

Opinion individuelle commune de MM. les juges Wolfrum et Attard

(Traduction du Greffe)

1. Nous avons décidé de voter en faveur de l'arrêt du 4 novembre 2016 rendu en l'*Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie), exceptions préliminaires*. Néanmoins, nous regrettons de ne pouvoir souscrire à toutes les conclusions et à certains des principaux raisonnements qui y sont exposés. Les motifs de ce choix seront expliqués plus loin.

2. Avant d'examiner les aspects problématiques de cet arrêt, il nous semble important d'exposer certaines considérations d'ordre général.

Exceptions préliminaires : quelques considérations d'ordre général

3. Les exceptions préliminaires sont régies par l'article 97 du Règlement du Tribunal dans le cadre fixé par l'article 294 de la Convention. Elles constituent un instrument procédural par lequel il est possible de contester la compétence du Tribunal et la recevabilité d'une affaire sans aborder les questions de fond. Aux termes de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B, n° 76, p. 16*, ces procédures portent sur « toute exception dont l'effet, si elle était retenue par la Cour, serait de mettre fin à la procédure dans l'affaire en cause, et dont il conviendrait, par conséquent, pour la Cour de s'occuper avant d'aborder le fond. » Comme la Cour internationale de Justice (CIJ) l'a fait observer dans son arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne) (C.I.J. Recueil 1964, p. 44)* : « l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. » Occasionnellement, cela peut poser un problème puisqu'il arrive que des questions de compétence soient étroitement liées à des questions de fond et que, autrement dit, elles doivent être tranchées en relation avec des questions qui détermineront la décision au fond. Pour surmonter ce problème, la CIJ s'est refusée dans plusieurs affaires à statuer sur telle ou telle exception au motif que l'exception en question n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire. Cela signifiait, *de facto*, que l'exception était jointe au fond. Le Tribunal n'a pas fait usage de cette possibilité, même si elle pouvait se justifier pour certaines des exceptions soulevées par l'Italie. Nous reviendrons sur ce point par la suite.

4. Une décision sur les exceptions préliminaires prend la forme d'un arrêt sur les exceptions soulevées, ayant force obligatoire pour les parties concernées (*res judicata*). Cela signifie en principe qu'il n'est pas possible, au stade de l'examen au fond de l'affaire, de soulever à nouveau une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité sur laquelle il a déjà été statué par voie d'arrêt, ni de revenir sur une question déjà tranchée à ce stade. La procédure relative aux exceptions préliminaires diffère à cet égard sensiblement d'une décision sur la compétence prise dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires. Dans ce dernier cas, la décision sur la compétence et la recevabilité est rendue *prima facie*, sans préjuger le fond ; dans une procédure sur les exceptions préliminaires, la décision est, comme nous l'avons déjà dit, définitive. Cela a nécessairement des répercussions sur l'appréciation des faits, et sur l'interprétation et l'application des dispositions sur les limites de la compétence et de la recevabilité. Les critères appliqués par le Tribunal doivent être à la mesure du fait que la décision est une décision définitive ; nous estimons par conséquent que le critère employé pour établir la compétence *prima facie* dans les procédures de mesures conservatoires n'est pas suffisant pour les besoins d'une procédure relative aux exceptions préliminaires.

5. Malheureusement, l'arrêt reste – à notre avis – vague quant au critère à l'aune duquel il apprécie le raisonnement du Panama. Par exemple, il indique au paragraphe 122 qu'il « est possible de considérer que l'ordonnance de saisie prise par le procureur du tribunal de Savone à l'encontre du "Norstar" à raison d'activités qu'il menait en haute mer et la demande de sa mise à exécution adressée par le procureur du tribunal de Savone constituent une violation des droits du Panama en tant qu'Etat du pavillon au regard de l'article 87. » Que signifie réellement le passage « il est possible de considérer que (...) constituent une violation » ? Sur quoi se fonde-t-il en fait et en droit ? L'expression décisive est à notre avis « il est possible de considérer que ». Qu'est-ce qui a amené le Tribunal à une telle conclusion ? Au fond, cette phrase n'est rien d'autre que la répétition de l'assertion du Panama, mais aucun raisonnement juridique ne vient l'étayer. Rien ne permet de dire que le simple fait, pour le procureur, de prendre une ordonnance de saisie et de demander sa mise à exécution contrevient *ipso facto* aux droits du Panama en tant qu'Etat du pavillon, ni que le libellé ou l'objet et le but de l'article 87 de la Convention s'appliquent à la situation du « Norstar ». Nous notons que le Tribunal lui-même entretient quelques doutes quant à la solidité de son raisonnement. Au lieu de postuler que le raisonnement présenté par le Panama suffit à le convaincre de la validité de sa position au regard de l'article 87 de la Convention, le Tribunal conclut que « ledit article est pertinent en l'espèce. » A notre avis, le critère d'appréciation

employé dans l'arrêt est même moins strict que le critère d'appréciation *prima facie* appliqué dans les procédures de mesures conservatoires.

Reconnaissance par les parties de la compétence du Tribunal

6. L'Italie a reconnu la compétence du Tribunal par sa déclaration du 26 février 1997 :

En application de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, le Gouvernement de l'Italie a l'honneur de déclarer que, pour le règlement des différends relatifs à l'application et à l'interprétation de la Convention ainsi que de l'Accord adopté le 28 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI, il choisit le Tribunal international du droit de la mer et la Cour internationale de justice, sans prévoir aucune priorité entre les deux.

Avec cette déclaration aux termes de l'article 287 de la Convention sur le droit de la mer, le Gouvernement de l'Italie veut confirmer sa confiance dans les organes préconstitués de justice internationale. Aux termes du paragraphe 4 de l'article 287, l'Italie considère avoir choisi « la même procédure » en relation à tout Etat partie ayant choisi le Tribunal international du droit de la mer ou la Cour Internationale de Justice.

7. Le Panama n'a présenté sa déclaration en vertu de l'article 287 qu'en 2015. Elle se lit comme suit :

En application des dispositions du paragraphe 1 de l'article 287 de la Convention du 10 décembre 1982 des Nations Unies sur le droit de la mer, le Gouvernement de la République du Panama déclare par la présente qu'il reconnaît la compétence et la juridiction du Tribunal international du droit de la mer pour le règlement du différend entre le Gouvernement de la République du Panama et le Gouvernement de la République italienne 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.

8. La déclaration faite par le Panama en vertu de l'article 287 de la Convention est largement postérieure à la naissance du différend et précède de peu le dépôt de la requête. Au vu des informations dont dispose le Tribunal, il est – selon nous, tout du moins – difficile de dire quand le différend est né ou quand les faits qui en sont à l'origine, et dont il est question au paragraphe 122

de l'arrêt, se sont produits. La réponse à cette question est décisive pour l'imputation de la responsabilité du fait allégué : – faut-il l'attribuer uniquement à l'Italie ou à l'Italie et à l'Espagne conjointement ? La réponse à cette question est également importante pour circonscrire la portée du différend (sur ce sujet, voir *infra*). La position de l'arrêt est qu'« il est possible de considérer que » l'ordonnance de saisie prise par le procureur et la demande de mise à exécution « constituent une violation des droits du Panama en tant qu'Etat du pavillon au regard de l'article 87 » (par. 122). Il est évident que sans cette ordonnance, le « Norstar » n'aurait pas été immobilisé. Mais il est tout aussi vrai que s'il n'avait pas été immobilisé par les autorités espagnoles, le navire aurait continué à jouir de la liberté de navigation en haute mer. De plus, nous considérons que le fait que le paragraphe 122 ne mentionne pas le rôle des autorités espagnoles constitue une lacune grave. Nous reviendrons plus loin sur ce point, dans la section intitulée « Le principe de la tierce partie indispensable ».

9. La déclaration de l'Italie et celle du Panama ont une portée différente. Celle du Panama est limitée à l'*Affaire du navire « Norstar »*, tandis que celle de l'Italie vise tous les différends concernant l'interprétation et l'application de la Convention. Cette différence impose d'examiner deux questions : est-il possible de limiter la déclaration de reconnaissance de la compétence du Tribunal à une seule affaire, et quelle est la portée de la compétence du Tribunal dans l'hypothèse où, comme dans la présente espèce, les deux déclarations diffèrent de manière significative. Il convient de noter que dans ses exceptions préliminaires l'Italie ne traite pas de la question de la divergence entre les deux déclarations déposées en vertu de l'article 287 de la Convention. Cela n'interdit toutefois pas au Tribunal de l'examiner, puisqu'il lui appartient de s'assurer qu'il est compétent pour connaître de l'affaire.

10. L'arrêt aborde brièvement la portée de la compétence du Tribunal au paragraphe 58, sans toutefois se demander si la pratique consistant à formuler des déclarations de portée limitée est admissible au regard de la Convention. Sur ce dernier point, le Tribunal déclare dans l'arrêt rendu le 28 mai 2013 en l'*Affaire du Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne) (TIDM Recueil 2013, p. 30, par. 79)*, que la Convention n'interdit pas de faire des déclarations limitées à une catégorie déterminée de différends, ni d'en déposer juste avant l'introduction d'une instance. Pour justifier sa position, le Tribunal s'était alors borné à déclarer que la Convention n'excluait pas cette possibilité et que certains Etats avaient limité leur déclaration d'acceptation de la compétence de la CIJ et que la Cour avait approuvé cette pratique. Nous avions espéré que l'arrêt proposerait un raisonnement plus convaincant, car

cette pratique n'est guère conciliable avec le principe de l'égalité des armes. La décision précitée rendue en l'*Affaire du Navire « Louisa »* ne peut être invoquée ici, puisque dans sa déclaration faite en application de l'article 287 de la Convention Saint-Vincent-et-les-Grenadines avait accepté toute une catégorie d'affaires (voir le paragraphe 75), alors que le Panama n'accepte la compétence du Tribunal que pour une seule affaire.

11. Dans l'arrêt précité rendu en l'*Affaire du Navire « Louisa »*, le Tribunal a de plus déclaré (voir au supra paragraphe 81), que lorsque les déclarations faites en vertu de l'article 287 de la Convention ont une portée différente, il n'est compétent pour statuer sur le fond de l'affaire que dans la mesure où le contenu des déclarations des Parties coïncide. Il s'agit d'un sujet d'importance. L'arrêt aurait dû indiquer que les déclarations faites en vertu de l'article 287 de la Convention expriment tant la reconnaissance de la compétence du Tribunal par les Etats parties que la portée de cette acceptation, et que l'exercice par le Tribunal de ses pouvoirs judiciaires est conditionné par le consentement mutuel des deux parties au différend.

Existence d'un différend entre le Panama et l'Italie

12. Nul ne conteste que l'existence d'un différend constitue pour une juridiction la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire. Dans l'ordonnance qu'il a rendue le 27 août 1999 dans les *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)* (TIDM Recueil 1999, p. 293, par. 44), le Tribunal a indiqué qu'un différend est « un “désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts” (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt no. 2, 1924, C.P.I.J. série A no. 2, p. 11*) et “[qu'il] faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre” (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*) ». Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt rendu par la CIJ le 5 octobre 2016 en l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)* (*exceptions préliminaires, par. 27 et suivants ; voir en particulier la déclaration du Président Abraham*).

13. Il convient de distinguer clairement l'existence d'un différend de la portée de ce différend ; l'arrêt n'y procède qu'implicitement (au paragraphe 104). La première doit être établie au stade des exceptions préliminaires, alors que, pour la seconde, il est tout à la fois nécessaire et suffisant que le requérant

montre que le différend relève de la compétence du Tribunal d'une manière générale et au regard de la déclaration faite en vertu de l'article 287 mentionnée plus haut. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

14. La requête du Panama et les lettres adressées au Gouvernement italien, en particulier les notes verbales, sont essentielles pour établir l'existence d'un différend juridique entre les Parties. Certaines mesures de portée limitée prises par le Gouvernement italien entrent également en ligne de compte.

La requête du Panama du 16 décembre 2015 se lit comme suit :

En conséquence, le demandeur demande au Tribunal de dire et juger que :

1. Le défendeur a enfreint les articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 226 et 300 de la Convention ;
2. Le demandeur a droit aux dommages et intérêts qui seront déterminés lors de la procédure au fond et qui sont provisoirement estimés à dix millions (10 000 000) de dollars ; et
3. Le demandeur a droit au remboursement de tous les honoraires d'avocat, frais et dépenses accessoires.

15. A l'audience, il a beaucoup été question des diverses lettres adressées par M. Carreyó au Gouvernement italien, et l'arrêt en rend compte avec précision (aux paragraphes 66 à 86 et de nouveau aux paragraphes 87 à 89). Le fait que les diverses lettres envoyées par M. Carreyó aient été examinées dans le détail est hors de propos. Cela dit, il est peut-être opportun de signaler que le traitement réservé par l'Italie aux deux notes verbales que lui a adressées le Panama n'est pas approprié.

16. L'existence d'un différend juridique est devenue manifeste au plus tard le 31 août 2004, lorsque M. Carreyó a transmis à l'ambassade d'Italie au Panama la procuration que le Gouvernement panaméen avait adressée au Tribunal le 2 décembre 2000. Ladite procuration n'autorisait M. Carreyó à représenter le Panama qu'à seule fin d'engager une procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal sur le fondement de l'article 292 de la Convention. Le même jour, le Ministère panaméen des affaires étrangères avait envoyé à l'Italie une note verbale dans laquelle il confirmait le mandat de M. Carreyó. Le 7 janvier 2005, le Ministère panaméen des affaires étrangères a adressé une communication à l'Italie dans laquelle il la priait instamment de lever la saisie du navire

« Norstar » et confirmait le mandat de M. Carreyó en tant que représentant de l'Etat et des propriétaires.

17. L'arrêt mentionne que les lettres susvisées ont toutes été envoyées sur papier à en-tête du cabinet de M. Carreyó. Mais ce qu'il ne mentionne pas, c'est que toutes ces lettres, de même que les notes verbales n° 227 et 97, ont été envoyées avant que le Panama ne reconnaisse la compétence du Tribunal par sa déclaration de 2015. Lorsqu'elles indiquaient que l'affaire pourrait être portée devant le Tribunal, ces lettres et notes verbales mentionnaient donc une juridiction qui, à cette époque, n'était de toute évidence pas compétente. Par ailleurs, il y était question de l'engagement d'une procédure de prompt mainlevée. Or la présente affaire n'est manifestement pas une affaire de prompt mainlevée. Ces faits auraient dû être pris en compte lors de l'examen des documents pertinents.

18. Sans vouloir nier la pertinence desdits faits, nous estimons que le raisonnement de l'Italie n'est pas convaincant. Il appert de toutes les communications susvisées que la licéité de la saisie et de l'immobilisation du « Norstar » était contestée. On ne saurait tirer prétexte du fait que l'Italie n'a pas répondu à ces communications pour contester l'existence d'un différend juridique, quand bien même la définition d'un tel différend requerrait, entre autres, de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ». Exciper du silence pour nier à une situation litigieuse le caractère de différend juridique ne saurait, en toute bonne logique, être admis. Il serait par trop facile de se soustraire à l'obligation de règlement pacifique des différends si l'absence de réponse ou la non-participation à une procédure signifiaient la fin de ladite procédure. Il nous semble que c'est exactement en ce sens qu'il faut comprendre le passage de l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire de *l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 2011*, p. 84, par. 30, que cite le Panama : « l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation, dans des circonstances où une telle réaction s'imposait. »

Portée du différend

19. Une fois accepté le fait qu'il existe bien un différend juridique entre le Panama et l'Italie, la question demeure de savoir quelle est sa portée et s'il concerne l'interprétation et l'application de la Convention. Sur ce point, il convient d'appeler l'attention sur l'article 24, paragraphe 1, du Statut et sur l'article 54, paragraphes 1 et 2, du Règlement.

20. Invoquant la jurisprudence de la CIJ, le Tribunal a déclaré ce qui suit au paragraphe 99 de l'arrêt précité qu'il a rendu en l'*Affaire du navire « Louisa »* :

Pour que le Tribunal puisse déterminer s'il a compétence, il faut qu'il établisse un lien entre les faits allégués par Saint-Vincent-et-les-Grenadines et les dispositions de la Convention que Saint-Vincent-et-les-Grenadines invoque. En outre, il doit démontrer que la ou les demandes présentées par Saint-Vincent-et-les-Grenadines peuvent se fonder sur ces dispositions.

21. Cette déclaration est également pertinente en la présente affaire. Les faits de l'espèce, de même que les dispositions invoquées par le demandeur à l'appui de ses prétentions, sont ce qui détermine fondamentalement la portée du différend.

22. La portée d'un différend doit être établie de manière objective et, en l'espèce, le point de départ de cette détermination est la requête du Panama du 17 décembre 2015. Selon une jurisprudence constante de la CIJ, « [i] ne fait pas de doute qu'il revient au demandeur, dans sa requête, de présenter à la Cour le différend dont il entend la saisir et d'exposer les demandes qu'il lui soumet » (*Compétence en matière de pêcheries, (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 447, par. 29*). Dans l'arrêt rendu en l'*Affaire du navire « Louisa »*, le Tribunal mentionne cette jurisprudence au paragraphe 95.

23. En l'espèce, il incombe au Panama d'établir que ses droits en tant qu'Etat du pavillon ont été violés par l'Italie. La décision définitive n'interviendra qu'au fond, mais le Panama doit, comme nous l'avons dit, établir au stade actuel de la procédure que les faits invoqués sont de nature à fonder sa ou ses demandes sur des droits conférés par la Convention. Il ne suffit pas de citer des dispositions de la Convention ou de demander réparation du préjudice subi. Il est essentiel de déterminer à l'aune de quel critère le Tribunal devra apprécier si les faits et le raisonnement juridique présentés par le Panama sont suffisamment concluants pour que le Tribunal les considère comme de nature à étayer sa demande. Deux éléments distincts entrent en ligne de compte : l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes de la Convention, en particulier l'article 87, en rapport avec les faits, à savoir la saisie du navire dans les eaux intérieures espagnoles, son immobilisation, et le déclenchement de la saisie et l'immobilisation par les autorités italiennes.

24. A cet égard, nous sommes d'avis que le Panama n'a pas été en mesure de démontrer que les faits et le raisonnement juridique qu'il présente sont de nature à fonder ses demandes. En réalité, sans même évoquer le fond de l'affaire, lesdits faits et raisonnement juridique montrent le contraire.

25. Il faut partir de la requête du Panama. Dans celle-ci, le Panama présente les trois conclusions suivantes : 1) l'Italie a enfreint les articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 236 et 300 de la Convention ; 2) le demandeur a droit aux dommages et intérêts qui seront déterminés lors de la procédure au fond et qui sont provisoirement estimés à dix millions (10 000 000) de dollars ; et 3) le demandeur a droit au remboursement de tous les honoraires d'avocat, frais et dépenses accessoires (requête du 16 novembre 2015).

26. En outre, il convient de tenir compte du fait que la déclaration faite par le Panama en vertu de l'article 287 de la Convention, vise « 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 », sans faire aucune mention de dommages et intérêts. A l'inverse, il ressort des lettres adressées par M. Carreyó au nom des propriétaires du navire ou au nom du Panama, que la question de la réparation était à l'origine l'objet principal de la demande ; ainsi, le premier paragraphe de la lettre du 15 août 2001 ne traite que du fait « d'obtenir réparation pour les dommages causés par la saisie du navire Norstar ». Hormis la mention de l'article 297 de la Convention et des deux affaires du navire « SAIGA », il n'y est pas explicitement fait référence à la violation de la Convention. Les autres lettres citées dans l'arrêt et les deux notes verbales, soit renvoient à la lettre du 15 août 2001, soit sont de nature procédurale. Il s'ensuit que l'objet de la requête du Panama a été modifié dans le but d'inclure des réclamations relatives à une violation de la Convention par l'Italie.

27. Les deux éléments de la requête concernant le versement de dommages et intérêts et le remboursement des honoraires d'avocats sont accessoires à la prétention fondée sur la violation de la Convention par l'Italie. Ce n'est que lorsque le Panama aura établi que l'immobilisation du navire « Norstar » a contrevenu à la Convention que le Tribunal sera en mesure d'examiner la demande en dommages et intérêts.

28. Le requérant affirme que les articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 226 et 300 de la Convention ont été violés. Avant d'examiner ce point, il nous faut aborder une question sur laquelle les Parties sont en désaccord, à savoir celle de la détermination des faits par lesquels l'Italie aurait contrevenu à la Convention.

29. Les Parties conviennent que ce sont les autorités espagnoles qui ont procédé à la saisie dans les eaux intérieures de l'Espagne. Le requérant a souligné à plusieurs reprises que sa requête était dirigée contre l'Italie. La détermination des faits pertinents est une question qui se rapporte aussi bien au fond de l'affaire qu'à la question de la compétence. L'arrêt affirme, sans autre forme de justification, que l'ordonnance de saisie rendue par le procureur italien à l'encontre du navire « Norstar » et la demande d'entraide judiciaire corrélative constituent les faits pertinents (paragraphe 122).

30. Considérer que l'ordonnance de saisie du procureur et la demande d'entraide judiciaire constituent les « faits de l'Italie » pertinents soulève la question de savoir si l'ordonnance et la demande peuvent à elles seules imposer une restriction illicite à la liberté dont le Panama jouit sous le régime de la Convention. Cette question, bien qu'elle se soit trouvée au centre d'une controverse à l'audience, n'est pas traitée de manière approfondie dans l'arrêt. Il ne nous semble pas que l'on puisse raisonnablement considérer que l'ordonnance et la demande imposent à **elles seules** une restriction aux droits que la Convention confère au Panama en tant qu'Etat du pavillon du « Norstar ». Sans l'immobilisation à laquelle l'Espagne a procédé, le « Norstar » aurait continué de jouir de la liberté de navigation en haute mer. Du point de vue de la logique, l'immobilisation constitue un élément essentiel pour affirmer que la liberté de navigation a été violée. De plus, selon la déclaration du Panama, cette question est la seule à l'égard de laquelle le Tribunal a compétence (« 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 »). L'immobilisation du « Norstar » par les autorités espagnoles, de même que les deux mesures prises par l'Italie – l'ordonnance de saisie et la demande d'entraide judiciaire – constituent des conditions *sine qua non* à la limitation de la liberté de navigation du navire.

31. Cela signifie que les restrictions imposées au « Norstar » ne se sont matérialisées qu'avec l'immobilisation du navire par l'Espagne. En conséquence, les mesures prises par les autorités espagnoles et celles prises par les autorités italiennes doivent être vues comme un tout. Procéder de la sorte pourrait avoir des conséquences sur l'imputabilité des faits et l'application du principe de la tierce partie indispensable. C'est pourquoi il nous est impossible de souscrire au raisonnement développé aux paragraphes 122 et suivants de l'arrêt.

32. La question de l'immobilisation du navire est si étroitement liée aux questions procédurales considérées qu'il n'y avait aucune raison d'en faire une question de nature exclusivement préliminaire.

33. Nous en venons maintenant à ce qui constitue la principale raison pour laquelle nous nous séparons de l'arrêt, à savoir l'interprétation de l'article 87 de la Convention. Pour satisfaire au critère prévu à l'article 288 de la Convention, l'immobilisation du « Norstar » doit constituer une violation des droits que la Convention confère au Panama. A l'exception des articles 87 et 300 de la Convention, aucune autre disposition invoquée dans la requête du Panama ne peut raisonnablement servir à démontrer de façon convaincante que les droits que la Convention reconnaît au Panama auraient été violés. C'est ce que dit l'arrêt (paragraphe 114–118 et 123–127) et nous y souscrivons.

34. L'article 87 de la Convention, sur lequel se fonde l'arrêt, garantit la liberté de navigation en haute mer. Il aurait été approprié, dès cette phase de l'affaire, de traiter de la teneur de ce texte, bien qu'aucune des Parties ne s'y soit intéressée de plus près. Compte tenu de l'objet et du but de l'article 87, cette disposition garantit en tout premier lieu la liberté de déplacement des navires en haute mer des mesures de coercition que pourraient prendre des Etats autres que l'Etat du pavillon ou les Etats autorisés à cet effet par ce dernier.

35. L'arrêt semble faire prévaloir une interprétation extensive de l'article 87 de la Convention, lorsqu'il indique que « l'ordonnance de saisie prise par le procureur du tribunal de Savone à l'encontre du "Norstar" à raison d'activités qu'il menait en haute mer et la demande de sa mise à exécution adressée par le procureur du tribunal de Savone constituent une violation des droits du Panama » (paragraphe 122). Il semble défendre l'idée que les mesures que l'Italie a prises contre le « Norstar » suffisent pour invoquer une violation potentielle de l'article 87 de la Convention dans la mesure où le navire approvisionnait d'autres navires en gazole et en huiles minérales en haute mer. Il ne fournit aucune justification au soutien de ce raisonnement. Tout lien logique manque entre la deuxième phrase du paragraphe 122, dont le passage pertinent est cité plus haut, et la troisième phrase du même paragraphe, selon laquelle « [e]n conséquence, le Tribunal en conclut que ledit article est pertinent en l'espèce » (caractères gras ajoutés).

36. Outre que nous reprochons à l'arrêt de ne pas avoir apprécié le raisonnement du Panama à l'aune du critère requis pour des exceptions préliminaires, nous sommes en désaccord, en droit comme en fait, avec l'ensemble

de l'approche qui sous-tend le paragraphe 122 pour les raisons qui sont exposées ci-après. Comme le paragraphe 132 de l'arrêt suit la même approche, nous sommes également en désaccord avec lui pour les mêmes raisons.

37. La formulation du paragraphe 122 de l'arrêt laisse entendre que tout fait d'un Etat côtier à l'encontre d'un navire – même si ce fait n'a pas encore eu d'incidence directe sur la liberté de navigation du navire concerné – contrevient à l'article 87 de la Convention. Or tout empiètement sur la juridiction d'un Etat côtier au-delà de ce qu'autorise la Convention est regrettable, car il met à mal le régime que la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a établi et qui trouve son expression dans la Convention. Nous sommes donc en désaccord avec l'interprétation faite de l'article 87 en ce qui concerne la liberté de navigation.

38. Le point décisif est que l'article 87 offre une garantie contre les mesures de coercition prises par un Etat autre que l'Etat du pavillon qui entraveraient la liberté de déplacement du navire concerné. En l'espèce, aucune mesure de ce genre n'a eu lieu en haute mer.

39. Sur ce point, nous voudrions souligner que la présente affaire est très différente de l'affaire de l'*Arctic Sunrise* (voir la sentence arbitrale rendue le 14 août 2015 par la CPA en l'affaire n° 2014-02, opposant le Royaume des Pays-Bas et la Fédération de Russie devant un tribunal arbitral constitué en application de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, <http://pcacases.com>). Dans cette espèce, des mesures de coercition avaient été prises contre le navire en haute mer et le tribunal arbitral estima qu'elles contrevenaient à l'article 87 de la Convention. Nous souscrivons à cette conclusion (paragraphe 226 et suivants).

40. A supposer que l'on se range à l'interprétation extensive de l'article 87 faite dans l'arrêt, d'après laquelle les mesures prises par le procureur constituent une violation de la liberté de navigation au seul motif que le navire « Norstar » menait ses activités hors de la mer territoriale de l'Italie, cela ne concorde toutefois pas avec les faits de l'affaire. L'ordonnance de saisie prise par le procureur qualifiait de fraude le fait d'acheter hors taxes du gazole et des huiles minérales destinés à une consommation hors de la juridiction territoriale italienne pour, en réalité, les consommer en Italie, où les taxes sont dues. La demande d'entraide judiciaire adressée à l'Espagne le répète avec force détails, et l'analyse du jugement rendu par le tribunal de Savone est révélatrice sur ce point. Ce jugement était fondé sur la législation italienne, qui dispose

que le gazole et les huiles minérales stockés en soute dans les navires de plaisance sont exempts de taxes sous certaines conditions. Cette argumentation se fonde exclusivement sur la législation fiscale italienne ; la Convention n'a été qu'indirectement mentionnée. Cela veut dire que l'acte supposément illicite – et qui, selon le jugement du tribunal de Savone, n'en était pas un – se produisait au moment où le gazole reçu du « Norstar » était transporté par les méga-yachts dans la mer territoriale de l'Italie. En conséquence, l'acte illicite – si tant est qu'il en soit un – se produisait dans un endroit où l'Italie jouissait de sa juridiction territoriale. Le tribunal de Savone l'a clairement indiqué et cela confirme notre interprétation des faits : « il incombe à la juridiction nationale d'établir si des marchandises ont été introduites dans un territoire douanier ou dans la mer territoriale en violation de la réglementation douanière ». Le paragraphe 122 de l'arrêt ne prend pas suffisamment en considération les faits de l'espèce.

41. En résumé : premièrement, il ne nous semble pas fondé d'affirmer qu'une ordonnance de saisie peut, à elle seule, constituer une violation de la liberté de navigation ; deuxièmement, nous sommes en désaccord avec l'interprétation de l'article 87 de la Convention ; troisièmement, la situation factuelle n'a pas suffisamment été prise en compte par l'arrêt. A notre avis, cette affaire concerne la législation fiscale italienne et son applicabilité dans la mer territoriale italienne et non l'interprétation et l'application de l'article 87 de la Convention.

42. La prudence s'impose avant de donner à l'article 87 de la Convention un sens qui dépasse la protection de navires étrangers contre des mesures de coercition en haute mer. Il convient notamment de tenir compte du fait que les Etats côtiers jouissent de certaines prérogatives vis-à-vis des navires étrangers qui naviguent dans leur mer territoriale (voir les articles 17 à 25, et 27 et 28 de la Convention). Une interprétation extensive de l'article 87 de la Convention limiterait fortement l'exercice des droits de l'Etat côtier, car l'Etat du pavillon de tout navire saisi en-dehors de la haute mer pour violation des droits de l'Etat côtier serait en mesure d'invoquer la violation de l'article 87 de la Convention. Ainsi, l'interprétation et l'application retenues par le Tribunal lui confèreraient compétence pour connaître d'affaires telles celles relatives à la faillite d'un armateur et à l'immobilisation subséquente de ses navires. Il est opportun à ce point de citer la conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu au paragraphe 109 de son arrêt en l'*Affaire du navire « Louisa »* :

Le Tribunal note que l'article 87 de la Convention traite de la liberté de la haute mer, en particulier la liberté de navigation, qui s'applique à la haute mer et, en vertu de l'article 58 de la Convention, à la zone économique exclusive ... L'article 87 ne peut s'interpréter d'une manière qui accorderait au « Louisa » le droit d'appareiller et de gagner la haute mer alors qu'il a été immobilisé dans le cadre de poursuites judiciaires.

43. En dépit de tout ce qui précède, nous avons voté en faveur de l'arrêt, car lors de l'examen au fond, l'ordonnance de saisie prise par le procureur, la demande d'entraide judiciaire et le *locus standi* de l'Espagne devront être analysés en détail et le bien-fondé de l'interprétation de l'article 87 de la Convention devra être démontré.

Le principe de la tierce partie indispensable

44. Savoir s'il faut considérer l'Espagne comme une tierce partie indispensable dépend de l'acte qui sera déterminé comme ayant violé les droits du Panama ; à savoir l'ordonnance de saisie du « Norstar » prise par le procureur italien, la demande d'entraide judiciaire qu'il a adressée à l'Espagne, ou la saisie même du « Norstar » par les autorités espagnoles. En d'autres termes, cela permettra de déterminer si l'Italie est seule à assumer la responsabilité de toute atteinte à la liberté de navigation ou si elle l'assume conjointement avec l'Espagne.

45. A notre avis, le Tribunal ne tient pas suffisamment compte de l'ordonnance rendue par le tribunal de Savone le 18 mars 2003, qui ordonnait la mainlevée du navire et posait la question de savoir si le propriétaire avait repris possession de son bien. Le Tribunal n'a jamais été tenu informé de la manière dont les autorités espagnoles avaient agi vis-à-vis du propriétaire. Cela montre que les autorités espagnoles ont joué un rôle indépendant concernant l'immobilisation du navire « Norstar ».

Nature diplomatique de la requête du Panama et épuisement des recours internes

46. Dans l'*Affaire du navire « Virginia G »*, le Panama affirma que l'affaire qu'il portait devant le Tribunal avait un caractère de protection diplomatique. En l'espèce, le Panama affirme que ce n'est pas le cas. Cela ressort clairement du compte rendu ITLOS/PV16/A25/4 (p. 4, l. 4-8) :

La présente action n'a pas un caractère de protection diplomatique, pas plus qu'elle n'équivaut à un endossement diplomatique ou qu'elle n'est fondée sur des violations indirectes. Le Panama estime au contraire que cette affaire implique une violation directe des droits qu'il tient de la Convention et que, du fait de ces violations, les préjudices causés doivent être réparés.

47. Les déclarations du Panama à ce sujet ne sont toutefois pas complètement cohérentes. Dans ses observations, le Panama indique que « depuis la saisie illicite opérée par l'Italie, le Panama n'a perçu aucune des redevances d'immatriculation ni aucun des impôts et droits dus par le Norstar », faisant ainsi clairement référence à ses propres droits plutôt qu'à ceux des propriétaires du « Norstar ». La phrase suivante contredit la précédente lorsque le Panama y déclare qu'il « est (...) obligé d'agir au nom du Norstar » (paragraphe 57). Plusieurs autres déclarations du Panama indiquent qu'il agit au nom des propriétaires du « Norstar » (observations, paragraphes 54 et 80, PV3, p. 10, lignes 42-45, PV6, p. 10, lignes 9-11) ; ainsi, la note verbale 97 présente Nelson Carreyó comme le « représentant légal de la République du Panama et des intérêts des propriétaires du navire NORSTAR ». La même terminologie est employée dans la note verbale 227. La requête fait, elle aussi, uniquement mention de la perte du navire sans qu'aucuns dommages et intérêts n'y soient réclamés au nom du Panama. La situation décrite au paragraphe 28, page 10, de l'arrêt rendu en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), TIDM Recueil 1999*, était complètement différente. Dans cette affaire, Saint-Vincent-et-les Grenadines ne laissa aucune place au doute quant au fait qu'elle défendait ses propres intérêts. En effet, sa cinquième conclusion finale était ainsi libellée : « la citation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, en sa qualité d'Etat du pavillon du Saiga, devant les instances pénales et dans le cadre des procédures pénales introduites par la Guinée viole les droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines au titre de la Convention ».

48. Néanmoins, à supposer établie la violation de l'article 87 de la Convention, l'existence d'une atteinte à un droit du Panama en tant qu'Etat du pavillon, parallèlement à la demande formée par l'armateur, rend cette réclamation « mixte ».

49. L'Italie affirme que la présente espèce est essentiellement une affaire de protection diplomatique et qu'il convient, par conséquent, que les recours internes soient épuisés. Elle invoque une disposition de son code civil selon laquelle les propriétaires du navire « Norstar » disposaient de cinq ans pour

saisir les juridictions italiennes d'une demande d'indemnisation. Le Panama n'a pas répondu en détail à cette affirmation, mais il a déclaré être en droit de demander réparation devant une juridiction, interne ou internationale, ce qui, à notre avis, n'est pas une réponse satisfaisante.

50. Sur ce point, l'arrêt suit la jurisprudence établie dans l'*Affaire du « Virginia G »*, dans laquelle, comme c'est le cas en l'espèce, le différend entre les deux Etats concernait la violation de la liberté de navigation et l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes, en particulier l'article 87 de la Convention, en rapport avec les faits de l'espèce. Nous approuvons cette approche, bien que, *de facto*, elle prive d'objet l'application de l'article 295 dans les affaires mixtes. Cette approche a suscité une controverse dans l'*Affaire du « Virginia G »*, et il faut espérer que la présente affaire va définitivement stabiliser la jurisprudence établie par le Tribunal dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2).

(signé)

R. Wolfrum

(signé)

D. Attard