motorisé NORSTAR, battant pavillon panaméen ».

4. On peut se demander si le fait de restreindre une déclaration faite en vertu de l'article 287 à une seule affaire est compatible avec cet article. Je n'entrerai pas dans cette discussion puisque le Tribunal estime, à tort ou à raison, que le précédent établi par l'arrêt rendu en l'affaire du navire « Louisa » règle la question.

5. Je cite la déclaration du Panama afin de montrer que la compétence *ratione materiae* du Tribunal ne peut s'étendre au-delà de ce qui est visé dans cette

déclaration, à savoir un différend né de l'immobilisation du « NORSTAR ». On parle d'« immobilisation » lorsque les autorités d'un Etat empêchent un navire de quitter un port ou un lieu de mouillage relevant de la souveraineté dudit Etat (dans sa requête, le Panama parle tout aussi bien d'« immobilisation » que de « saisie », terme dont le sens est plus technique et plus étroit). Cela ressort notamment de l'emploi de ce terme dans l'article 292, paragraphe 1, de la Convention.

6. L'arrêt conclut qu'un différend existe entre le Panama et l'Italie, mais évite soigneusement d'en préciser l'objet. Cela vise à mon avis à permettre d'établir un lien entre le différend et l'article 87 de la Convention, ce qui, comme je le soutiendrai plus loin, constitue de mon point de vue l'aspect le plus contestable de l'arrêt. Il aurait suffi d'une lecture correcte de la déclaration du Panama pour exclure que cette déclaration s'applique à un tel lien.

La position de M. Carreyó et les conditions énoncées à l'article 283

7. L'arrêt examine longuement le point de savoir si l'on peut considérer que diverses communications adressées par M. Carreyó aux autorités italiennes proviennent d'un représentant du Panama. Il conclut qu'à compter de la réception de la note verbale du Panama en date du 31 août 2004 « l'Italie connaissait pertinemment l'autorisation donnée à M. Carreyó par le Panama » et que cette note verbale « traite d'une manière générale des pouvoirs dont M. Carreyó est investi en tant que représentant du Panama, que ces pouvoirs ne sont pas circonscrits aux procédures de l'article 292 de la Convention et qu'ils ne l'empêchent pas de représenter le Panama durant la phase préalable à l'instance » (par. 96).

8. Il ressort toutefois d'une lecture attentive de la note verbale du 31 août 2004, que cette conclusion est loin d'être exprimée aussi « clairement et sans ambiguïté » que le Tribunal l'affirme au paragraphe 96 de son arrêt. La note indique que M. Carreyó agit en tant que représentant de la République du Panama et des intérêts du « Norstar » « devant le Tribunal international du droit de la mer, sis à Hambourg ». Elle indique qu'une note du 2 décembre 2000 constitue le moyen « en vertu » duquel M. Carreyó agit en tant que représentant. L'Italie ignorait l'existence de cette dernière note avant que M. Carreyó ne lui en communique une copie par télécopie du 31 août 2004, dans laquelle

il affirmait de manière trompeuse que la note l'autorisait « à agir au nom du Gouvernement du Panama dans l'affaire du Norstar. » Le texte de la note du 2 décembre 2000 ne confère toutefois pas à M. Carreyó des pouvoirs de représentation aussi étendus. Il s'agit d'une lettre adressée au Greffier du Tribunal, indiquant que M. Carreyó était autorisé à représenter le Panama devant le Tribunal « conformément à l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer » et qu'il représenterait les intérêts du « Norstar » devant le Tribunal. Les pouvoirs de M. Carreyó étaient donc limités à une procédure de prompt mainlevée et il était difficile de déterminer s'il était prévu qu'une telle procédure serait engagée directement par le Panama, représenté par M. Carreyó, ou par M. Carreyó en qualité de représentant du navire « Norstar », « au nom » du Panama en vertu de l'article 292, paragraphe 2.

9. Au vu de ces documents, l'Italie avait de bonnes raisons de croire que les pouvoirs de M. Carreyó ne portaient sur rien d'autre que sur une procédure de prompt mainlevée. Cette présomption était d'autant plus justifiée qu'en 2004, et jusqu'au 29 avril 2015, la prompt mainlevée était l'unique type de procédure à laquelle l'Italie et le Panama pouvaient être parties dans le cadre d'une affaire devant le TIDM. De fait, jusqu'au 29 avril 2015, le Panama n'avait pas fait de déclaration en vertu de l'article 287, de telle sorte que la juridiction compétente pour connaître d'une affaire contentieuse aurait été un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII et non le TIDM.

10. Le fait que l'Italie n'ait pas répondu aux communications de M. Carreyó ni aux notes verbales du Panama montrant l'étroitesse des pouvoirs qui lui avaient été conférés est peut-être regrettable du point de vue de la courtoisie, mais il est compréhensible et justifié et ne constitue assurément pas une preuve de mauvaise foi.

11. Compte tenu de ce qui précède, je ne peux pas partager l'avis du Tribunal selon lequel il convient de rendre l'Italie responsable de l'absence de l'échange de vues prévu à l'article 283. Il n'en reste pas moins que ledit échange de vues n'a pas eu lieu et qu'une condition préalable à l'existence de la compétence n'est donc pas remplie.

Le différend allégué et l'article 87 de la Convention

12. Les doutes légitimes quant au statut de M. Carreyó justifient à mon avis le fait que l'Italie n'ait pas contredit les allégations de M. Carreyó et qu'elle ait étayé sa propre thèse selon laquelle il n'existait pas de différend, au sens

juridique du terme, entre le Panama et l'Italie. Le Tribunal parvient néanmoins à la conclusion qu'un différend existait, mais sans en préciser l'objet. Qui plus est, le Tribunal accepte la thèse suivant laquelle le présent différend concerne l'interprétation ou l'application de la Convention. La raison avancée pour ce faire est que le Panama, se fondant sur le fait que l'ordonnance de saisie prise par le procureur du tribunal de Savone concernait des activités menées en haute mer, avait invoqué une éventuelle violation de l'article 87 de la Convention.

13. Je conteste cet argument, qui pourrait peut-être servir, dans une procédure en prescription de mesures conservatoires, à étayer la thèse selon laquelle le Tribunal avait compétence *prima facie*. Mais une décision portant sur des exceptions préliminaires d'incompétence, comme c'est le cas en l'espèce, est rendue par voie d'arrêt et non pas *prima facie*. A mon avis, il aurait fallu soumettre l'affirmation de la compétence à un examen plus rigoureux, qui ne serait pas limité aux seuls arguments des Parties. En matière de compétence, le Tribunal doit être convaincu qu'il est compétent.

14. Le Tribunal aurait dû en particulier tenir compte de ce qui suit. L'Italie a exercé son droit souverain de poursuivre des infractions pénales présumées à sa législation fiscale et douanière, qui auraient été commises au moyen du navire « Norstar ». Dans le cadre de la procédure, le procureur du tribunal de Savone a pris le 11 août 1998 une ordonnance de saisie du « Norstar », en tant que corps du délit ; ce navire a de fait été saisi, grâce à la coopération des autorités espagnoles, dans la baie de Palma de Majorque en septembre 1998. Le 13 mars 2013, le tribunal de Savone a relaxé tous les prévenus et annulé la saisie du navire. Cette annulation n'ayant pas fait l'objet d'un recours en appel, elle est devenue définitive, alors que l'acquittement des prévenus a fait l'objet d'un appel, avant d'être confirmée par la Cour d'appel de Gênes.

15. Il n'existe pas de divergence de vues entre le Panama et l'Italie quant à la licéité du soutage de yachts en haute mer. Tous deux affirment que cette activité est licite – pour ce qui est de l'Italie, par la voix de ses autorités judiciaires dans le cadre des procédures devant le tribunal de Savone et la cour d'appel de Gênes. La question qui reste en suspens entre les deux Etats est seulement celle des dommages subis par le « Norstar » dans le cadre de l'exercice par l'Italie de son droit souverain de poursuivre les infractions présumées. On ne peut toutefois pas soutenir que ces dommages sont la conséquence d'un fait illicite. Néanmoins, on peut estimer qu'il est possible de demander réparation du préjudice subi. La législation nationale italienne offre des moyens d'obtenir une telle réparation. On pourrait peut-être également avancer qu'il est possible de

demander réparation en vertu du droit international. Mais il ne s'agirait pas de la réparation du préjudice causé par un fait illicite. Par ailleurs, cette demande en réparation aurait-elle trait, d'une façon ou d'une autre, à l'interprétation ou à l'application de la Convention ? Je ne le crois pas. Il existe dans la Convention un exemple clair de disposition prescrivant l'indemnisation d'un dommage causé par des faits qui ne sont pas illicites. Il s'agit du paragraphe 3 de l'article 110. Mais l'affaire qui nous occupe n'en relève pas.

16. Les considérations qui précèdent me semblent suffisantes pour affirmer que le différend résultant de l'immobilisation du navire « Norstar » n'a rien à voir avec l'interprétation ou l'application de la Convention.

17. Le Tribunal déclare également que l'article 300, et pas seulement l'article 87, peut être pertinent pour établir sa compétence. A la lumière des précédents dûment rappelés dans l'arrêt, selon lesquels l'article 300 portant sur la bonne foi et l'abus de droit, ne saurait être invoqué de façon autonome, il faudrait soutenir que l'abus de droit ou l'absence de bonne foi s'appliquent en ce qui concerne l'application ou l'interprétation de l'article 87. Au regard des arguments qui précèdent, cette approche n'est pas défendable.

18. Je conviens que l'on pourrait considérer que certains des points susmentionnés relèvent du fond de l'affaire. Cela aurait été une raison pour déclarer, en vertu de l'article 97, paragraphe 6, du Règlement du Tribunal, que l'exception n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire.

Épuisement des recours internes

19. Un autre aspect de l'arrêt avec lequel je suis en désaccord concerne le rejet par le Tribunal de l'exception d'irrecevabilité de la requête du Panama, soulevée par l'Italie au motif du non-épuisement des recours internes. Bien qu'il la cite, le Tribunal n'examine pas la position qu'il a prise dans son arrêt en l'affaire du navire « Louisa », où il s'appuie sur les articles de la CDI sur la protection diplomatique. Selon ces articles, pour établir si, dans une affaire donnée, une réclamation est « directe » ou « indirecte », il convient d'« appliquer le critère de la prépondérance ». Le Tribunal se contente d'affirmer qu'étant donné qu'il a conclu que les articles 87 et 300 sont « pertinents », la requête du Panama a été « introduite (...) au motif d'un préjudice qu'il avait subi lui-même », de telle sorte que la demande en réparation du préjudice causé aux personnes et entités découle du préjudice que le Panama aurait subi et qu'elle n'est donc pas soumise à la règle de l'épuisement des recours internes.

20. C'est pourquoi la demande en réparation du préjudice causé aux personnes et entités, qui est à l'origine de cette affaire et qui en est assurément la cause, n'est même pas examinée en vue de déterminer si elle est prépondérante ou non par rapport au préjudice direct qui aurait été subi par le Panama. Si l'on suivait cette logique, il n'y aurait jamais d'affaires mixtes auxquelles on pourrait appliquer le critère de la prépondérance. En pratique, cela aurait pour effet de supprimer l'article 295 ou d'en réduire considérablement la portée. Un tel effet serait manifestement contraire à la Convention et compromettrait le sage équilibre qu'elle établit entre droit interne et droit international.

(*signé*) T. Treves