

ÉCRITS DE DROIT

writings of law

“revu et augmenté”

© Editions feu de brousse
Mars 2020
ISBN : 978-2-911673-75-7
BP: 22032 Dakar-Ponty / Sénégal
email : edfeubrousse@gmail.com
Conception : Amadou Lamine BA

Tafsir Malick Ndiaye

ÉCRITS DE DROIT
WRITTINGS OF LAW

[OFFPRINTS]

TOME 2

les éditions feu de brousse

2020

OPINIONS ET DECLARATIONS

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 1999

1er juillet 1999

Rôle des affaires :
No. 2

AFFAIRE DU NAVIRE « SAIGA » (No. 2)
(SAINT-VINCENT-ET-LES-GRENADINES c. GUINÉE)

ARRÊT

OPINION DISSIDENTE DE M. NDIAYE

(Soumise conformément à l'article 30, paragraphe 3, du Statut et à l'article 8, paragraphe 4, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.)

1. N'ayant pu, à mon grand regret, me rallier à l'arrêt du Tribunal, j'estime devoir exposer mon opinion dissidente. A mon avis, la conclusion du Gouvernement de la Guinée tendant à déclarer Saint-Vincent-et-les-Grenadines irrecevable en sa demande du fait que le Saiga n'était pas dûment inscrit au registre aurait dû être reçue par le Tribunal. De même que la question de compétence et celle ayant trait aux objections soulevées par Saint-Vincent relativement aux exceptions d'irrecevabilité auraient dû être traitées autrement, et ceci pour les raisons suivantes :

I. COMPÉTENCE

2. La présente instance entre Saint-Vincent-et-les-Grenadines et la République de Guinée a été introduite par notification d'un compromis. C'est, en effet, par l'échange de lettres en date du 20 février 1998 (« l'accord de 1998 ») que Saint-Vincent-et-les-Grenadines et la Guinée sont convenues de soumettre le différend entre les deux Etats relatif au navire Saiga à la juridiction du Tribunal international du droit de la mer (Hambourg) et de transférer à celui-ci la procédure d'arbitrage ouverte par Saint-Vincent-et-les-Grenadines par sa notification en date du 22 décembre 1997.

3. L'accord de 1998 prévoit que le différend sera soumis au Tribunal international dans les conditions ci-après :

[Traduction]

1. le différend sera réputé avoir été soumis au Tribunal international du droit de la mer le 22 décembre 1997, date de la notification de Saint-Vincent-et-les-Grenadines;

2. les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris les dommages et intérêts et les dépens) et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 seront examinés;

3. les procédures écrite et orale se dérouleront conformément au calendrier annexé à la présente lettre;

4. le Tribunal international du droit de la mer examinera toutes les demandes en dommages et intérêts et en remboursement des dépenses visées au paragraphe 24 de la notification du 22 décembre 1997 et il sera habilité à rendre une décision concernant la charge des frais de justice et autres dépens encourus par la partie à laquelle il donnera gain de cause;

5. la demande en prescription de mesures conservatoires introduite devant le Tribunal international du droit de la mer par Saint-Vincent-et-les-Grenadines le 13 janvier 1998, l'exposé en réponse du Gouvernement de la Guinée en date du 30 janvier 1998 et toutes les pièces présentées ultérieurement par les parties en relation avec la demande seront considérés par le Tribunal comme ayant été présentés en application de l'article 290, paragraphe 1, de la Convention sur le droit de la mer et de l'article 89, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal.

4. C'est cet accord qui fonde la compétence du Tribunal. Le différend quant au fond est soumis au Tribunal au nom de Saint-Vincent en tant que demandeur et de la Guinée comme défendeur. Les parties ont, dans la présente affaire, accepté la juridiction du Tribunal. Elles ont discuté au fond toutes les questions soumises à celui-ci. Cette attitude des parties suffirait également à fonder la compétence du Tribunal.

5. Cependant, le Tribunal a trouvé d'autres fondements à sa compétence. Sa démarche nous apparaît quelque peu superflue.

L'acte juridictionnel ne se distingue guère des autres actes juridictionnels et n'échappe pas à la règle suivant laquelle lesdits actes sont en principe, par leur nature et par leur effet, des dispositions de procédure et non de fond. Certes, l'accord de 1998 contient des dispositions relatives au fond par le fait de son histoire législative [la procédure arbitrale], mais c'est le Tribunal qui a pour fonction même de déterminer leur existence ou non. Il ne faut pas se méprendre sur « un principe universel du droit de la procédure » indiquant qu'il faut distinguer entre, d'une part, le droit de saisir un tribunal et le droit du tribunal de connaître du fond de la demande et, d'autre part, le droit au regard de l'objet de la demande que le demandeur doit établir à la satisfaction du tribunal (voir *Affaire du Sud-Ouest-Africain*, C.I.J. Recueil 1966, paragraphe 64).

6. Seuls, les deux premiers nous intéressent ici. Autrement dit, ce sont les seules dispositions de l'accord de 1998 par lesquelles les parties opèrent le transfert du différend au Tribunal qui fondent la compétence de celui-ci.

II. RECEVABILITÉ

7. Dans son contre-mémoire, la Guinée a soulevé trois exceptions d'irrecevabilité relativement aux prétentions de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. La première porte sur la nationalité du navire *Saiga*, la seconde est relative à la protection diplomatique d'étrangers et la troisième a trait au non-épuisement préalable des recours internes.

8. Saint-Vincent-et-les-Grenadines (le demandeur) conteste à la Guinée (le défendeur) le droit de soulever des exceptions d'irrecevabilité en faisant valoir, d'une part, l'acte juridictionnel (l'accord du 20 février 1998) et le Règlement du Tribunal (article 97, paragraphe 1) de l'autre.

9. Selon Saint-Vincent, le défendeur est d'abord forclos au motif que le paragraphe 2 de l'accord de 1998 empêche de soulever une exception d'irrecevabilité. Ce paragraphe est ainsi conçu :

[Traduction]

Les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris les dommages et intérêts et les dépens) et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 seront examinés.

10. Le demandeur ajoute qu'en convenant d'investir le Tribunal de la compétence pour examiner « tous les aspects du fond du différend », les parties entendaient qu'il ne soit pas empêché de procéder à cet examen par une exception d'irrecevabilité soulevée au titre de l'intérêt légitime de l'Etat demandeur. Et que, dans toute la correspondance entre les parties et dans les échanges auxquels elles ont procédé sur une période de près de quatre mois, la République de Guinée n'a pas le moins du monde donné à penser que Saint-Vincent ne justifiait pas d'un intérêt légitime vis à vis du navire battant son pavillon. Qui plus est, Saint-Vincent soutient que la mention de l'« exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 », excluait toute autre exception relativement à la compétence ou à la recevabilité des prétentions, d'autant que le paragraphe 2 stipule que les procédures devraient ne comprendre qu'« une seule phase traitant de tous les aspects du fond ».

11. La Guinée est en désaccord avec une telle interprétation et maintient qu'elle n'a jamais renoncé à une quelconque exception à la recevabilité des prétentions du demandeur. Selon elle, étant donné que l'accord de 1998 traite essentiellement de la compétence du Tribunal, les parties ont estimé qu'il était nécessaire de mentionner expressément les exceptions relatives aux questions de compétence dans cet accord qui transfère le différend à la juridiction du Tribunal international. Le défendeur fait remarquer, à ce propos, qu'« il est significatif de noter » que c'est la partie adverse qui a pris l'initiative de l'inclusion dans l'accord de 1998 de la référence à l'exception d'incompétence du Tribunal. Pour illustrer le fait qu'elle n'a jamais renoncé à soulever des exceptions à la recevabilité des

demandes présentées par Saint-Vincent, la Guinée mentionne le fait qu'elle a formulé son exception relative au non-épuisement des recours internes, prévu à l'article 295 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« la Convention »), à l'audience du 24 février 1998 consacrée à la demande en prescription de mesures conservatoires. C'est à dire quatre jours seulement après la conclusion de l'accord de 1998 qui, aux dires de la partie adverse, excluait la possibilité de soulever de telles exceptions. Au cours de l'audience ci-dessus mentionnée, Saint-Vincent n'avait pas fait connaître cette position; et son conseil n'aurait certainement pas manqué de le faire si l'intention des parties était d'exclure les exceptions d'irrecevabilité des demandes, précise la partie guinéenne.

12. Le paragraphe 2 de l'accord de 1998 doit être interprété à la lumière de l'article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui stipule qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

13. Saint-Vincent-et-les-Grenadines soutient que la signification ordinaire des termes employés dans le paragraphe 2 de l'accord de 1998, en particulier des termes

[Traduction]

au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend ... et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du ... de même que l'objet et le but de l'accord révèlent que les parties sont convenues qu'aucune exception à la recevabilité des demandes présentées ne serait soulevée au cours de la présente procédure.

14. La Guinée conteste cette interprétation. Les termes « une seule phase » indiquent que la procédure d'examen de l'affaire au fond ne doit pas être divisée en différentes phases procédurales. Par conséquent, il est clair que les parties avaient pensé à des phases de la procédure qui pourraient être séparées de la procédure de l'examen au fond ou qui pourraient entraîner une suspension de ladite procédure. Autrement, l'emploi

de l'expression « une seule phase » aurait été superflu.

15. La Guinée se demande quelles autres phases procédurales, sinon la phase préliminaire prévue à l'article 97 du Règlement du Tribunal auraient pu être visées par l'inclusion de cette expression dans l'accord de 1998. La procédure de prompt mainlevée et celle de la demande en prescription de mesures conservatoires, de même que les phases de la procédure différentes de celle portant sur le fond, avaient déjà été menées à leur terme ou étaient en voie de l'être devant le Tribunal, au moment où l'accord de 1998 a été conclu. Aucune procédure incidente, en particulier aucune des procédures préliminaires prévues à l'article 96 du Règlement, ne doit avoir lieu dans une phase de procédure distincte de la procédure sur le fond, où celle-ci se trouve dénuée de pertinence, dans le présent différend. La conclusion qu'il faut en tirer est que seule la phase de procédure préliminaire prévue à l'article 97 du Règlement pouvait être visée dans les termes « une seule phase » figurant dans l'accord de 1998. Le Règlement du Tribunal ne fait mention d'aucune autre phase de procédure qui serait distincte de la procédure sur le fond et qui aurait pu être invoquée par les parties en la présente affaire. Au demeurant, le terme « fond » doit être interprété à la lumière de la procédure de prompt mainlevée qui avait déjà eu lieu et de celle de la demande en prescription de mesures conservatoires se déroulant au moment de la conclusion de l'accord de 1998 ou un peu avant la conclusion de celui-ci.

16. La Guinée affirme que le terme « fond » doit être lu par opposition à ces procédures, ce qui signifie qu'il ne convient pas d'établir de distinction entre les conclusions finales sur le fond et une quelconque exception à la recevabilité des demandes formulées. C'est qu'il existe un lien intime entre exceptions d'irrecevabilité d'une demande et la procédure au fond.

17. La Guinée invoquera en plus le paragraphe 4 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui dispose qu'un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

18. Comme cela est admis par les deux parties, l'objet et le but de l'accord de 1998 étaient le transfert de l'affaire de la juridiction d'un tribunal arbitral à celle du Tribunal international du droit de la mer. C'est pourquoi le défendeur soutient qu'il n'existe aucun fondement à l'argument selon lequel la Guinée aurait exclu la possibilité de soulever une exception à la recevabilité des demandes présentées.

19. Saint-Vincent conteste ensuite à la Guinée le droit de soulever des exceptions d'irrecevabilité pour motif de forclusion tiré de l'article 97, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal. Le paragraphe en question se lit :

Toute exception à la compétence du Tribunal ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive, doit être présentée par écrit 90 jours au plus tard après l'introduction de l'instance. Aux termes du paragraphe 1 de l'accord du 20 février 1998, les parties sont convenues que

[Traduction]

[L]e différend sera réputé avoir été soumis au Tribunal international du droit de la mer le 22 décembre 1997, date de la notification de Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

20. La période de 90 jours courant à compter du 22 décembre 1997 a pris fin le 22 mars 1998. Aucune exception d'incompétence ou d'irrecevabilité n'a été soulevée pendant cette période. Selon Saint-Vincent-et-les-Grenadines, l'introduction de l'instance et le dépôt du mémoire sont deux choses totalement différentes. Ils sont régis par des sous-sections du Règlement du Tribunal différentes. La sous-section 1 de la section B est consacrée à « l'introduction de l'instance », tandis que la sous-section 2 de cette section concerne la « procédure écrite », dont le mémoire du demandeur (article 60).

21. Saint-Vincent soutient également que la raison mise en avant par le défendeur à l'appui de l'assertion selon laquelle ces deux phases distinctes devraient être traitées comme si elles constituaient une seule phase est que, avant cette date, le défendeur n'avait aucune possibilité

de se prononcer sur le différend. Le demandeur ajoute que si la Guinée n'était pas convenue, le 20 février 1998, que le Tribunal international examinerait tous les aspects du fond du différend, elle n'aurait pas été forclos à soulever une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité avant le dépôt du mémoire du demandeur. Au contraire, il aurait été attendu d'elle qu'elle soulève une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité à ce stade là. Le demandeur ajoute que la Guinée n'est pas libre de soulever des exceptions d'irrecevabilité à n'importe quel stade de la procédure. La Guinée maintient pour sa part que l'expression « une seule phase » qui figure au paragraphe 2 de l'accord de 1998 implique que les parties ont exclu la possibilité d'un recours à la procédure prévue à l'article 97, paragraphe 1, du Règlement. En d'autres termes, les parties sont convenues, conformément au paragraphe 7 de l'article 97 du Règlement, que les exceptions à la recevabilité des demandes présentées devraient être traitées dans le cadre de la procédure sur le fond. Le défendeur indique que le paragraphe 2 de l'accord de 1998 prévoit précisément cette possibilité. Il soutient en outre qu'il n'est guère forclos à soulever l'exception d'irrecevabilité à ce stade, car c'est à lui qu'il revient de décider s'il y a lieu ou non de soulever de telles exceptions sur lesquelles une décision est demandée avant que la procédure sur le fond ne se poursuive.

22. La Guinée fait valoir que la troisième catégorie d'objections mentionnée au paragraphe 1 de l'article 97 du Règlement, à savoir toute autre « exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive », ne porte pas seulement sur des questions telles que l'affirmation que la requête, telle que formulée, ne se situe plus dans le cadre du compromis, ou que la nature du différend est telle que celui-ci ne pourrait être soumis à une juridiction comme le suggère le demandeur. Le défendeur fait remarquer qu'il a soulevé des exceptions à la recevabilité des demandes formulées et non à la recevabilité de la procédure introduite par Saint-Vincent-et-les-Grenadines, c'est-à-dire une exception à la recevabilité de la requête proprement dite. A l'appui de son interprétation, le défendeur rappelle plusieurs affaires soumises aux juridictions internationales dans lesquelles les Etats ont

abordé des questions préliminaires se rapportant à la compétence et à la recevabilité dans le contre-mémoire, ou au cours desquelles de telles questions ont été réglées après l'audition de l'affaire quant au fond. Le défendeur en dégage le caractère non-exhaustif des exceptions préliminaires devant les juridictions internationales dans le sens où, que les questions de compétence aient été soulevées ou non au cours de la phase consacrée aux exceptions préliminaires, elles peuvent toujours l'être ultérieurement, et même d'office par la juridiction. Le défendeur conclut sur ce point que la pratique des Etats semble avoir adopté la même démarche (voir également Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920 – 1996*, Vol. II, Jurisdiction, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 909 à 915).

23. Pour apprécier la présente question relative à la recevabilité, le Tribunal devait en référer à l'accord de 1998 conclu entre les deux parties au différend par lequel elles décident de soumettre ce dernier au Tribunal ainsi que les règles de procédure qu'elles désirent voir appliquer. Le premier devoir du Tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions de l'accord de 1998, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter à ce stade (*Affaire de l'Admission aux Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1950, p. 8).

24. Il convient de rappeler que l'accord de 1998 a été conclu sous les bons offices du Président du Tribunal pour déterminer la procédure du règlement du différend dans la présente affaire. Son objet est de transférer le différend de la juridiction d'un tribunal arbitral (devant être constitué à la suite de la procédure d'arbitrage ouverte par Saint-Vincent-et-les-Grenadines le 22 décembre 1997 contre la Guinée et qui devait être présidée par une personne nommée par le Président du Tribunal international du droit de la mer; la procédure a été ouverte en application du paragraphe 3 de l'article 287 et de l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982) à celle du Tribunal international du droit de la mer de façon à se soustraire à des procédures

longues et coûteuses. C'est dans ce contexte qu'il convient de situer le paragraphe 2 de l'accord de 1998 qui fait l'objet de discussion entre les parties. Il se lit :

[Traduction]

[L]es procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris les dommages et intérêts et les dépens) et l'exception d'incompétence soulevée par le Gouvernement guinéen dans son exposé en réponse du 30 janvier 1998 seront examinés.

25. Les mots pertinents ici au regard de la discussion relative à la recevabilité, sont « une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris ... ».

26. C'est que pendant longtemps, la procédure sur les exceptions préliminaires était considérée comme une phase distincte de l'affaire. C'est en 1952, à propos de l'affaire *Ambatielos*, que la Cour internationale de Justice a dit :

Il a été décidé qu'à l'avenir ces procédures seraient traitées comme un incident de la procédure au fond et non comme une affaire distincte. (C.I.J. Annuaire 1952-1953, p. 84)

27. Cette décision a été traduite, en 1972, à l'article 79, paragraphe 1, du Règlement de la C.I.J. Cette disposition a été reprise par l'article 97, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal. Sous ce rapport, en ayant en vue les mots « une seule phase » et « y compris », le Tribunal doit interpréter le paragraphe 2 de l'accord de 1998 comme signifiant que les parties désirent la jonction au fond des exceptions de recevabilité parce que la seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris les dommages et intérêts et les dépens) et l'exception d'incompétence ... sont examinés, c'est la jonction au fond des exceptions préliminaires.

Ce, d'autant que l'article 97, paragraphe 7 qui reprend l'article 79, paragraphe 8, du Règlement de la Cour internationale de Justice consac-

cre cette solution, en entérinant la pratique. Il se lit :

Le Tribunal donne effet à tout accord intervenu entre les parties et tendant à ce qu'une exception soulevée en vertu du paragraphe 1 soit tranchée lors de l'examen au fond.

28. Cette jonction au fond résulterait également d'un examen de la nature des exceptions d'irrecevabilité en question. Elles sont en effet tellement liées au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait les examiner séparément sans aborder le fond (voir Affaire du Chemin de fer Panevegys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 74, pp. 23 et 24; Affaire Barcelona Traction, Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 4; Affaire relative à « certains emprunts norvégiens », C.I.J. Recueil 1956, p. 74; Affaire du Droit de passage sur territoire indien, C.I.J. Recueil 1957, pp. 150 à 152).

29. Autrement dit, la jonction au fond s'impose dans la mesure où une décision sur lesdites exceptions exige un examen de l'intégralité ou de la quasi-intégralité du fond, bref aux points essentiels des prétentions de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Car ce que conteste le défendeur, ce n'est pas la recevabilité de la demande au regard de la procédure, mais le droit qui sert de fondement à cette demande. Ce sont des exceptions préliminaires de fond.

30. Une décision judiciaire qui fait droit à une demande fondée sur ce genre d'exceptions engendre par là même la terminaison du différend dans son ensemble parce que le constat de droit qui émane de ladite décision sur l'exception élimine totalement l'état de contestation qui s'était produit du fait du différend. Ces exceptions préliminaires de fond sont tout à fait conformes au principe bien établi, dans la théorie du procès international, suivant lequel chaque partie à un différend international a le droit de faire valoir, auprès du Tribunal appelé à trancher ce différend, les moyens qu'elle juge utiles, pourvu qu'ils soient pertinents par rapport à ce même différend. C'est ce principe qui inspire plusieurs dispositions des statuts et des règlements des juridictions internationales. Par exemple, l'article 88, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal se lit :

Quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir, sous le contrôle

du Tribunal, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président du Tribunal prononce la clôture de la procédure orale. ...

31. Il se trouve que les règles adoptées dans les règlements des juridictions internationales le sont eu égard aux exceptions préliminaires de procédure.

Mais il importe fondamentalement d'observer que les questions soulevées par une ... exception [préliminaire de fond], tout en se qualifiant de « questions de fond » au même titre que celles soulevées par la requête introductive d'instance au sujet de l'interprétation et de l'application de la norme de droit qui est invoquée dans cette requête, ne se confondent pas avec le fond de l'affaire dont le tribunal a été saisi par cette même requête, ce fond ayant comme élément d'identification les allégations et conclusions autour desquelles se circonscrit la requête elle-même. (voir G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *Rivista di Diritto internazionale*, 1970, Vol. 53, pp. 461 à 490; p. 485).

III. EXAMEN DES EXCEPTIONS

32. Le Gouvernement de la Guinée a soutenu que les demandes de Saint-Vincent-et-les- Grenadines étaient irrecevables à plusieurs titres. La première de ses exceptions d'irrecevabilité se réfère à la nationalité du navire Saiga.

33. Il apparaît que ce moyen d'irrecevabilité a une importance primordiale. Il pose un problème relevant du fond mais ayant un caractère prioritaire. Il est donc du devoir du Tribunal de commencer par examiner cette question présentant un caractère tel qu'une décision à l'égard d'elle peut rendre inutile tout examen des autres aspects de l'affaire.

34. La Guinée soutient que le navire Saiga n'était pas dûment inscrit au registre. Selon elle le navire a été construit en 1975. Le jour de son immobilisation par les autorités guinéennes, à savoir le 28 octobre 1997, il n'était pas immatriculé sous pavillon de Saint-Vincent-et-les- Grenadines. Comme il appert de l'annexe 13 du mémoire, c'est le 14 avril 1997

que Saint- Vincent-et-les-Grenadines a accordé au Saiga un certificat provisoire d'immatriculation. Toutefois, ce certificat provisoire avait déjà expiré le 12 septembre 1997. Or, le Saiga a été immobilisé plus d'un mois plus tard. Le certificat définitif d'immatriculation n'a été émis par les autorités compétentes de Saint-Vincent-et-les-Grenadines que le 28 novembre 1997. Il est ainsi tout à fait clair que le Saiga n'était pas inscrit au registre conformément à la loi pendant la période du 12 septembre 1997 au 28 novembre 1997. Pour cette raison, le Saiga peut être qualifié de navire sans nationalité au moment où il fut attaqué.

35. Le Tribunal devait rechercher si l'immatriculation du Saiga par les autorités compétentes de Saint-Vincent-et-les-Grenadines entraîne directement obligation pour la Guinée d'en reconnaître l'effet, à savoir le titre juridique de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à l'exercice de la protection. Autrement dit, il s'agit de rechercher si l'acte émanant de Saint-Vincent est opposable à la Guinée en ce qui concerne l'exercice de la protection et en particulier au moment de l'arraisonnement du Saiga; cette opposabilité devant être déterminée en vertu des règles du droit international. Le Tribunal devait traiter de cette question et examiner celle de la validité de l'immatriculation du Saiga selon la législation de Saint-Vincent.

36. Evidemment, il appartient à Saint-Vincent-et-les-Grenadines comme à tout Etat souverain de régler par sa propre législation les conditions d'immatriculation des navires et d'octroyer le privilège de son pavillon par ses propres organes conformément à cette législation. Le Tribunal arbitral chargé de trancher le Différend concernant le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent a rappelé que le droit, pour un Etat, de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires en général, et des bateaux de pêche en particulier, relève de la compétence exclusive de cet Etat. (Sentence du 17 juillet 1986, paragraphe 27) Le principe de la compétence exclusive de l'Etat dans la détermination de la nationalité est, en effet, consacré depuis longtemps. Rappelons le mot de la Cour permanente :

dans l'état actuel du droit international, les questions ... sont, en principe ... comprises dans ce domaine réservé des Etats (Affaire des

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 4, p. 24). Cette opinion fut confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm dans les termes les plus clairs : le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité (Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 23).

37. Mais la question que le Tribunal doit résoudre ne se situe pas seulement dans l'ordre juridique de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. « Il ne dépend ni de la loi ni des décisions [de Saint-Vincent] de déterminer si cet Etat a le droit d'exercer sa protection dans le cas considéré » (Nottebohm, op. cit., p. 20). En revanche, la validité interne de la nationalité est la première condition de sa validité internationale. En effet, pour autant que le droit international reconnaît aux Etats la compétence exclusive dans la détermination de la nationalité, il subordonne à ses propres exigences son efficacité dans l'ordre international. C'est pourquoi la contestation par un Etat d'un acte de nationalité ne l'invalide pas mais le rend inopposable.

38. Comme le remarque M. Brownlie, « Nationality is a problem, inter alia, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a State, but this prescription does not preclude a forum which is applying international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law » (I. Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », BYBIL, 1963, pp. 284 à 363; pp. 290 et 291). L'on peut trouver une illustration édifiante de ces vues dans le droit de la délimitation maritime. Dans son arrêt du 18 décembre 1951 en l'affaire des Pêcheries, la Cour internationale de Justice s'exprime ainsi : « La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international »

(Pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 116, voir p. 132). On relèvera la similitude particulièrement frappante entre l'acte de délimitation maritime et celui relatif à l'octroi de la nationalité ou d'immatriculation du point de vue de leur statut et de celui de leur origine organique.

39. Il faut rappeler ici, que s'adresser au Tribunal, « exercer la protection diplomatique [ou une action judiciaire internationale], c'est se placer sur le plan du droit international. C'est [donc] le droit international qui détermine si un Etat a qualité pour exercer la protection et la saisine du Tribunal » (Nottebohm, op. cit., pp. 20 et 21). Et c'est à partir des règles du droit international que le Tribunal tient son pouvoir de vérification de la validité interne des actes de Saint-Vincent relatif à l'immatriculation du Saiga.

40. Selon l'opinion dominante de la jurisprudence internationale, il n'est pas douteux que le tribunal international soit autorisé à examiner les conditions dans lesquelles un certificat de nationalité a été accordé. (Nottebohm, C.I.J. Recueil 1955, p. 50, Guggenheim, juge ad hoc, opinion dissidente) Parmi les nombreuses décisions favorables au contrôle judiciaire et arbitral international du certificat de nationalité, il faut citer celle du commissaire Nielsen dans l'affaire Edgar A.

Hatton (U.S.A.) v. United Mexican States qui met l'accent sur l'obligation de prouver la nationalité.

[C]onvincing proof of nationality is requisite not only from the standpoint of international law, but as a jurisdictional requirement. (Recueil des Sentences arbitrales, Nations Unies, tome IV, p. 331, décision du 26 septembre 1928)

41. Que le Tribunal possède ce pouvoir de contrôle découle du principe de l'égalité des parties. C'est pourquoi il s'agit là non seulement d'un droit pour le Tribunal, mais encore d'une obligation (« la vérité présentée doit céder à la vérité » ainsi que l'a déclaré l'arbitre Bertinatti, dans l'affaire Medina (Etats-Unis c. Costa Rica), décision du 31 décembre 1862, Moore, International Arbitration, Vol. 3, p. 2587).

42. Puisque l'immatriculation contestée est un acte purement interne, il est normal que dans la mise en oeuvre des règles y relatives le Tribunal recherche si en inscrivant le Saiga au registre, Saint-Vincent-et-les-Grenadines a fait une application régulière de sa législation interne en vigueur. Pour ce faire, le Tribunal devait exercer un contrôle sur l'authenticité et la régularité des pièces produites pour administrer la preuve de la validité de l'immatriculation invoquée devant lui. Autrement dit, la détermination de la nationalité du Saiga au moment de l'arraisonnement elle que contestée par la partie guinéenne doit être examinée à la lumière des pièces suivantes :

- a) le certificat d'immatriculation provisoire;
- b) le certificat d'immatriculation permanent;
- c) les déclarations de l'administration maritime;
- d) les déclarations du commissaire adjoint aux affaires maritimes;
- e) la « Merchant Shipping Act de 1982 »;
- f) le certificat de Malte.

43. Sur cette base le Tribunal peut vérifier l'application du droit interne au titre des faits allégués ou constatés par les parties afin de déterminer si ceux-ci sont exacts ou inexacts.

44. C'est dire que le Tribunal doit examiner les conditions d'immatriculation des navires à Saint-Vincent-et-les-Grenadines c'est à dire le régime légal ainsi que les actes de procédure relatifs au Saiga.

45. Saint-Vincent-et-les-Grenadines comparaît devant le Tribunal comme Etat du pavillon du Saiga. La Guinée soutient que le navire n'était pas valablement immatriculé sous le pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à la date de son arraisonnement par les autorités douanières guinéennes, le 28 octobre 1997. De ce fait, les conditions prévues à l'article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne sont pas remplies et le Saiga peut être qualifié de navire sans nationalité à la date de son arraisonnement.

46. Le Saiga avait obtenu un certificat d'immatriculation provisoire de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, en date du 14 avril 1997. La date

d'expiration dudit certificat provisoire était le 12 septembre 1997 c'est à dire plus d'un mois avant son arraisonnement. Les autorités compétentes de Saint-Vincent-et-les-Grenadines n'ont établi un certificat d'immatriculation permanent qu'en date du 28 novembre 1997 c'est à dire exactement un mois après l'arraisonnement du Saiga. La conclusion logique qui s'impose ici est que le navire n'était pas valablement immatriculé durant la période se situant entre le 12 septembre 1997 et le 28 novembre 1997.

47. Saint-Vincent-et-les-Grenadines a avancé l'argument suivant lequel une fois qu'un navire est enregistré sous le pavillon de Saint-Vincent, il demeure immatriculé jusqu'à sa radiation du registre. Saint-Vincent déclarait se fonder sur la Merchant Shipping Act de 1982.

48. La Merchant Shipping Act de 1982 de Saint-Vincent-et-les-Grenadines contient deux articles traitant des certificats d'immatriculation provisoires. Il s'agit des « sections » 36 et 37. Dans sa réplique, Saint-Vincent-et-les-Grenadines se réfère en particulier à l'article [« section »] 37 qui se lit :

[Traduction]

le certificat provisoire d'immatriculation perd effet si, avant l'expiration d'un délai de soixante jours à compter de la date d'émission, le propriétaire du navire pour lequel ce certificat a été établi n'a pas produit à l'autorité administrative

a) un certificat établi par le Gouvernement du pays de la dernière immatriculation du navire (ou autres pièces justificatives acceptables) indiquant que l'immatriculation de ce navire dans ce pays a cessé; ou

b) des preuves indiquant que le navire a été dûment marqué, dans les conditions fixées à la section 22.

49. Le certificat de radiation devait provenir de Malte qui se trouve être le pays de la dernière immatriculation du Saiga, lequel s'appelait alors « Sunflower ».

50. La Guinée fait remarquer que ces dispositions traitent de circonstances spéciales, à savoir des effets qui s'attachent au manquement

à la production de certains documents relativement au certificat provisoire. Si ces documents ne sont pas produits dans les 60 jours qui suivent la date d'établissement du certificat provisoire, alors celui-ci cesse de produire ses effets. Ces dispositions ne peuvent donc pas être invoquées à l'appui de l'argument de Saint-Vincent-et-les- Grenadines selon lequel le navire, ayant été immatriculé provisoirement sous son pavillon, il demeure immatriculé au-delà de la période pour laquelle le certificat provisoire a été établi. Le but de l'article [« section »] 37 est justement de produire l'effet contraire, à savoir de réduire la période de validité.

51. L'on doit noter que Saint-Vincent-et-les-Grenadines n'est pas revenue sur cet argument par la suite.

52. Les autres dispositions de la Merchant Shipping Act traitant de l'immatriculation provisoire se trouvent à l'article [« section »] 36, paragraphe 2. Cet article prévoit qu'un certificat d'immatriculation provisoire aura le même effet que le certificat ordinaire, pour une période d'un an à compter de la date de son établissement. En d'autres termes, un certificat provisoire ne peut être valable au-delà d'un an, quelles que soient les circonstances.

53. Cependant, l'article 36, paragraphe 2, ne dit pas qu'un tel certificat d'immatriculation provisoire est toujours valide pour une durée d'un an en dépit du fait que le registre limite la durée de validité du certificat provisoire à six mois comme il l'a fait en l'espèce.

54. Dans la publication officielle de l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les- Grenadines relative aux actes de procédure d'immatriculation, on peut lire sous l'intitulé « certificats provisoires » que « les certificats provisoires sont établis pour six mois et peuvent être prorogés dans certaines circonstances pour une autre période de six mois ». La période de validité totale serait alors de 12 mois et cela en conformité avec l'article 36, paragraphe 2.

55. Saint-Vincent-et-les-Grenadines a ensuite produit une autre pièce se présentant sous la forme d'une attestation émanant d'une représentation de son administration maritime basée à Monaco en date du 27

octobre 1998 où il est dit :

[Traduction]

Je confirme par la présente que le navire Saiga était immatriculé sous le pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines le 12 mars 1997 et est encore enregistré à ce jour.

56. Cette attestation n'apporte aucun élément nouveau. Elle est datée du 27 octobre 1998 c'est-à-dire un an après les faits et elle ne produit pas l'effet souhaité à savoir que le Saiga devait être considéré comme ayant été valablement immatriculé sous le pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, à la période pertinente en cause, à savoir entre le 12 septembre 1997 et le 28 octobre 1997. Cette attestation ne fait que confirmer que le navire était immatriculé le 12 mars 1997.

57. Saint-Vincent-et-les-Grenadines a ensuite établi une distinction entre l'immatriculation d'une part et l'émission du certificat de l'autre. Elle a fait valoir que la validité d'un certificat et l'immatriculation d'un navire ne coïncident pas nécessairement. Cependant, une telle distinction ne ressort ni de la Merchant Shipping Act, ni du document officiel relatif aux actes de procédure d'immatriculation, ni du certificat provisoire lui-même.

58. C'est dire que l'enregistrement et le certificat ne peuvent être considérés séparément. Ceci est clairement attesté par la lettre produite par Saint-Vincent-et-les-Grenadines et émanant du Deputy Commissioner for Maritime Affairs en date du 1er mars 1999 et comportant copie de la page du registre concernant le M/V Saiga et datée du 14 avril 1997. On peut y lire sous l'intitulé « immatriculation » (en anglais « registration»), « valable jusqu'au 12 septembre 1997 » (en anglais « valid through 12/09/1997 »). Il apparaît ainsi que non seulement le certificat mais aussi le registre officiel présentent la même date d'expiration, le 12 septembre 1997. Or, la date pertinente en discussion est le 28 octobre 1997 qui se situe entre la date d'expiration du certificat provisoire (12 septembre 1997) et celle d'établissement du certificat d'immatriculation

permanent (le 28 novembre 1997).

59. Saint-Vincent-et-les-Grenadines est revenue longuement sur la question de l'immatriculation à l'audience du 18 mars 1999. Son conseil a fait valoir que la situation au regard du droit de Saint-Vincent est telle qu'un certificat d'immatriculation provisoire est toujours valable pendant un an, à moins qu'il ne soit remplacé entre-temps par un certificat d'immatriculation permanent ou que ne s'applique la disposition exceptionnelle de l'article 37 de la Merchant Shipping Act. Il se réfère à la section 36, paragraphe 2, de cette loi, en affirmant que le certificat provisoire aurait le même effet qu'un certificat ordinaire pour une durée d'un an.

60. Cependant, le Conseil de Saint-Vincent n'a pas expressément mentionné la date d'expiration du certificat d'immatriculation provisoire du Saiga, à savoir le 12 septembre 1997, lorsqu'il a continué son examen (section 7) en affirmant que « provision is made for the issuance of two successive certificates, each of 6 months ». Dans la même section, il s'est exprimé encore plus clairement lorsqu'il dit « if the paperwork has been completed within the first 6 months, another provisional certificate is issued ».

61. Qui plus est, le document officiel publié par l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines stipule qu'un certificat provisoire est délivré pour six mois et peut être prorogé pour une autre période de six mois. Il en va de même des procédures d'immatriculation dans le cadre d'autres registres maritimes, par exemple tous ceux cités par le conseil de Saint-Vincent, où la première immatriculation est provisoire et où la période d'immatriculation est en général de six mois; cette période peut être étendue. (Voir en outre, « Laws Concerning Nationality of Ships » UN, Document ST/Leg/Ser.B/5

(U.N. 1954), où les législations relatives à l'immatriculation et à la nationalité des navires de soixante cinq (65) Etats sont exposées; N. Singh, « International Law Problems of Merchant Shipping » RCADI, 1962 (III), t. 107, pp. 7 à 161.)

62. Il ressort clairement de ce qui précède que lorsque le certificat

d'immatriculation provisoire expire six mois après sa délivrance, le commissaire aux affaires maritimes doit entrer en action et prendre des mesures. L'on doit souligner que cette nécessité découle du fait qu'il n'y a pas d'extension automatique de la période de validité du certificat prévue par la loi. C'est ce qui explique que Saint-Vincent ait abandonné son argument (réplique, paragraphe 24) selon lequel un vaisseau immatriculé sous le pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines continue d'être immatriculé jusqu'à ce qu'il soit radié du registre.

63. Le conseil de Saint-Vincent admet que l'action du commissaire aux affaires maritimes est nécessaire mais ne précise pas la nature de celle-ci. Il explique (réplique, paragraphe 7) que dans un tel cas « another provisional certificate is issued »; mais dans une autre partie de son intervention portant sur les certificats provisoires, il affirme que le certificat provisoire est délivré au départ pour six mois et peut être étendu pour une période supplémentaire de six mois. La forme de l'action n'est cependant pas précisée. Le commissaire aux affaires maritimes peut, soit délivrer un nouveau certificat provisoire, soit proroger le certificat provisoire original. Mais quoi qu'il en soit, et quel que soit le type d'action, cela doit être fait par le commissaire et ce en conformité avec les dispositions du « décret d'application » et les règles qui régissent les autres registres maritimes.

64. La vérité est qu'aucune mesure n'a été prise par le commissaire aux affaires maritimes pour faire face à l'expiration du certificat provisoire. Ceci est confirmé par le contreinterrogatoire du capitaine du Saiga, M. Orlov (compte-rendu ITLOS/PV.99/3, page 7, ligne 5). Il indique qu'il n'avait reçu aucune information de Seascot (le représentant des propriétaires) en ce qui concerne une éventuelle prorogation du certificat provisoire après son expiration.

65. Pour contourner la difficulté, le conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines cite la lettre du commissaire adjoint aux affaires maritimes en date du 1er mars 1999 par laquelle il déclare que cela relève de la pratique commune que les propriétaires permettent que la période de va-

lidité de leur certificat provisoire soit dépassée pour une brève période.

66. Cette déclaration est grave. Elle émane de l'autorité responsable de l'immatriculation des navires à Saint-Vincent qui écrit, dans une lettre adressée au Tribunal, qu'à Saint-Vincent-et-les- Grenadines il est habituel que les propriétaires ne se soucient pas de la date d'expiration de leur certificat provisoire. C'est donc en toute connaissance de cause que les propriétaires du Saiga ont mis en mer un navire dont les documents n'étaient pas en règle. Il y a là une négligence coupable. Saint-Vincent-et-les-Grenadines accepterait-elle la mise en jeu de sa responsabilité pour des dommages (pollution marine par exemple) causés par des navires battant son pavillon et dont les documents d'immatriculation sont périmés au moment des faits illicites ?

67. Dans la deuxième partie de sa lettre, le commissaire confirme cependant qu'après l'expiration de la validité du certificat provisoire, le propriétaire doit obtenir, soit un autre certificat provisoire, soit un certificat permanent. Il rappelle que dans le cas du Saiga, c'est un certificat permanent qui a été obtenu.

68. Il a été prouvé sous forme de document probatoire que le certificat permanent du Saiga est daté du 28 novembre 1997, c'est-à-dire le deuxième jour de la procédure orale en l'affaire de la prompte mainlevée lorsque Saint-Vincent a produit le certificat permanent au Tribunal et aux parties.

69. Saint-Vincent-et-les-Grenadines a fait valoir qu'il avait été difficile d'envoyer le certificat permanent à bord du Saiga parce qu'il aurait pu être en mer. Si un tel fait était avéré, le certificat permanent aurait indiqué une date antérieure à l'arraisonnement du navire, c'est-à-dire précédant le 28 octobre 1997. Dans ce cas, l'acte de délivrance du certificat aurait pu se faire ultérieurement. Or, cela n'a pas été le cas. Le certificat permanent est daté d'un mois après l'arraisonnement du Saiga et a, apparemment, été demandé au registre seulement au moment où le problème des propriétaires du Saiga s'est posé dans le cadre de la procédure

aux fins de la prompte mainlevée. Les déclarations du conseil de Saint-Vincent à l'audience du 28 novembre 1997 le montrent clairement.

70. Saint-Vincent-et-les-Grenadines a produit, par la suite, des documents émanant de son commissaire aux affaires maritimes tendant à accréditer l'idée que l'immatriculation provisoire initiale du 12 mars 1997 continuait d'être valable après la date d'expiration de sa validité. Par exemple, un extrait du registre daté du 24 février 1999, dans lequel la validité de l'immatriculation était indiquée comme permanente. Un tel effet se produit toutefois à la date de la délivrance de l'extrait. Ceci signifie que le navire était immatriculé sur une base permanente à partir du 24 février 1999; ce qui n'apporte rien au débat.

71. Le 12 mars 1997, l'immatriculation du Saiga n'était pas permanente comme cela est attesté par l'annexe A à la lettre du commissaire adjoint aux affaires maritimes en date du 1er mars 1999 portant l'extrait du registre du 15 avril 1997 où il est clairement indiqué que :

« l'immatriculation n'est valable que jusqu'au 12 septembre 1997 ».

Il en est de même de l'attestation du commissaire aux affaires maritimes en date du 27 octobre 1998 produite à l'annexe 7 de la réplique de Saint-Vincent.

72. Sous ce rapport, le seul document probatoire qui aurait pu édifier le Tribunal c'est la production d'une demande émanant de Seascot Management adressée à l'administration maritime de Saint-Vincent et demandant une prorogation de la validité du certificat provisoire ou la délivrance d'un autre certificat. Or, la preuve d'une telle demande n'a pas été apportée.

73. Saint-Vincent a avancé un autre argument consistant à comparer le certificat d'immatriculation provisoire d'un navire à un passeport d'un particulier. Le défendeur a rejeté l'argument en expliquant qu'« [u]n particulier conserve la nationalité de son Etat quelle que soit l'expiration de son passeport. Un vaisseau, toutefois, n'acquiert la nationalité d'un Etat qu'en faisant une demande expresse d'immatriculation. La vie d'un vaisseau change et son immatriculation change également. Celle-ci est en fait un acte constitutif par lequel l'Etat du pavillon accorde sa nationalité au

vaisseau. Si cet acte d'immatriculation est limité dans sa validité, alors, le vaisseau devient apatride. Il en est tout à fait autrement pour un particulier » (compte rendu ITLOS/PV.99/18, p. 17, lignes 10 à 15). L'on pourrait ajouter qu'il n'est pas régulier de voyager avec un passeport périmé.

74. Saint-Vincent invoque en outre l'article 36, paragraphe 2, de la loi sur la marine marchande de 1982 qui dispose qu'un certificat d'immatriculation provisoire « a le même effet qu'un certificat d'immatriculation ordinaire au cours d'une période d'une année à compter de sa date d'établissement ». Il faut relever que la loi ne dit pas qu'un certificat périmé continue de produire le même effet qu'un certificat ordinaire. Qui plus est, les certificats provisoires sont conçus pour une durée de validité de trois à six mois renouvelable suivant les différents pays. La pratique et les législations internes y relatives le montrent à suffisance. Saint-Vincent lui-même a adopté une durée de six mois pour les certificats provisoires qu'il délivre, lesquels peuvent être prorogés une fois sous certaines conditions ou remplacés par un certificat d'immatriculation permanent. Ceci est attesté par la brochure officielle produite par Saint-Vincent et qui se présente comme un décret d'application de la loi sur la marine marchande de 1982.

75. Pour étayer sa thèse relative à la validité d'une année du certificat provisoire d'immatriculation, Saint-Vincent-et-les-Grenadines indique que, en vertu de la section 36, paragraphe 3, lettre d), de la loi sur la marine marchande de 1982, le paiement d'une « annual fee for one year » est requis au moment où est présentée une demande d'immatriculation provisoire. Pour cette raison, Saint-Vincent-et-les-Grenadines conclut que le certificat d'immatriculation provisoire avait conservé sa validité après le 12 septembre 1997 et à tous autres moments du présent différend.

76. Cet argument, tel que présenté par Saint-Vincent-et-les-Grenadines, peut induire en erreur. La section 36, paragraphe 3, se lit :

(3) Every applicant for registration of a ship under this section shall, without prejudice to the generality of the provisions of subsection (1),

produce the following evidence, namely

-

(a) in respect of the ship :

(i) evidence to establish that any foreign certificate of registration or equivalent document has been legally cancelled or the registration has been duly closed;

(ii) if there is an outstanding certificate, evidence to show that the government who issued it has consented to its surrender for cancellation or closure of registration; or

(iii) a declaration from previous owners undertaking to delete the ship from

the existing registration and confirming that all outstanding commitments in respect of the ship have been duly met;

(b) evidence to show that the ship is in a seaworthy condition;

(c) evidence to show that the ship has been marked as provided in section 22 or

that the owner of the ship has undertaken to have the ship so marked immediately upon receipt of a provisional certificate or registration;

(d) evidence of payment of the fee due on the first registration and of the annual fee for one year in respect of the ship.

77. Au vu de la section 36, paragraphe 3, il apparaît que l'argument de Saint-Vincent-et-les- Grenadines est, pour le moins, spécieux. Cette section apparaît plutôt contre-productive pour la thèse vincentienne. Les différentes preuves exigées qui sont des conditions préalables n'ont pas été fournies au Tribunal. Aucune des trois premières preuves exigées relativement à l'annulation ou à la radiation dans le registre du pays de la dernière immatriculation n'a été fournie. Saint- Vincent-et-les-Grenadines n'a pas pu produire le certificat de radiation de Malte devant le Tribunal. Il invoque maintenant cette « redevance annuelle » sortie de son contexte pour accréditer l'idée de la validité annuelle du certificat provisoire. On sait que les certificats provisoires sont délivrés à Saint-Vincent-et-les-Grenadines pour une durée de six mois renouvelable dans certaines conditions tel que l'indique le « décret d'application » de la loi sur la marine marchande, qui stipule :

The provisional registration certificate is issued for six months and

can be extended, under certain circumstances, for a further period of six months.

78. En ce qui concerne l'article 37 de la Merchant Shipping Act, un conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines a expliqué au Tribunal (audience du 18 mars 1999) que la lettre du Deputy Commissioner donne au propriétaire du Saiga d'autres preuves acceptables prouvant que l'immatriculation du navire dans le pays de la dernière immatriculation aurait été radiée. Cependant, ce conseil n'a pas montré en quoi consiste « ces autres preuves acceptables » de radiation du Saiga du précédent registre.

79. La seule preuve aurait dû être - aux termes de l'article 37 - la production d'un certificat de radiation du registre de Malte par les autorités de ce pays. Or, ce certificat de radiation n'a pas été fourni; le conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines se contentant de dire que :

Since there has never been any suggestion that the Saiga remains on the Maltese register, we have judged it unnecessary to trouble the Tribunal with details of her history under a different name and a different flag years before the events which have given rise to this litigation.

80. Dans ces conditions, il s'avère impossible de se faire une idée précise sur la situation du Saiga au moment de son arraisonnement. Le navire était-il en mesure de naviguer sous les pavillons de deux Etats dont il pouvait faire usage à sa convenance avec les conséquences qui s'y attachent ?

81. A mon avis, le Tribunal aurait dû saisir directement Malte, qui est un Etat Partie à la Convention, pour s'enquérir de la situation du navire dans le registre de ce pays de façon à être fixé sur la production ou non du certificat de radiation. Quoi qu'il en soit, la non-production de cette pièce donne à penser que ce Saiga n'était pas radié du registre de Malte au moment de son arraisonnement.

82. Au total, l'examen du certificat d'immatriculation provisoire; du certificat d'immatriculation permanent; du document officiel de l'administration maritime relatif aux actes de procédure d'immatriculation; de

l'attestation du commissaire adjoint aux affaires maritimes; de la Merchant Shipping Act de 1982, ainsi que la non-production du certificat de radiation de Malte, permet de conclure que le Saiga n'était pas valablement immatriculé à la date pertinente (27 et 28 octobre 1997), c'est-à-dire au moment de son arraisonnement par les autorités guinéennes.

83. Par ailleurs, le Tribunal trouve que Saint-Vincent-et-les-Grenadines a agi à tout moment sur la base du fait que le Saiga était un navire ayant sa nationalité. Qu'il a agi en tant qu'Etat du pavillon du navire à tous les stades du différend et au cours de toutes les phases de l'instance en cours. C'est en cette qualité, dit le Tribunal, qu'il a fait appel à la compétence de ce Tribunal pour demander la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et la prompte libération de son équipage, en vertu de l'article 292 de la Convention, et pour présenter une demande en prescription de mesures conservatoires, en vertu de l'article 292.

84. Pour ce qui est de la Guinée, le Tribunal observe qu'elle n'a pas contesté ou mis de quelque manière que ce soit en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire, à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en octobre 1998. Auparavant, poursuit le Tribunal, la Guinée avait la latitude de mener des investigations à propos de l'immatriculation du Saiga ou des documents y relatifs. Par exemple, dit le Tribunal, la Guinée aurait pu inspecter le registre maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. D'autres occasions de mettre en doute l'immatriculation ou la nationalité du navire se sont présentées au cours des procédures devant le Tribunal concernant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire en novembre 1997 et concernant la demande en prescription de mesures conservatoires en février 1998. Le Tribunal ajoute qu'il est par ailleurs pertinent d'observer que les autorités de la Guinée ont cité à comparaître Saint-Vincent-et-les-Grenadines en tant qu'Etat du pavillon du Saiga dans la cédula de citation par laquelle des poursuites pénales avaient été engagées contre le capitaine du navire devant le tribunal de première instance de Conakry. Dans la décision prononcée par le tribunal de première instance, et dans l'arrêt rendu par la suite par la cour

d'appel confirmant ladite décision, Saint-Vincent-et-les-Grenadines avait été mentionnée comme étant l'Etat du pavillon du Saiga.

85. Le Tribunal tire ainsi argument du comportement des deux parties pour justifier que Saint-Vincent-et-les-Grenadines était l'Etat du pavillon du Saiga au moment des faits sans que l'on sache s'il vise à qualifier le comportement de la Guinée d'estoppel, d'acquiescement ou encore de forclusion. On aurait aimé être fixé sur ce point. Ce qui est constant, en revanche, c'est que l'affirmation de la Guinée selon laquelle le Saiga n'était pas dûment inscrit au registre de Saint-Vincent-et-les-Grenadines au moment de son arraisonnement est un fait nouveau dans la présente affaire. Ceci rentre dans la catégorie du « fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu du Tribunal ... » (article 127 du Règlement du Tribunal).

86. En effet, ce fait révélé dans le contre-mémoire de la Guinée était inconnu du Tribunal à la fois dans la première affaire Saiga relative à la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et dans la première phase de cette instance-ci ayant trait à la demande en prescription de mesures conservatoires. La découverte de ce fait donne un titre juridique à la Guinée à demander la révision des jugements rendus dans le cadre des instances susmentionnées. Comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité (avis consultatif) :

Cette règle, qui figure à l'article 10, paragraphe 2, ne peut toutefois être considérée comme interdisant au tribunal de réviser lui-même un jugement, dans des circonstances particulières, lorsque des faits nouveaux d'importance décisive ont été découverts; et le tribunal a déjà exercé ce pouvoir. Pareille révision strictement limitée, faite par le tribunal lui-même, ne peut être considérée comme un « appel » au sens de cet article, et serait conforme aux règles généralement posées dans les statuts ou les lois concernant les cours de justice, comme, par exemple, l'article

61 du Statut de la Cour internationale de Justice (avis consultatif, C.I.J. Recueil 1954, p. 55).

87. La découverte de ce fait apparaît plutôt opposable à Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Elle peut également s'analyser en un changement fondamental de circonstances.

88. La démarche du Tribunal pour arriver à ses conclusions est très peu claire. L'arrêt se réfère aux principes de l'évaluation des preuves sans que l'on sache vraiment la méthode retenue. En lieu et place, l'arrêt indique qu'en évaluant les preuves, le Tribunal est d'avis, qu'en règle générale, il ne devrait pas conclure à la légèreté qu'un navire est sans nationalité.

89. Cette approche est pour le moins singulière. Les faits doivent faire l'objet de qualifications juridiques. Et les règles de droit sont faites pour être appliquées. Il y a un régime juridique spécifique et très précis qui s'attache au cas des navires de commerce dont les papiers de bord ne sont pas en règle. Dans le cas du *Saiga*, c'est l'absence de nationalité. Ce n'est pas à dire que le navire serait sans protection aucune comme pourrait le suggérer le mot du Tribunal. Bien au contraire et comme le fait remarquer O'Connell: « It follows that the right to protect a ship is not necessarily exclusive to the State of nationality, but might equally extend to the State whose nationals own the ship. It also follows, perhaps, that when a ship loses her nationality she falls subject to the law of nationality of the owners. A ship which is without nationality, then, is not necessarily a ship without law, but it may be one lacking a State to protect it » (v. *The Chiquita*, 19 F. 2d 417 (1927); Moore, D., Vol. II, p. 1002 et seq.; U.S. v. *The Pirates*, 5 Wheat. 184 at p. 199 (1820); U.S. v. *Jenkins*, 26 Fed. Cas. No. 15473a, (1838); *The Alta*, 136 Fed. p. 513 at p. 519 (1905); v. *Molvan v. Att.-Gen. for Palestine* (1948) A.C. 351.) (D.P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Second Edition, Vol. II, London, Stevens & Sons, 1970, p. 607. Sur la force probante des énonciations de papiers de bord quant à la nationalité du navire, voir G. Gidel, *Le Droit International Public de la Mer*, Tome I, Paris, E. Duchenin, 1981, p. 89)

90. C'est dire que tout concourt à la recevabilité de l'exception gui-

néenne mais le Tribunal a jugé que dans les circonstances particulières de l'espèce, il ne ferait pas justice en n'examinant pas le fond de l'affaire. Cette attitude nous a paru quelque peu surprenante. Comme l'a fait remarquer en son temps la Cour internationale de Justice (C.I.J. Recueil 1966, op. cit., p. 34), des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit; ainsi le préambule de la charte des Nations Unies constitue la base morale et politique des dispositions juridiques qui sont énoncées ensuite. De telles considérations ne sont pas cependant en elles-mêmes des règles de droit. Tous les Etats s'intéressent à ces questions; ils y ont un intérêt. Mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique. (Sur la fonction d'un tribunal, voir par exemple l'affaire du Cameroun septentrional [Cameroun c. Royaume Uni], exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, pp. 33-34.)

91. Aux termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (article 91, paragraphe premier, 2^{ème} phrase), « Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. » L'autorisation de battre le pavillon est donnée par le registre à condition que le navire soit immatriculé. Dans le cas du Saiga, la validité de l'immatriculation était limitée au 12 septembre 1997. Et, puisqu'il n'y a eu de prorogation de cette immatriculation provisoire, le Saiga était un navire sans nationalité au moment de son arraisonnement.

92. En conséquence, le Tribunal devait déclarer que le Saiga était un navire sans nationalité au moment de son arraisonnement et dire qu'en vertu du principe de la nationalité continue, c'est-à-dire de la règle de droit international qui veut que la demande soit nationale non seulement au moment de sa présentation, mais également au moment du préjudice subi, Saint-Vincent-et-les-Grenadines ne peut exercer de droit en faveur de Saiga car c'est le lien de nationalité entre l'Etat et le navire qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique (Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.I.J. série A/B n° 76, p. 16).

93. Autrement dit, Saint-Vincent-et-les-Grenadines n'a pas la qualité

pour agir; la qualité non pas au sens de « l'aptitude des demandeurs à se présenter devant [le Tribunal] » (c'est la question de la compétence), mais la qualité des demandeurs au sens de leur « droit ou intérêt juridique au regard de l'objet de la demande » (C.I.J. Recueil 1966, p. 18).

94. Le Tribunal, en conséquence, n'avait pas à examiner les autres exceptions préliminaires soulevées par la Guinée ni les conclusions des parties autres que celles sur lesquelles il a statué conformément aux motifs ci-dessus énoncés.

(signé) T. M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2000
7 février 2000

Rôle des affaires :
No. 5

AFFAIRE DU « CAMOUCO »
(PANAMA c. FRANCE)
DEMANDE DE PROMPTE MAINLEVÉE

ARRÊT

DECLARATION DE M. NDIAYE

Je souhaite qu'il soit consigné que je ne partage pas les vues de la majorité concernant la détermination du montant de la caution.

A mon avis, les dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière ont trait à la mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier. C'est donc à ces lois et règlements qu'il faut avoir recours pour déterminer de la manière la plus réaliste la caution ou la garantie financière, à défaut de normes prescrites de détermination.

C'est la législation interne qui peut fournir des indications sur les amendes encourues au regard des charges retenues contre le capitaine ou les personnes morales, ou encore la représentation en justice. Qui plus est, l'autorité administrative en charge des pêches maritimes et des cultures marines est outillée pour déterminer la valeur d'un navire de pêche ou celle d'une pêche illégale. C'est à partir de ces différents éléments que l'on peut aboutir à la détermination de critères objectifs pour la fixation du montant de la caution raisonnable ou autre garantie financière, sans verser dans des considérations d'opportunité.

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2000

18 DÉCEMBRE 2000

Rôle des affaires :
No. 6

AFFAIRE DU « MONTE CONFURCO »
(SEYCHELLES c. FRANCE)
DEMANDE DE PROMPTE MAINLEVÉE

ARRÊT

DÉCLARATION DE TAFSIR MALICK NDIAYE

Le caractère raisonnable se détermine essentiellement en fonction des circonstances factuelles et pertinentes de l'espèce. Le but visé est d'arriver dans un contexte déterminé à établir une balance ou un équilibre entre l'obligation de mainlevée au regard de la Convention et le droit de poursuivre et punir ceux qui violent les lois et règlements d'un Etat donné. Le raisonnable s'observe au résultat ou se constate.

Il faut relever que les requérants, dans les procédures de mainlevée, ont toujours tendance à alléguer le caractère exorbitant de la caution ou de la garantie financière fixée par l'Etat immobilisateur du navire. Ils trouvent par là un moyen commode de l'attirer devant la juridiction internationale sans même chercher à conclure un accord dans les dix (10) jours. L'Etat immobilisateur, de son côté, doit prendre soin de fixer une caution ou une autre garantie financière proportionnée à l'infraction parce que la caution est toujours un fait pertinent de la première importance devant le Tribunal international.

Les dispositions y relatives sont plutôt mesurées. Elles font état de « caution ou ... autre garantie suffisante » (article 73, paragraphe 2); de « versement d'une caution ou le dépôt d'une autre garantie financière appropriée » (article 220, paragraphe 7); ou encore d'« accomplissement de formalités raisonnables, telles que le dépôt d'une caution ou d'une autre garantie financière » (article 226, paragraphe 1b)). Ceci signifie que la caution doit être proportionnée à l'infraction et non revêtir un caractère punitif ou dissuasif. Autrement, la remise en cause de son montant ferait du Tribunal une instance d'appel des décisions des autorités nationales; ce qu'il n'est pas. Le Tribunal applique plutôt les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci (article 293).

(signé) T. M. Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING LAND RECLAMATION
BY SINGAPORE IN AND AROUND THE STRAITS OF
JOHOR
(MALAYSIA v. SINGAPORE)

List of cases: No. 12

PROVISIONAL MEASURES

ORDER OF 8 OCTOBER 2003
2003

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES
AFFAIRE RELATIVE AUX TRAVAUX DE POLDÉRISATION
PAR SINGAPOUR À L'INTÉRIEUR ET À PROXIMITÉ
DU DÉTROIT DE JOHOR

(MALAISIE c. SINGAPOUR)
Rôle des affaires : No. 12

MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE DU 8 OCTOBRE 2003

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. Dans la présente espèce, Singapour (ci-après le défendeur) prétend que la Malaisie (ci-après le demandeur) n'a pas rempli les obligations lui incombant au titre du paragraphe 1 de l'article 283 de la Convention. « Les négociations entre les parties, dont l'article 283 de la Convention fait un préalable au déclenchement des procédures obligatoires de règlement des différends définies à la partie XV de la Convention n'ont pas eu lieu » (Réponse, paragraphe 6).

2. Le défendeur fait valoir que la saisine du tribunal arbitral (prévu à l'annexe VII) par le demandeur était prématurée puisqu'aucun échange de vues n'avait eu lieu contrairement à ce qu'exige l'article 283 de la Convention.

Le paragraphe 1 de celui-ci se lit :

Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

3. Le demandeur indique, pour sa part, qu'il a demandé à plusieurs

reprises la tenue de réunions destinées à examiner les préoccupations de chaque partie en vue de régler le différend à l'amiable. Il fait valoir que le défendeur a refusé à maintes reprises de procéder à des consultations, exigeant de la partie adverse qu'elle prouve, au préalable, le bien fondé de sa cause.

Il y aurait donc un principe d'épuisement préalable des négociations; d'où l'exception in limine litis. Ce qui pose le problème de l'actualité du différend.

4. La négociation s'entend à la fois comme un mode de détermination de l'objet du différend et comme un mode de règlement de celui-ci. C'est dans le premier sens que la Cour permanente de Justice internationale explique qu'« avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2, p. 15).

5. C'est dire que les parties doivent avoir une attitude qui leur permette de parvenir à un accord. Elles ne sont toutefois pas tenues d'accepter une base de règlement qui mettrait à mal leurs propres intérêts. De même, un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre un échange de vues, lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées (voir *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, p. 107, paragraphe 60*).

6. Il apparaît dans la présente espèce que la persistance du refus, par le défendeur, d'examiner les prétentions de la partie adverse a poussé celle-ci à recourir à la procédure instituée au paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention.

Le demandeur a-t-il ainsi violé les dispositions de l'article 283, paragraphe 1 ?

7. La règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certaines conventions internationales (par exemple, le Pacte de la Société des Nations, article 13, paragraphe 1). Sa nature coutumière est, en revanche, douteuse. La règle apparaît comme une condition de com-

pétence des juridictions ou comme une condition de recevabilité d'une action introduite par voie de requête.

8. Dans le premier cas, les juridictions internationales examinent les conditions posées et en disposent très facilement. Il s'agit essentiellement d'un examen factuel de l'attitude des deux parties. La démarche de la CIJ pour trancher la question de compétence dans ce domaine est entièrement applicable aux faits de la présente espèce.

La Cour dit :

L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un non possumus ou à un non volumus péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.

Mais si les négociations diplomatiques entre les gouvernements ont eu leur point de départ dans les discussions antérieures, il se peut très bien que celles-ci aient été de nature à rendre superflue une discussion nouvelle des points de vue qui sont à la base du différend. On ne saurait, à cet égard, poser aucune règle générale et absolue; c'est une question d'espèce (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, pp. 345–346*).

9. Or, dans la présente affaire, il est évident qu'on a abouti à une impasse sur les questions en litige; les parties parlent même de rupture « break down ».

10. L'épuisement préalable des négociations apparaît également comme un préalable juridique à la saisine de la juridiction internationale. La recevabilité de la requête est alors assujettie au respect de la règle. Celle-ci ne s'impose toutefois que si les parties ont une obligation

conventionnelle les liant. C'est dire que la partie invoquant la règle de l'épuisement préalable des négociations doit apporter la preuve qu'un engagement conventionnel en ce sens la lie à la partie adverse.

11. En l'espèce, le défendeur n'a pas prouvé qu'un tel engagement existe entre les parties. C'est dire que le Tribunal est compétent et peut exercer son pouvoir juridictionnel, et entendre les prétentions des parties pour statuer à leur sujet.

12. Si la règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certains traités, elle ne s'impose guère en droit international général. La Cour internationale de Justice a refusé de l'admettre à plusieurs reprises. Elle a même jugé, s'appuyant sur la pratique des Etats, que la requête pouvait lui être soumise alors que les négociations se poursuivaient.

Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a dit :
L'attitude du Gouvernement de la Turquie pourrait donc s'interpréter comme sous-entendant que la Cour ne devrait pas connaître de l'affaire tant que les parties continuent à négocier et que l'existence de négociations activement menées empêche la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce. La Cour ne saurait partager cette manière de voir. La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Plusieurs affaires, dont la plus récente est celle du Procès de prisonniers de guerre pakistanais (C.I.J. Recueil 1973, p. 347), attestent qu'il peut être mis fin à une instance judiciaire lorsque de telles négociations aboutissent à un règlement. Par conséquent, le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire (*arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 12, paragraphe 29*); voir en outre *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 440, paragraphes 106–108; affaire Frontière terrestre et*

maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303).

13. Sur la base de ce qui précède, le tribunal aurait pu rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur d'autant qu'il a déjà jugé qu'un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre les procédures prévues à la section 1 de la Partie XV de la Convention lorsqu'il conclut que les possibilités de règlement du différend ont été épuisées (voir *Thon à nageoire bleue (Nouvelle- Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 295, paragraphe 60).*

(signé) T. M. Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

THE “JUNO TRADER” CASE
(Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau)
List of cases: No. 13

JUDGMENT OF 18 DECEMBER 2004

2004

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU « JUNO TRADER »
(Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau)
Rôle des affaires : No. 13

ARRÊT DU 18 DÉCEMBRE 2004

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. Je voudrais ajouter quelques brèves remarques sur les conditions d'exercice, par le Tribunal, de sa juridiction dans la présente procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou prompt libération de son équipage, entre Saint-Vincent-et-les Grenadines (le demandeur) et le Gouvernement de la Guinée-Bissau (le défendeur) à la suite de l'exposé des faits.

2. Sur ordre de son propriétaire/exploitant, le Juno Trader s'est trouvé le 18 septembre 2004 à 22h00 au large de Nouadhibou, Mauritanie, afin de charger une cargaison de poisson capturée à l'intérieur de la zone économique exclusive mauritanienne par le navire de pêche Juno Warrior. Ce dernier navire était en possession d'une licence de pêche délivrée par les autorités mauritaniennes.

3. Le processus de transbordement de la cargaison du Juno Warrior vers le Juno Trader (un navire de transport frigorifique, « reefer vessel») a commencé le 19 septembre 2004 à 22h40. Il s'est agi d'abord de transborder 1 183,830 métritonnes de plusieurs espèces de poisson frais congelé. Le poisson se trouvait dans 39 461 cartons pesant chacun 30 kilos. Cette opération fut achevée le 22 septembre 2004 à 18h00. Elle fut suivie d'une seconde opération de transbordement, concernant, cette fois-ci, des sacs de farine de poisson (2 800 sacs pesant chacun 40 kilos). Cette opération, commencée le 22 septembre 2004 à 19h00, était achevée le lendemain, 23 septembre 2004, à 03h30.

4. Chargé donc de poisson congelé et de farine de poisson, et après qu'il fut approvisionné en fioul par le navire avitaleur Amursk (opération complétée le 24 septembre 2004, vers 20h00), le Juno Trader quitte les eaux mauritaniennes à destination du Ghana en vue d'y décharger sa cargaison au profit de la société « Unique Concerns Limited », qui entretemps était devenue le propriétaire de la cargaison sur la base de plusieurs connaissements établis le 23 septembre 2004. C'est pendant que le Juno Trader traversait la zone économique exclusive de la République de Guinée-Bissau que les événements qui donnent lieu à la présente af-

faire se sont produits. Abordé le 26 septembre 2004 vers 17h00 par des éléments de la marine nationale de Guinée-Bissau, le Juno Trader a été conduit au port de Bissau le lendemain, 27 septembre 2004, vers 16h00 et placé sous le contrôle des autorités bissau-guinéennes. Les documents desdites autorités relatifs aux raisons de l'immobilisation du navire et de l'arrestation de l'équipage seront délivrés plus tard.

5. Le 18 octobre 2004, la Commission d'inspection maritime a fait les constatations suivantes :

1. Le 26 septembre 2004, les agents du Service d'inspection de pêche se trouvant à bord du navire CACINE ont trouvé le navire « JUNO TRADER » à l'ancre dans la zone de pêche de la Guinée-Bissau, au point des coordonnées 11° 42' et 017° 09' en parallèle avec le navire FLIPPER 1 (« em paralelo com o Navio Flipper 1 »);

2. En s'apercevant de l'approche du navire d'inspection, le navire « JUNO TRADER » a levé l'ancre et pris la fuite avant d'être arrêté au point des coordonnées 11° 29' et 017° 13' après une poursuite ayant duré deux heures et trente minutes (02h30);

[. . .]

5. Selon le rapport d'inspection des prises se trouvant à bord, établi par les experts du Centre de recherches appliquées sur les pêches (CIPA) à la demande de la FISCAP, les espèces identifiées (allache, carangue du Sénégal, maquereau, bonite, chinchard et denté) sont semblables à celles que l'on trouve dans nos eaux. (Acte de la réunion No. 12/CIFM/04 du 18 octobre 2004).

6. Le 19 octobre 2004, « [. . .] la Commission interministérielle d'inspection maritime a décidé ce qui suit :

1. Imposer une amende de 175 398 (cent soixante-quinze mille trois cent quatre-vingt dix-huit) euros au dit navire, qui a été arrêté le 26 septembre 2004 dans les eaux maritimes de la Guinée-Bissau, pour in-

fractions à notre législation en matière de pêche;

2. Imposer, conformément aux dispositions de l'article 58 de la Loi générale relative aux pêches, une amende de 8 770 (huit mille sept cent soixante-dix) euros, au capitaine du « JUNO TRADER », pour absence de coopération avec les inspecteurs, comme en témoigne la tentative de fuite du navire;

3. Déclarer devenu propriété de l'Etat de Guinée-Bissau tout le poisson se trouvant à bord du navire arrêté dont on considère qu'il a été pêché et transbordé dans les eaux maritimes de la Guinée- Bissau sans autorisation en bonne et due forme;

4. Ordonner que le montant total de l'amende (184 168 euros) soit déposé sur le compte No. 305.1000.5001.S00 du Trésor public de la Guinée-Bissau, auprès du siège de la BCEAO à Bissau, au plus tard dans les quinze jours à compter de la date de notification de la présente décision. (Acte No. 14/CIFM/04 du 19 octobre 2004).

7. Le 3 novembre 2004, le montant de l'amende imposée au capitaine (€ 8 770) a été payé par le propriétaire du navire.

8. Le 5 novembre 2004, le Juno Trader, ses appareils et sa cargaison sont automatiquement devenus propriété de l'Etat de Guinée-Bissau en raison du non paiement de l'amende.

9. Le 18 novembre 2004, le montant de € 50 000 a été déposé, au nom du propriétaire du navire, auprès des autorités compétentes de la Guinée-Bissau.

10. Le 23 novembre 2004, le tribunal régional de Bissau, sur la demande du requérant, a décidé des mesures ci-après en attendant une décision en l'espèce :

a) Pour les raisons susmentionnées, je suis d'avis que la présente pro-

cédure est bien fondée et, partant, j'ordonne la suspension immédiate de l'application de l'Acte no. 14/CIFM/04 de la Commission interministérielle d'inspection maritime (le défendeur) du Gouvernement de Guinée-Bissau, dans l'attente d'un règlement définitif de la présente affaire, avec toutes les conséquences juridiques que cela entraînerait, dont :

1. L'annulation immédiate de toute procédure en vue de la vente du poisson et de la farine de poisson se trouvant à bord du navire du requérant, le Juno Trader;

2. La levée immédiate de l'interdiction faite aux membres de l'équipage dudit navire de quitter le port de Bissau, et la restitution immédiate de leurs passeports;

3. La suspension immédiate du paiement de l'amende imposée au capitaine dudit navire et la non-invocation de la garantie bancaire déposée à cet effet, dans l'attente d'un règlement définitif de ladite affaire.

11. Le Tribunal s'est assuré qu'il est compétent pour connaître de la demande et que celle-ci est recevable. L'article 292 de la Convention énonce les conditions à remplir pour que le Tribunal soit compétent pour connaître de la demande de prompt mainlevée. Il dispose :

Article 292

*Prompte mainlevée de l'immobilisation du navire
ou prompte libération de son équipage*

1. Lorsque les autorités d'un Etat Partie ont immobilisé un navire battant pavillon d'un autre Etat Partie et qu'il est 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 du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière, la question de la mainlevée ou de la mise en liberté peut être portée devant une cour ou un tribunal désigné d'un commun accord par les parties; à défaut d'accord dans un délai de 10 jours à compter du moment de l'immobilisation du navire ou de l'ar-

restation de l'équipage, cette question peut être portée devant une cour ou un tribunal accepté conformément à l'article 287 par l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, ou devant le Tribunal international du droit de la mer, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

2. La demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom.

3. La cour ou le tribunal examine promptement cette demande et n'a à connaître que de la question de la mainlevée ou de la mise en liberté, sans préjudice de la suite qui sera donnée à toute action dont le navire, son propriétaire ou son équipage peuvent être l'objet devant la juridiction nationale appropriée. Les autorités de l'Etat qui a procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation demeurent habilitées à ordonner à tout moment la mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage.

4. Dès le dépôt de la caution ou de l'autre garantie financière déterminée par la cour ou le tribunal, les autorités de l'Etat qui a immobilisé le navire se conforment à la décision de la cour ou du tribunal concernant la mainlevée de l'immobilisation du navire ou de la mise en liberté de son équipage.

12. En l'espèce, les deux Etats sont parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Saint-Vincent-et-les Grenadines a ratifié la Convention le 1er octobre 1993 et la Guinée-Bissau le 25 août 1986. La Convention est entrée en vigueur à l'égard des deux Etats le 16 novembre 1994. On notera qu'aucun accord n'est intervenu entre les parties relativement à la saisine d'un autre tribunal dans un délai de dix jours à compter de la date de l'immobilisation du Juno Trader.

13. Le problème qui s'est posé au Tribunal a trait au Statut de Saint-Vincent-et-les Grenadines en tant qu'Etat du pavillon du Juno Trader. Le défendeur a fait valoir, en effet, que depuis le 5 novembre 2004, le Juno Tra-

der est propriété de l'Etat de Guinée-Bissau. Le titre a été transféré par application d'une loi bissau-guinéenne à un moment où le navire se trouvait physiquement sur le territoire de cet Etat (ITLOS/PV.04/03, p. 31, lignes 22 à 25). Le défendeur ajoute que tout navire confisqué cesse de battre pavillon. Le demandeur ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombe d'établir qu'il est l'Etat du pavillon du Juno Trader au moment de déposer sa demande en la présente instance (ITLOS/PV.04/03, p. 32, lignes 25 à 27).

14. Il convient de rappeler que l'article 73 de la Convention traitant de la « Mise en application des lois et règlements de l'Etat côtier » dispose en son paragraphe premier que :

Dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, qui sont nécessaire pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention.

15. C'est donc au législateur national que revient la prérogative d'établir le droit de la pêche sous forme de lois et règlements. L'on trouve ainsi des législations très complètes sur les délits de pêche et le régime des sanctions applicables.

Ces dispositions législatives sont appliquées par le juge national saisi d'un cas concret, sur la base des preuves fournies.

16. Ainsi, lorsqu'un navire est arraisonné, l'autorité administrative en charge des affaires maritimes prononce l'immobilisation ou la saisie conservatoire du navire, laquelle sera, en toute vraisemblance, confirmée par une ordonnance du tribunal saisi qui devra également fixer le montant de la caution à verser en vue de la mainlevée de l'immobilisation (Affaire du navire « SAIGA », arrêt du 4 décembre 1997; Affaire du « Camouco », arrêt du 7 février 2000; Affaire du « Monte Confurco », arrêt du 18 décembre 2000; devant le Tribunal international du droit de la mer).

17. Dans le cas de la Guinée-Bissau, la situation est quelque peu dif-

férente. En effet, l'article 46, paragraphe 3 du décret-loi No. 6-A/2000 du 22 août 2000 indique que, en toute circonstance, le ministère responsable des pêches doit transmettre le procès verbal (d'arraisonnement) dans un délai de 24 heures, au procureur général ou au représentant du ministère public près le tribunal territorialement compétent ou décider, le cas échéant, d'infliger l'amende prévue à l'article 53 du présent décret-loi.

18. Il apparaît ainsi que la saisine du procureur général n'est nullement une obligation puisqu'une alternative est offerte : l'administration des pêches peut, elle-même infliger l'amende prévue à l'article 53. C'est ce que la Commission interministérielle d'inspection maritime a fait (avec son Acte No. 14/CTFM/04 du 19 octobre 2004). Et c'est pourquoi aucune procédure judiciaire n'a été instituée, ni aucune action intentée, par cette administration à l'encontre des propriétaires du Juno Trader, ou de son équipage. De même, le défendeur n'a fixé aucune caution pour la mainlevée de l'immobilisation du Juno Trader et n'a pas réagi au dépôt d'une caution par le représentant de l'armateur relativement au caractère raisonnable ou non de celle-ci.

19. Curieusement, l'arrêt ne dit mot sur ces dispositions législatives fondamentales qui permettent de comprendre la mise en oeuvre des lois et règlements de l'Etat défendeur.

20. Il faut rappeler que l'article 60 dudit décret-loi prévoit que :

1. Les amendes infligées pour toute infraction à la présente loi doivent être payées dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle aucun appel ne peut plus être interjeté contre cette décision, ou de la date de sa mise en application par la Commission interministérielle des pêches, selon le cas.

2. A la demande de l'armateur ou de son représentant, le délai défini au paragraphe précédent peut être prorogé d'une nouvelle période (de quinze jours).

3. Au cas où tout ou partie de l'amende ne serait pas payé avant que

prenne fin la prorogation du délai visée au paragraphe précédent, tout bien saisi revient de droit à l'Etat.

21. La demande de l'armateur, tendant à ce que le délai de paiement de l'amende soit prorogé de quinze jours, n'ayant pas été accueillie, et l'amende n'ayant pas été payée, le défendeur a fait valoir que le titre a été transféré par la mise en oeuvre des dispositions du droit national applicables; ci-dessus rappelées.

22. Le 23 novembre 2004, le tribunal régional du Bissau a pris une ordonnance prescrivant des mesures conservatoires, « en attendant une décision définitive en l'espèce », qui s'analysent pour l'essentiel en un sursis à exécution de la décision de la Commission interministérielle. Le problème est que cette injonction conservatoire – qui n'est donc guère revêtue de l'autorité de la chose jugée – et qui a été faite en attendant la décision définitive en l'espèce est éteinte par l'application des dispositions législatives en vigueur. Ces dispositions législatives s'appliquent, en effet, ope legis comme conséquence directe de la loi sans tenir compte de quelque décision administrative ou judiciaire. Il s'y ajoute que lesdites dispositions ont pris effet, le 5 novembre 2004, avant le dépôt de l'acte introductif d'instance intervenu le 18 novembre 2004.

23. Au reste, le demandeur en est bien conscient lorsqu'il déclare :

Dans un document signé M. Malal Sane, le coordinateur de la FIS-CAP, mais non daté, l'auteur reconnaît que le représentant de l'armateur a sollicité une prorogation du délai de paiement de l'amende de 15 jours, en ajoutant que cette prorogation n'a pas été concédée. Libre à l'administration de Guinée-Bissau, au terme du décret-loi, si je comprends bien, de concéder ou de ne pas concéder cette prorogation. Des raisons plus qu'élémentaires d'équité et de probité imposent que l'administration se donne la peine de répondre à l'armateur, qui attend cette réponse à sa demande de prorogation, surtout si à la clef la sanction qui menace l'armateur n'est autre que la confiscation du navire. Aucune démarche n'a été entreprise pour informer qui que ce soit de la part de l'administration de pêche guinéenne. La confiscation et le changement de propriétaire sont censés avoir eu lieu le 5 novembre (ITLOS/PV.04/04, p. 22, lignes 27 à 36).

24. En l'occurrence, la décision définitive en l'espèce n'est autre que celle de la Commission interministérielle qui aboutit à la confiscation de droit. La question qui se pose dès lors est celle de savoir si le recours contentieux en annulation de l'acte de la Commission interministérielle, que veut intenter le demandeur, peut suspendre ses effets. Ce qui est sûr, c'est que quel que soit le recours offert aux propriétaires du Juno Trader à l'encontre de la décision de la Commission interministérielle en Guinée-Bissau, le demandeur peut difficilement faire prospérer sa cause sur le fondement de l'article 292.

25. La procédure interne a conduit au prononcé d'une condamnation à la confiscation de droit du navire au motif que l'armateur ne s'est pas acquitté des sanctions à lui imposées dans un délai de 15 jours. C'est ce que prescrit la loi bissau-guinéenne sur la pêche. Cela signifie que le recours à la procédure de la prompte mainlevée ne se justifie plus pour défaut d'objet, parce que la confiscation transfère et de façon définitive le Juno Trader au Gouvernement de la Guinée-Bissau. La nature particulière de la procédure ne permet absolument pas au Tribunal d'apprécier les actions d'un Etat côtier dans l'exercice de ses droits souverains. Le paragraphe 3 de l'article 292 ne laisse subsister aucun doute à ce propos. Cette procédure de prompte mainlevée se destine – très modestement – à assurer la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire dès le dépôt d'une caution en attendant la fin des procédures internes; que celles-ci soient judiciaires ou administratives.

26. Dès lors, il n'appartient pas au Tribunal d'apprécier la validité des actes de puissance publique de l'Etat côtier, ne disposant guère de critères sûrs à cet effet et étant bridé par cette procédure spécifique. Le Tribunal doit appliquer les actes publics de l'Etat côtier sans examen au fond.

27. En examinant la question de sa compétence pour connaître de la demande, le Tribunal arrive à la conclusion suivante :

Paragraphe 63 (de l'arrêt) : En tout état de cause, quel que puisse être l'effet d'un changement définitif de propriété d'un navire sur sa nationalité, le Tribunal estime que, dans les circonstances particulières de

l'espèce, il n'y a pas de fondement juridique pour affirmer qu'il y a eu effectivement changement définitif de la nationalité du *Juno Trader*.

64. Aussi, le Tribunal constate qu'il n'y a aucun fondement juridique pour que le défendeur soutienne que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'était pas l'Etat du pavillon du navire le 18 novembre 2004, date à laquelle a été présentée la demande de prompt mainlevée.

28. Si le Tribunal s'est déclaré compétent en la présente espèce c'est simplement par recours à des critères formels voire formalistes avec la distinction subtile et quelque peu artificielle entre le titre de propriété et le pavillon. Le transfert du titre de propriété n'engendre pas, en effet, automatiquement celui du pavillon. Il y a des formalités à accomplir et qui n'ont manifestement pas été accomplies au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance.

29. Ainsi, le défendeur n'a fait valoir devant le Tribunal aucune mesure, par lui prise, tendant à prouver qu'il a désarmé le *Juno Trader*, qu'il exerce sa juridiction – conformément à son droit interne – sur le navire, le capitaine, les officiers et l'équipage pour les questions d'ordre administratif, technique et social. Le défendeur n'a pas non plus indiqué les mesures relatives à l'immatriculation du navire sur le registre maritime de Guinée-Bissau, ou encore une offre de vente. La seule formalité accomplie par le défendeur a consisté à notifier au demandeur la confiscation avec l'acte du 3 décembre 2004.

30. Evidemment, avec ce genre de solution, le risque est grand de se retrouver un jour avec un pavillon fantôme.

(signé) T. M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2012

Le 14 mars 2012

Rôle des affaires No. 16 :

DIFFÉREND RELATIF A LA DÉLIMITATION DE LA FRON-
TIÈRE
MARITIME ENTRE LE BANGLADESH ET LE MYANMAR
DANS LE
GOLFE DU BENGALE
(BANGLADESH/MYANMAR)

ARRÊT

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TAFSIR M. NDIAYE

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage en totalité les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions du fond. En particulier, je souscris à la conclusion énoncée aux paragraphes 329, 333 et 334 de l'arrêt suivant laquelle:

329. Le Tribunal décide que, compte tenu des circonstances géographiques de la présente espèce, la ligne d'équidistance provisoire doit être infléchie à partir du point où elle commence à amputer la projection vers le large de la côte du Bangladesh. Sa direction sera déterminée en fonction de ces circonstances.

[...]

333. La projection, vers le sud, de la côte du Bangladesh se poursuit sur l'ensemble de la zone de la délimitation. Il en va de même, par conséquent, de la nécessité d'éviter les effets d'amputation sur cette projection. Dans les circonstances géographiques de l'espèce, il n'apparaît pas nécessaire de modifier la direction de la ligne ajustée lorsqu'elle s'éloigne des côtes des Parties.

334. En conséquence, le Tribunal se considère fondé à procéder à un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire en traçant une ligne géodésique suivant un azimuth déterminé. De l'avis du Tribunal, aucun ajustement plausible de la ligne d'équidistance provisoire ne pourrait s'écarter sensiblement d'une ligne géodésique suivant un azimuth initial de 215°. Modifier plus largement l'angle de cet azimuth aurait pour effet d'amputer les projections côtières de l'une ou l'autre des Parties. Un déplacement de l'azimut vers le nord-ouest engendrerait une ligne qui ne remédierait pas suffisamment à l'effet d'amputation produit par la ligne d'équidistance provisoire sur la projection, vers le sud, de la côte du Bangladesh vers le large, tandis qu'un déplacement dans le sens opposé

produirait un effet d'amputation sur la projection de la côte du Myanmar vers le large.

2. J'estime toutefois que l'arrêt va au-delà de ce qui est nécessaire, à deux égards, à savoir sur la question de la compétence (I) et dans le dispositif (paragraphe 6 du dispositif de l'arrêt) avec le traitement de la question du plateau continental au-delà des 200 milles marins (II).

Conformément à l'article 8, paragraphe 6, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera essentiellement sur ces deux points de divergence avec l'arrêt.

I. COMPÉTENCE

3. Le 8 octobre 2009, le Bangladesh a adressé au Myanmar une notification écrite instituant une procédure arbitrale en vertu de l'article premier de l'annexe VII à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (ci-après « la Convention »). La note verbale du Ministère des affaires étrangères du Bangladesh en date du 8 octobre 2009 indique :

En application des articles 286 et 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et conformément aux dispositions de l'article premier de l'annexe VII de la Convention, le Bangladesh adresse par la présente au Myanmar notification écrite du fait que, n'ayant pu parvenir à un règlement à la suite des négociations et des échanges de vues qui se sont succédés, comme prévu dans la Partie XV de la Convention, il a décidé de soumettre le différend concernant la délimitation de sa frontière maritime avec le Myanmar dans le golfe du Bengale à la procédure arbitrale prévue à l'annexe VII de la Convention.

4. Le 27 octobre 2009, le Myanmar exprime « sa surprise devant cette notification, qui lui a été adressée sans préavis » (note verbale No 44012/7 (432) du 27 octobre 2009, contre-mémoire de Myanmar, vol. II, annexe 19).

5. Le 4 novembre 2009, le Myanmar a fait une déclaration en vertu de l'article 287 de la Convention par laquelle il accepte « la compétence du Tribunal international du droit de la mer en vue de régler le différend entre l'Union du Myanmar et la République populaire du Bangladesh concernant la délimitation de la frontière maritime entre les deux pays dans le golfe du Bengale » (mémoire du Bangladesh, vol. III, annexe 22).

6. Le lendemain, 5 novembre 2009, le Myanmar notifie au Bangladesh sa décision de soumettre le différend au Tribunal conformément à l'article 287 de la Convention (note verbale No 44012/7 (459) du 5 novembre 2009, p. 1, annexe 21).

7. Le 12 décembre 2009, le Bangladesh a accepté la décision du Myanmar de soumettre le différend au Tribunal (Note verbale No MOFA/UNCLOS/320/2 du 12 décembre 2009, annexe 21).

8. Le Bangladesh confirme son acceptation de la compétence du Tribunal dans une déclaration datée du même jour (mémoire du Bangladesh, vol. III, annexe 23).

9. Le 13 décembre 2009, le Bangladesh a formellement saisi le Tribunal du différend par lettre du Ministère des affaires étrangères adressée au Président du Tribunal, où on peut lire :

5. Given Bangladesh's and Myanmar mutual consent to the jurisdiction of ITLOS, and in accordance with the provisions of UNCLOS, article 287, para. 4, Bangladesh considers that your distinguished Tribunal is now the only forum for the resolution of the parties' dispute.

6. In light of the developments, Bangladesh respectfully invites ITLOS to exercise jurisdiction over the maritime boundary dispute between Bangladesh and Myanmar, which is the subject of Bangladesh's 8 October 2009 statement of claim. Bangladesh hereby notifies the Tribunal of its intention to select Professor Vaughan LOWE QC as Judge ad

hoc in accordance with the Tribunal's Statute and article 19 of the Rules.

Cette lettre constitue véritablement l'acte introductif d'instance lequel renseigne sur le mode de saisine et porte nomination du juge ad hoc. L'agent du Bangladesh avait déjà été nommé avec la procédure arbitrale instituée dans le cadre de l'annexe VII de la Convention.

10. Cette lettre s'analyse comme une requête déposée par une Partie à un différend parce que les deux Parties au différend acceptent la compétence du Tribunal comme l'un des moyens pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention, par voie de déclaration écrite faite conformément à l'article 287 de la Convention.

Nous sommes ici dans le domaine de la juridiction obligatoire, c'est-à-dire des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires.

11. Le Tribunal a, en effet, compétence obligatoire pour connaître de tous les différends concernant l'interprétation ou l'application de la Convention si les parties en litige ont choisi le Tribunal par une déclaration en vertu de l'article 287 de la Convention. Le différend peut alors être soumis au Tribunal à la demande de l'une des parties au moyen d'une requête unilatérale.

12. C'est ce que l'on peut observer avec la lettre du 13 décembre 2009 laquelle saisit formellement le Tribunal. Il n'y a donc pas compromis. S'il y avait compromis la tâche du Tribunal aurait été définie de façon très précise. L'on aurait eu des questions du genre :

- a) L'Accord de 1974 est-il obligatoire ?
- b) Y-a-t-il eu délimitation de la mer territoriale ?
- c) Quel est le tracé de la ligne divisoire entre les deux Parties ?
- d) Le Tribunal est-il compétent pour délimiter la frontière maritime

entre les deux Etats au-delà des 200 milles marins ?

13. Cette saisine comporte en même temps transfert de la procédure arbitrale, instituée par le Bangladesh le 8 octobre 2009, au Tribunal. Il faut rappeler que le Tribunal a connu deux transferts de procédure qui ont été effectués par voie de compromis. C'est qu'en effet, les Parties peuvent décider, par accord, de porter devant le Tribunal un différend soumis auparavant à un tribunal arbitral constitué conformément à l'article 287, paragraphe 3.

14. Ainsi, dans l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2), Saint-Vincent-et-les Grenadines a institué une procédure arbitrale dans le cadre de l'annexe VII contre la Guinée. Les deux Parties notifieront plus tard, au Tribunal un accord par lequel elles transféreront ladite procédure au Tribunal (« l'accord de 1998 ») (*voir l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 14 à 17, paragraphe 4).

15. Dans l'affaire de l'espadon entre le Chili et la Communauté européenne, les Parties sont convenues d'interrompre la procédure arbitrale en vertu de l'annexe VII instituée par le Chili et de soumettre le différend à une chambre spéciale du Tribunal conformément à l'article 15, paragraphe 2, du Statut du Tribunal (*voir Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-Est (Chili/Communauté européenne)*, Ordonnance du 20 décembre 2000, TIDM Recueil 2000, p. 149 à 152, paragraphes 2 et 3).

16. Dans la présente espèce, le transfert est effectué par la requête introductive d'instance, la lettre du 13 décembre 2009 qui saisit formellement le Tribunal.

17. Et, comme l'indique l'article 45 du Règlement du Tribunal :

Dans chaque affaire dont le Tribunal est saisi, le Président se renseigne auprès des parties au sujet des questions de procédure. [...].

18. C'est ainsi que les 25 et 26 janvier 2010, des consultations ont

eu lieu entre le Président du Tribunal et les Parties. Le procès-verbal des consultations est signé par les deux Parties et le Président du Tribunal. Il indique :

Les Parties conviennent que le 14 décembre 2009 doit être considéré comme la date d'introduction de l'instance devant le Tribunal et que le Myanmar a donné son assentiment à la décision du Bangladesh de mettre fin à la procédure arbitrale que celui-ci avait instituée concernant le même différend ... par sa notification et l'exposé de ses conclusions en date du 8 octobre 2009. (Procès-verbal des consultations en date du 26 janvier 2010 (CMM, annexe 24) du Myanmar)

19. Ce procès-verbal apparaît comme un simple compte rendu de réunion. Il est signé par les représentants des deux Parties et par le Président du Tribunal. Il se borne à relater des discussions et à résumer des points d'accord. Il ne crée pour les Parties ni droits, ni obligations de droit international. Il ne saurait être regardé non plus comme un compromis, c'est-à-dire un accord international au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il suffit de rappeler les paragraphes 12 et 14 du procès-verbal :

12. During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in the case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over to the Registrar.

[...]

14. Responding to a question raised by the delegation of Myanmar, the President clarified that the Tribunal will not consider the merits of the Case until the judgment of the Tribunal on the preliminary objections is rendered and subject to the outcome of such judgment.

20. Dans le cadre du contentieux, le compromis est un accord international par lequel des Etats Parties s'accordent pour soumettre un dif-

férend d'ordre juridique au Tribunal. Il fixe l'étendue des pouvoirs qui seront reconnus au Tribunal.

21. En conséquence, il apparaît que le Tribunal a été saisi par voie de requête du Bangladesh avec la lettre du 13 décembre 2009.

22. L'on peut relever l'existence d'un lien intime entre les notions de saisine et de compétence, lesquelles sont toutefois très différentes. En effet, tandis que la compétence est la base sur laquelle le Tribunal doit connaître de l'affaire et trancher le différend à lui soumis, la saisine est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci en portant l'affaire devant le Tribunal.

23. Les notions de compétence et de saisine sont parfois confondues. Il en est ainsi lorsque le seul fait de saisir la juridiction entraîne immédiatement la compétence de cette dernière. Cela concerne quatre cas de figure :

1) C'est le cas pour la saisine par voie de compromis lorsqu'il est notifié au Tribunal par les Parties qui l'ont signé.

2) C'est aussi le cas quand le Tribunal est saisi simultanément par deux requêtes (Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (Arrêt du 18 novembre 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 192) où le Nicaragua et le Honduras ont saisi simultanément la Cour).

3) Troisième cas de figure : lorsque, étant saisi par voie de requête, la déclaration de juridiction obligatoire souscrite par l'Etat défendeur ne fait pas obstacle à sa compétence.

4) Enfin, comme dans l'affaire qui nous occupe, deux déclarations concordantes d'acceptation de la compétence du Tribunal en vertu de l'article 287 de la Convention et qui en font le forum approprié aux termes du paragraphe 4.

24. Je rappelle que le Myanmar a retiré sa déclaration. En effet, le 14 janvier 2010, le Gouvernement du Myanmar a informé le Secrétaire

général de l'Organisation des Nations Unies qu'il avait décidé de retirer la déclaration faite au titre de l'article 287 de la Convention, par laquelle il avait reconnu la compétence du Tribunal pour le règlement du différend entre le Myanmar et le Bangladesh concernant la délimitation de la frontière maritime entre les deux Etats dans le golfe du Bengale.

25. Il restait au Tribunal à déterminer l'étendue de sa compétence en la présente affaire. Le Myanmar dit :

[...] Je tiens à préciser que, dans son principe, la compétence du Tribunal de céans ne pose pas de problème : à la suite de la notification d'arbitrage du Bangladesh, les deux Parties l'ont accepté dans les mêmes termes, conformément aux dispositions de l'article 287, paragraphe 1 de la Convention de Montego Bay, en vue du règlement du différend ... concernant la délimitation maritime entre les deux pays dans le golfe du Bengale. [...]

Le seul problème qui se pose concerne la possibilité actuelle pour le Tribunal de se prononcer sur la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins. J'ai bien dit la possibilité, M. le Président, pas la compétence dans l'abstrait. Le Myanmar ne conteste pas que, si le Bangladesh pouvait faire valoir des revendications sur cette partie du plateau continental du golfe du Bengale, le Tribunal aurait compétence pour procéder à la délimitation.

(ITLOS/PV.11/11, p. 9, lignes 41 à 44, et p. 10, lignes 1 à 12) Au total on peut retenir ceci :

26. La République populaire du Bangladesh a introduit la présente instance contre l'Union du Myanmar le 8 octobre 2009 par notification d'une procédure arbitrale en vertu de l'article 287, paragraphe 3, et de l'annexe VII de la Convention, ainsi que l'exposé de ses conclusions et les motifs sur lesquels elles se fondent.

27. Le 4 novembre 2009, le Myanmar a, en réponse, accepté la compétence du Tribunal international du droit de la mer en vue de régler le

différend entre le Bangladesh et le Myanmar « concernant la délimitation de la frontière maritime entre les deux pays dans le golfe du Bengale ».

28. Le Bangladesh fera une déclaration le 12 décembre 2009 par laquelle il « accepte la compétence du Tribunal international du droit de la mer pour le règlement du différend opposant la République populaire du Bangladesh et l'Union du Myanmar au sujet de la délimitation de leur frontière maritime dans le Golfe du Bengale ».

29. Sur le fondement de ces déclarations, la Ministre des affaires étrangères du Bangladesh a, le 13 décembre 2009, formellement saisi le Tribunal du différend par lettre adressée au Président du Tribunal, où on peut lire :

5. Compte tenu du consentement mutuel du Bangladesh et du Myanmar à la compétence du Tribunal international du droit de la mer, et conformément aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 287 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le Bangladesh estime que votre éminent Tribunal est désormais le seul à pouvoir résoudre le différend entre les Parties.

et

Le Bangladesh invite respectueusement le TIDM à exercer sa compétence dans le différend concernant la frontière maritime qui oppose le Bangladesh et le Myanmar, et qui a fait l'objet de l'exposé des conclusions du Bangladesh en date du 8 octobre 2009.

30. Vu les déclarations respectives des Parties et l'invitation à « exercer sa compétence » adressée au Tribunal par le Bangladesh, le Tribunal international du droit de la mer a compétence pour connaître du différend.

31. Les Parties conviennent que toutes les conditions pour que le Tribunal ait compétence étaient réunies à la date du 13 décembre 2009, date de soumission par le Bangladesh des déclarations respectives des Parties et que le Tribunal est donc habilité à connaître de l'affaire. Elles sont cependant en désaccord sur l'étendue exacte de la compétence ainsi conférée au Tribunal.

32. Le Myanmar a exprimé des doutes quant à la compétence du Tribunal et quant au fait de savoir si, dans l'éventualité où elle existe effectivement, il serait judicieux de l'exercer dans la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

33. Le Myanmar ne conteste pas « qu'en principe, la délimitation du plateau continental, y compris du plateau au-delà de 200 milles marins, pourrait relever de la compétence du Tribunal » (CMM, paragraphe 1.14).

34. Le Myanmar déclare dans son contre-mémoire que la question de la compétence du Tribunal s'agissant de la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins en général ne devrait pas se poser en l'espèce, parce que la ligne de délimitation est censée s'arrêter bien avant d'atteindre la ligne des 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale (CMM, paragraphe 1.15).

35. Le Myanmar ajoute que « même si le Tribunal devait statuer qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (quod non), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la zone internationale des fonds marins » (CMM, paragraphe 1.16).

36. Le Myanmar soutient que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations de la (Commission des limites du plateau continental (dénommée ci-après « la Commission » ou « la CLPC »)), le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont ses limites extérieures » (CMM, paragraphe 1.17). Il fait valoir que à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation

de recommandations par la Commission relatives à cette demande sont des étapes préalables nécessaires à toute détermination, par un Etat côtier, des limites extérieures de son plateau continental « sur la base des recommandations [de la Commission] » aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat a potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision judiciaire visant à répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Inverser ce processus pour ... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans. (duplique du Myanmar, paragraphe A.17.)

37. Pour étayer sa position, le Myanmar cite la sentence arbitrale en l'Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon), où il est indiqué qu'« un tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait » (décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81). D'après le tribunal arbitral, toute décision concernant la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins entre la France et le Canada aurait été uniquement fondée sur des droits hypothétiques [...].

38. Le Myanmar se réfère également à l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire Nicaragua c. Honduras en faisant valoir qu'en l'espèce, la Cour a refusé de délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins entre le Nicaragua et le Honduras parce que la CLPC n'avait pas encore fait des recommandations à ces deux pays concernant leur plateau continental au-delà de 200 milles marins. L'arrêt cité par le Myanmar à ce propos indique ce qui suit :

[...] A cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale; toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité. (Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 759, paragraphe 319)

39. Au cours de la procédure orale, le Myanmar a précisé sa position. Il a déclaré, entre autres, qu'en principe, il ne contestait pas la compétence du Tribunal. Les deux Parties ont bien accepté la compétence du Tribunal dans les mêmes termes, conformément aux dispositions de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention, en vue du « règlement du différend... relatif à la délimitation de la frontière maritime entre les deux pays dans le golfe du Bengale ». D'après le Myanmar, le seul problème qui se pose concernait la possibilité que le Tribunal exerce cette compétence et se prononce sur la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins.

40. Le Myanmar a en outre fait valoir que si le Tribunal estimait « néanmoins la requête recevable sur ce point – quod non –» il ne pourrait « que surseoir à statuer en ce qui concerne cet aspect des choses, ceci jusqu'à ce que les Parties se soient prononcées, conformément à l'article 76 de la Convention, sur les recommandations de la Commission concernant la réalité des titres des deux Parties sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et, si ces titres existent,, sur leur extension » vers les limites extérieures du plateau continental des deux pays (ITLOS/PV.11/11, p. 10, lignes 27 à 34).

41. Le Bangladesh estime que le Tribunal est expressément habilité par la Convention à statuer sur les différends entre Etats résultant des articles 76 et 83 en ce qui concerne la délimitation du plateau continental. La Convention n'établissant aucune distinction entre la compétence

à l'égard de la partie intérieure du plateau continental, c'est-à dire la partie en deçà de 200 milles marins, et de la partie au-delà de cette distance, la délimitation de l'intégralité du plateau continental est, d'après le Bangladesh, régie par l'article 83, et le Tribunal a manifestement compétence pour procéder à la délimitation au-delà de 200 mille marins (MB, paragraphe 4.23).

42. Répondant à l'argument du Myanmar selon lequel « ... en tout état de cause, la question de la délimitation du plateau au-delà des 200 milles marins ne se pose pas car la ligne de délimitation s'achève bien avant d'atteindre la limite des 200 milles marins », le Bangladesh déclare que « ... l'argument du Myanmar selon lequel le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà des 200 milles marins est fondé plutôt sur une autre proposition, à savoir qu'une fois que la zone jusqu'à 200 milles marins aura été délimitée, le point d'aboutissement du plateau du Bangladesh n'atteindra pas la limite des 200 milles marins » (RB, paragraphe 4.39). Le Bangladesh fait valoir que

[c]ela ne pourrait être un élément valable que si le Tribunal admettait tout d'abord les arguments avancés par le Myanmar pour défendre une ligne d'équidistance jusqu'à une distance de 200 milles marins. Or, un tel résultat ne serait possible que si le Tribunal méconnaissait totalement les circonstances pertinentes évoquées par le Bangladesh ... (RB, paragraphe 4.40)

43. Se référant à l'argument du Myanmar concernant les droits de tierces parties, le Bangladesh déclare que l'existence potentielle d'une revendication concurrente d'un Etat tiers ne saurait priver le Tribunal de sa compétence de délimiter la frontière maritime entre deux Etats qui sont soumis à sa juridiction, étant donné que les Etats tiers ne sont pas liés par l'arrêt du Tribunal et que l'arrêt n'affecte aucunement leurs droits. Le Bangladesh observe que, pour les Etats tiers, une délimitation opérée par un arrêt du Tribunal est simplement *res inter alios acta* et que le Statut du Tribunal fournit cette assurance au paragraphe 2 de son article 33 (MB, paragraphe 4.35).

44. Le Bangladesh constate aussi que l'affirmation du Myanmar «

concernant la Zone internationale des fonds marins est contraire à la teneur de la demande qu'il a lui-même soumise à CLPC, dont il ressort clairement que les limites extérieures du plateau continental, dans ses relations avec la Zone internationale des fonds marins, sont très éloignées de la délimitation de la frontière maritime avec le Bangladesh » (RB, paragraphe 4.5).

45. Le Bangladesh note une certaine incohérence dans la position du Myanmar à ce sujet. Le Bangladesh observe que « le Myanmar admet, en ce qui concerne les zones potentielles de chevauchement avec l'Inde, que même si le Tribunal ne peut pas fixer de tripoint entre les trois Etats, il peut déterminer « l'orientation générale de la partie finale de la frontière maritime entre le Myanmar et le Bangladesh » ce qui serait “conforme à la pratique bien établie” des cours et tribunaux internationaux » (RB, paragraphe 4.17).

46. Les conclusions du Bangladesh, résumant sa position sur la question des droits des tierces parties et la compétence du Tribunal, sont les suivantes :

1. [...]

2. La délimitation par le Tribunal d'une frontière maritime sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins ne préjuge aucunement des droits de tierces parties. Tout comme les cours et tribunaux internationaux ont toujours exercé leur compétence lorsque les droits d'Etats tiers étaient en cause, le Tribunal peut exercer sa compétence, même si les droits de la communauté internationale sur la zone internationale des fonds marins entraînent en ligne de compte, ce qui n'est en tout état de cause pas le cas.

3. En ce qui concerne la zone du plateau où les revendications du Bangladesh et du Myanmar chevauchent celles de l'Inde, il suffit au Tribunal de déterminer laquelle des prétentions des deux Parties à la présente instance est la mieux fondée et d'effectuer une délimitation qui ne lie que le Bangladesh et le Myanmar. Une telle délimitation entre les

deux Parties à la présente instance ne lierait pas l'Inde. (RB, paragraphe 4.91)

47. En ce qui concerne le rôle joué par la CLPC, le Bangladesh constate que :

...il n'y a aucun conflit entre les rôles respectifs du Tribunal et de la Commission en ce qui concerne le plateau continental. Ces rôles sont au contraire complémentaires. Le Tribunal a compétence pour délimiter les frontières sur le plateau continental élargi, tandis que la Commission formule des recommandations concernant la fixation des limites entre le plateau continental élargi et la zone internationale des fonds marins, à condition qu'il n'existe pas de différend entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face. En fait, la Commission ne formule aucune recommandation concernant les limites du plateau continental élargi jusqu'à ce qu'un tel différend soit réglé (par le Tribunal ou par un autre organe judiciaire ou arbitral, ou d'un commun accord entre les parties), à moins que les parties ne consentent à ce que la Commission examine leurs demandes.

Dans le cas d'espèce, il est interdit à la Commission d'agir étant donné le litige qui existe entre les Parties en ce qui concerne le plateau continental élargi et le refus d'au moins l'une d'elles (le Bangladesh) de consentir à l'intervention de la Commission. (MB, paragraphes 4.28 et 4.29)

48. Le Bangladesh signale que :

...Si l'argument du Myanmar était accueilli, le Tribunal devrait attendre que la CLPC agisse et celle-ci devrait elle-même attendre que le Tribunal agisse. Ainsi, l'on tournerait en rond, ce qui signifierait que, dans tous les cas où il existe entre les parties intéressées un différend concernant le plateau continental au-delà des 200 milles marins, les procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires prévues par la section 2 de la partie XV de la Convention, seraient dépourvues d'application dans la pratique. L'objet et le but mêmes des procédures de règlement des différends prévues dans la Convention seraient à toutes fins

utiles irréalisables. La position du Myanmar crée en matière de compétence un trou noir dans lequel disparaîtraient à jamais tous les différends concernant les délimitations maritimes sur le plateau continental étendu. (RB, paragraphe 4.7)

49. Résumant sa position, le Bangladesh conclut dans sa réplique que « [e]n présentant les recommandations de la CLPC comme un préalable à l'exercice, par le Tribunal, de sa compétence, le Myanmar entre dans un raisonnement circulaire qui rendrait impossible l'exercice par le Tribunal de sa compétence en ce qui concerne le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cela n'est pas conforme à la partie XV de la Convention, ni au paragraphe 10 de son article 76 » (RB, paragraphe 4.91, alinéa 1).

50. Il faut rappeler que la compétence du Tribunal dépend toujours du consentement préalable des Parties et qu'aucun Etat souverain ne saurait être partie à une affaire devant une juridiction internationale s'il n'y a pas consenti. C'est ce consentement à porter le différend devant le Tribunal qui détermine la compétence de celui-ci à l'égard du différend.

Cependant, il ne faut pas confondre le différend et les demandes. L'article 21 du Statut du Tribunal énonce :

Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal.

51. La CIJ a défini la conclusion comme étant « l'énoncé précis et direct d'une demande » (Pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 126). Selon elle, les conclusions ne peuvent pas être soumises sous une forme interrogative (Haya de la Torre, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 71). Et la Cour se reconnaît compétente pour les interpréter, ce qui lui permet, si elle l'estime nécessaire, de ne pas y répondre (Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt,, C.I.J. Recueil 1954, p. 28). Elle dit :

Le Gouvernement italien soutient que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur ces conclusions du Royaume Uni. La Cour ne saurait se considérer comme incompétente pour statuer sur la validité, le retrait ou la caducité d'une requête dont elle est saisie : statuer sur de tels griefs en vue de déterminer la suite qu'elle donnera à la requête rentre dans l'exercice de sa fonction judiciaire.

52. C'est dire que le Tribunal peut choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins. L'exception d'incompétence soulevée par le Myanmar en ce qui concerne la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins se justifie par le fait que le Myanmar a accepté comme défendeur la juridiction du Tribunal. En effet, le paragraphe 12 du procès-verbal des consultations du Président du Tribunal indique bien :

During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in the case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over to the Registrar.

Lesdites exceptions préliminaires portent sur la délimitation du Plateau continental au-delà des 200 milles marins entre les deux Parties.

II. LA DÉLIMITATION DU PLATEAU CONTINENTAL AU-DELÀ DES 200 MILLES MARINS ENTRE LES PARTIES

53. C'est la seule question qui divise encore les Parties. La délimitation [...] est effectuée par voie d'accord ou par voie juridictionnelle. Les limites extérieures du plateau continental sont fixées par l'Etat côtier sur la base des recommandations de la Commission et sont « définitives et de caractère obligatoire ». Les recommandations de la Commission sont soumises par écrit à l'Etat côtier qui a présenté la demande ainsi

qu'au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (annexe II, article 6, paragraphe 3, de la Convention).

54. C'est pourquoi l'article 7 de l'annexe II dispose :

Les Etats côtiers fixent la limite extérieure de leur plateau continental conformément à l'article 76, paragraphe 8 et aux procédures nationales appropriées.

55. Ces règles entendent surtout prescrire par implication qu'une délimitation du plateau continental ou la fixation de sa limite extérieure au-delà des 200 milles marins qu'un Etat établirait par voie unilatérale, sans se soucier des vues de l'autre ou des autres Etats concernés par la délimitation ou encore en dehors de l'article 76, paragraphe 8, est inopposable à ces derniers en droit international (Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, paragraphe 87). En effet, « la délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers relève du droit international » (Pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 132).

56. Le Tribunal peut-il dans les circonstances de l'espèce délimiter le plateau continental au-delà des 200 milles marins entre le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, peut-il le faire avant même que les prétentions des parties sur le plateau continental ne soient confirmées sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental visées à l'article 76, paragraphe 8 ? Chacune des parties conteste le droit de l'autre à un plateau continental au-delà des 200 milles marins.

Les circonstances :

a) les obligations conventionnelles (article 76 et annexe II de la Convention)

57. Le paragraphe 1 de l'article 76 de la Convention définit le plateau continental. Il retient deux critères. Le critère de distance pour les Etats dont la marge continentale ne va pas au-delà de 200 milles marins des lignes de base. Dans ce cas, la limite externe du plateau continental juridique se confond avec celle de la zone économique exclusive. Le second critère est celui géomorphologique pour les Etats dont la marge continentale va au-delà de 200 milles des lignes de base. Dans ce cas, l'Etat côtier doit apporter la preuve à la Commission des limites du plateau continental que le prolongement naturel de sa masse terrestre va au-delà des 200 milles marins. Deux formules qui déterminent le rebord externe de la marge continentale, d'une part et des contraintes qui limitent l'expansion des Etats, de l'autre, s'appliquent. La combinaison, selon des règles précises, des lignes résultant des formules et contraintes permet l'établissement de la limite extérieure du plateau continental juridique. Les données nécessaires à l'application de ces formules nécessitent l'acquisition de données scientifiques au large.

58. L'Etat côtier fixe la limite extérieure du plateau continental sur la base des recommandations de la Commission des limites du plateau continental (article 76, paragraphe 8, de la Convention, et annexe II de la Convention). Le Secrétaire général des Nations Unies donne la publicité voulue à cette limite.

59. L'article 3, paragraphe 1, de l'annexe II de la Convention précise les fonctions de la Commission dans les termes suivants :

1. Les fonctions de la Commission sont les suivantes :

a) examiner les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au mémorandum d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer;

b) émettre, à la demande de l'Etat côtier concerné, des avis scientifiques et techniques en vue de l'établissement des données visées à la lettre précédente.

60. C'est dire que la Commission est compétente pour examiner si les informations qui lui ont été présentées prouvent que les conditions énoncées à l'article 76 sont remplies par l'Etat côtier aux fins de la fixation de la limite extérieure du plateau continental. Le pouvoir d'évaluer les données scientifiques et techniques présentées par l'Etat côtier revient à la seule Commission, aux termes de la Convention.

61. Le Tribunal s'est compliqué la tâche en procédant à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins alors que la Commission ne s'est pas prononcée sur la limite extérieure du plateau de chacune des Parties.

62. b) L'exception d'incompétence soulevée par le défendeur (le Myanmar) relative à « la possibilité actuelle pour le Tribunal de se prononcer sur la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins assortie d'une exception d'irrecevabilité de la requête ».

63. Le Myanmar déclare qu'à supposer même que le Tribunal décide « qu'il peut exister une frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins (quod non), il ne s'en trouverait pas moins privé de la compétence de déterminer cette ligne du fait que toute décision judiciaire sur ces questions pourrait préjuger des droits de tierces parties ainsi que des droits relatifs à la Zone internationale des fonds marins [...] » (CMM, paragraphe. 1.16.).

64. Le Myanmar ajoute que « tant que la limite extérieure du plateau continental n'a pas été établie sur la base des recommandations » de la Commission des limites du plateau continental (ci-après dénommée « la Commission »), « le Tribunal, en tant qu'instance judiciaire, ne peut pas déterminer une ligne de délimitation sur une base hypothétique sans savoir quelles sont ses limites extérieures » (CMM, paragraphe 1.17). Il fait valoir à cet égard que :

L'examen d'une demande d'extension d'un Etat et la formulation

par la Commission de recommandations relatives à cette demande sont des conditions préalables nécessaires à toute détermination des limites extérieures du plateau continental d'un Etat côtier « sur la base des recommandations [de la Commission] », aux termes de l'article 76, paragraphe 8 de la Convention, ainsi qu'à la détermination des zones du plateau continental au-delà des 200 milles marins sur lesquelles un Etat a potentiellement un titre. Cette détermination des limites extérieures du plateau continental est, à son tour, une condition préalable à toute décision judiciaire visant à répartir les zones dans lesquelles il existe un chevauchement des droits souverains sur les ressources naturelles du plateau continental au-delà de 200 milles marins [...] Inverser ce processus pour ... [statuer] sur des droits dont l'étendue est inconnue, non seulement opposerait le Tribunal à d'autres organes créés par traité, mais encore irait à l'encontre de la structure même de la Convention et du système de gouvernance internationale des océans (DM, paragraphe A.17).

65. c) La suspension par la Commission des limites du plateau continental de l'examen de la demande du Myanmar et celle du Bangladesh (SPLOS/31, paragraphe 44; article 5 de l'annexe II de la Convention). En effet, « dans le cas où il existe un différend terrestre ou maritime, la Commission n'examine pas la demande présentée par un Etat Partie à ce différend et ne se prononce pas sur cette demande. Toutefois, avec l'accord préalable de tous les Etats Parties à ce différend, la Commission peut examiner une ou plusieurs demandes concernant des régions visées par le différend. » (annexe I, paragraphe 5 a) du Règlement intérieur de la Commission). C'est ainsi que, s'agissant de la demande faite par le Myanmar, conformément à l'article 76, et présentée le 16 décembre 2008, la Commission indique :

notant qu'il n'y avait eu aucun élément indiquant que tous les Etats concernés étaient d'accord, ce qui aurait permis d'examiner la demande en dépit de l'existence d'un différend dans la région, la Commission a décidé de repousser encore la création d'une sous-commission chargée d'examiner la demande du Myanmar. Elle a également décidé que, puisque la demande restait la prochaine à examiner compte tenu de l'ordre de réception, la Commission réexaminerait la question au moment

de la création de sa prochaine sous-commission.

La Commission a réitéré cette décision à sa vingt-septième session (7 mars -21 avril 2011).

66. d) La question des titres : la délimitation suppose la connaissance des titres des deux Parties dans la zone concernée. Ainsi, la première question sur laquelle le Tribunal devait se pencher en la présente espèce consiste à déterminer si les Parties ont des titres concurrents sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si tel n'était pas le cas, le Tribunal s'emploierait à traiter d'une question hypothétique sans véritable objet.

67. Les Parties ont émis des revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Une partie de cette zone est également revendiquée par l'Inde. Chacune des Parties récuse le titre de l'autre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. En outre, le Myanmar affirme que le Tribunal ne saurait connaître de la question du titre du Bangladesh ou du Myanmar sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, car cette question relève de la compétence exclusive de la Commission, et non pas du Tribunal (DM, paragraphe A.5).

68. Considérant les positions précitées des Parties, le Tribunal traitera en premier lieu du principal point en litige, c'est-à-dire le fait de savoir si les Parties ont ou non un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet effet, le Tribunal examinera tout d'abord la position des Parties à l'égard de leur titre respectif, il analysera le sens de la notion de prolongement naturel et ses rapports avec celle de marge continentale, le Tribunal vérifiera ensuite s'il est compétent en l'espèce pour déterminer les titres des Parties à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins; le Tribunal déterminera enfin s'il y a chevauchement entre les titres éventuels des Parties sur un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. Sur la base de ces conclusions, le Tribunal se prononcera sur la délimitation entre les pla-

teaux continentaux des Parties au-delà de la limite de 200 milles marins (paragraphe 401 de l'arrêt).

69. Alors que les Parties formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la Partie adverse. Ainsi, selon elles, il n'existe pas de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il en résulte soit que la question de la délimitation ne se pose pas, soit que la délimitation devrait être effectuée entre les Parties d'une manière telle qu'elle devrait laisser l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà de 200 milles à une seule Partie.

70. Le Bangladesh considère qu'en application de l'article 76 de la Convention, il possède un titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Il prétend par ailleurs que le Myanmar ne jouit d'aucun titre de ce type parce que son territoire terrestre n'a pas de prolongement naturel dans le golfe du Bengale au-delà de la limite de 200 milles marins. Par conséquent, selon le Bangladesh, il n'existe pas de zone du plateau continental au-delà de 200 milles faisant l'objet de revendications concurrentes des deux Parties et lui seul dispose d'un titre sur le plateau continental qui fait l'objet des prétentions et du Bangladesh et du Myanmar. Le Bangladesh considère donc que toute délimitation dans cette zone ne saurait étendre le plateau du Myanmar au-delà de la limite juridique de 200 milles marins visée à l'article 76 (MB, paragraphe 7.37).

71. Pour ce qui est de son propre titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, le Bangladesh affirme que « le plateau continental [étendu qu'il revendique] est le prolongement naturel de son territoire terrestre du fait de la géologie et de la géomorphologie ininterrompues [des fonds marins], y compris en particulier la vaste roche sédimentaire déposée par le système fluvial Gange-Brahmapoutre » (MB, paragraphe 7.43). Pour prouver cette assertion, le Bangladesh a fourni au Tribunal des éléments de preuve scientifiques démontrant qu'il existe une continuité géologique et géomorphologique entre la masse terrestre du Bangladesh et le golfe du Bengale. De plus, le Bangladesh

fait valoir que le plateau continental étendu auquel il a droit, dont la limite extérieure a été déterminée selon la formule de Gardiner, fondée sur l'épaisseur des roches sédimentaires, s'étend bien au-delà de 200 milles marins.

72. S'agissant du titre du Myanmar, le Bangladesh affirme que cet Etat n'a pas droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins parce qu'il ne satisfait pas aux critères physiques de prolongement naturel visés au paragraphe 1 de l'article 76, lequel requiert la preuve d'une continuité géologique reliant directement les fonds marins et leur sous-sol au territoire terrestre. Selon le Bangladesh, il existe des preuves écrasantes et incontestées de l'existence d'une « discontinuité fondamentale » entre le territoire terrestre du Myanmar et les fonds marins au-delà de 200 milles marins (RB, paragraphe 4.62). Le Bangladesh soutient que la limite de la plaque tectonique entre les plaques indienne et birmane constitue manifestement « une rupture ou solution de continuité » des fonds marins qui marque « indiscutablement la limite de deux plateaux continentaux ou prolongements naturels distincts » (RB, paragraphe 4.62).

73. Dans la note verbale du 23 juillet 2009 qu'il a adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Bangladesh a fait observer que les zones revendiquées par le Myanmar dans sa demande à la Commission, au motif qu'elles font partie de son plateau continental supposé, sont en réalité le prolongement naturel du Bangladesh et qu'en conséquence, il conteste la revendication du Myanmar (MB, vol. III, annexe 21). Dans la demande présentée le 25 février 2011 à la Commission, le Bangladesh a réaffirmé sa position en déclarant qu'il « conteste la revendication du Myanmar sur des zones du plateau continental étendu » parce que les zones revendiquées « font partie du prolongement naturel du Bangladesh » (Résumé, reproduit dans RB, vol. III, annexe R3, paragraphe 5.9).

74. En résumé, le Bangladesh déclare dans son mémoire que :

. en raison de la solution de continuité géologique significative qui sépare la plaque birmane de la plaque indienne, le Myanmar ne peut pas prétendre à un plateau continental dans l'une quelconque des zones situées au-delà de 200 milles marins.

. le Bangladesh est fondé à revendiquer les droits souverains sur l'intégralité de la zone de plateau continental au-delà de 200 milles marins revendiquée par le Bangladesh et le Myanmar [...]

. le Bangladesh est fondé, à l'égard du Myanmar seulement, à revendiquer les droits souverains sur le secteur trilatéral de plateau revendiqué par le Bangladesh, le Myanmar et l'Inde [...]. (MB, paragraphe 7.43)

75. Le Myanmar rejette l'affirmation du Bangladesh, selon laquelle le Myanmar n'aurait aucun titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Si le Myanmar ne contredit pas les éléments de preuve présentés par le Bangladesh d'un point de vue scientifique, il souligne que l'existence d'une solution de continuité géologique en face de la côte du Myanmar est dénuée de toute pertinence en l'espèce. Selon le Myanmar, le titre d'un Etat côtier sur un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins n'est pas conditionné par un quelconque « test de prolongement naturel géologique ». Ce qui détermine un tel titre, est l'étendue physique de la marge continentale, c'est-à-dire son rebord externe, qui doit être établie conformément à l'article 76, paragraphe 4, de la Convention (ITLOS/PV.11/11, p. 22, ligne 28).

76. Le Myanmar avance qu'il a effectivement établi le rebord externe de sa marge continentale en se fondant sur la formule de Gardiner, énoncée à l'article 76, paragraphe 4, lettre a), i). La ligne ainsi tracée selon la formule de Gardiner se situe bien au-delà de 200 milles marins, et, par conséquent, il en est de même du rebord externe de la marge continentale du Myanmar. De ce fait, le Myanmar peut prétendre en l'espèce à un plateau continental au-delà de la limite de 200 milles marins. C'est pourquoi le Myanmar a présenté une demande concernant la limite extérieure de son plateau continental à la Commission, conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la Convention (CMM, paragraphe A2).

77. Par note verbale du 31 mars 2011 adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Myanmar a déclaré que « le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà d'une largeur de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit international de la mer » et que « le droit du Bangladesh sur un plateau continental ne s'étend ni jusqu'à la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base établies conformément au droit, ni a fortiori, au-delà de cette limite » (DM, Appendice, p. 186).

78. Le Myanmar affirme que le Bangladesh n'a pas de plateau continental au-delà de 200 milles marins, parce que la délimitation du plateau continental entre le Bangladesh et le Myanmar prend fin bien avant d'atteindre la limite de 200 milles marins mesurée à partir des lignes de base des deux Etats (CMM, paragraphe 5.160). En pareil cas, la question de la délimitation du plateau continental au-delà de cette limite ne se pose pas et n'a pas à être examinée plus avant par le Tribunal (CMM, paragraphe 5.160, p. 167).

79. La détermination des droits des deux Etats sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins et de leur étendue respective est un préalable à toute délimitation.

80. Celle-ci consiste à « tracer la ligne exacte ou les lignes exactes de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains » des Etats intéressés (Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil, 1978, p. 35, paragraphe 85). Le lien intime entre le titre des Etats sur un espace maritime et la délimitation d'un espace maritime entre des Etats voisins constitue une « vérité d'évidence » (Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 30, para. 27). Il apparaît que « le titre commande la délimitation, la délimitation est fille du titre » (P. Weil, « Vers une conception territorialiste de la délimitation maritime », Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix de la justice et du développement, Paris, Pedone 1991, p. 501 à 511, spéc. p. 511).

81. Sur la détermination des titres des Parties, le Tribunal explique (paragraphe 439 de l'arrêt) que toutes les côtes n'ouvrent pas droit à un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins. Dans certains cas, la commission a fondé ses recommandations sur le fait qu'à son avis, la totalité ou une partie de la zone visée dans la demande d'un Etat côtier comprend une partie des grands fonds marins. Le Myanmar ne conteste pas que le plateau continental du Bangladesh, s'il n'était pas affecté par la délimitation en-deçà de 200 milles marins, s'étendrait au-delà de cette distance. Le Bangladesh ne conteste pas qu'il existe une marge continentale au large de la côte du Myanmar. Mais il soutient, sur la base de son interprétation de l'article 76 de la Convention, que cette marge n'a pas de prolongement naturel au-delà de 50 milles marins au large de cette côte. Le Tribunal dit que le problème réside dans la divergence des Parties quant à ce qui constitue la marge continentale (paragraphe 442 de l'arrêt). Il relève que le golfe du Bengale présente une situation tout à fait particulière et que ses fonds marins sont recouverts d'une épaisse couche de sédiments de 14 à 22 kilomètres de profondeur. Et le Tribunal d'affirmer qu'étant donné ces roches sédimentaires, les deux Parties ont inclus, dans leurs demandes présentées à la Commission, des données indiquant que leur titre sur la marge continentale au-delà de 200 milles marins est fondé, dans une large mesure, sur l'article 76, paragraphe 4, lettre i) de la Convention (paragraphe 445 de l'arrêt).

82. Le titre à établir doit nécessairement se rattacher à la définition même du plateau continental. L'exercice de la délimitation maritime consiste à déterminer, par le truchement des sciences de la nature, l'étendue du prolongement naturel de chacun des deux Etats sous la mer, et à constater – non à attribuer – jusqu'où s'étend le socle sous-marin que la nature a placé devant chacun des deux Etats.

83. Durant les décennies écoulées, c'est le concept de prolongement naturel du territoire terrestre de l'Etat qui a permis de déterminer jusqu'où les droits de l'Etat sur les fonds marins s'étendaient vers le large. De nos jours, c'est le critère de la distance qui remplit cette fonction à la fois pour le plateau continental, la zone économique exclusive

et la mer territoriale. Rappelons que tout Etat côtier a droit à un plateau continental, prolongement naturel de son territoire. Ce droit peut être limité de cinq façons : 1) par 200 milles marins quand le rebord externe de la marge continentale est inférieur à cette distance; 2) par le rebord externe de la marge continentale; 3) par une distance de 350 milles marins lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance supérieure à celle-ci; 4) par les droits et titres des Etats tiers; 5) par les droits et titres de la communauté internationale représentée par l'Autorité internationale des fonds marins. On aurait aimé disposer de données précises sur le plateau continental du Bangladesh et du Myanmar au-delà des 200 milles marins. Le critère de distance est lié au droit relatif au titre juridique d'un Etat sur le plateau continental. Comme l'indique la Cour internationale de Justice (Plateau continental (Jamaïriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, paragraphe 61), le droit applicable au litige, c'est-à-dire à des prétentions portant sur des plateaux continentaux situés à moins de 200 milles des côtes des Etats en question, ne se fonde pas sur des critères géologiques ou géomorphologiques, mais sur un critère de distance de la côte, ou pour reprendre l'expression traditionnelle d'adjacence, sur le principe d'adjacence mesurée par la distance. Le problème ici réside dans le fait que ce critère n'est guère applicable au plateau continental au-delà de 200 milles. Les conséquences de l'évolution du droit du plateau continental s'observent au niveau de la vérification de la validité du titre juridique et à celui de la délimitation des prétentions concurrentes. Sur la base du droit actuellement applicable, c'est-à-dire du critère de distance, la validité des titres du Bangladesh et du Myanmar sur les fonds marins que ces deux Etats revendiquent est-elle prouvée ? Quel est l'impact des considérations de distance sur l'opération de délimitation proprement dite, laquelle doit aussi bien fixer des limites des projections maritimes des Etats vers le large que délimiter ces divers espaces entre les deux Etats ? Cette évaluation doit avoir en vue le fait que la délimitation doit aboutir à un résultat équitable par l'application de principes équitables aux circonstances pertinentes. Le juge doit statuer « sur une base de droit » (Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, paragraphe 59). Pour ce faire, la Cour internationale de

Justice a fixé le statut des principes équitables. Elle explique que les décisions judiciaires sont unanimes pour dire que la délimitation du plateau continental doit s'effectuer par application de principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes afin d'aboutir à un résultat équitable. Cette façon de voir « n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir » (Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 59, paragraphe 70). C'est cependant le but – le résultat équitable – et non le moyen utilisé pour l'atteindre, qui doit constituer l'élément principal de cette double qualification. « L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application » (ibid., p. 60, paragraphe 71). Il faut cependant distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de rendre une décision *ex aequo et bono* car « il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière » (Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, paragraphe 85).

84. Ainsi, la justice, dont l'équité est une émanation, n'est pas la justice abstraite mais la justice selon la règle de droit; autrement dit, son application doit être marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité. Bien qu'elle s'attache plus particulièrement aux circonstances d'une affaire donnée, elle envisage aussi, au-delà de cette affaire, des principes d'une application plus générale (Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 39, paragraphe 45). Les principes équitables recèlent donc un caractère normatif.

85. La grande faiblesse de l'arrêt en l'espèce est qu'il ne parvient pas à déterminer avec précision les titres respectifs du Bangladesh et du Myanmar sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Il ne parvient pas non plus à établir leur étendue respective. S'agissant de la

question de savoir s'il est compétent pour statuer sur les titres des Parties, le Tribunal relève la nécessité d'établir une distinction entre la notion de titre sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins et celle de limite extérieure du plateau continental. Il note « que l'article 83 de la Convention porte sur la délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face, sans restriction quant à l'espace concerné. Cet article ne contient aucune référence aux limites indiquées à l'article 76, paragraphe 1, de la Convention. L'article 83 s'applique à la délimitation du plateau continental tant en deçà qu'au-delà de 200 milles marins ». Il explique que le titre d'un Etat côtier sur le plateau continental existe uniquement parce qu'il est dûment fondé; il n'est pas nécessaire que des limites extérieures soient fixées. L'on a eu à invoquer l'article 77 de la Convention (paragraphe 361 de l'arrêt).

86. Il y a là une différence capitale à marquer entre la délimitation terrestre

– laquelle fait droit aux survivances coloniales – et la délimitation maritime. Contrairement à la première, la seconde ne consiste pas à rechercher le titre le meilleur, donc le seul décisif en droit; elle consiste à résoudre les difficultés nées de la coexistence de deux titres de même qualité juridique. « Tandis que la délimitation terrestre a pour objectif de *sum cuique tribuere*, la délimitation maritime est condamnée à amputer le titre de chacun. L'une est faite de reconnaissance, de consécration; l'autre de réduction, de sacrifice, d'amputation. On s'explique ainsi le rôle différent que joue l'effectivité dans les délimitations terrestres et les délimitations maritimes. L'occupation, l'exercice effectif des souverainetés étatiques, les actes de souveraineté : autant d'éléments qui contribueront à établir le titre le meilleur, donc le seul juridiquement à retenir, dans les problèmes de délimitation terrestre, mais qui sont sans pertinence dans la délimitation maritime. » (P. Weil, « Délimitation maritime et délimitation terrestre », *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 1021 à 1026, spéc. p. 1024)

87. Ne parvenant pas à déterminer avec précision les titres respectifs

des Parties sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins, ni à établir leur étendue respective de façon à savoir si lesdits titres sont concurrents, se chevauchent ou s'entrecroisent, le Tribunal adopte une autre démarche. Il dit : « Les informations et rapports scientifiques communiqués dans la présente affaire, et qui n'ont pas été contestés, démontrent que le plateau continental du Myanmar n'est pas limité à 200 milles marins en vertu de l'article 76 de la Convention. Ils indiquent plutôt qu'il s'étend au-delà de 200 milles marins » (paragraphe 448 de l'arrêt) et « en conséquence, le Tribunal conclut que le Bangladesh et le Myanmar ont un titre sur un plateau continental au-delà de 200 milles marins. Les demandes soumises à la Commission par le Bangladesh et le Myanmar respectivement attestent que leurs titres se chevauchent dans la zone faisant l'objet du différend en l'espèce »

(paragraphe 449 de l'arrêt). Le Tribunal ajoute qu'en ce qui concerne la Zone, il observe que les demandes des Parties soumises à la Commission font apparaître clairement que le plateau continental au-delà de 200 milles marins, l'objet de la délimitation dans la présente espèce, est situé loin de la Zone (paragraphe 368 de l'arrêt). Il se trouve que les données scientifiques contenues dans les demandes soumises à la Commission ne sont guère confirmées ou infirmées par celle-ci, puisqu'elle a interrompu leur examen à cause du différend, objet de la présente affaire (s'agissant de la décision de reporter l'examen de la demande du Myanmar et du Bangladesh, voir la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/64, 1er octobre 2009, p. 12, paragraphe 40, et la Déclaration du Président de la Commission des limites du plateau continental sur l'avancement des travaux de la Commission, CLCS/72, 16 septembre 2011, p. 7, paragraphe 22). Les Parties se contestent leurs prétentions sur leur plateau continental respectif. En effet, alors qu'elles formulent l'une comme l'autre des revendications sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, chacune d'elles conteste la revendication de la partie adverse. De la sorte, il n'existe guère de revendications concurrentes sur le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Elles apparaissent plutôt exclusives l'une par rapport à l'autre. De l'avis des Parties, la question de la délimitation ne se

pose pas. Eventuellement, la délimitation devrait être effectuée d'une manière telle qu'elle devrait laisser l'intégralité de la zone du plateau continental au-delà des 200 milles à l'une ou l'autre Partie. Dans ces conditions, on est réduit à des conjectures. Et en traçant la ligne tel qu'il l'envisage, le Tribunal ne préjuge-t-il pas des droits de la Communauté internationale ? Assurément, le recours préalable à la Commission était la voie à suivre.

88. On doit rappeler que le juge constate des titres. Il ne doit jamais les attribuer. Du fait de la nature de ses fonctions et de celle des titres, il lui est d'autant plus nécessaire de s'appuyer sur le droit existant, quelques incertains que soient les principes ou règles tirés de l'exigence d'une solution équitable. Le Tribunal feint de s'appuyer sur des principes de droit, mais faute de règles substantielles suffisamment précises tirées du droit international général, il est réduit à statuer en opportunité.

89. Cette façon de voir rejailit sur la méthode de délimitation retenue par le Tribunal – équidistance/circonstances pertinentes – dans la mesure où les composantes de l'opération de délimitation deviennent inopérantes, en un mot inapplicables; ce pour trois raisons :

90. D'abord, c'est la juxtaposition des titres concurrents, qui se chevauchent ou s'entrecroisent dans toute leur étendue qui peut donner une idée de la zone pertinente, laquelle permet de vérifier l'absence de disproportion. Ce procédé joue un rôle important dans l'opération de délimitation en mesurant le rapport entre la longueur des côtes des Etats concernés et l'étendue des espaces maritimes qui leur reviennent. C'est dire qu'avec des suppositions très approximatives, il est difficile de produire le résultat clair attendu de la délimitation, laquelle doit aboutir à un résultat équitable. De fait, on ne sait plus s'il s'agit ici d'un différend portant sur l'attribution d'un territoire ou d'un différend portant sur la délimitation de deux territoires, parce que la zone pertinente est inexistante parce qu'indéterminée.

91. « De l'avis du Tribunal, la méthode de délimitation à employer,

dans le cas d'espèce portant sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins, ne diffère pas de celle utilisée en deçà de cette distance. En conséquence, la méthode équidistance/circonstances pertinentes reste d'application pour délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cette méthode est née de la constatation que la souveraineté sur le territoire terrestre constitue le fondement des droits souverains et de la juridiction de l'Etat côtier à l'égard tant de la zone économique exclusive que du plateau continental. C'est là une question distincte de celle de l'objet et de la portée des droits en cause, qu'il s'agisse de la nature des espaces auxquels s'appliquent ces droits ou des limites extérieures maximales visées aux articles 57 et 76 de la Convention. Le Tribunal note à ce propos que cette méthode permet de résoudre – et résout effectivement dans le cas d'espèce –, au-delà de 200 milles marins, le problème de l'effet d'amputation que peut produire une ligne d'équidistance quand la côte d'une partie présente une concavité prononcée » (paragraphe 455 de l'arrêt).

92. Cette méthode procède par des étapes bien déterminées au nombre de trois. La première étape consiste à établir la ligne d'équidistance provisoire. A ce stade, le juge ne s'intéresse pas encore aux éventuelles circonstances pertinentes, et la ligne est tracée selon des critères strictement géométriques, sur la base de données objectives. Le tracé de la ligne finale doit aboutir à une solution équitable (art. 74 et 83 de la Convention). C'est pourquoi, lors de la deuxième phase, le juge examine s'il existe des facteurs appelant un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance provisoire afin de parvenir à un résultat équitable. Enfin, dans une troisième étape, le juge devra s'assurer que la ligne ne donne pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes attribuées à chaque Etat par ladite ligne.

93. Ensuite, l'identification des circonstances pertinentes devient – dans ces conditions – un exercice périlleux caractérisé par l'incertitude en ce qui concerne le plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le rôle de la proportionnalité, la conduite des Parties, les données socio-

économiques, le cadre géographique général, la géologie et la géomorphologie pouvaient fournir des données de fait que le juge devait prendre en considération pour tracer une ligne équitable. La perspective s'est quelque peu déplacée et le juge a cherché à y mettre de l'ordre, en appréciant le poids qu'il convient d'accorder aux circonstances pertinentes dans une délimitation donnée. Selon la Cour internationale de Justice : « En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce » (Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 50, paragraphe 93). Cependant, il en va autrement lorsqu'un organe judiciaire ou arbitral applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence, seules pourront intervenir « celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature » (Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 40, paragraphe 48). En l'espèce, peut-on établir un lien convaincant entre les circonstances pertinentes invoquées par une seule Partie et les plateaux continentaux revendiqués de façon contradictoire par le Bangladesh et le Myanmar ? En particulier, la ligne d'équidistance réussit-elle à tenir compte des circonstances pertinentes, à savoir l'effet d'amputation qu'elle produit, la concavité de la côte du Bangladesh ainsi que le système détritique du Bengale ? Ces facteurs appellent-ils un ajustement ou un déplacement de la ligne d'équidistance au-delà des 200 milles marins afin de parvenir à un résultat équitable ? Le Tribunal s'est-il assuré que la ligne de délimitation retenue ne donnait pas lieu à un résultat inéquitable du fait d'une disproportion marquée entre le rapport des longueurs respectives des côtes et le rapport des zones maritimes pertinentes ?

Quelles sont les zones maritimes pertinentes attribuées au Bangladesh et au Myanmar par la ligne de délimitation au-delà des 200 milles marins?

94. Le Bangladesh soutient que les circonstances pertinentes dans la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins comprennent la géologie et la géomorphologie des fonds marins et du sous-sol, parce que le titre au-delà de 200 milles marins dépend uniquement du prolongement naturel, tandis qu'en deçà de 200 milles marins, il est fondé sur la distance à partir de la côte (ITLOS/PV.11/6, p. 27, ligne 30). D'après le Bangladesh, son droit sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins « repose solidement » sur la continuité géologique et géomorphologique entre le territoire terrestre du Bangladesh et tous les fonds marins du golfe du Bengale. Le Bangladesh déclare que le Myanmar « n'a au mieux qu'une continuité géomorphologique entre sa propre masse terrestre et le plateau continental étendu » (ITLOS/PV.11/6, p. 28, lignes 41 à 43). En conséquence, selon le Bangladesh, « une délimitation équitable, conforme à l'article 83, doit nécessairement tenir pleinement compte du fait que le Bangladesh a 'le prolongement le plus naturel' dans le golfe du Bengale et que le Myanmar n'a guère de prolongement naturel voire aucun prolongement naturel au-delà de 200 milles [marins]» (ITLOS/PV.11/6, p. 29, lignes 14 à 22).

95. Une autre circonstance pertinente évoquée par le Bangladesh est « l'effet de continuité de la côte concave du Bangladesh et l'effet d'amputation entraîné par la ligne d'équidistance du Myanmar ou par toute autre version d'une ligne d'équidistance ». D'après le Bangladesh, « plus une ligne d'équidistance ou même une ligne d'équidistance modifiée s'éloigne d'une côte concave », « plus elle coupe cette côte, rétrécissant continuellement le triangle d'espace maritime qui lui fait face ». (ITLOS/PV.11/6, p. 29, lignes 36 à 37).

96. Compte tenu de sa position, à savoir que le plateau continental du Bangladesh ne s'étend pas au-delà de 200 milles marins, le Myanmar n'a pas présenté d'arguments concernant l'existence de circonstances pertinentes relatives à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet égard, le Tribunal constate que le Myanmar a

déclaré qu'il n'existe pas de circonstances pertinentes nécessitant d'infléchir la ligne d'équidistance provisoire dans le contexte de la délimitation du plateau continental en deçà de 200 milles marins.

97. Enfin, on peut s'interroger sur la nature de la ligne divisoire du plateau continental au-delà des 200 milles marins. Le Tribunal a décidé qu'au-delà de la limite de 200 milles marins du Bangladesh, la frontière maritime se poursuit le long de la ligne géodésique, visée au paragraphe 5, qui commence au point 11 en suivant un azimuth initial de 215°, jusqu'à ce qu'elle atteigne la zone où les droits des Etats tiers peuvent être affectés (paragraphe 6 du dispositif de l'arrêt). Le Tribunal a décidé que, compte tenu des circonstances géographiques de la présente espèce (concavité et effet d'amputation, l'île Saint Martin), la ligne de délimitation doit être infléchie à partir du point où elle commence à amputer la projection vers le large de la côte du Bangladesh et que sa direction sera déterminée en fonction de cette circonstance. A ce propos, il nous faut avouer notre étonnement pour les paragraphes 235, 236 et 237 de l'arrêt, puisque le Tribunal a choisi de retenir la méthode de l'équidistance/circonstances pertinentes. Le recours à d'autres méthodes ne se justifie que lorsque la méthode de l'équidistance aboutit à un résultat inéquitable et déraisonnable. Il y a donc une sorte de contradiction in se, un paradoxe logique à changer de démarche.

98. Si cette opération de délimitation peut se justifier pour le plateau continental jusqu'à 200 milles marins et la zone économique exclusive, elle n'a aucune pertinence pour le plateau continental au-delà des 200 milles marins à cause de l'indéfinition des titres des Parties. Ce, parce que sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'y a guère lieu à délimitation maritime. La sagesse commandait d'arrêter la ligne de délimitation aux 200 milles marins; pas au-delà.

99. Le Tribunal devait, dans les circonstances de l'espèce, opérer un renvoi préjudiciel pour régler cette partie restante du différend. Il devait prendre une ordonnance de renvoi, à cet effet. Le renvoi préjudiciel n'a jamais été effectué en droit international. C'est une notion de droit

de l'Union européenne qui s'applique devant les juridictions des Etats membres de l'Union européenne.

100. Le renvoi préjudiciel est la possibilité offerte à une juridiction nationale d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'interprétation ou la validité du droit communautaire dans le cadre d'un litige dont cette juridiction est saisie. Son objectif est de garantir la sécurité juridique par une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de l'Union européenne. La procédure est actuellement prévue par les articles 256 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

101. Le Tribunal est le seul à pouvoir le faire. Il faut ici rappeler les différentes positions exprimées par les cours et tribunaux internationaux concernant la délimitation au-delà des 200 milles marins. Dans l'Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays, le Tribunal arbitral dit :

Toutefois, comme on le verra, la frontière maritime unique que le tribunal a fixée est telle que, entre la Barbade et la Trinité-et-Tobago, il n'y a pas de frontière maritime unique au-delà de 200 milles marins. Point n'est donc besoin que le tribunal traite les problèmes posés par le Rapport, dans cet espace maritime, entre les droits relatifs au plateau continental et les droits relatifs à la zone économique exclusive. C'est pourquoi le tribunal ne se prononce pas sur le fond du problème posé par l'argument avancé par le Trinité-et-Tobago. (Décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, p. 242, paragraphe 368).

102. Dans l'Affaire du Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, la Cour internationale de Justice a déclaré :

La Cour peut donc, sans pour autant indiquer de point terminal précis, délimiter la frontière maritime et déclarer que celle-ci s'étend au-delà du 82ème méridien sans porter atteinte aux droits d'Etats tiers. A

cet égard, il convient également de relever que la ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ; toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité. (arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 759, paragraphe 319).

103. De même, la sentence arbitrale, rendue en Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon déclare qu'

[u]n tribunal ne peut pas parvenir à une décision en supposant, par pure hypothèse, que de tels droits existeront en fait. » (Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, p. 293, paragraphe 81).

Dans ces différentes affaires, les cours et tribunaux internationaux se sont employés à appliquer le droit positif sans chercher à créer un précédent.

104. Le Tribunal international du droit de la mer, la Commission des limites du plateau continental, l'Autorité internationale des fonds marins et la Réunion des Etats Parties à la Convention, sont des organes institués par la Convention. Des organes qui doivent assumer un rôle déterminé, chacun en ce qui le concerne, dans le cadre de la Convention; celui de gardien et d'interprète authentique revient au Tribunal.

105. Il se trouve qu'il y a ici une limite, importante pour le Tribunal, à l'exercice de sa compétence. En effet, c'est la Convention qui charge spécifiquement la Commission, d'une part, d'

[e]xaminer les données et autres renseignements présentés par les Etats côtiers en ce qui concerne la limite extérieure du plateau continental lorsque ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins et soumettre des recommandations conformément à l'article 76, et au Mémorandum d'accord adopté le 29 août 1980 par la troisième conférence des Nations

Unies sur le droit de la mer.

D'autre part, la Commission doit :

émettre [fournir], à la demande de l'Etat côtier concerné, des avis scientifiques et techniques en vue de l'établissement des données visées à la lettre précédente (art. 3 al 1, lettres a) et b), de l'annexe II à la Convention).

106. La Commission jouit ici d'un pouvoir exclusif et discrétionnaire pour mener à bien les tâches à elle dévolues et dont le Tribunal doit tenir compte dans l'exercice de sa compétence en l'espèce.

107. C'est pourquoi le Tribunal devait saisir la Commission à ce stade de la procédure et sans qu'il soit nécessaire qu'une des Parties en fasse la demande parce que le Tribunal devait se considérer inapte à rendre justice dans les circonstances de l'espèce. Le renvoi est subordonné à l'appréciation du Tribunal.

108. Si le différend pouvait être réglé sur la seule base du droit international, si la question était matériellement identique à une question déjà résolue par la jurisprudence internationale ou enfin si l'application des règles et principes de délimitation pouvait aboutir à un résultat équitable et être en conformité avec l'article 76 de la Convention, le renvoi aurait été inutile. Or, dans les trois affaires qui ont eu à traiter de la question : l'Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française (Saint-Pierre-et-Miquelon) (Décision du 10 juin 1992, RSA, vol. XXXI, paragraphes 78 et 79); l'Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental entre ces deux pays, (Décision du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, paragraphe 213) et le Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras) (arrêt, C.I.J. Recueil 2007, paragraphe 319), les organes judiciaires et arbitraux ont adopté la prudence et se sont contentés de rappeler le droit en vigueur.

109. Il y avait vraiment nécessité de renvoi préjudiciel à la Commission pour apprécier la validité des titres présumés des Parties au différend devant ce Tribunal. Ceci nous aurait permis de rendre justice au Bangladesh et au Myanmar et de trancher définitivement ce différend. Cela aurait ouvert également la voie aux autres juridictions internationales (CIJ et tribunaux arbitraux) pour traiter cette question difficile : c'était la voie de la sagesse.

110. Pour ce faire, le Tribunal devait saisir immédiatement le Président de la Réunion des Etats Parties et le Président de la Commission pour lever la suspension de l'examen de la demande du Myanmar, intervenue le 11 mai 2011. Il faut rappeler que le Myanmar est le premier sur la liste, et l'examen de sa demande aurait suffi au Tribunal dans l'exercice de sa compétence parce que les données et renseignements fournis par le Bangladesh ne sont pas contestés.

111. Le Tribunal aurait dû donner mandat au Président et aux deux juges ad hoc pour assurer l'égalité des Parties dans la démarche. On aurait pu alors trouver un protocole d'accord avec la Commission et un échéancier précis. L'ordonnance de renvoi et ledit protocole auraient pu être annexés à l'arrêt rendu par le Tribunal le 14 mars 2012.

112. On aurait pu demander à la Commission de faire ses recommandations dans un délai d'un an : ce qui aurait ouvert une deuxième phase à la présente affaire. Le Tribunal peut en effet choisir, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, les termes dans lesquels il entend répondre aux conclusions des Parties. Il peut donc parfaitement examiner et statuer séparément sur la question de la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins.

113. Ce genre de différend risque d'être prolifique dans un monde où les préoccupations territoriales jouent un rôle prééminent. L'occasion était opportune de créer un précédent procédural qui peut s'avérer très utile aux juridictions internationales appelées à exercer leur compétence

en ces matières.

114. La Convention a conçu un système correspondant à l'idée que, pour certaines matières, il faut disposer d'une procédure légère, faisant appel à des experts plutôt qu'à des juristes, et dans laquelle la détermination des faits joue sans doute un rôle plus important que les considérations proprement juridiques, parce que c'est la science qui répond aux questions scientifiques et pas le droit.

115. C'est ainsi que l'annexe II à la Convention institue la Commission des limites du plateau continental, laquelle est chargée d'adresser aux Etats côtiers des recommandations sur les questions concernant la fixation des limites extérieures de leur plateau continental, lorsque celui-ci s'étend au-delà des 200 milles marins des lignes de base.

116. En offrant des critères précis pour le tracé des limites du plateau continental, l'article 76 vient corriger les incertitudes de la Convention de 1958 qui avait fondé, entre autres, la définition du plateau continental sur le critère d'exploitabilité, laissant la porte ouverte à des extensions incontrôlées.

117. L'application des critères scientifiques contenus à l'article 76 ne pouvait pas être laissée à la seule discrétion de l'Etat côtier qui reste habilité à établir le tracé de ses limites puisqu'il définit le rebord externe de la marge continentale et fixe la limite extérieure de son plateau continental (paragraphe 4 et 7 de l'article 76).

118. La Commission a été établie pour qu'un regard indépendant et objectif puisse analyser les éléments constitutifs de la revendication de l'Etat sur les limites extérieures de son plateau continental. La Commission doit contribuer au tracé définitif des limites extérieures du plateau continental. Elle doit aussi faire office de caution morale en empêchant les revendications excessives.

119. La délimitation maritime repose sur l'idée que les projections

côtières de deux Etats voisins, mesurées l'une et l'autre par une certaine distance de leur côte, se chevauchent, se superposent. Sans titres concurrents et égaux sur un même espace, il n'y a pas lieu à délimitation maritime. Le problème en l'espèce, c'est que lesdits titres sont plus l'objet de présomption que de preuves, d'où la nécessité de recourir à la Commission.

120. Le Tribunal est le gardien et l'interprète authentique de la Convention. Il se doit de la protéger et de la préserver sans complaisance.

(signé) T. M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2013

Le 28 mai 2013

Rôle des affaires :No. 18

AFFAIRE DU NAVIRE « LOUISA »
(SAINT-VINCENT-ET-LES GRENADINES c. ROYAUME
D'ESPAGNE)

ARRÊT

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions. En particulier, je souscris aux arguments énoncés aux paragraphes 99, 141, 142 et 151, suivant lesquels :

Pour que le Tribunal puisse exercer sa compétence, il faut que Saint-Vincent-et-les Grenadines établisse un lien entre les faits allégués et les dispositions qu'il invoque, et qu'il prouve que la ou les demandes qu'il présente peuvent se fonder sur ces dispositions. (Paragraphe 99)

Le Tribunal constate que la requête introductive d'instance et le mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont tous les deux centrés sur de prétendues violations par l'Espagne des articles 73, 87, 226, 245 et 303 de la Convention et sur les réparations auxquelles ces violations donneraient droit. Ces deux documents ne font, même incidemment, aucune mention de l'article 300. Or, après la clôture de la procédure écrite, Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté sa demande comme étant fondée essentiellement sur l'article 300 et les prétendues violations des droits de l'homme commises par l'Espagne. (Paragraphe 141)

Le Tribunal considère que ce recours à l'article 300 de la Convention introduit une nouvelle demande par rapport aux demandes formulées dans la requête ; cette nouvelle demande n'est pas incluse matériellement dans la demande originelle, ni directement ni indirectement. Or, pour qu'une demande additionnelle soit recevable, il est juridiquement nécessaire qu'elle découle directement de la requête ou qu'elle soit implicitement contenue dans celle-ci (voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67). (Paragraphe 142)

Pour les motifs qui précèdent, le Tribunal conclut qu'à la date du

dépôt de la requête il n'existait pas entre les Parties de différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, et, par conséquent, qu'il n'a pas de compétence *ratione materiae* pour connaître de cette affaire. (Paragraphe 151)

2. Sur le fondement des arguments rappelés ci-dessus, le Tribunal explique que:

Compte tenu de cette conclusion, le Tribunal n'estime pas nécessaire d'examiner l'argument de l'Espagne selon lequel Saint-Vincent-et-les Grenadines n'aurait pas rempli l'obligation, prévue à l'article 283 de la Convention, de procéder à des échanges de vues, et aurait été empêché de ce fait de saisir le Tribunal. (Paragraphe 152)

3. J'estime toutefois que la décision suivant laquelle le Tribunal n'est pas compétent pour connaître du fond de l'affaire du navire « Louisa » est fondée, mais pour un certain nombre de motifs qui vont au-delà de ceux énoncés dans l'arrêt du Tribunal. Je pense en effet que l'arrêt aurait pu traiter beaucoup plus simplement la question de la compétence du Tribunal (I) et celle relative à la recevabilité de la requête (II). Conformément à l'article 8, paragraphe 6 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera essentiellement sur ces deux points de divergence avec l'arrêt.

I. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

4. La « juridiction » au sens matériel du Tribunal, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger, résulte à la fois de son statut, tel que le définit la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui l'institue, et des actes de Saint-Vincent-et-les Grenadines et de l'Espagne qui le lui reconnaissent en l'espèce. Dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes. La compétence résulte donc du concours du statut et de l'accord de chaque partie. C'est l'accord de chaque partie qui permet au Tribunal de connaître du litige qui les oppose en particulier. En revanche, c'est du statut que résultent les attributions qui constituent la « juridiction » en général.

5. Le Tribunal ne peut connaître du fond de l'affaire que si les conditions posées par les parties et par son statut sont satisfaites en l'espèce. Les conditions posées par les parties se rapportent à la compétence du Tribunal tandis que celles posées par son statut se rapportent, elles, à la recevabilité de l'action. Il appartient donc aux parties et au Tribunal d'opposer des objections à l'exercice du pouvoir juridictionnel si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite.

6. En l'espèce, le Tribunal est saisi unilatéralement par Saint-Vincent-et-les Grenadines, le demandeur, qui fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire. L'Espagne, le défendeur, cherche à s'y soustraire, en contestant la compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête.

7. Il faut relever, pour commencer, une question difficile à traiter dans la mesure où elle peut relever à la fois de la compétence et de la recevabilité. En effet, Saint-Vincent-et-les Grenadines a inséré dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction du Tribunal une condition – c'est la seule d'ailleurs – excluant un certain type de différend, en limi-

tant sa compétence aux « différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de ses navires » (déclaration du 22 novembre 2010). L'exception de procédure ayant trait à un différend n'entrant pas dans cette catégorie est une exception d'incompétence : le Tribunal ne peut connaître d'une affaire extérieure au champ de compétence défini par les deux parties.

8. En revanche, même en l'absence d'objection, le Tribunal doit déclarer irrecevable une action portant sur un différend extérieur au champ de compétence, c'est-à-dire « la saisie ou l'immobilisation des navires », de façon à ce que les conditions que les parties ont pu poser pour lui permettre de trancher leur litige soient satisfaites.

9. Observons que les seules dispositions de la partie XV, section 2, de la Convention se rapportant au champ de compétence défini par la déclaration de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont celles de l'article 292, tandis que l'Espagne choisit le Tribunal comme moyen de règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

10. En application du principe procédural de la réciprocité, le Tribunal est uniquement compétent dans les domaines du droit sur lesquels portent les deux déclarations. En l'espèce, sa compétence se limite aux différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de navires conformément à la Convention. De la sorte, la compétence serait singulièrement réduite. Elle aurait pour siège les seuls articles 73 et 226 de la Convention puisque la procédure de prompt mainlevée est écartée.

11. Comme le remarque la Cour internationale de Justice :

En fait, les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats qui acceptent la même obligation par rapport à la juridiction obligatoire, en prenant en considération les conditions, réserves et stipulations de durée. Dans l'établissement de ce réseau d'engagements que constitue le système de la clause facultative, le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel ;

et la Cour a souligné la nécessité de respecter, dans les relations internationales, les règles de la bonne foi et de la confiance en des termes particulièrement nets, encore une fois dans l'affaire des Essais nucléaires :

L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée. (Ibid., p. 268, par. 46 ; p. 473, par. 49.).

(Recueil. C.I.J. 1984, paragraphe 60)

12. Le Tribunal devait examiner avec un soin tout particulier la question de sa compétence, laquelle est fondamentale en la présente affaire en raison du fait que les parties sont en total désaccord à ce propos. Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme que le Tribunal est compétent pour connaître de l'affaire au fond (mémoire, paragraphe 53). L'Espagne, de son côté, soutient que le Tribunal n'est pas compétent pour examiner de l'affaire au fond. (contre-mémoire, paragraphe 50).

13. La Cour internationale de Justice a aussi indiqué :

Considérant qu'en vertu de son Statut la Cour n'a pas automatiquement compétence pour connaître des différends juridiques entre les Etats parties audit Statut ou entre les autres Etats admis à ester devant elle ; que la Cour a déclaré à maintes reprises que l'un des principes fondamentaux de son Statut est qu'elle ne peut trancher un différend entre des Etats sans que ceux-ci aient consenti à sa juridiction ; et que la Cour ne peut donc exercer sa compétence qu'à l'égard d'Etats parties à un différend qui l'ont acceptée, soit d'une manière générale, soit pour le

différend particulier dont il s'agit ;

(Géorgie c. Fédération de Russie (Demande en indication de mesures conservatoires), ordonnance du 15 octobre 2008, paragraphe 84)

14. Il est heureux que le Tribunal ait pris des précautions dans sa jurisprudence antérieure quant à l'examen de sa compétence suivant la nature des procédures introduites devant lui.

15. Il a eu à dire :

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quand au fond de l'affaire, mais qu'il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée.

(Affaire du navire « SAIGA » (No. 2), (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), mesures conservatoires, ordonnance du 11 mars 1998, TIDM Recueil 1998, p. 24, paragraphe 29)

16. Dans la phase des mesures conservatoires de la présente affaire, le Tribunal a aussi indiqué que son ordonnance du 23 décembre 2010 « ne préjuge en rien la question de la compétence du Tribunal pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'il laisse intact le droit de Saint-Vincent-et-les Grenadines et de l'Espagne de faire valoir leurs moyens en ces matières ». (Affaire du navire « Louisa », (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, paragraphe 80)

17. Saint-Vincent-et-les Grenadines affirme que le Tribunal est compétent pour examiner l'affaire au fond. L'Espagne soutient que le Tribunal n'a pas compétence en l'espèce pour trois raisons.

18. D'abord, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article

283 (« Obligation de procéder à des échanges de vues ») n'ont pas été remplies.

19. Ensuite, la véritable nationalité des navires et le droit du demandeur de protéger l'équipage du « Louisa » n'ont pas été confirmés.

20. Enfin, les conditions énoncées à l'article 295 (« Epuisement des recours internes ») de la Convention n'ont pas été remplies.

21. Ces deux derniers arguments ne sont pas des conditions de juridiction, ou compétence, mais plutôt des conditions de recevabilité de l'action de Saint-Vincent-et-les Grenadines tenant à la validité de l'instance. La protection diplomatique est examinée dans le droit de la responsabilité internationale sous l'angle des réclamations internationales pour actes illicites. La Convention n'en parle d'ailleurs pas.

22. La distinction entre la compétence et la recevabilité est d'une importance concrète particulière. Les décisions judiciaires qui n'observent pas un respect scrupuleux des limites assignées à la compétence peuvent affecter singulièrement les attentes des parties ; d'autant plus que les juridictions internationales jugent en premier et dernier ressort. De même, la méprise dans la qualification d'une question de recevabilité comme celle de compétence peut élargir de manière injustifiée le champ d'appréciation des demandes en justice des parties, en fait et en droit. Le juge doit donc toujours éviter de trancher une question de recevabilité lorsqu'il examine sa compétence, c'est-à-dire le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger, lequel résulte à la fois de son statut, tel que le définit la Convention qui l'institue, et des actes des parties qui le lui reconnaissent en l'espèce. Il faut rappeler que, dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes. Le Tribunal ne peut donc connaître du fond de l'affaire que si les conditions posées par les parties et par son statut sont satisfaites en l'espèce. Les premières se rapportent à la compétence du Tribunal, tandis que les secondes – elles – se rapportent à la recevabilité de l'action. L'exercice par le Tribunal du pouvoir juridictionnel est assujéti à la satisfaction de ces deux types de conditions.

23. Sur le premier point – l’obligation de procéder à des échanges de vues – il faut rappeler que, dans le système de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la négociation apparaît comme une phase pré-juridictionnelle, une phase précontentieuse. Si les Etats choisissent d’avoir recours aux mécanismes spécifiques mis en place par la Convention, ils devront respecter une phase diplomatique avant de pouvoir saisir les organes juridictionnels. La négociation apparaît alors comme un préliminaire indispensable, fondamental.

24. Lorsqu’un différend surgit entre les Etats Parties à la Convention à propos de l’interprétation ou de l’application de celle-ci, ils doivent promptement « procéder à un échange de vues » afin de le régler, ou de décider d’un autre moyen pacifique pour y apporter une solution (article 283 paragraphe 1).

25. La compétence du Tribunal est donc soumise à une condition procédurale préalable, puisque sa saisine n’est possible que s’il a été préalablement procédé à un échange de vues. Il y a par conséquent une obligation positive pour le demandeur d’avoir tenté de procéder à un échange de vues. L’article 283, paragraphe 1, fait écho au dictum de la Cour permanente en l’affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine : « avant qu’un différend fasse l’objet d’un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A n° 2, p. 15).

26. L’article 283, paragraphe 1, donne à penser que le demandeur doit avoir tenté d’engager avec le défendeur des discussions sur l’affaire. En cela, il établit une condition procédurale pour la saisine du Tribunal. Autrement, on fait peser sur le Tribunal la charge – toujours redoutable – de caractériser un différend dont les parties n’ont pas indiqué les contours. Le demandeur doit donc apporter la preuve que cette condition procédurale préalable à la saisine du Tribunal, fixée par cette disposition, a été remplie. Autrement dit, si l’obligation de procéder à un échange de vues est une condition préalable, a-t-il été satisfait à cette condition?

27. Car, dès lors qu'aucun élément ne démontre qu'une véritable tentative de procéder à un échange de vues a eu lieu, il ne saurait être satisfait à la condition procédurale préalable.

28. En la présente espèce, le Tribunal devait donc chercher à établir si Saint-Vincent-et-les Grenadines a véritablement tenté de procéder à un échange de vues avec l'Espagne dans le but de régler leur différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques, obligation de fond qui lui incombe en vertu de la Convention. Pour ce faire, le Tribunal devait procéder à l'examen des éléments de preuve fournis par les parties.

29. Comme l'indique la Cour internationale de Justice :

il n'est pas rare que les clauses compromissaires conférant compétence à la Cour ou à d'autres juridictions internationales mentionnent le recours à des négociations. Ce recours remplit trois fonctions distinctes. En premier lieu, il permet de notifier à l'Etat défendeur l'existence d'un différend et d'en délimiter la portée et l'objet. Tel est précisément ce que la Cour permanente de Justice internationale avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire Mavrommatis, que, « avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques ». (Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A no 2, p. 15)

En deuxième lieu, il incite les parties à tenter de régler leur différend à l'amiable, évitant ainsi de s'en remettre au jugement contraignant d'un tiers.

En troisième lieu, le recours préalable à des négociations ou à d'autres modes de règlement pacifique des différends joue un rôle important en ce qu'il indique les limites du consentement donné par les Etats. La Cour a mentionné cet aspect du principe fondamental du consentement dans *l'affaire des Activités armées* :

«(L)a compétence (de la Cour) repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci ... lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement sou-

mis doivent être considérées comme en constituant les limites.» (Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 39, par. 88)

(Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), Exceptions préliminaires du 1er avril 2011, arrêt, paragraphe 131)

30. La négociation permet d'identifier sans équivoque l'objet du différend. Elle devient une condition de juridiction. La négociation est donc une condition obligatoire prérequis dans le système de la Convention.

31. Il en va de même dans d'autres traités : la Convention relative aux activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes, 1979, article XV, paragraphe 1 et 3, et le Traité de l'Antarctique 1959, article VIII, paragraphe 2.

32. D'autres conventions assujettissent le recours au tiers à l'échec de la négociation, par exemple l'Acte général révisé du Règlement des différends de 1949 et la Convention de l'OMCI de 1946.

33. La négociation, qui inclut la consultation et l'échange de vues, est le moyen par lequel la plupart des différends internationaux se règle (Nations Unies, Manuel sur le règlement pacifique des différends (New York 1992), p. 9-24). On relève par ailleurs dans le Manuel ce qui suit :

Exchange of views

26. Exchanges of views may also be considered as a form of consultations. They play an important role in the system established by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea for the peaceful settlement of disputes arising from the interpretation and application of the Convention. Reference is made in this connection to article 283 of the Convention (...). (Paragraphe 26)

L'échange de vues

26. L'échange de vues peut aussi être considéré comme une forme de consultation. Il joue un rôle important dans le régime institué par la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer pour le règlement pacifique des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Il y a lieu de citer à cet égard l'article 283 de la Convention [...] (Paragraphe 26)

De plus :

28. A number of treaties place on the States Parties thereto an obligation to carry out "negotiations", "consultations", or "exchanges of views" whenever a controversy arises in connection with the treaty concerned. Examples of such treaties are the 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (General Assembly resolution 34/68, annex, art. 15, para. 1), the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character (art. 84), the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (art. 283, para. 1) and the 1959 Antarctic Treaty (art. VIII, para. 2). Under some of those treaties, parties to a dispute arising from the interpretation or application of the treaty are under an obligation to start the consultation or negotiation process without delay (see art. 283, para. 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea; art. 15, para. 2, of the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies; and art. VIII, para. 2, of the Antarctic Treaty). (Paragraphe 28)

28. Un certain nombre de traités font en effet obligation aux Etats parties de procéder à des « négociations », à des « consultations » ou à des « échanges de vues » chaque fois que naît un litige au sujet du traité en question. Il existe une disposition en ce sens dans l'Accord de 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes (résolution 34/68 de l'Assemblée générale, annexe, art. 15, par. 2); la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 84); la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (art. 283, par. 1), et le Traité de 1959 sur l'Antarctique (art. VIII, par. 2).

Suivant certains de ces traités, les parties à un différend relatif à l'in-

interprétation ou à l'application du traité sont tenues d'engager sans tarder le processus de consultation ou de négociation (voir l'article 283, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'article 15, par. 2, de l'Accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes et l'article VIII, par. 2, du Traité sur l'Antarctique). (Paragraphe 28)

34. Dans les affaires du Plateau Continental en Mer du Nord, la Cour internationale de Justice indique qu'il n'est pas besoin « d'insister sur le caractère fondamental de ce mode de règlement » (Recueil 1969, 3, p. 48). De même, dans l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, la Cour permanente de Justice internationale remarque que la négociation est un moyen principal de règlement des différends pour les Etats, que ce soit pour leurs intérêts propres ou ceux de leurs ressortissants, et que la négociation permet d'identifier l'objet du différend avant une action en justice (C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 11-15).

35. En revanche, il n'y a pas une règle de droit international exigeant l'épuisement des négociations avant le recours à d'autres modes de règlement, comme l'indique la Cour internationale de Justice et le Tribunal:

- Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil. 1978, p.3
- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392
- Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275, paragraphe
- Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, Tribunal international du droit de la mer, Affaire n° 12.

36. En définitive, on peut retenir que :
dans le système de la Convention, l'obligation de procéder à un échange de vues constitue un préalable à l'introduction d'une instance.

Il s'agit d'une règle spéciale.

37. Les questions que le Tribunal aurait dû se poser sont celles-ci :

1) Les deux parties ont-elles procédé à un échange de vues sur leur différend ?

2) Quel est le statut de la note verbale du 26 octobre 2010 ?

3) Quel est le statut des communications des avocats des accusés envoyées au tribunal pénal espagnol ?

4) Ces communications font-elles référence au différend porté devant ce Tribunal ?

5) Quel est le statut des courriels des 18 et 19 février 2010 ?

6) Sont-ils un moyen ou mécanisme d'accomplissement de l'obligation de procéder à un échange de vues ?

7) Le Commissariat aux affaires maritimes à Genève et la Capitanía de Cadix peuvent-ils mener des négociations avec le demandeur au nom du défendeur ?

8) Quel statut peut-on reconnaître aux réunions tenues après l'introduction de l'instance (les quatre réunions) ?

38. Le Tribunal n'a pas traité de sa « juridiction », c'est-à-dire du pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger. Il a plutôt eu recours à des arguments relatifs à la recevabilité de l'action contentieuse de Saint-Vincent-et-les Grenadines pour se déclarer incompétent. Il indique, en effet que, pour qu'il puisse déterminer s'il a compétence, il faut que Saint-Vincent-et-les Grenadines établisse un lien entre les faits allégués et les dispositions de la Convention qu'il invoque, et qu'il prouve que la ou les demandes qu'il présente peuvent se fonder sur ces dispositions (paragraphe 99 de l'arrêt). Il aurait fallu ajouter que le différend doit être de ceux dont le Tribunal est compétent pour connaître *ratione materiae* en application de la Convention. Autrement dit, le différend doit exister et être justiciable. « En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour » (Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Lybie c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25 et 26, paragraphes 42-44). Qui plus est, « en ce qui concerne son objet, le différend

doit, pour reprendre les termes de l'article 22 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) « toucher l'interprétation ou l'application de la ... convention ». (C.I.J., Géorgie c. Fédération de Russie, exceptions préliminaires du 1er avril 2011, arrêt, paragraphe 30). Le Tribunal s'est livré à un examen de l'applicabilité des dispositions invoquées par Saint-Vincent-et-les Grenadines pour parvenir à la conclusion qu'à la date du dépôt de la requête, il n'existait pas entre l'Espagne et Saint-Vincent-et-les Grenadines de différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention et, par conséquent, qu'il n'a pas compétence *ratione materiae* pour connaître de l'affaire dont il est saisi (paragraphe 151). Le Tribunal explique que, compte tenu de cette conclusion, il n'estime pas nécessaire d'examiner l'argument de l'Espagne selon lequel Saint-Vincent-et-les Grenadines n'aurait pas rempli l'obligation, prévue à l'article 283 de la Convention, de procéder à des échanges de vues, et aurait été empêché de ce fait de saisir le Tribunal (paragraphe 152). Le Tribunal n'aurait pas dû se soustraire à cet examen parce que sa compétence formelle résulte à la fois de son statut tel que le définit la Convention qui l'institue et des actes des parties qui le lui reconnaissent – ou pas – en l'espèce. En conséquence, la compétence résulte du concours du statut et de l'accord de chaque partie ; étant entendu qu'en cas de contestation, le Tribunal décide conformément à l'article 288, paragraphe 4, de la Convention. Pourtant, et malgré ce fait, le Tribunal s'est hasardé en dehors du périmètre d'examen, lui ayant permis de parvenir à sa conclusion d'incompétence, pour statuer sur des problèmes qui touchent plutôt le fond de l'affaire (voir les paragraphes 154 et 155 de l'arrêt).

II. SUR LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION CONTENTIEUSE DE SAINT-VINCENT-ET-LES GRENADINES

39. « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention » (Nouveau Code de procédure civile français du 5 décembre 1975, art. 30). Il faut distinguer le droit d'action du droit invoqué au

fond (ou droit substantiel), parce que l'existence du droit d'action n'engendre pas forcément celle du droit qui est invoqué au fond et justifie l'instance. Le droit d'action est également distinct de la demande qui l'exprime. La demande en justice ou requête consiste dans l'exercice du droit d'action. Le Tribunal saisi en bonne et due forme sur le fondement de sa compétence d'attribution doit s'assurer que l'action introduite devant lui est recevable, c'est-à-dire qu'il entre dans sa fonction juridictionnelle d'entendre les prétentions et contestations des parties et de statuer à leur sujet. Il doit par conséquent vérifier si les conditions d'ouverture de l'action sont remplies, faute de quoi la procédure serait irrégulière et la demande déclarée irrecevable.

40. La fonction juridictionnelle contentieuse des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

41. La Cour internationale de Justice fixe le régime du différend :

La Cour rappelle sa jurisprudence constante sur cette question, à commencer par le prononcé fréquemment cité de la Cour permanente de Justice internationale *en l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine de 1924* : « Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. » (*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11*) La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74*). Il convient de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre » (Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328) (et, plus récemment, Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 40, par. 90). La Cour, pour se prononcer, doit s'attacher aux

faits. Il s'agit d'une question de fond, et non de forme. Comme la Cour l'a reconnu, (voir, par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89), 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. Bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet.

En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25-26, par. 42-44 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 130-131, par. 42-44), ce dont les Parties conviennent. De plus, en ce qui concerne son objet, le différend doit, pour reprendre les termes de l'article 22 de la CIEDR, « touch(er) l'interprétation ou l'application de la ... convention ». S'il n'est pas nécessaire qu'un Etat mentionne expressément, dans ses échanges avec l'autre Etat, un traité particulier pour être ensuite admis à invoquer ledit traité devant la Cour (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 428-429, par. 83), il doit néanmoins s'être référé assez clairement à l'objet du traité pour que l'Etat contre lequel il formule un grief puisse savoir qu'un différend existe ou peut exister à cet égard. Une référence expresse ôterait tout doute quant à ce qui, selon cet Etat, constitue l'objet du différend et permettrait d'en informer l'autre Etat. Les Parties conviennent qu'une telle référence n'a pas été faite en la présente espèce.

(C.I.J., *Géorgie c. Fédération de Russie*, exceptions préliminaires du 1er avril 2011, arrêt, par. 30)

42. Le désaccord et l'opposition en question ne sont constitutifs d'un différend que s'ils se manifestent à l'occasion d'une réclamation adressée par un Etat à un autre et à laquelle celui-ci refuse de faire droit ; le contentieux international n'inclut ni les disputes abstraites ni même des différences d'appréciation sur la conduite à tenir dans une espèce déterminée : son concept implique l'expression de prétentions, et pas seulement de thèses, contradictoires ; et le différend n'apparaît que là où un Etat réclame d'un autre un certain comportement et se heurte au refus de celui-ci. (Voir en ce sens affaires du Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Liberia c. Afrique du Sud), Exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962 : C.I.J. Recueil 1962, p. 319. La Cour dit, page 32 : « Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ».)

43. Cette restriction revêt une importance particulière au regard des mécanismes de règlement juridictionnel, parce qu'il s'agit alors de déterminer à partir de quel moment se réalise un différend et se déclenche l'obligation de le soumettre à un traitement juridictionnel prévu par un engagement antérieur. Un différend est juridique lorsque « les parties se contestent réciproquement un droit ». Les modalités de cette contestation sont diverses. Et les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'en attester l'existence quand elle est contestée.

44. Rappelons que les faits à l'origine de l'affaire sont l'immobilisation de deux navires et l'arrestation de leur équipage en territoire espagnol le 1er février 2006, par les autorités espagnoles et en application du droit espagnol. Les deux navires se trouvent encore sous saisie des autorités espagnoles.

45. Le Royaume d'Espagne estime qu'au moment où le demandeur a déposé sa requête, il n'existait aucun différend entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne et que, à supposer qu'un tel différend existe, les prétentions de Saint-Vincent-et-les Grenadines sont à l'évidence dénuées de fondement et les justifications juridiques nécessaires pour que

le Tribunal les prenne en compte font défaut (contre-mémoire, paragraphe 50). Il ressort du dossier plusieurs types de contentieux qui jettent un doute singulier sur l'existence même d'un différend au sens du droit international entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne:

46. a) Contentieux de la matérialité des normes (qu'elles soient des normes coutumières ou des principes généraux du droit) :

Par exemple, Saint-Vincent-et-les Grenadines invoque l'article 300 de la Convention, que l'Espagne trouve non pertinent. L'Espagne explique que « malgré l'importance du principe, c'est très difficile de trouver des règles spécifiques sur la bonne foi dans les traités et conventions internationales. En effet, la bonne foi est restée dans le plan des principes fondamentaux du droit international sans avoir de manifestation écrite et en particulier dans la plupart des textes conventionnels, même dans les plus grandes conventions dites de "codification" » (plaidoirie de Mme Escobar Hernandez du 10 octobre 2012, p. 1 et 2).

47. b) Contentieux de la validité des engagements conventionnels:

Par exemple, sans nier l'existence des règles avancées par Saint-Vincent-et-les Grenadines, à savoir les dispositions de la Convention, l'Espagne estime qu'elles ne lui sont pas opposables et sont inapplicables dans les rapports entre les deux parties. Elle dit : « l'Espagne n'a pas violé aucune règle ou principe du droit international à cause de l'immobilisation du Louisa. L'immobilisation du Louisa s'est faite en pleine conformité avec le droit international et le droit espagnol [] ». Plus loin, l'Espagne poursuit « [l']immobilisation du Louisa s'est produite dans le cadre de l'exercice par l'Espagne de sa juridiction pénale, notamment à l'égard de certains crimes contre le patrimoine culturel subaquatique, dont la protection et la préservation ont été acceptée volontairement par l'Espagne en vertu de certains instruments juridiques internationaux, (...) la Convention du droit de la mer et la Convention de l'UNESCO de 2001 » (plaidoirie de Mme Escobar-Hernandez du 12 octobre 2012, points 5 et 6, p. 8 et 9).

48. c) Contentieux de l'interprétation des textes :

Par exemple, le Royaume d'Espagne se déclare lié par la Convention mais soutient qu'elle ne comporte pas à sa charge les obligations que Saint-Vincent-et-les Grenadines voudrait lui opposer. Et l'Espagne développe ses arguments concernant l'absolue inexistence des infractions alléguées par le demandeur, dans le but de bien préciser pourquoi elle estime que le présent Tribunal n'a pas compétence *ratione materiae* en l'espèce.

49. d) Contentieux de la qualification des faits :

Par exemple, le problème de pertinence par rapport aux faits de l'espèce. L'Espagne estime que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a pas satisfait aux exigences requises par ses propres réclamations (protection diplomatique). Les faits n'entrent pas dans le champ d'application de la norme. Pour l'Espagne « les faits allégués par le demandeur ne correspondent aucunement à ce qui s'est passé en Espagne dans le cadre de cette procédure pénale où l'immobilisation du *Louisa* n'est qu'une des mesures adoptées par les organes judiciaires compétents. Tant dans son mémoire que dans sa réplique, le demandeur a toujours dit d'une façon nette que le *Louisa* était arrivé en Espagne pour réaliser des activités de recherche sur les hydrocarbures. Mais il n'a pas pu démontrer qu'il avait une autorisation accordée par les autorités espagnoles (en exercice des compétences qui lui sont reconnues par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer). Après, il nous a dit qu'il pensait que le permis obtenu par TUPET était valable pour faire les recherches qui intéressaient SAGE » (plaidoirie de Mme Escobar Hernandez du 12 octobre précitée, point n° 7, p. 10).

50. e) Contentieux du choix du forum :

Par exemple, Saint-Vincent-et-les Grenadines avance des arguments relatifs aux droits de l'homme. L'Espagne lui oppose d'aller à Strasbourg. Pour l'Espagne, « les soi-disant violations des droits des particuliers et du droit à la propriété ne se sont pas produites. Toutes les mesures adoptées par les autorités espagnoles sont conformes au principe de bonne foi et ne constituent pas un abus de droit », et les personnes incriminées ont « même le droit d'aller à la Cour européenne si elles le veu-

lent » (plaidoirie du 12 octobre 2012 op. cit., point 9, p. 15 et 17).

51. Il faut noter que l'obligation de négocier sur l'objet du différend ne résulte que de l'existence de celui-ci, qui est elle-même contestée par l'Espagne.

52. Il apparaît qu'à la date critique, c'est-à-dire celle de l'acte introductif d'instance, les faits à l'origine de l'affaire du navire « Louisa » relevaient plutôt du droit interne. L'immobilisation du « Louisa » et l'arrestation des membres de l'équipage étaient effectuées dans le cadre de la procédure pénale en cours à Cadix. Dès lors, il n'y a pas de différend au sens du droit international. Et si le différend était cristallisé entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne, le Tribunal se trouverait face à une situation de litispendance, puisque la procédure pénale est encore en cours à Cadix.

53. Les circonstances de la demande montrent que l'on est fondé à considérer que l'instance est mal engagée. En effet, le « Louisa » a été immobilisé par l'Espagne avant la date critique. Le juge espagnol a prononcé la saisie conservatoire du navire et interpellé des personnes. Quels que soient les recours qui pourraient être exercés par ces personnes dans l'ordre juridique espagnol, l'Etat du pavillon ne peut pas se fonder sur les dispositions de la Convention pour attirer l'Espagne devant le Tribunal, faute de jugement du tribunal de Cadix. Si le Tribunal venait à accueillir les prétentions et demandes de Saint-Vincent-et-les Grenadines, il s'ingérerait alors dans la substance même d'une affaire pénale pendante devant la juridiction espagnole compétente.

54. Il ressort du dossier que les décisions prises par les autorités judiciaires espagnoles l'ont été en pleine conformité avec les dispositions du droit national applicables. La demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines tend à alléguer l'existence d'un différend portant sur la mise en oeuvre par le Royaume d'Espagne des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Convention sur le droit de la mer et la Convention sur le patrimoine culturel subaquatique.

55. Le problème redoutable de la présente affaire réside dans le fait que le demandeur n'indique guère ce qui pourrait constituer le droit applicable, et les articles de la Convention qu'il invoque pêle-mêle à l'appui de ses arguments sont d'applicabilité douteuse.

56. L'exercice de toute juridiction contentieuse est assujéti à l'existence d'un différend, lequel doit être constaté ab initio par le Tribunal saisi ; faute de quoi, celui-ci doit déclarer la demande irrecevable. Le différend se dégage de l'opposition ouverte de deux volontés expressément et successivement déclarées. Dans son avis consultatif du 30 mars 1950 en l'affaire de *l'Interprétation des traités de paix*, la CIJ dit : « l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement » (p. 70). Elle explique dans les affaires du Sud-ouest africain que : « la simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas » (Recueil 1962, p. 328). Le différend se définit par ses caractères intrinsèques et non par la qualification subjective que lui donnent les parties. Si l'existence d'un différend est une condition préalable à l'exercice de la juridiction contentieuse, il faut en outre qu'il soit un différend réel.

57. Au sens juridique du terme, le différend réel s'entend d'un différend qui se fonde sur des motifs juridiques de sorte que la sanction judiciaire de la situation litigieuse puisse engendrer un effet juridique sur les positions juridiques des parties. Un lien intime doit s'établir entre le différend et l'exercice de la fonction judiciaire. Pour veiller à « l'intégrité de la fonction judiciaire », la CIJ a eu l'occasion de refuser de faire droit à une demande de jugement déclaratoire, dans l'affaire du Cameroun septentrional (arrêt du 2 décembre 1963, Recueil 1963, p. 15). La réalité du différend s'apprécie également aux fins de l'instance à l'aune des relations directes entre les parties. Le requérant a la charge de la preuve relativement à la cristallisation du différend dans ses rapports directs avec le défendeur avant le dépôt de l'acte introductif d'instance. Cet aspect du différend peut, le cas échéant, avoir des conséquences sur son existence même. (Voir affaires du Sud-ouest africain, précitées, p. 328)

58. L’Affaire du navire « Louisa » pose le problème important de l’actualité du différend. L’actualité du différend s’entend des démarches diplomatiques du demandeur auprès du défendeur préalables au dépôt de l’acte introductif d’instance. C’est une condition de recevabilité qui s’attache à la situation litigieuse dont le but est d’assurer que le litige est mûr pour être tranché. Les négociations diplomatiques préalables se présentent comme une condition expresse de juridiction. La règle est posée par nombre de conventions internationales qui évoquent un préalable diplomatique :

- Acte général, art. 32, par. 2 ;
- Pacte de la SDN, art. 13 ;
- Convention de l’OTAN du 4 avril 1949, art. 4 ;
- Traité relatif à l’établissement de la République de Chypre, 1960, art. 10.

59. Dans l’Affaire du navire « Louisa », l’Espagne (le défendeur) prétend que Saint-Vincent-et-les Grenadines (le demandeur) n’a pas rempli les obligations lui incombant au titre du paragraphe 1 de l’article 283 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

60. En substance, le défendeur fait valoir que les négociations entre les parties, dont l’article 283 de la Convention fait un préalable au déclenchement des procédures obligatoires de règlement des différends définies à la partie XV de la Convention, n’ont pas eu lieu.

61. Rappelons que les faits à l’origine de l’affaire sont l’immobilisation de deux navires et l’arrestation de leurs équipages en territoire espagnol le 1er février 2006, par les autorités espagnoles et en application du droit espagnol. Les deux navires se trouvent encore sous saisie des autorités espagnoles en vertu du droit espagnol (contre-mémoire, par. 4).

62. Pour l’Espagne,
Le paragraphe 1 de l’article 283 constitue une règle spéciale aux

termes de laquelle l'échange de vues (...) constitue un préalable à la saisine du Tribunal (contre-mémoire, paragraphes 58 et 68).

L'obligation d'engager des négociations préalables doit être remplie, en toute logique, avant qu'une instance ne soit introduite devant le Tribunal (duplicque, paragraphes 14 et 32).

Il n'est pas acceptable que le demandeur pose des questions rhétoriques sur l'existence et la nature de l'« échange de vues » (duplicque, paragraphe 14).

63. Selon l'Espagne, il est dérogé à la règle générale, qui veut qu'il n'existe pas de règle générale selon laquelle l'épuisement des négociations diplomatiques constituerait une condition préalable à la saisine d'un tribunal international, lorsqu'il existe une règle spéciale qui requiert effectivement un tel épuisement des négociations diplomatiques. C'est manifestement le cas de l'article 283 de la Convention » (contre-mémoire, paragraphe 55 ; duplicque, paragraphe 20). L'Espagne invoque en outre les affaires Cameroun/Nigeria et Fédération de Russie/Géorgie (contre-mémoire, paragraphes 55 et 56 ; duplicque, paragraphes 21, 22 et 27).

64. Pour l'Espagne,

le but même de l'échange de vues justifie son caractère obligatoire: non seulement « il permet de notifier à l'Etat défendeur l'existence d'un différend et d'en délimiter la portée et l'objet », mais aussi « il incite les parties à tenter de régler leur différend à l'amiable, évitant ainsi de s'en remettre au jugement contraignant d'un tiers (contre-mémoire, paragraphes 59 et 60 ; duplicque, paragraphe 27).

La première concerne l'existence effective d'un véritable « échange de vues », lequel ne saurait être réduit à un simple acte unilatéral de l'une des Parties, qui suffirait théoriquement à conclure la phase pré-contentieuse. La deuxième, implicite, est que les consultations doivent viser à parvenir à un règlement du différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques, ce qui interdit de prendre en considération tout autre but non directement lié à l'objet du différend (contre-mémoire, pa-

ragraphe 62). L'Espagne rappelle la jurisprudence de la CIJ (contre-mémoire, paragraphe 64 ; duplique, paragraphe 27).

65. Selon l'Espagne,

Le demandeur et l'Espagne n'ont procédé à aucun échange de vues sur le différend. Contrairement à ce qui est écrit dans le mémoire du demandeur (par. 46), Saint-Vincent-et-les Grenadines – qui est visée par l'obligation énoncée à l'article 283, paragraphe 1 de la Convention – n'a jamais contacté l'Espagne ni échangé avec elle les moindres vues au sujet du règlement d'un quelconque différend susceptible de surgir concernant l'immobilisation du « Louisa » en vertu de la Convention (contre-mémoire, paragraphes 69 et 79 ; duplique, paragraphe 28).

66. « En ce qui concerne l'épuisement des possibilités de règlement, le défendeur explique que « la décision du Tribunal (paragraphes 63, 64 et 65 de l'ordonnance du 23 décembre 2010) concerne uniquement la phase des mesures conservatoires et, par conséquent, ne saurait être interprétée comme déterminant sa décision finale sur sa compétence au fond » (contre-mémoire, paragraphe 53). Par référence à l'Affaire du thon à nageoire bleue et à l'Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor « [...] le Tribunal a toujours exigé un véritable "échange de vues" entre les parties ». Cet « échange de vues » est présenté comme une obligation de conduite et non pas comme une obligation de résultat. Par conséquent, lorsque son existence, par delà les résultats obtenus, a été « objectivement vérifiée, alors – et alors seulement – le Tribunal a considéré que les conditions de l'article 283 avaient été remplies » (contre-mémoire, paragraphes 65 à 67 ; duplique, paragraphes 16 à 19).

67. Le demandeur fait valoir l'existence de la note verbale du 26 octobre 2010, de communications et de courriels des 18 et 19 février 2010, ainsi que de réunions tenues après l'introduction de l'instance. Sur la note verbale du 26 octobre 2010, le défendeur fait remarquer qu'il s'agit de « la première et unique communication officielle entre les deux Etats » (contre-mémoire, paragraphe 76). « Saint-Vincent-et-les Grenadines ne s'est jamais adressé à l'Espagne avant la note verbale du 26 oc-

tobre 2010 ; dans ladite note, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a pas fait la moindre mention de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ; et en outre, la note en elle-même étouffe dans l'oeuf toute possibilité de négociation en avisant de l'intention de Saint-Vincent-et-les Grenadines d'« intenter une action devant le Tribunal international du droit de la mer » (contre-mémoire, paragraphes 77 et 78 ; duplique, paragraphes 30 et 31 ; pour la note verbale, voir mémoire, annexe 11).

68. En ce qui concerne les autres communications, l'Espagne indique que :

[...] aucune de ces communications n'a été transmise aux autorités espagnoles par le demandeur ; en revanche, les avocats de certains des accusés les ont faites tenir au tribunal pénal espagnol cité plus haut au chapitre 2. De plus, aucune de ces communications et lettres ne faisait la moindre référence au « différend » entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'Espagne au sens de la Convention, qui constitue la base factuelle de la Requête. Il s'ensuit qu'en aucun cas l'un quelconque de ces documents ne saurait être considéré comme moyen de preuve de l'accomplissement de l'obligation de procéder à un « échange de vues » conformément à l'article 283 paragraphe 1 de la Convention.

(contre-mémoire, paragraphes 71 et 72 ; duplique, paragraphe 32)

69. Pour ce qui est des courriels des 18 et 19 février 2010,

Ces courriels électroniques ne sauraient être considérés comme des moyens de preuve de l'accomplissement de l'obligation de procéder à un « échange de vues », en application de l'article 283, paragraphe 1, de la Convention. Ni le Commissariat aux affaires maritimes à Genève, ni la Capitania de Cadix ne sont compétents pour mener de telles négociations, conformément aux règles internationales régissant les relations diplomatiques. En outre, la teneur de ces communications ne saurait être considérée comme un « échange de vues » « concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques » au sens de l'article 283, paragraphe 1, de la Convention ».

(contre-mémoire, paragraphes 72 à 75 ; pour les courriels, voir mémoire, annexe 7)

70. Sur les réunions tenues après l'introduction de l'instance : « [p]uisque de tels échanges de vues ont été possibles après l'introduction de l'instance et que la Convention les juge nécessaires, l'Espagne est surprise qu'ils n'aient pas eu lieu auparavant » (contre-mémoire, paragraphe 80). « Toutefois, l'Espagne s'oppose à ce que l'on considère que ces consultations soudaines et inopportunes permettent de satisfaire la condition imposée par la Convention pour que le Tribunal puisse valablement être saisi d'une affaire » (contre-mémoire, paragraphe 81).

71. Selon le demandeur, « le Tribunal n'a jamais indiqué que l'obligation de procéder à des « échanges de vues » visée à l'article 283, paragraphe 1, ne constituait pas un préalable à la saisine du Tribunal. Il n'a cependant pas prêté la moindre signification à la thèse qui voudrait qu'un "échange de vues" soit entendu comme l'obligation d'épuiser les négociations diplomatiques » (réplique, p. 11).

72. « En supposant qu'un "échange de vues" supplémentaire ait eu lieu, la position des Parties serait-elle différente aujourd'hui ? La réponse à cette question rhétorique est franchement "non" » (réplique, p. 8).

73. Sur l'article 283, comme règle spéciale :

Avec cette assertion, l'Espagne essaie non seulement d'introduire des termes et normes qui sont étrangers à l'interprétation que fait le Tribunal de l'article 283, paragraphe 1, elle méconnaît encore la référence très claire que fait le Tribunal à un précédent spécifique qu'a créé la Cour Internationale de Justice (réplique, p. 10 et 11).

74. Sur la jurisprudence de la CIJ : (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria ; Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*)

Cette conclusion n'apporte rien de neuf en ce qui concerne la présente espèce. La méthodologie du Tribunal est cohérente avec celle de la CIJ. S'il avait conclu qu'un « échange de vues » n'avait pas eu lieu,

il aurait peut-être pu conclure qu'il n'avait pas compétence. Il a toutefois considéré qu'un « échange de vues » avait eu lieu et par conséquent statué qu'il avait *prima facie* compétence (réplique, p. 11 et 12).

75. Sur le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII en l'affaire Guyana c. Suriname (réplique, p. 8).

76. En ce qui concerne les conditions requises par l'article 283, le demandeur indique : « [I] obligation de procéder à un "échange de vues" ne requiert pas l'épuisement des négociations diplomatiques » (réplique, p. 10). « Procéder à un

"échange de vues" ne signifie pas que l'on est parvenu à l'épuisement des négociations diplomatiques, seuil qui ne doit pas nécessairement être franchi pour pouvoir saisir le Tribunal d'une demande » (réplique, p. 13). « Enfin, Saint-Vincent-et-les Grenadines souhaiterait souligner que ses réclamations reposent sur des articles très précis de la Convention et qu'il ne prie nullement le Tribunal de définir les contours du différend » (réplique, p. 12).

77. S'agissant de *l'Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (exceptions préliminaires, 1er avril 2011)*, « l'Espagne interprète mal le précédent de la CIJ » (réplique, p. 12). S'agissant du paragraphe 125 « Ce qui est plus important, c'est que cela a simplement été reconnu comme un argument avancé par la Fédération de Russie, et non pas comme une conclusion de la CIJ » (réplique, p. 12).

78. Sur le respect de l'article 283 par les parties : « À la demande du propriétaire du "Louisa", l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les Grenadines a tenté de contacter les autorités espagnoles avant d'introduire la présente instance » (mémoire, paragraphe 46). « Les parties ont toutes deux l'obligation de procéder à un "échange de vues". L'Espagne a gardé le silence » (réplique, p. 11 et 12).

79. Sur l'épuisement des possibilités de règlement : « Bien que cela ne soit pas explicite, la considération qui précède laisse entendre que le

Tribunal (ordonnance du 23 décembre 2010) a accordé un certain effet à la constatation faite par Saint-Vincent-et-les Grenadines selon laquelle les possibilités de règlement avaient été épuisées » (réplique, p. 10 et 11). Se référant à *l’Affaire de l’usine MOX*, « Saint-Vincent-et-les Grenadines appelle l’attention du Tribunal sur le fait qu’il a considéré que l’Irlande, en qualité de demandeur, avait informé le Royaume-Uni du différend relevant de la Convention (...) Pareillement, Saint-Vincent-et-les Grenadines a informé l’Espagne d’un différend relevant de la Convention » (réplique, p. 13).

80. Au sujet de la note verbale du 26 octobre 2010, « Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté une note verbale notifiant à l’Espagne qu’il s’opposait à la poursuite de l’immobilisation des navires "Louisa" et "Gemini III" et qu’il avait l’intention d’user des voies de recours prévues par la Convention. Considérant le fait que l’Espagne n’a pas répondu à cette note, le Tribunal a conclu que cette communication constituait un "échange de vues" approprié » (réplique, p. 9 et 14).

81. Sur les autres communications, « l’administration maritime de Saint-Vincent-et-les Grenadines a tenté de contacter les autorités espagnoles avant d’introduire la présente instance » (mémoire, paragraphe 46).

82. Comme l’affirme le Tribunal dans son ordonnance du 23 décembre 2010 : « l’obligation de procéder promptement à un échange de vues « s’applique de la même manière aux deux parties au différend (ordonnance, paragraphe 58). Cependant, l’initiative doit normalement revenir au demandeur qui fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire et qui doit non seulement indiquer l’objet du différend susceptible de se cristalliser, mais aussi se prévaloir des mécanismes de règlement des différends prévus à la section 2 de la partie XV de la Convention. Il en irait autrement si l’on était dans une perspective de saisine du Tribunal par voie de compromis. Mais dans ce cas, il faudrait aussi entamer des négociations pour le savoir.

83. En ce qui concerne les réunions tenues après l’introduction de l’instance, le demandeur indique que « les représentants de Saint-Vin-

cent-et-les Grenadines ont rencontré ceux de l'Espagne à quatre occasions après le début de cette procédure, dans l'espoir de trouver une solution, mais en vain » (réplique, p. 10). « Sans que l'on sache pourquoi, l'Espagne a allègrement qualifié ces tentatives d'actes extrajudiciaires (...) la CIJ a pourtant statué que les négociations devraient être définies avec moins de formalisme » (réplique, p. 13). « En effet, des négociations bipartites avant ou après le début d'une procédure judiciaire n'ont rien d'« extrajudiciaire » (réplique, p. 13).

84. Le Tribunal devait examiner avec soin cette note verbale, qui est la première et unique communication officielle entre les deux Etats (mémoire, annexe 11). Elle a été envoyée moins d'un mois avant le dépôt de la requête, après que Saint-Vincent-et-les Grenadines eut reconnu la compétence du Tribunal.

85. Dans ladite note verbale, le demandeur :

1) « élève une objection contre la poursuite de l'immobilisation du navire *Louisa* et de son navire auxiliaire, le *Gemini III*, par le Royaume d'Espagne » ;

2) « Saint-Vincent-et-les Grenadines s'élève également contre le fait que cette immobilisation n'a pas été notifiée à l'Etat du pavillon, ce qui est contraire aux législations espagnole et internationale » ; et

3) « Saint-Vincent-et-les Grenadines se propose d'intenter une action devant le Tribunal international du droit de la mer pour rectifier cette situation s'il n'est pas procédé immédiatement à la mainlevée de l'immobilisation du navire et au dédommagement des préjudices subis en conséquence de cette immobilisation abusive ».

86. Il apparaît que le 26 octobre 2010, avant même d'avoir officiellement déposé sa déclaration conférant compétence au Tribunal (le 12 novembre 2010), en application de l'article 287 de la Convention, Saint-Vincent-et-les Grenadines avait décidé d'engager une instance contre

l'Espagne devant le Tribunal.

87. Déjà le 15 octobre 2010, cette décision était prise, puisqu'à cette date le Procureur général de Saint-Vincent-et-les Grenadines a fait savoir au Greffier du Tribunal qu'il avait autorisé M. S. Cass Weiland et d'autres avocats à présenter au Tribunal une « requête et demande de mesures conservatoires » et que M. Grahame Bollers avait été désigné en qualité d'agent principal.

88. La note verbale avait donc pour objet d'informer le défendeur du déclenchement de la procédure devant le Tribunal. C'est-à-dire qu'à cette date, le demandeur n'avait pas l'intention de procéder à un échange de vues avec le défendeur. Le demandeur n'a donc pas engagé de négociations ni échangé des vues avec l'Espagne avant la saisine du Tribunal. Autrement dit, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 283 n'ont pas été remplies. C'est précisément en se fondant sur cet article, lequel dispose en substance que les parties sont tenues de procéder à un échange de vues avant de porter un différend devant le Tribunal, et sur l'absence manifeste d'un tel échange, que le Tribunal devait dire qu'il n'a pas compétence pour connaître au fond de l'affaire du navire « Louisa ».

89. Dans la procédure orale, le demandeur a usé d'arguments nouveaux relatifs à la compétence du Tribunal. Saint-Vincent-et-les Grenadines a indiqué :

The first major point offered by Applicant is to urge that ITLOS has jurisdiction on the merits in this case based on article 300 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (hereinafter "Convention" or "UNCLOS"). To support the legal rationale for this point, the Tribunal is respectfully asked to direct its attention to the text of article 288(1) now displayed on the screen. While the Tribunal knows this provision by heart, a few brief comments are necessary about this article which is crucial in relation to the facts in the *Louisa* case. (...)

With respect to the written text of article 288, Honorable Judges can

see that the word “shall” is not “may”. This means that if the rules in article 288 are satisfied, the Tribunal is duty bound to accept jurisdiction over this dispute on the merits; we are no longer just considering provisional measures. Another word to note in the 288 text is “any” which modifies the word “dispute”. “Any” is an inclusive, comprehensive word that in ordinary usage means that the Tribunal is conferred wide latitude under the Convention to accept and decide disputes. Article 288 further provides that any dispute concerning -again connoting latitude- “the interpretation or application” of the Convention. The word “or” is carefully not written as an “and” as some times read. This thoughtful drafting is deliberate and consistent throughout the Convention. The importance is that the Tribunal may find separately or in combination either interpretation or application of the law in the Convention. To drive the point home, this means that satisfaction of either criteria of interpretation or application provides a sufficient basis to confer jurisdiction for this Tribunal to hear and decide a case. All of these words in the text expressly confer wide, not narrow, discretionary powers in this Tribunal with respect to jurisdiction. Lastly, article 288(1) requires that the dispute or disputes must be submitted in accordance with Part XV of the Convention titled “Settlement of Disputes”.

(Presentation to ITLOS by Professor Myron H. Nordquist, 5 October 2012, pp. 1-3).

90. L'on sait qu'« un autre motif de compétence peut néanmoins être porté ultérieurement à l'attention de la Cour, et celle-ci peut en tenir compte à condition que le demandeur ait clairement manifesté l'intention de procéder sur cette base » (*Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil. 1957, p. 25*), « à condition aussi que le différend porté devant la Cour par requête ne se trouve pas transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même » (*Société commerciale de Belgique, C.P.J.I., série A/B n° 78, p. 173*), comme l'indique la Cour. Ces deux conditions doivent être satisfaites.

91. Quelles sont les conclusions du demandeur ?

- Dans sa requête (23 novembre 2010) :

1) le défendeur a enfreint les dispositions des articles 73, 87, 226, 245 et 303 de la Convention ;

2) le demandeur a droit à des dommages-intérêts qui seront fixés lors de l'examen de l'affaire au fond, mais dont le montant ne saurait toutefois être inférieur à 10 000 000 dollars des Etats-Unis ; et

3) Le demandeur a droit au remboursement de tous les honoraires d'avocats, frais et autres dépenses encourues.

(requête introductive d'instance, 23 novembre 2010)

- Dans ses conclusions finales (11 octobre 2012)

a) dire que le Tribunal a compétence pour connaître de la demande

b) dire que la demande est recevable ;

c) dire que le défendeur a violé l'article 73, paragraphes 2 et 4, ainsi que les articles 87, 226, 227, 300 et 303 de la Convention ;

d) ordonner au défendeur de procéder à la mainlevée de l'immobilisation du navire « Gemini III » et de restituer les biens saisis ;

e) dire que l'arraisonnement et l'immobilisation du navire «Louisa» et du « Gemini III » étaient illicites ;

f) dire que la détention de Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor et Szuszký Zsolt était illicite et portait atteinte à leurs droits humains, en violation de la Convention ;

g) dire qu'il y a eu déni de justice, de la part du défendeur, envers Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szuszký Zsolt et John B. Foster, ainsi qu'une violation par le défendeur du droit de propriété à l'égard de John B. Foster ;

h) ordonner qu'il soit fait interdiction au défendeur d'exercer des

représailles à l'encontre des intérêts de Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szuszký Zsolt, John B. Foster et Sage Maritime Scientific Research Inc., y compris l'ouverture devant des tribunaux espagnols de procédures demandant l'arrestation, la détention ou la poursuite de ces personnes, ou la saisie ou confiscation de leurs biens ;

i) ordonner qu'il soit fait interdiction au défendeur de prendre toute mesure à l'encontre des intérêts de Mario Avella et John B. Foster, y compris la poursuite des procédures engagées contre ces personnes devant les tribunaux espagnols ;

j) ordonner le paiement à ces personnes, à titre de réparation, des montants suivants, majorés des intérêts au taux légal :

- 1) Mario Avella : 810 000 euros
- 2) Alba Avella : 275 000 euros
- 3) Geller Sandor : 275 000 euros
- 4) Szuszký Zsolt : 275 000 euros
- 5) John B. Foster : 1 000 euros

k) ordonner le paiement, à Sage Maritime Scientific Research Inc., de réparations d'un montant de 4 755 144 dollars des Etats-Unis en dommages et intérêts et d'un montant supplémentaire compris entre 3 500 000 et 40 000 000 dollars des Etats-Unis au titre du manque à gagner ;

l) ordonner le paiement à Saint-Vincent-et-les Grenadines de réparations d'un montant de 500 000 euros au titre des atteintes à sa dignité, son intégrité et son activité commerciale d'immatriculation de navires ;
et

m) ordonner le paiement des honoraires et autres frais raisonnables d'avocat relatifs à la présente requête, tels qu'ils auront été fixés par le Tribunal, et dont le montant ne saurait être inférieur à 500 000 euros.

(Affaire du navire « Louisa », audience publique, 11 octobre 2012, TIDM/PV.12/A18/12/Corr.1, p. 16)*

92. Le régime applicable aux changements apportés aux conclusions

présentées dans la requête introductive d'instance a été fixé par la jurisprudence internationale.

93. En effet, dans l'affaire relative à l'*Administration du prince von Pless (exceptions préliminaires, C.P.J.I. série A/B numéro 52)*, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré :

qu'aux termes de l'article 40 du Statut, c'est la requête qui indique l'objet du différend ; que le Mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient... (p. 14)

94. Dans l'affaire *Société Commerciale de Belgique (Belgique c. Grèce)*, (C.P.J.I. série A/B, no 78), la Cour permanente de Justice internationale a affirmé :

Il y a lieu d'observer que la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut et à l'article 32, alinéa 2, du Règlement, qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend. La Cour n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de déterminer les limites de ladite faculté, mais il est évident que la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même. Une semblable pratique serait de nature à porter préjudice aux États tiers qui, conformément à l'article 40, alinéa 2, du Statut, doivent recevoir communication de toute requête afin qu'ils puissent se prévaloir du droit d'intervention prévu par les articles 62 et 63 du Statut. De même, un changement complet de la base de l'affaire soumise à la Cour pourrait exercer une répercussion sur la compétence de celle-ci. (p. 173)

95. Dans la même affaire, la Cour a déclaré ce qui suit :

La Cour a toutefois considéré que les circonstances spéciales de cette affaire, telles qu'elles résultent de l'exposé qui précède, et notamment l'absence de toute objection de la part de l'agent du Gouvernement

hellénique, lui conseillent d'adopter une interprétation large et de ne pas considérer la présente procédure comme irrégulière (p. 173)

96. Dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence de la Cour et recevabilité de la requête, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, la Cour internationale de Justice a, en ce qui concerne l'invocation par le demandeur d'un traité comme fondement de la compétence de la Cour, non pas dans sa requête introductive d'instance, mais uniquement dans son mémoire, décidé ce qui suit :

La Cour considère que le fait de ne pas avoir invoqué le traité de 1956 comme titre de compétence dans la requête n'empêche pas en soi de s'appuyer sur cet instrument dans le mémoire. La Cour devant toujours s'assurer de sa compétence avant d'examiner une affaire au fond, il est certainement souhaitable que « les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour » soient indiqués dans les premiers stades de la procédure, et l'article 38 du Règlement spécifie qu'ils doivent l'être « autant que possible » dans la requête. Un autre motif de compétence peut néanmoins être porté ultérieurement à l'attention de la Cour, et celle-ci peut en tenir compte à condition que le demandeur ait clairement manifesté l'intention de procéder sur cette base (*Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, p. 25), à condition aussi que le différend porté devant la Cour par requête ne se trouve pas transformé en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même (*Société commerciale de Belgique*, C. P.J. I. série A/ B no 78, p. 173). Ces deux conditions sont satisfaites en l'espèce. (Paragraphe 80)

97. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240, la Cour internationale de Justice a eu à se prononcer sur la recevabilité d'une demande formulée par Nauru relative aux avoirs d'outre-mer des *British Phosphate Commissioners*. Dans ce contexte, la Cour a été confrontée à une

[e]xception australienne tirée du caractère prétendument nouveau

de la demande nauruane. L'Australie soutient que cette demande est irrecevable du fait qu'elle est apparue pour la première fois dans le mémoire de Nauru; que Nauru n'a démontré l'existence d'aucun lien réel entre ladite demande, d'une part, et ses prétentions afférentes à l'inobservation alléguée de l'accord de tutelle et à la remise en état des terres à phosphates, de l'autre; et que la demande en question vise à transformer le différend porté devant la Cour en un différend dont le caractère ne serait pas le même. (Paragraphe 63)

98. La Cour a noté que :

Aucune référence à l'aliénation des avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners ne figure dans la requête de Nauru, ni au titre d'un grief autonome, ni en relation avec la demande de réparation présentée, et (...) que Nauru, après avoir réitéré les griefs déjà formulés dans sa requête, y ajoute au terme de son mémoire la conclusion (respective). (Paragraphe 64)

99. La Cour a aussi noté que :

En conséquence (...), du point de vue formel, la demande relative aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, telle qu'elle apparaît dans le mémoire de Nauru, est une demande nouvelle par rapport à celle contenue dans la requête. (Paragraphe 65)

100. Néanmoins, la Cour a décidé qu'elle devait rechercher « [s]i, bien que formellement nouvelle, la demande en question ne peut être considérée comme étant matériellement incluse dans la demande originale ». (Paragraphe 65)

101. Bien que la Cour ait affirmé : « [i] l paraît à la Cour difficilement contestable que des liens puissent exister entre la demande formulée dans le mémoire et le contexte général dans lequel s'inscrit la requête », elle a cependant exprimé l'avis selon lequel :

(...) pour que la demande relative aux avoirs d'outre-mer des Bri-

tish Phosphate Commissioners puisse être tenue pour incluse matériellement dans la demande originelle, il ne saurait suffire que des liens de nature générale existent entre ces demandes. Il convient que la demande additionnelle soit implicitement contenue dans la requête (*Temple de Préah Vihear, fond, C.I.J. Recueil 1962*, p. 36) ou découle « directement de la question qui fait l'objet de cette requête » (*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, C.I.J. Recueil 1974, p. 203, par. 72). La Cour estime que ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce. (Paragraphe 67)

102. La Cour a de plus jugé :

sans vouloir préjuger de quelque manière que ce soit la question de savoir s'il existait, à la date du dépôt de la requête, un différend d'ordre juridique entre les Parties sur la liquidation des avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, la Cour est convaincue que, si elle devait connaître d'un tel différend au fond, l'objet du différend sur lequel elle aurait en définitive à statuer serait nécessairement distinct de l'objet du différend qui lui a été originellement soumis dans la requête. Pour trancher le différend sur les avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners, la Cour devrait en effet se pencher sur une série de questions qui lui apparaissent extrinsèques par rapport à la demande initiale(). (Paragraphe 68)

103. La Cour a ensuite évoqué les dispositions de son Statut et de son Règlement:

Le paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour stipule que l'« objet du différend » doit être indiqué dans la requête, et le paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Cour requiert que la « nature précise de la demande » soit indiquée dans la requête. Ces dispositions sont tellement essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice qu'elles figuraient déjà, en substance, dans le texte du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale adopté en 1920 (art. 40, premier alinéa) et dans le texte du premier Règlement de cette Cour adopté en 1922 (art. 35, deuxième alinéa), respectivement.

La Cour permanente a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de préciser la portée de ces textes. (Paragraphe 69)

104. Dans ce contexte, la Cour a fait référence aux décisions de la Cour permanente de Justice internationale dans les affaires *Prince Von Pless et Société commerciale de Belgique*, ainsi qu'à son propre arrêt dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité (voir ci-dessus).

105. Sur cette base, la Cour est parvenue à la conclusion suivante :

Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la demande nauruane relative aux biens d'outre-mer des British Phosphate Commissioners est irrecevable au motif qu'elle constitue une demande tant formellement que matériellement nouvelle et que l'objet du différend qui lui a originellement été soumis se trouverait transformé si elle accueillait cette demande. (Paragraphe 70)

106. Elle a également constaté que :

L'exception préliminaire soulevée par l'Australie sur ce point est donc fondée. La Cour n'a pas en conséquence à examiner ici les autres exceptions que l'Australie a présentées à l'encontre des conclusions de Nauru relatives aux avoirs d'outre-mer des British Phosphate Commissioners. (Paragraphe 71)

107. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, La Cour internationale de Justice a fait face à l'argument suivant, invoqué par l'Iran contre la recevabilité de la demande reconventionnelle des États-Unis d'Amérique :

[L'Iran] soutient que les États-Unis ont élargi l'objet de leur demande au-delà des conclusions qui figuraient dans la demande reconventionnelle en ajoutant tardivement à leurs griefs concernant la liberté de commerce des griefs concernant la liberté de navigation, et en donnant, dans leur duplique, de nouveaux exemples de violation de la liberté de commerce maritime qui viennent s'ajouter aux incidents déjà invo-

qués dans la demande reconventionnelle présentée avec le contre-mémoire. (Paragraphe 116)

108. La Cour, se référant à sa jurisprudence antérieure dans les affaires *Certaines terres à phosphates et Société commerciale de Belgique*, a déclaré ce qui suit :

La question que soulève l'Iran est celle de savoir si les États-Unis présentent une demande nouvelle. Il appartient donc à la Cour de déterminer ce qui constitue « une demande nouvelle » et ce qui constitue seulement des « éléments de preuve additionnels relatifs à la demande originelle ». Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que les parties à une affaire ne peuvent en cours d'instance « transformer le différend porté devant la Cour en un différend dont le caractère ne serait pas le même » (paragraphe 117).

109. Elle a également jugé qu'« [i]l en va *a fortiori* de même des demandes reconventionnelles.» (Paragraphe 117)

110. La Cour a noté que :

Si, comme l'affirme l'Iran, ce dont la Cour est saisie « constitue une demande ... nouvelle ... [de sorte que] l'objet du différend qui lui a originellement été soumis se trouverait transformé si [la Cour] accueillait cette demande » (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, p. 267, par. 70*) alors elle est tenue de rejeter cette demande nouvelle. (Paragraphe 117)

111. De l'avis de la Cour, cependant :

[...] les États-Unis ont fourni des descriptions détaillées d'autres incidents étayant, selon eux, leurs demandes originelles. De l'avis de la Cour, les États-Unis n'ont pas, ce faisant, transformé l'objet du différend initialement porté devant la Cour, ni modifié la substance de leur demande reconventionnelle, qui demeure la même, à savoir que l'Iran se serait livré à des attaques contre le transport maritime, au mouillage de mines et à d'autres activités militaires qui seraient « dangereuses et nui-

sibles pour le commerce maritime », violant ainsi ses obligations vis-à-vis des Etats-Unis au regard du paragraphe 1 de l'article X du Traité de 1955. La Cour ne saurait donc accueillir cette exception de l'Iran. (Paragraphe 118)

112. En l'espèce, le demandeur s'est plutôt appliqué à articuler des arguments relatifs aux droits de l'homme, en se fondant sur l'article 300 de la Convention pour fonder la compétence du Tribunal pour connaître du fond de l'affaire. Pour ce faire, il est allé jusqu'à apporter des changements à ses conclusions. On peut constater l'absence de lien avec l'objet du litige à la date critique, celle de l'introduction de l'instance. Le Tribunal, en conséquence, est fondé à dire et juger qu'il n'est pas compétent pour connaître du fond de l'affaire du navire « Louisa ». Il aurait même pu fixer le régime applicable à l'article 300 de la Convention (paragraphe 137 de l'arrêt).

Nationalité des navires et protection de l'équipage du « Louisa »

113. Il y a les conditions auxquelles le droit de la responsabilité subordonne l'introduction par un Etat d'une réclamation à raison de dommages qu'il impute à un fait internationalement illicite ayant pour victime initiale un particulier. Elles restent valables lorsque la réclamation, d'abord soumise à l'Etat défendeur qui refuse d'y faire droit, est ensuite portée devant un Tribunal. Sont ainsi des motifs d'irrecevabilité de l'action juridictionnelle sa prise en charge par un Etat qui, faute d'un lien de nationalité internationalement valable avec la victime, serait sans qualité pour agir ; l'impossibilité pour l'Etat réclamant de faire valoir un droit propre au respect duquel il peut prétendre de la part du défendeur (défaut d'intérêt pour agir) ; ou encore la conduite du sujet protégé si elle est jugée incorrecte (théorie des mains propres), ou insuffisamment diligente (épuisement des recours internes).

114. La protection diplomatique peut s'étendre à toutes les personnes, physiques ou morales, qui peuvent se prévaloir de la nationalité de l'Etat réclamant. C'est donc normalement de la nationalité que résulte le lien qui unit le particulier lésé et l'Etat réclamant. C'est ce qu'énonce la Cour permanente dans l'affaire du *Chemin de fer Pane-*

vezys-Saldutiskis :

En prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, l'Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. (*Arrêt du 28 février 1939 (Estonie c. Lituanie) C.P.J.I., Série A/B, no 76, p. 28*)

115. Il revient à chaque Etat de déterminer de manière souveraine les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité des sujets de droit soumis à son autorité. Il s'agit d'une compétence exclusive. Comme l'a indiqué la Cour permanente, « dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat » (*avis consultatif du 7 février 1923 relatif à l'affaire franco-britannique des Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I., Série B, no 4, p. 24*). Cette opinion a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm* : « le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité » (*arrêt du 6 avril 1955, Recueil C.I.J. 1955, p. 23*).

116. Le tribunal arbitral chargé de trancher le différend relatif au filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent a rappelé « que le droit, pour un Etat, de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires en général, et des bateaux de pêche en particulier, relève de la compétence exclusive de cet Etat » (*sentence du 17 juillet 1986, paragraphe 27 ; voir aussi Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM, Recueil 1999, p. 10, paragraphes 103 à 109*).

117. La question qui se pose est celle de savoir si Saint-Vincent-et-les Grenadines est en droit de protéger le navire « Louisa » et le « Gemini III ». En ce qui concerne le « Louisa », l'Espagne affirme qu'

[...] en vue d'appliquer les règles générales de droit international applicables à l'exercice de la protection diplomatique et compte tenu de la volonté exprimée librement et unilatéralement par Saint-Vincent-et-les Grenadines, le Tribunal doit tout d'abord établir la nationalité du navire ou des navires lésés par l'immobilisation.

(Contre-mémoire, paragraphe 88)

118. Selon l'Espagne :

83. Afin d'établir la compétence du Tribunal pour statuer au fond sur la Requête soumise par Saint-Vincent-et-les Grenadines, il est particulièrement important de déterminer la nature de la réclamation et la procédure suivie par le demandeur. Comme l'Espagne l'a déjà souligné durant la phase des mesures conservatoires, la présente affaire ne saurait être assimilée à une procédure de prompt mainlevée du navire conformément à l'article 292 de la Convention. Au contraire, le demandeur recherche simplement une forme de protection diplomatique qui ne fait l'objet d'aucune règle particulière dans la Convention. Par conséquent, les conditions de recevabilité de la réclamation relèvent des règles du droit international général applicables à l'exercice de la protection diplomatique et à la définition de la responsabilité internationale de l'Etat. En l'absence d'un mécanisme différent et autonome qui s'appliquerait spécifiquement à l'affaire, le Tribunal doit appliquer les règles générales pertinentes du droit international, conformément à la déclaration de M. le juge Wolfrum, alors Président du Tribunal, relative au droit de la mer, qui « ne doit pas être considéré comme un régime autonome. Il constitue un élément du droit international général ».

84. Point n'est besoin d'analyser le contexte de la réclamation de Saint-Vincent-et-les Grenadines, qui constitue une voie ordinaire de la protection diplomatique. Il suffit d'analyser la teneur de cette réclamation, qui se résume pour l'essentiel à la défense du droit d'un particulier

(en l'espèce l'équipage et les propriétaires du « *Louisa* ») qui, selon le demandeur, aurait subi des dommages en conséquence de la violation du droit international par l'Espagne. Il est inutile d'insister sur le fait que cela est la définition même de la protection diplomatique.

85. Du fait du contexte judiciaire de la réclamation de Saint-Vincent-et-les Grenadines, le Tribunal est tenu d'analyser au moins deux éléments fondamentaux afin de statuer sur sa compétence au fond, à savoir : i) la nationalité de la réclamation; et ii) l'épuisement des recours internes. Nous pourrions y ajouter l'examen de l'applicabilité de la règle controversée des « mains propres », en rappelant que les faits qui ont entraîné la réclamation ont pour origine une procédure pénale engagée en Espagne suite à des agissements qualifiés de délits et susceptibles, en droit espagnol, de faire l'objet de poursuites. Néanmoins, ce point ne fait pas l'objet d'une analyse spécifique dans le présent chapitre 3, étant donné qu'il sera examiné en détail dans le reste du présent Contre-mémoire.

(Contre-mémoire, paragraphes 83 à 85)

119. Sur la nationalité du navire « *Louisa* » : « De plus, l'Espagne reconnaît entièrement que le "*Louisa*" battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux "dates critiques" de l'espèce » (contre-mémoire, paragraphe 90 ; également paragraphe 95)

La plupart de ces problèmes, auxquels sont confrontés les organes judiciaires internationaux, découlent de la situation suivante : un navire d'une nationalité donnée est la propriété d'une personne possédant une deuxième nationalité; il est exploité par un équipage dont les membres sont de différentes nationalités, chargé d'une cargaison dont les propriétaires sont d'autres nationalités et assuré par une société qui possède une nationalité encore différente.

(Contre-mémoire, paragraphe 91)

120. Sur le lien substantiel :

94. Saint-Vincent-et-les Grenadines a des obligations qui lui sont

imposées par l'article 94 de la Convention. L'accomplissement effectif de ces obligations devrait confirmer le « lien substantiel » visé au paragraphe 1 de l'article 91. Or, l'affaire qui nous occupe ne fait pas apparaître ce « lien substantiel » entre le

« *Louisa* » et son Etat du pavillon. Toutefois, et encore dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal a semblé réduire le « lien substantiel » aux seuls moyens de preuve servant à étayer le droit qu'a un navire de battre un pavillon au moment de l'incident qui a donné lieu au différend et pendant ce différend. (60 Ibid., paragraphes 67-68). Les faits résumés dans le présent Contre-mémoire montrent qu'avant même que le « *Louisa* » pénètre dans les eaux espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 94 de la Convention. Des indications complémentaires du Tribunal seraient peut-être très utiles en l'espèce et dans de futures affaires.

(Contre-mémoire, paragraphe 94)

121. L'Espagne rappelle que :

89. L'article 91 de la Convention dispose que chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit de battre son pavillon. Il stipule aussi que les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Le paragraphe 1 de l'article 91 se termine par une affirmation brève, mais complexe : « Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire. »

90. L'Espagne ne conteste en aucun cas le droit souverain qu'a Saint-Vincent-et-les Grenadines d'attribuer sa nationalité au « *Louisa* », de l'immatriculer et de lui accorder son pavillon. A cet égard – comme l'a fait le Tribunal dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* – l'Espagne considère que « l'article 91 codifie une règle bien établie du droit international général ». De plus, l'Espagne reconnaît entièrement que le « *Louisa* » battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux « dates critiques » de l'espèce.

91. L'Espagne est également consciente des problèmes que les changements successifs de pavillon – comme ceux qui ont eu lieu s'agissant du « Louisa » avant les « dates critiques » – ont posé au Tribunal lorsqu'il a connu des affaires du « Saiga » ou du « Grand Prince », par exemple. La plupart de ces problèmes, auxquels sont confrontés les organes judiciaires internationaux, découlent de la situation suivante : un navire d'une nationalité donnée est la propriété d'une personne possédant une deuxième nationalité ; il est exploité par un équipage dont les membres sont de différentes nationalités, chargé d'une cargaison dont les propriétaires sont d'autres nationalités et assuré par une société qui possède une nationalité encore différente. Les affaires de prompte mainlevée, de protection diplomatique ou de responsabilité internationale d'ordre général sont rendues plus complexes par le fait que plusieurs Etats font valoir des prétentions concurrentes et parfois opposées. En réalité, et cela ne s'est pas produit sans critiques parmi ses membres, le Tribunal a changé sa doctrine initiale *ex parte* en une doctrine *ex officio* lorsqu'il a vérifié la nationalité de la réclamation dans les affaires susvisées. Il est également vrai que ces deux affaires concernaient des situations d'urgence dans lesquelles il fallait statuer sur la prompte mainlevée de l'immobilisation des navires et la prompte libération de leurs équipages.

92. L'article 91, paragraphe 1 de la Convention consacre apparemment le critère de « nationalité effective ». Mais comme la Commission du droit international le précise dans son Commentaire des projets d'articles sur la protection diplomatique, ce critère n'a qu'une portée limitée en dehors des cas de double nationalité et de réclamation à l'encontre d'un Etat de nationalité. Dans le cas d'un navire considéré comme constituant une unité, une réponse formelle, plus pratique et directive pourrait contribuer à résoudre ces affaires complexes.

93. Pourtant, l'article 91 de la Convention ne peut pas et ne doit pas être lu isolément. Il est complété par l'article 94, qui ajoute les critères de l'autorité effective, de la juridiction effective, et, par conséquent, de la responsabilité pour le navire. L'Etat du pavillon a le droit exclusif

d'attribuer son pavillon à un navire; mais il a également le devoir de maintenir un « lien substantiel » avec le navire, un lien de responsabilité. C'est ce qui a conduit le Tribunal à confirmer, dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, que « le but des dispositions de la Convention relatives à l'exigence d'un lien substantiel entre un navire et l'Etat dont il bat le pavillon est d'assurer un respect plus efficace par les Etats du pavillon de leurs obligations, et non d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon. »

94. Saint-Vincent-et-les Grenadines a des obligations qui lui sont imposées par l'article 94 de la Convention. L'accomplissement effectif de ces obligations devrait confirmer le « lien substantiel » visé au paragraphe 1 de l'article 91. Or, l'affaire qui nous occupe ne fait pas apparaître ce « lien substantiel » entre le « Louisa » et son Etat du pavillon. Toutefois, et encore dans l'*Affaire du navire*

« SAIGA » (No. 2), le Tribunal a semblé réduire le « lien substantiel » aux seuls moyens de preuve servant à étayer le droit qu'a un navire de battre un pavillon au moment de l'incident qui a donné lieu au différend et pendant ce différend. Les faits résumés dans le présent Contre-mémoire montrent qu'avant même que le « Louisa » pénètre dans les eaux espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 94 de la Convention. Des indications complémentaires du Tribunal seraient peut-être très utiles en l'espèce et dans de futures affaires.

(Contre-mémoire, paragraphes 89 à 94).

122. Pour ce qui est du « Gemini III »,

- Comme pendant la phase des mesures conservatoires, le demandeur tente d'introduire et de faire examiner comme un tout le statut juridique du « Louisa » et de son prétendu « navire auxiliaire », le « Gemini III ». Or, une nouvelle fois, le demandeur n'établit pas le lien de nationalité entre le « Gemini III » et Saint-Vincent-et-les Grenadines : ce navire n'a jamais battu son pavillon.

(Contre-mémoire, paragraphe 95)

- Comme indiqué plus haut, dans la déclaration qu'il a faite en application de l'article 287 de la Convention, Saint-Vincent-et-les Grenadines a explicitement limité la compétence du Tribunal au règlement de différends relatifs à la saisie ou à l'immobilisation de ses navires.

(Contre-mémoire, paragraphe 97)

- Le Tribunal a précisé dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* la notion de « navire comme constituant une unité » (par. 106), ce qui ne s'applique manifestement pas en l'espèce, en aucun cas.

(Contre-mémoire, paragraphe 98)

123. Pour Saint-Vincent-et-les Grenadines, le « *Gemini III* », et non pas le « *Louisa* », a effectué des levés supplémentaires dans la baie de Cadix et il a servi d'auxiliaire au « *Louisa* » pendant les premiers mois de l'année 2005. Toutes les opérations ont toutefois pris fin en avril 2005» (mémoire, paragraphe 19 ; également paragraphe 7).

124. En ce qui concerne le « *Louisa* », l'Espagne reconnaît qu'il battait le pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines aux dates critiques de l'espèce. (contre-mémoire, paragraphe 90). Le problème concerne plutôt le statut du « *Gemini III* ». Saint-Vincent-et-les Grenadines fait valoir que ce navire a effectué des levés supplémentaires dans la baie de Cadix et a servi d'auxiliaire au « *Louisa* » pendant les premiers mois de l'année 2005 (mémoire, paragraphe 19). Mais Saint-Vincent-et-les Grenadines est très peu prolixe sur le pavillon du « *Gemini III* », lequel est apparu sans pavillon, puis arborant le pavillon néerlandais et enfin le pavillon américain. Nous savons qu'aux termes de l'article 91 de la Convention, chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, l'immatriculation des navires sur son territoire et le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Qui plus est, il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire.

125. Par ailleurs, l'Etat du pavillon a des obligations que lui impose l'article 94 de la Convention. Le navire doit notamment être inscrit à

son registre maritime. L'Etat du pavillon doit également exercer sa juridiction et son contrôle sur le navire. Le demandeur n'a apporté aucune preuve de la mise en oeuvre des dispositions rappelées ci-dessus, qui pourraient établir un lien de nationalité entre Saint-Vincent-et-les Grenadines et le « *Gemini III* ».

Par conséquent, faute d'un lien de nationalité internationalement valable avec le « *Gemini III* », l'action juridictionnelle de Saint-Vincent-et-les Grenadines est irrecevable pour motif de défaut de qualité pour agir.

126. En ce qui concerne les membres de l'équipage et d'autres personnes détenues ou poursuivies par les autorités judiciaires espagnoles, Saint-Vincent-et-les Grenadines entend exercer sa protection diplomatique en leur faveur. Là encore, il est essentiel d'examiner l'existence ou non d'un lien de nationalité entre le demandeur et lesdites personnes, de façon à établir la compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête ou demande en justice.

127. Le demandeur s'appuie sur le système institué par la procédure autonome de la prompte mainlevée, dans lequel l'Etat du pavillon peut exercer une protection en faveur de l'équipage, compte non tenu de la nationalité. Ladite procédure d'urgence a essentiellement pour objet de faire droit aux intérêts de la navigation. Le Tribunal se prononce sur la mainlevée et/ou sur la mise en liberté de l'équipage, sans préjudice de la suite qui sera donnée à la procédure au fond par la juridiction nationale compétente (article 292, paragraphe 3). C'est pourquoi, il regarde, dans cette procédure, le navire et son équipage comme un tout. Il considère le « navire comme constituant une unité ». La Commission du droit international a admis ce principe dans son projet d'articles sur la protection diplomatique, non encore en vigueur. Son article 18 relatif à la protection des équipages des navires se lit comme suit :

Le droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit

qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite. (Projet d'articles sur la protection diplomatique, Assemblée générale de l'ONU, documents officiels, soixante et unième session, supplément n° 10 (A/61/10)).

128. La détention et la poursuite, par les autorités judiciaires espagnoles, des membres de l'équipage et des autres personnes peuvent pousser les Etats dont ils sont ressortissants à exercer en leur faveur leur protection diplomatique. La nationalité des personnes concernées apparaît dès lors déterminante. Les membres de l'équipage sont de nationalité hongroise ou américaine. Les propriétaires des navires, en tant que personnes physiques ou morales, sont eux aussi ressortissants des Etats-Unis d'Amérique. Or, le demandeur n'a guère prouvé de lien de nationalité internationalement valable existant entre lui et les personnes en cause. Il apparaît dès lors qu'il n'a pas qualité pour agir.

L'épuisement des voies de recours internes (Convention, article 295)

129. L'article 295 de la Convention se lit comme suit :

Un différend entre Etats Parties relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention peut-être soumis aux procédures prévues à la présente section seulement après que les recours internes ont été épuisés selon ce que requiert le droit international.

130. La règle a pour objet de réaliser l'équilibre entre la souveraineté des Etats et les exigences du droit international. La protection diplomatique est une voie exceptionnelle qui ne peut ouvrir une procédure internationale qu'après l'épuisement des voies de recours internes. La règle se présente ainsi comme une exception d'irrecevabilité à la disposition de l'Etat défendeur.

C'est dire que le particulier lésé ne peut tenter d'obtenir la protection de son Etat que s'il a, au préalable, épuisé les voies de recours in-

ternes qui lui sont offertes par le système juridique de l'Etat dont il demande réparation.

131. Dans l'affaire ELSI, la CIJ dégage les caractères intrinsèques de la règle. Elle dit :

[...] la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties ; pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès. (*Arrêt du 20 juillet 1989, Recueil C.I.J. 1989*, paragraphe 59)

132. L'épuisement préalable des recours internes apparaît ainsi comme une condition de recevabilité de la demande. La règle est-elle applicable en l'espèce?

133. Pour l'Espagne,

L'obligation d'épuisement préalable des recours internes est déterminée par la nature des droits qui sont revendiqués. Comme cela a été précisé à maintes reprises par la jurisprudence internationale, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique aux violations des droits d'un Etat. Inversement, l'épuisement des recours internes est obligatoire dans les affaires – comme celle dont le Tribunal est saisi – ayant trait à la protection diplomatique, lorsqu'un Etat revendique le respect du droit international en faveur de personnes ayant un lien de nationalité avec lui. Le Tribunal a élaboré ce raisonnement en recourant à la notion de « lien juridictionnel ».

(Contre-mémoire, paragraphe 111)

Comme cela a été démontré s'agissant du « *Louisa* », le « lien juridictionnel » est bien établi, étant donné que toutes et chacune des activités des personnes physiques et morales en faveur desquelles le demandeur soumet sa réclamation se sont déroulées dans les eaux intérieures et la mer territoriale espagnoles, zones relevant toutes deux de

la juridiction exclusive du Royaume d'Espagne (article 2 de la Convention). Par conséquent, et suivant le raisonnement du Tribunal, la règle coutumière de l'épuisement des recours internes s'applique bel et bien.
(Contre-mémoire, paragraphe 114)

134. Pour Saint-Vincent-et-les Grenadines, « [l]'épuisement des recours internes n'est pas requis en l'espèce [...] » (réplique, p. 14)

L'Espagne affirme que le critère servant à établir si l'article 295 s'applique est l'existence d'un « lien juridictionnel » entre l'Etat responsable et les personnes physiques ou morales au sujet desquelles le demandeur peut présenter une demande (paragraphe 112-114, citant le paragraphe 100 de l'arrêt rendu le 1^{er} :

(Réplique, p. 14) juillet 1999 en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, fond). Cela est incorrect. Avant d'en venir à la question du « lien juridictionnel », le Tribunal a constaté que « la règle qui requiert l'épuisement des recours internes est applicable « (l)orsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers ..." » (*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2), paragraphe 98* (citant l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats). Et le Tribunal de poursuivre en estimant que les violations des droits dont se prévalait Saint-Vincent-et-les Grenadines devaient être comprises comme des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les Grenadines et que le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découlait de ces violations (...).

(Réplique, p. 14)

135. « Les droits revendiqués par Saint-Vincent-et-les Grenadines en l'espèce sont presque identiques à ceux auxquels il prétendait dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, à savoir le droit de jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites ».

(Réplique, p. 15)

136. Si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique,

les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention ont-elles été remplies ?

137. Pour l'Espagne :

L'Espagne rappelle que les actes qui sont seuls réputés remplir l'obligation visée à l'article 295 de la Convention sont précisément les recours juridiques nationaux qui permettent de réparer les prétendus torts dont Saint-Vincent-et-les Grenadines se prévaut. Une lecture attentive du *petitum* du Mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines montre qu'il a pour but d'obtenir : i) la mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* »; ii) une déclaration sur la détention prétendument illicite des personnes impliquées dans l'affaire; et iii) la réparation des dommages directs et indirects prétendument subis en conséquence de l'immobilisation du navire. Il n'est possible d'atteindre ces buts qu'en recourant aux procédures judiciaires régulières devant les tribunaux espagnols compétents. Ce n'est que moyennant ces procédures que les personnes prétendument lésées (particuliers et sociétés) peuvent prétendre obtenir la réparation des dommages, pour autant qu'elles y aient droit. Par conséquent, seules ces procédures peuvent être employées pour respecter la règle de l'épuisement préalable des recours internes. Ces recours sont encore pendants et le Tribunal ne peut donc pas admettre l'affirmation du demandeur selon laquelle la condition imposée par l'article 295 de la Convention aurait été dûment satisfaite.

(Contre-mémoire, paragraphe 120)

En ce qui concerne :

i) les procédures en cours devant les autorités espagnoles et la position du demandeur au cours de la procédure interne :

138. Depuis sa saisie, le « *Louisa* » est placé sous contrôle judiciaire et sous la surveillance technique de la *Capitanía Marítima* de Cadix. Comme le décrit en détail la section ci-après, le juge d'instruction a plusieurs fois proposé à Sage d'inspecter le navire et de procéder à son entretien.

139. La procédure judiciaire devant les autorités espagnoles

28. Une fois ouverte en Espagne la procédure pénale à l'encontre de Sage, du

« *Louisa* » et des personnes concernées, le *Juzgado de instrucción No. 4* de Cadix a rendu les décisions et ordonnances et formulé les demandes ci-après :

1) Le 6 mars 2006, le juge a autorisé les agents de l'autorité portuaire à inspecter le navire, effectuer des opérations d'entretien et vérifier la sécurité du navire (annexe 8). Depuis, la *Capitanía Marítima* de Cadix a effectué plusieurs nouvelles opérations d'entretien;

2) Le 8 novembre 2007, M. Foster a demandé à être représenté officiellement au procès. Sa demande a d'abord été rejetée en raison d'un vice de procédure. Une fois ce problème résolu, le procès a dû être reporté plusieurs fois parce que M. Foster refusait de comparaître devant le tribunal, mais le juge d'instruction a accepté le 10 juin 2008 la comparution de M. Foster et décidé d'avoir une audience avec lui le 15 juillet 2008 à 11 heures. Sage et toutes les autres personnes impliquées dans la procédure pénale sont dûment représentées par un avocat depuis le tout début du procès et toutes les décisions judiciaires leur ont été dûment communiquées, conformément à l'obligation de garantir aux justiciables un procès régulier qui incombe à l'Espagne en vertu du droit international et national;

3) Le 22 février 2008, Sage a demandé au juge l'autorisation d'inspecter le

« *Louisa* ». Le 22 juillet 2008, 14 une fois clarifiée la situation de M. Foster au regard de la procédure, le juge d'instruction a demandé à Sage de charger une personne qualifiée de prendre toutes dispositions nécessaires à bord du navire pour le maintenir en bon état (annexe 9);

4) Le 11 juillet 2008, M. Foster a informé le juge d'instruction qu'il ne se rendrait pas en Espagne et qu'il entendait faire sa déposition par vidéoconférence;

5) Le 22 juillet 2008, le juge a rejeté la proposition de M. Foster et lui a ordonné de comparaître devant lui le 30 septembre 2008 pour déposer en qualité de défendeur. Cette décision, dont M. Foster a fait appel devant la cour d'appel (*Audiencia*), a été confirmée par la juridiction inférieure le 16 mars 2009 et par la juridiction supérieure le 18 septembre 2009;

6) Le 18 février 2009, le juge d'instruction a reçu des propriétaires du « *Louisa* », une nouvelle demande d'inspection du navire et d'autorisation d'y effectuer des réparations si nécessaire. Le juge a fait droit à cette demande le 25 février 2009 et décidé que l'inspection aurait lieu le 3 mars 2009. Le 2 mars 2009, un report de l'inspection demandé par Sage a été reçu et accepté par le juge, qui a décidé que l'inspection aurait lieu le 5 mars 2009 (annexe 10). M. Avella et ses avocats, accompagnés des autorités judiciaires, ont inspecté le « *Louisa* » le 5 mars 2009;

7) Le 1er mars 2010, le juge a délivré à l'encontre des personnes directement impliquées dans l'affaire l'acte de procédure pénale N° 1/2010 (*Auto de incoación de sumario*) qui soumettait l'affaire à une procédure d'information judiciaire dite « sommaire » (*procedimiento sumario*), mais qui, en fait, offre aux accusés un surcroît de garanties procédurales (annexe 11);

8) Le 29 juillet 2010, le juge d'instruction a de nouveau demandé à Sage de communiquer au tribunal sa décision concernant l'entretien du navire (annexe 12). Cette demande a été renouvelée le 27 janvier 2011. Le 3 février 2011, une demande émanant de Sage a été reçue, laquelle priait le juge de décider lui-même les opérations d'entretien et les réparations dont avait besoin le navire.

9) Le 27 octobre 2010, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de renvoi devant la juridiction du jugement de toutes les personnes impliquées dans l'affaire, c'est-à-dire MM. Foster, Avella, Valero de Bernabé, Bonifacio, Beteta et Mazzara, en tant qu'auteurs d'un délit présumé d'atteinte au patrimoine culturel espagnol (article 323 du Code

pénal espagnol). De plus, le juge d'instruction a décidé :

a) D'imposer une caution de dix mille (10 000) euros à chacun des prévenus, exceptés MM. Foster et Avella, pour lesquels le montant de la caution a été fixé à trente mille (30 000) euros chacun;

b) D'ordonner à M. Foster de déposer en personne devant lui, en l'informant des conséquences procédurales et pénales auxquelles il s'exposait s'il manquait à cette obligation;

c) D'annoncer – vu le silence de Sage au sujet de l'entretien du « Louisa » – dans les organes d'information judiciaire appropriés la vente aux enchères publiques de ce navire, en accordant trois jours à toutes les personnes intéressées, au procureur général et au représentant du ministère public pour qu'ils lui donnent leur avis juridique;

d) De rappeler aux parties à la procédure le délai de trois jours qui leur est imparti pour saisir le juge d'instruction d'un recours en révision de sa décision (*recurso de reforma* en espagnol) et le délai de cinq jours pour interjeter appel devant une instance supérieure (*recurso de apelación* en espagnol).

10) Après que le procureur eut à la fois formé un recours et interjeté appel afin d'ajouter de nouveaux chefs d'accusation à ceux déjà retenus contre les prévenus, et que les avocats de M. Foster eurent également formé un recours contre l'ordonnance de renvoi du 27 octobre 2010, le juge d'instruction a tranché le 31 octobre 2011, faisant droit au recours du procureur et rejetant celui de M. Foster.

11) Auparavant, le 22 juillet 2011, le juge d'instruction avait à nouveau demandé à Sage de désigner une personne qualifiée pour prendre toutes dispositions nécessaires à bord du navire pour le maintenir en bon état. Dans une communication reçue le 24 octobre 2011, Sage a déclaré qu'elle ne procéderait pas à cette désignation et s'est déchargée de la responsabilité de l'entretien du navire. Le juge a donc décidé le 10 novembre 2011 d'ordonner à la *Capitanía Marítima* de Cadix de désigner une personne compétente (annexe 14).

(Contre-Mémoire, paragraphe 28)

140. Position de Sage et du demandeur au cours de la procédure nationale :

29. Sage, en sa qualité de propriétaire du navire, et Saint-Vincent-et-les Grenadines, en sa qualité de demandeur en la présente procédure, ont maintenu une position ambiguë et parfois obstructionniste tout au long de la procédure nationale résumée dans le présent chapitre. En réalité, Saint-Vincent-et-les Grenadines a été entièrement absent de la procédure jusqu'au dépôt de sa demande devant le présent Tribunal.

30. Le demandeur affirme avoir déployé des efforts considérables pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire dans le cadre du système judiciaire du défendeur (Mémoire, paragraphe 13). Toutefois, depuis sa première comparution devant les tribunaux pénaux espagnols, Sage (et en particulier M. Foster) a entravé le déroulement de la procédure nationale en lui opposant toutes sortes d'obstacles juridiques. Ce comportement de Sage, auquel s'ajoute la complexité de l'espèce, est la principale cause de la longueur de la procédure menée par le *Juzgado de instrucción No. 4* de Cadix.

31. Par exemple, et sans parler des différents recours formés par d'autres inculpés, qui ont encore davantage prolongé l'ensemble du procès, Sage et les personnes directement en rapport avec elle (MM. Foster et Avella) se sont opposés aux décisions du juge d'instruction – par le biais de recours légaux – à cinq occasions au moins : le 28 janvier 2008 (*recurso de reforma*), le 3 juillet 2008 (*recurso de reforma*), le 31 juillet 2008 (*recurso de reforma*), le 16 avril 2009 (*recurso de apelación*) et le 22 mars 2010 (*recurso de apelación*). Cela non seulement explique en partie la longueur de la procédure, mais encore montre l'étendue des garanties procédurales et des droits de la défense dont jouissent les prévenus dans les procédures pénales engagées devant les autorités judiciaires espagnoles. Il importe aussi de signaler que toutes ces voies de recours n'ont pas encore été épuisées et que l'affaire doit encore être examinée au fond par les tribunaux pénaux espagnols.

32. Normalement, lorsque Sage présentait une demande aux autorités judiciaires espagnoles, celles-ci y accédaient, pourvu qu'elle ait été

présentée dans les règles et fondée en droit. Toutefois, Saint-Vincent-et-les Grenadines ne peut pas défendre certains des éléments figurant dans son Mémoire. Dans plusieurs paragraphes (14, 36, 41-43 ou 83 par exemple), il y est affirmé que Sage a demandé aux autorités espagnoles la restitution de données électroniques saisies en tant qu'éléments de preuve dans la procédure pénale. Or, Sage n'a jamais présenté une telle demande en bonne et due forme au juge d'instruction et n'a fourni au présent Tribunal aucune preuve qu'elle l'aurait fait. Ce n'est que le 23 novembre 2010 que Saint-Vincent-et-les Grenadines a présenté cette demande, devant le présent Tribunal, dans sa Demande en prescription de mesures conservatoires. Et bien que le présent Tribunal n'ait pris aucune décision sur la question dans son ordonnance du 23 décembre 2010 relative à la prescription de mesures conservatoires, le juge d'instruction, lorsque la restitution des données lui a été demandée pour la première fois suivant la procédure établie, a autorisé le 12 juillet 2011 la restitution à Sage d'une copie des données électroniques, en demandant à cette dernière de lui indiquer les personnes autorisées à les recevoir et en fixant un rendez-vous pour le téléchargement de ces données le 27 juillet 2011. Après notification le 18 juillet 2011, la copie des documents a été fournie aux parties intéressées le 27 juillet et le 2 août 2011 (annexe 15).

33. Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a jamais présenté aux tribunaux espagnols de demande de mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* ».

Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a jamais eu recours à la procédure de « Prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage » visée à l'article 292 de la Convention, une procédure que connaissent bien le Tribunal et le demandeur. Ce dernier a non seulement délibérément choisi de présenter une requête d'ordre général relevant des principes, règles et conditions de la protection diplomatique, mais encore cherché à transférer à un tribunal international une procédure judiciaire nationale légitime qui est encore pendante. Le Contre-mémoire traitera ces questions plus loin (cf. infra, paragraphes 108-121), mais l'Espagne souhaite quand même rappeler ici un principe général, énoncé par le Tribunal en l'*Affaire du « Tomimaru »* au sujet de la procédure de prompte mainlevée, mais qui s'applique plus générale-

ment à l'attitude des Etats du pavillon s'agissant de leurs navires immobilisés dans des pays tiers :

« Dans ce contexte, le Tribunal souligne que, compte tenu de l'objectif de l'article 292 de la Convention, *il appartient à l'Etat du pavillon d'agir en temps voulu*. Cet objectif ne peut être réalisé que si le propriétaire et l'Etat du pavillon interviennent dans un délai raisonnable soit pour recourir au système judiciaire national de l'Etat ayant opéré la saisie soit pour entamer la procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompt libération de son équipage visée à l'article 292 de la Convention. »

34. Aucune demande de mainlevée de l'immobilisation du « *Louisa* » n'a été présentée ni par les propriétaires du navire ni par l'Etat du pavillon. Et malgré cela, Sage n'a fait aucun effort sérieux pour faire procéder aux actes les plus élémentaires d'entretien et de préservation du navire.

(Contre-mémoire, paragraphes 27 à 34)

ii) les arguments du défendeur suivant lesquels le demandeur tente de transformer le Tribunal en cour d'appel à l'égard des procédures en cours devant les juridictions espagnoles (voir duplique, paragraphes 17 à 39).

141. Pour ce qui est de l'épuisement des voies de recours internes pouvant permettre de réparer les torts allégués par le demandeur, la question qui se pose est celle de savoir si Saint-Vincent-et-les Grenadines a soumis la substance de sa demande aux juridictions nationales compétentes et s'il a persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures espagnoles et ce sans succès, conformément à une jurisprudence constante.

142. Il ressort du dossier que le 15 mars 2006, les autorités espagnoles avaient avisé Saint-Vincent-et-les Grenadines de l'arraisonnement et de la perquisition du « *Louisa* ». Le défendeur lui a communiqué ces informations en bonne et due forme « pour toute procédure nécessaire ». Et c'est seulement quatre années après que le demandeur a réagi, en faisant adresser par son Bureau du Commissaire aux affaires mari-

times à Genève plusieurs courriers électroniques à la Capitanía Marítima de Cadix. Il n'a pris aucune mesure concernant le « Louisa » avant le 26 octobre 2010, date à laquelle il a informé l'Espagne de son intention d'introduire une instance devant le Tribunal. Qui plus est, les recours restent pendants dans l'ordre juridique espagnol.

143. Au vu des circonstances de l'espèce, les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention n'ont pas été remplies. En conséquence l'action du demandeur est irrecevable.

144. En somme, on peut retenir que :

Premièrement, les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 283 n'ont pas été remplies. C'est précisément en se fondant sur cet article, lequel dispose en substance que les parties sont tenues de procéder à un échange de vues avant de porter un différend devant le Tribunal, et sur l'absence manifeste d'un tel échange, que le Tribunal devait dire qu'il n'a pas compétence pour connaître de l'affaire « Louisa » au fond.

Deuxièmement, le demandeur n'a guère prouvé de lien de nationalité internationalement valable existant entre lui et les personnes en cause. Il apparaît dès lors qu'il n'a pas qualité pour agir.

Enfin, au vu des circonstances de l'espèce, les conditions prescrites par l'article 295 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'ont pas été remplies. En conséquence, l'action du demandeur est irrecevable.

(signé)
T.M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2014

Le 14 avril 2014

Rôle des affaires :No. 19

AFFAIRE DU NAVIRE « VIRGINIA G »
(PANAMA/GUINÉE-BISSAU)

ARRÊT

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE NDIAYE

(Soumise conformément à l'article 30, paragraphe 3, du Statut et à l'article 8, paragraphe 4, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire.)

N'ayant pu, à mon grand regret, me rallier à l'arrêt du Tribunal, j'estime devoir exposer mon opinion dissidente. A mon avis, le propriétaire du « Virginia G » n'a pas épuisé les voies de recours internes à lui offertes par la Guinée-Bissau. La confiscation du « Virginia G » ne constitue pas une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. La faute de la victime est une cause de rejet au fond de toute demande en réparation parce qu'elle a joué un rôle dans la production du dommage allégué. De plus, l'examen du lien de causalité existant entre la faute du propriétaire du « Virginia G » et le dommage dont on demande réparation montre que le lien n'est pas prouvé. De même, la question de compétence et celle ayant trait aux objections soulevées par le défendeur auraient dû être traitées autrement, et ceci pour les raisons suivantes :

I. LE DIFFÉREND

1. Le différend soumis à l'arbitrage par la République du Panama a trait au pétrolier « Virginia G », battant pavillon panaméen, qui a été arraisonné par les autorités de la République de Guinée-Bissau le 21 août 2009 dans la zone économique exclusive (ZEE) de ce pays alors qu'il menait des opérations de ravitaillement en fioul.

Le « Virginia G » est resté immobilisé dans le port de Bissau jusqu'au 22 octobre 2010 (pendant 14 mois) et a recommencé à opérer en décembre 2010 (16 mois après le début de son immobilisation).

2. Le Panama considère que, dans cette affaire, la Guinée-Bissau a contrevenu aux obligations internationales qui lui incombent en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 et a ainsi causé un préjudice au pavillon panaméen et de graves dommages et pertes

aux navires ainsi qu'aux autres personnes et entités intéressées du fait de l'immobilisation du navire et de la durée de cette immobilisation.

La Guinée-Bissau affirme, pour sa part, qu'elle n'a violé aucune disposition de la Convention mais n'a fait qu'exercer ses droits d'Etat côtier sur sa zone économique exclusive.

II. LE CONTEXTE

3. La Guinée-Bissau se situe en Afrique de l'Ouest qui bénéficie de conditions climatiques et écologiques exceptionnelles. Ses zones marines et côtières sont parmi les plus poissonneuses du monde. Les eaux maritimes y ont une grande productivité biologique du fait de phénomènes de remontée des eaux profondes riches en nutriments à la base de la chaîne alimentaire marine. Ce phénomène connu sous le nom d'« upwelling » est causé par des alizés soufflant du continent vers le large et qui repoussent les eaux de surface, provoquant ainsi la résurgence d'eaux profondes froides. L'abondance de ressources halieutiques est ainsi une des caractéristiques majeures de la région allant de la Mauritanie au Cap Shilling (voir Analyse bioéconomique des principales pêcheries dans la région nord du COPACE, Dakar, COPACE/TECH/82/45, 118 p.)

4. L'espace couvert par les 7 Etats membres de la Commission sous-régionale des pêches (CSRP) est de 1,6 million de km² et le littoral s'étend sur près de 3500 kms. La population totale de ces Etats avoisine 32 millions d'habitants dont 70 % vivent près de la côte. La pêche dans ces pays est un secteur de la plus grande importance, en constituant le quart de l'activité économique. Elle pourvoit à la création d'emplois, à l'alimentation et aux exportations des pays de la sous-région. Le nombre d'emplois, directs ou indirects, de ce secteur, est estimé à plus d'un million avec un effort de pêche de 30 000 pirogues et plus de 1000 navires industriels dont 700 bateaux étrangers dans les zones économiques exclusives des Etats, dans le cadre d'accords de pêche avec principalement l'Union Européenne, la Chine et la Corée du Sud. La valeur estimée des captures est de 1,5 milliard de dollars des Etats-Unis par an, alors que

le volume estimé des exportations se chiffre à 350 millions de dollars des Etats Unis par an.

5. Le secteur de la pêche est en crise depuis 1990 dans la sous-région en raison de la surpêche, une surexploitation par les pêcheurs artisans, les pêcheurs industriels mais surtout la présence très inquiétante de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (Pêche INN) (voir *FAO Fisheries Report No 722, Report of the Expert Consultation on Fishing Vessels Operating Open Registries and Their Impact on Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, Miami, Florida, USA, 23-25 septembre 2003 (FAO, Rome 2004)* in www.fao.org/DCREP/006/Y5244Eoh.htm/bm17). Le Plan d'Action International de la FAO visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche INN donne une définition de la Pêche INN laquelle a été adoptée, pour la première fois, par la Commission Sous-Régionale des Pêches dans la Convention CMA du 13 septembre 2012.

6. Ceux qui s'adonnent à la pêche INN usent d'une technologie très au point. Les innovations sont de plus en plus étonnantes, en particulier dans le domaine du repérage du poisson : l'utilisation des aéronefs et du sonar dans la pêche à la senne coulissante et dans le chalutage guidé, l'utilisation nouvelle des chaluts flottants, les nouvelles manoeuvres de filet, les pompes à poisson, la généralisation de l'emploi des fibres synthétiques, les nouvelles techniques de congélation et de traitement du poisson, les bateaux-gigognes, navires-usines accompagnés de nombre de bateaux de tonnage moindre chargés de pêcher le poisson et reposant sur un réseau étendu de ports de complaisance ou d'abris naturels où se font les déchargements, les réparations et autres rotations des équipages (voir FAO, *Collaboration entre institutions internationales dans le domaine des pêches*, document COFI/71/g (b), annexe III, p. 15).

7. On comprend dès lors que les pertes subies dans les eaux de l'Afrique subsaharienne soient estimées à la contrevalet de 1 milliard de dollars des Etats-Unis par an (voir High Seas Task Force, *Closing the Net : Stopping Illegal Fishing on the High Seas*, 2006, p. 3, in www.high-seas.org/docs/HSTFFinal.web.pdf).

8. La communauté internationale a noté combien cette pêche INN était rentable pour ceux qui la pratiquent et qui viennent d'un nombre restreint de pays. La valeur mondiale des prises INN est estimée entre 4 et 9 milliards de dollars des Etats-Unis, dont 1,25 milliard provient de la haute mer et le reste des eaux relevant des juridictions nationales (ibid.). L'effort de pêche dans le monde est de 100 millions de tonnes par an, dont 27 % de prises INN. En Afrique de l'Ouest, la pratique de la pêche INN est désastreuse et destructrice pour l'économie maritime et l'écosystème de la région. Il faut le voir pour le croire. Les bateaux restent en mer durant des années et ne vont jamais dans les ports de la sous-région. Ils effectuent des transbordements illégaux de leur pêche à d'autres bateaux, bénéficient de l'avitaillement et des rotations d'équipages en mer.

9. La pêche INN est très organisée et ne respecte aucune loi ou les règlements des Etats côtiers. Les bateaux pirates développent impunément leurs activités, étant persuadés de toujours échapper au contrôle étant donné que les Etats n'ont pas les moyens d'asseoir une véritable police des pêches et que les eaux sous leur juridiction ne sont pas surveillées.

10. L'*Environmental Justice Foundation* de Londres (EJF) et Greenpeace ont entrepris d'enquêter dans la région et ont produit un film édifiant (voir EJFoundation.org, Greenpeace 2001, la pêche pirate : le pillage de l'Afrique occidentale, www.oceanlaw.net). Il apparaît que le chalutage est un véritable désastre. La Guinée est un pays où la pêche INN est pratiquée le plus au monde. Ses eaux sont très peu surveillées faute de moyens. La Guinée a une mer territoriale de 12 milles marins réservée à la pêche artisanale locale. Cette mer territoriale est envahie par les chalutiers étrangers qui repartent de nuit à partir de 3 heures du matin. Les récits des pêcheurs que l'on voit dans le film sont terribles.

11. Les chalutiers capturent tous les poissons disponibles sans considération d'espèces protégées ou de normes de sécurité. Ils détruisent les filets des pêcheurs artisans locaux, cassent leurs pirogues et mettent leur vie en danger. Ils détiennent des filets lourds qui vont draguer l'océan

détruisant l'habitat marin mais surtout les nurseries pour les alvins, les juvéniles, ce qui empêche les poissons de se reproduire.

12. Les équipages sont formés au tri des espèces et au choix de celles ayant la plus grande valeur marchande. La majorité des captures, c'est-à-dire près de 90% de la pêche, est rejetée en mer. Le spectacle est proprement affligeant.

13. Les communautés de pêche sont en perdition. Sur toute la côte ouest africaine, les populations vivent du poisson qui leur procure l'équilibre protéinique. Les femmes qui pratiquent la technique de conservation du poisson, le fumage, depuis plus de 1000 ans voient leur activité en crise. Elles expliquent qu'avant il fallait une demi-journée à leurs pêcheurs pour ramener le poisson alors qu'aujourd'hui ils restent plusieurs semaines en mer pour des prises très aléatoires.

14. La Guinée perd chaque année 110 millions de dollars des Etats-Unis pour non paiement de redevances relatives aux licences et des emplois par milliers. Sur cent bateaux inspectés en 2008, plus de la moitié pratiquaient la pêche INN. Ces bateaux effectuaient des transbordements de nuit sur des cargos réfrigérateurs qui font la navette entre la Guinée et le port de complaisance qu'est Las Palmas dans les Iles Canaries. Le film montre un cargo réfrigérateur qui a fait sept fois la navette entre la côte guinéenne et Las Palmas. La Pêche INN y est mélangée au poisson autorisé, ce qui rend impossible toute traçabilité. C'est ainsi que le poisson pêché de façon illicite se retrouve en Europe, en violation des lois et règlements européens en vigueur. Le Conseil de l'Union Européenne a adopté le Règlement (CE) No 1005 du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, décourager et éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) No 2847/93, (CE) No 1936/2001 et (CE) No 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) No 1093/84 et (CE) No 1447/1999. Le règlement relatif à la pêche INN de l'UE, qui s'inspire des instruments de la FAO en la matière, est entré en vigueur le 1er janvier 2010.

15. Pour 2009-2010, sur 1300 bateaux pirates opérant dans la région

ouest africaine, seuls 58 ont été arraisonnés.

16. Les affréteurs de ces bateaux pratiquent souvent une falsification des spécifications techniques de leurs bateaux, que l'on appelle le marquage. Ils pratiquent également le clonage de leur navire. Pour un navire doté d'une licence de pêche en bonne et due forme, il n'est pas rare de trouver d'autres navires de pêche avec le même nom, et la photocopie de la même licence. Ces propriétaires pratiquent en outre le repavillonnement (« *reflagging* ») pour échapper aux contrôles des Etats côtiers dans les zones placées sous leur juridiction nationale.

17. Dans la Déclaration de Nouakchott sur la pêche INN, les Etats de la sous-région ouest africaine soulignent les dangers et méfaits de la pêche INN et affirment leur pleine adhésion au PAI-INN de la FAO et leur volonté de protéger par un contrôle strict les activités des navires de pêche opérant dans la sous-région. Ils lancent un appel solennel à la communauté internationale à prêter son appui et sa coopération aux Etats membres de la Commission sous-régionale des pêches dans leur combat contre la pêche INN (Déclaration de Nouakchott adoptée le 20 septembre 2001).

18. A côté des préoccupations engendrées par la pêche INN, les Etats de la sous-région ouest africaine ont compris la nécessité de prendre des dispositions pour protéger les ressources biologiques marines et préserver le milieu marin en prévenant les risques de pollution. Ils ont compris que dans le domaine de la protection de l'environnement, la mise en jeu *a posteriori* de la responsabilité internationale des Etats pour dommages au milieu marin n'étaient pas la voie la plus heureuse dans la mesure où ces dommages peuvent se révéler irréversibles ou que le rétablissement du statu quo ante peut être hors de leur portée. C'est pourquoi ces Etats ont adopté le principe de précaution pour prévenir la détérioration de l'environnement. C'est ainsi qu'ils règlementent des activités connexes à la pêche comme l'avitaillement des bateaux de pêche à cause de son influence sur la pêche INN, mais également les risques de pollution qui s'y attachent. On voit souvent des centaines de mammifères marins venir

s'échouer sur les côtes ouest africaines englués de mazout et qui agonisent. Il faut savoir que les pétroliers pratiquent amplement le dégazage dans les zones très peu surveillées, et les traces de fuel peuvent s'observer sur des dizaines de kilomètres en mer. Il s'agit d'actes de pollution volontaire. Une forme de pollution fréquente et insidieuse due aux dégazages et déballastages des cuves des navires citernes. Il y a ensuite les risques de marée noire que peuvent provoquer les naufrages de pétroliers et enfin la pollution provenant des plateformes d'extraction pétrolières off-shore, sans parler de la pollution par les immersions de déchets.

III. LES FAITS

Les navires : pavillon, certificats et propriétaires

Le « *Virginia G* »

19. Le « *Virginia G* » est un pétrolier d'une jauge brute de 857 et d'une jauge nette de 456. Il bat le pavillon de la République du Panama. D'après le défendeur, « [i] l se peut que le navire "Virginia G" [...] soit aussi immatriculé dans un autre pays » du fait de « la méthode du second registre d'immatriculation » pratiquée au Panama. D'après le demandeur, le certificat d'immatriculation réglementaire détenu par le navire a été délivré par l'Autorité maritime panaméenne le 23 août 2007 et était valable jusqu'au 16 novembre 2011. Le certificat d'immatriculation détenu actuellement par le navire a été délivré par l'Autorité maritime panaméenne le 5 octobre 2011 et est valable jusqu'au 16 novembre 2016.

20. Le « *Virginia G* » a été acheté en janvier 2000 par Penn Lilac Trading S.A (Penn Lilac), société de droit panaméen constituée le 2 janvier 1998. D'après le défendeur, Penn Lilac « doit être considérée comme étant une société espagnole, étant donné que son siège et le lieu depuis lequel elle est effectivement gérée se trouvent à Séville (Espagne)».

21. A l'époque des faits, le capitaine du « Virginia G » était Eduardo Blanco Guerrero, de nationalité cubaine. Onze membres d'équipage se trouvaient à bord : sept Cubains, trois Ghanéens et un Cap-verdien.

L'« Iballa G »

22. L'« Iballa G » est un pétrolier d'une jauge brute de 4 182 et d'une jauge nette de 1 485. D'après le demandeur, il bat le pavillon de la République du Panama. D'après le défendeur, l'« Iballa G » « ne bat [...] pas pavillon panaméen ». Le certificat d'immatriculation réglementaire du navire a été délivré par l'Autorité maritime panaméenne le 19 juin 2007, et était valable jusqu'au 23 mars 2010.

23. Le navire appartient à Penn World Inc. (Penn World), société ayant son siège au Panama. En janvier 2003, Penn Lilac a acheté la société Penn World, et le jour même, l'« Iballa G » a été affrété coque nue à Penn Lilac.

Accord d'affrètement et contrat d'agence

24. Le 1er janvier 2009, Penn Lilac a conclu un accord d'affrètement avec la Lotus Federation (« Lotus »), société irlandaise qui vendait et livrait du gazole à des navires de pêche. Aux termes de la charte-partie conclue entre Penn Lilac et Lotus, les navires « Virginia G » et « Iballa G » devaient être mis à la disposition de Lotus pour une période de quatre ans.

25. Le 9 janvier 2002, Penn Lilac a conclu un contrat d'agence avec Gebaspe S.L. (« Gebaspe »), société espagnole basée à Séville. Le demandeur déclare que « Penn Lilac devant s'occuper des ventes et du ravitaillement en combustible des navires opérant en haute mer et Gebaspe S.L. agir en qualité d'intermédiaire entre les fournisseurs de combustible et les propriétaires de navires de pêche commerciaux, [...] [l]es deux sociétés sont convenues que Penn Lilac serait représentée par Gebaspe auprès des clients de celle-ci et que Penn Lilac livrerait ensuite aux clients en question (c'est-à-dire aux propriétaires des navires de pêche) le com-

bustible demandé, par l'entremise de Gebaspe ». Les navires « Virginia G » et « Iballa G » seraient donc représentés par Gebaspe.

Les faits intervenus avant la saisie des navires

26. D'après le demandeur, le 7 août 2009, la société espagnole de pêche Empresa Balmar Pesquerías de Atlántico (« Balmar »), basée à Las Palmas, a retenu les services de Lotus pour approvisionner en gazole des navires de pêche par l'entremise du « Virginia G ».

27. Ces navires de pêche étaient l'« Amabal I », l'« Amabal II », le « Rimbal I » et le « Rimbal II » (appelés collectivement « les navires de pêche »). L'« Amabal I » et l'« Amabal II » battaient pavillon mauritanien. Les navires de pêche de Balmar étaient immatriculés en Mauritanie.

28. Le 14 août 2009, l'agent de Balmar en Guinée-Bissau, Bijagos Lda (« la Bijagos »), a sollicité par écrit l'autorisation de la FISCAP aux fins d'effectuer des opérations de ravitaillement en combustible dans la ZEE de la Guinée-Bissau. D'après le demandeur, par lettre datée du même jour, la FISCAP a autorisé le ravitaillement en combustible des navires de pêche. Dans cette lettre, la FISCAP demandait de plus amples renseignements « concernant les coordonnées du lieu ainsi que la date et l'heure auxquelles seraient effectuées les opérations de ravitaillement ainsi que le nom du pétrolier qui assurerait ce service ».

29. Le 19 août 2009, le « Virginia G », qui opérait alors au large de la côte mauritanienne, a reçu l'ordre de se diriger vers la ZEE de la Guinée-Bissau pour y ravitailler les navires de pêche, auxquels il devait livrer 297 tonnes de gazole. D'après le demandeur, la valeur totale de la cargaison de gazole était de 216 810 dollars des Etats-Unis.

30. Par lettre du 20 août 2009, la Bijagos a informé la FISCAP des coordonnées, date et heure des opérations de ravitaillement en combustible devant être effectuées par le « Virginia G ». D'après le défendeur, le chef de la FISCAP a ajouté par écrit une note à ce courrier daté du 20 août 2009, qui était ainsi libellée : « C'est noté. Il faut de plus déterminer si le navire en question détient l'autorisation corres-

pondante pour vendre du combustible dans la ZEE ». Le défendeur ajoute qu'une lettre a été immédiatement envoyée par le chef de la FISCAP le 20 août 2009, dans laquelle il était indiqué « [...] la FISCAP [...] suggère en outre que votre agence certifie que le navire qui procède au ravitaillement en combustible est dûment autorisé à effectuer cette opération dans la ZEE de la Guinée-Bissau ». Le défendeur indique que ce courrier est resté sans réponse.

31. Le 20 août 2009, le « Virginia G » a livré 81 tonnes de gazole au « Rimbal I » et 115 tonnes de gazole au « Rimbal II », probablement dans la ZEE de la Guinée-Bissau. Le demandeur déclare que les capitaines des deux navires de pêche avaient reçu confirmation du fait qu'ils étaient autorisés à prendre livraison du combustible en question. Des observateurs de la *Fiscalización y Control de Actividades de Pesca* (FISCAP) se trouvaient à bord du « Rimbal I » et du « Rimbal II » au cours de l'opération de ravitaillement en combustible.

32. Après l'opération de ravitaillement en combustible, les navires « Rimbal I » et « Rimbal II », « Amabal I » et « Amabal II » ont été immobilisés dans le port de Bissau. D'après le défendeur, les navires ont été immobilisés pour des infractions liées à des irrégularités commises lors de l'approvisionnement en combustible, mais ils disposaient de permis de pêche valables.

33. D'après le demandeur, le 20 août 2009, à 23 heures, l'« Amabal II » a informé le capitaine du « Virginia G » que les deux navires « Amabal » avaient été libérés. Le 21 août 2009, 113 tonnes de gazole ont été livrées à l'« Amabal II ».

Arraisonnement des navires dans la ZEE de la Guinée-Bissau

34. D'après le demandeur, le 21 août 2009 à 19 heures, le « Virginia G » se trouvait au point de latitude 11° 48' nord et de longitude 017° 31,6' ouest, à environ 60 milles marins au large de la Guinée-Bissau. Une fois le ravitaillement en combustible de l'« Amabal II » achevé et

alors que celui de l'« Amabal I » était sur le point de commencer, « deux vedettes rapides non identifiées de type Zodiac se sont approchées du "Virginia G" à grande vitesse, sans préavis ni avertissement radio. Un groupe de six hommes non identifiés portant des armes à feu (de type AK) a pris d'assaut le "Virginia G" pour l'arraisonner ».

35. D'après le capitaine, l'arraisonnement a été effectué par des hommes ne portant aucune marque distinctive. Le défendeur déclare quant à lui que « [...] tous les inspecteurs étaient vêtus de manière réglementaire et clairement identifiés comme étant des agents de la FIS-CAP, tandis que les militaires de l'infanterie de marine portaient des uniformes militaires ».

36. Le demandeur indique en outre que, pendant l'attaque, les membres de l'équipage et les officiers ont été menacés par des armes à feu. Le capitaine prétend qu'il lui a été interdit de communiquer avec les propriétaires du navire. D'après le défendeur, « [d]ès qu'a cessé l'opération d'arraisonnement, l'utilisation des moyens de communication du navire a de nouveau été autorisée ». Lorsque le capitaine a enfin essayé d'obtenir que les hommes en question s'identifient, l'un d'entre eux a déclaré être João Nunes Ca de la FISCAP.

37. D'après le demandeur, « [le] représentant de la FISCAP a donné au capitaine l'ordre de se diriger vers le port de Bissau. Le capitaine a opposé à cet ordre un certain nombre d'objections, faisant valoir qu'il s'agissait d'un voyage qui apparaissait alors comme risqué étant donné les conditions météorologiques, que les membres de l'équipage étaient détenus dans leurs quartiers et que le navire ne disposait pas de cartes marines du secteur. Face au comportement des représentants de la FIS-CAP, toutefois, il a fini par obtempérer ». Le demandeur indique en outre que la traversée s'est déroulée dans des conditions très difficiles. Le défendeur déclare que « [l]e voyage a eu lieu dans des conditions considérées comme adéquates par l'équipage de marins spécialisés qui accompagnait les agents des forces de l'ordre ».

38. L'arraisonnement du « Virginia G » le 21 août 2009 a eu lieu en même temps que celui de l'« Amabal I » et « II ».

L'immobilisation du « Virginia G » dans le port de Bissau

39. Le « Virginia G » est arrivé au port de Bissau le 22 août 2009 à 14 heures et a jeté l'ancre dans la rade. D'après le demandeur, les passeports des membres de l'équipage et les documents du « Virginia G » ont été confisqués et il a été interdit à l'équipage de débarquer ou au navire d'appareiller.

40. D'après le demandeur, le Directeur de la sécurité des opérations de Gebaspe, Manuel Samper, a été informé de l'immobilisation. Il a demandé à Domingo Alvarenga, du Club P&I en Guinée-Bissau, Africargo, de l'aider à obtenir la mainlevée immédiate de l'immobilisation du navire.

41. Le 23 août 2009, d'après M. Alvarenga, le Directeur général de la FISCAP l'a informé que le « Virginia G » « avait été repéré dans les "eaux territoriales" de la Guinée-Bissau alors qu'il ravitaillait en combustible des navires de pêche sans permis ni autorisation ».

42. Le 28 août 2009, M. Alvarenga a officiellement demandé à la FISCAP des éclaircissements concernant l'immobilisation du « Virginia G » ainsi que les solutions qui pourraient être envisagées en vue d'assurer la mainlevée immédiate de l'immobilisation du navire.

43. Selon le demandeur, le 28 août 2009 à 13 heures, huit inspecteurs de la FISCAP sont montés à bord du « Virginia G » et y ont mené une inspection. A l'issue de cette inspection, il a été demandé au capitaine de signer un rapport. Le défendeur indique que le rapport a été signé par le capitaine, qui s'est montré très coopératif au cours de l'inspection.

44. Les navires « Amabal I » et « Amabal II », qui avaient été immobilisés le 21 août 2009 en même temps que le « Virginia G », ont été libérés le 28 août 2009 suite à une décision de la Commission interministérielle de surveillance maritime datée du 27 août 2009. Le défendeur indique que cette décision a été prise « suite à la demande de l'ambassadeur d'Espagne » en raison « des bons rapports de coopération entre la Guinée-Bissau et le Royaume d'Espagne dans le domaine de la pêche ». Le défendeur ajoute qu'une amende de 150 000 dollars des

Etats-Unis a été imposée à chacun des navires de pêche, bien que « les navires soient finalement partis sans payer l'amende, suite à l'insistance de l'ambassadeur [d'Espagne] ».

45. Par lettre du 31 août 2009, la FISCAP a informé le propriétaire du « Virginia G » d'une décision adoptée par la Commission interministérielle de surveillance maritime (CIFM), précisant les raisons de l'arraisonnement du « Virginia G ». Il était indiqué dans cette lettre que la CIFM avait pris la décision ci-après :

Confisquer d'office le pétrolier « Virginia G » avec ses engins, son matériel et tous les produits se trouvant à bord en faveur de l'Etat de Guinée-Bissau en raison de la pratique répétée du navire consistant à mener des activités connexes de pêche sous forme de vente non autorisée de fioul à des navires de pêche se trouvant dans notre ZEE, en particulier l'AMABAL II, conformément au paragraphe 1 de l'article 52 du DL No. 1-A/2005 et au paragraphe 3 c) et à l'article 23 du DL No. 6-A/2000.

46. M. Alvarenga a informé M. Samper que « la décision de la FISCAP pouvait faire l'objet d'un appel dans un délai de 15 jours ou qu'il serait possible de négocier une caution pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire ». Par lettre du 4 septembre 2009, Penn Lilac a répondu à la FISCAP, rejetant les allégations selon lesquelles le « Virginia G » avait commis une infraction quelconque. Elle demandait qu'une solution soit rapidement apportée à la situation, notamment en déterminant le montant de la caution ou autre garantie à verser pour obtenir la mainlevée immédiate de l'immobilisation du navire, la libération de son équipage et la restitution de sa cargaison.

47. Par lettre du 11 septembre 2009, la FISCAP a répondu à la lettre du 4 septembre 2009, en énumérant les motifs de l'arraisonnement du « Virginia G ». D'après cette lettre, le ravitaillement en combustible effectué le 20 août 2009 constituait « en lui-même une infraction répétée à la loi générale sur la pêche, et en particulier aux dispositions concernant les opérations connexes de pêche ; ces actes sont passibles de sanctions en vertu de l'article 52 de la loi générale sur la pêche, tel que

modifié dans le Décret-loi 1-A/2005 ».

48. Par lettre du 14 septembre 2009, Penn Lilac a répondu à la lettre de la FISCAP en date du 11 septembre 2009 pour en contester la teneur et demander la mainlevée de l'immobilisation du navire, la mise en liberté de l'équipage et la restitution de la cargaison

49. D'après le demandeur, « [...] dans une lettre datée du 15 septembre 2009, l'agent du Club P&I du navire a remis à la Commission interministérielle de surveillance maritime une lettre demandant que soit prolongé le délai dans lequel devait être ouverte la procédure judiciaire, en attendant qu'il soit reçu de la FISCAP une réponse à la lettre du 14 septembre 2009 ».

50. Par lettre du 23 septembre 2009, la FISCAP a informé le propriétaire du « Virginia G » que « [c]onsidérant que plus de 30 jours se sont écoulés depuis la notification de la décision de la CIFM (saisie d'office du navire et des produits se trouvant à bord), sans qu'aucune réclamation n'ait été reçue du représentant du pétrolier Virginia G, nous procéderons à la vente aux enchères publiques des produits se trouvant à bord, si dans les 72 heures qui suivent la date de la présente notification, il n'y a pas eu de réaction dudit représentant ».

51. Par lettre du 25 septembre 2009, Penn Lilac a été informée par la FISCAP de la confiscation du navire et de toute la cargaison se trouvant à bord en raison de la violation alléguée de la législation bissau-guinéenne relative à la pêche, puisque le propriétaire n'avait pas réagi à la notification D'après le demandeur, Penn Lilac a répondu par lettre datée du 28 septembre 2009, niant n'avoir prétendument pas réagi à la notification de confiscation et demandant une nouvelle fois à la FISCAP la mainlevée de l'immobilisation du navire, la mise en liberté de l'équipage et la restitution de la cargaison. D'après le demandeur, « l'ultimatum de 72 heures imposé dans ladite lettre n'était pas venu à expiration lorsque le préavis de confiscation a été notifié par la lettre de la FISCAP datée du 25 septembre 2009 ».

52. D'après le demandeur, par lettre du 30 septembre, reçue par Africargo le 5 octobre 2009, la FISCAP indiquait que « le gazole à bord du navire serait vendu aux enchères publiques, auxquelles était invité à participer le propriétaire, lequel, ajoutait la lettre, avait un droit de préemption en vertu de la législation de la Guinée-Bissau ». Le propriétaire du navire a été informé que les représentants de la FISCAP avaient dit au capitaine « avoir pris cette mesure et procédé à ces sondages étant donné qu'il n'avait pas été envoyé de réponse à la lettre du Ministère des pêcheries/de la FISCAP dans laquelle il était dit qu'il lui était offert de convertir la confiscation en une amende de six cent mille (600 000) dollars des Etats-Unis. Cette lettre n'a jamais été reçue par le propriétaire (annexe 4) ni d'ailleurs par son cabinet juridique ou son Club P&I, qui avait été en contact constant avec la FISCAP au cours de toutes les semaines et de tous les mois précédents ».

53. Le 27 octobre 2009, des représentants de la FISCAP sont de nouveau montés à bord du « Virginia G » et ont inspecté ses citernes. Le capitaine a été informé que le 28 octobre 2009, « le navire devrait [...] accoster au port et que l'équipage devrait abandonner le navire ».

54. Du 28 octobre au 5 novembre 2009, le « Virginia G » est demeuré à l'ancre dans la baie de Guinée-Bissau sous la garde de militaires armés.

55. Entre-temps, Penn Lilac avait déposé devant le tribunal régional de Bissau une demande de suspension des mesures de confiscation. Par ordonnance du 5 novembre 2011, le tribunal régional de Bissau a ordonné au Secrétaire d'Etat aux pêcheries de « prendre toutes les mesures voulues pour stopper toutes actions concernant la saisie du navire Virginia G et des produits se trouvant à son bord et pour veiller à ce que l'équipage du demandeur (Penn Lilac Trading) soit autorisé à se rendre à bord du navire pour y accomplir ses activités usuelles ».

56. D'après le défendeur « [...] cette décision était entachée de nullité, car elle avait été rendue sans que les autorités compétentes en l'aff-

faire aient été entendues». C'est pourquoi, ajoute le défendeur « le Ministre de la justice de la République [de Guinée-Bissau] a décidé de former un recours contre la décision accordant la mesure provisoire, et ce recours a pour effet d'en suspendre l'application ».

57. Le 6 novembre 2009, des militaires armés sont de nouveau montés à bord du « Virginia G » et le capitaine a été contraint « d'accoster au quai pour que soit déchargé le gazole se trouvant à bord ». Les avocats de Penn Lilac ont pris des mesures qui ont permis « d'éviter toute action des militaires. Le navire est retourné à l'ancre le 12 novembre 2009 ». Entre ce jour et le 19 novembre 2009, le navire est demeuré à l'ancre sous la garde de militaires armés.

58. Le 20 novembre 2009, d'après le demandeur, des militaires armés ont forcé le capitaine à mettre le navire à quai pour que le gazole se trouvant à bord du

« Virginia G » soit déchargé.

59. D'après le demandeur,

[i]l a été remis au capitaine une lettre signée du Secrétaire d'Etat aux finances, José Carlos Varela Casimiro, prédatée du 30 novembre 2009 (annexe 56) et adressée à la Compañía de Lubricantes y Combustibles de Guinée-Bissau (CLC) []. Cette lettre contenait [...] le passage suivant :

En vertu de la décision n° 7 de la Commission interministérielle de surveillance maritime, le pétrolier Virginia G a été saisi d'office avec ses équipements, moteurs et fret, en raison de la pratique répétée d'activités connexes de pêche, sous la forme de la vente non autorisée de combustible à des navires de pêche dans la ZEE, notamment au navire de pêche AMABAL II.

Malgré l'ordonnance judiciaire de suspension de la saisie, et en l'absence d'opposition de la part du Ministère public, du Ministre de la Justice et du Contrôleur de la légalité (réf. N) 716/GPGR/09) quant à (...)

« l'utilisation du combustible que le navire vendait dans notre ZEE (...)», nous ordonnons par la présente que le pétrolier Virginia G soit autorisé à décharger son contenu, soit 436 tonnes de gazole selon les estimations, dans vos locaux.

60. D'après le demandeur, le capitaine du « Virginia G » a obéi aux ordres sous la contrainte et a procédé aux manoeuvres d'accostage. « Les citernes du "Virginia G" ont été laissées totalement à sec ».

Situation de la société propriétaire au cours des 14 mois d'immobilisation

61. D'après le demandeur, les propriétaires du navire, ne pouvant plus exploiter le « Virginia G », ont rencontré de graves difficultés financières. La charte-partie avec Lotus a été résiliée. Les sociétés Gebaspe et Hidrocasa, dont la principale source de revenu était leur contrat avec Penn Lilac, ont été déclarées en faillite.

62. Le 6 septembre 2009 à 2 heures du matin, alors qu'il se trouvait au quai Reina Sofia du port de Las Palmas, l'« Iballa G » a été saisi par les créanciers, pour défaut de paiement de Penn Lilac envers ses créanciers et les membres de l'équipage. L'« Iballa G » a été immobilisé au port de Las Palmas.

Mainlevée de l'immobilisation des navires

63. Pour ce qui est du « Virginia G », d'après le demandeur, « [p]ar décision unilatérale en date du 20 septembre 2010 (décision No. 5/CIFM/2010), [...] le Secrétaire d'Etat aux pêcheries de la Guinée-Bissau a rendu une ordonnance de mainlevée de l'immobilisation du navire sans pénalité, révoquant la décision de confiscation/de saisie du navire (annexe 58), dans laquelle il était notamment dit ce qui suit :

Sur les instructions données par son Excellence le Premier Ministre face au danger que représente pour la sécurité de la navigation maritime la longue présence dans le port du navire Virginia G, arraisonné dans la ZEE de la Guinée-Bissau en raison de la pratique non autorisée et sans

permis d'une activité connexe de pêche;

Considérant les relations d'amitié et de coopération existant avec le Royaume d'Espagne dans le domaine de la pêche et eu égard au fait que le navire, bien qu'il batte pavillon panaméen, appartient à une société espagnole;

La CIFM décide par conséquent et sans plus tarder :

1. D'ordonner la mainlevée de l'immobilisation du navire Virginia G et de considérer comme abrogée la décision précédente qui ordonnait sa confiscation.

2. De notifier au propriétaire du navire, ou à son capitaine et/ou à son représentant local la présente décision.

3. La présente décision entre en vigueur immédiatement ».

64. D'après le défendeur, il a été procédé à la mainlevée de l'immobilisation du navire « car les autorités ont appris que les conditions de sécurité du navire étaient épouvantables et qu'il risquait de couler dans le port de Bissau. Cette décision répondait également aux demandes réitérées de l'ambassade d'Espagne sollicitant la mainlevée de son immobilisation [...] ». D'après le demandeur, « c'était à cause des mesures illégales et injustifiées prises par la Guinée-Bissau que l'état du "Virginia G" s'était tellement détérioré ».

65. D'après le capitaine du « Virginia G », les membres de l'équipage ont récupéré leurs passeports en janvier 2010, et certains sont rentrés chez eux. Le capitaine indique que ceux qui sont restés ont souffert des mauvaises conditions de

vie à bord. Il a été procédé à la mainlevée de l'immobilisation du navire en octobre 2010.

66. A la mainlevée de l'immobilisation du « Virginia G », ses propriétaires ont immédiatement entrepris de le réparer en vue de le remettre

en service, après inspection préliminaire par Panama Shipping Registrar Inc. pour déterminer l'étendue des réparations qui s'imposaient.

67. Le « Virginia G » a repris ses opérations en décembre 2010 en vertu d'une charte-partie conclue le 10 décembre 2010 avec un autre fournisseur de gazole. D'après le demandeur, la cargaison de gazole transportée par le « Virginia G » n'a jamais été restituée.

IV. COMPÉTENCE

68. La présente instance entre le Panama et la Guinée-Bissau a été introduite par notification d'un compromis. C'est, en effet, par l'échange de lettre en date des 29 juin et 4 juillet 2011 que la République du Panama et la République de Guinée-Bissau sont convenues de soumettre le différend entre les deux Etats relatif au navire « Virginia G » à la juridiction du Tribunal international du droit de la mer et de transférer à celui-ci la procédure d'arbitrage ouverte par le Panama par sa notification en date du 3 juin 2011.

69. La notification « visant à soumettre [le] différend au Tribunal [...] touchant une demande de réparation du préjudice découlant de l'arrestation du navire "Virginia G" » est intervenue le 4 juillet 2011 :

Monsieur le Greffier,

J'ai l'honneur, conformément à l'article 55 du Règlement du Tribunal, de notifier au Tribunal international du droit de la mer un compromis visant à soumettre un différend au Tribunal conclu entre la République du Panama et la Guinée-Bissau les 29 juin 2011 et 4 juillet 2011 touchant une demande de réparation du préjudice découlant de l'arrestation du navire *VIRGINIA G*. Veuillez trouver ci-joint une copie sous pdf de notre Notification de soumission à l'arbitrage du différend relatif au *VIRGINIA G* en date du 3 juin 2011.

L'adresse aux fins de la signification de toutes les communications concernant l'affaire, conformément au paragraphe 1 de l'article 56 du Règlement, est la suivante: SJ Berwin LLP - Kurfürstendamm 63 – 10707 Berlin – Allemagne – téléphone: +49 (0)30 88 71 71 50 – téléco-

pie: +49 (0)30 88 71 71 66 – courriel: berlin@siberwin.com.

Je vous serais reconnaissant également de bien vouloir envoyer toute communication à mes adresses électroniques ci-après: ramon.garcia-gallardo@sjberwin.com et brussels@sjberwin.com

Veillez agréer, Monsieur le Greffier, etc.

Ramón García-Gallardo

Conseil/Agent de la République du Panama

70. Le différend est soumis au Tribunal international du droit de la mer aux conditions suivantes :

1. Le différend sera réputé avoir été soumis au Tribunal international du droit de la mer moyennant compromis entre les deux gouvernements, à une date convenue à cet effet.

2. La procédure écrite et orale devant le Tribunal comprendrait une seule phase englobant tous les aspects du fond (y compris dommages et coûts).

3. La procédure écrite et orale suivrait le calendrier indiqué dans l'échéancier convenu entre les gouvernements.

4. Le Tribunal statuera sur toutes les demandes de réparation de dommages et des coûts et pourra rendre une sentence concernant les frais de justice et autres coûts encourus par la partie dont il aura retenue la thèse [voir Notification de la soumission à l'arbitrage du différend relatif au « Virginia G » en date du 3 juin 2011, p. 3].

[Lettre de la Mission permanente de la République de Guinée-Bissau auprès de l'Organisation des Nations Unies en date du 29 juin 2011]

Monsieur le Conseiller,

J'ai l'honneur de me référer à votre lettre du 29 juin 2011, par la-

quelle vous avez notifié à mon pays, la Guinée-Bissau, que vous avez institué contre lui une procédure arbitrale en vertu de l'annexe VII du Tribunal dans le différend concernant le navire Virginia G. Sur ordre de mon Gouvernement, j'ai le plaisir de vous faire savoir que la République de Guinée-Bissau est d'accord avec votre proposition tendant à ce que l'affaire soit transférée au Tribunal international du droit de la mer, dont la Guinée-Bissau accepte pleinement la compétence dans la présente affaire.

Mon Gouvernement considère par conséquent que votre proposition et la présente lettre constituent entre les parties un compromis relatif au transfert de l'affaire au Tribunal.

Mon Gouvernement considère en outre qu'il a accepté votre proposition de soumission de l'affaire au Tribunal, que le tribunal arbitral visé à l'annexe VII sera dûment constitué et que la Guinée-Bissau n'a pas à adopter quelque autre mesure pour désigner un arbitre dans un délai de 30 jours.

Mon Gouvernement souhaiterait très vivement recevoir dès que possible votre confirmation de ce qui précède.

Veillez agréer, Monsieur le Conseiller, etc.
Signé (illisible)

João Soares da Gama
Ambassadeur,
Représentant permanent

[Lettre du 4 juillet 2011]

Monsieur l'Ambassadeur,

Nous vous remercions de votre lettre datée du 29 juin 2011, dont le numéro de référence est indiqué ci-dessus, dont nous accusons réception.

Nous avons pris note de l'accord de la République de Guinée-Bissau

concernant le transfert de l'affaire au Tribunal international du droit de la mer et l'acceptation de la compétence à cet égard.

Nous confirmons que notre proposition de soumettre la question au Tribunal, telle qu'elle est reflétée dans notre lettre du 3 juin 2011 et son acceptation par la Guinée-Bissau, telle qu'elle figure dans votre lettre datée du 29 juin 2011, sont suffisantes pour considérer que les deux gouvernements sont parvenus à un compromis de soumettre l'affaire au Tribunal, conformément à l'article 55 de son Règlement.

À cette fin, nous adressons au Greffier du Tribunal une copie certifiée conforme de votre lettre datée du 29 juin 2011 ainsi qu'une copie de la présente lettre.

En outre, nous nous mettrons en rapport avec le Président du Tribunal, S.E. M. José Luis Jesus, pour le prier de convoquer les parties à une réunion de consultation par visioconférence. Nous suggérons que cette consultation se tienne à la plus proche convenance de toutes les parties.

Veillez agréer, Monsieur l'Ambassadeur, etc.
Ramón García-Gallardo
Conseil/Agent de la République du Panama

71. Le compromis fonde la compétence du Tribunal. Le différend quant au fond est soumis au Tribunal au nom du Panama en tant que demandeur et de la Guinée-Bissau comme défendeur. Les Parties ont, dans la présente affaire, accepté la juridiction du Tribunal. Elles ont discuté au fond toutes les questions soumises à celui-ci. Cette attitude des Parties suffirait également à fonder la compétence du Tribunal.

V. RECEVABILITÉ

72. Dans son contre-mémoire, la Guinée-Bissau a soulevé trois exceptions d'irrecevabilité relativement aux prétentions du Panama. La première porte sur la nationalité du « Virginia G », la seconde est relative au droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'étrangers et la

troisième a trait au non épuisement préalable des voies de recours internes.

73. La République de Panama conteste à la République de Guinée-Bissau le droit de soulever des exceptions d'irrecevabilité en faisant valoir, d'une part, l'acte juridictionnel (le compromis du 4 juillet 2011) et le Règlement du Tribunal (article 97, paragraphe 1) de l'autre.

74. Selon le Panama, le défendeur est d'abord forclos au motif que l'acte juridictionnel l'empêche de soulever une exception d'irrecevabilité et qu'il a agi de mauvaise foi.

75. L'acte en question stipule que :

Les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris dommages et coûts) seront examinés.

76. Le Panama conteste la conclusion du Tribunal dans l'*Affaire du navire*

« SAIGA » (No. 2) (par. 53) sur laquelle la Guinée-Bissau se fonde. Le Tribunal indique que « comme il y est stipulé, l'article s'applique à toute exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive ». Il s'ensuit que le délai fixé dans l'article ne s'applique pas aux exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité pour lesquelles il n'est pas demandé un examen avant toute poursuite de la procédure sur le fond.

77. Pour le Panama, cette interprétation est inexacte et va à l'encontre du but recherché, car elle aurait pour effet de subordonner l'application du délai à la formulation de la demande. Rien en fait ne justifie qu'un délai coure à compter du dépôt de la demande. Une interprétation logique fondée sur la bonne foi et le sens ordinaire à donner aux termes du paragraphe 1 de l'article 97 du Règlement du Tribunal conduirait plutôt à conclure que le libellé du paragraphe 1 de l'article 97 signale et envisage trois circonstances distinctes, auxquelles le délai de 90 jours

s'applique.

78. Pour le Panama, ce raisonnement est conforté par la construction du texte qui a inspiré l'article 97, à savoir l'article 79, paragraphe 1, du Règlement de la Cour internationale de Justice, qui vient confirmer le point de vue du Panama selon lequel toute exception à la recevabilité doit être présentée dans un certain délai et le délai applicable à la présentation de l'exception, si elle est soulevée dans le délai stipulé, doit être examiné avant les pièces de procédure sur le fond, tout au moins en l'absence d'un accord clair entre les Parties dans la présente affaire.

79. En l'espèce, la date de l'introduction de l'instance est le 4 juillet 2011, et la Guinée-Bissau pouvait donc présenter par écrit des exceptions à la recevabilité jusqu'au 2 octobre 2011. Par ailleurs, poursuit le Panama, la Guinée-Bissau n'a à aucun moment soulevé une exception à la recevabilité des demandes du Panama, pas plus qu'elle n'a réservé le droit de la faire. Nous sommes d'avis que le moment choisi par la Guinée-Bissau pour présenter ses exceptions témoigne aussi clairement de sa mauvaise foi. Elle n'a pas fait usage du droit qui était le sien en vertu de l'article 97, paragraphe 1, et a délibérément différé la présentation de ses exceptions à la recevabilité jusqu'après le dépôt du mémoire du Panama. Elle est maintenant empêchée d'invoquer ce droit.

80. En conclusion, le Panama tient qu'un Etat qui, en dépit de nombreuses occasions, ne soulève pas d'exception à la recevabilité de la requête dans le délai prescrit par le Règlement du Tribunal, mais au contraire accepte d'autoriser le Tribunal à trancher le différend et à examiner tous les aspects de la procédure sur le fond, ne peut ensuite prétendre soulever l'exception fondamentale de la recevabilité pour la première fois dans le cadre de son contre-mémoire, et que toute tentative dans ce sens ne peut être considérée que comme un acte de mauvaise foi.

81. La Guinée-Bissau conteste cette interprétation. Elle fait valoir son droit de contester la recevabilité des demandes du Panama. Selon

elle, le fait d'avoir reconnu la compétence du Tribunal n'entraîne toutefois pas nécessairement que les demandes présentées par le Panama sont automatiquement recevables aux fins de la présente procédure. La distinction entre la recevabilité des demandes d'un Etat devant un tribunal international et la compétence d'une part, et le fond de l'affaire, de l'autre, est de manière générale reconnue en droit international. La Guinée-Bissau soutient que l'article 97, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal ne l'empêche pas de présenter des exceptions à la recevabilité des demandes du Panama. Elle rappelle la décision du Tribunal dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (par. 53 cité plus haut).

82. Elle fonde sa thèse sur trois arguments. Premièrement, dans le compromis conclu par l'échange de lettres, la Guinée-Bissau n'a pas renoncé à soulever une question quant à la recevabilité des demandes, et il n'y avait pas non plus la moindre raison justifiant une telle renonciation.

83. Deuxièmement, le but du compromis, à savoir le choix, pour le règlement du différend, de la procédure devant le Tribunal au lieu de l'arbitrage conformément à l'annexe VII, excluait une telle renonciation. En réalité, dans la lettre du 29 juin 2011, la Guinée-Bissau a accepté la proposition du Panama « tendant à ce que l'affaire soit transférée au Tribunal international du droit de la mer ». Partant, le différend pris dans son ensemble a été transféré devant le Tribunal tandis qu'il n'a été convenu d'aucune renonciation s'agissant de toute exception de recevabilité.

84. Troisièmement, lors des consultations que le Président a tenues avec les représentants des Parties, le 17 août 2011 dans les locaux du Tribunal, « les deux agents sont convenus que les pièces de procédure écrite devraient commencer par un mémoire devant être présenté par le Panama, qui serait suivi d'un contre-mémoire devant être présenté par la Guinée-Bissau ».

85. Par conséquent, dit la Guinée-Bissau, elle a le droit de poser dans son contre-mémoire, qui constitue sa première pièce de procédure

écrite, certaines questions de procédure relatives à la recevabilité des demandes du Panama.

86. Pour apprécier la présente question relative à la recevabilité, il convient d'en référer à l'acte juridictionnel de 2011, conclu entre les deux Parties au différend par lequel elles décident de soumettre ce dernier au Tribunal ainsi que les règles de procédure qu'elles désirent voir appliquer.

87. Le premier devoir du juge appelé à interpréter et à appliquer les dispositions de l'acte juridictionnel est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter à ce stade (Compétence de l'Assemblée générale pour l'*admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 8).

88. Les dispositions de l'acte juridictionnel qui font l'objet de discussion entre les parties se lisent :

Les procédures écrite et orale devant le Tribunal international du droit de la mer comprendront une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris dommages et coûts) seront examinés.

89. Les mots pertinents ici au regard de la discussion relative à la recevabilité sont « une seule phase au cours de laquelle tous les aspects du différend (y compris... ». C'est que pendant longtemps la procédure relative aux exceptions préliminaires était considérée comme une phase distincte de l'affaire. C'est en 1952, à propos de l'*Affaire Ambatielos*, que la Cour internationale de Justice a dit : « il a été décidé qu'à l'avenir ces procédures seraient traitées comme un incident de la procédure au fond et non comme une affaire distincte » (*Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni), fond, arrêt, C.I.J. Annuaire 1952-1953*, p. 84).

90. Cette décision a été traduite, en 1972, à l'article 79, paragraphe

1, du Règlement de la CIJ. Cette disposition a été reprise par l'article 97, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal. Sous ce rapport, en ayant en vue les mots pertinents, on doit interpréter l'acte juridictionnel comme signifiant que les parties désirent la jonction au fond des exceptions de recevabilité parce que la « seule phase au cours de laquelle tous les aspects du fond du différend (y compris dommages et coûts) sont examinés », c'est la jonction au fond des exceptions préliminaires.

91. Ce d'autant que l'article 97, paragraphe 7, du Règlement consacre cette solution, en entérinant la pratique. Il se lit : « Le Tribunal donne effet à tout accord intervenu entre les parties et tendant à ce qu'une exception soulevée en vertu du paragraphe 1 soit tranchée lors de l'examen au fond ».

92. Cette jonction au fond résulterait également d'un examen de la nature des exceptions d'irrecevabilité en question. Elles sont en effet tellement liées au fond ou à des points de fait ou de droit touchant au fond qu'on ne saurait les examiner séparément sans aborder le fond (*Chemin de fer Panevegyis-Saldutiskis*, C.P.I.J. série A/B no. 75, p. 55-56 ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 4 ; *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, C.I.J. Recueil 1956, p. 74 ; *Droit de passage sur le territoire indien (Portugal c. Inde)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 150-152).

93. Autrement dit, la jonction au fond s'impose dans la mesure où une décision sur lesdites exceptions exige un examen de l'intégralité ou de la quasi-intégralité du fond, bref aux points essentiels des prétentions du Panama. Car ce que conteste la Guinée-Bissau, ce n'est pas la recevabilité de la demande au regard de la procédure, mais le droit qui sert de fondement à cette demande. Ce sont des exceptions préliminaires de fond.

94. Une décision judiciaire qui fait droit à une demande fondée sur ce genre d'exception engendre par là-même la terminaison du différend dans son ensemble parce que le constat de droit qui émane de ladite décision sur l'exception élimine totalement l'état de contestation qui s'était

produit du fait du différend. Ces exceptions préliminaires de fond sont tout à fait conformes au principe bien établi, dans la théorie du procès international, suivant lequel chaque partie à un différend international a le droit de faire valoir, auprès du tribunal appelé à trancher ce différend, les moyens qu'elle juge utiles, pourvu qu'ils soient pertinents par rapport à ce même différend. C'est ce principe qui inspire plusieurs dispositions des statuts et des règlements des juridictions internationales. Par exemple, l'article 88, paragraphe 1, du Règlement du Tribunal se lit : « Quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir, sous le contrôle du Tribunal, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président du Tribunal prononce la clôture de la procédure orale [...] ».

95. Il se trouve que les règles adoptées dans les règlements des juridictions internationales le sont eu égard aux exceptions préliminaires de procédure. « Mais il importe fondamentalement d'observer que les questions soulevées par une [...] exception (préliminaire de fond), tout en se qualifiant de "questions de fond" au même titre que celles soulevées par la requête introductive d'instance au sujet de l'interprétation et de l'application de la norme de droit qui est invoquée dans cette requête, ne se confondent pas avec le fond de l'affaire dont le Tribunal a été saisi par cette même requête, ce fond ayant comme élément d'identification les allégations et conclusions autour desquelles se circonscrit la requête elle-même » (voir G. Sperduti, « La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international », *Rivista di Diritto internazionale*, 1970, vol. 53, p. 461-490, spéc. p. 485).

EXAMEN DES EXCEPTIONS

96. Le Gouvernement de la Guinée-Bissau a soutenu que les demandes du Panama étaient irrecevables à plusieurs titres. La première de ses exceptions d'irrecevabilité se réfère à la nationalité du navire « Virginia G ».

97. La Guinée-Bissau conteste en particulier
1. La nationalité du « Virginia G » ;

2. Le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'étrangers; et
 3. Le non-épuisement des recours internes.
98. Selon elle :

[...]. Selon la conclusion n° [4] de son mémoire (p. 83), le Panama affirme que les mesures prises par la Guinée-Bissau à l'encontre du « Virginia G », en particulier celles prises le 21 août 2009, ont violé le droit qu'ont le Panama et son navire de jouir de la liberté de navigation et de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites conformément à l'article 58, paragraphe 1, de la Convention. La Guinée-Bissau soutient que les demandes du Panama ne sont pas recevables en raison de l'absence de « lien substantiel » (article, 91, paragraphe 1, de la Convention) entre le « Virginia G » et le Panama.

[...]. Selon l'article 58, paragraphe 1, de la Convention, l'Etat du pavillon jouit, dans la zone économique exclusive, de la liberté de navigation visée à l'article 87. L'article 58, paragraphe 2, renvoie de plus aux articles 88 à 115 et à d'autres règles pertinentes de la Convention. L'article 90 confère en particulier à tout Etat le droit « de faire naviguer en haute mer des navires battant son pavillon » et, concomitamment avec ceci, aux termes de l'article 92, paragraphe 1, première phrase, les navires sont soumis à la « juridiction exclusive » de l'Etat du pavillon dans cette zone. Le droit de navigation (article 90) et la condition juridique des navires (article 92, paragraphe 1) ne visent que les navires ayant la nationalité de l'Etat du pavillon. Conformément à l'article 91, paragraphe 1, deuxième phrase, les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre pavillon. Et aux termes de la troisième phrase de cette disposition :

« Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire ».

[...]. La condition de l'existence d'un lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire donne le droit, stipulé par la Convention à l'article 91, paragraphe 1, première phrase, à chaque Etat de « fixe[r] les

conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon». A cet égard, la fonction du lien substantiel est d'établir une norme minimale internationale pour l'immatriculation des navires, fonction dont l'importance est indéniable à une époque où les registres de libre immatriculation sont de plus en plus nombreux.

[...]. De la conception du « lien substantiel », il s'ensuit que l'Etat du pavillon ne peut effectivement exercer sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon, comme le requiert l'article 94, paragraphe 1, de la Convention, que lorsqu'il peut aussi exercer la juridiction et le contrôle appropriés sur *les propriétaires* des navires. Dans le cas d'un affrètement « coque nue », *mutatis mutandis*, le contrôle est nécessaire sur l'affrètement ou l'exploitant. Cela résulte de plusieurs dispositions de la Convention: par exemple, l'article 94, paragraphe 4, alinéa a) oblige l'Etat du pavillon à inspecter les navires battant son pavillon. L'inspection des navires par un expert qualifié dans l'Etat du pavillon et à l'étranger constitue une condition nécessaire, mais pas suffisante, à l'exercice effectif de la juridiction et du contrôle par l'Etat du pavillon. Afin de prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation si, par exemple, un navire battant son pavillon n'était pas en conformité avec ses règles et règlements sur la composition, les conditions de travail et la formation des équipages visés à l'article 94, paragraphe 3, l'Etat du pavillon doit de même avoir juridiction sur le propriétaire ou l'exploitant du navire. Dans le cas contraire, ses sanctions administratives et (ou) pénales, si elles étaient nécessaires, seraient, dans la pratique, sans effet.

[...]. De surcroît, les devoirs de l'Etat du pavillon énoncés à l'article 94 ne sont pas les seuls qui présentent de l'intérêt dans ce contexte. La Convention prévoit, à l'article 217, des obligations supplémentaires dans les domaines de l'environnement, que l'Etat du pavillon ne peut respecter que s'il exerce de même une juridiction et un contrôle effectifs sur le propriétaire ou l'exploitant du navire : l'Etat du pavillon veille à

ce que les règles, normes, lois et règlements concernant la protection du milieu marin soient effectivement appliqués, « quel que soit le lieu de l'infraction » (article 217, paragraphe 1, deuxième phrase). En cas d'infraction, le cas échéant, il intente une action (article 217, paragraphe 4) avec des sanctions (article 217, paragraphe 8), ou engage telle action sur demande d'un autre Etat (article 217, paragraphe 6). Là encore, la juridiction sur le capitaine et sur l'équipage du navire, surtout s'il s'agit d'étrangers, comme c'est le cas pour le « Virginia G », ne semble nullement suffisante pour le respect de ces obligations.

[...]. Tout registre maritime doit respecter certaines conditions de base relatives au lien substantiel. Conformément à ce qui a été dit s'agissant des obligations légales de l'Etat du pavillon en application des articles 94 et 217 de la Convention, l'une des conditions de base pour l'immatriculation d'un navire est que son propriétaire ou exploitant relève aussi de la juridiction de l'Etat du pavillon. Néanmoins, il ne fait aucun doute que le droit international laisse à l'Etat du pavillon le soin de déterminer le fondement de cette juridiction, qui peut par exemple être la nationalité, la résidence ou le domicile du propriétaire ou de l'exploitant du navire. Mais il n'est pas possible qu'il n'existe absolument aucun lien entre le navire et l'Etat du pavillon.

[...]. Ce point est confirmé par la Convention de 1986 des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires, qui a été adoptée sous les auspices de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), aux fins d'assurer ou de renforcer le lien substantiel entre l'Etat et les navires battant son pavillon et dans le but qu'il exerce effectivement une juridiction sur ces navires. Bien qu'elle ne soit pas encore en vigueur, cette convention de l'ONU illustre bien l'opinion générale selon laquelle l'Etat du pavillon doit exercer effectivement sa juridiction et son contrôle non seulement sur le navire, mais aussi sur son propriétaire ou exploitant.

[...]. En fait, l'article 7 de cette convention de l'ONU exige la participation de nationaux à la propriété des navires et aux équipages, et

ce, dans les termes suivants :

« l'Etat d'immatriculation est tenu d'observer soit les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 8, soit celles des paragraphes 1 à 3 de l'article 9, mais peut aussi observer les unes et les autres ».

[...]. S'agissant de la propriété, l'article 8, paragraphe 2, de cette convention de l'ONU précise que :

« l'Etat du pavillon fait figurer dans ses lois et règlements des dispositions appropriées sur la participation de ses nationaux en tant que propriétaires des navires qui battent son pavillon et sur le niveau de cette participation; ces lois et règlements devraient être suffisants pour permettre à l'Etat du pavillon d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires qui battent son pavillon».

[...]. Quant au recrutement des équipages, l'article 9, paragraphe 1, de cette convention de l'ONU prévoit que :

« [s]ous réserve des dispositions de l'article 7, un Etat d'immatriculation, dans l'application de la présente Convention, respecte le principe qu'une partie satisfaisante de l'effectif des officiers et des équipages des navires marchands qui battent son pavillon est constituée par des nationaux ou des personnes domiciliées ou ayant légalement leur résidence permanente dans l'Etat d'immatriculation ».

[...]. Aucune de ces conditions n'était remplie par le « Virginia G ». En fait, ce navire appartient à la société Penn Lilac qui, bien que constituée en société au Panama, doit être considérée comme étant une société espagnole, étant donné que son siège et le lieu depuis lequel elle est effectivement gérée se trouvent à Séville (Espagne), comme l'indiquent les sites internet de l'*Instituto Marítimo Español*, et d'autres sites Internet du secteur maritime.

[...]. D'ailleurs, pas le moindre membre de l'équipage n'a la nationalité panaméenne ou n'est domicilié au Panama. Tous sont de Cuba, du Ghana ou du Cap-Vert.

[...]. Comme l'a déclaré le Panama au paragraphe 162 de son mémoire et comme cela est confirmé par l'annexe 29 dudit mémoire, lorsque le navire a été saisi par les autorités de la Guinée-Bissau, Manuel Samper a informé le club P&I de l'Espagne, et non pas celui du Panama.

[...]. Par conséquent, il n'y a pas de lien substantiel entre le « Virginia G » et le Panama.

[...]. En cas d'inexistence d'un lien substantiel entre l'Etat du pavillon et le navire, l'Etat côtier ne devrait pas être tenu de reconnaître le droit de navigation d'un tel navire dans sa zone économique exclusive. Ceci résulte d'un raisonnement par analogie avec la règle énoncée à l'article 92, paragraphe 2, de la Convention, aux termes duquel :

« Un navire qui navigue sous les pavillons de plusieurs Etats, dont il fait usage à sa convenance, ne peut se prévaloir, vis-à-vis de tout Etat tiers, d'aucune de ces nationalités et peut être assimilé à un navire sans nationalité ».

[...]. Sur le plan de la procédure, cela entraîne que l'autre Etat peut, par conséquent, contester une violation alléguée de ce droit en affirmant qu'elle n'est pas recevable dans un différend dont est saisi le Tribunal, parce que les seules demandes recevables dans la procédure en cours devant le Tribunal sont celles qui ont un fondement juridique valable en droit international.

[...]. Contrairement à ce qu'affirme le Panama, dans l'*Affaire du navire*

« SAIGA » (No. 2), le Tribunal a estimé « que la nationalité des navires est une question de fait qui, au même titre que d'autres faits contestés portés devant lui, doit être tranchée sur la base des moyens de preuve produits par les parties ». La Guinée-Bissau présente des éléments de preuve que le « Virginia G » ne saurait être considéré comme étant de nationalité panaméenne.

[...]. Comme le rappelle Brownlie :

« (...) il est possible de postuler un principe général de lien substantiel relatif à la cause de l'octroi (et à l'inverse, du retrait) de la nationalité, qui se distingue du principe de lien effectif » [traduction du Greffe].

[...]. La Guinée-Bissau soutient par conséquent que l'immatriculation du « Virginia G » sous le pavillon du Panama ne satisfait pas à la condition qui veut que l'Etat du pavillon doit effectivement exercer sa juridiction sur le navire. En fait, ni le propriétaire du navire, ni son équipage ne sont d'origine panaméenne, conditions pourtant essentielles pour que soit établie l'existence d'un lien substantiel entre l'Etat et le navire en vertu de l'article 91, paragraphe 1, de la Convention.

[...]. Il est en fait bien connu que le Panama accepte l'immatriculation de tout navire sans exiger l'existence d'un lien entre le navire et cet Etat. Comme il ressort de la circulaire n° 5 de la marine marchande de l'Autorité maritime du Panama (annexe 9) il n'est procédé à aucune vérification de l'existence d'un quelconque lien entre le Panama et les navires qui sont immatriculés sous son pavillon. »

[Contre mémoire de la République de Guinée-Bissau, par. 28 à 47]

99. Traitant du non-épuisement des voies de recours internes, la Guinée-Bissau explique :

[...]. Contrairement à ce qu'affirme le Panama aux paragraphes 155 à 187 de sa réplique, il est clair que les conclusions 4, 10, 14 et 15 qu'il a présentées dans l'intérêt de personnes ou d'entités privées sont irrecevables, parce que ces personnes ou entités privées n'ont pas épuisé les voies de recours internes qui leur sont ouvertes en Guinée-Bissau.

[...]. Si ces demandes peuvent être fondées en droit international, elles sont dans le même temps subordonnées au droit interne de la Guinée-Bissau, qui possède des règles sur la responsabilité de l'Etat. Comme le propriétaire du navire a engagé une action devant le tribunal de Bissau pour les mêmes motifs que ceux qui sont invoqués dans la

présente instance, il est clair que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées.

[...]. En fait, il n'existe pas, au regard du droit international, de violation de la liberté de navigation du navire si le navire est saisi pour violation des droits de l'Etat côtier dans la ZEE. Si une violation des droits d'entités privées résultait de cette action, ces entités devraient, de manière indépendante, former des recours devant les tribunaux de l'Etat concerné, car il est clair que l'Etat côtier a juridiction dans la ZEE.

[...]. La même chose vaut pour la cargaison : son propriétaire n'est pas le propriétaire du « Virginia G ». L'ordonnance administrative de déchargement du gazole à Bissau a été rendue en application de la juridiction territoriale de la Guinée-Bissau et sa validité pouvait être contestée là-bas, une ordonnance contre ce déchargement ayant été rendue auparavant par un tribunal.

[...]. Il n'a pas été passé outre à la décision du tribunal au vu d'une opinion « interne » : il s'agissait de l'opinion du procureur général, qui est indépendant du Gouvernement en vertu de la loi bissau-guinéenne, et qui a estimé que la décision était nulle et sans effet en raison de la violation de l'article 400, paragraphe 2, du Code de procédure civile.

[...]. Contrairement à ce qu'affirme le Panama, l'application de cette règle n'est pas laissée à la discrétion du tribunal, car l'audition du défendeur est obligatoire en vertu de la loi et qu'en tout état de cause l'Etat a décidé de former un recours contre cette décision, ce qui a eu pour effet de suspendre l'ordonnance du tribunal.

[...]. L'Etat est au contraire habilité à procéder à tout moment à la mainlevée de l'immobilisation du navire s'il estime que sa présence dans le port de Bissau est dangereuse. Cela n'affecte pas la possibilité du propriétaire de poursuivre l'instance.

[...]. La Guinée-Bissau n'a aucune connaissance d'une quelconque réserve qui lui aurait été présentée, réserve que personne à Bissau n'a jamais vue ou acceptée (voir annexes). Mais si cette réserve avait été faite, elle ne pourrait pas dispenser de l'obligation d'épuiser les voies

de recours internes en Guinée-Bissau.

[...]. Il est manifeste que le Panama agit de mauvaise foi, étant donné que les exceptions soulevées par la Guinée-Bissau sont entièrement recevables.

[...]. La Guinée-Bissau réaffirme qu'elle a, dans le contre-mémoire, exposé sa version des faits tels qu'ils se sont effectivement produits.

[...]. La Guinée-Bissau réserve tous ses droits de présenter tous faits nouveaux non mentionnés dans [la présente duplique], de faire fond sur eux et de les développer selon que de besoin au cours de la présente procédure.

[...]. La Guinée-Bissau réaffirme que Penn Lilac Trading, S.A., bien que constituée en société au Panama, doit être considérée comme étant une société espagnole, car son siège et le lieu effectif depuis lequel elle est gérée se trouvent à Séville (Espagne), comme l'indiquent l'Institut maritime espagnol et des sites Internet sur les activités maritimes.

[...]. La Guinée-Bissau réaffirme qu'il se peut que le navire « Virginia G », bien qu'immatriculé au Panama, soit aussi immatriculé dans un autre pays. Le fait est qu'au Panama, la méthode du second registre d'immatriculation permet l'immatriculation en parallèle au registre panaméen d'un navire déjà titulaire d'une immatriculation de deux ans dans un pays étranger, sans radiation du registre dudit pays étranger.

[...]. Etant donné que le navire a été construit en 1982, il a sans doute fait l'objet d'immatriculations antérieures avant d'être immatriculé au Panama en 2007, dans le but d'obtenir, bien entendu, un pavillon de complaisance.

[...]. La Guinée-Bissau ignore l'existence d'un quelconque contrat d'agence entre Penn Lilac et Gebaspe S.L. ou toute autre entité. L'annexe 11 du mémoire du Panama ne constitue pas un élément de preuve

de l'existence d'un tel accord.

[...]. La Guinée-Bissau estime que la situation du navire « IBALLA G » est totalement étrangère à la présente procédure. Comme le montre l'annexe 12 du Panama, l'« IBALLA G » appartient à une autre société, Penn World Inc. Le Panama n'a pas fourni le moindre élément prouvant que Penn Lilac aurait acquis cette société, et en tout état de cause, cela n'est pas pertinent, pas davantage que le fait que le navire ait été frété coque nue à Penn Lilac.

[...]. L'existence d'une charte-partie du « Virginia G » et de l'« IBALLA G » entre Gebaspe S.L. et la Lotus Federation est entièrement dénuée de pertinence pour le cas d'espèce. La Guinée-Bissau ignore tout de l'existence de ces sociétés, elle n'a rien à voir avec un tel contrat et n'a jamais été notifiée de son existence ni de sa teneur.

[...]. Comme cela a été mentionné, le contrat qui fait l'objet de l'annexe 13 du mémoire du Panama n'autorise aucun paiement à Penn Lilac, car il y est précisé qu'il expirera avec l'immobilisation du navire (clause 17). Il a donc cessé d'être en vigueur avec la saisie du « Virginia G », et son invocation est ainsi dépourvue de pertinence.

[...]. Aux paragraphes 193 à 199 de sa réplique, le Panama ne mentionne rien de valable qui puisse servir à contester ces faits.

[...]. La Guinée-Bissau réaffirme que le fait qu'il y ait eu des observateurs de la FISCAP à bord des navires devant être ravitaillés est dépourvu de pertinence. Comme elle l'a déjà mentionné aux paragraphes 117 à 120 de son contre-mémoire, les observateurs des activités de pêche qui se trouvent sur les navires de pêche ne peuvent pas mener d'opérations de police, lesquelles relèvent de la compétence légale des inspecteurs de la FISCAP, seule entité habilitée à se livrer à des activités de police.

[...]. Le fait que l'agence *Bijagós* ait informé les navires de pêche de l'existence d'un permis est dépourvu de pertinence, étant donné qu'il

ne s'agit pas d'une communication officielle, outre le fait qu'il a été obtenu plusieurs jours après la saisie du navire.

[Duplique de la Guinée-Bissau, par. 99 à 119]

100. Le Tribunal a encore manqué une occasion d'indiquer une réponse jurisprudentielle à cette question fondamentale qui cherche réponse depuis 1955. Il aurait pu fixer le statut juridique du concept de lien substantiel. Il s'est encore soustrait à l'examen de la pertinence ou non des éléments constitutifs du lien substantiel comme dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* :

101. Dans son arrêt du 14 avril 2014, le Tribunal explique :

153. Le principe selon lequel l'épuisement des recours internes est une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique est bien établi en droit international coutumier. Il est énoncé à l'article 14, paragraphe 1, du Projet d'articles sur la protection diplomatique que la Commission du droit international a adopté en 2006, lequel prévoit qu'« [u]n État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ... avant que la personne lésée ait ... épuisé tous les recours internes ». Il est également établi en droit international que la règle d'épuisement des recours internes ne s'applique pas lorsque l'Etat demandeur est directement lésé par le fait illicite d'un autre Etat.

154. Le Tribunal doit donc déterminer si les demandes du Panama procèdent d'une violation « directe » des droits du Panama par la Guinée-Bissau. Si tel est le cas, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas.

155. Il convient de rappeler à cet égard que, dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, confronté à une situation similaire, le Tribunal a procédé à l'examen de la nature des droits qui, selon Saint-Vincent-et-les Grenadines, avaient été violés par la Guinée (voir *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM 1999, p. 45, par. 97). Le Tribunal suivra ici l'approche adoptée dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*.

156. Les droits dont le Panama allègue la violation par la Guinée-Bissau sont exposés dans ses conclusions finales citées au paragraphe 54. Le Tribunal constate que la plupart des dispositions de la Convention mentionnées dans les conclusions finales du Panama confèrent des droits principalement aux Etats. Il note cependant que, dans certaines des dispositions mentionnées par le Panama, des droits semblent être conférés au navire ou aux personnes concernées. Dans ces dispositions, le terme « navire » peut être compris comme visant des personnes ayant un intérêt dans ce navire, par exemple un propriétaire ou un exploitant.

157. Lorsque la demande porte sur des préjudices causés tant à un Etat qu'à une personne, pour déterminer si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, le Tribunal doit décider quel est l'élément prépondérant. En l'espèce, le Tribunal est d'avis que les principaux droits dont le Panama allègue la violation par la Guinée-Bissau incluent son droit de jouir de la liberté de navigation et d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites dans la zone économique exclusive de l'Etat côtier et son droit de voir l'Etat côtier respecter l'article 73 de la Convention lorsque cet Etat côtier applique ses lois et règlements. Il s'agit de droits du Panama en vertu de la Convention et dont la violation alléguée cause par conséquent un préjudice direct au Panama. Compte tenu de la nature des principaux droits dont le Panama allègue la violation du fait des actes illicites de la Guinée-Bissau, le Tribunal conclut que, dans son ensemble, la demande du Panama repose sur la base d'un préjudice qu'il aurait lui-même subi.

158. Le Tribunal considère que la demande au titre du préjudice causé aux personnes et aux entités ayant un intérêt dans le navire ou sa cargaison résulte des violations alléguées visées au paragraphe précédent. Par conséquent, le Tribunal conclut que les demandes au titre de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle de l'épuisement des recours internes.

159. A la lumière de cette conclusion, le Tribunal ne juge nécessaire

d'examiner les arguments des Parties ni sur la question du lien juridictionnel ni sur la question de savoir si des recours internes étaient disponibles et, dans l'affirmative, s'ils étaient efficaces.

102. En ce qui concerne les deux autres exceptions, il faut noter que le Panama a indiqué qu'il introduisait la présente instance « dans le cadre de la protection diplomatique », laquelle a ses exigences propres. Ses conditions d'exercice sont en effet l'épuisement des voies de recours internes et les « mains propres ».

103. Selon le Panama,

[...]. Dans une série d'affirmations illogiques et contradictoires, la Guinée-Bissau conteste l'exercice de la protection diplomatique par le Panama au bénéfice de personnes et d'entités qui ne sont pas de nationalité panaméenne (ou qui, selon le raisonnement de la Guinée-Bissau, n'ont pas de lien authentique avec le Panama).

[...]. Contrairement à ce qu'affirme la Guinée-Bissau au paragraphe 56 de son contre-mémoire, il s'agit bien là d'une affaire concernant un navire (ou des navires) faisant intervenir diverses nationalités et divers intérêts ; mais il s'agit avant tout de la nationalité panaméenne du « Virginia G » à laquelle se rattachent directement tous ces intérêts, indépendamment de la question de nationalité (sur laquelle se fonde la Guinée-Bissau).

[...]. *[La Convention] considère un navire comme constituant une unité, en ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat du pavillon de demander réparation pour toute perte ou tout dommage subis par le navire à la suite d'actes d'autres Etats et le droit qu'a cet Etat d'introduire une instance conformément à l'article 292 de la Convention. Ainsi, le navire, tout ce qui se trouve sur le navire, et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts à cette activité sont considérés comme une entité liée à l'Etat du pavillon. La nationalité de ces personnes ne revêt aucune pertinence (les caractères gras sont de nous) – Affaire du navire « SAIGA » (No. 2), par. 106.*

[...]. Le fait que la société Penn Lilac ait conclu des accords commerciaux pour accéder au marché du soutage en Afrique de l'Ouest et le fait que le navire ait été affrété à des vendeurs de gazole n'échappent nullement à la pratique habituelle. Dans les transports maritimes internationaux, le propriétaire d'un navire l'affrète non à des négociants ou propriétaires de la cargaison, mais à des transporteurs qui assurent le transport de la marchandise d'un endroit à un autre en vertu d'un contrat d'affrètement. Le Panama n'accepte pas le raisonnement de la Guinée-Bissau selon lequel le fait que Penn Lilac ait conclu des accords commerciaux avec différentes sociétés afin de développer son activité commerciale porte en quelque sorte atteinte à la nationalité panaméenne du « Virginia G » et de Penn Lilac, et que, partant, le Panama n'est pas en droit de demander des indemnités pour les dommages causés à la société qui y est enregistrée et au navire qui y est immatriculé.

[...]. L'article 18 du Projet d'articles sur la protection diplomatique fait l'objet d'une interprétation erronée par la Guinée-Bissau, qui interprète la notion de « préjudice » au sens littéral et non au sens juridique plus large tel qu'on l'entend lorsqu'il s'agit de la responsabilité d'un Etat en vertu du droit international.

[...]. De fait, l'article 18 du projet d'articles sur la protection diplomatique trouve ici son application, qui se situe précisément à l'opposé de la manière envisagée par la Guinée-Bissau. En l'espèce, les ambassades de Cuba et de l'Espagne sont intervenues au sujet de la saisie des passeports de leurs ressortissants par le Gouvernement de la Guinée-Bissau et de son refus de les leur restituer étant donné que, conformément à la pratique internationale établie, un passeport appartient au pays qui l'a délivré. Contrairement à ce qu'affirme la Guinée-Bissau, cette intervention n'exclut ni ne préjuge de toute autre manière l'intervention du Panama en tant qu'Etat du pavillon du « Virginia G ».

[...]. L'article 18 énonce clairement que le droit qu'a l'Etat de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un

navire de demander réparation au profit de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

[Réplique de la République du Panama, par. 148 à 154]

104. Pour la Guinée-Bissau,

[...]. Dans son mémoire (paragraphe 15 à 21) le Panama affirme qu'il a, dans le cadre de la protection diplomatique, qualité pour agir (*locus standi*) dans cette action à l'encontre de la Guinée-Bissau, en invoquant le projet d'articles sur la protection diplomatique élaboré sous les auspices de l'ONU.

[...]. Pourtant, le cadre de la protection diplomatique ne donne pas au Panama qualité pour agir s'agissant de demandes de personnes ou d'entités qui n'ont pas la nationalité panaméenne.

[...]. En réalité, l'article premier du Projet d'articles sur la protection diplomatique élaboré sous les auspices de l'ONU stipule que

« la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à *une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État* en vue de la mise en oeuvre de cette responsabilité » (les italiques sont de la Guinée-Bissau).

[...]. L'article 18 du Projet d'articles sur la protection diplomatique ne vise que le droit qu'a l'Etat de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage de ce navire, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite, ce qui n'est pas le cas ici.

[...]. Contrairement à ce qu'affirme le Panama, la présente affaire ne fait pas intervenir plusieurs nationalités et intérêts, et par conséquent

l'arrêt rendu en l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) n'est pas applicable. En fait, ni le propriétaire, ni même le moindre membre de l'équipage du « Virginia G » n'est de nationalité panaméenne.

[...]. D'ailleurs, le Panama affirme lui-même (aux paragraphes 65 à 68 du mémoire), que Penn Lilac a conclu un contrat d'agence avec Gebaspe S.L. (« Gebaspe »), société espagnole qui a son siège à Séville (comme Penn Lilac) et que Gebaspe a frété le navire à la Lotus Federation, une société irlandaise.

[...]. Comme il n'y a, en l'espèce, pas la moindre personne ou entité ayant un rapport avec le navire « Virginia G » qui soit de nationalité panaméenne, le Panama n'est pas en droit de présenter des demandes de dommages-intérêts au bénéfice de qui que ce soit.

[...]. En droit international, aucun Etat ne peut prétendre protéger des personnes qui n'ont pas sa propre nationalité. Dans l'affaire dont le Tribunal est saisi sur le fond, le Panama prétend exercer sa protection devant le Tribunal au profit de tous les membres de l'équipage et des propriétaires du navire et de la cargaison. Il ne fait ici aucun doute qu'aucune de ces personnes n'a la nationalité panaméenne.

[...]. En l'espèce, d'autres Etats, comme l'Espagne et Cuba, ont exercé leur protection diplomatique au profit de membres de l'équipage qui ont leur nationalité et ils ont exigé la mainlevée de l'immobilisation du navire, ce qui démontre clairement que le Panama n'a rien à voir dans cette affaire.

[...]. Le Panama n'est par conséquent pas en droit d'introduire la présente instance à l'encontre de la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique.

[Contre-mémoire de la République de Guinée-Bissau, par. 52 à 61]

105. Quant à l'épuisement des voies de recours internes, le Panama explique :

[...]. A la section IV du chapitre II de son contre-mémoire (paragraphes 62 à 75), la Guinée-Bissau formule sa troisième et dernière ob-

jection à la recevabilité des demandes du Panama, en faisant valoir que certains des griefs avancés par le Panama dans l'intérêt de personnes ou entités privées sont irrecevables du fait que ceux-ci n'avaient pas épuisé les recours internes dont ils disposaient en Guinée-Bissau. Le Panama rejette ces arguments de la Guinée-Bissau pour les raisons exposées ci-après.

[...]. La Guinée-Bissau affirme également qu'« [é]tant donné que les Parties au présent différend ne sont pas convenues dans leur compromis d'exclure la règle de l'épuisement des recours internes, l'article 295 de la Convention doit être pris en compte dans la procédure sur le fond du différend ».

[...]. La Guinée-Bissau a soulevé des objections à quatre des dix-huit conclusions que le Panama a adressées au Tribunal, à savoir les conclusions 4, 10, 14 et 15 :

[...]. Pour les motifs susmentionnés ainsi que pour d'autres raisons qui pourront être avancées au cours de la procédure ou que le Tribunal pourra juger pertinentes:

Le Panama prie respectueusement le Tribunal de dire et juger que :

[...]

[...]. Les mesures prises par la Guinée-Bissau à l'encontre du « Virginia G », en particulier celles prises le 21 août 2009, ont violé le droit qu'ont le Panama et son navire de jouir de la liberté de navigation et de la liberté d'utilisation de la mer à d'autres fins internationalement licites conformément à l'article 58, paragraphe 1, de la Convention ;

[...]

[...]. La Guinée-Bissau a eu recours à une force excessive lors de l'arraisonnement et de la saisie du « Virginia G », en violation de la Convention et du droit international ;

[...]

[...]. La Guinée-Bissau doit restituer immédiatement le gazole confisqué le 20 novembre 2009 ou du combustible de qualité équivalente ou supérieure, ou à défaut verser une indemnisation adéquate ;

[...]. La Guinée-Bissau doit verser en faveur du Panama, du « Virginia G », de ses propriétaires, des membres de son équipage et de toutes les personnes et entités ayant un intérêt dans l'exploitation des navires (y compris l'« IBALLA G») une indemnisation au titre des dommages et pertes causés à la suite des violations susmentionnées d'un montant égal à celui quantifié et réclamé par le Panama ou jugé approprié par le Tribunal ;

[...]. La Guinée-Bissau soutient que les demandes ci-dessus ont été présentées par le Panama dans l'intérêt de personnes ou d'entités privées qui n'avaient pas épuisé les recours locaux dont elles disposaient en Guinée-Bissau. Parallèlement, la Guinée-Bissau reconnaît que les demandes citées plus haut peuvent être fondées sur le droit international, mais estime qu'elles relèvent aussi du droit interne bissau-guinéen, et que puisque le propriétaire du navire a engagé une action devant le tribunal de Bissau pour les mêmes motifs que ceux invoqués dans la présente instance, il est clair, de l'avis de la Guinée-Bissau, que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées.

[...]. Le Panama fait toutefois observer que l'action engagée devant le Tribunal international porte sur un différend entre le Panama et la Guinée-Bissau dans lequel le Panama demande réparation en vertu du droit international pour un manquement direct par la Guinée-Bissau à ses obligations découlant de ce secteur du droit, en particulier mais par uniquement des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

[...]. La Convention proprement dite prévoit le versement d'une indemnisation à un navire pour toute perte ou dommages éventuels subis en cas d'arrestation injustifiée (article 111, paragraphe 8) ; devant la présente instance toutefois, l'action n'a pas été engagée par le navire lui-même (in rem), mais par l'Etat du Panama. Par conséquent, lorsque le

Panama demande une indemnisation au motif de la violation du « droit qu'ont le Panama et son navire de jouir de la liberté de navigation et de la liberté d'utilisation de la mer à d'autres fins internationalement licites conformément à l'article 58, paragraphe 1, de la Convention » commise à l'encontre du « Virginia G » et du « recours [par la Guinée-Bissau] à une force excessive lors de l'arraisonnement et de la saisie du "Virginia G", en violation de la Convention et du droit international », il est évident que le Panama fait valoir ses propres droits de garantir le respect des règles du droit international à l'égard de ses ressortissants. Autrement dit, le Panama allègue une violation de son droit de garantir, pour les navires battant son pavillon, les libertés prévues par la Convention.

[...]. De la même manière, la demande d'indemnisation du Panama au titre de la saisie de la cargaison de gazole ainsi que la demande d'indemnisation des dommages et des pertes subis par le navire, ses propriétaires, les membres de son équipage et toutes les personnes et les entités qui participent à l'exploitation du navire constitue une demande d'indemnisation en raison de la violation du droit du Panama de garantir le respect des règles du droit international concernant le navire, ses propriétaires, les membres de son équipage et toutes les personnes et entités qui sont parties prenantes à l'exploitation du navire.

[...]. Contrairement à ce qu'affirme la Guinée-Bissau au paragraphe 67 de son contre-mémoire, le Panama soutient qu'une violation a été commise à l'encontre d'un navire battant son pavillon (et ayant la nationalité panaméenne) dans la mesure où le « Virginia G » a été arraisonné et immobilisé en violation des dispositions du droit international, et plus précisément des dispositions des articles 58, 56 et 73 (ainsi qu'il est plus longuement exposé dans le mémoire du Panama et dans les sections pertinentes ci-après).

[...]. La situation s'est trouvée aggravée dès lors qu'il a été procédé à l'arraisonnement et à la détention du navire en ayant recours à la force et à l'intimidation d'une manière excessive, disproportionnée ou encore déraisonnable, que ces mesures ont été prolongées au-delà de toute li-

mite raisonnable, et dès lors que la précieuse cargaison a été saisie de manière illicite, tout cela étant fait en violation des dispositions du droit international (ainsi qu'il est plus longuement exposé dans le mémoire du Panama et dans les sections pertinentes ci-après).

[...]. Par conséquent, le Panama appuie ses revendications sur les droits dont il jouit, en tant qu'Etat du pavillon, en vertu des dispositions de la Convention. En sa qualité d'Etat du pavillon, le Panama a le devoir de défendre les intérêts des personnes physiques et morales qui sont placées sous sa protection et, si le Tribunal statue en faveur des conclusions du Panama, celui-ci pourra alors recevoir des indemnités au titre des violations dont il a été victime et les répartir entre les personnes physiques et morales qui ont subi des dommages et des pertes en raison des violations par la Guinée-Bissau de ses obligations internationales.

[...]. Subsidiairement, et sans préjudice de ce qui précède, le Panama rejette l'argument de la Guinée-Bissau concernant l'existence d'un lien juridictionnel du fait du prononcé d'une ordonnance prescrivant des mesures provisoires à l'encontre de la confiscation du navire et de sa cargaison par la Guinée-Bissau.

[...]. La Guinée-Bissau affirme (au paragraphe 68 de son contre-mémoire) que la cargaison (qui appartient à une personne distincte du propriétaire du navire) se trouvait sous la juridiction du Panama tant qu'elle restait à bord du « Virginia G », mais que ce lien a été rompu, avant qu'une demande d'indemnisation n'ait pu être formée, lorsque le gazole a été déchargé dans le port de Bissau. La Guinée-Bissau affirme également (au paragraphe 69 de son contre-mémoire) qu'elle pouvait exercer sa juridiction territoriale sur le navire, son équipage et sa cargaison pendant que le navire se trouvait au port.

[...]. La Guinée-Bissau reconnaît pourtant que la règle des recours internes ne s'applique pas en l'absence d'un lien entre le navire, les membres de son équipage et la cargaison, d'une part, et l'Etat côtier, de l'autre.

[...]. Le Panama aura d'autres occasions, dans la suite du présent document, de présenter ses vues et ses arguments juridiques au Tribunal (ou de les réitérer) en réponse à l'interprétation par la Guinée-Bissau de la « licéité » de la confiscation de la cargaison et de l'arraisonnement et

de la détention du « Virginia G ». A ce stade, le Panama fait observer que le navire et son équipage ne se trouvaient pas « involontairement » dans le port de Bissau, comme la Guinée-Bissau tente commodément de le faire croire dans sa description des faits.

[...]. Le navire y a été emmené, sous la menace des armes, après avoir été arraisonné avec violence et sans avertissement, avant de recevoir l'ordre de naviguer jusqu'au port dans des conditions périlleuses (au mépris total des règles de la sécurité en mer), puis immobilisé pendant 14 mois, tandis que les membres de l'équipage étaient tenus sous la menace d'armes à feu et que leurs passeports étaient confisqués. Au cours de cette période, la cargaison de gazole a été saisie, sans aucune raison légale et en bafouant directement une ordonnance du tribunal.

[...]. On ne saurait prétendre que les mesures prises par la Guinée-Bissau, de même que leurs effets, se justifient du fait que le navire se trouvait dans le port, et par conséquent dans les eaux territoriales de la Guinée-Bissau. De la même manière, la Guinée-Bissau ne peut prétendre que la demande d'indemnisation découlant de la saisie de la cargaison de gazole est distincte et indépendante de celle que fait valoir le Panama au titre de son droit de navigation et de sa juridiction sur le « Virginia G », alors que la cargaison de gazole a été saisie par la violence et de manière abusive, sous le couvert d'une ordonnance administrative (fondée sur une opinion « interne » (et non sur une ordonnance du tribunal) mise en application dix jours avant la date de sa délivrance), ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous dans les sections pertinentes.

[...]. Il est possible que le « Virginia G » soit entré dans la zone économique exclusive (ZEE) de la Guinée-Bissau pour effectuer ses opérations de soutage (qui relèvent en tout état de cause, de l'avis du Panama, de la liberté de navigation et non de la juridiction de la Guinée-Bissau), mais il est difficile de prétendre qu'un navire panaméen (et son équipage) traités de la manière décrite dans le mémoire du Panama (auquel la Guinée-Bissau n'a répondu que de manière superficielle) et amenés par la force dans le port de Bissau, en violation du droit international de la mer, auraient créé un rapport volontaire, conscient et délibéré avec la Guinée-Bissau, de nature à empêcher le Panama de faire

valoir une demande d'indemnisation à raison d'une violation de ses droits tant que les recours internes n'auraient pas été épuisés.

[...]. Le « Virginia G » a été arraisonné et arrêté en dehors des eaux territoriales de la Guinée-Bissau, dans la ZEE de cette dernière, et les revendications de la Guinée-Bissau concernant l'exercice de sa juridiction dans cette zone sont excessives et infondées. Il ne peut exister une obligation d'épuiser les recours internes concernant l'acte d'un Etat dépourvu de juridiction sur le terrain du droit international.

[...]. Subsidiairement, et sans préjudice de ce qui précède, la règle de l'épuisement des recours internes ne peut s'appliquer en l'absence d'un recours efficace à épuiser. Les textes et les affaires concernant la règle de l'épuisement des recours internes ont été étudiés par le Professeur Ian Brownlie, qui a conclu qu'un nombre conséquent d'auteurs et de sentences arbitrales semblent déduire l'inefficacité des recours en fonction des circonstances, par exemple à partir de preuves de la sujétion des tribunaux au pouvoir exécutif.

[...]. La Guinée-Bissau a abusivement et injustement passé outre la suspension de la décision de la Commission interministérielle de surveillance maritime par le tribunal régional de Bissau, non pas à la suite d'un contre-ordre du tribunal, mais simplement sur la base d'une opinion « interne » du ministre de la justice de la Guinée-Bissau (ainsi que l'a reconnu la Guinée-Bissau dans son contre-mémoire et dans l'annexe qui l'accompagne).

[...]. La lettre de couverture de l'opinion du ministre de la justice (contre-mémoire, annexe 8) dit ce qui suit (traduction du Greffe) :

[...] nous considérons que la décision de saisir le navire qui a commis l'infraction avec son armement, son matériel et les produits trouvés à bord était correcte. Nous n'avons donc pas de réserves à formuler concernant l'utilisation du combustible dont ce navire faisait le commerce dans notre ZEE.

[...]. La Guinée-Bissau soumet ensuite une opinion qui est loin de fournir une certitude quant à la nullité de l'ordonnance du tribunal. De

fait, il est dit au premier paragraphe de la section « 4. Droit applicable », à la page 43 de l'ensemble des annexes au contre-mémoire (c'est nous qui soulignons) :

Sans entreprendre d'analyser si la décision octroyant la mesure conservatoire demandée était une bonne décision, nous souhaitons signaler que l'interprétation du point 2 de l'article 400 du Code de procédure pénale, qui prévoit que « le tribunal donne au défendeur la possibilité de s'exprimer, si l'audience ne met pas en danger la finalité de la mesure conservatoire (...) » est discutable. (Traduction du Greffe)

[...]. La justification de la Guinée-Bissau consiste donc à dire que le tribunal a adopté cette mesure provisoire sans entendre d'abord la partie adverse – c'est-à-dire le Gouvernement. Sur cette base, la Guinée-Bissau a estimé que cette violation implique légalement qu'une telle décision est nulle [...] et le ministre de la justice de la Guinée-Bissau a informé le Gouvernement de cet état de choses (paragraphe 190 du contre-mémoire).

[...]. Il est absurde et tout à fait abusif de la part du Gouvernement de la Guinée-Bissau d'avoir choisi de ne pas tenir compte d'une décision avant dire droit en se fondant sur un point discutable, alors que le tribunal avait pleinement la possibilité de déterminer si l'audition du défendeur poserait un risque pour ladite décision, et d'arriver ensuite à une conclusion, sur la base d'une opinion non décisive citant un point discutable, et de décider enfin que cela implique légalement qu'une telle décision est nulle. La Guinée-Bissau a obtenu une opinion du ministre de la justice sur laquelle elle s'est fondée, une « opinion juridique interne » en quelque sorte, plutôt que de convaincre le tribunal régional que l'ordonnance conservatoire n'avait pas été délivrée dans des conditions valables (comme elle l'allègue).

[...]. En conséquence, le recours de précaution supposé être disponible en Guinée-Bissau a été rendu inefficace par le comportement de ce pays, qui a eu recours à la force et à l'arbitraire au mépris du droit, notamment à l'égard du propriétaire du « Virginia G ». La seule option possible consistait pour le Panama à soumettre la question à un arbitrage

international ou à ce Tribunal, de manière à contester la position de la Guinée-Bissau sur le plan international, et d'une manière efficace.

[...]. Le Panama doit réitérer ici (après avoir déjà fourni des précisions au Tribunal dans son mémoire, par. 207 et suivants) que le propriétaire du « Virginia G » avait déposé une demande de suspension des mesures de confiscation devant le tribunal de Bissau. Par une ordonnance datée du 5 novembre 2011, le tribunal de Bissau a rendu une décision donnant pour instructions au Secrétaire d'Etat à la pêche de « prendre toutes les mesures voulues pour stopper toutes actions concernant la saisie du navire Virginia G et des produits se trouvant à son bord et pour veiller à ce que l'équipage du demandeur (Penn Lilac) soit autorisé à se rendre à bord du navire pour y accomplir ses activités usuelles» (annexe 54 du mémoire du Panama).

[Réplique de la République du Panama, par. 155 à 180]

106. La Guinée-Bissau quant à elle,

[...]. De plus, la Guinée-Bissau conteste la recevabilité de certaines demandes présentées par le Panama dans l'intérêt de certaines personnes ou entités privées, parce que ces personnes ou entités privées n'ont pas épuisé les voies de recours internes qui leur sont ouvertes en Guinée-Bissau.

[...]. La condition de ce que l'on appelle « règle de l'épuisement des recours internes » figure à l'article 295 de la Convention, aux termes duquel :

Article 295

Epuisement des recours internes

« Un différend entre États parties relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention peut être soumis aux procédures prévues à la présente section seulement après que les recours internes ont été épuisés selon ce que requiert le droit international. »

[...]. Etant donné que les Parties au présent différend ne sont pas convenues dans leur compromis d'exclure la règle de l'épuisement des

recours internes, l'article 95 de la Convention doit être pris en compte dans la procédure sur le fond du différend.

[...]. Le Panama a formulé les allégations qui suivent pour protéger les intérêts de personnes ou d'entités privées, et affirmé que ces droits avaient été violés et que la responsabilité [de la Guinée-Bissau] était par conséquent engagée au titre des préjudices causés ou de la réparation des pertes :

a) Le droit du Panama et du « Virginia G » « de jouir de la liberté de navigation et de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites » (mémoire, p. 86, conclusion 4) ;

b) La Guinée-Bissau a eu recours à une force excessive lors de l'arraisonnement et de la saisie du « Virginia G » (mémoire, p. 86, conclusion 10) ;

c) La Guinée-Bissau doit restituer immédiatement le gazole confisqué le 20 novembre 2009 ou du combustible de qualité équivalente ou supérieure, ou à défaut verser une indemnisation adéquate (mémoire, p. 86, conclusion 14) ;

d) La Guinée-Bissau doit verser en faveur du Panama, du « Virginia G », de ses propriétaires, des membres de son équipage et de toutes les personnes et entités ayant un intérêt dans l'exploitation des navires (y compris de l'« IBALLA G ») une indemnisation au titre des dommages et pertes causés à la suite des violations susmentionnées (mémoire, p. 86, conclusion 15).

[...]. Si ces demandes peuvent être fondées en droit international, elles sont dans le même temps subordonnées au droit interne de la Guinée-Bissau, qui possède des règles sur la responsabilité de l'Etat. Comme le propriétaire du navire a engagé une action devant le tribunal de Bissau pour les mêmes motifs que ceux qui sont invoqués dans la présente instance, il est clair que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées.

[...]. En fait, il n'existe pas, au regard du droit international, de violation de la liberté de naviguer du navire si le navire est saisi pour violation des droits de l'Etat côtier dans la ZEE. Si une violation des droits d'entités privées résultait de cette action, ces entités devraient, de manière indépendante, former des recours devant les tribunaux de l'Etat concerné.

[...]. La même chose vaut pour la cargaison : son propriétaire n'est pas le propriétaire du « Virginia G ». Comme le Panama le dit explicitement dans son mémoire (au par. 68), la cargaison appartient à une société irlandaise, la Lotus Federation. Elle se trouvait sous la juridiction de l'Etat du pavillon tant qu'elle restait à bord du navire. Mais ce lien a été rompu, avant qu'une demande d'indemnisation n'ait pu être formée, lorsque le gazole a été déchargé dans le port de Bissau le 30 novembre 2009. L'ordonnance administrative de déchargement du gazole à Bissau a été rendue en application de la juridiction territoriale de la Guinée-Bissau et la validité de cette ordonnance pouvait être contestée là-bas, du fait qu'une ordonnance à l'encontre de ce déchargement avait été rendue avant par un tribunal.

[...]. Bien que le « Virginia G » ne se soit pas trouvé volontairement dans le port de Bissau, la Guinée-Bissau pouvait exercer sa juridiction territoriale sur le navire, son équipage et la cargaison pendant qu'il se trouvait au port, parce que, comme il est allégué et comme cela sera affirmé plus loin, l'immobilisation du navire était conforme au droit international.

[...]. Par ailleurs, compte tenu de la valeur du gazole, la prétendue violation du droit de navigation de l'Etat du pavillon ne l'emporte en rien sur la demande concernant la cargaison. Par conséquent, la demande de dédommagement concernant la cargaison de gazole est distincte et indépendante des demandes du Panama relatives à son droit de navigation et à sa juridiction sur le navire. Elle peut être fondée sur une violation directe du droit interne, tel qu'il a dûment été exercé devant les tribunaux de la Guinée-Bissau.

[...]. La règle des recours internes n'est pas exclue en l'espèce par l'absence d'existence d'un lien entre le navire, les membres de son équipage et la cargaison, d'une part, et l'Etat côtier, de l'autre. En l'espèce, il est clair que ce lien existe, étant donné que le tribunal de Bissau a été saisi d'une demande tendant à ce que soit prononcée une ordonnance en indication de mesures provisoires de non-confiscation du navire et de sa cargaison et que ce tribunal a tranché en ce sens.

[...]. En fait, un tel lien a été établi par le « Virginia G » lorsque ce navire est entré volontairement dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau dans le but de ravitailler en combustible des navires de pêche étrangers. Le « Virginia G » a été affrété spécialement pour des activités de soutage au large des côtes de l'Afrique de l'Ouest, y compris dans les zones mentionnées de la Guinée-Bissau, et sa cargaison de gazole devrait servir ce but et l'a effectivement fait.

[...]. Ce navire n'a pas simplement effectué un passage en transit dans ces zones maritimes, mais il y est entré afin de se livrer à certaines activités de caractère économique à l'intérieur de la ZEE de la Guinée-Bissau. En se livrant à ces activités, le navire a établi un rapport volontaire, conscient et délibéré avec l'Etat côtier et il peut par conséquent relever de sa juridiction.

[...]. Vu la juridiction de l'Etat côtier sur sa propre zone économique exclusive, la présence du navire dans sa mer territoriale ou dans ses eaux intérieures est réputée ne plus être nécessaire au regard du droit international d'aujourd'hui pour que le navire relève de la juridiction de l'Etat côtier. En fait, si un pétrolier étranger entre volontairement et intentionnellement dans la zone économique exclusive à des fins économiques, il doit être considéré que le pétrolier a établi un lien suffisant avec l'Etat côtier.

[...]. La Guinée-Bissau affirme donc que le propriétaire du « Virginia G » n'a pas épuisé les recours internes à sa disposition en Guinée-Bissau. En fait, il a obtenu le prononcé d'une ordonnance prescrivant

des mesures provisoires à l'encontre de la confiscation du navire et de sa cargaison, et une instance relative à cette situation est encore pendante devant le tribunal de Bissau. Le propriétaire de la cargaison pourrait également contester la validité de la décision de confiscation de la cargaison de gazole devant les tribunaux bissau-guinéens. En conséquence, il est clair que les recours internes ne sont pas épuisés comme le prescrit l'article 295 de la Convention.

[Contre-mémoire de la République de Guinée-Bissau, par. 62 à 75]

107. La protection diplomatique procède de la compétence personnelle de l'Etat. Le lien d'allégeance, c'est le lien de nationalité. Cette institution juridique qui a un caractère coutumier peut receler un aspect purement procédural ou un aspect contentieux : une action d'un gouvernement par ses agents diplomatiques (cas de l'Espagne ou de Cuba en l'espèce) ou alors un endossement par un Etat d'une réclamation individuelle qui engendre une action par laquelle l'Etat s'approprie la réclamation et porte le différend devant la juridiction internationale (cas du Panama, en l'espèce) ; le national pouvant être un individu, une personne morale ou le navire.

108. De par leur nature même, la protection diplomatique et la responsabilité internationale entretiennent un lien intime. Celle-ci trouve son origine dans un fait internationalement illicite tandis que celle-là trouve son origine dans un préjudice frappant le national d'un Etat. L'Etat fait alors sien le préjudice subi par ce dernier qu'il va représenter au plan international puisque l'individu ne jouit pas de l'immédiateté internationale. Il doit avoir rempli deux conditions cumulatives nécessaires. D'une part, il doit avoir épuisé toutes les voies de recours internes. La protection diplomatique est alors assujettie à une décision judiciaire définitive. L'individu a une obligation de comportement à sa charge, comportement irréprochable aussi appelé « mains propres », d'autre part.

109. La règle de l'épuisement des recours internes apparaît comme une condition procédurale qui fait participer l'individu à l'instance. Elle

lui prescrit, en cas de litige, de trouver d'abord une solution à celui-ci dans l'ordre interne.

110. La règle est fondamentale puisqu'elle subordonne l'instance au comportement de l'individu, en droit interne. Elle est consubstantielle à la protection diplomatique et constitue une règle coutumière du droit international, c'est-à-dire obligatoire pour tous les Etats.

111. La protection diplomatique est une réclamation internationale liée à la responsabilité des Etats et la règle permet de respecter leur souveraineté. Lorsque le préjudice a été causé à un individu, ce dernier doit chercher à obtenir réparation auprès des juridictions de l'Etat présumé responsable. Il a été avancé l'idée que la responsabilité internationale de l'Etat était liée à la mise en oeuvre de la règle:

The respondent State has availed itself to the opportunity of redressing the alleged wrong by its own means and within the framework of its own domestic legal system.

[A. Trindade, "Origin and historical development of the rule", *RBDI*, 1976, p. 499-527]

112. Dans l'Affaire Mavrommatis, la Cour permanente dit :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etats, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires.

[Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt no 2, 1924, C.P.J.I., p. 12]

113. De même dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, la Cour permanente dit :

La règle de l'épuisement des recours internes [...] implique l'épuisement de tous recours y compris ceux devant la Cour de cassation, laquelle seule peut, soit en cassant la sentence de la Cour d'appel – renvoyer l'affaire pour un nouvel examen, soit – en rejetant le pourvoi – rendre la sentence définitive. [Arrêt, C.P.J.I. 1939, série A/B, no. 77,

p. 79]

114. Dans l'affaire de l'Interhandel, la CIJ dit :

La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier.

[*Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 27]

115. Dans l'affaire de l'*Electronica Sicula*, la Cour parle d'« un important principe du droit international coutumier » (*Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 42).

116. Le fondement essentiel de la règle est d'assurer le respect de la souveraineté de l'Etat, parce que l'intervention directe de l'Etat national serait – dit la Cour – une violation « d'un grand principe du droit international coutumier ». Une telle intervention pourrait en outre s'analyser comme une ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat. C'est pourquoi la règle occupe une bonne place dans les relations conventionnelles des Etats.

117. La règle est un préalable nécessaire à la mise en oeuvre de la protection diplomatique. Il appartient à la victime d'épuiser tous les recours juridictionnels, ou administratifs, de droit commun ou extraordinaires, afin d'obtenir une décision définitive, insusceptible de cassation.

118. La règle est à la fois une condition de l'action internationale de l'Etat et une condition d'engagement de la responsabilité internationale d'un Etat ; d'où son caractère fondamental et obligatoire.

119. Dans son 3^e rapport sur la responsabilité des Etats, l'article 15 du projet de Codification stipule :

Les réclamations internationales tendant à obtenir réparation du dommage subi par un étranger (...) sont irrecevables aussi longtemps

que tous les recours que prévoit l'ordre juridique interne n'ont pas été épuisés.

[*Annuaire CDI, 1958, Vol. II, p. 57*]

120. Dans le deuxième rapport sur la protection diplomatique, en 2001, le Rapporteur spécial John Dugard a présenté des développements relatifs à la règle.

121. L'article 10 du projet de codification prévoit que :

1) Un Etat ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux (...) avant que le national lésé ait (...) épuisé tous les recours juridiques internes disponibles dans l'Etat dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2) Par « recours juridiques internes » on entend les recours ouverts de droit aux personnes physiques ou morales devant les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires et spéciaux. [Article 10 du deuxième rapport sur la protection diplomatique de la CDI, in www.un.org]

122. Les articles 12 et 13 font de la règle une condition de recevabilité de la demande, de la réclamation internationale d'une part, et un préalable nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité internationale d'un Etat, de l'autre.

123. En l'espèce, le Tribunal n'a pas traité frontalement de la question. Il s'est plutôt employé à requalifier le différend en transformant l'endossement par le Panama de réclamations individuelles (différend international) en un préjudice direct subi par cet Etat, ce qui en fait un différend interétatique pur, pour se prononcer sur l'applicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Le Tribunal tient par conséquent à souligner que sa tâche en l'espèce consiste à se prononcer dans un différend portant sur des activités de soutage à l'appui de navires étrangers qui pêchent dans la zone écono-

mique exclusive d'un Etat côtier [arrêt, par. 207]. Le Tribunal fait remarquer que, comme il l'a noté plus haut, le « Virginia G », battant pavillon panaméen, ravitaillait en gazole des navires étrangers qui pêchaient dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau et a été saisi par les autorités de la Guinée-Bissau du fait de cette activité. [arrêt, par. 206].

Or, le Panama a lui-même précisé les termes du différend en ces termes :

Le Panama a introduit cette action contre la Guinée-Bissau dans le cadre de la protection diplomatique. Le Panama prend fait et cause pour son ressortissant et pour le navire « Virginia G » avec tout ce qui se trouve à bord et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité qui a subi un préjudice du fait des mesures prises par la Guinée-Bissau.

Un principe élémentaire du droit international veut qu'un Etat est habilité à protéger ses ressortissants lorsqu'ils sont lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, lorsqu'ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international [mémoire, paragraphes 15 et 16].

124. Le procédé rappelle étrangement la démarche adoptée dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2) (par. 99 et suivants), où le Tribunal expliquait qu'une condition préalable à l'application de la règle est qu'il doit exister un lien juridictionnel entre la personne ayant subi le préjudice et l'Etat responsable de l'acte illicite qui a causé le préjudice. Selon le Tribunal, l'existence ou non de ce lien juridictionnel doit être déterminée à la lumière des conclusions du Tribunal sur la question de savoir si le défendeur était en droit, aux termes de la Convention, d'appliquer

sa législation. En cas de réponse négative, alors, il s'ensuivrait qu'aucun lien juridictionnel n'a existé et que, par conséquent, la règle qui requiert l'épuisement des recours internes ne s'applique pas en l'espèce.

125. Le Tribunal ne peut requalifier le différend, parce qu'il statuerait *ultra vires*. La requalification aurait pour première conséquence d'enlever toute pertinence aux arguments de défense du défendeur et violerait par là-même l'égalité des parties.

126. Cette démarche est contraire au principe de l'égalité des armes qui régit toute procédure contradictoire ; elle contrevient aux principes élémentaires d'une procédure régulière, principes essentiels pour toute instance portée devant une juridiction internationale.

127. La requalification du différend transforme sa nature, par rapport à ce qui est exposé dans la requête laquelle indique que l'action du Panama est engagée, introduite « dans le cadre de la protection diplomatique. Le Panama prend fait et cause pour son ressortissant et pour le navire "Virginia G" avec tout ce qui se trouve à bord et toute personne impliquée dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité qui a subi un préjudice du fait des mesures prises par la Guinée-Bissau » (mémoire, par. 15).

128. L'on sait qu'une demande, pour être recevable, doit découler directement de la requête ou qu'elle soit implicitement contenue dans celle-ci (voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 266, par. 67).

129. Qui plus est, l'article 24, paragraphe 1, du Statut du Tribunal international du droit de la mer dispose : « Les différends sont portés devant le Tribunal, selon le cas, par notification d'un compromis ou par requête, adressés au Greffier. Dans les deux cas, l'objet du différend et les parties doivent être indiqués ».

130. De même, l'article 54, paragraphe 1, du Règlement prévoit que : « Lorsqu'une instance est introduite devant le Tribunal par une requête,

celle-ci indique la partie requérante, la partie contre laquelle la demande est formée et l'objet du différend. »

131. Le Tribunal a eu à juger (*Affaire du navire « Louisa »*, par. 143) que s'il est loisible aux plaidoiries subséquentes de chercher à éclairer les termes de la requête, ces plaidoiries ne doivent pas dépasser les limites de la demande contenue dans ladite requête. Pour résumer, un différend porté devant le Tribunal par voie de requête ne saurait être transformé en un différend dont la nature ne serait pas la même.

132. A cet égard, l'on peut rappeler la jurisprudence de la CPJI et de la CIJ lorsqu'elles ont été amenées à interpréter les dispositions relatives au différend dans leurs Statuts et Règlements respectifs.

133. La Cour permanente de Justice internationale a déclaré :

[A]ux termes de l'article 40 du Statut, c'est la requête qui indique l'objet du différend; ... le Mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient.

[*Administration du prince von Pless, ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B no 52, p. 14*]

134. Elle a ajouté, dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique* :

[L]a faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut et à l'article 32, alinéa 2, du Règlement (de 1936), qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend.

[*Société commerciale de Belgique, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 78, p. 17*]

135. La Cour internationale de Justice a confirmé cette jurisprudence dans les *affaires de Certaines terres à phosphate à Nauru et des Plateformes pétrolières*. Dans cette dernière affaire, elle a déclaré :

Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que les parties à une affaire ne peuvent en cours d'instance « transformer le différend

porté devant la Cour en un différend dont le caractère ne serait pas le même ». (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 265, par. 63)

[*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 213, par. 117]

136. Il n'existe pas de circonstances particulières en l'espèce qui justifieraient que l'on s'écarte de cette jurisprudence.

137. Le Tribunal, en interprétant l'article 24, paragraphe 1, de son Statut et l'article 54, paragraphes 1 et 2, de son Règlement, a conclu que ces dispositions sont essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice (voir *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 267, par. 69).

138. Pour ces raisons, le Tribunal ne doit pas admettre qu'un différend porté devant lui par requête puisse être transformé, au fil de la procédure, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même.

139. Le Tribunal peut se reconnaître compétent pour interpréter les conclusions des parties se présentant devant lui, ce qui lui permet, s'il l'estime nécessaire, de ne pas y répondre (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1954, p. 88). En revanche, il ne peut ni changer la nature d'un différend ni statuer ultra petita ou accorder aux parties au-delà de ce qu'elles ont demandé dans leurs conclusions (*Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 402 ; voir aussi, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fixation du montant des réparations, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 244).

140. En ce qui concerne la confiscation du « Virginia G » et celle de la cargaison,

Le 27 août 2009, la Commission interministérielle de surveillance maritime de la Guinée-Bissau (Comissão Interministerial da Fiscalização Marítima (ci-après dénommée « la CIFM »)) a adopté la décision

07/CIFM/09 suivante:

Confiscation d'office du pétrolier « Virginia G » avec ses engins, son matériel et tous les produits se trouvant à bord en faveur de l'Etat de Guinée-Bissau en raison de la pratique répétée du navire consistant à mener des activités connexes de pêche sous forme de vente non autorisée de fioul à des navires de pêche se trouvant dans notre ZEE, à savoir l'AMABAL II, conformément au paragraphe 1 de l'article 52 du décret-loi n° 1-A/2005 et au paragraphe 3 c) et à l'article 23 du décret-loi n° 6-A/2000.

Le FISCAP a notifié la décision de la CIFM au propriétaire du navire par lettre du 31 août 2009. (arrêt, par. 64).

141. L'on peut retenir que la confiscation du « Virginia G » s'est faite *ope legis*, en application des lois et règlements de l'Etat côtier en matière de pêcheries. En effet, l'article 52, paragraphe premier, du Décret-loi 6A/2000 (tel que modifié par le DL 1-A/2005) dispose :

Tous les navires de pêche industrielle ou artisanale, qu'ils soient nationaux ou étrangers, qui se livrent à des activités de pêche dans les limites des eaux maritimes nationales sans avoir obtenu le permis prévu aux articles 13 et 23 de la présente loi sont saisis d'office au nom de l'Etat avec leur engins, leur matériel et les produits de la pêche se trouvant à bord sur une décision d'un membre du Gouvernement responsable des pêcheries.

142. Si une violation des droits d'entités privées résultait de cette mesure, ces entités devraient, de manière indépendante, former des recours devant les tribunaux de l'Etat bissau-guinéen.

143. Il en va de même pour la cargaison. Son propriétaire n'est pas le propriétaire du « Virginia G ». Comme le Panama l'indique [mémoire, paragraphe 68], la cargaison appartient à une société irlandaise, la *Lotus Federation*. Elle se trouvait sous la juridiction de l'Etat du pavillon tant

qu'elle restait à bord du navire. Mais ce lien a été rompu, avant qu'une demande d'indemnisation n'ait pu être formée, lorsque le gazole a été déchargé dans le port de Bissau le 30 novembre 2009. L'ordonnance administrative de déchargement du gazole à Bissau a été rendue en application de la juridiction territoriale de la Guinée-Bissau et la validité de cette ordonnance pouvait être contestée à ce niveau.

144. Qui plus est, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas exclue par l'inexistence d'un lien juridictionnel entre le navire, les membres de son équipage et la cargaison, d'une part, et l'Etat côtier, de l'autre. En effet, ce lien est prouvé par le fait que le tribunal de Bissau a été saisi d'une demande tendant à ce que soit prononcée une ordonnance en indication de mesures conservatoires de non-confiscation du navire et de sa cargaison et que ce tribunal a tranché en ce sens.

145. Le système des voies de recours internes en Guinée-Bissau est très au point. Le Décret-loi sur les pêcheries (DL6-A/2000) et le Code de procédure civile permettent d'être édifié en la matière.

146. Trois voies de recours s'offrent au propriétaire du navire. D'abord, la prompte mainlevée, procédure pouvant être couplée avec une demande de règlement (« *transação* »). Ensuite, un recours en révision judiciaire de la décision administrative de confiscation auprès du tribunal régional de Bissau. Ce recours peut s'accompagner d'une demande de règlement (« *transação* ») et d'une demande de mesure conservatoire tendant à suspendre la décision administrative de confiscation. Enfin, troisième voie, une demande adressée à la Commission interministérielle des pêcheries visant à obtenir que la décision administrative de confiscation soit convertie en amende, dont le montant est fixé par transaction (« *transação* »).

147. En ce qui concerne la prompte mainlevée, l'article 65 du décret-loi 6A/2000 dispose que :

1) Par décision d'un tribunal compétent, les navires ou embarcations de pêche et leur équipage pourront être immédiatement libérés, avant le procès, à la demande du propriétaire du navire, du capitaine ou du patron

de pêche, ou du représentant local du propriétaire, pour autant qu'une caution suffisante ait été déposée.

2) La décision judiciaire visée au paragraphe précédent sera prise dans les 48 heures suivant le dépôt auprès du tribunal d'une demande de mainlevée de l'immobilisation du navire et de libération de son équipage.

3) Le montant de la caution ne sera pas inférieur aux coûts afférents à l'arraisonnement et à l'immobilisation du navire, ainsi qu'au rapatriement éventuel des membres de l'équipage et au montant de l'amende dont sont passibles les auteurs de l'infraction.

4) Dans le cas d'infractions pour lesquelles le présent Décret-loi prescrit ou autorise la confiscation des captures, des engins de pêche et du navire, le tribunal peut majorer le montant de la caution de la valeur des captures, des engins de pêche et du navire.

148. La caution sera immédiatement restituée si, d'une part, une décision est prononcée relaxant les accusés ou si le tribunal condamne l'auteur ou les auteurs de l'infraction et si les amendes à leur charge ont été intégralement payées, ainsi que les coûts et les autres frais de la procédure et tout intérêt de retard, en conformité avec l'arrêté et dans les trente jours suivants, d'autre part. Les amendes consécutives aux infractions de pêche sont prévues à l'article 54, paragraphe 2, du décret-loi.

149. La seconde voie a trait au recours en révision judiciaire de la décision administrative de confiscation auprès du tribunal régional de Bissau. Un recours en annulation peut y être introduit contre tout acte administratif, comme par exemple, la décision de confiscation du « Virginia G ». Le recours peut se muer en transaction car « le membre du Gouvernement responsable pour le domaine des pêches peut, sur autorisation expresse de la Commission Interministérielle des Pêches, transiger au nom de l'Etat durant l'action judiciaire quant aux infractions visées par ce décret-loi » (article 62, par. 2).

150. Une autre possibilité est de présenter, en même temps qu'un recours sur le fond de la décision administrative de confiscation, une demande de mesure conservatoire d'urgence suspendant le caractère im-

médiatement exécutoire de cette décision (« *executoriedade* »). Les conditions requises à cet effet sont : a) la présomption que la demande est fondée (« *fumus boni juris* »), b) le souci de préserver l'intégrité du droit en cause et c) la mise en balance des intérêts des parties pour que le préjudice causé à la partie adverse par la mesure conservatoire ne dépasse pas le préjudice qui résulterait de l'exécution immédiate de la décision administrative (article 401, paragraphe premier, du Code de procédure civile). En tant que défendeur, l'Etat peut faire appel de la décision suspendant l'exécution de la décision administrative (« *agravo* ») ; recours contre une décision judiciaire qui ne se prononce pas sur le bienfondé de l'action principale (article 401, par. 2, du Code de procédure civile).

151. La procédure relative à une mesure conservatoire est assujettie à l'existence d'une procédure principale. Elle peut être ouverte avant la procédure principale, simultanément ou après. En revanche, la mesure conservatoire n'a plus d'effet si l'action principale n'est pas intentée dans les trente jours suivant son octroi ou si elle n'est pas mise en oeuvre pendant plus de trente jours par la faute du demandeur (article 382, paragraphe premier, du Code de procédure civile). Etant donné que le recours contre une mesure conservatoire prononcée par un tribunal est automatiquement du ressort d'une juridiction supérieure et a un caractère d'urgence, ledit recours a un effet suspensif sur la mesure conservatoire (article 740, paragraphe premier, du Code de procédure civile).

152. La troisième voie est la demande adressée à la Commission interministérielle tendant à obtenir la conversion de la décision de confiscation en amende dont le montant fait l'objet de transaction. Elle est organisée par l'article 62 du décret-loi. Une fois l'amende fixée, le dossier est envoyé au tribunal régional de Bissau par les services du Procureur général. Le tribunal régional en évalue les motifs. Cependant, dès que cette action est intentée, l'intéressé peut demander à transiger conformément à l'article 62, paragraphe 2, du décret-loi.

153. En l'espèce, la procédure de prompt mainlevée, prévue à l'article 65 du décret-loi, apparaît comme le recours le plus efficace car elle

peut intervenir dans les 48 heures moyennant le dépôt d'une caution, laquelle peut faire l'objet d'une transaction. Le propriétaire du « Virginia G » n'a pas exploré cette possibilité. Il est malvenu d'affirmer maintenant que la dépense occasionnée aurait été prohibitive.

154. Le propriétaire ne s'est pas adressé aux autorités compétentes. Il s'est plutôt adressé à la FISCAP qui est simplement un service de surveillance qui constate les infractions et dresse des procès-verbaux qu'elle communique au Ministre en charge des pêches, lequel envoie le dossier devant la juridiction compétente par le truchement du Procureur général, à moins qu'une transaction n'intervienne.

155. Aux termes de l'article 60 du décret-loi, les amendes à raison d'infractions à la loi sont payées dans les quinze jours suivant le prononcé de la condamnation ou leur imposition par la Commission interministérielle des pêches. Le délai peut être prorogé pour la même période à la demande du propriétaire du navire. A l'expiration de ce délai, la confiscation devient définitive (article 60, par. 3). Le propriétaire du « Virginia G » avait été mis en garde par son représentant à Bissau (M. Alvarenga, d'Africargo) qui lui avait indiqué que : a) l'affaire relevait de la compétence de la Commission interministérielle et non plus de la FISCAP (déclaration de M. Samper, annexe 4 du mémoire du Panama, p. 5) ; b) il disposait de quinze jours pour faire appel de la décision de confiscation ou pour transiger (*ibid.*) ; c) Penn Lilac devait se mettre en rapport avec ses avocats car le délai de quinze jours était sur le point d'expirer (*ibid.*, p. 6).

156. Aussi, le propriétaire a-t-il été « très surpris » d'apprendre, par notification du 23 septembre 2009, que le délai avait expiré sans qu'il y ait eu aucune action de sa part et que, s'il ne faisait rien dans les 72 heures qui suivaient, la cargaison serait vendue aux enchères (*ibid.*, p. 7).

157. C'est seulement lorsqu'il a été informé que le gazole allait être déchargé que le propriétaire s'est adressé pour la première fois à un tribunal pour demander une mesure conservatoire suspendant la décision administrative de confiscation, c'est-à-dire le 29 octobre 2009 (réponses

de la République de Guinée-Bissau aux questions posées par le Tribunal international du droit de la mer, le 6 septembre 2013, p. 3). Et ce n'est que le 4 décembre 2009 que le propriétaire a engagé la procédure principale de recours contre la décision administrative de confiscation (ibid., p. 3-4). C'est dire que le délai fixé à l'article 60 du décret-loi était depuis longtemps arrivé à expiration. Face à une attitude aussi singulière, l'on comprend mieux la déclaration du propriétaire où il explique (annexe 5 du mémoire du Panama, M. Gamez Sanfiel) :

Nous ne voulions pas recourir au mécanisme de la prompte mainlevée prévu à l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer parce que nous avons été amenés à croire qu'une solution pourrait être trouvée au problème. Cependant, à mesure que le temps passait, le coût de l'entretien du « Virginia G » augmentait de façon spectaculaire, empêchant la société d'engager des poursuites judiciaires, à commencer par demander à la République du Panama de prendre fait et cause pour nous.

158. On a, par ces mots, la preuve que le propriétaire du « Virginia G » n'a pas épuisé les voies de recours internes, à lui offertes par la République de Guinée-Bissau, à cause de graves difficultés financières rencontrées par sa société.

159. Or, une des règles fondamentales en matière de protection diplomatique est et demeure la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Il appartient à l'individu d'épuiser toutes les voies de recours offertes de sorte que, s'il n'obtient pas satisfaction, son Etat national puisse prendre fait et cause en sa faveur. Cet Etat doit s'assurer que son national lésé a effectivement épuisé les recours offerts par l'Etat présumé responsable avant de mettre en oeuvre sa protection diplomatique.

160. Cette règle est à la fois une condition procédurale à la réclamation internationale et une condition de fond – substantielle – à la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat. Elle est retenue tant en doctrine qu'en jurisprudence. Le Tribunal aurait dû s'en tenir à ces constatations et débouter la République du Panama pour défaut de qua-

lité pour agir.

161. En lieu et place, le Tribunal conclut que la confiscation du « Virginia G » et du gazole à son bord constitue une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention (par. 281 de l'arrêt).

Le « Virginia G » a fait l'objet de cette procédure entre le 22 et 29 mai 2011 et le 15 juin 2011. En août 2011, il était en infraction à la législation bissau-guinéenne pour n'avoir pas accompli des formalités qu'il connaissait pourtant ; d'où son arraisonnement. En conséquence, la saisie du « Virginia G » ne constitue nullement une violation de l'article 58 de la Convention, parce que l'avitaillement des navires de pêche dans la ZEE relève de la juridiction de l'Etat côtier. Il s'agit d'une activité connexe à la pêche.

162. La confiscation par la Guinée-Bissau du navire « Virginia G » constitue une mise en oeuvre par ce pays des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 73 de la Convention dont le paragraphe premier laisse au législateur national le soin de définir à la fois les délits de pêche et les pénalités applicables aux auteurs de ces délits. Il appartient, dès lors, au juge national saisi de déterminer la peine à appliquer à la lumière des dispositions législatives en vigueur, des preuves qui lui sont apportées et des circonstances de l'affaire. La seule limite qui soit apportée à l'exercice du pouvoir de sanction d'un Etat côtier est celle énoncée au paragraphe 3 de l'article 73 qui exclut les peines d'emprisonnement et tout châtiment corporel.

163. En conséquence, l'Etat côtier a non seulement le droit de réglementer les activités d'avitaillement dans sa zone économique exclusive, mais il est aussi en droit d'inclure la confiscation des navires convaincus d'infraction, dans sa législation nationale applicable à la zone économique exclusive. Le Tribunal le reconnaît d'ailleurs (par. 255 de l'arrêt). La question – plutôt surprenante – que le Tribunal s'est posée est celle-ci : la mesure prise par la Guinée-Bissau constitue-t-elle une violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention dans cette affaire ?

La confiscation du « Virginia G » est effectuée par la Guinée-Bissau dans l'exercice de ses droits souverains pour la protection et la préservation de ses ressources biologiques et elle est tout à fait conforme aux dispositions de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention lesquelles ne contiennent aucune règle qui l'exclut lorsqu'un navire de pêche se livre à une pêche illégale dans la zone économique exclusive de l'Etat côtier. Ce n'est pas un hasard si l'article 73, paragraphe 1, de la Convention dispose que :

Dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, qui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention.

S'il y avait des restrictions, la Convention les aurait expressément prévues comme elle l'a fait au paragraphe 3 du même article en ce qui concerne la peine de l'emprisonnement ou toute autre forme de châtiement corporel. Ces vues sont amplement confirmées par la pratique incontestée des Etats car les législations nationales en matière de pêche qui prévoient la confiscation ne se comptent plus.

Curieusement, dans une démarche téléologique – démarche imputable au but recherché –, l'arrêt explique qu'« [i]l entre dans la compétence du Tribunal de déterminer [...] si les mesures prises pour appliquer [la] législation [bissau-guinéenne] sont nécessaires » (par. 256 de l'arrêt) oubliant que le Tribunal n'est pas une Cour d'appel. Le procédé lui permet de trouver des « circonstances atténuantes en faveur du "Virginia G" » (par. 268) et d'arriver à la conclusion que « de l'avis du Tribunal, la confiscation du navire et du gazole à son bord dans les circonstances de l'espèce n'était pas nécessaire ni pour sanctionner l'infraction commise ni pour dissuader les navires ou leurs exploitants de récidiver » (par. 269) et qu'en conséquence « [l]e Tribunal conclut que la confiscation du "Virginia G" et du gazole à son bord par la Guinée-Bissau consti-

tue une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention » (par. 271 de l'arrêt).

164. Le Tribunal indique qu'il ressort des instruments juridiques qu'il a passés en revue que régler le soutage des navires de pêche étrangers fait partie des mesures que l'Etat côtier peut prendre dans sa zone économique exclusive aux fins de la conservation et de la gestion de ses ressources biologiques en application de l'article 56, rapproché de l'article 62, paragraphe 4, de la Convention ; les activités d'appui auxdits navires étant susceptibles d'accroître leur capacité et avoir une incidence directe sur l'état et la productivité des stocks.

165. En ce qui concerne la confiscation, le Tribunal a entendu l'expert cité par la Guinée-Bissau, M. Pereira, qui a déclaré que la décision de confisquer le navire et le gazole à son bord constitue un acte administratif, susceptible d'appel en application de l'article 52, paragraphe 3, du Décret-loi 1-A/2005. Il a confirmé qu'aux termes de l'article 23, paragraphe 1, du décret, le soutage devait être autorisé par un membre du Gouvernement responsable des pêcheries et a souligné que la sanction en cas de défaut de permis ou d'autorisation était la confiscation, à laquelle il est procédé d'office, et que cette mesure devrait être prise par le membre du Gouvernement responsable des pêcheries, lequel préside la Commission interministérielle de surveillance maritime. Lors de son audition, M. Pereira a indiqué qu'à son avis, les décisions N° 07/CIFM/09 du 27 août 2009 et N° 09/CIFM/2009 du 25 septembre 2009 ordonnant et confirmant respectivement la confiscation du « Virginia G » étaient conformes à la loi. Elles constituaient un acte administratif pouvant être contesté devant les tribunaux. La Guinée-Bissau ajoute qu'elle ne voit pas « comment cette décision pourrait être contraire aux droits d'autres Etats ou à la Convention ».

166. Pourtant, le même Tribunal – qui voit dans la confiscation du « Virginia G » une infraction à l'article 73, paragraphe 1 – note que cet article de la Convention mentionne bien le droit de l'Etat côtier de procéder à l'arraisonnement, à l'inspection et à la saisie des navires qui ne respectent pas ses lois et règlements. En conséquence, le Tribunal consi-

dère que l'arraisonnement, l'inspection et la saisie du « Virginia G » n'ont pas enfreint l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

167. Qui plus est, le Tribunal explique qu'en ce qui concerne l'affaire dont il est saisi, il conclut que les Etats côtiers disposent d'une compétence normative en vertu de l'article 56 de la Convention aux fins de la conservation et de la gestion des ressources biologiques marines et qu'une telle compétence comprend le droit de réglementer le soutage des navires de pêche étrangers dans la zone économique exclusive. L'article 73, paragraphe 1, de la Convention dispose que les lois et règlements en question peuvent comprendre les mesures d'exécution nécessaires. Etant donné que les lois et règlements bissau-guinéens sur la pêche assimilent la pêche proprement dite et les activités d'appui, il s'ensuit logiquement, de l'avis du Tribunal, que ces lois et règlements prévoient la confiscation des navires de soutage.

168. En ce qui concerne le « Virginia G », le Tribunal relève que le navire n'avait pas l'autorisation écrite requise pour effectuer le soutage et ne s'était pas acquitté des droits, d'un montant de 112 euros. La réglementation du soutage constitue une mesure importante s'agissant de contrôler les services d'appui fournis aux navires de pêche étrangers dans la zone économique exclusive afin de mieux y gérer les ressources halieutiques. De l'avis du Tribunal, ne pas respecter l'obligation de demander par écrit l'autorisation de procéder au soutage et de s'acquitter des droits prévus est une infraction grave. Cependant, pour le Tribunal, elle ne revêt toutefois pas le même degré de gravité que, par exemple, la surpêche ou la pêche non autorisée. Le Tribunal se méprend sur le fait que l'avitaillement est le facteur facilitant par excellence de la surpêche en ce qu'il permet aux navires de pêche de poursuivre sans interruption leurs activités en mer sans avoir à revenir aux ports de l'Etat côtier pour effectuer leur soutage d'une part et débarquer leur prise, conformément à leur permis de pêche, de l'autre.

169. Curieusement, le Tribunal trouve ce qu'il nomme « des circonstances atténuantes en faveur du "Virginia G" » : le permis requis avait été demandé en d'autres occasions et une méconnaissance de la procédure à suivre. Ces deux « facteurs » sont contradictoires car si le permis

avait été demandé et obtenu, c'est que l'agent devait connaître la procédure à suivre. Le Tribunal indique enfin que si la mesure d'exécution prise à l'encontre du « Virginia G » pouvait être appropriée en cas de pêche illégale dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau, elle n'est pas raisonnable du fait des circonstances particulières de l'espèce, parce que la confiscation n'était nécessaire ni pour sanctionner l'infraction commise ni pour dissuader les navires ou leurs exploitants de récidiver. Et le Tribunal de conclure que la confiscation du « Virginia G » et du gazole à son bord constitue une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention.

170. Le Tribunal aurait dû se rendre compte que la mesure de confiscation est non seulement proportionnée mais elle se présente comme la plus appropriée « en raison de la pratique répétée du navire consistant à mener des activités connexes de pêche sous forme de vente non autorisée d'hydrocarbure à des navires de pêche se trouvant dans notre ZEE... » (décision 07/CIFM/09 du 27 août 2009). Est-il besoin de rappeler que l'article 73, paragraphe 1, de la Convention laisse au législateur national le soin de définir à la fois les délits de pêche et les pénalités applicables aux auteurs de ces délits ? Il appartient en conséquence à l'Etat côtier de déterminer la peine à appliquer à la lumière des dispositions législatives en vigueur, des preuves qu'il détient ainsi que des circonstances de l'affaire. De surcroît, il convient de souligner que la confiscation d'un navire de pêche étranger convaincu d'infraction aux lois et règlements en matière de pêche dans la zone économique exclusive est une sanction parfaitement licite au regard du droit international et qui est d'ailleurs expressément prévue par de nombreuses législations nationales (*voir infra*, La pratique). La confiscation porte sur l'exercice normal par l'Etat côtier de ses droits souverains. Elle sanctionne des infractions aux lois et règlements dudit Etat. En effet, les Etats côtiers n'hésitent pas à appliquer la peine de confiscation des navires laquelle est particulièrement grave lorsqu'il s'agit de réprimer les infractions à leur législation nationale en matière de pêche et notamment la récidive. Cette affaire concerne le droit pour un Etat en développement, en l'absence d'une législation internationale universellement reconnue, de pro-

téger le patrimoine économique dont il tire l'essentiel de ses ressources. Dans les affaires relatives à la compétence en matière de pêcheries, le Ministre des affaires étrangères d'Islande indiquait : « les intérêts vitaux du peuple islandais sont en jeu » (lettre du Ministre des affaires étrangères d'Islande datée du 29 mai 1972. Citée dans *C.I.J. Recueil* 1973, p. 7).

VI. LE DROIT CONVENTIONNEL

171. Le Panama prétend que la Guinée-Bissau a violé l'article 58 de la Convention portant « liberté de navigation et liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites ». Il affirme que les services de soutage fournis par le « Virginia G » dans la ZEE de la Guinée-Bissau relèvent effectivement de la liberté de navigation et de l'utilisation de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de cette liberté, conformément au paragraphe 1 de l'article 58 (par. 261 du mémoire du Panama).

172. La Guinée-Bissau rejette totalement les allégations du Panama selon lesquelles elle aurait violé la Convention ou le droit international général. Pour elle, le soutage est considéré dans toute la région de l'Afrique de l'Ouest comme une activité connexe de pêche, subordonnée à l'autorisation de l'Etat côtier (par. 208 et 210 du contre-mémoire de la Guinée-Bissau).

173. Dans la zone économique exclusive, l'Etat côtier a des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques présentes dans les eaux, les fonds marins et leur sous-sol ainsi que tout autre activité ayant des fins économiques, comme la production d'énergie (article 56 de la Convention). L'Etat côtier jouit ainsi de larges pouvoirs mais doit aussi y assumer un certain nombre d'obligations.

174. Rappelons que lorsque la Commission du droit international a invoqué le concept de « droits souverains » à propos des ressources du plateau continental en 1956, elle indiquait dans son commentaire que

les droits reconnus à l'Etat riverain s'entendent de tous les droits qui sont nécessaires et qui se rattachent à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles du Plateau continental. Ces droits comprennent la juridiction pour ce qui est de la prévention et de la répression des infractions à la loi.

Les droits de l'Etat riverain sont exclusifs en ce sens que si l'Etat n'exploite pas le plateau continental, c'est seulement avec son consentement que d'autres pourront le faire.

[*Annuaire CDI, 1956, Vol. II, p. 298, commentaire du projet d'article 68*]

175. Cette qualification de la CDI s'applique à l'interprétation du même concept de « droits souverains » lorsqu'il s'agit des ressources de la zone économique exclusive. Dans la Convention, la juridiction pour ce qui est de la prévention et de la répression des infractions à la loi est prévu à l'article 73 dont le paragraphe premier dispose :

Dans l'exercice de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive, l'Etat côtier peut prendre toutes mesures, y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie et l'introduction d'une instance judiciaire, qui sont nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention.

176. Le Tribunal a examiné la question de savoir si la Guinée-Bissau a violé les dispositions de la Convention lorsqu'elle a saisi, puis confisqué, le « Virginia G ». Il a cherché à déterminer si en vertu de la Convention, la Guinée-Bissau a la compétence normative pour réglementer le soutage dans sa zone économique exclusive, si les lois et règlements de la Guinée-Bissau sont conformes à la Convention ainsi que leur mise en oeuvre.

[...]. Le Panama explique que le mot soutage est « l'expression utilisée dans le secteur des transports maritimes pour décrire la vente de combustible par des navires spécialisés, par exemple des pétroliers, qui

approvisionnement en combustible (tel que fuel léger, gazole ou diesel marine) d'autres navires qui naviguent au large ». La Guinée-Bissau considère que cette description de l'activité économique de soutage « est, de manière générale, exacte ».

[...]. Le Panama fait remarquer que « l'activité consistant à fournir des services de soutage dans la ZEE d'un Etat côtier n'est ni expressément régie par la Convention ni réglée par la jurisprudence internationale ».

[...]. Le Panama affirme que « la Guinée-Bissau n'était et n'est pas en droit d'exercer des droits souverains ou une juridiction qui ne lui sont pas reconnus par la Convention ». Il soutient que « la mesure dans laquelle la Guinée-Bissau a étendu sa souveraineté et sa juridiction aux activités menées par le "Virginia G" et [le] déni de la liberté de navigation qui en [découle ...] ne sont pas conformes aux dispositions de la Convention ».

[...]. Le Panama avance que « les services de soutage fournis par le "Virginia G" dans la ZEE de la Guinée-Bissau relèvent de la liberté de navigation et de l'utilisation de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de cette liberté, conformément au paragraphe 1 de l'article 58 ».

[...]. En outre, le Panama estime que le fait d'exiger une autorisation et d'imposer des droits pour le ravitaillement en combustible des navires dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau, conformément à ses lois et règlements, est contraire aux libertés énoncées à l'article 58 de la Convention.

[...]. Le Panama fait valoir que « [p]armi les principaux droits dont jouissent les autres Etats dans la ZEE de l'Etat côtier se trouvent les libertés accordées à tous les Etats par l'article 58 de la Convention ». Dans ce contexte, le Panama soutient que l'exclusion du paragraphe 1 de l'article 58 des libertés énumérées aux alinéas d), e) et f) de l'article 87 et leur inclusion expresse au paragraphe 1 de l'article 56 signifient que la liberté de la mer ne devrait être limitée que s'agissant des droits reconnus

expressément à un Etat côtier visés au paragraphe 1 de l'article 56.

[...]. Le Panama affirme que « le libellé du paragraphe 1 de l'article 58, en se référant audit article 87, paraît mettre sur le même pied les libertés qui peuvent être exercées dans la ZEE et les libertés de la haute mer, en précisant même que les dispositions des articles 88 à 115 de la Convention sont applicables ».

[...]. Le Panama fait en outre valoir que

lorsque l'on est appelé à déterminer la portée des trois libertés (navigation, survol et communication) en cas de litige, l'interprétation doit pencher en faveur desdites libertés et de « la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés, notamment dans le cadre de l'exploitation des navires ».

[...]. Le Panama soutient que l'activité de soutage du « Virginia G » est une « activité commerciale dans le contexte de laquelle les navires, y compris les navires de pêche, exploités dans la ZEE des Etats côtiers de l'Afrique de l'Ouest, offrent des débouchés spécifiques pour la vente de gazole » et que le ravitaillement en combustible des navires est donc l'objet même de la navigation de ce navire. Il explique que c'est précisément la corrélation inhérente entre soutage et navigation qui devrait conduire à conclure que les activités de soutage doivent être considérées comme plus intimement liées à la liberté de navigation et à la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites au sens du paragraphe 1 de l'article 58 de la Convention.

[...]. Le Panama soutient que, aux termes du paragraphe 2 de l'article 56, lorsqu'un Etat côtier exerce ses droits et s'acquitte de ses obligations en vertu de la Convention dans sa zone économique exclusive, cet Etat doit tenir dûment compte des droits et des obligations des autres Etats, et notamment des libertés accordées à tous les Etats par l'article 58 de la Convention.

[...]. Le Panama fait observer que « [l]e décret-loi 6-A/2000 enfreint les dispositions de la Convention car il confère à la Guinée-Bissau certains droits souverains et une juridiction dont ne bénéficient pas les Etats côtiers en vertu de la Convention ».

[...]. Dans ce contexte, le Panama s'interroge sur l'absence de distinction, dans le décret-loi 6-A/2000, entre les navires de pêche et les autres navires et conteste « une définition très large des "activités connexes de pêche" qui englobent les "activités de soutien logistique" et qui sont définies [...] dans des textes d'application plutôt que dans le décret-loi 6-A/2000 proprement dit ». Le Panama soutient qu'un pétrolier ravitailleur n'est ni un navire de pêche ni, par définition, un navire se livrant à l'exploration, à l'exploitation ou à l'utilisation des ressources naturelles situées dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau dans le contexte des droits et de la juridiction accordés à celle-ci dans la partie V de la Convention. Le Panama explique que « [l]'activité de soutage de navires de pêche dans une ZEE est une activité très accessoire qui ne saurait être considérée comme une activité connexe de pêche ».

[...]. Selon le Panama, le décret-loi 6-A/2000 de la Guinée-Bissau n'est pas conforme aux principes et buts du régime juridique international concernant la zone économique exclusive. Le Panama affirme que la création de la zone économique exclusive, en tant que zone sui generis, vise essentiellement à permettre aux Etats côtiers de contrôler et de gérer leurs ressources marines. Il fait valoir également que « le paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention confère certains droits souverains et une juridiction définie [...] à la Guinée-Bissau dans sa ZEE aux fins de l'exploration et de l'exploitation, de la conservation et de la gestion de ses ressources biologiques ou non biologiques ». Le Panama soutient que les articles 61 et 62 de la Convention définissent les modalités selon lesquelles un Etat côtier peut réglementer la conservation et l'utilisation de ses ressources biologiques.

[...]. Le Panama conteste l'assimilation du soutage dans la zone éco-

nomique exclusive à une activité connexe de pêche soumise aux lois et règlements de l'Etat côtier. Il est d'avis que

[I]a portée matérielle des droits et de la juridiction de la Guinée-Bissau concernant les ressources biologiques situées dans sa ZEE est liée à leur conservation et à leur gestion ainsi qu'à l'exploration et l'exploitation ou l'utilisation desdites ressources biologiques et il est peut-être raisonnable de dire que ces dispositions peuvent même être qualifiées de « suffisamment larges pour comprendre toutes les activités des entreprises et des pouvoirs publics se rapportant normalement aux ressources biologiques ». Cependant, on pourrait aussi raisonnablement dire qu'une interprétation plus large préserverait nécessairement le lien fondamental avec les ressources biologiques elles-mêmes.

[...]. Selon le Panama,

[I]a Guinée-Bissau paraît avoir pour pratique d'élargir son interprétation des activités de pêche et des activités connexes de pêche [...] au ravitaillement en combustible en mer. [...] Le seul élargissement raisonnable d'une telle interprétation pour le classement de certaines activités connexes en activités connexes de pêche, ou activités de soutien logistique, ne devrait pas aller au-delà des activités qui sont effectivement et rigoureusement liées à la pêche plutôt qu'à des services de caractère général fournis aux navires pour satisfaire un besoin tout à fait essentiel, comme le soutage.

Le Panama rejette l'approche suivie par la Guinée-Bissau.

[...]. S'agissant de l'argument avancé par la Guinée-Bissau, à savoir qu'en Afrique de l'Ouest, le soutage des navires de pêche est souvent assimilé à une activité connexe de pêche, le Panama considère qu'il est peu satisfaisant ; le Tribunal ne saurait considérer qu'une prétendue tendance régionale suffirait à établir l'existence d'une norme juridique. Selon le Panama, la majorité des Etats ne considèrent pas que les navires qui se livrent à des activités connexes de pêche sont des navires de pêche. Il reconnaît qu'

il se peut fort bien qu'un navire de pêche soit soumis à des règles spécifiques du fait qu'il se trouve dans la ZEE du pays et de l'activité de pêche qu'il y mène. Cependant, il ne s'ensuit pas nécessairement [...] que les règles applicables à ces navires de pêche s'appliqueraient aussi au navire avitailleur, en l'occurrence le « Virginia G ».

[...]. Le Panama affirme que la reconnaissance manifeste par la Guinée-Bissau des avantages financiers de la réglementation du soutage dans sa ZEE [...] et l'exigence de sa part d'un paiement par les navires avitailleurs en échange de la délivrance d'une autorisation sont en vérité les manifestations d'une situation dans laquelle l'autorisation ou le consentement est traité de la même manière qu'une licence, et dans laquelle la Guinée-Bissau impose une forme d'impôt ou de droit de douane aux activités de soutage menées dans sa ZEE.

[...]. Il affirme en outre que

l'extension unilatérale du champ d'application de la Convention par la Guinée-Bissau, par le biais de sa législation nationale de la pêche, pour y inclure également les opérations de soutage effectuées dans la ZEE, de telle sorte qu'une autorisation préalable est requise contre paiement, est, en réalité, uniquement destinée à élargir le rayon d'application de sa législation douanière, situation qui n'a en fait pas été acceptée par le Tribunal dans l'arrêt rendu en 1999 dans l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) et qui pourtant semble subsister, sous une forme déguisée, dans le décret-loi 6-A/2000 de la Guinée-Bissau.

[...]. Dans ce contexte, le Panama renvoie à un passage de l'ordonnance commune n° 2/2001 du 1er octobre 2001 du Ministère des pêcheries et de la mer et du Ministère de l'économie et des finances, qui se lit comme suit : « [c]onsidérant également la politique du Gouvernement visant à encourager et promouvoir l'initiative privée afin de permettre au secteur privé de contribuer positivement au développement économique et social du pays ... ».

[...]. Pour souligner le caractère indispensable du soutage des na-

vires de pêche dans la zone économique exclusive de la Guinée-Bissau, le Panama fait remarquer en outre que « les services de soutage fournis dans ce secteur sont [...] particulièrement importants en raison de l'absence générale d'installations de ravitaillement et de produits pétroliers et gaziers dans la région » et que « le port de Bissau n'a pas d'installations [...] approprié[s] ».

[...]. En ce qui concerne les préoccupations environnementales invoquées par la Guinée-Bissau pour justifier la réglementation du soutage, le Panama avance que « ... les risques durant les opérations de soutage sont tout à fait minimales » et que « ... des navires comme le "Virginia G" ne fournissent pas de fioul lourd mais seulement du gazole [...] (produit propre et volatil) [qui] n'a pas causé de problèmes notables au milieu marin ». Le Panama soutient en outre que l'argument « de la Guinée-Bissau selon [lequel] il était nécessaire de réglementer les activités du "Virginia G" à l'échelon national au titre de la protection et de la conservation de ses ressources » n'est pas tenable, « d'autant que la législation appliquée à l'encontre du "Virginia G" était la loi nationale de la Guinée-Bissau relative à la pêche, [et que] la Guinée-Bissau ne peut [...] faire entendre ses préoccupations liées à la "protection et à la conservation de ses ressources" pour la première fois dans son contre-mémoire ».

[...]. En outre, de l'avis du Panama, le principe d'une pêche durable invoqué par la Guinée-Bissau ne sert pas la cause qu'elle défend. Le Panama considère que les arguments de la Guinée-Bissau sont contradictoires et note que la Guinée-Bissau n'est même pas membre de la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique.

[...]. S'appuyant sur l'historique de la notion de zone économique exclusive, le Panama rejette enfin l'idée que les Etats côtiers jouissent d'une compétence résiduelle dans cette zone. Il soutient qu'« [i]l n'existe aucun pouvoir résiduel qui permettrait à l'Etat côtier d'édicter des lois qui seraient contraires à la Convention ou entraîneraient sa violation ».

[...]. La Guinée-Bissau avance qu'elle « n'a pas violé l'article 58 de la Convention, vu que le soutage est une activité économique qui ne relève pas de la liberté de navigation ou de la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites ».

[...]. La Guinée-Bissau fait observer que « la ZEE a un statut particulier, mais que dans ce statut les intérêts de l'Etat côtier relatifs à la préservation des ressources marines et à la réglementation des pêches prévalent sur l'intérêt économique que présentent les activités de soutage effectuées par des pétroliers ».

[...]. Elle souligne que
suivant une interprétation évolutive de la Convention [...] la réglementation du soutage des navires de pêche dans la ZEE est admissible étant donné les droits souverains et la juridiction de l'Etat côtier reconnus dans les articles 56, 61, 62 et 73 de la Convention.

[...]. La Guinée-Bissau affirme par conséquent que ses lois et règlements ainsi que leur application aux activités du « Virginia G » sont conformes à la Convention et aux autres règles du droit international. Elle soutient qu'étant donné que

l'activité de soutage joue un rôle clé dans les opérations de pêche et les appuie, l'on doit naturellement considérer qu'il s'agit d'une opération connexe de pêche et [...] elle est par conséquent réglementée, et par la législation bissau-guinéenne, et par celle d'autres Etats de la sous-région.

[...]. Selon la Guinée-Bissau, « la Guinée-Bissau définit les activités de soutage comme faisant partie des opérations connexes de pêche à l'article 3(1)(2) et 3(b) et (c), ainsi qu'à l'article 23 de son décret-loi 6A/2000 ».

[...]. Les articles pertinents du décret-loi 6-A/2000 du 22 août 2000 se lisent comme suit :

Article 3 du décret-loi 6-A/2000 :

[Annexe 9 du mémoire du Panama (*Traduction du Greffe*)]

ARTICLE 3
(Définition de la pêche)

1. L'on entend par pêche le fait de capturer ou de récolter par quelque moyen que ce soit des espèces biologiques dont l'habitat normal ou le plus fréquent est l'eau.

2. La pêche comprend aussi les activités préalables dont l'objectif direct est la pêche, comme la recherche, la pose ou la collecte de dispositifs utilisés pour attirer le poisson, ainsi que les opérations connexes de pêche.

3. Aux fins du paragraphe précédent, on entend par opérations connexes de pêche :

a) Le transbordement de poisson ou de produits de la pêche dans les eaux maritimes de la Guinée-Bissau ;

b) Le transport des poissons ou d'autres organismes aquatiques qui ont été pris dans les eaux maritimes de la Guinée-Bissau jusqu'au premier débarquement ;

c) Les activités d'appui logistique aux navires de pêche en mer ;

d) La collecte de poisson parmi les pêcheurs.

Article 23 du décret-loi 6-A/2000 :

[Annexe 9 du mémoire du Panama (*Traduction du Greffe*)]

ARTICLE 23
(Opérations connexes de pêche)

1. Les opérations connexes de pêche doivent être autorisées par un membre du Gouvernement responsable des pêcheries.

2. Le permis mentionné ci-dessus est subordonné au versement de droits ou de redevances ainsi qu'à toutes autres conditions pouvant être fixées par le département du Gouvernement responsable des pêcheries, notamment en ce qui concerne les secteurs où peuvent être menées les

opérations connexes de pêche et la présence obligatoire d'observateurs ou d'inspecteurs.

[...]. La Guinée-Bissau souligne que cette réglementation est « parfaitement conforme à la pratique législative de la région ». Ce point a été développé par M. Dywyná Djabulá, expert cité par la Guinée-Bissau, dans sa déposition, comme suit :

Le soutage en mer est prévu par la Convention de 1993 relative à la détermination des conditions d'accès et d'exploitation des ressources halieutiques. Cette convention analyse la législation des différents Etats membres, parmi lesquels la Guinée-Bissau. Il y en a d'autres : le Sénégal, le Cap-Vert, la Sierra Leone. En vertu de cette Convention, il incombe aux Etats eux-mêmes de réglementer le soutage en mer. Par conséquent, la législation des Etats membres prévoit des règles relatives au soutage en mer. Pour réglementer cette activité, la législation de ces Etats donne un sens large aux notions de navires de pêche et d'activités de pêche. Lorsque nous parlons des navires de pêche au sens large, nous incluons aussi les navires qui fournissent un soutien logistique, tels que ceux qui assurent l'approvisionnement en combustible. Au sens large, la pêche comprend non seulement les captures effectives, mais aussi l'avitaillement des navires en mer. La législation de la Guinée-Bissau suit ce même schéma.

[...]. La Guinée-Bissau déclare qu'elle s'inscrit en faux contre l'idée que l'activité de soutage menée par le « Virginia G » dans sa zone économique exclusive serait à rapporter à la liberté de navigation et à la liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites prévues au paragraphe 1 de l'article 58 de la Convention, et qu'elle n'exigerait donc aucune autorisation préalable contre paiement.

[...]. La Guinée-Bissau déclare également que

la liberté de navigation des navires battant pavillon d'Etats tiers dans la zone économique exclusive d'Etats côtiers ne doit pas inclure le droit

de pratiquer l'activité économique qu'est le soutage des navires de pêche [...] étant donné qu'il y a un lien beaucoup plus marqué de cette activité avec l'exercice de la pêche qu'avec celui de la liberté de navigation.

[...]. La Guinée-Bissau avance que « les libertés maritimes dont jouissent d'autres Etats dans la ZEE peuvent être restreintes dans la mesure où cela est nécessaire à la sauvegarde des droits de l'Etat côtier (article 58, paragraphe 3, de la Convention) ».

[...]. Dans ce contexte, la Guinée-Bissau avance également qu'« [é]tant donné que le soutage peut menacer le droit de l'Etat côtier sur les ressources biologiques qui se trouvent dans sa zone économique exclusive, il doit être réglementé par cet Etat ».

[...]. Selon la Guinée-Bissau, le respect des « conditions à remplir pour le ravitaillement en combustible des navires en mer [...] doit être surveillé non seulement en raison des conséquences économiques de la pêche abusive, mais aussi à cause des risques élevés pour l'environnement que cela implique ».

[...]. La Guinée-Bissau soutient que « [l]e principe de précaution, en droit de l'environnement, oblige les Etats côtiers à prendre toutes les mesures appropriées pour éviter le moindre risque pour l'environnement, par exemple dans le cas d'un pétrolier navigant dans la ZEE ».

[...]. A cet égard, la Guinée-Bissau souligne que « [l'action de] l'Etat du pavillon ne permet pas à elle seule de prévenir une exploitation non contrôlée des ressources biologiques marines » et estime que la « réglementation du soutage en tant qu'activité connexe de pêche procède directement de l'application par la Guinée-Bissau de l'approche de précaution ».

[...]. La Guinée-Bissau rejette l'affirmation du Panama selon laquelle la loi bissau-guinéenne relative à la pêche n'a rien à voir avec la protection de l'environnement. Elle soutient que le soutage présente des

risques importants pour l'environnement et que, de ce fait, sa réglementation par les Etats côtiers est autorisée par les articles 61 et 62 de la Convention, point que le Tribunal n'a pas examiné dans l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2). La Guinée-Bissau déclare:

Peut-on supposer qu'aucun déversement d'hydrocarbures lié aux activités de soutage ne s'est produit dans un pays d'Afrique de l'Ouest? La réponse à cette question doit être négative, même s'il n'est pas possible de la confirmer par des exemples. C'est la raison pour laquelle la Guinée-Bissau applique le principe de précaution dans sa législation sur les pêches.

[...]. Rejetant la conclusion tirée par le Panama du fait que la Guinée-Bissau ne dispose pas des installations nécessaires pour que les navires se ravitaillent en combustible dans ses ports, la Guinée-Bissau déclare que cela ne lui interdit pas de contrôler la manière dont cette opération est effectuée dans sa zone économique exclusive.

[...]. A propos des droits à acquitter pour obtenir l'autorisation de soutage dans sa zone économique exclusive, la Guinée-Bissau souligne qu'ils visent uniquement à préserver l'environnement et que les recettes ainsi obtenues servent exclusivement à financer les politiques de lutte contre la pollution marine.

[...]. La Guinée-Bissau déclare que

l'Etat côtier a le droit de toucher les recettes d'impôt correspondant à cette activité, étant donné que le soutage empêche l'Etat côtier de percevoir les impôts qu'il percevrait sinon naturellement au titre de l'approvisionnement en combustible sur son territoire, et également en application du « principe du pollueur-payeur ».

[...]. De l'avis de la Guinée-Bissau,
[i]l est par conséquent normal que l'Etat côtier exige que l'activité de soutage dans sa zone économique exclusive implique le versement de droits pour obtenir les licences correspondantes, conformément à l'article 62 de la Convention.

[...]. La Guinée-Bissau souligne que, contrairement aux allégations du Panama, elle « n'a jamais étendu sa législation fiscale à la ZEE, étant donné qu'elle impose simplement un modeste droit pour la délivrance d'un permis de ravitaillement en combustible, qui est bien inférieur à ce qu'elle aurait obtenu sous la forme de recettes d'impôts si le ravitaillement avait eu lieu à terre ».

[...]. Cette question a été développée par M. Dywyná Djabulá dans sa déposition, comme suit :

Ce n'est pas la même loi qui s'applique au soutage en mer et au soutage à terre. Pour ce qui est du soutage au port, la législation actuelle prévoit qu'il s'agit d'une activité commerciale assujettie à une taxe plus élevée. Il faut acquitter un droit d'importation correspondant à 5 % de la valeur du produit, pour ce qui est du combustible. On doit également acquitter une taxe dite industrielle de 25 % sur le revenu, c'est-à-dire les recettes tirées de cette activité. Pour ce qui est du soutage en mer, c'est différent. Notre législation prend en compte la nécessité de protéger les ressources et l'environnement car c'est une activité qui porte atteinte au milieu marin à cause des risques de déversement d'hydrocarbures, des fuites au cours des opérations de transbordement. En outre, comme les navires de pêche peuvent rester plus longtemps dans la zone de pêche, ils pêchent plus puisqu'ils n'ont pas à interrompre leur activité pour aller se ravitailler en combustible au port, donc ils capturent plus de poissons, ce qui a des répercussions sur l'environnement. Dans l'ordonnance commune, il est dit que l'on doit prendre en compte les répercussions sur l'environnement et que cette activité doit faire l'objet de certaines conditions restrictives. Les droits imposés se fondent sur le principe de la protection de l'environnement. L'idée est d'influencer les activités des sociétés de pêche, de les amener à réfléchir et si elles ne veulent pas acquitter ces droits, elles ne pourront plus se ravitailler en mer. Si elles veulent continuer de se ravitailler en combustible en mer, il faut qu'elles acquittent ce montant, qui permettra de financer des politiques favorables à l'environnement, des opérations de lutte contre les déversements d'hydrocarbures, et des mesures d'atténuation des dommages causés. En fait, c'est un montant qui est minime, mais on peut

envisager de l'augmenter s'il n'est pas suffisamment élevé pour décourager ce type d'activité.

177. Cet article 73 confère de larges pouvoirs discrétionnaires à l'Etat côtier. Il n'en constitue pas moins un ensemble de droits et obligations qu'il doit assumer, y compris l'obligation de procéder sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage lorsqu'une caution ou autre garantie suffisante a été fournie. Il y a là un lien intime avec l'article 292 de la Convention ayant trait à la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et un exemple de juridiction obligatoire.

178. La juridiction signifie que l'Etat côtier réglemente discrétionnairement les activités qui sont l'objet de cette compétence, dans le respect de la Convention. En vertu de l'article 56, paragraphe 1) b), l'Etat côtier détient dans sa zone économique exclusive la juridiction pour tout ce qui concerne : l'installation d'îles artificielles et d'ouvrages divers, la recherche scientifique, la protection et la préservation du milieu marin, ce dernier droit autorisant l'Etat côtier à prendre des dispositions pour prévenir les risques de pollution. L'exclusivité dont bénéficie l'Etat côtier dans sa zone économique exclusive est de principe. Elle signifie qu'il est le seul à pouvoir administrer et réguler l'exploitation de la ressource halieutique et les activités qui s'y rattachent. Il peut décider d'en être l'unique bénéficiaire. Mais cela lui donne aussi le droit de conférer par voie d'accord tous droits de pêche ou d'exercice d'une activité économique à des tiers dans la ZEE et dans des conditions déterminées. L'article 62 de la Convention a trait à l'industrie de la pêche en ce qui concerne l'exploitation des ressources biologiques de la ZEE. Il fixe comme objectif à l'Etat côtier de « favoriser une exploitation optimale des ressources biologiques de la zone économique exclusive ». C'est une fonction de gestion qui est ainsi conférée à l'Etat côtier au moyen de ses droits souverains. L'article prévoit l'octroi de licences de pêche aux bateaux de pêche étrangers pour opérer dans la zone. Le paragraphe 4 dresse une liste d'opérations susceptibles d'être contrôlées et réglementées par l'Etat côtier par le truchement de ses lois et règlements. On relèvera que nombre d'activités quotidiennes connexes à la pêche ou opérations ne figurent pas sur la liste : le support logistique, le filetage, le transbordement des prises ou encore l'avitaillement.

179. Il faut observer que la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer n'était pas une conférence technique. La Convention elle-même se présente comme une sorte de « constitution des océans ». C'est aux institutions spécialisées du système des Nations Unies qu'il revient d'entrer dans le détail technique des têtes de chapitre établies par la Convention. C'est ainsi que l'on a élaboré sous les auspices de la FAO : le Code de la pêche responsable ; le Plan d'Action International pour prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche INN ; l'Accord de 1993 sur la conformité ou encore l'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port.

180. C'est au PNUE que l'on a élaboré l'Accord de 1995 sur les stocks chevauchants. C'est dans le cadre de la CNUCED que l'on a établi la Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires de 1986. A l'UNESCO, on a élaboré la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001. C'est à l'OMI qu'on a établi le MARPOL (Plan d'intervention contre la pollution marine) ou le SOLAS (Safety of life and sea) etc....

181. C'est conscient de ce fait que les Etats ouest africains se sont très tôt rapprochés des organisations internationales compétentes, en particulier dans le domaine de la pêche, pour examiner avec elles les problèmes qui étaient pour eux un objet de préoccupation. C'est progressivement que ces pays ont élaboré leur législation nationale en matière de pêche et des activités connexes en tenant compte des pratiques observées dans leur zone économique exclusive respective, en particulier, l'entreposage, le traitement des produits de la pêche avant leur première mise à terre, l'avitaillement, l'approvisionnement des navires de pêche ou toute autre activité de soutien logistique à des navires de pêche en mer.

182. Il y a une pratique internationale solide sous la forme de législations nationales portant sur ces matières et qui n'ont fait l'objet d'aucune contestation. Ce qui montre que lesdites législations ne sortent guère des droits souverains reconnus à l'Etat côtier par les articles 56, 61, 62 et 73 de la Convention.

183. Selon le Panama, la Guinée-Bissau n'était pas en droit d'exercer des droits souverains ou une juridiction qui ne lui sont pas reconnus par la Convention et [...] la Guinée-Bissau a privé le « Virginia G » de l'exercice des libertés garanties par le paragraphe 1 de l'article 58 de la Convention en lui imposant d'obtenir un permis pour réaliser des activités de soutage dans sa ZEE.

184. La Guinée-Bissau rétorque qu'elle n'a pas violé l'article 58 de la Convention, vu que le soutage est une activité économique qui ne relève pas de la liberté de navigation ou d'utilisation de la mer à des fins internationalement licites. Il faudra s'arrêter sur cette question plus tard.

185. Ces dispositions, négociées il y a quarante ans, ont engendré des pratiques que le Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne pouvait prévoir. Ceci justifie les conventions internationales ultérieures établies dans le cadre des institutions spécialisées ainsi que les accords régionaux élaborés dans celui des organismes régionaux de gestion des pêches.

VII. JURISPRUDENCE

186. On examinera l'*Affaire du filetage et les Affaires du navire « SAIGA »*.

1) *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent entre le Canada et les Etats-Unis, sentence du 17 juillet 1986*

187. *En l'Affaire concernant le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent*, par les chalutiers français visés à l'article 4 b) de l'Accord relatif aux relations réciproques entre le Canada et la France en matière de pêche, signé à Ottawa le 27 mars 1972, un différend s'est élevé entre les deux pays au sujet de l'interprétation dudit accord.

L'origine du différend se situe au mois de janvier 1985 lorsque le chalutier « La Bretagne », immatriculé à Saint-Pierre et Miquelon et qui avait été autorisé à pêcher en dehors du golfe de Saint-Laurent en 1984,

sollicita une licence en vue de procéder, en 1985, à des opérations de pêche à l'intérieur comme à l'extérieur du golfe. Après avoir accueilli favorablement cette demande, le 4 janvier 1985, en ce qui concerne la pêche hors du golfe, les autorités canadiennes ont assorti cette licence d'un « modificatif no. 1 » daté du 24 janvier 1985, aux termes duquel « conformément à l'interdiction actuellement imposée par le Canada aux bateaux canadiens, de fileter en mer des espèces traditionnelles de poissons de fond, "La Bretagne" n'est autorisée qu'à étêter et éviscérer ses prises de ces espèces dans le Golfe du Saint-Laurent ».

188. Cette décision était fondée, par les autorités canadiennes, sur la règle dite « du pied d'égalité » inscrite à l'article 4 b) de l'Accord de 1972. Depuis la conclusion de celui-ci, des règlements ont été adoptés en vertu de deux lois de 1970 portant sur les pêcheries et sur la protection des pêcheries côtières qui vise essentiellement les navires de pêche étrangers.

189. La première loi définit un « bateau de pêche » comme étant « tout navire utilisé, équipé ou conçu pour la prise, le traitement ou le transport du poisson », tandis que le mot « pêcheries » est entendu comme désignant « des endroits où ainsi que des périodes durant lesquelles ont lieu la pêche et des activités connexes, notamment (...) l'emballage, le transport et le traitement ».

190. Si l'essentiel du débat devait porter sur l'interprétation de l'Accord de 1972, le Tribunal indique qu'il « se trouve dans l'obligation de tenir compte également de toute règle pertinente de droit international applicable entre les Parties... Dans leurs plaidoiries, les deux Parties ont, en effet, tiré argument des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à l'appui de leurs thèses respectives ». Sur cette base, le Tribunal entreprend une description de l'évolution du droit international de la mer depuis la conclusion de l'accord de 1972.

191. Sur la question de l'étendue des droits de l'Etat côtier pour la pêche et les activités connexes, le Tribunal explique que :

S'il est vrai, comme le Canada l'a justement relevé, que l'article 56 de cette Convention reconnaît à l'Etat côtier des droits souverains, non seulement en matière d'exploitation des ressources naturelles, mais aussi en ce qui concerne la gestion de ces ressources, il n'apparaît cependant que ce pouvoir de gestion, que la Convention associe constamment à l'idée de conservation, ait précisément d'autres fins que la conservation des ressources ; il se présente avant tout comme une fonction d'administration que l'Etat côtier est désormais réputé le mieux à même d'exercer, mais qui demeure cependant une fonction d'intérêt général. [par. 52 de la sentence, *RGDIP*, 1986, p. 713]

192. Ces vues du Tribunal ont été critiquées par la doctrine. Par exemple, R. Churchill et V. Lowe écrivent :

In the Franco-Canadian Fisheries arbitration (1986) the tribunal suggested that the coastal State's competence to prescribe legislation for foreign fishing vessels in its EEZ was limited to conservation measures *stricto sensu* and therefore could not include measures to regulate fish processing. This seems an unjustifiably narrow reading of article 62 (4), which speaks of foreign vessels complying with the coastal State's "conservation measures and the other terms and conditions establish in [its] laws and regulations", and many of the illustrative list of eleven permissible types of measures go beyond conservation".

[R. Churchill & V. Lowe, *The Law of the Sea*, 53e édition, Manchester University Press, 1999, p. 291-292 ; voir aussi, W.T. Burke, *The New International Law of Fisheries*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 48 ; B. Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 67]

193. En ce qui concerne l'exploitation des ressources biologiques, dont traite l'article 62 de la Convention de 1982, il apparaît au Tribunal que cet article énonce à la fois les droits et les obligations de l'Etat côtier qui sont applicables aux ressortissants étrangers exploitant les ressources biologiques de cette zone. Même si l'énumération qui est ainsi faite ne présente pas de caractère exhaustif, il ne semble pas que le pouvoir de

réglementation de l'Etat côtier comprenne normalement celui de régler des matières d'une nature différente de celle qui y sont décrites. Aux yeux du Tribunal, une éventuelle réglementation du filetage en mer ne saurait donc trouver a priori sa justification dans les pouvoirs reconnus à l'Etat côtier par les nouvelles règles du droit de la mer (par. 54 de la sentence).

194. Dans ces conditions, le Tribunal est d'avis que le Canada ne peut user de son pouvoir de réglementation à l'égard des chalutiers français visés à l'article 4 b) de l'Accord de 1972 que d'une manière raisonnable, c'est-à-dire sans subordonner l'exercice du droit de pêche que ces navires tiennent de l'Accord à des conditions qui rendent en fait cet exercice impossible (*ibid.*).

195. S'il venait à connaître de la même affaire aujourd'hui, il est probable que le Tribunal adopterait une approche moins restrictive en raison de la pratique des Etats côtiers observée depuis lors. C'est à juste titre que le TIDM considère en la présente affaire qu'il ressort clairement de l'énumération figurant à l'article 62, paragraphe 4, de la Convention que toutes les activités qui peuvent être réglementées par l'Etat côtier doivent avoir un lien direct avec la pêche. Le Tribunal estime qu'un tel lien existe en ce qui concerne le soutage des navires étrangers qui pêchent dans la zone économique exclusive, puisque cette opération permet à ces navires de poursuivre sans interruption leurs activités en mer (par. 215 de l'arrêt).

2) Les *Affaires du navire « SAIGA »*

196. La question du régime juridique de l'avitaillement en mer (« bunkering ») s'est posée dans les *Affaires du navire « SAIGA »* devant le Tribunal international du droit de la mer. Le « Saiga » est un pétrolier battant pavillon de Saint-Vincent-et-les Grenadines et basé à Dakar (Sénégal). Il servait de navire d'avitaillement en fioul aux navires de pêche opérant au large des côtes guinéennes.

197. Dans la matinée du 27 octobre 1997, le « Saiga », ayant franchi

la frontière maritime nord entre la Guinée et la Guinée-Bissau, a pénétré dans la zone économique exclusive de la Guinée, à environ 32 milles marins de l'île guinéenne d'Alcatraz. Le même jour, il a avitaillé en gazoil trois navires de pêche : le « Guiseppe Primo », le « Kritti » et l'« Eleni S ».

198. Le 28 octobre 1997, le « Saiga » a été arraisonné par les vedettes de la douane guinéenne au sud de la frontière maritime de la zone économique exclusive guinéenne. La Guinée a indiqué que le « Saiga » se livrait à la contrebande. Ce qui constitue une infraction réprimée par le Code des douanes guinéen, et que l'immobilisation avait eu lieu de l'exercice par la Guinée de son droit de poursuite conformément à l'article 111 de la Convention.

199. Le Tribunal a examiné la question de « l'avitaillement d'un bateau de pêche » perçu comme une activité dont la réglementation peut être assimilée à celle de l'exercice par un Etat côtier de ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive.

200. Il dit :

On peut soutenir que l'avitaillement est, de par sa nature, une activité accessoire à celle du navire avitaillé. Certains exemples de pratiques des Etats peuvent être relevés. L'article premier de la Convention pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud du 23 novembre 1989 définit les « activités de pêche au filet maillant dérivant » comme étant notamment « le transport, le transbordement et le traitement de toute prise au filet maillant dérivant ainsi que la coopération dans la fourniture de vivres, de carburant et autres ravitaillements destinés aux navires équipés ou utilisés pour la pêche au filet maillant dérivant.

201. Comme cela a été documenté par Saint-Vincent-et-les Grenadines, la Guinée-Bissau exige, dans son Décret-loi No. 4/94 du 2 août 1994, une autorisation du Ministère de la pêche pour les opérations « ayant trait » à la pêche et la Sierra Leone et le Maroc autorisent couram-

ment les navires de pêche à s'avitailier au large (*Affaire du navire « SAIGA »*, par. 57).

202. Comme l'écrivent Rothwell & Stephens « Nonetheless, despite this equivocal analysis, both state practice and a plain reading of the LOSC suggest coastal state powers of fisheries regulation do extend to include incidental matters such as bunkering or processing fish caught within the EEZ » (Donald R. Rothwell & Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart, Oxford and Portland 2010, p. 300-301).

203. Le Tribunal a estimé qu'il s'est prononcé sur la question qui appelait une décision « sans qu'il ait eu à examiner la question plus large de l'avitaillement dans la zone économique exclusive. Par conséquent, il n'énonce aucune conclusion sur ladite question » (*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), par. 138). Sur cette question, la Convention est non seulement muette mais elle reste bien en deçà de la pratique.

VIII. LA PRATIQUE

204. La consécration des droits souverains sur la ZEE pour l'Etat côtier a engendré le phénomène de la pêche INN. L'ampleur des espaces maritimes à couvrir et la difficulté d'un contrôle efficace des bateaux pirates par des pays dépourvus de toute force navale ont suscité l'appétit pour la pêche INN laquelle a plusieurs facettes. Elle s'entend comme une pêche sans licence ou une pêche avec licence qui dépasse les quotas attribués (cas du Cap-Vert). Si les Etats côtiers développés peuvent défendre leurs pêcheries, les autres doivent se résoudre à la réglementation et au recours à des accords de coopération avec les puissances maritimes (exemples : L'accord de coopération entre la France et la République des Seychelles signé le 19 décembre 2006 pour lutter contre la pêche INN ; ou encore l'Accord de coopération de surveillance maritime franco-malgache de 2005).

205. Nombre de bateaux pris en flagrant délit d'activité non autorisée dans les ZEE sont souvent interceptés. La marine française a coulé le 8 octobre 1986 un chalutier battant pavillon panaméen qui pêchait sans

autorisation la langouste dans la ZEE de l'archipel des Kerguelen et qui refusait une visite à bord du commandant du patrouilleur Albatros. De même, les affaires de mainlevée portées devant ce Tribunal témoignent de la réalité de cette activité extrêmement destructrice des stocks de poissons de par le monde.

206. C'est pourquoi on observe une tendance au contrôle plus strict de la navigation dans les ZEE. Nombre d'Etats en développement sont portés à réglementer l'accès et le transit des navires de pêche étrangers dans leur ZEE. Ils craignent que des bateaux de pêche qui ne sont pas autorisés à pêcher dans leur ZEE, profitent de leur transit pour s'y livrer à une pêche INN.

207. Ces Etats sont instruits par le fait que des navires supposés être en transit sont souvent retrouvés à l'ancre la nuit en train de pêcher.

208. De même, les Etats s'attribuent le « droit » d'adresser une mise en demeure de quitter immédiatement leur ZEE aux navires jugés dangereux au regard des risques de pollution qu'ils font peser sur l'espace maritime côtier et le littoral (exemple : Accord de Malaga du 26 novembre 2002 entre la France et l'Espagne à la suite du naufrage de l'Erika et du Prestige en 1999 et 2001 respectivement).

209. La réglementation de la pêche et ses activités connexes dans la ZEE a fait l'objet d'une pratique très riche. Plus de soixante Etats dans le monde disposent de lois et règlements en la matière. Au plan universel, on relève dans le cadre de la FAO, l'Accord sur la conformité de 1993, le code de conduite pour une pêche responsable, l'Accord sur les mesures du ressort de l'Etat du port.

210. Au plan régional, l'on peut relever quelques conventions multilatérales sur les pêcheries en haute mer avant même la consécration de la notion de ZEE qui prévoit des dispositions relatives aux activités connexes. Par exemple, la Convention sur la conduite des opérations de pêche en Atlantique Nord définit le terme « vessel » comme incluant « *any fishing vessel and any vessel engaged in the business of processing*

fish or providing supplies or services to fishing vessel » (UNTS 1051 (1984), p. 102).

211. Le Traité de Wellington conclut en 1987 par les Etats Unis et nombre de pays du Pacifique Ouest et relatif à la pêche dans cette région définit la pêche et ses activités connexes comme « *any operations at sea directly in support of, or in preparation for any fishing activity* » (ILM 26 (1987), p. 1048].

212. La Convention sur l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant dans le pacifique Sud définit les activités connexes comme incluant « *Transporting, transshipping and processing any drifnet catch, and cooperation in the provision of food, fuel and other supplies for vessels equipped for or engaged in drifnet fishing* » (29 ILM (1990), p. 1449).

213. Les activités connexes sont également incluses dans la Convention pour la conservation des stocks anadromes de l'Océan pacifique Nord du 11 février 1992 et dans la Convention sur la conservation du thon à nageoire bleue ainsi que dans l'Accord d'Honiara du 30 novembre 1994 relatif à la coopération dans la gestion des pêches d'intérêt commun. L'article premier de cet accord définit les activités connexes (« *related activities* ») comme signifiant « *refuelling or supplying fishing boats* » (voir United Nations Publication, *Law of the Sea : Current Developments on State Practice* No. IV (1995), p. 188). Ces différents instruments juridiques s'appliquent à des espaces maritimes sous juridiction nationale de même qu'à la haute mer dans le pacifique et l'océan indien.

214. En Afrique de l'Ouest, nous avons la Convention sur les conditions minimales d'accès de 1993 révisée et entrée en vigueur le 13 septembre 2013. Dans cette région, les opérations connexes de pêche incluent : le transbordement des produits de pêche dans les eaux maritimes sous juridiction nationale, l'entreposage, le traitement ou le transport des produits de pêche avant leur première mise à terre, l'avitaillement ou l'approvisionnement des navires de pêche, ou toute autre activité de soutien logistique à des navires de pêche en mer.

215. L'article 2, paragraphe 7, de la Convention (CMA/CSRP) définit les navires d'appui comme « des navires qui transportent du carburant et des vivres pour les navires de pêches en activités ». De plus l'article 7, paragraphe 5, dispose que « toute activité de navires-usines, de navires d'appui, de navires collecteurs ou de ramassage doit être strictement réglementée » et que « l'original de l'autorisation de pêche doit être détenu en permanence à bord » (article 7, par. 6).

216. Les législations nationales en la matière ont été collectées et publiées par la DOALOS et la FAO laquelle a publié en 1993 une étude desdites législations intitulée « Coastal State Requirements for Foreign Fishing Vessels ». Traitant de la définition du navire de pêche, l'étude de la FAO indique que :

The trend now seems to be to include fishery support vessels, including motherships, transport ships and refuelling ships in that definition, in addition to vessels actually engaged in fishing.

[voir FAO, Legislative Study No. 21, Rev. 4 (1993), chap. 12, "Coastal State Requirements for Foreign Fishing", p. 713].

217. Autrement dit, dans la législation des Etats côtiers qui réglementent la pêche des navires étrangers dans leur ZEE, les règles s'appliquent également aux navires de transport, aux pétroliers avitailleurs et aux navires de soutien logistique en général.

218. Cette approche permet à l'Etat côtier d'appliquer sa législation en matière de pêcheries aux navires de pêche et aux autres navires de soutien logistique et d'avitaillement. Ceci lui permet un contrôle plus efficace pour assurer le respect des lois et règlements qu'il a adoptés conformément à la Convention.

219. Ainsi, la Section 1824 du Code de la pêche des Etats Unis prévoit que :

no foreign fishing vessel shall engage in fishing within the EEZ ... unless such vessel has on board a valid permit issued under this section

for such vessel.

220. Le Code définit le terme « *fishing* » comme incluant « *any operation at sea in support of, or in preparation for* » (*the catching of fish*). Le décret d'application définit « *support* » comme « *any operation by a vessel assisting fishing by foreign or US vessel, including supplying water, fuel, provisions, fish processing equipment, or other supplies to a fishing vessel* ». Le Code définit également le terme « *fishing vessel* » comme un instrument destiné à « *aiding or assisting one or more vessels at sea in the performance of any activity relating to fishing, including, but not limited to, preparation, supply, storage, refrigeration, transportation or processing* » (US Code, Title 16 – Conservation, Chapter 38 – Fishery Conservation and Management, section 1802 Definition par.17).

221. Dans la mise en oeuvre de la Convention, le Japon interdit le transbordement et le chargement de poisson sans autorisation préalable. De même, le Japon exige l'autorisation pour l'avitaillement des navires de pêche opérant dans sa zone économique exclusive.

Where a foreigner intends to conduct activities accompanying fishing and other activities in connection with fishing he/she shall obtain the approval of the Minister ... for each of the vessel to be used for such activities.

222. De même, la loi coréenne (The Republic of Korea's Act on the Exercise of Sovereign Rights on Foreigners : Fishing within the EEZ of 1996) dispose « a foreigner ... shall obtain a licence for each vessel from the competent Korean Minister ». La loi définit le terme « fishery activity » comme incluant « the keeping, storing and processing of fishery products, the transporting of the catch and its products, the supplying of materials necessary for vessels, and other acts as stipulated by Ordinance » (Act No. 5158 of 8 August 1996, as amended).

223. Le South African's Marine Living Resources Act de 1998 parle de « refuelling or supplying fishing vessels, selling or supplying fishing equipment or performing any other activity in support of fishing ».

224. On trouve des définitions similaires dans les législations nationales des Etats côtiers dans le monde entier : Les Seychelles (The Fisheries Act 1986), l'Australie (Fisheries Management Act 1991), Barbados (Marine Boundaries and Jurisdiction Act 1978, Section 2), le Canada (Coastal Fisheries Protection Act), Grenada (Fisheries Act 1986), la Guinée-Bissau (Décret-Loi No 4/94), la Sierra Leone (Fisheries (Management and Development) Decree 1994 : The « related activities » is defined to mean transshipping processing and refuelling of supplying fishing vessels), Trinidad (Archipelagic Waters and EEZ Act 1986, section 2). Ces règles se retrouvent dans toutes les régions du monde.

LÉGISLATIONS NATIONALES EN MATIÈRE DE SOUTAGE OU D'AVITAILLEMENT DE NAVIRES

225. Les informations données ci-dessous sont basées sur les lois et règlements en matière de soutage ou d'avitaillement de navires qui sont disponibles sur le site internet de la FAO (<http://faolex.fao.org>). Cinquante-deux Etats ont ainsi été répertoriés : Afrique du sud, Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Brunei Darussalam, Canada, Chine, Corée (République de), Danemark, Dominique, Erythrée, Etats-Unis d'Amérique, Fidji, Gambie, Ghana, Grenade, Guyana, Iles Cook, Iles Marshall, Iles Salomon, Indonésie, Irlande, Kenya, Kiribati, Lettonie, Malaisie, Malte, Maurice, Mauritanie, Micronésie, Namibie, Nauru, Nigeria, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Royaume-Uni, Saint Kitts-et-Nevis, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie, Samoa, Sénégal, Seychelles, Sierra Leone, Singapour, Tanzanie, Tonga, Trinité-et-Tobago, Turquie, Tuvalu, Vanuatu. Les textes recensés concernent plusieurs régions : Afrique (13) ; Asie (18) ; Amérique latine et Caraïbes (10) ; Europe de l'est (1) ; Europe occidentale et autres Etats (10).

Précisions terminologiques

226. Dans de rares cas, les instruments comportent des précisions terminologiques :

- Selon, le « Merchant Shipping Regulations 2010 » du Royaume-Uni : « bunkering operation means the transfer between ships of a substance consisting wholly or mainly of oil for consumption by the engines of the ship receiving the substance » ;

- Le « Order on bunkering operations and ship cargo transfer to oils in the Danish territorial Sea (2003) », Section 3, précise : « Bunkers: fuel oils and other petroleum products necessary for the operations of a ship ». « Bunkering operations: Transfer of bunkers to a ship » ; « Bunker ship: An oil tanker which delivers bunkers to a receiving ship ».

Date d'adoption

227. Nombre de législations répertoriées ont été élaborées avant l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (la Convention) : Fidji (1977), Guyana (1977), Namibie (1981), Nauru (1978), Nigéria (1967), Pakistan (1908), Trinité-et-Tobago (1969), Tuvalu (1978) ;

- D'autres ont été établies après l'adoption mais avant l'entrée en vigueur de la Convention : Bahamas (1988), Canada (1985), Dominique (1987), Grenade (1989), Kenya (1989), Malaisie (1985), Nouvelle-Zélande-Tokelau (1988), Royaume-Uni (British Indian Territory) (1991), Royaume-Uni (Montserrat) (1989), Saint Kitts (1984), Sainte Lucie (1984), Saint-Vincent-et-les Grenadines (1986), Samoa (Fisheries Act 1988), Tonga (1988) ;

- Plusieurs autres textes ont été adoptés après l'entrée en vigueur de la Convention : Afrique du Sud (1998, 2003, 2009), Antigua-et-Barbuda (2006), Brunéi Darussalam (2009), Corée (République de) (1996), Danemark (2003), Érythrée (1998), Gambie (2007), Ghana (2002), Indonésie (2004), Iles Cook (2005), Iles Marshall (1997), Iles Salomon (1998), Irlande (2007), Lettonie (2002), Nauru (2006), Nigéria (Act No. 5 2003), Kiribati (2010), Malte (2001), Maurice (2005 et 2007), Mauritanie (2000), Nouvelle-Zélande (1996), Papouasie-Nouvelle-Guinée (1998), Philippines (1998), Samoa (Shipping Act 1998), Sierra Leone (1994), Singapour (2005), Tanzanie (2003), Royaume-Uni (1995, 2010, 2012), Royaume-Uni (Law of Pitcairn, Henderson, Ducie and Oeno Island) (2001), Vanuatu (Laws

of the Republic of Vanuatu, Chapter 315 Fisheries, 27 March 2006).

Objet

228. La préservation des ressources biologiques et la réglementation des pêcheries dans la zone économique exclusive (ZEE) constituent le but poursuivi par la majorité des législations. Certains instruments visent cependant d'autres objectifs:

- réglementation du soutage à titre principal : Danemark (2003), Micronésie (Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations) ;

- délimitation maritime : Grenade (1989), Guyana (1977) ;

- utilisation des ressources maritimes : (Fidji), Maurice (2005), Nauru (1978), Trinité-et-Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act, 1986, Act No. 24 of 11 November 1986), Royaume-Uni (British Indian Territory) (1991);

- réglementation de questions techniques portant sur la sécurité de la navigation et la prévention de la pollution par les hydrocarbures : Afrique du sud (2003), Chine (1982), Iles Salomon (1998), Irlande (2008), Lettonie (2006), Micronésie (1993), Namibie (1981), Nauru (2006), Nigéria (1967), Pakistan (1908), Royaume-Uni (1995, 2010), Samoa (1998), Singapour (2005), Trinité-et-Tobago (1969), Turquie (2003).

Activités de pêche et soutien logistique

229. Lorsqu'elles régissent des activités de pêche, les législations nationales pertinentes fournissent des précisions terminologiques :

230. Pêche. Son contenu est compréhensif dans nombre de textes. Ainsi « *'Fishing' means fishing for, catching, taking or harvesting fish [...] and includes the [...] refuelling or supplying of other vessels or any other activity in support of fishing operations* » (Gambie, Fisheries Act, 2007, 2 Interpretation). L'expression peut également désigner « *the catching, taking, killing of fish [...] any other operation in support of, or in preparation for [fishing]* » : Etats-Unis d'Amérique (16 USC Sec. 1802,

(15)) ; Guyana (Chapter 100:01, Maritime boundaries Act, 1977, paragraphe 2) ; Kiribati (An act for the Conservation, Management and Development of Kiribati Fisheries Control of Foreign Fishing and for Connected Purposes, 2010, 2 Definition) ; Malaisie (Act 317, 2 Interpretation) ; Malte (Act No. II of 2001, 2 Interpretation, (c)) ; Tonga (Fisheries Act 1989, 2 Interpretation) ; Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chapter 315, Fisheries, 1 Interpretation (e)). L'article 4 (c) de la Loi No. 2000/025 portant Code des pêches de la Mauritanie assimile à la pêche « le ravitaillement ou l'approvisionnement des navires de pêche ou toute autre activité de soutien logistique à des navires de pêche en mer ». Dans le même ordre d'idées, le Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations (2.4.) inclut dans la pêche « *refuelling or supplying fishing vessels* ».

231. *Navires de pêche*. Les définitions retenues incluent parfois des « *operations* » ou « *activity* » « *in support of fishing operations* » ou encore « *in support of or in preparation of any activity in relation to a fishing vessel* » ou encore « *related activities to fishing* » : Antigua-et-Barbuda (2006), Bahamas (1988), Barbade (1993) Dominique (1987), Érythrée (1998), Gambie (2007), Ghana (2002), Guyana (1977), Iles Cook (2005), Iles Salomon (1998), Indonésie (2004), Kiribati (2010), Malaisie (1985), Malte (2001), (USA Sec. 1802), Maurice (2007), Mauritanie (2000), Nouvelle-Zélande (1996), Sénégal (1998), Papouasie-Nouvelle-Guinée (1999), Tanzanie (2003), Tonga (1989). Les lois du Royaume-Uni (British Indian Ocean Territory, 1991), de Trinité-et-Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act 1986) et de Malte (2001) utilisent respectivement les termes : « *fishing boat [...] or any operations ancillary thereto* », « *'fishing craft' [...] includes any vessel used in support or ancillary to fishing operations* » ; « *fishing vessel and activities ancillary thereto* ». Aux termes du Règlement 2 1) de la Loi canadienne sur la protection des pêches côtières (L.R.C. 1985) : « le 'bateau de pêche' est une construction flottante utilisée pour a) soit la pêche [...] c) soit pour le ravitaillement, l'entretien ou la réparation, en mer, de bateaux d'une flottille étrangère ». Suivant le Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing

Regulations 2.5 : « *Fishing vessels* means any vessel, boat, ship or other craft [...] equipped for [...] fishing; (b) aiding or assisting one or more vessels at sea in the performance of activity related to fishing, including, but not limited to preparation, supply, refuelling storage [...]».

232. *Activités* : « *related activities in relation to fishing* » (« opérations connexes de pêche »). L'expression figure dans plusieurs législations : Afrique du Sud (1998), Ghana (2002), Iles Salomon (1998), Maurice (2007), Mauritanie (2005) « [activités] assimilées à la pêche », Micronésie (1993), Royaume-Uni (Montserrat, 2000), Saint-Vincent-et-les Grenadines (1990), Saint Kitts-et-Nevis (1984), Sainte Lucie (1984), Samoa (1988), Seychelles (1986), Sierra Leone (1994), Tonga (1989), Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chapter 315, Fisheries, Act 55 of 2005). Avec des aménagements rédactionnels mineurs, ces textes incluent dans l'expression « *related activities in relation to fishing* », « *refuelling or supplying fishing vessels or performing other activities in support of fishing operations* ». Aux termes de l'article 5 c) du Code de la pêche maritime du Sénégal : « Les opérations connexes de pêche incluent [...] l'avitaillement ou l'approvisionnement de navires de pêche, ou toute autre activité de soutien logistique à des navires de pêche en mer ». La même prescription figure dans le Code des pêches de la Mauritanie (article 4 c)).

Autorisation du soutage ou de l'avitaillement

233. Le soutage des navires en mer postule une autorisation de l'Etat côtier adjacent.

- Il peut s'agir d'une « *appropriate license* » requise dans le « *fisheries waters* » (*inland waters, territorial sea and the exclusive economic zone of the Gambia and other inland or marine waters*) : Gambie (Fisheries Act 2007), Saint-Vincent-et-les Grenadines (Fisheries Act, 19090, par. 2) : « *waters of the exclusive economic zone, territorial sea, archipelagic waters and internal waters* ».

- Plusieurs Etats prévoient dans leur législation la nécessité d'un « *foreign fishing licence* » dans les zones de pêche ou dans la zone économique exclusive ou encore dans les eaux archipélagiques : Afrique du Sud (Marine Resources Act 1998), Bahamas (Fisheries Act 1988), Brunéi Darussalam (Fisheries order 2009), Corée (République de) (1996), Danemark (2003), Érythrée (1998), Fidji (1978), Gambie (2007), Grenade (1986), Iles Cook (Marine Resources Act 2005), Kenya (1989), Kiribati (2010), Malaisie (1985), Malte (2001), Maurice (2007), Nouvelle-Zélande (1988), Philippines (1988), Royaume-Uni (Montserrat) (2000), Saint-Vincent-et-les Grenadines (1990), Sainte Lucie (1984), Tanzanie (2003), Tonga (1989), Trinité-et-Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act 1986), Tuvalu (1982), Vanuatu (2005). Dans certains cas il est précisé qu'il doit s'agir d'une « *valid foreign fishing license* » : Antigua-et-Barbuda (2006), Barbade (1993), Érythrée (1998), Iles Cook (2005), Iles Marshall (1997), Iles Salomon (1998), Saint Kitts (1984), Saint-Vincent-et-les Grenadines (Chapter 52 Fisheries Act, 1990, paragraphes 12 et 13), Samoa (1988), Seychelles (1986), Tonga (1989).

234. D'autres Etats prescrivent des « licences ou permis » pour les bateaux de pêche étrangers : Canada (Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. 1985, zone de pêche et de la mer territoriale ainsi que les eaux intérieures canadiennes), Règlement 6 ; Ghana (Fisheries Act 2002), paragraphe 61 : « *a foreign fishing vessel shall not enter the fisheries waters of Ghana unless authorised [...] by the terms of a license or permit* ». Le permis doit être valide (« *valid permit* ») : Etats-Unis d'Amérique (Sec. 1824) ; Maurice (Act No, 27 of 2007, par. 38) ; Micronésie (Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations, par. 3 « *Permit required* ») ; Tonga (Fisheries Act 1989, par. 6).

235. Dans certains cas, une licence ou permis est requis pour les activités « connexes de pêche » : Érythrée (Proclamation No. 104/1998 (The Fisheries Proclamation), article 19 « *Other licenses* ») ; Kiribati (An act for the Conservation, Management and Development of Kiribati

Fisheries Control of Foreign Fishing and for Connected Purposes, 2010, par. 12, « *Foreign fishing vessels* », c) « *load or unload fuel or supplies in Kiribati waters* ») ; Maurice (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, par. 34, « *foreign fishing boat or foreign fishing vessel for fishing or any related activity within the maritime zones* ») ; Micronésie (Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations) ; Vanuatu (*Laws of the Republic of Vanuatu, chap. 315, Fisheries, par. 9, « Foreign vessels licenses », 3) d) « related activities [to fishing operations] »).*

Sanctions

236. La violation de ces prescriptions entraîne des « mesures d'exécution » relatives à la conservation et à l'exploitation des ressources biologiques dans les zones de juridiction et impliquent des mesures y compris l'arraisonnement, l'inspection, la saisie, la confiscation du navire par l'Etat et l'introduction d'une instance pour assurer le respect de ses « lois et règlements ». En anglais, sont utilisés les mots « *forfeiture* », « *detention* » et « *confiscation* » : Afrique du sud (Act 1998, par. 53 et 55), Corée (République de) (Act on the exercise of sovereign rights on foreigners' fishing, par. 23), Erythrée (Proclamation No. 104/1998, article 34), Fidji (Marine Spaces Act [Cap 158A], par. 18, « *Forfeiture of vessels, etc* »), Gambie (Fisheries Act, 2007), Ghana (Fisheries Act, 2002, Sub-Part X – Detention, Sale, Release and Forfeiture of Property), Iles Salomon (Shipping Act 1998, Part XI, Arrest, Forfeiture, par. 206, and Forced Sale of Vessels), Kenya (Chap. 378, The Fisheries Act, par. 19), Malaisie (Act 317, par. 52), Malte (Act No. II 2001, par. 35), Maurice (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, par. 58, 71), Mauritanie (Code des pêches, article 66), Saint-Vincent-et-les Grenadines (Chap. 52, Fisheries Act, 1990, par. 39 et 42), Samoa (Fisheries Act 1988, par. 22), Sénégal (Code de la pêche, article 64), Sierra Leone (Fisheries (Management and Development, Decree, 1994, Part X Sale, Release and Forfeiture of Retained Property), Tonga (Fisheries Act 1989, Part VIII, Sale, Release and Forfeiture of retained property), Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chap. 315, Fisheries, Part 12, Sale, Release and Forfeiture of seized property), Guinée-Bissau (Décret Loi

6A/2000).

Mainlevée de l'immobilisation du navire

237. La mainlevée de l'immobilisation du navire détenu pour violation de la législation sur la pêche ou l'accès aux zones de pêche est prévue dans certains cas : Erythrée (The Fisheries Proclamation No. 104/1998, article 34 « *Release of vessels, etc. on bond* »), Fidji (Marine Spaces Act [Cap 158A], par. 19, « *Security for release of foreign vessels*»), Gambie (Fisheries Act, 1997, par. 81, « *Release on bond* »), Ghana (Fisheries Act, 2002, Sub-Part X – Detention, Sale, Release and Forfeiture of Property), Iles Salomon (Shipping Act 1998, par. 210, 10 b)), Malte (Act No. II of 2001, par. 24 2) b), « *reasonable bond* »), Maurice (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, par. 65, « *Security for release of seized items* »), Mauritanie (Loi No. 2000-025 portant Code des pêches, Section 2 « *De la constitution d'une caution* »), Saint-Vincent-et-les Grenadines (Chap. 52, Fisheries Act, 1990, pa. 38, « *Release of vessel, etc., on bond* »), Samoa (Fisheries Act 1998, par. 16, « *Release of vessel, etc., on bond* »), Sénégal (Code de la pêche maritime, chapitre 3 « *Versement d'une caution* »), Sierra Leone (The Fisheries Management and Development, Decree, 1994, par. 71 1), « *bond or other form of security as it may determine* »), Tonga (Fisheries Act 1989, par. 30 3) a) et par. 39, « *Release of seized, vessel, etc., on receipt of a bond or other form of security acceptable* »), Trinité-et-Tobago (par. 31, « *Release of arrested crafts and their crews* »), Guinée-Bissau (article 65 du décret-loi 6A/2000).

238. Au total, la tendance observée par la FAO en 1993 s'est confirmée et amplifiée depuis. On note partout une inclusion des opérations connexes de pêche dans la réglementation des Etats côtiers. Sur la question de l'avitaillement, certains Etats disposent d'une réglementation et d'autres n'en disposent pas. C'est une question d'appréciation même si chaque Etat côtier a un titre juridique pour ce faire.

IX. L'AUTORISATION DE PÊCHE ET L'AVITAILLEMENT

A) L'AUTORISATION DE PÊCHE

239. L'accès aux ressources halieutiques de la zone maritime sous juridiction des Etats membres de la Commission sous régionale des pêches (CSRP) en Afrique de l'Ouest est subordonné à l'obtention préalable d'une autorisation de pêche délivrée par l'Etat membre concerné. Il faut rappeler que la République de Guinée-Bissau est membre de la CSRP.

1) Demande d'autorisation de pêche

240. Pour l'accès aux ressources halieutiques, la demande d'autorisation est formulée par une personne physique ou morale en conformité avec la législation ou les dispositions des accords et autres arrangements applicables.

241. La demande d'autorisation de pêche pour un navire de pêche industrielle doit comporter les informations minimales prévue par la Convention sur les conditions minimales d'accès du 13 septembre 2012 (convention CMA/CSRP), sans préjudice des informations supplémentaires exigées par les législations nationales (article 6, par. 2).

242. Ces informations minimales concernent le demandeur, le navire, le type de pêche et le mode de conservation. Pour le demandeur, il s'agit de : raison sociale, numéro d'identification de la société, numéro de registre du commerce, prénom et nom du responsable, date et lieu de naissance, profession, numéro du compte contribuable, adresse, nombre d'employés permanents, temporaires, nom et adresse du consignataire et le chiffre d'affaire.

243. Pour le navire, il s'agit des données suivantes : type de navire, numéro d'immatriculation, nouveau nom, ancien nom, date et lieu de construction, nationalité d'origine, date de prise de pavillon (provisoire, délai accordé, définitif), longueur, largeur, creux, nature du matériau de construction, tirant d'eau, marque du moteur principal, type, puissance en CV, hélice (fixe, variable, tuyère), vitesse de transit, indicatif d'appel,

fréquence d'appel, liste des moyens de navigation, de détection et de transmission, radar, échosondeur, sonar, radio VHF, BLU, pilote automatique, (Net sound), téléx, traceur de route, scan mar.

244. En ce qui concerne le type de pêche, il y a la pêche démersale côtière et profonde d'une part et la pêche pélagique côtière et hauturière.

245. Pour la pêche pélagique, il s'agit de : option de pêche (option senneur, chalutier), type d'engin (chalut pélagique ou senne), longueur du chalut, longueur de corde de dos, ouverture des mailles à poche, longueur de la senne, dimension des mailles, chute de la senne, option palangrier (thon), option palangrier (espadon), canne, palangre de surface, nombre de cannes, nombre d'hameçons, taille des hameçons.

246. Pour la pêche démersale : option de pêche (crevettes, poisson et céphalophe ou palangre de fond), type d'engins, chalut à poisson, à crevette, longueur du chalut, longueur de corde de dos, option casiers à langouste rose, casiers à crabe profond.

247. Quant au mode de conservation : glace, eau de mer réfrigérée, congélateur en saumure, à sec, puissance frigorifique totale (F.G.), capacité de congélation par 24 heures en tonnes et capacité de cales.

248. En ce qui concerne les conditions de délivrance de l'autorisation de pêche, la Convention (CMA/CSRP) prévoit que l'autorisation intervient, après vérification par l'administration compétente de l'Etat concerné, du respect de la législation sur l'immatriculation et le marquage des navires en vigueur dans ledit Etat membre. L'autorisation n'est accordée que si les conditions exigées par ladite réglementation sont satisfaites par le navire requérant et pour être autorisés, les navires de pêche industrielle doivent être équipés d'un système de suivi des navires (SSN/VMS).

249. L'article 7 prévoit en outre que « toute activité de navire-usine, de navires d'appui, de navires collecteur ou de ramassage doit être strictement réglementée » et que « l'original de l'autorisation de pêche doit

être détenu en permanence à bord » [paragraphe 5 et 6].

250. La durée de validité de l'autorisation de pêche peut varier en fonction des législations nationales. Toutefois, et en vue d'une meilleure connaissance des prélèvements opérés dans les zones sous juridiction des Etats membres et d'un approvisionnement régulier et suffisant des populations en produits halieutiques, cette durée doit tenir compte des impératifs d'une gestion responsable et durable de la ressource halieutique (article 8 de la Convention CMA/CSRP).

251. La Convention prévoit, en outre, que tout navire de pêche industrielle opérant dans la zone couverte par elle est tenu de fournir les déclarations de captures consignées dans un journal de pêche contenant les informations suivantes : nom du navire, nationalité, numéro de l'autorisation de pêche, durée de la marée, les données journalières (jour, mois, année), les données relatives aux calées des engins (heure, position, profondeur). Les données relatives à la virée des engins (heure, position, profondeur) et les observations particulières (espèces cibles, rejet), le capitaine du navire.

252. L'article 14 institue la déclaration d'entrée et sortie des zones sous juridiction de l'Etat membre. Il dispose que tout navire de pêche entrant ou sortant de la zone doit communiquer, par radio ou par tout autre moyen, au service compétent de l'Etat membre concerné des informations sur son entrée et sa sortie de ladite zone. La déclaration est effectuée dans un délai de quarante huit heures avant l'entrée et à la sortie du navire de la zone et comporte les informations minimales suivantes : la provenance et la destination du navire ; le positionnement au moment de la déclaration d'entrée ou de sortie ; la déclaration des quantités de poisson à bord par espèce ; le motif de l'entrée dans la zone ; la raison de l'entrée dans la zone.

253. En ce qui concerne les navires de pêche de passage ou en transit, « lorsqu'ils traversent la zone maritime sous juridiction d'un Etat membre, les navires de pêche non autorisés doivent avoir leur engins de pêche arrimés pendant la durée de la navigation pour traverser ladite

zone ». Ces navires sont régis par le paragraphe premier de l'article 58 de la Convention

254. La Convention renferme des dispositions relatives au respect des conventions internationales en matière de sécurité maritime et de protection de l'environnement marin. En effet, les navires de pêche autorisés à opérer dans les zones sous juridiction des Etats membres sont tenus de se conformer aux dispositions pertinentes des conventions internationales relatives à la sécurité maritime et à la protection de l'environnement marin de l'Organisation Maritime Internationale (OMI) ainsi qu'aux dispositions de l'Organisation internationale du Travail (OIT) sur le travail à la pêche (C.188, 2007) (voir article 18 de la Convention CMA/CSRP). Aux termes de l'article 13 du décret bissau-guinéen 6A/2000, les activités de pêche ne peuvent être réalisées qu'après la délivrance d'un permis par les autorités du pays.

255. En ce qui concerne la délivrance et la nature du permis, l'exercice de toute activité est subordonné à la délivrance préalable d'un permis de pêche qui doit être établi sur un formulaire type par le département du Gouvernement responsable des pêcheries et signé par les personnes responsables des pêcheries, de l'économie et des finances. Le permis est délivré à un navire au nom de son propriétaire et vaut pour les activités de pêche qui y sont mentionnées.

256. L'article 52 du Décret-loi 6A/2000 définit les pouvoirs de police susceptibles d'être exercés par la Guinée-Bissau dans l'application des dispositions dudit décret lorsque des navires de pêche réalisent des activités de pêche non autorisées.

257. Ainsi, tous les navires de pêche, qu'ils soient nationaux ou étrangers, qui se livrent à des activités de pêche dans les limites des eaux maritimes nationales sans avoir obtenu le permis prévu aux articles 13 et 23 sont saisis d'office au nom de l'Etat avec leurs engins, leur matériel et les produits de la pêche se trouvant à bord sur une décision d'un membre du Gouvernement responsable des pêcheries. Indépendamment de la confiscation, les tribunaux appliquent les amendes visées au paragraphe

2 de l'article 54 du décret. La décision de confiscation est, toutefois, susceptible d'appel. Et c'est la Commission interministérielle des pêcheries qui décide des modalités de l'aliénation au profit de l'Etat des biens et des produits confisqués conformément aux dispositions du décret.

B) L'AVITAILLEMENT

258. L'avitaillement est le terme générique qui désigne la vente de combustible par des navires-citernes en mer. Il peut s'agir de fuel lourd, de gazole ou encore de diesel marine. Ces navires fournissent aussi : vivres/eau douce et autres provisions.

259. Il a pour fonction essentielle d'accroître l'efficience constante de l'activité de ses différents bénéficiaires en palliant l'absence générale d'installations de ravitaillement dans une région donnée ou l'accès aux ports de celle-ci. Il s'agit d'une activité économique très lucrative de nos jours.

260. En Afrique de l'Ouest, un nombre considérable de navires de pêche étrangers opèrent dans la région. Ils viennent de très loin. L'avitaillement en mer est très profitable pour eux dans la mesure où il leur permet de mener à bien leurs activités sans aller dans les ports.

261. Les bénéficiaires de l'avitaillement sont multiples. Ils peuvent être des navires de guerre, des navires de transport de passagers, des cargos ou encore des bateaux de pêche. Il y a donc un genre et des espèces. C'est pourquoi il faut distinguer les différentes formes d'avitaillement et les règles qui les régissent. Les bateaux-conteneurs n'ont pas besoin d'avitaillement en général. Ils sont dotés de soutes leur permettant de naviguer sans difficulté. L'avitaillement en fuel lourd pour les navires de commerce est le plus souvent régi par les codes de la marinemarchande. Le transbordement de combustible entre deux navires est aussi réglé par les codes de marine marchande.

262. En ce qui concerne l'avitaillement d'un navire en transit, cette

activité est essentiellement liée à la navigation et peut aussi s'analyser en une liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites conformément à l'article 58, paragraphe 1, de la Convention. Il y a donc une ambivalence fonctionnelle imputable à la nature de l'activité dans laquelle le récipiendaire est engagé.

263. Dans l'exercice de ses droits souverains dans sa zone économique exclusive, l'Etat côtier a le droit de réglementer les opérations de pêche des navires étrangers exploitant ses ressources biologiques en leur octroyant des licences de pêche. Les conditions relatives à l'octroi de la licence peuvent aussi couvrir la réglementation relative à l'avitaillement desdits navires lorsqu'ils opèrent dans la zone économique exclusive. Si l'Etat côtier peut réglementer les opérations d'exploitation des ressources biologiques de la zone économique exclusive, il va de soi qu'il peut aussi le faire pour l'avitaillement des navires de pêche engagés dans cette exploitation, parce que l'avitaillement est une opération connexe de l'activité de pêche et non une activité liée à la navigation dans ce cas. L'avitaillement augmente singulièrement l'efficacité de la pêche dans la zone économique exclusive. Elle augmente ainsi son intensité et la quantité des captures pouvant dépasser les quotas attribués dans la licence du bateau de pêche. Il est par conséquent logique que l'Etat côtier réglemente l'avitaillement en conformité avec les articles 61 et 62 de la Convention relatifs à la conservation et à l'exploitation des ressources biologiques.

264. De même, l'Etat côtier a le droit d'adopter des normes et règles internationales visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin par les navires et de prendre des mesures tendant à réduire à un minimum le risque d'accidents susceptibles de polluer le milieu marin dans sa zone économique exclusive conformément au paragraphe 5 de l'article 211 de la Convention. L'avitaillement concerne plutôt ici les navires de commerce et les procédures élaborées dans le cadre de l'OMI et relatives à la prévention de la pollution.

265. En revanche, la Convention (article 56) ne permet pas à l'Etat

de réglementer la navigation dans sa zone économique exclusive. L'avitaillement des navires en transit est soustrait à la législation nationale de l'Etat côtier puisqu'il s'agit d'une liberté reconnue par l'article 58, paragraphe premier de la Convention.

266. Comme le remarque le juge Anderson dans son opinion individuelle en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)* (p. 137) :

De nos jours, l'avitaillement se fait de différentes façons, selon les circonstances, et il peut concerner divers types de navires, y compris des paquebots, des navires de guerre, des navires cargo et des navires de pêche. Par exemple, immédiatement avant et après son avitaillement, un navire peut être en train d'exercer son droit à la liberté de navigation. Dans ce cas, son avitaillement pourrait bien équivaloir à une utilisation de « la mer à d'autres fins internationalement licites » liées à l'exercice de la liberté de navigation et entrant « dans le cadre de l'exploitation des navires » au sens de l'article 58, paragraphe 1, de la Convention. Pour prendre un autre exemple, un navire de pêche peut être autorisé à pêcher dans la zone économique exclusive, sous réserve de conditions précisées dans les lois et règlements de l'Etat côtier conformes à la Convention (notamment à son article 62, paragraphe 4). Dans ce cas, on met l'accent moins sur la navigation du navire de pêche que sur son exploitation effective des stocks de poissons conformément aux termes de sa licence. Là encore, un navire de pêche peut avoir besoin d'être avitaillé alors qu'il navigue en transit entre son port d'attache et des zones de pêche lointaines.

267. En l'espèce, l'avitaillement dont il s'agit concerne a) un bateau de pêche étranger ; b) opérant dans la zone économique exclusive ; c) doté d'une licence de pêche en bonne et due forme, c'est-à-dire valide ; d) observant le point et l'heure de l'avitaillement communiqués aux autorités de l'Etat côtier ; et e) objet de vérification par les inspecteurs.

268. Au plan juridique, l'avitaillement s'analyse en un contrat de vente entre l'entreprise d'avitaillement et l'exploitant du navire devant être avitaillé. Les hydrocarbures de soute sont habituellement chargés

par un vendeur/fournisseur à Las Palmas, à bord d'un pétrolier spécialisé dont il est le propriétaire ou l'affréteur et les dispositions appropriées relatives à la livraison ou à l'approvisionnement sont prises avec les clients qui opèrent le long d'une route spécifique, ici entre les Iles Canaries et l'Angola (pays pétrolier).

269. Le point où doit avoir lieu l'avitaillement en combustible est convenu quelques semaines à l'avance en fonction des besoins du client et de la route suivie par le navire.

270. Les arrangements contractuels sont arrêtés entre les bureaux de l'Entreprise d'avitaillement et ceux de l'exploitant des navires bénéficiaires. Les détails logistiques que sont le lieu de l'avitaillement et l'accomplissement des formalités sont en général décidés par radio, par téléphone ou messages électroniques entre les capitaines du navire avitailleur, ceux des navires bénéficiaires et leurs agents maritimes respectifs à terre lesquels s'occupent des formalités administratives.

271. Quelle est la procédure d'autorisation de l'avitaillement dans la zone économique exclusive de l'Etat côtier ? Les principes de politique générale relative à la pêche figurent dans les dispositions du décret No. 4/96 du 2 septembre 1996. L'avitaillement y figure parmi les opérations connexes de pêche, à l'article 39 portant « soutien logistique et opérations de transbordement ». Les opérations de soutien logistique telles que le ravitaillement en vivres et en carburant, la livraison ou réception de matériel de pêche et le transfert de membres d'équipages ainsi que le transbordement des prises doivent être préalablement et spécifiquement autorisées par le Ministère des pêches.

272. Les demandes d'autorisation doivent être déposées au moins dix (10) jours avant la date prévue de l'entrée des navires qui doivent réaliser lesdites opérations. Ces demandes doivent inclure les renseignements suivants : description précise des opérations prévues ; signalement et les caractéristiques des navires utilisés pour le soutien logistique ou le transbordement ; le signalement des navires qui bénéficieront des opé-

rations de soutien logistique ou de transbordement des prises.

273. Les bénéficiaires ne sauraient en aucun cas être des navires ne détenant pas de permis de pêche valide. Le Ministère des pêches peut décider que les opérations auront lieu dans une zone définie et à un moment donné et en présence d'agents qualifiés de la police maritime.

274. Les demandes d'autorisation doivent être faites par écrit et être accompagnées de tous les renseignements requis et les autorisations elles-mêmes doivent revêtir la forme d'un document écrit [alinéa 2 de l'article 39].

275. Enfin, l'autorisation est payante, aux termes de l'article 23, alinéa 2, du décret-loi No. 6-A/2000, et le navire doit disposer d'un reçu de paiement.

1) Ainsi, en Guinée-Bissau, par exemple [comme dans les pays de la CSRP], les opérations connexes de pêche requièrent l'autorisation de l'autorité en charge des pêcheries. La partie intéressée doit soumettre sa demande à l'avance et le navire qui l'assiste doit avoir une licence de pêche. La demande d'autorisation d'avitaillement doit être présentée 10 jours avant le début de l'opération prévue.

2) Le demandeur ou son agent maritime adresse la demande au Ministre en charge des Pêcheries, par laquelle il sollicite une autorisation d'avitaillement en mer en identifiant les navires et les sociétés de pêche bénéficiaires ainsi que les caractéristiques du navire avitailleur (le pétrolier).

3) La demande est reçue par le Ministre qui l'impute à la Direction générale des pêcheries industrielles pour la mise en oeuvre des procédures requises : vérification de la conformité de la documentation ; émission d'une facture *pro forma* et paiement de la facture sur le compte du Trésor public.

4) Le demandeur effectue le paiement de la Taxe sur le compte du Trésor public auprès de la Banque centrale des Etats d'Afrique de

l'Ouest (BCEAO).

5) Une fois ces formalités accomplies, l'autorisation est imprimée, la preuve du paiement et d'autres documents lui sont annexés et l'ensemble est adressé au Directeur général des pêcheries industrielles.

6) Le Directeur général confirma la régularité des formalités et le paiement, appose sa signature et présente le document au Ministre pour signature qui accorde ainsi l'autorisation.

7) L'autorisation est ensuite communiquée au propriétaire du pétrolier ou à son représentant local. Cette procédure est suivie pour chaque navire, quel que soit son pavillon.

276. Le paragraphe 2 de l'article 73 de la Convention se lit : « lorsqu'une caution ou une garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage ».

277. On a vu plus haut que le propriétaire du « Virginia G » ne s'est pas adressé à la juridiction compétente pour la détermination et la fixation de la caution ou de la garantie. Il a plutôt cherché à traiter l'affaire avec la FISCAP et non avec le Tribunal. Le propriétaire du « Virginia G » a empêché la mise en oeuvre de la prompte mainlevée en demandant au Tribunal la prescription d'une mesure conservatoire (duplicque, par. 194). Suite à la saisie du navire et de sa cargaison, le propriétaire, quoiqu'il en ait été informé, a choisi de ne pas réagir, par exemple en versant une caution. Il apparaît qu'il ne disposait pas des moyens financiers de le faire. Il s'est contenté de demander la suspension de l'ordonnance de déchargement du gazole rendue par le Secrétaire d'Etat à la pêche après la saisie du navire, demande qui a abouti (PV.4, p. 9, lignes 35-39).

278. La saisie du gazole était parfaitement légale selon le droit bissau-guinéen. Il est évident que le gazole est compris dans la saisie du navire, conformément à l'article 52 du décret-loi. Il apparaît que le propriétaire du « Virginia G » n'a pas exploré les voies de recours appropriées à lui offertes par l'Etat côtier lequel n'a donc pas violé l'article 73, paragraphe 2, comme l'a reconnu le Tribunal (par. 257 de l'arrêt).

279. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 73, il ressort du dossier que les autorités de la Guinée-Bissau n'ont appliqué à l'encontre des membres de l'équipage aucunes sanctions pénales, lesquelles ne sont pas non plus prévues par la loi ; elles n'ont sanctionné que le propriétaire du navire par la confiscation de celui-ci, qui est la sanction admise par la loi. Aucune mesure d'emprisonnement ou de châtement corporel n'a été prise à l'encontre des membres du personnel. Et le Tribunal a eu raison de parvenir à la conclusion que la Guinée-Bissau n'a pas violé l'article 73, paragraphe 3, de la Convention.

280. Quant au paragraphe 4 de l'article 73, le Tribunal ayant confirmé le lien d'allégeance entre le « Virginia G » et le Panama, il paraît que la Guinée-Bissau a violé le paragraphe 4 en « ne notifiant pas sans délai » à l'Etat du pavillon les mesures qu'elle a prises.

X. RÉPARATION

281. Le paragraphe 434 se lit :

Le Tribunal est d'avis que, compte tenu de ses conclusions et conformément à sa jurisprudence précitée, le Panama, en la présente espèce, a droit à des réparations à raison du préjudice qu'il a subis. Le Panama a également droit à des réparations pour les dommages ou autres pertes subis par le « Virginia G », y compris toutes les personnes et entités impliquées dans son activité ou ayant des intérêts liés à cette activité, du fait de la confiscation du navire et de sa cargaison.

282. Le Tribunal poursuit :

Considérant qu'il a été conclu que la confiscation du « Virginia G » et de sa cargaison étaient en violation de l'article 73, paragraphe 1, de la Convention, le Tribunal doit évaluer les demandes présentées par le Panama. De l'avis du Tribunal, seuls les dommages et pertes en rapport avec la valeur du gazole confisqué et les frais de réparation du navire sont des conséquences directes de la confiscation illicite.

[arrêt, par. 435]

283. Il est manifeste que les préjudices allégués puis retenus par le Tribunal ne procèdent guère de la confiscation – qui signifie transfert de propriété – mais plutôt de la saisie effectuée conformément à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention. Le Panama considère que, dans cette affaire, la Guinée-Bissau a contrevenu aux obligations internationales qui lui incombent en vertu de la Convention et a ainsi causé un préjudice au pavillon panaméen et de graves dommages et pertes au navire ainsi qu'aux autres personnes intéressées du fait de l'immobilisation du navire et de la durée de cette immobilisation. La Guinée-Bissau affirme, quant à elle, que certains chefs de préjudice ne résultent pas « de la saisie du "Virginia G", qui est la seule question pour laquelle le Tribunal a compétence » et que « les seules pertes directes qui découlent de la saisie du "Virginia G" sont celles qui ont été prétendument causées au navire, au propriétaire et à l'équipage ». Elle ajoute que « [t]outefois, le Panama demande également des dommages-intérêts pour des pertes prétendument subies par d'autres entités, comme Gebaspe et Penn World, qui n'ont rien à voir avec le "Virginia G" » (par. 424 de l'arrêt). La Guinée-Bissau déclare, en outre, qu'elle « n'a nullement connaissance » des dommages visés aux paragraphes 413 et 414 [de l'arrêt] et avance que le Panama « n'en présente pas la moindre preuve, mais seulement des allégations dépourvues de fondement » et qu'« il faut, par voie de conséquence, considérer que de tels faits ne sont pas prouvés ». Elle ajoute que « si de tels dommages ont vraiment existé, ils ont été causés par les problèmes financiers du propriétaire du navire ... et ils n'avaient donc rien à voir avec la saisie du "Virginia G" ».

284. La saisie s'entend de l'immobilisation légale du navire au port dont la mainlevée est assujettie à une décision judiciaire ou administrative, et ce, indépendamment de la confiscation. En l'espèce, le propriétaire du « Virginia G » n'a ni exploré la voie de la demande de mainlevée prévue à l'article du décret-loi 6-A/2000 ni attaqué la mesure de saisie devant le tribunal administratif compétent, et encore moins cherché à transiger, c'est-à-dire demander un règlement négocié. Il a déclaré devant le Tribunal qu'il n'était pas dans ses intentions d'instituer une procédure de prompt mainlevée parce qu'il n'avait pas les moyens de

déposer une caution. Il a aussi indiqué qu'il avait décliné la proposition à lui faite par un avocat de Bissau de négocier un règlement moyennant le dépôt d'une caution. L'agent du propriétaire lui a en outre indiqué qu'il disposait de 15 jours et que ce délai pouvait être prorogé pour la même période sur demande, pour parvenir à un règlement moyennant paiement d'une amende. Le propriétaire du navire n'ayant pas réagi, une seconde décision de la Commission interministérielle est intervenue confirmant la confiscation, laquelle a été exécutée en ce qui concerne le gazole. Le propriétaire du « Virginia G » initiera un recours contentieux en annulation de la décision de confiscation et a été débouté. Sa conduite justifie amplement l'attitude de la Guinée-Bissau. Le Tribunal a jugé en l'Affaire du « Tomimaru » que la décision de la Cour suprême de la Fédération de Russie met un terme aux procédures devant les tribunaux nationaux. Il note de surcroît, qu'il n'a pas été allégué d'infraction aux normes internationales relatives à la garantie d'une procédure régulière et qu'il n'a pas davantage été allégué que les procédures conduisant à la confiscation du navire étaient de nature à empêcher la mise en oeuvre des recours nationaux ou internationaux. Le Tribunal considère en outre qu'une décision, de sa part, contredirait la décision, mettant un terme aux procédures engagées devant les instances nationales et s'immiscerait dans l'exercice de compétences nationales, contrevenant ainsi aux dispositions de l'article 292, paragraphe 3, de la Convention (voir l'*Affaire* du « Tomimaru », par. 79 et 80).

285. En l'espèce, le requérant a manqué d'explorer les voies de recours à lui offertes occasionnant une seconde décision de la Commission interministérielle qui confirmait la mesure de confiscation, laquelle est prise en toute légalité et ne saurait être interprétée comme un fait illicite susceptible de réparation. C'est dire que la réparation des dommages causés au « Virginia G » ne satisfait guère au critère du lien de causalité et aucune indemnité ne doit être accordée au demandeur.

286. Ce, pour les raisons suivantes : d'abord, s'agissant de savoir si le propriétaire du « Virginia G » a droit à une indemnisation au titre d'une éventuelle perte de revenus pendant la période comprise entre le

5 septembre 2009 et décembre 2010, époque à laquelle le navire a été remis en service, le Tribunal fait remarquer que le « Virginia G » a été saisi pour infraction aux lois et règlements de la Guinée-Bissau et que les procédures prévues à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000 sont diligentes et garantissent la prompte mainlevée de l'immobilisation ou de la saisie du navire dès le dépôt d'une caution ou autre garantie financière et remplissent par conséquent les conditions énoncées à l'article 73, paragraphe 2, de la Convention. A cet égard, le Tribunal juge peu convaincants les arguments du Panama, selon lesquels les procédures visées à l'article 65 du décret-loi 6-A/2000 sont déraisonnables et exorbitantes et qu'il n'était donc pas possible d'y recourir en l'espèce. En conséquence, le Tribunal conclut que, puisque le propriétaire du navire ne s'est pas prévalu des procédures à sa disposition en vertu des lois et règlements de la Guinée-Bissau pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation, le Panama ne peut revendiquer en son nom un quelconque manque à gagner (par. 438).

287. Ensuite, concernant les autres demandes présentées par le Panama aux paragraphes 450 à 453 de sa réplique, le Tribunal conclut qu'à cet égard, le Panama ne satisfait pas à l'exigence de leur lien de causalité avec la confiscation du « Virginia G » (par. 439 de l'arrêt).

288. En outre, en ce qui concerne la demande du Panama visant à majorer de 10 % le montant total de l'indemnisation, le Tribunal estime que le préjudice mentionné au paragraphe 418, qui relève principalement de la perte de réputation, n'a pas de lien de causalité avec les mesures prises par la Guinée-Bissau. Le préjudice allégué est trop indirect et trop vague pour pouvoir être évalué en termes financiers. Par conséquent – dit le Tribunal – la demande ne peut être retenue (par. 440 de l'arrêt).

289. Enfin, s'agissant des réparations du navire, le Tribunal considère que les dommages qui ont été réparés et pour lesquels le Panama réclame une indemnisation ne satisfont pas tous à l'exigence du lien de causalité avec la confiscation du navire (par. 442 de l'arrêt).

290. Le régime juridique de la faute de la victime dans la produc-

tion du dommage est fixé depuis longtemps en jurisprudence comme en doctrine.

291. Dans l'*Affaire Maninat*, l'arbitre a estimé que l'imprécision de la demande – lorsqu'elle résulte de l'inaction des demandeurs – est une faute dont la conséquence est le refus de toute indemnité : « [b]y their own inattention and inaction, they have deprived the umpire of all opportunity to know anything of this branch of their alleged injuries » (*Affaire Maninat*, RSA, X, p. 82). De même, la négligence de la victime à l'égard de la justice a été examinée dans l'*Affaire Gentini* où le juge explique que « [t]he principle of prescription finds its foundation in the highest equity, the avoidance of possible injustice to the defendant, the claimant having had ample time to bring his action, and therefore if he has lost, having only his own negligence to accuse » (*Affaire Gentini*, RSA, X, p. 558).

292. Des vues similaires ont dicté la solution dans l'*Affaire Evesham*, où les demandeurs avaient laissé s'écouler, après le dommage qui leur avait été causé, une très longue période de temps sans agir : « [t]heir not availing themselves of these opportunities to obtain compensation in the ordinary course of judicial proceeding for such a length of time, and under such advantages, brings their case within the terms of a loss and damage occasioned by manifest delay or negligence or wilful omission of the claimant. I am therefore of opinion that the memorialists are not entitled of compensation under this article » (*Affaire Evesham v. Grande-Bretagne*, sentence du 6 juillet 1797, *Moore International Arb.*, III, p. 3100).

293. De même encore, dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, il a été jugé que la faute de la victime exonérait le gouvernement de toute responsabilité : en effet, la réclamation no. 27 concernait un vol de droit commun, effectué au détriment de ressortissants britanniques. L'arbitre Max Huber, constatant que c'était parce que le propriétaire des biens volés avait mis 15 jours à signaler le vol qu'aucune poursuite n'avait été entreprise, estima que la faute de la victime expliquait et excusait l'attitude du Gouvernement espagnol et lui ôtait le caractère illicite qu'elle aurait eu sans l'intervention de la faute de la

victime (RSA, II, p. 616). Dans l'*Affaire de la Barcelona Traction*, le Gouvernement espagnol affirme que tous les actes de l'Espagne sont causés par la conduite antérieure de la Barcelona Traction. Dans sa plaidoirie, le Pr. Weil indique : « le jugement de faillite que l'on reproche si vivement à l'Espagne est imputable en réalité au refus de Barcelona Traction de payer leur dû aux créanciers ; le dommage résultant prétendument de la saisie des actifs des filiales est imputable à la structure de l'entreprise ; le déroulement de la procédure de faillite est imputable à la décision prise par Barcelona Traction d'éluder la justice espagnole ; l'émission de nouveaux titres est due au détournement de fonds de la Société faillie, etc. Ainsi, à la fois, dans le détail et dans l'ensemble, la situation dont le Gouvernement belge se plaint est due à l'action de Barcelona Traction » (C.R. 69/39, p. 59).

294. C'est en se plaçant de ce point de vue, écrit Roth, « que des tribunaux arbitraux internationaux ont souvent, et avec raison, déclaré non justifiées des demandes d'indemnisation, parce que la partie lésée avait négligé d'user des voies de droit mises à sa disposition dans l'Etat responsable pour obtenir par cette voie l'indemnisation du dommage subi. Pareillement ont été fréquemment repoussées des demandes d'intérêts ou de paiement d'indemnités pour gains échappés, et cela en raison du comportement fautif de la victime » (traduction de Brigitte Bollecker – Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pédone, 1973, p. 314 ; note de bas de page 866. Tous ces éléments de jurisprudence proviennent de cette source ; spéc. p. 313-314 et p. 319-320).

295. La faute de la victime est une cause de rejet au fond de toute demande en réparation parce qu'elle a joué un rôle dans la production du dommage allégué. De plus, l'examen du lien de causalité existant entre la faute du propriétaire du « Virginia G » et le dommage dont on demande réparation conduit à une grande perplexité, pour ne pas dire plus.

296. Ces vues ont été codifiées à l'article 39 du Projet d'articles sur

la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international des Nations Unies (annexe à la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001) qui se lit comme suit :

Article 39
Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

297. Au total, on peut retenir que :

a) le propriétaire du *Virginia G* n'a pas épuisé les voies de recours internes à lui offertes par la Guinée-Bissau, et le Panama devait être débouté au motif du défaut de qualité pour agir ;

b) la confiscation du *Virginia G* effectuée en conformité avec la législation nationale de Guinée-Bissau ne constitue pas une infraction à l'article 73, paragraphe 1, de la Convention ;

c) l'inaction de la victime a joué un rôle dans la production du dommage allégué. Or, la faute de la victime dans le préjudice est une cause de rejet au fond de toute demande en réparation.

Pour ces motifs, le Tribunal aurait dû simplement débouter le requérant.

298. Qui plus est, l'attitude du propriétaire du « *Virginia G* » ne doit lui donner aucun droit à la réparation. Un principe général de droit dit que « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ». Lorsque celle-ci se décline en récidive, il n'y a plus guère de cause qui tienne. La justice doit procéder moins d'approximations que de certitudes.

Autres opinions dissidentes

299. J'aimerais, de façon générale, souscrire à l'idée maîtresse ex-

posée dans l'opinion dissidente commune de M. le Vice-Président Hoffmann et MM. les juges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao et Bouguetaia. Je souscris également à l'exposé de l'opinion dissidente de M. le juge Jesus de même qu'à l'exposé de l'opinion dissidente de M. le juge ad hoc Sérvulo Correia. En particulier, je fais miens les paragraphes 45 à 52 de l'opinion dissidente commune.

(signé) Tafsir M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2015

Le 2 avril 2015
Rôle des affaires : No. 21

DEMANDE D'AVIS CONSULTATIF
SOUMISE PAR LA COMMISSION SOUS-RÉGIONALE DES
PÊCHES (CSRP)
(Demande d'avis consultatif soumise au Tribunal)

AVIS CONSULTATIF

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

1. J'ai voté en faveur de l'avis consultatif parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions. J'estime toutefois que l'avis consultatif aurait pu traiter beaucoup plus simplement la question no. 4.

2. Conformément à l'article 8, paragraphe 6, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera essentiellement sur ce point.

3. Le paragraphe 187 se lit : « Le Tribunal doit préciser son interprétation de l'expression "gestion durable" ». Et le paragraphe 188 :

Le Tribunal fait observer que la Convention ne précise pas ce qu'il faut entendre par l'expression « gestion durable ». L'article 63 de la Convention, en tant que tel, ne traite pas la question de la coopération portant sur les mesures à prendre pour assurer la gestion durable des stocks partagés. [...]

4. La fonction judiciaire internationale s'exprime à travers l'organe juridictionnel dont la mission est de dire le droit quelque soit la nature de la procédure instituée devant lui : procédure contentieuse ou simplement consultative.

5. Dire le droit, c'est-à-dire le droit positif, le droit en vigueur au moment du prononcé ou *lex lata*. En l'absence du droit, alors le juge s'adonne à l'interprétation de manière à éviter le non liquet en vertu du principe du « devoir du juge de décider ». En droit, c'est donc dans le domaine de l'incertitude et des lacunes du droit que le non liquet a sa place principale.

6. Il s'entend comme une impossibilité pour le juge ou l'arbitre de

statuer sur le fond de l'affaire à cause d'une insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire.

(J. Salmon (ed.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, 2001, p. 747)

7. Il faut dire qu'aucune des hypothèses ci-dessus envisagées n'est présente en l'espèce et au surplus la base relative au droit en vigueur est largement suffisante. C'est que le Tribunal s'est taillé une camisole de force en ce qui concerne l'étendue de sa compétence en la présente affaire. Il indique que sa compétence dans la présente affaire se limite à la zone économique exclusive des Etats membres de la CSRP. En conséquence, les droits et obligations de l'Etat côtier auxquels il est fait référence à la quatrième question doivent être interprétés comme renvoyant aux droits et obligations des Etats membres de la CSRP.

(par. 179)

Le Tribunal manque de s'appesantir sur la nature et la portée des questions à lui posées. Selon lui, la première question a trait uniquement à la zone économique exclusive des Etats membres de la CSRP et le membre de phrase « pêche INN pratiquée à l'intérieur de la ZEE des Etats tiers » désigne la pêche INN pratiquée à l'intérieur de la ZEE des Etats membres de la CSRP (par. 87).

8. Il en va différemment de la question 4 dans la mesure où le secteur adjacent comme l'aire de migration des thonidés sont en dehors de la zone économique exclusive des Etats membres de la CSRP. Le Tribunal le reconnaît lui-même sans en tirer les conséquences lorsqu'il parle des thonidés. Selon lui

[...] Les mesures prises au titre de cette obligation devraient être cohérentes et compatibles avec celles prises dans l'ensemble de la région par l'organisation régionale pertinente, à savoir la CICTA, aussi bien dans les zones économiques exclusives des Etats membres de la CSRP

qu'au-delà de celles-ci. (par. 207, al. iii))

9. C'est dire qu'avec l'étendue de la compétence qu'il s'est fixé, le Tribunal aurait dû s'abstenir d'examiner la question 4 et se déclarer incompétent pour en connaître. Il s'est, en effet, singulièrement abusé sur l'étendue du droit en vigueur en ce qui concerne les stocks chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs ; c'est-à-dire, en l'espèce, les stocks partagés et les stocks d'intérêt commun, en particulier ceux des thonidés et des petits pélagiques.

10. En effet, la question 4 est régie par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention relatives à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et des grands migrateurs. Elle est libellée comme suit : « Quels sont les droits et obligations de l'Etat côtier pour assurer la gestion durable des stocks partagés et des stocks d'intérêt commun, en particulier ceux des thonidés et des petits pélagiques ? »

11. La CSRP situe le contexte dans lequel la question s'est posée. Selon elle, les thonidés et les petits pélagiques sont des espèces migratrices qui se concentrent saisonnièrement, suivant les conditions environnementales dans les eaux sous juridiction nationales de plusieurs Etats côtiers. En conséquence, les Etats concernés doivent prendre des mesures concertées pour leur gestion durable. La CSRP explique que, de façon générale, les Etats ne se concertent pas sur la mise en place de mesures de gestion de ces ressources. En effet, ces ressources pélagiques font l'objet d'autorisation de pêche par le biais d'accords de pêche signés entre l'Etat côtier et des compagnies étrangères, sans concertation avec les Etats côtiers voisins sur les territoires desquels se déplacent ces ressources. Certains Etats membres de la CSRP continuent à agir de façon isolée en délivrant des licences de pêche sur cette ressource partagée.

12. Il faut rappeler que la consécration de la notion de zone économique exclusive par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer avait pour but de mettre un terme au conflit d'intérêt entre les Etats côtiers et les pêcheurs à grand rayon d'action. La pratique a révélé que

le résultat a été très peu probant. C'est pourquoi l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention relatives à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et des grands migrateurs donne un effet pratique et complète la Convention en ayant recours au concept de « durabilité ».

13. Les dispositions pertinentes de la Convention relatives aux stocks chevauchants et aux grands migrateurs relèvent de la Partie V [la Zone Economique Exclusive] et de la Partie VII [la Haute Mer]. L'article 63, paragraphe 2, prescrit que l'Etat côtier et les Etats qui exploitent ces stocks dans le secteur adjacent s'efforcent directement ou par l'intermédiaire des organisations sous-régionales ou régionales appropriées, de s'entendre sur les mesures nécessaires à la conservation de ces stocks dans le secteur adjacent.

14. Aux termes de l'article 64, l'Etat côtier et les autres Etats dont les ressortissants se livrent dans la région à la pêche de grands migrateurs figurant sur la liste de l'annexe I coopèrent, directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées, afin d'assurer la conservation des espèces en cause et de promouvoir l'exploitation optimale de ces espèces dans l'ensemble de la région, aussi bien dans la zone économique exclusive de la région qu'au-delà de celle-ci.

15. L'Accord sur les stocks chevauchants et grands migrateurs vise à rendre compatibles les mesures de conservation et de gestion instituées pour la haute mer et celles édictées dans les zones relevant de la juridiction nationale et dans l'exercice des droits souverains à lui reconnus, l'Etat côtier doit appliquer les principes généraux énumérés à l'article 5 dudit Accord qui dispose :

Article 5 Principes généraux

En vue d'assurer la conservation et la gestion des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs, les États côtiers et les États qui se livrent à la pêche en haute mer, en exécution de

l'obligation de coopérer que leur impose la Convention :

a) Adoptent des mesures pour assurer la durabilité à long terme des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs et en favoriser l'exploitation optimale;

b) Veillent à ce que ces mesures soient fondées sur les données scientifiques les plus fiables dont ils disposent et soient de nature à maintenir ou à rétablir les stocks à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs économiques et écologiques pertinents, y compris les besoins particuliers des États en développement, et compte tenu des méthodes en matière de pêche, de l'interdépendance des stocks et de toutes normes minimales internationales généralement recommandées aux plans sous-régional, régional ou mondial;

c) Appliquent l'approche de précaution conformément à l'article 6;

d) Évaluent l'impact de la pêche, des autres activités humaines et des facteurs écologiques sur les stocks visés ainsi que sur les espèces qui appartiennent au même écosystème que les stocks visés ou qui leur sont associés ou en dépendent;

e) Adoptent, le cas échéant, des mesures de conservation et de gestion à l'égard des espèces qui appartiennent au même écosystème que les stocks visés ou qui leur sont associés ou en dépendent, en vue de maintenir ou de rétablir les stocks de ces espèces à un niveau tel que leur reproduction ne risque pas d'être sérieusement compromise;

f) Réduisent au minimum la pollution, les déchets, les rejets, les captures par des engins perdus ou abandonnés, les captures d'espèces de poissons et autres non visées (ci-après dénommées espèces non visées) et l'impact sur les espèces associées ou dépendantes, en particulier les espèces menacées d'extinction, grâce à des mesures incluant, pour autant que possible, la mise au point et l'utilisation d'engins et de techniques de pêche sélectifs, sans danger pour l'environnement et d'un bon rapport coût-efficacité;

g) Protègent la diversité biologique dans le milieu marin;

h) Prennent des mesures en vue d'empêcher ou de faire cesser la surexploitation et la surcapacité et de faire en sorte que l'effort de pêche n'atteigne pas un niveau incompatible avec l'exploitation durable des ressources halieutiques;

i) Prennent en compte les intérêts des pêcheurs qui se livrent à la pêche artisanale et à la pêche de subsistance;

j) Recueillent et mettent en commun en temps opportun des données complètes et exactes sur les activités de pêche, notamment sur la position des navires, les captures d'espèces visées et d'espèces non visées et l'effort de pêche, comme prévu à l'annexe I, ainsi que les informations provenant des programmes de recherche nationaux et internationaux;

k) Encouragent et pratiquent la recherche scientifique et mettent au point des techniques appropriées à l'appui de la conservation et de la gestion des pêcheries; et

l) Appliquent et veillent à faire respecter des mesures de conservation et de gestion grâce à des systèmes efficaces d'observation, de contrôle et de surveillance.

16. En ce qui concerne la coopération relative aux mesures à prendre pour assurer la gestion durable des stocks partagés, l'Accord sur les stocks chevauchants institue des mécanismes de coopération internationale. Ainsi, aux termes de l'article 8, paragraphe 1, les Etats côtiers et les Etats qui se livrent à la pêche en haute mer, agissant conformément à la Convention, coopèrent en ce qui concerne les stocks de poissons chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs, soit directement soit par l'intermédiaire des organisations ou arrangements de gestion des pêcheries sous-régionaux ou régionaux compétents, en tenant compte des caractéristiques particulières de la région ou sous-région, afin d'assurer efficacement la conservation et la gestion de ces stocks. Le paragraphe 2 de l'article 8 dispose, en outre, que les Etats engagent des consultations de bonne foi et sans retard, notamment lorsqu'il y a lieu de penser que les stocks de poissons chevauchants et les stocks de poissons grand migrateurs concernés sont menacés de surexploitation ou lorsqu'une nouvelle pêcherie visant ces stocks est aménagée. A cette fin, des consultations peuvent être engagées à la demande de tout Etat intéressé en vue de l'institution d'arrangements appropriés pour assurer la conservation et la gestion des stocks.

17. L'Accord accorde une place centrale aux Organismes régionaux de gestion des pêches (ORGP), lieu de coopération par excellence des Etats pour mettre en oeuvre les objectifs de conservation et de gestion

tant à l'intérieur des zones relevant de la juridiction nationale qu'en haute mer.

18. La contribution essentielle de l'accord sur les stocks chevauchants à cet égard

is to define the desirable institutional characteristics of an effective RFMO by listing, in a legally binding form, the matters upon which States are expected to agree in order to bring about the sustainable management of fisheries. These include agreement on conservation and management measures to ensure long-term sustainability, agreement on participatory rights such as allocations of allowable catch or levels of fishing effort, agreement on decision – making procedures that facilitate the adoption of conservation and management measures in a timely and effective manner, and agreement on mechanisms for obtaining, scientific advice and ensuring compliance with and enforcement of conservation and management measures.

(Recommended Best Practices for RFMO's, Report of a panel to develop a model for improved governance by RFMO, M. Lodge (dir.), Chatham house, April 2007, pp. 4-5)

19. Traduite dans les circonstances de la présente espèce, la « gestion durable » revient à instituer des mécanismes de coopération entre les Etats membres de la CSRP et avec celle-ci destinés à s'assurer que le taux de prélèvement des stocks partagés et des stocks d'intérêt commun ne dépasse pas à terme le rythme de renouvellement desdits stocks. En l'espèce, c'est la CICTA qui serait mieux indiquée pour jouer ce rôle dans la mesure où les grands migrateurs se déplacent sur de longues distances. Elle serait mieux adaptée que la CSRP ou les autres organismes régionaux de pêche auxquels l'article 63 de la Convention se réfère. Ces organismes peuvent, en revanche, jouer un rôle important en matière de coordination des politiques, d'aménagement, de développement des pêcheries ou d'évaluation des stocks et mettre en oeuvre les fonctions à eux assignées par l'Accord sur les stocks chevauchants. L'article 10 dudit Accord dispose :

Article 10

Fonctions des organisations et arrangements de gestion

des pêcheries sous-régionales et régionales

Pour s'acquitter de leur obligation de coopérer dans le cadre d'organisations ou arrangements de gestion des pêcheries sous-régionales ou régionales, les États :

a) Conviennent de mesures de conservation et de gestion et s'y conforment afin d'assurer la durabilité à long terme des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs;

b) Conviennent, le cas échéant, des droits de participation, comme le volume admissible des captures ou le niveau de l'effort de pêche;

c) Adoptent et appliquent toutes normes internationales minimales généralement recommandées pour mener les opérations de pêche de manière responsable;

d) Obtiennent des informations scientifiques et les évaluent et examinent l'état des stocks et évaluent l'impact de la pêche sur les espèces non visées et les espèces associées ou dépendantes;

e) Conviennent de normes pour la collecte, la communication, la vérification et l'échange de données sur l'exploitation des stocks;

f) Recueillent et diffusent des données statistiques précises et complètes, comme indiqué dans l'annexe I, afin de disposer des données scientifiques les plus fiables, tout en préservant la confidentialité le cas échéant;

g) Encouragent et effectuent des évaluations scientifiques des stocks et les activités de recherche pertinentes, et en diffusent les résultats;

h) Mettent en place des mécanismes de coopération appropriés en matière d'observation, de contrôle, de surveillance et de police;

i) Conviennent des moyens permettant de prendre en compte les intérêts en matière de pêche des nouveaux membres de l'organisation ou des nouveaux participants à l'arrangement;

j) Conviennent de procédures de prise de décisions qui facilitent l'adoption de mesures de conservation et de gestion en temps opportun et de manière efficace;

k) Encouragent le règlement pacifique des différends conformément à la partie VIII;

l) Font en sorte que leurs organismes nationaux compétents et leurs industries coopèrent pleinement à l'application des recommandations et

décisions de l'organisation ou arrangement; et

m) Donnent la publicité voulue aux mesures de conservation et de gestion instituées par l'organisation ou l'arrangement.

20. Pour s'acquitter de leur obligation de coopérer dans le cadre des Organismes régionaux de gestion des pêches (ORGP), les Etats doivent renforcer lesdits organismes pour leur permettre de s'acquitter de leurs fonctions essentielles : la collecte et l'échange de données, la détermination du volume admissible de capture et l'allocation des droits entre les Etats membres ainsi que le respect des mesures de conservation et de gestion des pêcheries.

21. Le régime de la collecte des données est établi à l'article 119 de la Convention. Les Etats doivent s'attacher, en se fondant sur les données scientifiques les plus fiables dont ils disposent, à maintenir ou rétablir les stocks des espèces exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, eu égard aux facteurs écologiques et économiques pertinents. Et lorsqu'ils prennent des mesures en vue de la conservation des ressources biologiques en haute mer, les Etats doivent prendre en considération les effets de ces mesures sur les espèces associées aux espèces exploitées pour ne pas compromettre leur reproduction. De plus, les informations scientifiques disponibles, les statistiques relatives aux captures et à l'effort de pêche et les autres données concernant la conservation des stocks de poissons doivent être diffusées et échangées par le biais des ORGP. Les experts de ces organismes s'emploient à compiler et à analyser les informations communiquées par les Etats. Ces données sont fondamentales et constituent un pré-requis essentiel à la prise de toute décision en vue de la gestion durable des pêches.

22. L'Accord sur les stocks chevauchants complète la Convention dans ce domaine en fixant les normes de collecte et l'échange des données. En effet, l'Annexe I à l'Accord établit :

- Les principes généraux ;
- Les principes devant régir la collecte, la compilation et l'échange des données;
- Les données de base relatives aux pêcheries ;

- Les informations concernant les navires ;
- La communication de données ;
- La vérification des données et
- L'échange de données.

23. Enfin, l'article 6, paragraphe 2, de l'Accord dispose que les Etats prennent d'autant de précautions que les données sont incertaines, peu fiables ou inadéquates. Le manque de données scientifiques adéquates ne saurait être invoqué pour ne pas prendre de mesures de conservation et de gestion ou pour en différer l'adoption.

24. En ce qui concerne la détermination du volume admissible de capture et l'allocation des droits, l'Accord prévoit que les Etats, pour s'acquitter de leur obligation de coopérer, conviennent des droits de participation comme le volume admissible des captures ou le niveau de l'effort de pêche (article 10, al. b).

25. Cependant, une chose est de déterminer le volume admissible des captures mais autre chose est l'allocation ou répartition des droits entre les Etats membres de l'ORGP, qui pose le problème de la coopération dans la gestion durable des stocks et la stabilité des régimes de conservation établis par les ORGP. Ces organismes doivent faire face à la surpêche des stocks exploités, à la saturation des pêcheries et ses conséquences sur les espèces associées ou dépendantes dont la reproduction risque d'être sérieusement compromise.

26. La participation de l'ensemble des Etats qui exploitent des stocks chevauchants ou des grands migrateurs à l'ORGP d'une zone de pêche ou d'une aire de migration donnée faciliterait grandement la question de l'allocation des droits qui pose des problèmes économiques et politiques très complexes.

27. L'article 11 de l'Accord indique les facteurs à prendre en compte dans l'allocation équitable des droits relatifs aux stocks de poissons disponibles :

- a) l'état des stocks de poissons chevauchants et des stocks de pois-

sons grands migrateurs et le niveau de l'effort de pêche dans le zone de pêche ;

b) les intérêts, les méthodes en matière de pêche et les pratiques de pêche des nouveaux et des anciens membres ou participants ;

c) la contribution respective des nouveaux et des anciens membres ou participants à la conservation et la gestion des stocks, à la collecte et la communication de données exactes et aux recherches scientifiques menées sur les stocks ;

d) les besoins des communautés côtières de pêcheurs qui sont fortement tributaires de la pêche des stocks ;

e) les besoins des Etats côtiers dont l'économie est très lourdement tributaire de l'exploitation des ressources biologiques marines ; et

f) les intérêts des Etats en développement de la sous-région ou région, lorsque les stocks se trouvent également dans les zones relevant de leur juridiction nationale.

28. Pour atteindre les objectifs fixés en vue de la conservation et la gestion durable des stocks, les mesures arrêtées par les ORGP doivent être mises en oeuvre par les Etats membres et être respectées par les navires battant leur pavillon. Pour ce faire, d'abord, le système de suivi, contrôle et surveillance est crucial. Il permet à l'Etat du pavillon d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires battant son pavillon. Ce système comprend l'immatriculation des navires, le suivi des navires (VMS) et les programmes d'inspection ainsi que des observateurs.

29. Ensuite, il y a la réglementation relative au transbordement lorsque le système de suivi se révèle difficile. Il s'agit d'un moyen important de lutte contre la pêche INN, mais demande plus de coopération dans les pays de la CSRP dépourvus de moyens navals de surveillance.

30. De plus, l'Accord sur les stocks chevauchants complète les obligations mises à la charge de l'Etat du pavillon par l'article 94 de la Convention lesquelles sont destinées à lui permettre d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif,

technique et social sur les navires battant son pavillon.

31. Les articles 18, 19 et 20 de l'Accord sur les stocks chevauchants complètent ces dispositions générales. Ils prévoient les mesures à prendre par l'Etat du pavillon, l'habilitant à contrôler effectivement les activités des navires de pêche battant son pavillon en haute mer et à réagir en cas d'infraction aux mesures de conservation et de gestion. L'accord prévoit en outre des mesures précises relatives à la juridiction de l'Etat du port.

32. Enfin, en ce qui concerne les mesures du ressort de l'Etat du port, l'on note que l'Accord de 2009 sur les mesures du ressort de l'Etat du port n'est pas encore entré en vigueur. C'est donc les législations nationales et la pratique générée par la CSRP qui peuvent jouer un rôle important en ce qui concerne la gestion des stocks partagés et des stocks d'intérêt commun. L'Etat du port peut ainsi exercer à l'encontre du navire contrevenant un véritable pouvoir de contrainte. En raison de l'éloignement des navires à grand rayon d'action de leur port d'attache, ceux-ci se trouvent obligés de fréquenter régulièrement les ports des Etats situés à proximité des zones de pêche pour se ravitailler ou subir des réparations.

33. D'abord, l'Etat du port a le droit et l'obligation de prendre des mesures, conformément au droit international, pour garantir l'efficacité des mesures sous-régionales, régionales et mondiales de conservation et de gestion. Lorsqu'il prend de telles mesures, il n'exerce aucune discrimination de forme ou de fait à l'encontre des navires d'un Etat quel qu'il soit.

34. Ensuite, l'Etat du port peut notamment contrôler les documents, les engins de pêche et les captures à bord des navires de pêche lorsque ceux-ci se trouvent volontairement dans ses ports ou ses installations terminales au large.

35. En outre, les Etats peuvent adopter des règlements habilitant les

autorités nationales compétentes à interdire les débarquements et les transbordements lorsqu'il est établi que la capture a été effectuée d'une manière qui compromet l'efficacité des mesures régionales, sous-régionales ou mondiales de conservation et de gestion en haute mer.

36. Enfin, l'Etat du port peut prendre des mesures punitives en cas de violation de ses lois et règlements par l'interdiction d'utiliser des services de ses ports tels que l'avitaillement, par exemple.

37. Au total, en application de l'obligation de coopérer en vue de la conservation et la gestion durable des stocks partagés et d'intérêt commun, la CSRP doit procéder à

- La détermination du volume admissible des captures et à l'allocation de quotas entre ses Etats membres
- Dresser la liste ou le registre des navires de pêche titulaires d'une licence
 - Réduire l'effort ou la capacité de pêche
 - Assurer une concertation préalable entre Etat membre avant la délivrance de permis de pêche relatif aux stocks partagés ou d'intérêt commun.

En ce qui concerne le respect de la réglementation et la répression des infractions, la CSRP doit prendre des mesures ayant trait à :

- L'arraisonnement et à l'inspection
- Au programme des observateurs
- Au système de surveillance des navires
- La liste et registre des navires pratiquant la pêche INN
- Au marquage des navires et engins de pêche
- Débarquement et transbordement des captures
- Mesures du ressort de l'Etat du port
- Au système de documentation des captures, et enfin la
- Mise en oeuvre effective de l'article 18 de l'Accord sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs relatif aux obligations de l'Etat du pavillon.

(signé) T.M. Ndiaye

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
ANNÉE 2015

Le 24 août 2015

L'INCIDENT DE L'« ENRICA LEXIE »
(ITALIE c. INDE)
Demande en prescription de mesures conservatoires

ORDONNANCE

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE NDIAYE

(Soumise conformément à l'article 30, paragraphe 3, du Statut et à l'article 8, paragraphe 4, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en une matière judiciaire).

N'ayant pu, à mon grand regret, me rallier à l'ordonnance du Tribunal, j'estime devoir exposer mon opinion dissidente. Celle-ci traite des conditions procédurales en la présente affaire 24 portant L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde), demande en prescription de mesures conservatoires conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer .

1. En cette affaire 24, le Tribunal international du droit de la mer (le Tribunal) est saisi, par l'Italie d'une demande en prescription de mesures conservatoires présentée conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention.

2. Le Tribunal doit donc établir l'existence ou non du différend et déterminer si les conditions procédurales prévues par l'article 290, paragraphe 5 de la Convention sont réunies avant de décider si le Tribunal arbitral Annexe VII aurait compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire et, partant si le Tribunal a aussi le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires au cas où les circonstances l'exigeraient.

Le différend : Régime juridique

3. En l'absence de définition du différend dans les statuts des juridictions internationales, il faut recourir à leur jurisprudence pour en établir le régime juridique, parce que la fonction juridictionnelle contentieuse, des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

4. Selon la CIJ, un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes

(Mavrommatis, Arrêt n°2, 1924, CPJI, série A, n°2 p.11).

5. La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour.

(Aff. Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, 1er phase, avis consultatif, Rec. 1950, p. 74)

6. Il convient de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »

(Aff. Sud-ouest africain, Exceptions préliminaires Rec. 1962, p. 328)

[Aff. Activités armées sur le territoire du Congo, CIJ, Rec.2006, par. 90, p. 40].

7. La Cour, « pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond et non de forme » dit-elle.

[Géorgie/ Fédération de Russie, Exceptions préliminaires arrêt du 1er avril 2011, par. 30].

8. En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour.

(Aff. Incident aérien de Lockerbie, Rec. 1998, par. 42-44)

9. En ce qui concerne son objet, le différend doit « toucher l'interprétation ou l'application de la Convention » et être soumis conformément à la Partie XV de la CNUDM.

10. Comme l'indique la CIJ:

Lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera

ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond mais qu'elle ne doit cependant indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le Requéran paraissent constituer prima facie une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.

La Cour doit

examiner la question aussi complètement que le permet l'urgence d'une demande en indication de mesures conservatoires.

(Aff. Activités militaires et paramilitaires, Nicaragua / Etats-Unis, Mesures Conservatoires, Ordonnance du 10 mai 1984, par. 24 et 25).

11. Selon le Requéran,

le différend soumis à la procédure arbitrale prévue à l'Annexe VII concerne un incident survenu à environ 20,5 milles marins au large des cotes de l'Inde, impliquant le navire *Enrica Lexie* un tanker battant pavillon italien, et l'exercice subséquent de la juridiction de l'Inde au titre de l'incident, et à l'égard des deux fusiliers marins italiens de la Marine italienne, le maître principal Massimiliano Latorre et el maitre Salvatore Girone, qui étaient en service officiel à bord de l'*Enrica Lexie* au moment de l'incident.

(Requête, par. 3).

12. L'Inde reconnaît que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que l'*Enrica Lexie*, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle a également admis que l'Inde envisage d'exercer sa juridiction à l'encontre des fusiliers marins.

(Réponse, par. 1.5)

Selon le Défendeur

Il suffit de dire...que le silence de l'Italie déforme sérieusement la réalité des faits et ne permet pas au Tribunal de comprendre correctement quel est l'objet de ce différend, lequel est en fait centre sur le meurtre, perpétré par deux fusiliers marins italiens embarqués à bord de l'*Enrica*

Lexie, de deux pêcheurs indiens sans armes qui se trouvaient à bord du St. Antony, un navire de pêche dument immatriculé en Inde et pleinement autorisé à pêcher dans le ZEE indienne. Ce Navire a par ailleurs été endommagé du fait de l'utilisation d'armes automatiques par les deux fusiliers marins.

(Réponse, par. 1.6)

13. Le requérant fait valoir en réponse :

We agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion. But there is an antecedent issue that requires prior determination, which is the subject-matter of the dispute between Italy and India, namely, who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State officials.

The Marine contest the allegation that they fired the shots that killed the two unfortunate Indian fishermen. It is not accepted that the fatal shooting took place from the Enrica Lexie. [...] And, I must emphasize, that the Marines have not been charged with murder under Indian law. [...] A person is not guilty of an offense unless and until convicted by a properly constituted court on the basis of charges of which they are informed in a timely manner and to which they have had an opportunity to respond.

(Second Round, Tuesday, 11 August 2015, Speech 1, Reply submissions, Sir Daniel Bethlehem, p.1-2)

Ce principe énoncé est un principe fondamental du droit pénal : le principe de la présomption d'innocence !

14. Pour déterminer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un différend entre les Parties, le Tribunal doit rechercher si :

(a) le dossier de l'affaire révèle l'existence d'un désaccord sur un point de droit ou de fait entre les deux Etats ;

(b) si ce désaccord touche « l'interprétation ou l'application » de la Convention;

(c) si ledit désaccord existait à la date du dépôt de la requête.
(Géorgie/ Russie, par. 32)

15. On peut relever le désaccord sur les points suivants :

- l'exercice de la juridiction entre l'Etat côtier et l'Etat du pavillon;
- l'exercice des pouvoirs de police entre les deux Etats et en particulier la question des poursuites judiciaires ;
- la matérialité des normes ;
- le contentieux de la qualification des faits ;
- les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité absolue pour une partie et fonctionnelle pour l'autre ; et enfin le contentieux du choix du forum.

16. A la date critique, le faits à l'origine de l'affaire 24, relèvent-ils ou non du droit interne du défendeur dans le cadre de la procédure pénale?

Dans l'affirmative, si le Tribunal venait à accueillir les demandes du Requéant, y'aurait-il ingérence de sa part dans la substance même d'affaires pénales pendantes devant les juridictions indiennes ?

Comment interpréter, en droit international, les actions du Requéant et celles de ses nationaux dans l'ordre juridique du défendeur ?

Toutes ces questions rejaillissent sur l'existence ou non du différend en droit international.

17. Saisi dans le cadre de l'article 290 paragraphe 5 de la Convention, le Tribunal peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires ... s'il considère, prima facie, que le tribunal arbitral devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige, dit en substance cet article.

18. Pour s'acquitter des ces deux conditions procédurales, le Tribunal doit d'une part, établir un lien intime entre la base alléguée de compétence devant permettre au tribunal arbitral Annexe VII d'exami-

ner l'affaire au fond et les demandes formulées par le requérant et vérifier la corrélation devant exister entre la demande au fond et la demande en prescription de mesures conservatoires. D'autre part, il doit établir avec soin les faits de la cause et leur pertinence pour pouvoir estimer ou non que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires.

19. Le Problème juridique fondamental de ce différend reconnu par les deux parties, c'est l'exercice de la juridiction, de la compétence en la matière.

• Pour l'Italie : “the subject-matter of the dispute Italy and India is who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State Officials”.

• Pour l'Inde : « Le seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir les juridictions concurrentes) a compétence pour juger les auteurs de celle-ci-qui a provoqué la mort de deux pêcheurs indiens ».

Quel sont les arguments des parties ?

Italie

L'Italie soutient, en se fondant sur la CNUDM, en particulier les Parties II, V et VII, et plus précisément les articles 2, paragraphe 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 et 300 de la Convention, ainsi que sur le droit international coutumier, que l'Inde a violé ses obligations internationales.

(Demande, par. 29 ; voir aussi PV.15/A24/1).

Dans son Exposé des conclusions du 26 juin 2015 (annexe A de la Demande), l'Italie demande :

Conformément aux dispositions de la CNUDM, l'Italie prie respectueusement le tribunal constitué en vertu de l'annexe VII de dire et juger que :

a) L'Inde a agi et agit en violation du droit international en revendiquant et exerçant sa compétence au titre de l'*Enrica Lexie* et à l'égard

des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de l'*Enrica Lexie*.

b) La revendication et l'exercice par l'Inde de sa compétence pénale violent l'obligation de l'Inde de respecter l'immunité des Fusiliers marins italiens, en leur qualité de fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions officielles.

c) L'Italie a compétence exclusive à l'égard de l'*Enrica Lexie* et des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de l'*Enrica Lexie*.

d) L'Inde doit cesser d'exercer toute forme de compétence au titre de l'incident de l'*Enrica Lexie* et des Fusiliers marins italiens, y compris toute mesure de privation de liberté frappant les maîtres Lattore et Girone.

e) L'Inde a violé l'obligation qui lui est faite par la Convention de coopérer à la répression de la piraterie.

(Voir Exposé des conclusions, par. 33, annexe A de la Demande)

L'association de ces conduites et ces attitudes montre, sans conteste, un désaccord entre l'Italie et l'Inde qui, finalement, revient à un différend sur l'interprétation et l'application des règles internationales invoquées par l'Italie dans la procédure actuelle (PV.15/A24/1, voir également PV.15/A24/1, p. 21, ll. 1 – 11).

On [L'Inde] invoque même la déclaration au titre de l'Article 310. Il s'agit là de questions qui portent sur le fond clairement. (PV.15/A24/1,

L'Italie considère que le droit et les faits de l'affaire actuelle qui ont été fort bien présentés jusqu'à présent montrent, de manière évidente, que le tribunal en cours de constitution au titre de l'annexe VII aura beaucoup plus qu'une juridiction *prima facie* sur les fonds de l'affaire (PV.15/A24/1, PV.15/C24/1, p. 20, ll. 18 – 21).

L'argument de l'Inde semble confondre la juridiction *prima facie*, cette exigence, avec une autre exigence séparée selon laquelle les droits demandés doivent être au moins plausibles. Lorsque l'on considère la juridiction *prima facie*, l'Inde affirme que « la question du différend n'entre pas dans le champ de compétence de la Convention ». L'Inde

semble arguer qu'il n'y a pas de différend entre les Parties « relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ». Dans ce contexte, elle se concentre sur les allégations de l'Italie au titre de l'Article 97 et sur l'immunité des représentants de l'Etat (*PV.15/A24/1*, p. 20, l. 36 à 44, *PV.15/A24/1*, p. 18, ll. 50 et 51 et p. 19, ll. 1 et 2).

Vérification de la compétence *prima facie*, voir *PV.15/C24/1*, p. 28 à 36.

Inde

[Le] tribunal de l'annexe VII dont l'Italie demande la constitution n'a pas compétence pour se prononcer sur l'affaire qu'elle veut lui soumettre (*PV.15/A24/2*, p. 14 et 15).

L'Inde convient que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que l'Enrica Lexie, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle convient également qu'elle envisage d'exercer sa compétence à l'encontre des fusiliers marins. (Observations écrites, par. 1.5).

[L]'objet du différend ne relève pas du champ d'application de la Convention... l'Italie donne une qualification erronée à l'objet du différend, qui n'est pas un incident de navigation, et encore moins une collision, mais un meurtre commis par deux ressortissants italiens sur la personne de deux ressortissants indiens, dans une zone maritime relevant de la compétence de l'Inde. (Réponse, paragraphe 3.5 ; sur l'objet du différend, voir aussi Réponse, paragraphe 1.6 et *PV.15/C24/2*, p. 15, ll. 3 à 7).

Le professeur Tanzi, s'est donné hier beaucoup de mal pour montrer qu'il existait un différend entre l'Inde et l'Italie. Ceci, je le lui concède bien volontiers – mais un différend sur quoi ? (*PV.15/C24/4*, p. 9, l. 26 à 28).

[Le] seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir des juridictions concurrentes) a ou ont compétence pour juger cette fusillade qui a provoqué la mort de deux pê-

cheurs indiens. Et sur cela, la Convention de Montego Bay est muette) (PV.15/C24/4, p. 10, ll. 28 à 32).

[l]’Inde rejette l’idée que l’Italie puisse invoquer le bénéfice des immunités reconnues par la CNUDM en faveur des deux fusiliers marins concernés. (Réponse, paragraphe 3.5)

Personne ne conteste que les fusiliers marins italiens étaient à bord d’un navire marchand. Par conséquent, le Gouvernement de l’Inde n’était pas obligé de reconnaître leur demande d’immunité en 1 vertu de la Convention ou de tout autre principe de droit international (PV.15/C24/2, p. 2 ll. 48 et 49 et p. 3 ll. 1 et 2 ; voir également, PV.15/C.24/2).

3.1.1 Manquements allégués aux dispositions de la Convention

Italie

Les violations des dispositions de la CNUDM commises par l’Inde sont constituées, entre autres, par les actes ci-après : a) la saisie et l’immobilisation illégale par l’Inde du navire *Enrica Lexie* ; b) l’entrave de l’Inde à la liberté de navigation de l’Italie ; c) l’exercice par l’Inde de la compétence au titre de l’Incident de l’*Enrica Lexie* et à l’égard des Fusiliers marins, nonobstant la compétence exclusive de l’Italie à ce titre et à cet égard, en vertu du fait incontesté que l’Incident a eu lieu hors des eaux territoriales de l’Inde, à environ 20,5 milles marins au large des côtes indiennes ; d) l’exercice par l’Inde de la juridiction pénale à l’égard des deux Fusiliers marins italiens, qui, en tant que fonctionnaires de l’Etat exerçant des fonctions officielles en vertu d’une délégation de pouvoir légale, bénéficient d’une immunité de juridiction pénale en Inde; et (e) le défaut de coopérer à la répression de la piraterie, en exerçant sa juridiction pénale au titre de l’Incident de l’*Enrica Lexie* et à l’égard des Fusiliers marins italiens.(Demande, paragraphe 30, voir PV.15/C24/1, p. 4, l. 31 à 37)

Inde

L’Italie saisit le prétexte de sa Demande en prescription de mesures

Conservatoires pour développer, dans son exposé des conclusions, des arguments sur le fond de l'affaire. L'Inde ne fera pas de même, puisque cela est contraire aux dispositions claires de l'article 290 de la CNUDM, qui limite l'objet des mesures conservatoires à la préservation "des droits respectifs des parties en litige (...) en attendant la décision définitive". Néanmoins, l'Inde souhaite qu'il soit bien clair qu'en s'abstenant de réfuter les arguments de l'Italie sur le fond, elle n'entend nullement accepter tacitement ces arguments. (Réponse, paragraphe 3.1)

[I]l ne suffit pas d'énumérer la longue litanie de dispositions de celle-ci qui pourraient avoir un vague rapport avec les faits de la cause, comme l'ont fait ce matin le professeur Tanzi et Sir Michael, pour que la compétence de la juridiction saisie soit établie. La véritable question est de savoir si le différend entre les Parties est couvert par une ou des dispositions de la Convention. Ce n'est prima facie pas le cas si l'on se focalise sur l'objet réel du différend (PV.15.C.24/2, p. 15, ll. 21 à 27).

La demande de l'Italie, visant à empêcher l'Inde de prendre de nouvelles mesures judiciaires et administratives, aurait aussi pour effet de préjuger les assertions b), c) et d) avancées dans la Notification de l'Italie (l'assertion e) sera vue à propos de la deuxième demande de mesures conservatoires de l'Italie (Réponse, par. 3. 55).

Ces assertions sont en réalité centrées sur la question de savoir si les tribunaux indiens sont compétents pour ce qui est de l'incident en cause, et si les fusiliers marins italiens étaient couverts par l'immunité judiciaire, bien que les assertions soient présentées comme concernant des violations présumées de la CNUDM. (Réponse, par. 3. 55)

S'agissant des assertions spécifiques formulées dans l'Exposé des conclusions:

Sur l'article 2 de la Convention, voir PV.15/C24/4, p. 10. l. 13.

Sur l'allégation de violation de l'article 27, paragraphe 5 de la Convention :

L'idée de départ, selon laquelle l'Inde aurait usé de ruse et de

contrainte pour faire que le navire aille s'amarrer à Kochi, est entièrement contraire à la vérité ... deux pêcheurs indiens non armés ayant été tués... il était approprié que l'Inde cherche à questionner les personnes à bord pour entendre leur version de ce grave événement. (Réponse, paragraphe 3.50)

Il n'y avait là ni ruse ni contrainte, contrairement à ce qu'allègue l'Italie (PV.15/C.24/2, p. 2, ll. 8 et 9).

Pour ce qui est des fusiliers marins, l'Italie n'a jamais affirmé que l'Inde n'avait pas le droit de les interroger (Réponse, paragraphe 3.51)

L'Italie n'a en aucune façon montré avoir entamé quelques poursuites en Italie à l'encontre des deux fusiliers marins. (Réponse, paragraphe 3.53)

Sur l'article 33 de la Convention, voir PV. 15/C24/4, p. 9, l. 47

Sur les articles 56 et 58 de la Convention, voir PV. 15/4, p. 10, ll.14.

Sur les articles 87 et 89 de la Convention, voir PV. 15/4, p. 9, ll. 30 et 31.

Sur l'article 92 de la Convention, voir PV/15/4, p. 10, ll. 7 - 10.

Sur l'article 94 de la Convention, voir PV/15/4, p. 10, ll. 11 - 14.

Sur l'allégation de violation de l'article 97, paragraphe 3 de la Convention :

Cette affaire n'entre pas dans le champ d'application de l'article 97 de la CNUDM, ... il s'agit plutôt d'un double meurtre perpétré en mer (Réponse, paragraphe 1.11)

Il ne s'est produit aucun 'incident de navigation' ni aucun abordage entre les deux navires. Ceux-ci n'ont eu aucun contact physique, et l'article 97 de la CNUDM... n'est applicable en aucune manière (Réponse, paragraphe 1.8 ; voir aussi PV15/C24/2, p. 3, ll. 10 - 16).

Sur l'article 100 de la Convention :

Il n'y a pas eu non plus d'attaque de pirates ni de menace d'une telle attaque qui pourrait justifier le meurtre de deux pêcheurs indiens de telle

manière que cela fonderait l'application de la Convention et, partant, la compétence *prima facie* d'un tribunal prévu à l'annexe VII. (PV.15/C24/2, p. 3, l. 13 à 17 ; voir aussi PV.15/2, p. 10, ll. 9 à 12 ; p. 15, ll. 18 et 19).

Sur l'article 300 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, ll. 21 - 25.

20. Sur la question de la compétence, le Tribunal doit examiner avec un soin tout particulier les dispositions de la Convention invoquées par le requérant et qui font l'objet d'un désaccord entre les Parties. En effet, pour déclarer compétent *prima facie* le tribunal arbitral Annexe VII, il ne suffit pas qu'un requérant invoque simplement des dispositions de la Convention qui, lues, de manière abstraite, pourraient fournir théoriquement une base de compétence.

Encore faut-il que l'organe juridictionnel tienne compte des faits dont il a connaissance au moment de statuer sur la prescription des mesures conservatoires.

Il doit en particulier s'assurer que la compétence *prima facie* au fond peut être établie sur cette base en rapport avec les dispositions de la Convention invoquées par le requérant.

21. Le Tribunal a jugé qu'

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée.

(Navire « SAIGA » (No. 2), para. 69)

Il doit cependant le faire sur la base des principes que l'on vient de rappeler étant donné que la compétence doit être établie *proprio motu*. Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 288 de la Convention, le Tri-

bunal a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, si les parties au différend ont choisi le Tribunal comme moyen de règlement en application de l'article 287 de la Convention.

22. En ce qui concerne la compétence *prima facie* du tribunal arbitral de l'Annexe VII laquelle est une condition de la compétence du Tribunal international du droit de la mer, le requérant a avancé une brassée de dispositions de la Convention pour fonder sa requête : articles 2 al. 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 97, 100 et 300.

Le rôle du Tribunal, ici, est de s'assurer de la pertinence desdites dispositions au regard du différend qu'il s'agit de régler.

23. Au vu des dispositions invoquées par le requérant, l'on note que les Parties sont en désaccord sur le champ d'application des obligations leur incombant en vertu de la Convention et sur la pertinence de celle-ci. En effet, l'article 2, paragraphe 3, traite de la souveraineté sur la mer territoriale alors que l'incident a eu lieu dans la zone économique exclusive de l'Inde. Il en va de même de l'article 27 relatif à la juridiction pénale à bord d'un navire étranger dans la mer territoriale. L'article 33 traitant de la zone contiguë n'a pas été repris par les Parties dans la suite de la procédure même si on le trouve dans la notification et la Requête du demandeur.

En ce qui concerne les articles 56 et 58 portant sur les droits des Etats côtiers et des autres Etats dans la ZEE. Leur non-pertinence en l'espèce réside dans le fait que la Convention est muette à la fois sur l'utilisation militaire de la ZEE et sur la question de la juridiction pénale en ce qui concerne les crimes et actes illicites dont la zone économique exclusive est le théâtre.

Pour ce qui est des articles 87 et 89 de la Convention, ils ont trait à la liberté de la haute mer et en particulier de la liberté de navigation. C'est pourquoi, le Requérant fait valoir des « violations des dispositions de la Convention :

- (a) la saisie et l'immobilisation illégale par l'Inde du navire *Enrica Lexie* ;
- (b) l'entrave de l'Inde à la liberté de navigation de l'Italie ».

Etant donné que, comme le requérant l'admet lui-même «we agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion»;

Etant donné que l'incident a eu lieu à un endroit où s'applique la législation pertinente indienne, à savoir le droit pénal, l'autorité judiciaire indienne peut exercer sa compétence pénale sans se trouver en violation du droit international.

Quant aux articles 92 et 94 qui traitent de la condition juridique des navires et des obligations de l'Etat du pavillon, l'objet du différend leur enlève toute pertinence en ce que le navire n'est guère incriminé mais plutôt des personnes accusées de meurtres lesquelles ne sont pas par ailleurs membres de l'équipage.

24. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que la saisie et l'immobilisation de l'*Enrica Lexie* dans le cadre d'une procédure pénale, soient interprétées comme une violation de la liberté de navigation en haute mer. Autrement, le principe de la liberté de navigation soustrairait les navires à toute poursuite judiciaire puisque leur saisie serait regardée comme une atteinte au droit qu'a l'Etat du pavillon de jouir de la liberté de navigation. De la sorte, il n'y aurait plus jamais un ordre juridique sur les mers et les océans.

25. L'article 97 a trait à la juridiction pénale en matière d'abordage ou d'autres incidents de navigation. Il ressort du dossier qu'il n'y a eu abordage ni aucun incident de navigation et que l'*Enrica Lexie* et le bateau de pêche *St. Antony* n'ont eu aucun contact physique pour justifier l'applicabilité de l'article 97 paragraphe 3 de la Convention.

Qui plus est, la déclaration de l'Inde en vertu de l'article 287 de la

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en date du 29 juin 1995 indique :

Le Gouvernement de la République de l'Inde considère que les dispositions de la Convention n'autorisent pas d'autres Etats à effectuer, dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental, des exercices ou des manoeuvres militaires, en particulier s'ils impliquent l'utilisation d'armes ou d'explosifs, sans le consentement de l'Etat côtier.

[Nations-Unies, 95/600, (XXI. 6) (XXI.6 (a) CN. 199. 1995. TREATIES-5 (Depositary Notification), RATIFICATION BY INDIA].

Il apparaît, au vu de ce qui précède, que l'article 97 paragraphe 3 n'est pas pertinent et est inopposable à l'Inde. L'article 100 a trait à l'« obligation de coopérer à la répression de la piraterie ». Cette obligation n'a pas de rapport direct avec l'objet du différend tel que le reconnaissent les deux Parties. Enfin les dernières dispositions invoquées par le requérant concernent l'article 300 de la Convention sur la bonne foi et la CIJ nous enseigne que ce principe « n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement ».

[CIJ, arrêt du 20 décembre 1998, Rec. 1998, paragraphe 94].

26. A dire vrai, la Convention n'est guère applicable pour cet incident dont le théâtre aurait pu être l'embouchure d'un fleuve quelconque dans le monde et avoir les mêmes termes que le différend de l'espèce.

C'est dire que le tribunal arbitral de l'Annexe VII n'aurait pas compétence parce que l'objet du différend n'a pas trait au droit de la mer stricto sensu mais plutôt à :

(a) l'exercice de la juridiction entre 1 Etat côtier et un Etat du pavillon ;

(b) l'exercice des pouvoirs de police et de justice pénale entre les deux Etats;

(c) le contentieux de la qualification des faits ;

(d) les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité ou encore;

(e) le contentieux du choix du forum.

Les dispositions de la Convention qui, de l'avis du requérant auraient été violées par le défendeur, ne peuvent servir de base sur laquelle établir la compétence du Tribunal arbitral de l'Annexe VII dans l'affaire au fond. Et le Tribunal international du droit de la mer n'a aucune compétence pour connaître une affaire qui ne concerne en rien l'interprétation ou l'application de la Convention.

27. Il nous faut à présent examiner la seconde condition procédurale prévue au paragraphe 5 de l'article 290, l'urgence de la situation.

Rappelons d'abord les arguments des Parties.

Italie

[L]’Italie réitère et s’appuie sur tous les faits et éléments ... qui démontrent que les droits en question subissent un préjudice ou un dommage irréversible ou, à tout le moins, sont exposés à un risque réel et imminent de subir un préjudice ou un dommage irréversible. La conduite de l’Inde perdure et il est probable que l’Inde prendra d’autres mesures avant que le tribunal arbitral prévu à l’annexe VII ne soit "à même de ‘modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires. (Demande, paragraphe 52, voir paragraphe 25, voir aussi, PV 15/1, p. 5, ll. 38-45).

Le risque de préjudice pour les droits de l’Italie a fortement augmenté au cours des derniers mois. (Demande, paragraphe 53) Le préjudice causé aux droits de l’Italie s’est aggravé chaque jour où les Fusiliers marins ont été soumis à la juridiction des tribunaux indiens. Le préjudice a été exacerbé par les problèmes médicaux évoqués dans l’addendum confidentiel. (Demande, paragraphe 54)

Pendant toute cette période [trois ans et demi], l’Italie n’a pas pu exercer ses droits d’enquêter sur la conduite de ses Fusiliers marins ... afin d’engager une action à leur encontre ou, selon le cas, afin de les faire reprendre leur service en Italie, et, dans l’un et l’autre cas, l’Italie

a été privée de ses droits de veiller à leur santé. L'Italie a une obligation légale de protection des Fusiliers. (Demande, paragraphe 54).

L'urgence ... est à la fois humanitaire et juridique. (PV 15/1, p. 49, l. 41 ; voir aussi PV 15/3, p. 7, ll. 9-21).

Sur la première mesure demandée :

Lorsque des dommages irréparables sont subis par l'Italie à chaque fois que l'Inde exerce sa juridiction, l'urgence est prouvée par le fait que l'exercice de cette juridiction se poursuit. Nous sommes certains qu'en l'espèce c'est bien le cas. Comme Sir Daniel Bethlehem l'a signalé, la Cour suprême de l'Inde a prévu de tenir une audience le 26 août pour examiner la Requête (article 32) de sursis à statuer sur la Writ Petition, motivée par le recours à une procédure d'arbitrage en vertu de l'annexe VII. L'Additional Solicitor General de l'Inde est tenu de présenter aujourd'hui les vues du Gouvernement indien sur cette demande. Et, bien entendu, les deux fusiliers marins font toujours l'objet du contrôle judiciaire ordonné par la Cour suprême de l'Inde. Il y a donc bien exercice de juridiction en cours. (PV 15/1, p. 39, l. 45 – p. 40, l. 8).

L'Inde a sans équivoque laissé entendre qu'elle souhaitait organiser ce procès ... l'Inde rend l'Italie responsable des retards occasionnés, mais d'autre part, elle semble se fonder sur ces retards pour rassurer le Tribunal sur le fait qu'il n'y a pas d'urgence. (PV 15/1, p. 40, ll. 14-19)

Sur la seconde mesure demandée :

le *statu quo*, pour les fusiliers marins, est un statu quo où leurs droits et ceux de l'Italie subissent quotidiennement un préjudice irréparable. Chaque jour où une personne est privée de ses droits doit être vu comme un jour de trop. » (PV 15/1, Verdirame, p. 47, ll. 39-42). [l'Inde] préjuge aussi la culpabilité des fusiliers marins avant même de leur avoir signifié un acte d'accusation, et que ce faisant elle a aggravé le préjudice qu'elle leur a fait subir et rendu encore plus visibles tous les risques qu'entraîne l'exercice poursuivi de sa juridiction pénale." (PV 15/1, p. 48, ll. 7-11, voir aussi PV 15/3, p. 15, ll. 9-25).

Sur la détermination de l'urgence, voir PV 15/3, p. 15, l. 35 – p. 16, l. 40).

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) : « ...la date-clé est celle à partir de laquelle le tribunal arbitral est lui-même opérationnel.» (PV 15/1, p. 25, ll. 35-36). les mesures [que le Tribunal] prescrit doivent en principe durer jusqu'à ce que le tribunal arbitral rende sa sentence finale au fond. (PV 15/1, p. 26, ll. 16-17).

Il est donc tout à fait justifié que l'Italie demande des mesures conservatoires qui dureraient jusqu'à la décision finale du Tribunal arbitral. (PV 15/3, p. 10, ll. 27-28).

Sur la durée du différend :

L'urgence n'est pas à évaluer en fonction du temps écoulé depuis l'apparition de ce différend mais [en tenant compte du fait] que chaque jour perdu de plus est un jour qui ne pourra jamais être récupéré. (PV 15/1, p. 50, ll. 14-16). [l'Inde] confond ... deux aspects distincts aux fins de l'analyse, à savoir la durée du différend et l'évaluation de l'urgence. (PV 15/1, p. 48, ll. 17-18). Il n'est pas inhabituel que des différends portant sur l'exercice de la juridiction ou l'immunité d'agents d'un Etat soient portés devant une instance internationale après une procédure nationale. (PV 15/1 p. 48, ll. 23-25). Le bien-fondé d'une demande doit être examiné quel que soit le retard éventuel dans la présentation de cette demande. La condition préalable pour demander une prompt mainlevée a pu être remplie. Mais même si ces pré conditions ne sont pas remplies... n'amène pas à... ne rend pas la demande irrecevable. (PV 15/3, p. 17, ll. 36-40).

Inde

Ni la première ni la seconde mesure conservatoire demandées par l'Italie ne remplissent le critère d' « urgence aggravée » résultant de l'article 290, paragraphe 5, de la CNUDM, ni même celui de l'« urgence de base » (Réponse, paragraphe 3.13)...

Sur la notion d'urgence, voir les Observations écrites, paragraphes 3.15 à 3.18.

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) :

L'Italie ne limite aucunement sa première demande dans le temps. (PV 15/2, p. 23, ll. 27-28) Mais ce n'est pas ce qui est dit à l'article 290, paragraphe 5 (PV 15/2, p. 23, l. 44) il existe une limitation temporelle de la durée des mesures conservatoires qui pourraient être prescrites par le Tribunal de céans (PV 15/2, p. 24, ll. 5-6). il n'est pas demandé à ce Tribunal d'envisager de prescrire des mesures conservatoires qui resteraient en place tout au long de la durée de l'arbitrage prévu à l'annexe VII ... La question est uniquement de savoir s'il y aura, au cours des prochains mois, une quelconque urgence une fois que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura été constitué et sera à même de statuer sur la question. (PV 15/2, p. 24, ll. 17-23, voir aussi PV 15/4, p. 5, ll. 8-11).

Dans ces circonstances, il n'y a aucun risque que l'Italie subisse un préjudice quelconque au titre de cette procédure, aucune situation d'urgence qui justifie des mesures conservatoires, ni aucun motif de bloquer la procédure judiciaire et administrative indienne, qui s'est déroulée d'une manière exemplaire, nonobstant les différentes tactiques employées par l'Italie pour perturber la procédure. (Réponse, paragraphe 3.23).

Première mesure conservatoire demandée par l'Italie :

Si l'on replace les faits dans leur contexte exact, il s'avère qu'il n'existe absolument aucune situation d'urgence justifiant que le Tribunal prononce une ordonnance interdisant à l'Inde de continuer à prendre des mesures judiciaires ou administratives — mesures qu'elle a toujours prises en toute légalité et loyauté à l'égard de l'Italie et des deux fusiliers marins — ou d'exercer toute autre forme de compétence. (Réponse, paragraphe 3.21 ; voir aussi PV 15/2, p. 31, ll.28-30 ; sur les « faits [qui] remettent en perspective la nature déplacée de la première mesure conservatoire demandée par l'Italie », voir Réponse, paragraphes 3.24 à 3.37.

i) [L'Italie] est responsable à la fois des retards dans la conduite de l'enquête sur l'incident... et des retards de la procédure judiciaire indienne. (voir aussi PV 15/2, p. 11, ll. 30-33 ; PV 15/2, p. 26, ll. 5-8, p. 29, ll. 20-26 ; et PV 15/4, p. 1, l. 38 p. 2, l. 47).

ii) [L']Italie a été traitée de la manière la plus équitable par la Cour suprême. Un grand nombre de ses requêtes et de celles des deux fusiliers marins ont été favorablement accueillies... (voir aussi, PV 15/2, p. 26, ll. 10-13).

iii) L'Italie a, à plusieurs occasions, abusé des voies de droit... (voir aussi PV 15/2, p. 32, ll. 12-13 et p. 30, l.16 – p. 31, l. 7 ; PV 15/2, p. 40, ll. 7-8).

iv) [L']Italie a réussi à obtenir une suspension de la procédure devant le tribunal spécial, [ce qui]... signifie qu'il n'existe aucun risque réel et imminent de préjudice irréparable aux droits de l'Italie... la situation ne présente aucun caractère d'urgence... Quoi qu'il en soit, ce sont les droits de l'Inde qui ont été compromis par la conduite de l'Italie. (voir aussi PV 15/2, p. 11, ll. 21-25 et p. 13, ll. 35-39). La procédure devant la Cour spéciale chargée de juger les deux fusiliers marins est en suspens. Il n'y a aucune perspective que cette suspension puisse être levée ou que les résultats de l'enquête de la NIA puissent être présentés à la Cour spéciale ou que les défenseurs auront la possibilité de répondre dans un avenir proche, et certainement pas avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII soit constitué et opérationnel. (PV 15/2, p. 31, ll. 16-21 ; voir aussi PV 15/4, p. 5, ll. 15-21).

v) Sur la durée du différend : [L]e fait que l'Italie ait attendu plus de trois ans pour engager la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII et pour introduire une demande en prescription de mesures conservatoires établit à lui seul l'absence d'urgence. Aucun événement récent n'est intervenu, au titre de la situation légale en Inde et de la procédure, qui ajouterait, si peu que ce soit, une urgence quelconque à cette affaire. (Réponse, paragraphe 3.38, voir aussi paragraphe 3.22 et PV 15/2, p.

32, ll. 17-24). Si un Etat reporte le dépôt d'une requête demandant des mesures conservatoires alors qu'il aurait pu le faire plus tôt, eh bien cela jette un doute sérieux sur cette requête car on peut penser qu'il n'existe pas véritablement de risques réels et imminents de préjudice irréversible. (PV 15/4, p. 7, ll. 37-41).

Deuxième mesure conservatoire demandée par l'Italie : aucune urgence ne justifie la seconde mesure conservatoire demandée par l'Italie – et, a fortiori, elle ne peut invoquer aucune urgence « aggravée » pouvant motiver la saisine du Tribunal de céans sans attendre la constitution du tribunal de l'annexe VII. (PV15/2, p. 37, ll. 32-35)

Cela supposerait que la situation effective des deux personnes accusées de meurtre est si dramatique que le Tribunal devrait prescrire liberté, sécurité et liberté de mouvement totales pour l'un et l'autre, y compris la faculté de rester ou de retourner en Italie. (Réponse, paragraphe 3.40). [N]ulle part... l'Italie n'ose prétendre que leur sécurité serait menacée. Et de fait, elle ne l'est pas, ni ne l'a jamais été. (Réponse, paragraphe 3.41)

S'agissant de la situation de M. Latorre : [D]e nouvelles prolongations ne sont pas à exclure si elles sont nécessaires pour motif humanitaire.

(Réponse, paragraphe 3.42) [S]on état de santé est en évolution... (Réponse, paragraphe 3.43) [A]vec la prorogation renouvelable de six mois accordée par la Cour suprême le 13 juillet 2015, l'Italie est mal venue d'invoquer quelque urgence en l'espèce. (Réponse, paragraphe 3.43 ; voir aussi PV 15/2, p. 36, ll. 10-39).

S'agissant de la situation de M. Girone : il est en liberté conditionnelle (Réponse, paragraphe 3.44) l'urgence qu'il y aurait à l'autoriser à retourner en Italie et à y demeurer est contredite par son propre comportement. (Réponse, paragraphe 3.45; see also PV 15/2, p.37, ll 2-17)

Sur la privation de liberté : les marins ne sont pas détenus, incarcérés : ils sont en liberté je dirais très légèrement surveillée. (PV 15/4, p. 18,

II. 31-32).

28. Les mesures conservatoires se destinent à préserver les droits des Parties en litige et à prévenir un dommage irréparable. En effet pour faire face au caractère d'urgence d'une situation avant que le différend ne soit réglé en droit, au fond, le juge doit agir par la prescription de mesures conservatoires. Au regard de l'urgence, il doit s'assurer que le dommage est probable et imminent.

29. La préservation des droits des Parties en attendant la constitution du tribunal arbitral de l'Annexe VII est l'expression du principe d'égalité des Etats et celui de l'égalité effective des Parties devant le tribunal du point de vue procédural. Les droits à préserver sont ceux susceptibles d'adjudication au fond de l'affaire. Et les mesures conservatoires ne doivent être prescrites que lorsque le dommage irréparable est imminent. L'on a ainsi un lien intime entre le dommage et l'urgence : si le dommage irréparable n'est pas imminent, il n'y a guère urgence.

30. Les circonstances entourant l'affaire soumise au Tribunal doivent révéler ou non la nécessité d'agir pour préserver les droits des Parties et prévenir un préjudice irréversible ou un dommage irréparable. En ce sens, un risque réel et imminent doit être constaté ; d'où l'importance des données factuelles.

31. En effet, l'invocation des circonstances ne peut se faire sans considération des dispositions de la Convention dont la violation est invoquée à l'appui de la demande en prescription de mesures conservatoires. Et le juge doit jouer un rôle de premier plan dans l'évaluation de la corrélation des données factuelles avec la norme invoquée. Comme le remarque le juge Lauterpacht : « qualifier la présente affaire de grave et d'urgente ne signifie pas que la Cour doive, en l'abordant, se départir de son impartialité traditionnelle et de son ferme attachement aux normes juridiques ». (So to describe the character of the present case is not to say that Court should approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards).

(Application de la Convention pour la prévention et la répression

du crime de génocide, mesures conservatoires, Ordonnance de 13 septembre 1993, CIJ, Rec. 1993, p. 408).

32. Ce, parce que l'urgence infère que dans les circonstances de l'espèce une action est nécessaire pour préserver les droits revendiqués par les Parties et qui ne peuvent attendre le rendu de la sentence du tribunal de l'Annexe VII. De ce fait l'état de la procédure lorsque la demande est faite de même que le temps devant s'écouler avant la constitution du tribunal arbitral apparaissent comme des éléments pertinents dans la détermination de l'urgence de la situation. En ce sens l'urgence se révèle liée à la gravité du dommage que l'on cherche à prévenir par la mesure conservatoire. Ainsi, si le Tribunal venait à constater que le dommage potentiel serait irréparable, alors l'urgence serait établie.

33. Et c'est là où réside toute la difficulté en ce qu'elle renvoie à la qualification des faits qui est un contentieux permanent dans toute affaire. Sir Hersh Lauterpacht a écrit que « A substantial part of the task of judicial tribunals consist in the examination and the weighing of the relevance of facts ». (H. Lauterpacht, *the development of International Law by International Court*, 1958, p. 48).

Dans une procédure qui se caractérise par l'urgence, l'évaluation par la juridiction saisie de manière impartiale et critique de la situation de fait est forcément limitée parce que ballottée entre la nécessité à l'urgence des mesures conservatoires et l'exigence impérieuse de ne pas déformer les faits.

34. Comme le remarque Kreca :

La procédure en indication de mesures conservatoires repose en grande partie sur des présomptions refragables (*presumptio Juris tantum*), notamment la présomption simple de compétence de la Cour quant au fond de l'affaire dans laquelle des mesures conservatoires sont adoptées.[...] Toutefois, une appréciation incorrecte des faits conduit nécessairement à une application erronée du droit, ce qui, d'un point de vue ontologique, se trouve aux antipodes de l'idéal assigné aux procédures judiciaires. Et une appréciation *prima facie* des faits comporte inévitablement un très haut risque d'erreur.

(Application de la Convention, *op. cit.* pp. 457-458).

35. En l'espèce, les faits avancés par le requérant à appui de sa demande indiquent-ils que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires ? Le Tribunal ne conclut pas vraiment sur l'urgence de la situation ou il le fait par prétérition. Il indique : « Considérant que le fait ci-dessus (la poursuite des procédures en cours) nécessite que le Tribunal prenne une mesure en vue de veiller à ce que les droits respectifs des parties soient dûment préservés ».

(Paragraphe 107 de l'Ordonnance du 24 août 2015).

Il ressort cependant du dossier que ces vues sont à nuancer dans la mesure où le premier fusilier marin se trouve en Italie depuis plus d'un an pour raison médicale tandis que le second a élu résidence chez l'Ambassadeur d'Italie en Inde où il a reçu à plusieurs reprises les membres de sa famille.

Qui plus est, l'Inde a donné des assurances au Tribunal et des engagements fermes à l'audience (Paragraphe 130 de l'Ordonnance).

Dans l'Affaire de *Timor-Leste/Australie*, la CIJ dit ceci :

La Cour relève en outre que l'agent de l'Australie a indiqué que « l'Attorney-General du Commonwealth d'Australie a[vait] le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international ». La Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat a pris un tel engagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi (Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (TIMOR-LESTE c. AUSTRALIE). Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 3 mars 2014, CIJ, Rec. 2014, paragraphe 44).

En effet, par leurs écrits et leur parole, les agents expriment le consentement des Etats qu'ils représentent à être liés.

C'est dire qu'il n'y a vraiment pas d'urgence dans les circonstances de l'espèce. Le Tribunal aurait du simplement énoncer de manière détaillée les faits qui l'ont conduit à prescrire la mesure s'il estime que

l'urgence de la situation l'exigeait.

N'ayant observé l'existence de quelque risques probables et imminents pour les fusiliers marins, j'estime que les circonstances telles qu'elles se présentent actuellement au Tribunal n'exigent guère une prescription spécifique de mesure conservatoire.

36. A dire vrai, cette affaire n'aurait jamais dû être apportée au Tribunal international du droit de la mer en raison de l'objet du différend. L'Inde n'étant pas un Etat européen, la Cour de la Haye ou un tribunal *ad hoc* aurait été plus indiqué.

Nous soumettons respectueusement cette opinion.

(signé) T. M. Ndiaye

TRADUCTION DU GREFFE

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 1999
1 July 1999

List of cases:
No. 2

THE M/V “SAIGA” (No. 2) CASE
(SAINT VINCENT AND THE GRENADINES v. GUINEA)

JUDGMENT

[Translation]

(Submitted pursuant to article 30, paragraph 3, of the Statute and article 8, paragraph 4, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal.)

1. Having, to my regret, been unable to concur with the Judgment of the Tribunal, I felt it was my duty to state my dissenting opinion.

In my view, the submission of the Government of Guinea to the effect that the Application of Saint Vincent and the Grenadines was inadmissible due to the fact that the *Saiga* was not duly registered should have been sustained by the Tribunal. Similarly, the question with regard to jurisdiction and the question relating to the objections raised by Saint Vincent and the Grenadines to the challenges to admissibility should have been dealt with otherwise, for the following reasons:

I. JURISDICTION

2. The present proceedings between Saint Vincent and the Grenadines and the Republic of Guinea were introduced by notification of a special agreement. It is by the Exchange of Letters of 20 February 1998 (“the 1998 Agreement”) that Saint Vincent and the Grenadines and Guinea agreed to submit the dispute between them relating to the vessel Saiga to the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea (Hamburg) and to transfer to the Tribunal the arbitration proceedings initiated by Saint Vincent and the Grenadines by its notification of 22 December 1997.

3. The 1998 Agreement provides that the dispute shall be submitted to the International Tribunal on the following terms:

1. The dispute shall be deemed to have been submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea on the 22 December 1997, the date of the Notification by St. Vincent and the Grenadines;

2. The written and oral proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea's Statement of Response dated 30 January 1998;

3. The written and oral proceedings shall follow the timetable set out in the Annex hereto;

4. The International Tribunal for the Law of the Sea shall address all claims for damages and costs referred to in paragraph 24 of the Notification of 22 December 1997 and shall be entitled to make an award on the legal and other costs incurred by the successful party in the proceedings before the International Tribunal;

5. The Request for the Prescription of Provisional Measures submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea by St. Vincent and the Grenadines on 13 January 1998, the Statement of Response of the Government of Guinea dated 30 January 1998, and all subsequent documentation submitted by the parties in connection with the Request shall be considered by the Tribunal as having been submitted under Article 290, paragraph 1, of the Convention on the Law of the Sea and Article 89, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal.

4. It is this Agreement which provides the basis for the jurisdiction of the Tribunal. The dispute as to the merits is submitted to the Tribunal on behalf of Saint Vincent and the Grenadines as Applicant and Guinea as Respondent. The parties have, in the present case, accepted the jurisdiction of the Tribunal. They have discussed in substance all of the questions to be presented to it. That attitude on the part of the parties would also suffice to provide a basis for the Tribunal's jurisdiction.

5. However, the Tribunal sought to place its jurisdiction upon another footing, an endeavour which appears to me somewhat superfluous.

The jurisdictional act here does not differ significantly from other jurisdictional acts and is no exception to the rule that such jurisdictional acts are, by their nature and effect, essentially procedural rather than substantive provisions. Naturally, the 1998 Agreement contains provisions relating to substance, due to its legislative history (the arbitral proceedings) but it is the purview of the Tribunal to determine whether or not they exist. There should be no misunderstanding as to a "universal principle of procedural law" indicating that a distinction must be made between, on the one hand, the right to bring a case before a tribunal and the tribunal's right to take cognizance of the substance of the application, and, on the other hand, the right in light of the purpose of the application which the applicant must demonstrate to the satisfaction of the tribunal (see *South-West Africa*, I.C.J. Reports 1966, paragraph 64).

6. Here, we are concerned only with the first two. In other words, it is only the provisions of the 1998 Agreement by which the parties give effect to the transfer of the dispute to the Tribunal that provide the basis for its jurisdiction.

II. ADMISSIBILITY

7. In its Counter-Memorial, Guinea raised three challenges to the admissibility of the claims of Saint Vincent and the Grenadines. The first pertains to the nationality of the vessel *Saiga*, the second to diplomatic protection of aliens, and the third to non-exhaustion of local remedies.

8. Saint Vincent and the Grenadines, the Applicant, questions the right of Guinea, the Respondent, to raise objections to admissibility, adducing the jurisdictional act (the 20 February 1998 Agreement) and the Rules of the Tribunal (article 97, paragraph 1).

9. According to Saint Vincent and the Grenadines the Respondent is precluded, firstly, because paragraph 2 of the 1998 Agreement bars the raising of an objection to admissibility. That paragraph reads as follows:

The written and oral proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea's Statement of Response dated 30 January 1998.

10. The Applicant adds that, in agreeing to recognize the Tribunal's jurisdiction to examine "*all aspects of the merits*", the parties understood that such examination should not be barred by an objection to admissibility raised in the name of the legitimate interest of the Applicant State, and that, in all of the correspondence between the parties and the exchanges between them over a period of nearly four months, the Republic of Guinea never so much as hinted that Saint Vincent and the Grenadines had not shown a legitimate interest in the vessel flying its flag.

Moreover, Saint Vincent and the Grenadines argues that the reference to “the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea's Statement of Response dated 30 January 1998” ruled out any other objection to jurisdiction or to the admissibility of the claims, the more so in that paragraph 2 stipulates that the proceedings shall comprise “a single phase dealing with all aspects of the merits”.

11. Guinea disagrees with that interpretation and maintains that it never waived any objection to the admissibility of the Applicant's claims. Guinea holds that, since the 1998 Agreement deals essentially with the jurisdiction of the Tribunal, the parties were of the view that it was necessary expressly to mention the objections relating to issues of jurisdiction in this Agreement which transferred the dispute to the jurisdiction of the International Tribunal. The Respondent points out in this connection that, “interestingly enough”, it was the opposite party who initiated the inclusion in the 1998 Agreement of the reference to the objection to jurisdiction by the Tribunal. In support of the fact that it never waived raising objections to the admissibility of the claims advanced by Saint Vincent, Guinea mentions the fact that it formulated its objection concerning non-exhaustion of local remedies, as provided for in article 295 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (“the Convention”) at the hearing of 24 February 1998 concerning the Request for prescription of provisional measures, i.e., only four days after the conclusion of the 1998 Agreement which - according to the opposing party - excludes the possibility of raising such objections. During the aforementioned hearing, Saint Vincent had not made this position known; and its counsel would certainly not have failed to do so if it had been the intention of the parties to exclude objections to the admissibility of the claims, Guinea maintains.

12. Paragraph 2 of the 1998 Agreement should be interpreted in the light of article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and

in the light of its object and purpose.

13. Saint Vincent and the Grenadines maintains that the ordinary meaning of the terms used in paragraph 2 of the 1998 Agreement, in particular the terms dealing with all aspects of the merits ... and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea's Statement of Response dated ... as well as the object and purpose of the Agreement reveal that the parties agreed that no objection to the admissibility of the claims presented would be raised in the present proceeding.

14. Guinea contests that interpretation. The terms “a single phase” indicate that the procedure on the merits should not be divided into different procedural phases. Consequently, it is clear that the parties had envisaged procedural phases which could be separated from the proceeding for consideration of the merits or which could lead to suspending said proceeding. Otherwise, the use of the expression “a single phase” would have been superfluous.

15. Guinea wonders what procedural phases, if not the preliminary phase provided for in article 97 of the Rules of the Tribunal, could have been envisaged by the inclusion of this expression in the 1998 Agreement. The prompt release proceeding and the proceeding on the prescription of provisional measures, like the procedural phases other than that on the merits, had already been completed or were in the process of being completed before the Tribunal at the time the 1998 Agreement was concluded. No preliminary proceeding, in particular none of the preliminary proceedings provided for in article 96 of the Rules of the Tribunal, is to take place in a procedural phase distinct from the proceeding on the merits, or else such proceeding would be pointless in the present dispute. The necessary conclusion is that only the preliminary procedural phase provided for in article 97 of the Rules could have been contemplated by the terms “a single phase” in the 1998 Agreement. The Rules of the Tribunal do not mention any other procedural phase different from the proceeding on the merits and which could have been invoked by the parties to the present case. Indeed, the term “merits” must

be interpreted in the light of the prompt release proceeding which had already taken place and in the light of the Request for prescription of provisional measures which was taking place at the time the 1998 Agreement was concluded or shortly before.

16. Guinea asserts that the word “merits” must be read in contradistinction to those procedures, which means that no distinction should be drawn between final submissions on the merits and any objection to the admissibility of the claims. There is a close link between objections to the admissibility of a claim and the proceeding on the merits.

17. Guinea also invokes article 31, paragraph 4, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that:

A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

18. It is undisputed between the parties that the object and purpose of the 1998 Agreement was to transfer the case from the jurisdiction of an arbitral tribunal to that of the International Tribunal for the Law of the Sea. Therefore, the Respondent maintains that the argument that Guinea excluded the possibility of raising an objection to the admissibility of the claims is groundless.

19. Saint Vincent further contests the right of Guinea to raise objections to admissibility on the ground that it is precluded pursuant to article 97, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal. That paragraph reads as follows:

Any objection to the jurisdiction of the Tribunal or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within 90 days from the institution of proceedings.

Under the terms of paragraph 1 of the Agreement of 20 February 1998, the parties agreed that :

The dispute shall be deemed to have been submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea on the 22 December 1997, the date of the Notification by St. Vincent and the Grenadines.

20. The 90-day period running from 22 December 1997 came to an end on 22 March 1998. No objection to jurisdiction or to admissibility was raised during that period. According to Saint Vincent and the Grenadines, institution of proceedings and submission of the Memorial are two completely different things. They are governed by different sub-sections of the Rules of the Tribunal. Sub-section 1 of Section B deals with "Institution of Proceedings", while subsection 2 of that section deals with "The Written Proceedings", including the Memorial of the Applicant (article 60).

21 Saint Vincent also maintains that the reason advanced by the Respondent in support of the assertion that these two distinct phases should be treated as a single phase is that, before that date, the Respondent did not have any opportunity to state its position on the dispute. The Applicant adds that, if Guinea had not agreed, on 20 February 1998, that the International Tribunal would consider all aspects of the merits of the dispute, it would not have been precluded from raising an objection to jurisdiction or to admissibility before the submission of the Applicant's Memorial. To the contrary, one would have expected Guinea to raise such an objection to jurisdiction or to admissibility at that stage. The Applicant adds that Guinea is not free to raise objections to admissibility at whatever stage it chooses. Guinea, for its part, maintains that the words "a single phase" in paragraph 2 of the 1998 Agreement imply that the parties ruled out the possibility of availing themselves of the procedure provided for in article 97, paragraph 1, of the Rules. In other words, the parties agreed, in keeping with article 97 of the Rules, that objections to admissibility should be addressed in the framework of the proceeding on the merits. The Respondent indicates that paragraph 2 of the 1998 Agreement specifically provides for that possibility. He further maintains

that he is not precluded from raising the objection to admissibility at that stage because it is within his discretion to decide whether or not there is cause to raise objections upon which a decision is requested before any further proceedings on the merits.

22. Guinea argues out that the third category of objections referred to in article 97, paragraph 1, of the Rules, namely objections “the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits”, does not refer only to questions such as whether the Application, as formulated, no longer falls within the terms of the compromis, or whether the nature of the dispute is such that it cannot be submitted to a jurisdiction such as that suggested by the Applicant. The Respondent points out that it raised objections to the admissibility of the proceeding instituted by Saint Vincent and the Grenadines, that is, an objection to the admissibility of the application itself. The Respondent cites several cases before international jurisdictions in which the States raised preliminary questions pertaining to jurisdiction and admissibility in the Counter-Memorial, or during which such questions were settled after the hearing of the case on the merits. This, the Respondent says, points to the non-exhaustive character of preliminary objections before international jurisdictions, in the sense that, regardless of whether or not questions of jurisdiction are raised during the phase devoted to preliminary objections, they can always be raised at a later stage, and even by the jurisdiction *ex officio*. The Respondent concludes that State practice seems to have adopted the same approach (see also Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Vol. II, Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 909-915).

23. In considering the question of admissibility, the Tribunal should have relied upon the 1998 Agreement concluded between the parties to the dispute, whereby they decided to submit the dispute to the Tribunal, and to the procedural rules which they wished to see applied. The Tribunal’s first duty, when called upon to interpret and apply the provisions of the 1998 Agreement, is to endeavour to give effect, according to their natural and ordinary meaning, to those provisions viewed in their

context. If the relevant words, when one gives them their natural and ordinary meaning, have a meaning in their context, the inquiry should stop there (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, *I.C.J. Reports* 1950, p. 8).

24. It should be recalled that the 1998 Agreement was concluded through the good offices of the President of the Tribunal in order to determine the dispute-settlement procedure in this case. Its purpose is to transfer the dispute from the jurisdiction of an arbitral tribunal (*to be constituted following the arbitral proceeding instituted by Saint Vincent and the Grenadines on 22 December 1997 against Guinea and which was to be presided by a person appointed by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea; the procedure was opened pursuant to article 287, paragraph 3, of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*) to that of the International Tribunal for the Law of the Sea, with a view to avoiding lengthy and costly proceedings. It is therefore in that context that one must view paragraph 2 of the 1998 Agreement about which the parties differ. It reads:

The written and oral proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction raised in the Government of Guinea's Statement of Response dated 30 January 1998.

25. The relevant words here with regard to the discussion on admissibility are “a single phase dealing with all aspects of the merits (including ...)”.

26. Proceedings on preliminary objections were long considered a distinct phase of the case. It was in 1952, with regard to the *Ambatielos* case, that the International Court of Justice said:

[The Court] decided that, in future, these proceedings would be treated as an incident of proceedings on the merits and not as a separate

case. (*I.C.J. Yearbook 1952-1953*, p. 89)

27. In 1972, that distinction was embodied in article 79, paragraph 1, of the Rules of the I.C.J. That provision is reflected in article 97, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal.

In this regard, and bearing in mind the words “a single phase” and “including”, the Tribunal should interpret paragraph 2 of the 1998 Agreement as meaning that the parties wish the objections to admissibility to be *joined to the merits* because a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs) and the objection as to jurisdiction is the joinder to the merits of the preliminary objections.

Indeed, article 97, paragraph 7, which reflects article 79, paragraph 8, of the Rules of the International Court of Justice, embodies this approach recognizing practice. It reads:

The Tribunal shall give effect to any agreement between the parties that an objection submitted under paragraph 1 be heard and determined within the framework of the merits.

28. Joinder to the merits would also be the result of an examination of the nature of the objections to admissibility in question. They are in fact so closely related to the merits or to points of fact or of law bearing upon the merits that one could not consider them separately without touching upon the merits (*see The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B No.76, pp. 23-24; Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 4; Case of Certain Norwegian Loans, Order, I.C.J. Reports 1956, p. 73; Case concerning Right of*

Passage over Indian Territory, Judgment, I.C.J. Reports 1957, pp. 150-152).

29. In other words, joinder to the merits is required inasmuch as a decision on the objections requires consideration of the whole or virtually the whole of the merits, in short the essential points of the claims of Saint Vincent and the Grenadines. Because what the Respondent is challenging is not the admissibility of the Application in the light of pro-

cedure, but the right which provides the basis for the Application. These are preliminary objections of substance.

30. A judicial decision in favour of an application based on this type of objection in itself results in putting an end to the dispute as a whole, because the findings of law emanating from said decision on the objection completely eliminate the adversarial contest which had arisen from the dispute. These preliminary objections of substance are entirely in keeping with the well-established principle, under the theory of international procedure, that, in an international dispute, each party before the tribunal called upon to resolve the dispute is entitled to make use of such means as it sees fit, provided they are relevant in relation to the same dispute. This principle underlies a number of provisions in the statutes and rules of international jurisdictions. For example, article 88, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal provides:

When, subject to the control of the Tribunal, the agents, counsel and advocates have completed their presentation of the case, the President of the Tribunal shall declare the oral proceedings closed. ...

31. It happens that the rules adopted by international jurisdiction are adopted in the light of preliminary procedural objections.

However, it is of fundamental importance to note that the issues raised by a ...

[preliminary] objection [of substance], while they can be characterized as “issues of the merits” as much as those raised by the Application instituting the proceedings concerning interpretation and the application of the legal norm invoked in that Application, remain distinct from *the merits of the case* of which the tribunal is seized by that same Application, said merits having as their identifying element the allegations and submissions around which the Application itself takes shape. (see G. Sperduti, “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1970, Vol. 53, pp. 461-490; p. 485)

III. THE OBJECTIONS

32. The Government of Guinea maintained that the claims of Saint Vincent and the Grenadines were inadmissible in several respects. The first objection to admissibility pertained to the nationality of the M/V *Saiga*.

33. It appears that this challenge to admissibility is of cardinal importance. It raises a problem which bears upon the merits but which takes on priority. It is therefore the duty of the Tribunal to begin by considering this question which is of a character such that a decision upon it may render pointless any further consideration of other aspects of the case.

34. Guinea maintains that the *Saiga* was not duly inscribed in the registry. According to Guinea, the vessel was built in 1975. On the day of its detention by the Guinean authorities, the 28th of October 1997, it was not registered under the flag of Saint Vincent and the Grenadines. As emerges from Annex 13 of the Memorial, it was on 14 April 1997 that Saint Vincent and the Grenadines granted the *Saiga* a provisional certificate of registration. However, that Provisional Certificate had already expired on 12 September 1997. And the *Saiga* was arrested over a month later.

The final Certificate of Registration was not issued by the competent authorities of Saint Vincent and the Grenadines until 28 November 1997. Thus, it is quite clear that the *Saiga* was not inscribed in the registry in accordance with the law during the period from 12 September 1997 to 28 November 1997. For that reason, the *Saiga* may be characterized as a ship without nationality at the time it was attacked.

35. The Tribunal should have sought to determine whether the registration of the *Saiga* by the competent authorities of Saint Vincent and

the Grenadines directly implies an obligation on the part of Guinea to recognize its effect, i.e. legal standing for Saint Vincent and the Grenadines to exercise protection. In other words, it is a question of determining whether the act originating with Saint Vincent and the Grenadines is opposable to Guinea with respect to the exercise of protection, in particular at the time of the arrest of the *Saiga*. Such opposability is to be determined in the light of the rules of international law. The Tribunal should have addressed this question and examined the question of the validity of the registration of the *Saiga* according to the legislation of Saint Vincent and the Grenadines.

36. Naturally, it is up to Saint Vincent and the Grenadines, as it is to any other sovereign State, to regulate by its own legislation the conditions for registration of ships and to grant the privilege to fly its flag by its own organs in accordance with that legislation.

The tribunal entrusted with deciding the *Dispute Concerning Filleting within the Gulf of St. Lawrence* recalled:

that the right of a State to determine by its legislation the conditions for the registration of ships in general and fishing vessels in particular is part of the exclusive competence of that State. (*Award of 17 July 1986*, paragraph 27)

The principle of the exclusive competence of the State in the determination of nationality has long been enshrined. Let us recall the words of the Permanent Court:

... in the present state of international law, questions of nationality are ... in principle within this reserved domain of States (*Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4, p. 24*).

This opinion is very clearly confirmed by the International Court of Justice in

Nottebohm :

[I]nternational law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality. (*Nottebohm, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports* 1955, p. 23)

37. But the question which the Tribunal must answer is not solely a matter of the domestic law of Saint Vincent and the Grenadines. “It does not depend on the law or on the decision of [Saint Vincent and the Grenadines] whether that State is entitled to exercise its protection, in the case under consideration” (*Nottebohm, op. cit.*, p. 20). On the other hand, the internal validity of nationality is the primary condition for its international validity. Just as international law acknowledges that States have exclusive competence in determining nationality, the effect of nationality on the international plane is made subordinate to the requirements of international law. Accordingly, a challenge by a State to an act of nationality does not invalidate it but does render it not opposable.

38. As is noted by Brownlie, “Nationality is a problem, *inter alia*, of attribution, and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a State, but this prescription does not preclude a forum which is applying international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law” (I. Brownlie, “The Relations of Nationality in Public International Law”, *BYBIL*, 1963, pp. 284-364, at pp. 290-291). One may find an illuminating illustration of these views in the law of maritime delimitation. In its decision of 18 December 1951 in the *Fisheries* case, the International Court of Justice said: “The delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law. Although it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it, the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law” (*Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports* 1951, p. 132). There is a particularly striking resemblance between the act of maritime delimitation and the act of granting nationality or re-

gistration from the standpoint of their status and that of their organic origin.

39. We should recall here that recourse to a tribunal, “[t]o exercise protection, to apply to the Court, is to place oneself on the plane of international law. It is [therefore] international law which determines whether a State is entitled to exercise protection and to seize the Court” (*Nottebohm, op cit., pp. 20-21*). And it is from the rules of international law that the Tribunal derives its power to verify the internal validity of the acts of Saint Vincent and the Grenadines pertaining to the registration of the *Saiga*.

40. According to the prevailing view in international judicial decisions, there is no doubt that an international tribunal is entitled to investigate the circumstances in which a certificate of nationality has been granted. (*Nottebohm, I.C.J. Reports 1955, p. 50, Judge Ad Hoc Guggenheim, Dissenting Opinion*)

Among the many decisions favouring judicial and arbitral review of certificates of nationality, one should cite that of Commissioner Nielsen in the case *Edgar A. Hatton (U.S.A.) v. United Mexican States*, which emphasizes the obligation to prove nationality.

[C]onvincing proof of nationality is requisite not only from the standpoint of international law, but as a jurisdictional requirement. (*Reports of International Arbitral Awards, United Nations, Volume IV, p. 331, decision of 26 September 1928*)

41. That the Tribunal possesses such a power of oversight derives from the principle of equality of parties. That is why it is not only a right for the Tribunal but also an obligation. (“[T]he presumption of truth must yield to the truth itself”, as said by arbitrator Bertinatti in the *Medina case (United States v. Costa Rica), decision of 31 December 1862, Moore, International Arbitration, Vol. 3, p. 2587*).

42. Since the challenged registration is a purely internal act, it is

normal that in applying the rules pertaining thereto, the Tribunal should inquire into whether Saint Vincent and the Grenadines, in inscribing the *Saiga* in its registry, duly applied its internal legislation in force. To that end, the Tribunal should have verified the authenticity and compliance with law of the items of evidence produced to show the validity of the registration claimed before the Tribunal. In other words, the determination of the nationality of the *Saiga* at the time of the arrest as challenged by the Guinean side should have been examined in the light of the following items of evidence:

- a) the Provisional Certificate of Registration;
- b) the Permanent Certificate of Registration;
- c) the statements of the Maritime Administration;
- d) the statements of the Deputy Commissioner for Maritime Affairs;
- e) the Merchant Shipping Act of 1982;
- f) the Maltese certificate.

43. On that basis the Tribunal could verify the application of internal law in light of the facts alleged or observed by the parties in order to determine whether they were accurate or inaccurate.

44. In other words, the Tribunal should examine the conditions for registration of vessels in Saint Vincent and the Grenadines, i.e. the legal regime as well as the procedural acts relating to the *Saiga*.

45. Saint Vincent and the Grenadines is appearing before the Tribunal as the flag State of the *Saiga*. Guinea maintains that the vessel was not duly registered under the flag of Saint Vincent and the Grenadines at the date of its arrest by the Guinean customs authorities, 28 October 1997. As a consequence, the conditions laid down in article 91 of the United Nations Convention on the Law of the Sea are not satisfied and the *Saiga* can be described as a ship without nationality at the date of its arrest.

46. The *Saiga* obtained a provisional certificate of registration from

Saint Vincent and the Grenadines dated 14 April 1997. The date of expiration of that Provisional Certificate was 12 September 1997, i.e. more than a month before the arrest. The competent authorities of Saint Vincent and the Grenadines did not prepare a permanent certificate of registration until 28 November 1997, that is exactly one month after the arrest of the *Saiga*. The conclusion here compelled by logic is that the vessel was not validly registered during the period from 12 September 1997 to 28 November 1997.

47. Saint Vincent and the Grenadines advanced the argument that once a vessel is registered under the flag of Saint Vincent and the Grenadines, it remains registered until it is deleted from the registry. Saint Vincent asserted this position on the basis of the Merchant Shipping Act of 1982.

48. The Merchant Shipping Act of 1982 of Saint Vincent and the Grenadines contains two articles dealing with provisional certificates of registration. These are sections 36 and 37. In its Reply, Saint Vincent and the Grenadines refers in particular to section 37, which reads:

The provisional certificate of registration shall cease to have effect if, before the expiry of sixty days from its date of issue, the owner of the ship in respect of which it was issued has failed to produce to the issuing authority -

(a) a certificate issued by the government of the country of last registration of the ship (or other acceptable evidence) to show that the ship's registration in that country has been closed; or

(b) evidence to show that the ship has been duly marked as required by section 22.

49. The certificate of deletion was to come from Malta, the country of last registration of the *Saiga*, which was then called the "*Sunflower*".

50. Guinea points out that these provisions deal with special cir-

cumstances, namely the effects which flow from failure to produce certain documents in regard to the Provisional Certificate. If these documents are not produced within sixty days after issuance of the provisional certificate, said certificate ceases to have effect. These provisions cannot, then, be adduced in support of the argument of Saint Vincent and the Grenadines to the effect that the vessel, once it has been provisionally registered under its flag, remains so beyond the period for which the Provisional Certificate was issued. The purpose of section 37 is precisely to produce the opposite effect, namely to shorten the period of validity.

51. It should be noted that Saint Vincent and the Grenadines did not revert to this argument thereafter.

52. The other provisions of the Merchant Shipping Act dealing with provisional registration are found in section 36(2). This article provides that a provisional certificate of registration has the same effect as the ordinary certificate, for a period of one year from the date of issuance. In other words, a provisional certificate cannot be valid for more than one year regardless of the circumstances.

53. However, section 36(2) does not say that such a provisional certificate of registration is always valid for a period of one year despite the fact that the register limits the validity of the provisional certificate to six months, as it did in the present case.

54. In the official brochure of the Saint Vincent and the Grenadines Maritime

Administration concerning procedures for registration, one finds under the heading "Provisional Registration Certificate" the following: "The provisional registration certificate is issued for six months and can be extended, under certain circumstances, for a further period of six months." The total period of validity would then be 12 months, in keeping with section 36(2).

55. Saint Vincent and the Grenadines then produced another item of evidence, in the form of a certificate issued by a representative of its Maritime Administration based in Monaco, dated 27 October 1998, which reads as follows:

I hereby confirm that m.t. “*SAIGA*” of GT 4254 and NT 2042 was registered under the St. Vincent and the Grenadines Flag on 12th March, 1997 and is still today validly registered.

56. This certificate adds nothing new. It is dated 27 October 1998, that is one month after the facts, and it does not produce the desired effect, namely for the *Saiga* to be considered as being validly registered under the flag of Saint Vincent and the Grenadines during the relevant period in question, namely from 12 September 1997 to 28 October 1997. This certificate only confirms that the vessel was registered on 12 March 1997.

57. Saint Vincent and the Grenadines then drew a distinction between registration on the one hand and issuance of the certificate on the other. It argued that the validity of a registration certificate and that of a vessel’s registration are not necessarily the same. However, such a distinction does not emerge from the Merchant Shipping Act, from the official brochure setting out the formalities of registration, or from the Provisional Certificate itself.

58. This means that the registration and the certificate of registration cannot be considered separately. That is clearly borne out by the letter produced by Saint Vincent and the Grenadines from the Deputy Commissioner for Maritime Affairs dated 1 March 1999 and including a copy of the page from the Registry concerning the M/V Saiga, dated 14 April 1997. Under “registrations”, it reads: “Valid thru: 12/09/1997”. It thus appears that not only the Certificate but also the registry bear the same date of expiration, i.e. 12 September 1997. The relevant date under discussion is 28 October 1997, which falls between the date of expiration of the Provisional Certificate (12 September 1997) and that of the issuance of the Permanent Certificate of Registration (28 November 1997).

59. Saint Vincent and the Grenadines reverted at length to the question of registration at the hearing of 18 March 1999. Its counsel argued that the situation under the law of Saint Vincent and the Grenadines is such that a certificate of registration is always valid for one year, unless it is replaced meanwhile by a permanent certificate of registration or the exceptional provision of section 37 of the Merchant Shipping Act is applied.

He refers to section 36(2) of that law and asserts that the provisional certificate has the same effect as an ordinary certificate for a duration of one year.

60. However, counsel for Saint Vincent and the Grenadines did not expressly mention the date of expiration of the Provisional Certificate of Registration of the Saiga, namely 12 September 1997, when he continued his consideration (section 7) saying that “provision is made for the issuance of two successive certificates, each of 6 months”. In the same section, it is said more clearly still that “If the paperwork has been completed within the first 6 months, another provisional certificate is issued”.

61. Moreover, the official document published by the Saint Vincent and the Grenadines Maritime Administration provides that a provisional certificate is issued for six months and can be renewed for another six months. The same holds true as to procedures of registration under other shipping registries, for example all of those cited by counsel for Saint Vincent and the Grenadines, where the initial registration is provisional and where the initial period of registration is generally six months, subject to renewal.

(See also, “*Laws Concerning Nationality of Ships*”, UN Document ST/Leg./Ser.B/5 (UN 1954), where laws relating to registration and nationality of ships of sixty-five (65) countries are presented; N. Singh, “*International Law Problems of Merchant Shipping*”, RCADI, 1962 (III), v. 107, pp. 7-161.)

62. It emerges clearly from the foregoing that when the provisional

certificate of registration expires six months after issuance, the Commissioner for Maritime Affairs must step in and take steps. We should stress that this necessity derives from the fact that there is no automatic extension of the validity of the certificate provided by law. This explains the fact that Saint Vincent and the Grenadines abandoned its argument (Reply, paragraph 24) to the effect that a vessel registered under the flag of Saint Vincent and the Grenadines remains so registered until it is deleted from the registry.

63. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines admits that action by the Commissioner for Maritime Affairs is necessary but does not spell out the nature of that action. He explains (Reply, paragraph 7) that in such cases “another provisional certificate is issued”; however, in another part of his statement dealing with provisional certificates, he says that the provisional certificate is issued initially for six months and can be renewed for an additional period of six months. The form of the action, however, is not spelled out. The Commissioner for Maritime Affairs can either issue a new provisional certificate or renew the original provisional certificate. But regardless of the kind of action taken, it must be done by the Commissioner, and done in keeping with the provisions of the “implementing enactment” and the rules governing other shipping registers.

64. The fact is that no measure was taken by the Commissioner for Maritime Affairs to deal with the expiration of the Provisional Certificate. This is confirmed by the cross-examination of Captain Orlov of the *Saiga* (Verbatim Record ITLOS/PV.99/3, page 6, line 12). He indicates that he had not received any information from Seascot (the representative of the owners) with regard to a possible extension of the Provisional Certificate after its expiration.

65. In order to get around this difficulty, counsel for Saint Vincent and the Grenadines cites the letter from the Commissioner for Maritime Affairs dated 1 March 1999, in which he indicates that it is common practice for owners to allow the validity of their certificates to lapse for a brief time.

66. This statement is serious. It emanates from the authority responsible for registering vessels in Saint Vincent and the Grenadines, who, in a letter to the Tribunal, writes that it is common in Saint Vincent and the Grenadines for owners to be unconcerned about the date of expiration of their provisional certificate. It was thus quite deliberately that the owners of the *Saiga* sent out to sea a vessel whose papers were not in order. There is culpable negligence in this. Would Saint Vincent and the Grenadines ever consent to incur responsibility for damages (pollution, for example) caused by vessels under its flag whose registration documents were expired at the time of the unlawful acts?

67. In the latter part of the letter, the Commissioner confirms, however, that after the expiration of the validity of the provisional certificate, the owner must obtain either another provisional certificate or a permanent certificate. He recalls that, in the case of the *Saiga*, it was a permanent certificate that was obtained.

68. It was shown, in the form of a probative document, that the Permanent Certificate of the *Saiga* was dated 28 November 1997, i.e. the second day of the oral proceedings in the prompt release proceeding when Saint Vincent and the Grenadines produced the Permanent Certificate to the Tribunal and the parties.

69. Saint Vincent and the Grenadines argued that it had been difficult to send the

Permanent Certificate aboard the *Saiga* because the vessel might have been at sea. If that were the case, the Permanent Certificate would have indicated a date prior to the arrest of the vessel, i.e. prior to 28 October 1997. In that case, the date of issuance of the certificate could have been done later. However, it was not so. The Permanent Certificate is dated a month after the arrest of the *Saiga* and, apparently, was requested of the shipping registry only at the time when the problem of the owners of the *Saiga* arose in the context of the prompt release proceeding. The statements of Counsel for Saint Vincent and the Grenadines at the sitting of 28 November 1997 clearly bear this out.

70. Saint Vincent and the Grenadines then produced documents emanating from the Commissioner for Maritime Affairs with a view to supporting the idea that the provisional registration of 12 March 1997 remained valid after its expiration. For example, an extract from the registry dated 24 February 1999 was adduced, in which the validity of the registration was indicated as permanent. However, such an effect occurs on the date of issuance of the extract. This means that the vessel was registered on a permanent basis as from 24 February 1999, which adds nothing to the debate.

71. On 12 March 1997, the registration of the *Saiga* was not permanent, as is borne out by Annex A to the letter of the Deputy Commissioner for Maritime Affairs of 1 March 1999 containing the extract of the registry of 15 April 1997, which bears the clear indication “Valid thru: 12/09/1997”. The same holds true for the certificate of the Commissioner for Maritime Affairs of 27 October 1998 produced in Annex 7 of the Reply of Saint Vincent and the Grenadines.

72. In this regard, the only probative document which could have been instructive to the Tribunal would be the production of a request from Seascot Management addressed to the Saint Vincent Maritime Administration asking for an extension of the Provisional Certificate or the issuance of another certificate. But no evidence of such a request has been produced.

73. Saint Vincent advanced another argument consisting of comparing the provisional certificate of registration of a vessel to the passport of an individual. The Respondent rejected the argument, explaining that “A natural citizen retains the nationality of his State independent of the expiry of his passport. A vessel, however, acquires the nationality of a State only by express application for registration. Such registration can be and will often be changed in the life of a vessel. The registration is a constitutional act by which the nationality of the flag State is granted to the vessel. If this act of registration is limited in its validity, indeed the vessel becomes stateless, which is quite different from the case of a natural citizen” (ITLOS/PV.99/18, page 12, lines 40-46). One might add

that it is irregular to travel with an expired passport.

74. Saint Vincent further invokes section 36(2) of the Merchant Shipping Act of 1982, which provides that a provisional certificate of registration “shall have the same effect as the ordinary certificate of registration until the expiry of one year from the date of its issue”. It should be noted that the law does not say that an expired certificate continues to have the same effect as an ordinary certificate. Moreover, provisional certificates are designed to have a period of validity of three to six months, their renewability depending on the country. This is sufficiently demonstrated by practice and internal legislation on the matter. Saint Vincent itself adopted a duration of six months for provisional certificates which it issues, which can be renewed once under certain conditions or replaced by a permanent certificate of registration. This is borne out by the official brochure produced by Saint Vincent, which appears as an implementing enactment of the Merchant Shipping Act of 1982.

75. To support its argument concerning the one-year validity of the Provisional Certificate of Registration, Saint Vincent and the Grenadines indicates that, pursuant to section 36(3)(d) of the Merchant Shipping Act of 1982, payment of an “annual fee for one year” is required at the time of submission of an application for provisional registration. For this reason, Saint Vincent and the Grenadines concludes that the Provisional Certificate of Registration had retained its validity after 12 September 1997 and at all times during the present dispute.

76. This argument, as framed by Saint Vincent and the Grenadines, may lead to error. section 36(3) reads as follows:

(3) Every applicant for registration of a ship under this section shall, without prejudice to the generality of the provisions of subsection (1), produce the following evidence, namely -

(a) in respect of the ship -

(i) evidence to establish that any foreign certificate of registration or

equivalent document has been legally cancelled or the registration has been duly closed;

(ii) if there is an outstanding certificate, evidence to show that the government who issued it has consented to its surrender for cancellation or closure of registration; or

(iii) a declaration from previous owners undertaking to delete the ship from the existing registration and confirming that all outstanding commitments in respect of the ship have been duly met;

(b) evidence to show that the ship is in a seaworthy condition;

(c) evidence to show that the ship has been marked as provided in section 22.

or that the owner of the ship has undertaken to have the ship so marked immediately upon receipt of a provisional certificate of registration;

(d) evidence of payment of the fee due on the first registration and of the annual fee for one year in respect of the ship.

77. In light of section 36(3) it appears that the argument of Saint Vincent and the Grenadines is, to say the least, specious. This section appears, rather, counter-productive to the argument advanced by Saint Vincent. The various items of evidence required as preconditions were not provided to the Tribunal. None of the first three items required, concerning cancellation or deletion from the register of the country of last registration was provided. Saint Vincent and the Grenadines was unable to produce the certificate of deletion from Malta before the Tribunal. It now invokes the “annual fee” out of context to support the idea of annual validity of the Provisional Certificate. We know that provisional certificates are issued in Saint Vincent and the Grenadines for a duration of six months, renewable under certain conditions, as indicated by the “implementing enactment” of the Merchant Shipping Act, which provides:

The provisional registration certificate is issued for six months and can be extended, under certain circumstances, for a further period of six months.

78. With regard to section 37 of the Merchant Shipping Act, Counsel

for Saint Vincent and the Grenadines explained to the Tribunal (sitting of 18 March 1999) that the letter from the Deputy Commissioner gives the owner of the *Saiga* other acceptable evidence showing that the registration of the vessel in the country of last registration was closed. However, that counsel did not show what that “other acceptable evidence” of the *Saiga*’s deletion from the previous register was.

79. The only evidence should have been - in accordance with section 37 - production of a certificate of deletion from the Maltese register from the authorities of that country. However, that certificate of deletion was not produced; Counsel for Saint Vincent and the Grenadines was content to say that :

Since there has never been any suggestion that the *Saiga* remains on the Maltese register, we have judged it unnecessary to trouble the Tribunal with details of her history under a different name and a different flag years before the events which have given rise to this litigation.

80. Under these circumstances, it is impossible to form a precise idea of the situation of the *Saiga* at the time of its arrest. Was the vessel in a position to sail under the flags of two States which it could use according to its convenience, with the ensuing consequences?

81. In my view, the Tribunal should have directly turned to Malta, which is a State party to the Convention, to inquire into the situation of the vessel in the registry of that country, in order to settle the point as to whether the deletion certificate could or could not be produced. In any event, the fact that this item of evidence was not produced leads one to think that the *Saiga* was not deleted from the Maltese registry at the time of its arrest.

82. All in all, consideration of the Provisional Certificate of Registration, the Permanent Certificate of Registration, the official brochure of the Maritime Administration concerning procedures for registration, the certificate of the Deputy Commissioner for Maritime Affairs, the 1982 Merchant Shipping Act, and the non-production of the Maltese certificate of deletion enables us to conclude that the *Saiga* was not validly registered on the relevant date (27 and 28 October 1997), i.e. at the time of its arrest by the Guinean authorities.

83. The Tribunal finds that Saint Vincent and the Grenadines acted at all times on the basis of the fact that the *Saiga* was a vessel of its nationality, that it acted as a flag State of the vessel at all stages of the dispute and in all phases of the proceedings under way. It is in that capacity, says the Tribunal, that it invoked the jurisdiction of the Tribunal to request the prompt release of the vessel and its crew, pursuant to article 292 of the Convention, and in filing an application for the prescription of provisional measures pursuant to article 292.

84. With regard to Guinea, the Tribunal notes that it did not contest or in any way cast doubt upon the registration or nationality of the vessel at any time before the submission of its Counter-Memorial in October 1998. Previously, says the Tribunal, Guinea had latitude to make inquiries concerning the registration of the *Saiga* or the papers pertaining thereto. For example, says the Tribunal, Guinea could have inspected the shipping registry of Saint Vincent and the Grenadines. Other opportunities to challenge the registration or nationality of the vessel arose in the course of the proceedings before the Tribunal concerning the prescription of provisional measures in February 1998. The Tribunal adds that it is also relevant to note that the Guinean authorities cited Saint Vincent and the Grenadines as the flag State of the *Saiga* in the *cédule de citation* by which criminal proceedings were lodged against the Master of the vessel before the Court of First Instance of Conakry. In the judgment of the Court of First Instance, and in the subsequent judgment by the Court of Appeal affirming it, Saint Vincent and the Grenadines had been mentioned as the flag State of the *Saiga*.

85. Thus, the Tribunal alludes to the conduct of the two parties in support of the argument that Saint Vincent and the Grenadines was the flag State of the *Saiga* at the time of the events, without one knowing whether it seeks to qualify the conduct of Guinea as a case of estoppel, consent, or preclusion. One would have liked to be certain of this point. One point that does emerge consistently, on the other hand, is the fact that the statement of Guinea that the *Saiga* was not duly registered in the registry of Saint Vincent and the Grenadines at the time of its arrest is a *new fact* in the present case. This falls within the category of a fact “of such a nature as to be a decisive factor, which fact was, when the

judgment was given, unknown to the Tribunal ...” (Rules of the Tribunal, article 127).

86. Indeed, this fact revealed in the Counter-Memorial of Guinea was unknown to the Tribunal at the time of the first Saiga case concerning prompt release of the vessel and in the first phase of the present proceedings pertaining to the request for prescription of provisional measures. The discovery of this fact gives Guinea legal grounds to request the revision of judgments given in the course of the aforementioned proceedings. As was recalled by the International Court of Justice in the case *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal (Advisory Opinion)*:

This rule contained in article 10, paragraph 2, cannot however be considered as excluding the Tribunal from itself revising a judgment in special circumstances when new facts of decisive importance have been discovered; and the Tribunal has already exercised this power. Such a strictly limited revision by the Tribunal itself cannot be considered as an “appeal” within the meaning of that article and would conform with rules generally provided in statutes or laws issued for courts of justice, such as for instance in article 61 of the Statute of the International Court of Justice. (*Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954, p. 55*)

87. The discovery of this fact appears rather to be opposable to Saint Vincent and the Grenadines. It can also be viewed as a fundamental change of circumstances.

88. The approach of the Tribunal in reaching these conclusions is lacking in clarity. The Judgment refers to the principles by which the evidence is evaluated without one knowing the method actually used. Rather, the Judgment indicates that the Tribunal, in evaluating the evidence, is of the view that, as a general rule, it should not lightly be concluded that a ship is without nationality.

89. This is, to say the least, a singular approach. Facts must be legally characterized and rules of law are made to be applied. There is a specific and very detailed legal regime which applies to cases of commercial vessels whose papers are not in order. The case of the Saiga is

a case of absence of nationality. That does not mean that the vessel is completely without protection as the words of the Tribunal might suggest. Quite the contrary, as pointed out by O'Connell, "It follows that the right to protect a ship is not necessarily exclusive to the State of nationality, but might equally extend to the State whose nationals own the ship. It also follows, perhaps, that when a ship loses her nationality she falls subject to the law of nationality of the owners. A ship which is without nationality, then, is not necessarily a ship without law, but it may be one lacking a State to protect it" (see *The Chiquita*, 19 F.2d 417 (1927); Moore, D., Vol. II, p. 1002 et seq.; US v. *The Pirates, 5 Wheat.* 184 at 199 (1820); U.S. v. *Jenkins*, 26 Fed. Cas. No. 15473a (1838); *The Alta*, 136 Fed. 513 at 519 (1905). See *Molván v. Att.-Gen. for Palestine* (1948) A.C. 351). (D. P. O'Connell, *International Law*, Second Edition, Vol. II, London, Stevens & Sons, 1970, p. 607. As regards the probative value of statements of ship's papers concerning the nationality of the vessel, see G. Gidel, *Le Droit International Public de la Mer*, Volume I, Paris, E. Duchemin, 1981, p. 89.)

90. This amounts to saying that everything tends to support the admissibility of the Guinean objection but the Tribunal judged that in the particular circumstances of the case it would not be doing justice if it did not consider the merits of the case. This attitude is somewhat surprising. As the International Court of Justice has had occasion to point out (*I.C.J. Reports 1966, op. cit., p. 34*), humanitarian considerations may inspire rules of law; thus, the preamble of the United Nations Charter constitutes the moral and political underpinning for the legal provisions which are set forth therein. Such considerations are not, however, rules of law in themselves. All States take an interest in these matters; it is in their interest to do

so. But it is not because an interest exists that it has a specifically legal character.

(Concerning the function of a Tribunal, see, for example, the case *Northern*

Cameroons [Cameroon v. United Kingdom], Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, pp. 33-34.)

91. According to the United Nations Convention on the Law of the Sea (article 91, paragraph 1, second sentence) “[S]hips have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly”. Authorization to fly the flag is given by the Registry on the condition that the vessel be registered. In the case of the *Saiga*, the validity of the registration was limited to 12 September 1997. And, since there was no extension of the provisional registration, the *Saiga* was a ship without nationality at the time of its arrest.

92. Consequently, the Tribunal should declare that the *Saiga* was a ship without nationality at the time of its arrest and, in keeping with the principle of continuous nationality, i.e.

the rule of international law that a claim must be national not only at the time of its presentation but also at the time of the injury

hold that Saint Vincent and the Grenadines may not exercise rights on behalf of the *Saiga* because it is the bond of nationality between the State and the vessel which alone confers upon the State the right of diplomatic protection (*Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 16*).

93. In other words, Saint Vincent and the Grenadines does not have standing, not in the sense of “Applicants’ standing . . . before the Court” (i.e. the question of jurisdiction) but in the sense of “legal right or interest regarding the subject-matter of their claim” (*I.C.J. Reports 1966, p. 18*).

94. The Tribunal, consequently, did not have to take up the other preliminary objections raised by Guinea or the submissions of the parties other than those upon which it decided in accordance with the reasoning set forth above.

(Signed) Tafsir Malick Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 2000
7 February 2000

List of cases:
No. 5

THE “CAMOUCO” CASE
(PANAMA v. FRANCE)
APPLICATION FOR PROMPT RELEASE

JUDGMENT

DECLARATION OF JUDGE NDIAYE

[Translation]

I wish to place on record that I do not share the views of the majority with regard to the determination of the amount of the bond.

In my view, the provisions of the Convention providing for prompt release of vessels and crews upon the posting of a reasonable bond or other financial security pertain to the application of laws and regulations of the coastal State. It is therefore to those laws and regulations that one must turn in order to determine the bond or financial security in the most realistic manner, absent prescribed standards of determination.

It is domestic legislation which can supply information regarding fines incurred in respect of charges lodged against the captain or legal persons, or regarding appearance in court. Moreover, the administrative authority in charge of maritime fisheries and aquaculture is equipped to determine the value of a fishing vessel or that of an illegal catch. It is on the basis of those elements that one can arrive at objective criteria for determining the amount of the reasonable bond or other financial security, without venturing into extra-legal considerations.

(Signed) Tafsir Malick Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 2000

18 December 2000

List of cases:
No. 6

THE “MONTE CONFURCO” CASE
(SEYCHELLES v. FRANCE)
APPLICATION FOR PROMPT RELEASE

JUDGMENT

DECLARATION OF JUDGE NDIAYE

[Translation]

Reasonableness is determined essentially in terms of the factual and relevant

circumstances of the case. The aim is to strike a balance in a given context between the obligation of release under the Convention and the right to prosecute and punish those who contravene the laws and regulations of a given State. Reasonableness may be observed from the outcome or be ascertained.

It must be noted that in release proceedings there is invariably a tendency for applicants to argue that the bond or financial security set by the State that has detained the vessel is exorbitant. They find this to be a convenient means of bringing that State before the international court without even seeking to enter into an agreement within the ten (10) days. The detaining State, for its part, must take care to set a bond or other financial security that is proportionate to the offence, because the bond is always an extremely important relevant fact before the International Tribunal.

The provisions concerning this are rather measured. They refer to “reasonable bond or other security” (article 73, paragraph 2), to “bonding or other appropriate financial security” (article 220, paragraph 7) or to “reasonable procedures such as bonding or other appropriate financial security” (article 226, paragraph 1(b)). This means that the bond must be proportionate to the offence and should not take on a punitive or deterrent character. Otherwise, the challenging of the amount of the bond would turn the Tribunal into a forum for appealing against the decisions of national authorities, which it is not. Rather, the Tribunal applies the provisions of the Convention and other rules of international law that are not incompatible with it (article 293).

(Signed) Tafsir Malick Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
REPORTS OF JUDGMENTS,

ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING LAND RECLAMATION
BY SINGAPORE IN AND AROUND THE STRAITS
OF JOHOR
(MALAYSIA v. SINGAPORE)

List of cases: No. 12

PROVISIONAL MEASURES
ORDER OF 8 OCTOBER 2003
2003

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
RECUEIL DES ARRÊTS,

AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE AUX TRAVAUX DE POLDÉRISATION
PAR SINGAPOUR À L'INTÉRIEUR ET À PROXIMITÉ
DU DÉTROIT DE JOHOR
(MALAISIE c. SINGAPOUR)

Rôle des affaires : No. 12

MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE DU 8 OCTOBRE 2003

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

[Translation]

1. In this case Singapore (hereinafter the “Respondent”) claimed that Malaysia (hereinafter the “Applicant”) had failed to comply with the obligations devolving upon it under article 283, paragraph 1, of the Convention.

“[T]he negotiations between the Parties, which Article 283 of the Convention makes a precondition to the activation of the Part XV compulsory dispute settlement procedures, have not occurred” (Response, paragraph 6).

2. The Respondent argued that the Applicant’s referral of the matter to the (Annex VII) arbitral tribunal was premature since, contrary to the requirement of article 283 of the Convention, no exchange of views had taken place. Paragraph 1 of that article reads as follows:

When a dispute arises between States Parties concerning the interpretation or application of this Convention, the parties to the dispute shall proceed expeditiously to an exchange of views regarding its settlement by negotiation or other peaceful means.

3. The Applicant stated that on a number of occasions it had requested that meetings be held to examine each party’s concerns with a view to reaching an amicable settlement to the dispute. It contended that the Respondent had repeatedly refused to enter into consultations, requiring the other party to prove first the substance of its case.

The principle of prior exhaustion of the negotiation process would therefore appear to be involved; hence the objection *in limine litis*. Which poses the problem of the *actuality* of the dispute.

4. Negotiation can be taken to mean both a method of determining the subject of the dispute and a method of settling that dispute. It was in the first sense that the Permanent Court of International Justice explained that “before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations”

(*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 15*).

5. That is to say that the attitude of the parties must be such as will enable them to come to an agreement. They are not, however, required to accept a basis for settlement that would damage their own interests. Similarly, a State Party is not obliged to continue with an exchange of views when it concludes that the possibilities of reaching agreement have been exhausted (*see MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 95 at p. 107, paragraph 60).

6. It would appear that in the present case the persistent refusal by the Respondent to examine the claims of the other party encouraged the latter to resort to the procedure established in paragraph 5 of article 290 of the Convention.

Was the Applicant thus in contravention of the provisions of article 283, paragraph 1?

7. The rule that the negotiation process should first be exhausted is to be found in certain international conventions (e.g., the *Covenant of the League of Nations*, article 13, paragraph 1). Its customary nature is doubtful, however. The rule appears as a condition governing jurisdiction of courts or as a condition governing admissibility of an action brought by means of an application.

8. In the first case, international courts examine the conditions laid

down and dispose of them without any difficulty. This involves primarily a factual examination of the attitude of the two parties. The ICJ's approach to settling the question of jurisdiction in this field is wholly applicable to the facts of the present case.

The Court said :

The true value of this objection will readily be seen if it be remembered that the question of the importance and chances of success of diplomatic negotiations is essentially a relative one. Negotiations do not of necessity always presuppose a more or less lengthy series of notes and despatches; it may suffice that a discussion should have been commenced, and this discussion may have been very short; this will be the case if deadlock is reached, or if finally a point is reached at which one of the Parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can be therefore no doubt that the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation.

But it is equally true that if the diplomatic negotiations between the Governments commence at a point where the previous discussions left off, it may well happen that the nature of the latter was such as to render superfluous renewed discussion of the opposing contentions in which the dispute originated. No general and absolute rule can be laid down in this respect. It is a matter for consideration in each case (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 345–346).

9. Now in the present case, deadlock has clearly been reached on the questions in dispute; the parties even spoke of the negotiations “breaking down”.

10. The prior exhaustion of the negotiation process would also appear to be a prerequisite, from the legal point of view, to the bringing of a case before an international court. The admissibility of the application is thus subject to compliance with this rule, which applies, however, only if the parties are bound by a contractual obligation. That is to say

that the party invoking the rule of prior exhaustion of the negotiation process must provide proof that it is bound to the other party by a contractual undertaking to that effect.

11. In this case, the Respondent has not proved that such an undertaking exists between the parties. That is to say, that the Tribunal is competent and may exercise its judicial power and hear the claims of the parties in order to make its determination concerning those claims.

12. While the rule of prior exhaustion of the negotiation process is to be found in certain treaties, it hardly makes its presence felt in general international law. On a number of occasions the International Court of Justice has refused to accept it. It has even taken the view, relying on State practice, that the application could be submitted to it while negotiations were continuing. In the Aegean Sea Continental Shelf case, the Court stated:

The Turkish Government's attitude might thus be interpreted as suggesting that the Court ought not to proceed with the case while the parties continue to negotiate and that the existence of active negotiations in progress constitutes an impediment to the Court's exercise of jurisdiction in the present case. The Court is unable to share this view. Negotiation and judicial settlement are enumerated together in Article 33 of the Charter of the United Nations as means for the peaceful settlement of disputes. The jurisprudence of the Court provides various examples of cases in which negotiations and recourse to judicial settlement have been pursued *pari passu*. Several cases, the most recent being that concerning the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (I.C.J. Reports 1973, p. 347), show that judicial proceedings may be discontinued when such negotiations result in the settlement of the dispute. Consequently, the fact that negotiations are being actively pursued during the present proceedings is not, legally, any obstacle to the exercise by the Court of its judicial function (*Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 12, paragraph 29*); see also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 440, paragraphs 106–108*; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nige-*

ria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 303).

13. On the basis of the above, the Tribunal could have rejected the objection to jurisdiction raised by the Respondent, particularly as it had already taken the view that a State Party is not obliged to pursue procedures under Part XV, section 1, of the Convention when it concludes that the possibilities of settlement have been exhausted (*see Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 208 at p. 295, paragraph 60*).

(Signed) Tafsir Malick Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
REPORTS OF JUDGMENTS,

ADVISORY OPINIONS AND ORDERS
THE “JUNO TRADER” CASE
(Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau)
List of cases: No. 13

JUDGMENT OF 18 DECEMBER 2004

2004

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER
RECUEIL DES ARRÊTS,

AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU « JUNO TRADER »
(Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau)
Rôle des affaires : No. 13

ARRÊT DU 18 DÉCEMBRE 2004

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

[Translation]

1. I would like to add a few brief remarks about the exercise of the Tribunal's jurisdiction in these proceedings concerning the prompt release of the arrested vessel and its crew brought by Saint Vincent and the Grenadines (the Applicant) against the Government of Guinea-Bissau (the Respondent), after setting out the facts.

2. In accordance with its owner/operator's instructions, the *Juno Trader* lay off Nouadhibou, Mauritania, on 18 September 2004 at 10 p.m. for the purpose of transferring a cargo of fish caught within the Exclusive Economic Zone of Mauritania by the fishing vessel *Juno Warrior*, which was duly licensed to fish by the Government of Mauritania.

3. Transfer of the cargo, 1,183.83 tonnes of several species of fresh frozen fish, from the *Juno Warrior* to the *Juno Trader* (a "reefer") began on 19 September 2004 at 10.40 p.m. The fish were packed in 39,461 boxes, each weighing 30 kilos. This operation was completed on 22 September 2004 at 6 p.m., and was followed by a second transfer; this time of 2,800 bags of fishmeal, each weighing 40 kilos. This operation began on 22 September 2004 at 7 p.m. and was completed the next day, 23 September 2004, at 3.30 a.m.

4. Loaded with frozen fish and fishmeal and after taking on fuel from the supply ship *Amursk* (operation completed on 24 September 2004 around 8 p.m.), the *Juno Trader* left the territorial waters of Mauritania for Ghana to off-load its cargo for Unique Concerns Limited, which in the meantime had become the owner of the cargo on the basis of several bills of lading dated 23 September 2004. It was when the *Juno Trader* passed through the Exclusive Economic Zone of Guinea-Bissau that the events leading up to this case occurred. Boarded on 26 Septem-

ber 2004 around 5 p.m. by members of the Guinea-Bissau navy, the *Juno Trader* was escorted into the port of Bissau the following day, 27 September 2004, around 4 p.m. and placed under the control of the Government of Guinea-Bissau. The official documents regarding the reasons for detaining the vessel and its crew were served later.

5. On 18 October 2004, the Interministerial Maritime Control Commission made the following observations:

1. On 26 September 2004, inspectors from the Fisheries Inspection Service on board the vessel *Cacine* came across the vessel *Juno Trader* anchored in the fishing zone of Guinea-Bissau at the position of 11° 42' and 017° 09', alongside the vessel *Flipper 1*.

2. As the vessel *Juno Trader* noticed the approach of the inspection vessel, it weighed anchor and fled and was arrested at the position of 11° 29' and 017° 13', after 2 hours and 30 minutes of hot pursuit.

[. . .]

5. According to the report on the inspection of the catch found on board, prepared by the CIPATECHNICIANS at the request of FISCAP, the species identified (*sardinela*, *sareia*, *carapau*, *bonito*, *cavala* and *dentão*) are similar to those existing in our waters.

6. On 19 October 2004, the Interministerial Maritime Control Commission decided the following:

1. To impose a fine of 175,398 (one hundred and seventy five thousand, three hundred and ninety eight) euros on the said vessel which was seized on the 26 September 2004 within the maritime waters of Guinea-Bissau for infractions to our fishing legislation;

2. To impose a fine of 8,770 (eight thousand, seven hundred and seventy) euros on the captain of the *Juno Trader* in accordance with Article 58 of the General Law on Fisheries for lack of cooperation with the inspectors as evidenced by the attempt of the vessel to flee;

3. To declare as reverted to the State of Guinea-Bissau all the catch found on board the arrested vessel, considering it to have been caught and transhipped in the maritime waters of Guinea-Bissau, without proper authorization;

4. To order that the total amount of the fine (184,168 euros) be deposited in the account no. 305.1000.5001.S00 of the Public Treasury of Guinea-Bissau at the main office of the BCEAO in Bissau, within fifteen (15) days counted from the notification of the present deliberation.

7. On 3 November 2004, the fine of 8,770 euros levied on the captain was paid by the shipowner.

8. On 5 November 2004, the *Juno Trader*, its gear and cargo automatically reverted to the State of Guinea-Bissau because of non-payment of the fine.

9. On 18 November 2004, 50,000 euros were deposited on behalf of the shipowner with the competent authorities of Guinea-Bissau.

10. On 23 November 2004, the Regional Court of Bissau called for the following measures at the request of the Applicant, while awaiting a decision on the case:

(a) For the above-mentioned reasons, I find the present procedure well-founded and consequently I order the immediate suspension of the execution of Minute No. 14/CIFM/04 of the Inter-Ministerial Commission on Maritime Inspections (defendant) of the Government of Guinea-Bissau, pending a definitive settlement of the present case, with all legal consequences, including:

1. The immediate cancellation or annulment of any procedure aimed at selling the fish and fishmeal which are found on board the vessel of the plaintiff, *Juno Trader*;

2. The immediate lifting of the prohibition imposed on the members of the crew of the said vessel from leaving the Port of Bissau, and the immediate return of their passports;

3. The immediate suspension of the payment of the fine imposed on the captain of the said vessel and the non-invocation of the bank guarantee posted to that effect, pending the definitive settlement of the said case.

11. The International Tribunal for the Law of the Sea confirmed that it is competent to hear the application and that the application is admissible. Article 292 of the Convention lays out the conditions required for the Tribunal to be competent to hear an application for prompt release. It stipulates the following :

Article 292

Prompt release of vessels and crews

1. Where the authorities of a State Party have detained a vessel flying the flag of another State Party and it is alleged that the detaining State has not complied with the provisions of this.

Convention for the prompt release of the vessel or its crew upon the posting of a reasonable bond or other financial security, the question of release from detention may be submitted to any court or tribunal agreed upon by the parties or, failing such agreement within 10 days from the time of detention, to a court or tribunal accepted by the detaining State under article 287 or to the International Tribunal for the Law of the Sea, unless the parties otherwise agree.

2. The application for release may be made only by or on behalf of the flag State of the vessel.

3. The court or tribunal shall deal without delay with the application for release and shall deal only with the question of release, without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum against the vessel, its owner or its crew. The authorities of the detaining State remain competent to release the vessel or its crew at any time.

4. Upon the posting of the bond or other financial security determined by the court or tribunal, the authorities of the detaining State shall comply promptly with the decision of the court or tribunal concerning

the release of the vessel or its crew.

12. The two States in this case are parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea, which was ratified by Saint Vincent and the Grenadines on 1 October 1993 and by Guinea-Bissau on 25 August 1986. The Convention entered into force for the two countries on 16 November 1994. It is to be noted that no agreement had been reached between the parties concerning recourse to another tribunal within 10 days from the date of the arrest of the *Juno Trader*.

13. The problem facing the Tribunal concerns the status of Saint Vincent and the Grenadines as the country of registry of the *Juno Trader*. The Respondent has asserted that the *Juno Trader* reverted to the Government of Guinea-Bissau since 5 November 2004 the *Juno Trader* has been the property of the State of Guinea-Bissau, that title having been transferred to the state by operation of a municipal law of Guinea-Bissau at a time while the vessel was physically situated within the territory of that state (ITLOS/04/03, p. 45, lines 11 to 14). The Respondent maintains that a confiscated ship ceases to fly any flag at all. The Applicant did not discharge its obligation to prove that it was the country of registry of the *Juno Trader* at the time of submission of its request in this case (ITLOS/PV.04/03, p. 47, lines 16 to 20).

14. The first paragraph of article 73 of the United Nations Convention of the Law of the Sea refers to “Enforcement of laws and regulations of the coastal State” and provides that:

The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention.

15. National legislatures have the prerogative of establishing fishing rights in the form of laws and regulations. Very detailed legislation can be found on fishing violations and systems of applicable sanctions. Ana-

tional judge applies regulations on the basis of evidence submitted while hearing a specific case.

16. Thus, whenever a vessel is boarded, the administrative authority in charge of maritime affairs orders the seizure or conservatory arrest of a vessel, which will in all probability be confirmed by a ruling of the tribunal hearing that question and which must also determine the amount of the security to post for the vessel's release (*the Saiga Case*, Judgment of 4 December 1997; the *Camouco Case*, Judgment of 7 February 2000; and the *Monte Confurco Case*, Judgment of 18 December 2000; all heard before the International Tribunal for the Law of the Sea).

17. In the case of Guinea-Bissau, the situation is slightly different. Article 46, paragraph 3, of Decree-Law No. 6 A/2000 of 22 August 2000 indicates that:

In all cases, the Ministry responsible for Fisheries must submit the report of the boarding within 24 hours to the Attorney General or to the representative of the Public Prosecutor attached to the court with territorial jurisdiction or decide, if appropriate, to impose the fine provided for in article 53 of this Decree-Law.

18. It seems, therefore, that recourse to the Attorney General is in no way an obligation because an alternative is provided for: the fisheries administration can itself levy the fine provided for in article 53. That is what the Interministerial Maritime Control Commission did (see Minute 14/CTFM/04 of 19 October 2004). And that is why no legal proceedings were initiated and no action was brought by the administration against the owners of the *Juno Trader* and its crew. Likewise, the Respondent did not set a bond for the release of the *Juno Trader* and did not express an opinion whether the security posted by the shipowner's representative was reasonable or not.

19. Curiously, the judgment says absolutely nothing about the basic legislative provisions which throw light on the implementation of the laws and regulations of the respondent State.

20. It should be recalled that article 60 of that Decree-Law provides that :

1. Fines for infractions of the present [Decree-Law] shall be paid within 15 days from the date upon which no further appeal can be made against the sentence or from the date of its application by the Interministerial Fisheries Commission, as the case may be.

2. The period referred to in the preceding paragraph may be extended for the same period at the request of the shipowner or his representative.

3. In the event of non-payment of all or part of the fine within the period of extension referred to in the preceding paragraph, any assets which may have been apprehended shall revert to the State.

21. The Respondent claims that title was transferred by implementation of the applicable provisions of domestic law referred to above because the shipowner's request that the timelimit for payment of the fine be extended by 15 days was not accepted and the fine was not paid.

22. On 23 November 2004, the Regional Court of Bissau ordered conservatory measures, "awaiting final decision of the case", which are basically tantamount to suspending execution of the decision of the Interministerial Maritime Control Commission. The problem is that this conservatory injunction which hardly carries the authority of a judicial decision and which was made while awaiting a final decision in the case, is voided by application of the legislative provisions in force. These legislative provisions apply *ope legis* as a direct result of the law without taking into account any administrative or judicial decision. In addition, those provisions became effective on 5 November 2004, before deposit of the document instituting the proceedings, which occurred on 18 November 2004.

23. Moreover, the Applicant is well aware of this when it declares:

In a document signed by Mr Malal Sane, coordinator of FISCAP, but undated, the author recognizes that the representative of the shipowner requested an extension of the timelimit of 15 days for payment of

the fine, adding that this extension was not granted. The administration of Guinea-Bissau is free, under the provisions of that statute, if I understand correctly, to grant or not this extension. The most basic concepts of fairness and integrity require that the administration take the trouble of replying to the shipowner, who was waiting for this reply to his request for extension; if only because it involves a sanction that threatens the shipowner with nothing less than seizure of the vessel. No step was taken by the Guinea-Bissau fisheries administration to inform any one. Confiscation and change of ownership were supposed to have occurred on 5 November (ITLOS/PV.04/04, p. 22, lines 23–34 [retranslation on the basis of the interpretation]).

24. In the circumstances, the final decision in this case was actually that of the Interministerial Commission that led to confiscation by law. The question that then arises is whether the appeal against the act of the Interministerial Commission, sought by the Applicant, can suspend the act's effects. What is certain is that whatever the recourse open to the owners of the *Juno Trader* in appealing the decision of the Interministerial Commission in Guinea-Bissau, the Applicant cannot easily advance its claim on the basis of Article 292.

25. Domestic legal proceedings handed down a verdict of legal seizure of the vessel, on the grounds that the shipowner did not discharge the penalties imposed on it within 15 days as required by the Guinea-Bissau fisheries law. That means that recourse to the procedure of prompt release becomes meaningless, because confiscation definitively transfers the *Juno Trader* to the Government of Guinea-Bissau. The specific nature of the procedure in no way allows the Tribunal to judge the actions of a coastal State in the exercise of its sovereign rights. Paragraph 3 of Article 292 leaves no doubt about this. The procedure of prompt release is aimed – very modestly – at ensuring the prompt release of a vessel as soon as a bond is posted while awaiting conclusion of domestic procedures, whether judicial or administrative.

26. Hence, it is not for the Tribunal to judge the validity of the acts

of the public authority of the coastal State, not really having solid criteria for this and being limited by this specific procedure. The Tribunal must accept the public acts of the coastal State without going into their merits.

27. After studying the question of its competence to hear the Application, the Tribunal arrived at the following conclusion (Judgment, paras. 63 and 64):

In any case, whatever may be the effect of a definitive change in the ownership of a vessel upon its nationality, the Tribunal considers that there is no legal basis in the particular circumstances of this case for holding that there has been a definitive change in the nationality of the *Juno Trader*.

Accordingly, the Tribunal finds that there is no legal basis for the Respondent's claim that Saint Vincent and the Grenadines was not the flag State of the vessel on 18 November 2004, the date on which the Application for prompt release was submitted.

28. If the Tribunal has found itself competent in this case it is simply on the basis of formal, even formalistic, criteria, making the subtle and slightly artificial distinction between title of ownership and flag. Transfer of ownership does not automatically lead to transfer of flag. There are formalities to be completed that clearly were not carried out at the time of submission of the document instituting proceedings.

29. Thus, the Respondent did not show the Tribunal any measure that it has taken that would prove that it had decommissioned the *Juno Trader*, that it exercises its jurisdiction – in accordance with its domestic law – over the vessel, the captain, the officers and the crew for administrative, technical and social reasons. The Respondent has also failed to provide evidence of any measures taken to register the vessel in the ship registry of Guinea-Bissau or even of an offer of sale. The only formality carried out by the Respondent has been to notify the Applicant about the confiscation with the decision dated 3 December 2004.

30. Clearly, with this type of solution there is great risk of ending up with a phantom flag.

(Signed) Tafsir Malick Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 2012

14 March 2012

List of cases:No. 16

DISPUTE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME
BOUNDARY
BETWEEN BANGLADESH AND MYANMAR IN THE BAY
OF BENGAL
(BANGLADESH/MYANMAR)

JUDGMENT

SEPARATE OPINION OF JUDGE TAFSIR M. NDIAYE

1. I have voted in favour of the Judgment as I am in agreement with all of the grounds set out by the Tribunal in respect of the main questions on the merits. Specifically, I concur in the conclusion articulated in paragraphs 329, 333 and 334 of the Judgment, providing:

329. The Tribunal decides that, in view of the geographic circumstances in the present case, the provisional equidistance line is to be deflected at the point where it begins to cut off the seaward projection of the Bangladesh coast. The direction of the adjustment is to be determined in the light of those circumstances.

333. The projection southward from the coast of Bangladesh continues throughout the delimitation area. There is thus a continuing need to avoid cut-off effects on this projection. In the geographic circumstances of this case it is not necessary to change the direction of the adjusted line as it moves away from the coasts of the Parties.

334. The Tribunal accordingly believes that there is reason to consider an adjustment of the provisional equidistance line by drawing a geodetic line starting at a particular azimuth. In the view of the Tribunal the direction of any plausible adjustment of the provisional equidistance line would not differ substantially from a geodetic line starting at an azimuth of 215°. A significant shift in the angle of that azimuth would result in cut-off effects on the projections from the coast of one Party or the other. A shift toward the north-west would produce a line that does not adequately remedy the cut-off effect of the provisional equidistance line on the southward projection of the coast of Bangladesh, while a shift in the opposite direction would produce a cut-off effect on the seaward projection of Myanmar's coast.

2. In my view, however, the Judgment goes further than necessary

in two respects: on the question of jurisdiction (section I) and in the operative part (paragraph 6 of the operative part of the Judgment) in deciding the issue of the continental shelf beyond 200 nautical miles (section II).

In accordance with article 8, paragraph 6, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, this separate opinion will concern essentially these two points of difference with the Judgment.

I. JURISDICTION

3. On 8 October 2009 Bangladesh addressed a written notification to Myanmar instituting arbitral proceedings under article 1 of Annex VII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter the “Convention”). The note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Bangladesh dated 8 October 2009 states:

Pursuant to Articles 286 and 287 of the 1982 *United Nations Convention on the Law of the Sea* (“UNCLOS”), and in accordance with the requirements of Article 1 of Annex VII thereto, Bangladesh hereby gives written notification to Myanmar that, having failed to reach a settlement after successive negotiations and exchanges of views as contemplated by Part XV of UNCLOS, it has elected to submit the dispute concerning the delimitation of its maritime boundary with Myanmar in the Bay of Bengal to the arbitral procedure provided for in Article VII of UNCLOS.

4. On 27 October 2009 Myanmar expressed “its total surprise” at the notification submitted to it “without . . . prior notice” (note verbale No. 44012/7 (432) of 27 October 2009, Counter-Memorial of Myanmar (“CMM”), vol. II, annex 19).

5. On 4 November 2009 Myanmar made a declaration under article 287 of the Convention, accepting “the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea for the settlement of [the] dispute between the Union of Myanmar and the People’s Republic of Bangladesh relating to the delimitation of [the] maritime boundary between the two countries in the Bay of Bengal” (Memorial of Bangladesh (“MB”), vol. III, annex 22).

6. One day later, on 5 November 2009, Myanmar gave Bangladesh notification of its decision to submit the dispute to the Tribunal in ac-

cordance with article 287 of the Convention (note verbale No. 44012/7 (459) of 5 November 2009, p. 1, CMM, vol. II, annex 20).

7. On 12 December 2009 Bangladesh accepted Myanmar's decision to submit the dispute to the Tribunal (note verbale No. MOFA/UNCLOS/320/2 of 12 December 2009, CMM, vol., II, annex 21).

8. Bangladesh confirmed its acceptance of the Tribunal's jurisdiction in a declaration dated the same day (MB, vol. III, annex 23).

9. On 13 December 2009 Bangladesh formally seised the Tribunal of the dispute by letter from the Minister of Foreign Affairs to the President of the Tribunal, stating:

5. Given Bangladesh's and Myanmar's mutual consent to the jurisdiction of ITLOS, and in accordance with the provisions of UNCLOS, article 287, para. 4, Bangladesh considers that your distinguished Tribunal is now the only forum for the resolution of the parties' dispute.

6. In light of the developments, Bangladesh respectfully invites ITLOS to exercise jurisdiction over the maritime boundary dispute between Bangladesh and Myanmar, which is the subject of Bangladesh's 8 October 2009 statement of claim. Bangladesh hereby notifies the Tribunal of its intention to select Professor Vaughan LOWE QC as Judge ad hoc in accordance with the Tribunal's Statute and article 19 of the Rules.

This letter is the actual instrument instituting proceedings, which indicates the mode of referral and names the judge ad hoc. The Agent of Bangladesh had already been appointed in the arbitral proceedings begun under Annex VII of the Convention.

10. This letter amounts to an application filed by one party to a dispute, because, by way of written declarations in accordance with article 287 of the Convention, the two Parties to the dispute accept the jurisdiction of the Tribunal as one of the means for settling disputes concerning the interpretation or application of the Convention.

We find ourselves here in the domain of compulsory jurisdiction, in other words of compulsory procedures entailing binding decisions.

11. The Tribunal has compulsory jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of the Convention if, by declaration under article 287 of the Convention, the parties in conflict have chosen the Tribunal. If so, the dispute may be submitted to the Tribunal by means of a unilateral application by either of those parties.

12. This can be seen from the letter of 13 December 2009, which formally seises the Tribunal. Thus, no special agreement is involved. Had there been a special agreement, the Tribunal's task would have been defined very precisely. Questions such as the following would have been presented :

- a) Is the 1974 Agreement binding?
- b) Has there been a delimitation of the territorial sea?
- c) What is the course of the dividing line between the two Parties?
- d) Is the Tribunal competent to delimit the maritime boundary between the two States beyond 200 nautical miles?

13. At the same time, the referral entails *the transfer* to the Tribunal of the arbitral proceedings instituted by Bangladesh on 8 October 2009. It should be recalled that the Tribunal's experience includes two cases of transfers of proceedings, effected by means of special agreements. This is because the Parties can decide by agreement to bring before the Tribunal a dispute previously submitted to an arbitral tribunal formed in accordance with article 287, paragraph 3.

14. Thus, *in the M/V "SAIGA" (No. 2) Case*, Saint Vincent and the Grenadines instituted annex VII arbitral proceedings against Guinea. The two Parties subsequently notified to the Tribunal an agreement whereby they transferred the proceedings to the Tribunal (the "1998 Agreement") (see *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, *Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 10, at pp. 14-17, para. 4).

15. The Parties in the *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean* between Chile and the European Community agreed to break off the Annex VII arbitral proceedings initiated by Chile and to submit the dispute to a special chamber of the Tribunal in accordance with article 15, paragraph 2, of the Statute of the Tribunal (*see Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks (Chile/European Community)*, Order of 20 December 2000, ITLOS Reports 2000, p. 148, at pp. 149-152, paras. 2 and 3).

16. In the present case the transfer was effected by the application instituting proceedings, namely the letter of 13 December 2009, which formally seised the Tribunal.

17. And, as stated in article 45 of the Rules of the Tribunal:

In every case submitted to the Tribunal, the President shall ascertain the views of the parties with regard to questions of procedure.

18. Consultations were thus held on 25 and 26 January 2010 between the President of the Tribunal and the Parties. The minutes of the consultations were signed by the Parties and the President of the Tribunal; they state:

the parties concur that 14 December 2009 is to be considered the date of the institution of proceedings before the Tribunal ;

and

Myanmar acquiesced to Bangladesh's decision to discontinue the arbitral proceedings which Bangladesh had instituted concerning the same dispute ... by its notification and statement of claim dated 8 October 2009.

(Minutes of the consultations dated 26 January 2010 (CMM, annex 24)).

19. These minutes appear to be nothing more than an account of a meeting. They were signed by the two Parties' representatives and by the President of the Tribunal. They are confined to recounting discussions and summarizing points of agreement. They create neither rights nor obligations under international law for the Parties. Nor can they be regarded as a special agreement, i.e. an international agreement within the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It suffices to quote paragraphs 12 and 14 of the minutes:

12. During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in the case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over to the Registrar.

14. Responding to a question raised by the delegation of Myanmar, the President clarified that the Tribunal will not consider the merits of the case until the judgment of the Tribunal on the preliminary objections is rendered and subject to the outcome of such judgment.

20. In the context of litigation, a special agreement is an international agreement by which States Parties agree to submit a legal dispute to the Tribunal. It establishes the extent of the powers granted to the Tribunal.

21. Accordingly, it is apparent that the case was referred to the Tribunal by way of Bangladesh's application in the letter of 13 December 2009.

22. While the notions of referral (seisin) and jurisdiction are closely linked, they are nevertheless quite different. Jurisdiction is the basis on which the Tribunal must take cognizance of the case and settle the dispute submitted to it; referral is the right of a claimant to be heard on the

merits of the claim by bringing the case before the Tribunal.

23. The concepts of jurisdiction and referral are sometimes intertwined. That is the case where the mere act of submitting the case to the forum immediately gives rise to jurisdiction on the part of the forum. This occurs in four situations:

1) where a case is referred by special agreement, upon notification of the agreement to the Tribunal by the signatory parties;

2) where a case is referred to the Tribunal simultaneously by two applications (*Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, p. 192, in which Nicaragua and Honduras made simultaneous referrals to the International Court of Justice);

3) where a case has been submitted by application and the respondent State's declaration accepting compulsory jurisdiction raises no obstacle to jurisdiction;

4) finally, as in the case before us, where there are two concordant declarations accepting the Tribunal's jurisdiction in accordance with article 287 of the Convention and they make the Tribunal the appropriate forum under paragraph 4.

24. I shall note that Myanmar withdrew its declaration. On 14 January 2010 the Government of Myanmar informed the Secretary-General of the United Nations that it had decided to withdraw the declaration made under article 287 of the Convention accepting the jurisdiction of the Tribunal to settle the dispute between Myanmar and Bangladesh over the delimitation of the maritime boundary between the two States in the Bay of Bengal.

25. The Tribunal still needed to determine the scope of its jurisdiction in the case. Myanmar asserted:

I must make perfectly clear that in principle the jurisdiction of the Tribunal is not a problem for us. Following the notification of arbitration by Bangladesh, the two Parties accepted the Tribunal's jurisdiction on the same terms, in accordance with the provisions of article 287 (1) of the Montego Bay Convention, "for the settlement of dispute ... relating to the delimitation of maritime boundary between the two countries in the Bay of Bengal".

[...]

The only problem that arises concerns the present *possibility* – the possibility – for the Tribunal now to exercise this jurisdiction and decide on the delimitation of the continental shelf beyond 200 [nautical miles]. I did say "possibility", Mr President, not jurisdiction in the abstract. Myanmar does not contest that if Bangladesh could advance claims to this part of the continental shelf in the Bay of Bengal, the Tribunal would have jurisdiction to proceed with delimitation (emphasis in the original) (ITLOS/PV.11/11, p. 8, lines 36-44 and p. 9, lines 1-4).

All in all, the following can be accepted :

26. The People's Republic of Bangladesh initiated the present proceedings against the Union of Myanmar on 8 October 2009 by notification of arbitral proceedings pursuant to article 287, paragraph 3, and Annex VII of the Convention, together with the statement of its claim and the grounds on which it was based.

27. In response, on 4 November 2009, Myanmar accepted the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea for the settlement of the dispute between Bangladesh and Myanmar "relating to the delimitation of [the] maritime boundary between the two countries in the Bay of Bengal".

28. Bangladesh made a declaration on 12 December 2009 stating that it "accepts the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea for the settlement of the dispute between the People's Repu-

blic of Bangladesh and the Union of Myanmar relating to the delimitation of their maritime boundary in the Bay of Bengal”.

29. On the basis of these declarations, the Minister of Foreign Affairs of Bangladesh on 13 December 2009 formally referred the dispute to the Tribunal by means of a letter addressed to the President of the Tribunal, stating:

5. ... Given Bangladesh’s and Myanmar’s mutual consent to the jurisdiction of ITLOS, and in accordance with the provisions of UNCLOS Article 287(4), Bangladesh considers that your distinguished Tribunal is now the only forum for the resolution of the parties’ dispute;

and

6. ... Bangladesh respectfully invites ITLOS to exercise jurisdiction over the maritime boundary dispute between Bangladesh and Myanmar, which is the subject of Bangladesh’s 08 October 2009 statement of claim.

30. In the light of the Parties’ respective declarations and Bangladesh’s invitation to the Tribunal “to exercise jurisdiction”, the International Tribunal for the Law of the Sea has jurisdiction to hear the dispute.

31. The Parties are in agreement that all required conditions for the Tribunal to have jurisdiction were satisfied at 13 December 2009, when Bangladesh submitted the Parties’ respective declarations, and that the Tribunal is therefore empowered to hear the case. They disagree however on the exact scope of the jurisdiction thus conferred on the Tribunal.

32. Myanmar expressed doubt as to the Tribunal’s jurisdiction and, should it in fact exist, as to the wisdom of exercising it to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles.

33. Myanmar does not dispute that, “as a matter of principle, the delimitation of the continental shelf, including the shelf beyond 200 nau-

tical miles, could fall within the jurisdiction of the Tribunal” (CMM, para 1.14).

34. Myanmar asserts in its Counter-Memorial that, as a general matter, the question of the Tribunal’s jurisdiction to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles should not arise in this case, because the delimitation line should terminate well before reaching the 200-nautical-mile limit from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured (CMM, para. 1.15).

35. Myanmar adds: “Even if the Tribunal were to decide that there could be a single maritime boundary beyond 200 nautical miles (*quod non*), the Tribunal would still not have jurisdiction to determine this line because any judicial pronouncement on these issues might prejudice the rights of third parties and also those relating to the international seabed area” (CMM, para. 1.16).

36. Myanmar argues: “As long as the outer limit of the continental shelf has not been established on the basis of the recommendations of the [Commission on the Limits of the Continental Shelf (hereinafter the “Commission” or the “CLCS”)], the Tribunal, as a court of law, cannot determine the line of delimitation on a hypothetical basis without knowing what the outer limits are” (CMM, para 1.17). In this connection it maintains :

A review of a State’s submission and the making of recommendations by the Commission on this submission is a necessary prerequisite for any determination of the outer limits of the continental shelf of a coastal State “on the basis of these recommendations” under article 76 (8) of UNCLOS and the area of continental shelf beyond 200 nautical miles to which a State is potentially entitled; this, in turn, is a necessary precondition to any judicial determination of the division of areas of overlapping sovereign rights to the natural resources of the continental shelf beyond 200 nautical miles. ... To reverse the process, ... to adjudicate with respect to rights the extent of which is unknown, would not only put this Tribunal at odds with other treaty bodies, but with the entire

structure of the Convention and the system of international ocean governance. (Rejoinder of Myanmar (“RM”), para. A.17).

37. In support of its position, Myanmar cites the Arbitral Award in the *Case concerning the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre and Miquelon)*, which states: “It is not possible for a tribunal to reach a decision by assuming hypothetically the eventuality that such rights will in fact exist” (*Decision of 10 June 1992, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXI, p. 265, at p. 293, para. 81 (in French)*); see also *International Legal Materials, vol. 31 (1992)*, p. 1145, at p. 1172, para. 81). In the view of the arbitral tribunal, any decision on delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles between France and Canada would have been based solely on hypothetical rights.

38. Myanmar also cites the International Court of Justice judgment in the *Nicaragua v. Honduras* case, asserting that the Court there declined to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles between Nicaragua and Honduras because the CLCS had not yet made recommendations to the two countries concerning their continental shelf beyond 200 nautical miles. The judgment cited by Myanmar to this effect states:

It should also be noted in this regard that in no case may the line be interpreted as extending more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured; any claim of continental shelf rights beyond 200 miles must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder. (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 659, at p. 759, para. 319).

39. Myanmar elaborated on its position during the oral proceedings, stating, *inter alia*, that in principle it did not question the Tribunal’s jurisdiction. The two Parties did indeed accept the jurisdiction of the Tribunal on the same terms, in accordance with the provisions of article

287, paragraph 1, of the Convention, for the “settlement of [the] dispute ... relating to the delimitation of [the] maritime boundary between the two countries in the Bay of Bengal”. According to Myanmar, the only problem concerned the possibility that the Tribunal might exercise such jurisdiction to decide on the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles.

40. Myanmar further contended that, if the Tribunal “nevertheless were to consider the Application admissible on this point – *quod non* –”, it “could not but defer judgment on this aspect of the matter until the Parties, in accordance with Article 76 of the Convention, have taken a position on the recommendations of the Commission concerning the existence of entitlements of the two Parties to the continental shelf beyond 200 [nautical miles] and, if such entitlements exist, on their ... extension” towards the outer limits of the continental shelf of the two countries (ITLOS/PV.11/11, p. 9, lines 18-23).

41. Bangladesh is of the view that the Convention expressly empowers the Tribunal to adjudicate disputes between States arising under articles 76 and 83, in regard to the delimitation of the continental shelf. As the Convention draws no distinction between jurisdiction over the inner part of the continental shelf, i.e., that part within 200 nautical miles, and the part further away, delimitation of the entire continental shelf is, according to Bangladesh, covered by article 83, and the Tribunal plainly has jurisdiction to carry out delimitation beyond 200 nautical miles (MB, para. 4.23).

42. Responding to Myanmar’s argument that “in any event, the question of delimiting the shelf beyond 200 [nautical miles] does not arise because the delimitation line terminates well before reaching the 200 [nautical mile] limit”, Bangladesh states that “Myanmar’s argument that Bangladesh has no continental shelf beyond 200 [nautical miles] is based instead on the proposition that once the area within 200 [nautical miles] is delimited, the terminus of Bangladesh’s shelf falls short of the 200 [nautical mile] limit” (emphasis in the original) (RB, para. 4.39).

Bangladesh contends:

This can only be a valid argument if the Tribunal first accepts Myanmar's arguments in favour of an equidistance line within 200 [nautical miles]. Such an outcome would require the Tribunal to disregard entirely the relevant circumstances relied upon by Bangladesh ... (RB, para. 4.40).

43. With reference to Myanmar's argument regarding the rights of third parties, Bangladesh contends that a potential overlapping claim of a third State cannot deprive the Tribunal of jurisdiction to delimit the maritime boundary between two States that are subject to the jurisdiction of the Tribunal, because third States are not bound by the Tribunal's judgment and their rights are unaffected by it. Bangladesh points out that so far as third States are concerned, a delimitation judgment by the Tribunal is merely *res inter alios acta* and that this assurance is provided in article 33, paragraph 2, of the Statute of the Tribunal (MB, para. 4.35).

44. Bangladesh also observes that Myanmar's contention "with regard to the international seabed area disregards its own submission to the CLCS, which makes clear that the outer limits of the continental shelf *vis-à-vis* the international seabed are far removed from the maritime boundary with Bangladesh" (RB, para. 4.5).

45. Bangladesh notes a certain inconsistency in Myanmar's position on this subject, observing that Myanmar "accepts with respect to the potential areas of overlap with India that even if [the Tribunal] cannot fix a tripoint between three States, it can indicate the 'general direction for the final part of the maritime boundary between Myanmar and Bangladesh', and that doing so would be 'in accordance with the well-established practise' of international courts and tribunals" (RB, para. 4.17).

46. Among Bangladesh's conclusions summarizing its position on the issue of third-party rights and the jurisdiction of the Tribunal are the following:

2. The delimitation by the Tribunal of a maritime boundary in the continental shelf beyond 200 [nautical miles] does not prejudice the rights of third parties. In the same way that international courts and tribunals have consistently exercised jurisdiction where the rights of third States are involved, ITLOS may exercise jurisdiction, even if the rights of the international community to the international seabed were involved, which in this case they are not.

3. With respect to the area of shelf where the claims of Bangladesh and Myanmar overlap with those of India, the Tribunal need only determine which of the two Parties in the present proceeding has the better claim, and effect a delimitation that is only binding on Bangladesh and Myanmar. Such a delimitation as between the two Parties to this proceeding would not be binding on India (RB, para. 4.91).

47. In respect of the role of the CLCS, Bangladesh states :

there is no conflict between the roles of ITLOS and the Commission in regard to the continental shelf. To the contrary, the roles are complementary. ITLOS has jurisdiction to delimit boundaries within the outer continental shelf; the Commission makes recommendations as to the delineation of the shelf's outer limits with the international seabed, provided there are no disputed claims between adjacent or opposite States. Indeed, the Commission may not make any recommendations on the outer limits until such dispute is resolved (by ITLOS or another judicial or arbitral body, or by agreement between the parties) – unless the parties give their consent that the Commission review their submissions.

In the present case, the Commission is precluded from acting due to the Parties' disputed claims in the outer continental shelf and the refusal by at least one of them (Bangladesh) to consent to the Commission's actions (MB, paras. 4.28 and 4.29).

48. Bangladesh contends:

if Myanmar's argument were accepted, ITLOS would have to wait for the CLCS to act and the CLCS would have to wait for ITLOS to act. The resulting catch-22 would mean that whenever parties are in dispute in regard to the continental shelf beyond 200 [nautical miles], the Compulsory Procedures Entailing Binding Decisions under Part XV, Section 2 of UNCLOS would have no practical application. In effect, the very object and purpose of the UNCLOS dispute settlement procedures would be negated. Myanmar's position opens a jurisdictional black hole into which all disputes concerning maritime boundaries in the outer continental shelf would forever disappear (RB, para 4.7).

49. Summarizing its position, Bangladesh concludes in the Reply: "In portraying CLCS recommendations as a prerequisite to exercise of jurisdiction by this Tribunal, Myanmar sets forth a circular argument that would make the exercise of ITLOS jurisdiction with respect to the continental shelf beyond 200 [nautical miles] impossible. This is not consistent with Part XV of UNCLOS or with Article 76(10)" (RB, para. 4.91(1)).

50. It must be recalled that the jurisdiction of the Tribunal depends in all instances on the prior consent of the parties and that no sovereign State can be party to a case before an international court unless it has consented thereto. It is this consent to bring a dispute before the Tribunal that determines the Tribunal's jurisdiction over the dispute.

However, the dispute and the applications [in French, *demandes*] should not be confused. Article 21 of the Statute of the Tribunal provides:

The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications [*demandes*] submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal.

51. The ICJ has defined a submission to be the "precise and direct statement of a claim [*demande*]" (*Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports*

1951, p. 116, at p. 126). According to the Court, submissions may not be presented in interrogative form (*Haya de la Torre, Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 71). And the Court considers that it has jurisdiction to interpret them, which allows it, where it deems necessary, to refrain from responding to them (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 19, at p. 28). The Court wrote :

The Italian Government contends that the Court has no jurisdiction to adjudicate upon these Submissions of the United Kingdom. The Court cannot consider itself as lacking jurisdiction to adjudicate upon the validity, withdrawal or cancellation of an application which has been submitted to it: to adjudicate upon such questions with a view to deciding upon the effect to be given to the Application falls within the purview of its judicial task.

52. This means that the Tribunal, in performing its judicial task, may choose the terms under which it will respond to the Parties' submissions. The Tribunal is therefore free to consider and decide the question of delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles separately. Myanmar's jurisdictional objection in respect of the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles is justified by the fact that Myanmar as Respondent accepted the jurisdiction of the Tribunal. Indeed, paragraph 12 of the minutes of the consultations with the President of the Tribunal clearly states:

During the course of the consultations, the delegation of Myanmar informed the President of the intention of Myanmar to file preliminary objections in the case. In respect of this matter, a letter from the Agent of Myanmar dated 25 January 2010 was handed over to the Registrar.

Those preliminary objections concern the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles between the two Parties.

II. DELIMITATION OF THE CONTINENTAL SHELF BEYOND 200 NAUTICAL MILES BETWEEN THE PARTIES

53. This is the only issue still dividing the Parties. Delimitation is determined by agreement or by adjudication by a court or tribunal. The outer limits of the continental shelf are established by the coastal State on the basis of recommendations by the Commission and are “final and binding”. The recommendations of the Commission are submitted in writing to the coastal State which made the submission and to the Secretary-General of the United Nations (Annex II, article 6, paragraph 3, of the Convention).

54. For this reason, article 7 of Annex II provides:

Coastal States shall establish the outer limits of the continental shelf in conformity with the provisions of article 76, paragraph 8, and in accordance with the appropriate national procedures.

55. The thrust of these rules is to establish by implication that any delimitation of the continental shelf, or any delineation of its outer limits beyond 200 nautical miles, effected unilaterally by one State regardless of the views of the other State or States concerned, or established otherwise than under article 76, paragraph 8, is in international law not opposable to those States (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 292, para. 87). “The delimitation of sea areas has always an international aspect; it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law. Although it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it, the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law” (*Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 132).

56. Under the circumstances of the case can the Tribunal delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles between Bangladesh and Myanmar? Specifically, can it do so even before the Parties' claims to the continental shelf have been confirmed on the basis of the recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf referred to in article 76, paragraph 8? Each Party disputes the other's entitlement to continental shelf area beyond 200 nautical miles.

The circumstances:

a) *treaty obligations* (article 76 and Annex II of the Convention)

57. Paragraph 1 of article 76 of the Convention defines the continental shelf and establishes two criteria. The first is the distance criterion for those States whose continental margin does not extend more than 200 nautical miles from the baselines. In this case, the outer limit of the juridical continental shelf merges with the outer limit of the exclusive economic zone. The second criterion is a geomorphological one for those States whose continental margin extends more than 200 miles from the baselines. In this case, the coastal State must show the Commission on the Limits of the Continental Shelf that the natural prolongation of its land mass extends more than 200 nautical miles. For purposes of this determination, there apply (i) two formulae determining the outer edge of the continental margin; and (ii) constraints limiting the expansion of States. The outer limit of the juridical continental shelf can be established by the combined application, in accordance with precise rules, of the lines resulting from the formulae and constraints. Scientific data must be gathered at sea to produce the information needed to apply the formulae.

58. The coastal State establishes the outer limits of the continental shelf on the basis of the recommendations made by the Commission on the Limits of the Continental Shelf (article 76, para. 8, of the Convention and Annex II of the Convention). The Secretary-General of the United Nations gives due publicity to these limits.

59. Article 3, paragraph 1, of Annex II to the Convention describes the Commission's functions as follows:

1. The functions of the Commission shall be :

(a) to consider the data and other material submitted by coastal States concerning the outer limits of the continental shelf in areas where those limits extend beyond 200 nautical miles, and to make recommendations in accordance with article 76 and the Statement of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea;

(b) to provide scientific and technical advice, if requested by the coastal State concerned during the preparation of the data referred to in subparagraph (a).

60. This means that the authority to examine lies with the Commission if the information furnished to it proves that the conditions laid down in article 76 for purposes of establishing the outer limits of the continental shelf are satisfied by the coastal State. Under the terms of the Convention, the power to assess the scientific and technical data submitted by the coastal State is vested exclusively in the Commission.

61. The Tribunal complicated its task by delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles even though the Commission has not pronounced upon the outer limits of each Party's continental shelf.

62. b) *Objection to jurisdiction* raised by the Respondent (Myanmar) concerning the possibility for the Tribunal now to decide on the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, accompanied by an objection to the admissibility of the Application.

63. Myanmar contends that, even on the assumption that the Tribunal decided "that there could be a single maritime boundary beyond 200 nautical miles (*quod non*), the Tribunal would still not have jurisdiction to determine this line because any judicial pronouncement on these is-

sues might prejudice the rights of third parties and also those relating to the international seabed area” (CMM, para. 1.16).

64. Myanmar adds: “As long as the outer limit of the continental shelf has not been established on the basis of the recommendations” of the Commission on the Limits of the Continental Shelf, “the Tribunal, as a court of law, cannot determine the line of delimitation on a hypothetical basis without knowing what the outer limits are” (CMM, para 1.17). It maintains:

A review of a State’s submission and the making of recommendations by the Commission on this submission is a necessary prerequisite for any determination of the outer limits of the continental shelf of a coastal State “on the basis of these recommendations” under article 76 (8) of UNCLOS and the area of continental shelf beyond 200 nautical miles to which a State is potentially entitled; this, in turn, is a necessary precondition to any judicial determination of the division of areas of overlapping sovereign rights to the natural resources of the continental shelf beyond 200 nautical miles. ... To reverse the process, ... to adjudicate with respect to rights the extent of which is unknown, would not only put this Tribunal at odds with other treaty bodies, but with the entire structure of the Convention and the system of international ocean governance (RM, para. A.17).

65. c) *Suspension by the Commission on the Limits of the Continental Shelf of consideration of Myanmar’s and Bangladesh’s submissions* (SPLOS/31, para. 44; Annex II, article 5, of the Convention). “In cases where a land or maritime dispute exists, the Commission shall not consider and qualify a submission made by any of the States concerned in the dispute. However, the Commission may consider one or more submissions in the areas under dispute with prior consent given by all States that are parties to such a dispute” (Annex I, para. 5(a), of the Rules of Procedure of the Commission). In accordance with this, the Commission stated on the subject of the submission made by Myanmar pursuant to article 76 on 16 December 2008 :

noting that there had been no developments to indicate that consent

existed on the part of all States concerned allowing the consideration of the submission notwithstanding the existence of a dispute in the region, the Commission decided to further defer the establishment of a subcommission for the consideration of the submission made by Myanmar. It was also decided that, since the submission remained next in line for consideration as queued in the order in which it was received, the Commission would revisit the situation at the time of establishment of its next subcommission.

The Commission reiterated this decision at its twenty-seventh session (7 March – 21 April 2011).

66. d) *The question of entitlements*: the delimitation requires knowledge of the two Parties' entitlements in the area concerned. Thus, the first question which the Tribunal should have addressed in the present case is whether the Parties hold concurrent entitlements to the continental shelf beyond 200 nautical miles. If not, the Tribunal would be dealing with a hypothetical question with no real point.

67. The Parties have asserted overlapping claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Part of this area is also claimed by India. Each Party denies the other's entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Further, Myanmar contends that the Tribunal cannot address the question of either Bangladesh's or Myanmar's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles, as this issue lies solely within the competence of the Commission, not the Tribunal (RM, para. A.5).

68. Considering the positions of the Parties as described above, the Tribunal will first address the main point in dispute, namely whether or not they have any entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. In this regard, the Tribunal will first examine the Parties' positions in regard to their respective entitlements; it will analyze the meaning of "natural prolongation" and its interrelation with that of continental margin. The Tribunal will then ascertain whether it has jurisdic-

tion in the present case to determine the entitlements of the Parties to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Finally, the Tribunal will determine whether there is overlap between any entitlements the Parties may have to the continental shelf beyond 200 nautical miles. On the basis of these determinations, the Tribunal will take a decision on the delimitation of the continental shelf of the Parties beyond 200 nautical miles (para. 401 of the Judgment).

69. While both Parties make claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles, each disputes the other's claim. Thus, according to them, there are no overlapping claims over the continental shelf beyond 200 nautical miles. It follows either that the question of delimitation does not arise or that the delimitation between the Parties must be effected so as to leave the entire continental shelf area beyond 200 nautical miles to one Party alone.

70. Bangladesh submits that pursuant to article 76 of the Convention, it has an entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. It further submits that Myanmar enjoys no such entitlement because its land territory has no natural prolongation into the Bay of Bengal beyond 200 nautical miles. Therefore, according to Bangladesh, there is no overlapping continental shelf beyond 200 nautical miles between the Parties, and it alone is entitled to the continental shelf claimed by both of them. Bangladesh thus submits that any boundary in this area must lie no further seaward from Myanmar's coast than the 200 nautical mile "juridical shelf" provided for in article 76 (MB, para. 7.37).

71. In respect of its own entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles, Bangladesh asserts that "the outer continental shelf claimed by Bangladesh is the natural prolongation of Bangladesh's land territory by virtue of the uninterrupted seabed geology and geomorphology, including specifically the extensive sedimentary rock deposited by the Ganges-Brahmaputra river system" (MB, para. 7.43). To prove this, Bangladesh provided the Tribunal with scientific evidence to show that there is a geological and geomorphological continuity between the Ban-

gladesh land mass and the Bay of Bengal. In addition, Bangladesh submits that its entitlement to the outer continental shelf, the limits of which have been established by the so-called Gardiner formula based on sediment thickness, extends well beyond 200 nautical miles.

72. In respect of Myanmar's entitlement, Bangladesh claims that Myanmar is not entitled to a continental shelf beyond 200 nautical miles because it cannot meet the physical test of natural prolongation in article 76, paragraph 1, which requires evidence of a geological character connecting the seabed and subsoil directly to the land territory. According to Bangladesh, there is overwhelming and unchallenged evidence of a "fundamental discontinuity" between the landmass of Myanmar and the seabed beyond 200 nautical miles (RB, para. 4.62). Bangladesh contends that the tectonic plate boundary between the Indian and Burma Plates is manifestly "a marked disruption or discontinuance of the seabed" that serves as "an indisputable indication of the limits of two separate continental shelves, or two separate natural prolongations" (RB, para. 4.62).

73. In its note verbale of 23 July 2009 to the Secretary-General of the United Nations, Bangladesh stated that the areas claimed by Myanmar in its submission to the Commission as part of its putative continental shelf were in fact the natural prolongation of Bangladesh and hence Myanmar's claim was disputed by Bangladesh (MB, vol. III, Annex 21). In its submission of 25 February 2011 to the Commission, Bangladesh reiterated this position, stating that it "disputes the claim by Myanmar to areas of outer continental shelf" because those claimed areas "form part of the natural prolongation of Bangladesh" (Executive Summary, appearing in RB, vol. III, Annex R3, para. 5.9).

74. In summing up, Bangladesh states in its Memorial:

.That by reason of the significant geological discontinuity which divides the Burma plate from the Indian plate, Myanmar is not entitled to a continental shelf in any of the areas beyond 200 [nautical miles].

.That Bangladesh is entitled to claim sovereign rights over all of the

bilateral shelf area beyond 200 [nautical miles] claimed by Bangladesh and Myanmar ...

.That, vis-à-vis Myanmar only, Bangladesh is entitled to claim sovereign rights over the trilateral shelf area claimed by Bangladesh, Myanmar and India ... (MB, paragraph 7.43).

75. Myanmar rejects Bangladesh's contention that Myanmar has no entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles. While Myanmar does not contradict Bangladesh's evidence from a scientific point of view, it emphasizes that the existence of a geological discontinuity in front of the coast of Myanmar is simply irrelevant to the case. According to Myanmar, the entitlement of a coastal State to a continental shelf beyond 200 nautical miles is not dependent on any "test of natural geological prolongation". What determines such entitlement is the physical extent of the continental margin, that is to say its outer edge, to be identified in accordance with article 76, paragraph 4, of the Convention (ITLOS/PV.11/11, p. 20, line 28).

76. Myanmar asserts that it identified the outer edge of its continental margin by reference to the Gardiner formula, which is embodied in article 76, paragraph 4(a)(i). The Gardiner line thus identified is well beyond 200 nautical miles, and, consequently, so is the outer edge of Myanmar's continental margin. Therefore Myanmar is entitled to a continental shelf beyond 200 nautical miles in the present case. It has accordingly submitted the particulars of the outer limits of its continental shelf to the Commission pursuant to article 76, paragraph 8, of the Convention (CMM, para. A.2).

77. In a note verbale dated 31 March 2011 to the Secretary-General of the United Nations, Myanmar stated: "Bangladesh has no continental shelf extending beyond 200 [nautical miles] measured from base lines established in accordance with the international law of the sea" and "Bangladesh's right over a continental shelf does not extend either to the limit of 200 [nautical miles] measured from lawfully established base lines, or, *a fortiori*, beyond this limit" (RM, Appendix, p. 198).

78. Myanmar argues that Bangladesh has no continental shelf beyond 200

nautical miles because the delimitation of the continental shelf between Bangladesh and Myanmar stops well before reaching the 200-nautical-mile limit measured from the baselines of both States (CMM, para. 5.160). In these circumstances, the question of the delimitation of the continental shelf beyond this limit is moot and does not need to be considered further by the Tribunal (CMM, para. 5.160, p. 165).

79. Determining the entitlements of the two States to the continental shelf beyond 200 nautical miles and their respective extent is a prerequisite for any delimitation.

80. This consists of “draw[ing] the exact line or lines where the extension in space of the sovereign powers and rights of [one State concerned] meets those of [the other]” (*Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, at p. 35, para. 85). The intimate link between States’ entitlement to a maritime area and the delimitation of a maritime area between neighbouring States is “self-evident” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 30, para. 27). It is apparent that “le titre commande la délimitation, la délimitation est fille du titre” (“entitlement determines delimitation, delimitation issues from entitlement” [translation by the Registry]) (P. Weil, “*Vers une conception territorialiste de la délimitation maritime*”, *Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix de la justice et du développement*, Paris, Pedone 1991, pp. 501-511, spec. p. 511).

81. On the subject of determining the Parties’ entitlements, the Tribunal explains (para. 439 of the Judgment) that not every coast generates entitlement to a continental shelf extending beyond 200 nautical miles. The Commission in some instances has based its recommendations on its view that an entire area or part of an area included in a coastal State’s submission comprises part of the deep ocean floor. Myanmar does not deny that the continental shelf of Bangladesh, if not affected by the delimitation within 200 nautical miles, would extend beyond that distance. Bangladesh does not deny that there is a continental margin off Myanmar’s coast but argues from its interpretation of article 76 of the Conven-

tion that this margin has no natural prolongation beyond 50 nautical miles off that coast. The Tribunal says that the problem lies in the Parties' disagreement as to what constitutes the continental margin (para. 442 of the Judgment). It notes that the Bay of Bengal presents a unique situation and that its sea floor is covered by a thick layer of sediments 14 to 22 kilometres deep. The Tribunal states that, given the presence of these sedimentary rocks, both Parties included in their submissions to the Commission data indicating that their entitlement to the continental margin extending beyond 200 nautical miles was based to a great extent on article 76, paragraph 4(a)(i), of the Convention (para. 445 of the Judgment).

82. The entitlement to be ascertained cannot but be tied to the definition itself of the continental shelf. An exercise in maritime delimitation consists of applying the natural sciences to ascertain the extent of the natural prolongation under the sea of each of the two States and of making a finding on – not awarding – the extent of the submarine basement nature has placed before each of the two States.

83. In past decades it was the concept of natural prolongation of a State's land territory that made it possible to determine how far seaward the State's rights to the seabed extended. Today, it is the criterion of distance that performs this function for the continental shelf, the exclusive economic zone and the territorial sea. Let us recall that every coastal State has the right to a continental shelf, which is the natural prolongation of its territory. This right can be limited in five different ways: (1) to 200 nautical miles where the outer edge of the continental margin lies within that distance; (2) by the outer edge of the continental margin; (3) to a distance of 350 nautical miles where the outer edge of the continental margin lies at a greater distance than that; (4) by the rights and entitlements of third States; and (5) by the rights and entitlements of the international community represented by the International Seabed Authority. It would have been good to have specific data on the continental shelf of Bangladesh and of Myanmar beyond 200 nautical miles. The distance criterion is linked to the law relating to a State's legal entitle-

ment to the continental shelf. As the International Court of Justice has said (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 46, para. 61), the law applicable to the dispute, that is, to claims relating to continental shelves located less than 200 miles from the coasts of the States in question, is based not on geological or geomorphological criteria, but on a criterion of distance from the coast or, to use the traditional term, on the principle of adjacency as measured by distance. The problem here lies in the fact that this criterion does not apply to the continental shelf beyond 200 miles. The consequences of the development of continental shelf law can be seen with regard to both verification of entitlement and delimitation as between rival claims. On the basis of the law now applicable, namely the distance criterion, has it been proved that Bangladesh and Myanmar hold valid entitlements to the seabed areas they claim? What is the impact of considerations of distance on the delimiting itself, which must both fix limits on the States' maritime projections seaward and delimit these various areas between the two States? It has to be kept in mind in making this assessment that the delimitation must achieve an equitable result by applying equitable principles to the relevant circumstances. The adjudicator must decide "on the basis of law" (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at p. 278, para. 59). To this end, the International Court of Justice has established the status of equitable principles. It explains that the judicial decisions are at one in holding that the delimitation of a continental shelf boundary must be effected by the application of equitable principles in all the relevant circumstances in order to achieve an equitable result. This approach "is not entirely satisfactory because it employs the term equitable to characterize both the result to be achieved and the means to be applied to reach this result" (*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1982*, p. 18, at p. 59, para. 70). It is however the goal – the equitable result – and not the means used to achieve it, that must be the primary element in this duality of characterization. "Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it" (*ibid.*, p. 60, para. 71). A distinction

must however be made between applying equitable principles and giving a decision *ex aequo et bono*, because “it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles, in accordance with the ideas which have always underlain the development of the legal régime of the continental shelf in this field” (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 47, para. 85).

84. Thus the justice of which equity is an emanation is not abstract justice but justice according to the rule of law, which is to say that its application should display consistency and a degree of predictability. Even though it looks with particularity to the peculiar circumstances of an instant case, it also looks beyond it to principles of more general application (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 39, para. 45). Equitable principles therefore take on a normative character.

85. The great weakness in the present Judgment is that it does not succeed in determining Bangladesh’s and Myanmar’s precise entitlements to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Nor does it succeed in establishing the extent of those entitlements. On the issue of its jurisdiction to decide the Parties’ entitlements, the Tribunal points out the need to make a distinction between the notion of entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles and that of the outer limits of the continental shelf. It notes that “article 83 of the Convention addresses the delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts without any limitation as to area. It contains no reference to the limits set forth in article 76, paragraph 1, of the Convention. Article 83 applies equally to the delimitation of the continental shelf both within and beyond 200 nm”. The Tribunal explains that a coastal State’s entitlement to the continental shelf exists by the sole fact that the basis for it is present; it does not require the establishment of outer limits. Article 77 of the Convention is cited in this connection (paragraph 361 of the Judgment).

86. This illustrates a fundamental difference to be observed between

land delimitation – which upholds vestiges of the colonial era – and maritime delimitation. Unlike the former, the latter does not involve identifying the better title, hence the legally dispositive one; it involves resolving the difficulties created by the coexistence of two entitlements of equal legal value. “*Tandis que la délimitation terrestre a pour objectif de suum cuique tribuere, la délimitation maritime est condamnée à amputer le titre de chacun. L’une est faite de reconnaissance, de consécration; l’autre de réduction, de sacrifice, d’amputation. On s’explique ainsi le rôle différent que joue l’effectivité dans les délimitations terrestres et les délimitations maritimes. L’occupation, l’exercice effectif des souverainetés étatiques, les actes de souveraineté : autant d’éléments qui contribueront à établir le titre le meilleur, donc le seul juridiquement à retenir, dans les problèmes de délimitation terrestre, mais qui sont sans pertinence dans la délimitation maritime.*” [“While *suum cuique tribuere* is the objective in land delimitation, maritime delimitation is destined to cut back the entitlement of each. One involves recognition, enshrinement; the other reduction, sacrifice, cutting back. This explains the difference in the role played by *effectivité* in land and maritime delimitations. Occupation, effective exercise of State sovereignty, acts of sovereignty: all elements which help to establish the better, hence legally prevailing, title in land delimitation cases but which have no relevance in maritime delimitation” (Translation by the Registry). (P. Weil, “*Délimitation maritime et délimitation terrestre*”, *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 1021-1026, spec. p. 1024).

87. Unable to determine the Parties’ exact entitlements to the continental shelf beyond 200 nautical miles, or to establish their extent so as to ascertain whether those entitlements are concurrent, overlapping or intertwined, the Tribunal takes another tack. It states: “The scientific data and analyses presented in this case, which have not been contested, do not establish that Myanmar’s continental shelf is limited to 200 nm under article 76 of the Convention, and instead indicate the opposite” (para. 448 of the Judgment); and “[t]he Tribunal accordingly concludes that both Bangladesh and Myanmar have entitlements to a continental

shelf extending beyond 200 nm. The submissions of Bangladesh and Myanmar to the Commission clearly indicate that their entitlements overlap in the area in dispute in this case” (para. 449 of the Judgment). In respect of the Area, the Tribunal adds its observation that, as is evident from the Parties’ submissions to the Commission, the continental shelf beyond 200 nautical miles that is the subject of delimitation here is situated far from the Area (para. 368 of the Judgment). It is indeed true that the Commission has neither confirmed nor invalidated the scientific information in the submissions made to it, since it has suspended its consideration of them on account of the dispute that is the object of the present case (on the subject of the decision to defer consideration of the respective submissions of Myanmar and Bangladesh, see the Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission, CLCS/64, 1 October 2009, p. 10, para. 40, and the Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission, CLCS/72, 16 September 2011, p. 7, para. 22). The Parties dispute each other’s claims to the continental shelf. While each makes a claim to continental shelf area beyond 200 nautical miles, each challenges the other’s claim. Accordingly, there are no overlapping claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles. Instead, each claim is exclusive of the other. From the Parties’ point of view, the question of delimitation does not arise and it may be that the delimitation should be effected so as to leave the entire continental shelf area beyond 200 miles to one Party or the other. As a result, we are reduced to conjecture. And, by drawing the line it envisages, is the Tribunal not prejudicing the rights of the international community? Beyond doubt, the right process was to have recourse first to the Commission.

88. It must be kept in mind that judges find entitlements; under no circumstances may they grant them. Owing to the nature of the judicial function and the nature of entitlements, it is all the more imperative that courts rely on existing law, however uncertain may be the principles or rules deriving from the requirement of an equitable solution. The Tribunal pretends to base its decision on principles of law, but, for lack of

sufficiently precise substantive rules founded on general international law, it is reduced to ruling by the exercise of discretion.

89. This approach rebounds on the Tribunal's chosen method of delimitation – equidistance/relevant circumstances – insofar as the elements of the delimitation exercise become inoperative, that is to say inapplicable, for three reasons:

90. First, it is by juxtaposing titles which are concurrent, overlapping or intertwined throughout their full extent that an idea of the relevant area can be derived, and this in turn makes it possible to ensure that there is no disproportion. This process plays an important role in the delimitation operation by assessing the relationship between the length of the coasts of the States concerned and the extent of maritime area accruing to them. This means that it is difficult to produce from rough guesses the explicit result expected of delimitation, which must achieve an equitable result. Indeed, it has by now become unclear whether this is a dispute concerning attribution of one territory or a dispute concerning delimitation of two territories, since the relevant area is nonexistent because indeterminate.

91. “In the view of the Tribunal, the delimitation method to be employed in the present case for the continental shelf beyond 200 nautical miles should not differ from that within 200 nm. Accordingly, the equidistance/relevant circumstances method continues to apply for the delimitation of the continental shelf beyond 200 nm. This method is rooted in the recognition that sovereignty over the land territory is the basis for the sovereign rights and jurisdiction of the coastal State with respect to both the exclusive economic zone and the continental shelf. This should be distinguished from the question of the object and extent of those rights, be it the nature of the areas to which those rights apply or the maximum seaward limits specified in articles 57 and 76 of the Convention. The Tribunal notes in this respect that this method can, and does in this case, permit resolution also beyond 200 nm of the problem of the cut-off effect that can be created by an equidistance line where the coast of one party is markedly concave” (para. 455 of the Judgment).

92. This method involves three well-defined stages. The first consists of plotting the provisional equidistance line. At this stage, the judge pays no heed to any relevant circumstances and the line is drawn in accordance with strictly geometric criteria on the basis of objective data. The course of the final line must produce an equitable solution (articles 74 and 83 of the Convention). This is why in the second stage the judge considers whether there are any factors calling for an adjustment or displacement of the provisional equidistance line to achieve an equitable result. Finally, in the third stage the judge must verify that the line does not lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime areas of the two States by reference to the delimitation line.

93. Next, under these conditions identifying the relevant circumstances becomes a tricky exercise characterized by uncertainty in respect of the continental shelf beyond 200 nautical miles. The role of proportionality, the conduct of the Parties, socio-economic elements, the general geographical setting, and the geology and geomorphology could furnish factual information for the adjudicator to take into consideration in drawing an equitable line. The approach changed somewhat and an attempt was made to re-establish order by assessing the weight to be accorded to relevant circumstances in any particular delimitation. According to the International Court of Justice: "In fact, there is no legal limit to the considerations which States may take account of for the purpose of making sure that they apply equitable procedures, and more often than not it is the balancing-up of all such considerations that will produce this result rather than reliance on one to the exclusion of all others. The problem of the relative weight to be accorded to different considerations naturally varies with the circumstances of the case" (*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, at p. 50, para. 93). But it is not so where a judicial or arbitral body applies equitable procedures. For such a body, although there is assuredly no exhaustive list of considerations, it is evident that only "those that are pertinent to the institution

of the continental shelf as it has developed within the law, and to the application of equitable principles to its delimitation, will qualify for inclusion. Otherwise, the legal concept of continental shelf could itself be fundamentally changed by the introduction of considerations strange to its nature” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13, at p. 40, para. 48). In the case at hand can a convincing link be established between the relevant circumstances cited by just one Party and the adversarial continental shelf claims asserted by Bangladesh and Myanmar? Specifically, does the equidistance line duly take account of the relevant circumstances, i.e., the cut-off effect it produces, the concavity of the Bangladesh coast and the Bengal depositional system? Do these factors call for an adjustment or shifting of the equidistance line beyond 200 nautical miles in order to arrive at an equitable result? Did the Tribunal ensure that the decided delimitation line did not lead to an inequitable result by reason of a marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio of the relevant maritime areas? What are the relevant maritime areas attributed by the delimitation line to Bangladesh and Myanmar beyond 200 nautical miles?

94. Bangladesh contends that the relevant circumstances in the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles include the geology and geomorphology of the seabed and subsoil, because entitlement beyond 200 nautical miles depends entirely on natural prolongation while within 200 nautical miles it is based on distance from the coast (ITLOS/PV.11/6, p. 24, line 34). According to Bangladesh, its entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles “rests firmly” on the geological and geomorphological continuity between its land territory and the entire seabed of the Bay of Bengal. Bangladesh states that Myanmar “at best enjoys only geomorphological continuity between its own landmass and the outer continental shelf” (ITLOS/PV.11/6, p. 26, lines 2-3). In Bangladesh’s view, therefore, “an equitable delimitation consistent with article 83 must necessarily take full account of the fact that Bangladesh has the most natural prolongation into the Bay of Bengal, and that Myanmar has little or no natural prolongation beyond 200”

nautical miles (ITLOS/PV.11/6, p. 26, lines 16-19).

95. Another relevant circumstance cited by Bangladesh is “the continuing effect of Bangladesh’s concave coast and the cut-off effect generated by Myanmar’s equidistance line, or by any other version of an equidistance line”. According to Bangladesh, “[t]he farther an equidistance or even a modified equidistance line extends from a concave coast, the more it cuts across that coast, continually narrowing the wedge of sea in front of it” (ITLOS/PV.11/6, p. 26, lines 35-37).

96. Given its position that Bangladesh’s continental shelf does not extend beyond 200 nautical miles, Myanmar did not present arguments regarding the existence of relevant circumstances relating to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. In this connection the Tribunal observes that Myanmar stated that there are no relevant circumstances requiring a deflection of the provisional equidistance line in the context of the delimitation of the continental shelf within 200 nautical miles.

97. Finally, a question may be raised on the nature of the line dividing the continental shelf beyond 200 nautical miles. The Tribunal has decided that the maritime boundary more than 200 nautical miles from Bangladesh continues along the geodetic line starting from point 11 at an azimuth of 215° as identified in operative paragraph 5, until it reaches the area where the rights of third States may be affected (para. 6 of the operative part of the Judgment). The Tribunal has decided that, in view of the geographic circumstances in the present case (concavity and cut-off effect, St Martin’s Island), the delimitation line must be deflected at the point where it begins to cut off the seaward projection of the Bangladesh coast and that the direction of the adjustment is to be determined in the light of this circumstance. In this regard, we must confess to great surprise at paragraphs 235, 236 and 237 of the Judgment, since the Tribunal has opted to follow the equidistance/relevant circumstances method. It is only when the equidistance method leads to an inequitable and unreasonable result that recourse to other methods is justified. Thus,

it is an inherent contradiction, a logical paradox, to change approach.

98. If this delimitation operation is justifiable for the continental shelf within 200 nautical miles and the exclusive economic zone, it is wholly inappropriate for the continental shelf beyond 200 nautical miles because the Parties' entitlements remain *undefined* : unless there are overlapping, equal entitlements to a given area, there is hardly any call for maritime delimitation. Good sense required terminating the delimitation line at the 200-nautical-mile limit, not beyond.

99. Under the circumstances of the present case, the Tribunal should have sought a preliminary ruling in order to settle this last part of the dispute. It should have made an Order of referral to that end. There has been no recourse to the referral-for-preliminary-ruling mechanism in international law. It is a concept of European Union law applicable in the courts of the European Union Member States.

100. The preliminary-ruling procedure affords national courts the possibility of seeking the views of the Court of Justice of the European Union on the interpretation or validity of Community law in the context of litigation before them. The procedure aims at ensuring legal certainty through the uniform application of Community law throughout the European Union. The procedure is now provided for in articles 256 and 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

101. The Tribunal alone can do this. It is necessary to recall here the different views expressed by international courts and tribunals on the subject of delimitation beyond 200 nautical miles. In the *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them*, the Arbitral Tribunal said:

As will become apparent, however, the single maritime boundary which the Tribunal has determined is such that, as between Barbados and Trinidad and Tobago, there is no single maritime boundary beyond 200 nm. The problems posed by the relationship in that maritime area

of CS and EEZ rights are accordingly problems with which the Tribunal has no need to deal. The Tribunal therefore takes no position on the substance of the problem posed by the argument advanced by Trinidad and Tobago. (*Decision of 11 April 2006, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII*, p. 147, at p. 242, para. 368).

102. In the case concerning *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea*, the International Court of Justice said:

The Court may accordingly, without specifying a precise endpoint, delimit the maritime boundary and state that it extends beyond the 82nd meridian without affecting third-State rights. It should also be noted in this regard that in no case may the line be interpreted as extending more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured; any claim of continental shelf rights beyond 200 miles must be in accordance with Article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder (*Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 659, at p. 759, para. 319).

103. Further, the arbitral award in the case concerning *Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre and Miquelon)* reads:

It is not possible for a tribunal to reach a decision by assuming hypothetically the eventuality that such rights will in fact exist (*Decision of 10 June 1992, International Legal Materials, vol. 31 (1992)*, p. 1145, at p. 1172, para. 81 (English translation); see also *Reports of International Arbitral Awards, vol. XXI*, p. 265, at p. 293, para. 81 (French version)).

International courts and tribunals in these various cases have endeavoured to apply positive law without seeking to create precedent.

104. The International Tribunal for the Law of the Sea, the Commission on the Limits of the Continental Shelf, the International Seabed

Authority and the Meeting of States Parties to the Convention are organs set up by the Convention. And each must assume a given role assigned to it under the Convention, that of guardian and authoritative interpreter being for the Tribunal.

105. This creates a limitation – an important one for the Tribunal – on the exercise of its jurisdiction, for not only does the Convention specifically assign to the Commission the task of :

consider[ing] the data and other material submitted by coastal States concerning the outer limits of the continental shelf in areas where those limits extend beyond 200 nautical miles, and ... mak[ing] recommendations in accordance with article 76 and the Statement of Understanding adopted on 29 August 1980 by the Third United Nations Conference on the Law of the Sea,

but also the Commission must:

provide scientific and technical advice, if requested by the coastal State concerned during the preparation of the data referred to in subparagraph (a) (article 3(1)(a) and (b) of Annex II of the Convention).

106. In this regard the Commission enjoys the exclusive, discretionary authority to carry out the tasks entrusted to it and the Tribunal must take account of this in the exercise of its jurisdiction in the present case.

107. For this reason, the Tribunal should have referred the matter to the Commission at this stage in the proceedings, without there being any need for one of the Parties to request it to do so, since the Tribunal should have considered itself unable to dispense justice in the circumstances of the case. It is for the Tribunal to judge whether to make the referral.

108. If the dispute could be settled solely on the basis of international law, if the question were substantively identical to one already resolved by the international jurisprudence, or if applying the delimitation

rules and principles could lead to an equitable result and be in accordance with article 76 of the Convention, a referral would have been pointless. However, in the three cases in which the question has arisen – *Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (St Pierre and Miquelon)* (Decision of 10 June 1992, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXI, paras. 78 and 79 (in French), see also *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), paras. 78 and 79 (in English)); *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them* (Decision of 11 April 2006, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXVII, para. 213); and *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)* (Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 319) – the judicial and arbitral bodies exercised caution and confined themselves to recalling the law in force.

109. There was a real need to request a preliminary ruling by the Commission so that the validity of the entitlements claimed by the Parties to the dispute before the Tribunal could be assessed. This would have enabled us to dispense justice to Bangladesh and Myanmar and to settle this dispute once and for all. This would also have paved the way for other international fora (International Court of Justice and arbitral tribunals) to deal with this difficult issue: this was the judicious course.

110. For this purpose, the Tribunal should have immediately notified the President of the Meeting of States Parties and the Chairman of the Commission with a view to lifting the suspension, dating from 11 May 2011, of consideration of Myanmar's submission. It should be kept in mind that Myanmar is first in the queue and the examination of its submission would have sufficed for the Tribunal in the exercise of its jurisdiction because the data and information furnished by Bangladesh are uncontested.

111. The Tribunal should have empowered the President and the two judges ad hoc to act so as to ensure equality of the Parties in the process. A memorandum of understanding with the Commission and a specific timetable could then have been agreed to. The Order of referral and the

memorandum of understanding could have been annexed to the Judgment delivered by the Tribunal on 14 March 2012.

112. The Commission could have been requested to make its recommendations within one year: this would have initiated the second phase of this case. As the Tribunal is at liberty in the performance of its judicial role to define the manner in which it chooses to respond to the parties' submissions, it was perfectly free to consider and decide the question of the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles separately.

113. Disputes of this kind may well proliferate in a world in which territorial concerns play a leading role. This was an opportune occasion to establish a procedural precedent that could prove very useful to international courts and tribunals called upon to exercise jurisdiction in these areas.

114. The system put in place under the Convention corresponds to the notion that some subject matters call for a lighter procedure, one with recourse to experts not lawyers and one in which factual determinations undoubtedly play a more important role than "legal" considerations in the strict sense; this is because scientific questions are answered by science, not law.

115. Thus, Annex II of the Convention establishes the Commission on the Limits of the Continental Shelf, which is tasked with making recommendations to coastal States on matters related to establishing the outer limits of their continental shelf when it extends more than 200 nautical miles from the baselines.

116. By laying down precise criteria for the determination of the limits of the continental shelf, article 76 dispels the uncertainties having arisen under the 1958 Convention, which, among other things, based the definition of the continental shelf on exploitability, thereby paving the way to runaway extensions.

117. Application of the scientific criteria set out in article 76 could

not be left solely to the discretion of the coastal State, which remains empowered to determine the course of its boundaries since it establishes the outer edge of the continental margin and delineates the outer limits of its continental shelf (paras. 4 and 7 of article 76).

118. The Commission was established to provide an independent, objective analysis of the elements of a State's claim in respect of the outer limits of its continental shelf. The Commission has to contribute to determining the definitive course of the outer limits of the continental shelf. It must also act as ethical safeguard by preventing overblown claims.

119. Maritime delimitation is founded on the notion that the coastal projections of two neighbouring States, each measuring a certain distance from the coast, overlap or are superimposed. Where there are not equal, concurrent entitlements to a given area, there is no call for maritime delimitation. The problem in the present case is that the claimed entitlements are founded more on presumptions than proof, hence the need for recourse to the Commission.

120. The Tribunal is the guardian and authoritative interpreter of the Convention and is duty-bound to be painstaking in protecting and preserving it.

(Signed)
Tafsir M. Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 2013

28 May 2013
List of cases:No. 18

THE M/V “LOUISA” CASE
(SAINT VINCENT AND THE GRENADINES v. KINGDOM OF
SPAIN)

JUDGMENT

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

1. I have voted in favour of the Judgment as I am in agreement with the grounds set out by the Tribunal in respect of the main questions. Specifically, I concur with the arguments articulated in paragraphs 99, 141, 142 and 151, which read as follows:

To enable the Tribunal to exercise its jurisdiction, Saint Vincent and the Grenadines must establish a link between the facts advanced and the provisions referred to by it and show that such provisions can sustain the claim or claims submitted by it. (Paragraph 99)

The Tribunal observes that both the Application and the Memorial submitted by Saint Vincent and the Grenadines focus on alleged violations by Spain of articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention and reparations arising therefrom. These two documents do not refer to article 300, even in passing. After the closure of the written proceedings, Saint Vincent and the Grenadines presented its claim as one substantively based on article 300 and the alleged violations of human rights by Spain. (Paragraph 141)

The Tribunal considers that this reliance on article 300 of the Convention generated a new claim in comparison to the claims presented in the Application; it is not included substantively in the original claim, either directly or indirectly. The Tribunal further observes that for any new claim to be admitted it is a legal requirement that it must arise directly out of the application or be implicit in it (*see Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240, at p. 266, para. 67). (Paragraph 142)

For the foregoing reasons, the Tribunal concludes that no dispute concerning the interpretation or application of the Convention existed between the Parties at the time of the filing of the Application and that,

therefore, it has no jurisdiction *ratione materiae* to entertain the present case. (Paragraph 151)

2. On the basis of the arguments set out above, the Tribunal explains that:

In view of this finding, the Tribunal is not required to deal with the contention of Spain that Saint Vincent and the Grenadines has failed to satisfy the obligation under article 283 of the Convention to exchange views and that this has precluded its access to the Tribunal. (Paragraph 152)

3. I consider the decision that the Tribunal does not have jurisdiction to deal with the merits of the M/V “*Louisa*” Case to be well founded, but on a number of grounds which go beyond those set out in the Tribunal’s Judgment. In my view, the Judgment could have dealt much more simply with the question of the jurisdiction of the Tribunal (I) and the question of the admissibility of the Application (II). In accordance with article 8, paragraph 6, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, this separate opinion concentrates on these two points of difference with the Judgment.

I. JURISDICTION OF THE TRIBUNAL

4. The Tribunal’s “jurisdiction” in the substantive sense, that is the authority to exercise powers inherent in the role of judging, stems both from its Statute, as defined by the United Nations Convention on the Law of the Sea establishing it, and from the declarations by Saint Vincent and the Grenadines and by Spain recognising that jurisdiction in the present case. In judicial settlement, the two legal bases are distinct. Overall jurisdiction therefore stems from both the Statute and the consent of each Party. The consent of each Party permits the Tribunal to entertain the specific dispute between them. On the other hand, the powers that constitute “jurisdiction” in general stem from the Statute.

5. The Tribunal may deal with the merits of a case only if the conditions laid down by the parties and by its Statute are satisfied in the case at issue. The conditions laid down by the parties relate to the jurisdiction of the Tribunal while the conditions laid down in its Statute relate to the admissibility of the action. It is therefore for the parties and for the Tribunal to raise objections to the exercise of judicial power if any of those conditions is not satisfied.

6. The present case was brought before the Tribunal unilaterally by Saint Vincent and the Grenadines, the Applicant, availing itself of a compulsory jurisdiction mechanism. Spain, the Respondent, seeks to escape it, contesting the jurisdiction of the Tribunal and the admissibility of the Application.

7. Attention should be drawn, first of all, to a question which is difficult to address in so far as it may come under both jurisdiction and admissibility. Saint Vincent and the Grenadines included in its declaration accepting the jurisdiction of the Tribunal a condition – the only condition – excluding a certain type of dispute, limiting the Tribunal’s jurisdiction to “disputes concerning the arrest or detention of its vessels” (declaration of 22 November 2010). A procedural objection concerning a dispute which does not fall within this category is an objection of lack of jurisdiction: the Tribunal may not entertain a case falling outside the jurisdiction defined by the two Parties.

8. On the other hand, even in the absence of such an objection, the Tribunal must declare inadmissible an action concerning a dispute falling outside its jurisdiction, namely “the arrest or detention of vessels”, so that the conditions which the Parties laid down with a view to allowing it to settle their dispute are satisfied.

9. It should be noted that the only provisions of part XV, section 2, of the Convention relating to the scope of jurisdiction defined by the declaration of Saint Vincent and the Grenadines are the provisions of article 292, while Spain chooses the Tribunal as the means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of the Conven-

tion.

10. Pursuant to the procedural principle of reciprocity, the Tribunal has jurisdiction only in the areas of law which both declarations concern. In this case, its jurisdiction is limited to disputes concerning the arrest or detention of vessels under the Convention. Jurisdiction would thus be significantly narrowed. It would be based solely on articles 73 and 226 of the Convention, since prompt release proceedings are ruled out.

11. As the International Court of Justice has observed:

In fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States accepting the same obligation of compulsory jurisdiction, in which the conditions, reservations and time-limit clauses are taken into consideration. In the establishment of this network of engagements, which constitutes the Optional-Clause system, the principle of good faith plays an important role; the Court has emphasized the need in international relations for respect for good faith and confidence in particularly unambiguous terms, also in the Nuclear Tests cases:

One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international cooperation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected. (*Ibid.*, p. 268, para. 46; p. 473, para. 49.)

(I.C.J. Reports 1984, para. 60)

12. The Tribunal had to examine with particular care the question

of its jurisdiction, which is fundamental to the present case because the Parties disagree completely on this point. Saint Vincent and the Grenadines argues that the Tribunal has jurisdiction to consider the case on the merits (Memorial, para. 53). Spain contends that the Tribunal lacks jurisdiction to examine the merits of the case (Counter-Memorial, para. 50).

13. The International Court of Justice has also stated:

Whereas the Court, under its Statute, does not automatically have jurisdiction over legal disputes between States parties to that Statute or between other States entitled to appear before the Court; whereas the Court has repeatedly stated that one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction; and whereas the Court therefore has jurisdiction only between States parties to a dispute who have accepted the jurisdiction of the Court, either in general form or for the individual dispute concerned.

(Georgia v. Russian Federation (Request for the Indication of Provisional Measures), Order of 15 October 2008, para. 84)

14. It is good that the Tribunal in its previous case-law has taken precautions in respect of the examination of its jurisdiction according to the nature of the proceedings brought before it.

15. It has held that:

before prescribing provisional measures the Tribunal need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case and yet it may not prescribe such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear *prima facie* to afford a basis on which the jurisdiction of the Tribunal might be founded.

(M/V "SAIGA" Case (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Provisional Measures, Order of 11 March 1998, ITLOS Reports 1998, p. 24, para. 29)

16. In the provisional measures phase of the present case, the Tribunal also stated that its Order of 23 December 2010 "in no way pre-

judges the question of the jurisdiction of the Tribunal to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves, and leaves unaffected the rights of Saint Vincent and the Grenadines and Spain to submit arguments in respect of those questions” (*M/V “Louisa” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, *Provisional Measures, Order of 23 December 2010*, para. 80).

17. Saint Vincent and the Grenadines argues that the Tribunal has jurisdiction to examine the merits of the case. Spain claims that the Tribunal has no jurisdiction in the present case for three reasons.

18. First of all, the conditions set out in paragraph 1 of article 283 (“Obligation to exchange views”) have not been met.

19. Second, the effective nationality of the vessels and the Applicant’s right to protect the crew of the *Louisa* have not been confirmed.

20. Lastly, the conditions set out in article 295 (“Exhaustion of local remedies”) of the Convention have not been met.

21. These latter two arguments are not conditions determining jurisdiction, or competence, but rather conditions for the admissibility of the action brought by Saint Vincent and the Grenadines relating to the validity of the proceedings. Diplomatic protection is examined in the law of international responsibility from the perspective of international claims for wrongful acts. The Convention does not mention them.

22. The distinction between jurisdiction and admissibility is of particular practical importance. Judicial decisions that do not adhere scrupulously to the limits imposed on jurisdiction can have a significant effect on the parties’ expectations, especially since international courts rule at first and last instance. Similarly, the misclassification of a question of admissibility as a question of jurisdiction may unduly extend the scope of the parties’ claims in fact and in law. Consequently, the Tribunal

must always avoid deciding a question of admissibility when it examines its jurisdiction, that is to say the authority to exercise powers inherent in the role of judging, which stems both from its Statute, as defined by the Convention establishing it, and from the declarations by the parties recognising it in the case in question. It should be noted that, in judicial settlement, the two legal bases are distinct. The Tribunal may deal with the merits of the case only if the conditions laid down by the parties and by its Statute are satisfied in the case at issue. The former conditions relate to the jurisdiction of the Tribunal while the latter conditions relate to the admissibility of the action. The exercise of judicial power by the Tribunal is subject to these two types of conditions being satisfied.

23. On the first point – the obligation to exchange views – it should be noted that, in the system of the United Nations Convention on the Law of the Sea, negotiation acts as a preliminary or pre-litigation phase. If States opt to have recourse to the specific mechanisms set up by the Convention, they are required to observe a diplomatic phase before being able to bring the matter before a judicial body. Negotiation thus acts as an essential and fundamental preliminary step.

24. When a dispute arises between States Parties to the Convention concerning its interpretation or application, the parties to the dispute must “proceed expeditiously to an exchange of views” regarding its settlement by negotiation or other peaceful means (article 283(1)).

25. The Tribunal’s jurisdiction is thus subject to a procedural precondition, since a matter may be brought before it only if there has been a prior exchange of views. Consequently, the Applicant is under a positive obligation to have attempted to exchange views. Article 283(1) echoes the *dictum* by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case: “before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject-matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations” (Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 15).

26. Article 283(1) suggests that the Applicant must have attempted to initiate discussions on the case with the Respondent. As such, it establishes a procedural condition for bringing a matter before the Tribunal. Otherwise, the Tribunal must bear the – always immense – burden of characterizing a dispute the contours of which have not been outlined by the parties. The Applicant must therefore prove that this procedural precondition for bringing a matter before the Tribunal, laid down by that provision, has been met. In other words, if the obligation to exchange views is a precondition, has that condition been satisfied?

27. Where there is no evidence to show that there has been a genuine attempt to exchange views, the procedural precondition cannot be satisfied.

28. In the present case, the Tribunal was therefore required to ascertain whether Saint Vincent and the Grenadines genuinely attempted to exchange views with Spain regarding the settlement of their dispute by negotiation or other peaceful means, a substantive obligation incumbent on it under the Convention. To that end, the Tribunal had to examine the evidence furnished by the Parties.

29. According to the International Court of Justice:

it is not unusual in compromissory clauses conferring jurisdiction on the Court and other international jurisdictions to refer to resort to negotiations. Such resort fulfils three distinct functions. In the first place, it gives notice to the respondent State that a dispute exists and delimits the scope of the dispute and its subject-matter. The Permanent Court of International Justice was aware of this when it stated in the *Mavrommatis* case that “before a dispute can be made the subject of an action in law, its subject-matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations” (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 15*)

In the second place, it encourages the Parties to attempt to settle their dispute by mutual agreement, thus avoiding recourse to binding

third-party adjudication.

In the third place, prior resort to negotiations or other methods of peaceful dispute settlement performs an important function in indicating the limit of consent given by States. The Court referred to this aspect reflecting the fundamental principle of consent in the *Armed Activities* case in the following terms:

“[The Court’s] jurisdiction is based on the consent of the parties and is confined to the extent accepted by them ... When that consent is expressed in a compromissory clause in an international agreement, any conditions to which such consent is subject must be regarded as constituting the limits thereon.” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 39, paragraph 88)

(*Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections of 1 April 2011, Judgment*, para. 131).

30. Negotiation allows the subject-matter of the dispute to be clearly identified. It becomes a condition for jurisdiction. Negotiation is therefore a binding prerequisite in the system established by the Convention.

31. The situation is the same in other treaties: the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 1979, article 15(1) and (3), and the 1959 Antarctic Treaty, article VIII(2).

32. Other conventions make recourse to third parties subject to the failure of negotiation, for example the 1949 Revised General Act for the Pacific Settlement of International Disputes and the 1946 IMCO Convention.

33. Negotiation, which includes consultation and exchanges of views, is the means by which most international disputes are settled (United Nations, *Handbook on Peaceful Settlement of Disputes* (New

York 1992), pp. 9-24). Furthermore, as stated in the Handbook:

Exchange of views

26. Exchanges of views may also be considered as a form of consultations. They play an important role in the system established by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea for the peaceful settlement of disputes arising from the interpretation and application of the Convention. Reference is made in this connection to article 283 of the Convention (...). (Paragraph 26)

L'échange de vues

26. L'échange de vues peut aussi être considéré comme une forme de consultation. Il joue un rôle important dans le régime institué par la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer pour le règlement pacifique des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention. Il y a lieu de citer à cet égard l'article 283 de la Convention [...] (Paragraphe 26)

In addition:

28. A number of treaties place on the States Parties thereto an obligation to carry out "negotiations", "consultations", or "exchanges of views" whenever a controversy arises in connection with the treaty concerned. Examples of such treaties are the 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (General Assembly resolution 34/68, annex, art. 15, para. 1), the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character (art. 84), the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (art. 283, para. 1) and the 1959 Antarctic Treaty (art. VIII, para. 2). Under some of those treaties, parties to a dispute arising from the interpretation or application of the treaty are under an obligation to start the consultation or negotiation process without delay (see art. 283, para. 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea; art. 15, para. 2, of the Agreement

Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies; and art. VIII, para. 2, of the Antarctic Treaty). (Paragraph 28)

28. Un certain nombre de traités font en effet obligation aux Etats parties de procéder à des « négociations », à des « consultations » ou à des « échanges de vues » chaque fois que naît un litige au sujet du traité en question. Il existe une disposition en ce sens dans l'Accord de 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes (résolution 34/68 de l'Assemblée générale, annexe, art. 15, par. 2); la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (art. 84); la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (art. 283, par. 1), et le Traité de 1959 sur l'Antarctique (art. VIII, par. 2). Suivant certains de ces traités, les parties à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité sont tenues d'engager sans tarder le processus de consultation ou de négociation (voir l'article 283, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, l'article 15, par. 2, de l'Accord régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes et l'article VIII, par. 2, du Traité sur l'Antarctique). (Paragraphe 28)

34. In the *North Sea Continental Shelf* cases, the International Court of Justice remarked that there was no need "to insist upon the fundamental character of this method of settlement" (I.C.J. Reports 1969, 3, p. 48). Similarly, in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, the Permanent Court of International Justice observed that negotiation is a primary means for States to settle disputes, whether in their own interests or in the interests of their nationals, and that negotiations make it possible to define the subject-matter of the dispute before an action at law (P.C.I.J, Series A, No. 2, pp. 11-15).

35. However, there is no rule of international law requiring negotiations to be exhausted before recourse is had to other means of settlement, as the International Court of Justice and the Tribunal have pointed out :

- *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports. 1978,*

p. 3.

- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392*

- *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, para. 56*

- *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, International Tribunal for the Law of the Sea, Case No. 12*

36. In the final analysis, it can be stated that :
in the system established by the Convention, the obligation to exchange views constitutes a precondition for bringing proceedings. It is a special rule.

37. The Tribunal should have asked the following questions:
1. Did the two Parties proceed to an exchange of views regarding their dispute?
 2. What is the status of the note verbale of 26 October 2010?
 3. What is the status of the communications sent by the lawyers for the accused to the Spanish criminal court?
 4. Do those communications make reference to the dispute brought before the Tribunal?
 5. What is the status of the e-mails of 18 and 19 February 2010?
 6. Are they a means or a mechanism for fulfilling the obligation to exchange views?
 7. Can the Commissioner for Maritime Affairs in Geneva and the *Capitanía de Cádiz* conduct negotiations with the Applicant on behalf of the Respondent ?
 8. What status can be accorded to the meetings held after proceedings were brought (the four meetings)?

38. The Tribunal did not address its “jurisdiction”, that is to say the authority to exercise powers inherent in the role of judging. Instead, it

relied on arguments relating to the admissibility of the legal action brought by Saint Vincent and the Grenadines in order to decline jurisdiction. It states that to enable it to determine whether it has jurisdiction, Saint Vincent and the Grenadines must establish a link between the facts advanced and the provisions of the Convention referred to by it and show that such provisions can sustain the claim or claims submitted by it (para. 99 of the Judgment). It should have been added that the dispute must be one which the Tribunal has jurisdiction to determine *ratione materiae* pursuant to the Convention. In other words, the dispute must exist and be justiciable. “The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court” (Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (*Libya v. United Kingdom*), *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25 and 26, paras. 42-44). Further, “in terms of the subject-matter of the dispute, to return to the terms of article 22 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), the dispute must be ‘with respect to the interpretation or application of [the] Convention’” (*I.C.J., Georgia v. Russian Federation, Preliminary Objections of 1 April 2011, Judgment*, para. 30). The Tribunal conducted an examination of the applicability of the provisions invoked by Saint Vincent and the Grenadines and concludes that no dispute concerning the interpretation or application of the Convention existed between Spain and Saint Vincent and the Grenadines at the time the Application was filed and that, therefore, it has no jurisdiction *ratione materiae* to entertain the case before it (para. 151). The Tribunal explains that, in view of this finding, it is not required to deal with the contention of Spain that Saint Vincent and the Grenadines failed to satisfy the obligation under article 283 of the Convention to exchange views and that this has precluded its access to the Tribunal (para. 152). The Tribunal should not have set aside this examination because its formal jurisdiction stems both from its Statute, as defined by the Convention establishing it, and from the declarations by the Parties recognising it – or not – in the present case. Consequently, jurisdiction stems from both the Statute and the consent of each Party, it being understood that in the event of disagreement, the Tribunal de-

cides in accordance with article 288(4) of the Convention. However, and despite this fact, the Tribunal ventured beyond the purview of consideration, which allowed it to make its finding of a lack of jurisdiction, in order to rule on issues relating more to the merits of the case (see paras. 154 and 155 of the Judgment).

II. ADMISSIBILITY OF THE LEGAL ACTION BROUGHT BY SAINT VINCENT AND THE GRENADINES

39. “The action is the right of the author of a claim to be heard on its merits so that the judge may declare it founded or unfounded. For the opposing party, the action is the right to contest the merit of that claim” (New French Code of Civil Procedure of 5 December 1975, article 30). A distinction must be drawn between the right of action and the right invoked on the merits (or substantive right), because the existence of the right of action does not necessarily give rise to the right which is invoked on the merits and justifies the proceedings. The right of action is also distinct from the claim in which it finds expression. The judicial claim or Application consists in the exercise of the right of action. Where a matter is duly brought before it on the basis of its jurisdiction *ratione materiae*, the Tribunal must be satisfied that the action before it is admissible, that is to say it performs its judicial function of hearing and determining the claims and objections of the Parties. It must therefore review whether the conditions for bringing an action are met, in the absence of which the proceedings would be irregular and the Application declared inadmissible.

40. The contentious-jurisdiction function of courts and tribunals leads them to entertain disputes which must be settled on the basis of the law. This means that the dispute must exist and be justiciable.

41. The International Court of Justice has established the regime governing “disputes”:

The Court recalls its established case-law on that matter, beginning with the frequently quoted statement by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case in 1924: “A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.” (*Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 11.) Whether there is a dispute in a given case is a matter for “objective determination” by the Court (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74). “It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other” (*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328) (and most recently *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 40, para. 90). The Court’s determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form. As the Court has recognized (for example, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 315, para. 89), the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for. While the existence of a dispute and the undertaking of negotiations are distinct as a matter of principle, the negotiations may help demonstrate the existence of the dispute and delineate its subject-matter.

The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 25-26, paras. 42-44; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, pp. 130-131, paras. 42-44); the Parties were

in agreement with this proposition. Further, in terms of the subject-matter of the dispute, to return to the terms of Article 22 of CERD, the dispute must be “with respect to the interpretation or application of [the] Convention”. While it is not necessary that a State must expressly refer to a specific treaty in its exchanges with the other State to enable it later to invoke that instrument before the Court (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 428-429, para. 83), the exchanges must refer to the subject-matter of the treaty with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter. An express specification would remove any doubt about one State’s understanding of the subject-matter in issue and put the other on notice. The Parties agree that that express specification does not appear in this case.

(*I.C.J., Georgia v. Russian Federation, Preliminary Objections of 1 April 2011, Judgment*, para. 30)

42. The disagreement and the conflict in question constitute a dispute only if they arise in connection with a claim which a State addresses to another State, which refuses to accede to it; international litigation does not include either abstract disputes or even differences of view on the conduct to be adopted in a particular case: the underlying concept implies the expression of claims, and not just arguments, between the parties; and a dispute arises only where a State demands certain conduct of another State and is opposed by it. (See, to this effect, *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 319. The Court rules, on page 32, that “it must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other”.)

43. This restriction is particularly important for judicial settlement mechanisms, since it is necessary to determine at what time a dispute arises and the obligation comes into existence to submit it for adjudication in accordance with a prior undertaking. A dispute is a legal dispute where “the parties are in conflict as to their respective rights”. The forms

of this conflict are various. Difficulties arise where the existence of a conflict is contested and needs to be confirmed.

44. It should be borne in mind that the factual origin of this case lies in the detention on 1 February 2006 of two vessels and the arrest of their crews in Spanish territory, by Spanish authorities and under Spanish law. Both vessels are still being held by the Spanish authorities.

45. The Kingdom of Spain considers that, at the time the Applicant filed its Application, no dispute existed between Saint Vincent and the Grenadines and Spain and that, should such a dispute have existed, the claims by Saint Vincent and the Grenadines are manifestly unfounded and lack the necessary legal support to be upheld by the Tribunal (Counter-Memorial, para. 50). The case record shows several kinds of disagreement, which cast particular doubt on the very existence of a dispute for the purposes of international law between Saint Vincent and the Grenadines and Spain:

46. (a) Disagreements concerning the substantive relevance of rules (whether customary norms or general legal principles):

For example, Saint Vincent and the Grenadines invokes article 300 of the Convention, which Spain considers to be irrelevant. Spain explains that “despite the importance of the principle, it is very difficult to find specific rules on good faith in international conventions and treaties. Indeed, good faith has remained part of the fundamental principles of international law, yet without being specifically included in most treaty texts, even in the major treaties, the so-called codification treaties” (oral statement by Ms Escobar Hernández of 10 October 2012, pp. 1 and 2).

47. (b) Disagreements concerning the validity of treaty obligations:

For example, without denying the existence of the rules cited by Saint Vincent and the Grenadines, namely the provisions of the Convention, Spain considers that they are not binding on it and do not apply in relations between the two Parties. It states: “Spain has breached no rule or principle of international law by detaining the *Louisa*. The *Louisa* was detained in full conformity with international law and Spanish domestic law”. Further on, Spain continues, “the detention of the *Louisa*

occurred in the context of the exercise by Spain of its criminal jurisdiction, in particular with regard to certain crimes against the underwater cultural heritage, the protection and conservation of which were voluntarily accepted by Spain in line with a number of international legal instruments, ... the Convention on the Law of the Sea and the 2001 UNESCO Convention” (oral statement by Ms Escobar Hernández of 12 October 2012, points 5 and 6, pp. 8 and 9).

48. (c) Disagreements concerning the interpretation of instruments:

For example, the Kingdom of Spain states that it is bound by the Convention but argues that the Convention does not impose the obligations which Saint Vincent and the Grenadines claims are applicable to it. In addition, Spain expounds its arguments concerning the absolute non-existence of the infringements alleged by the Applicant, with a view to clarifying why it considers that the Tribunal does not have jurisdiction *ratione materiae* in the present case.

49.(d) Disagreements concerning the characterization of the facts:

For example, the problem of relevance to the facts of the case. Spain takes the view that Saint Vincent and the Grenadines has not satisfied the requirements laid down by its own claims (diplomatic protection). The facts do not fall within scope of the norm. Spain states that “the facts alleged by the Applicant do not correspond in any fashion to what happened in Spain within the framework of these criminal proceedings, where the detention of the *Louisa* was just one of the measures adopted by the competent judicial authorities. In both its Memorial and its Reply the Applicant has always stated clearly that the *Louisa* had arrived in Spain to carry out activities of hydrocarbon exploration; but it has not been able to demonstrate that it had a permit granted by the Spanish authorities, in exercise of the powers expressly conferred on it by the United Nations Convention on the Law of the Sea” (oral statement by Ms Escobar Hernández of 12 October 2012, cited above, point 7, p. 10).

50. (e) Disagreements concerning the choice of forum:

For example, Saint Vincent and the Grenadines puts forward arguments relating to human rights. Spain objects that it should go to Stras-

bourg. In Spain's view, "the so-called breaches of the rights of individuals and of property rights never took place. All the measures adopted by the Spanish authorities are wholly in keeping with the principle of good faith and do not constitute an abuse of rights", and the individuals in question "even have the right to go to the European Court, if they so wish" (oral statement of 12 October 2012, *op. cit.*, point 9, pp. 15 and 17).

51. It should be noted that the obligation to negotiate on the subject-matter of the dispute can only stem from the existence of the dispute, which is itself contested by Spain.

52. It would seem that on the critical date, namely the date of the application initiating proceedings, the facts underlying the *M/V "Louisa"* Case actually fell within the scope of domestic law. The detention of the *Louisa* and the arrest of the crew members took place in the context of criminal proceedings in progress in Cadiz. Consequently, there is no dispute for the purposes of international law. And, if the dispute between Saint Vincent and the Grenadines and Spain had crystallized, the Tribunal would face a situation of *lis pendens*, as criminal proceedings are still in progress in Cadiz.

53. The circumstances surrounding the claim show that the view may legitimately be taken that the case was improperly initiated. The *Louisa* was detained by Spain before the critical date. The Spanish court ordered the precautionary seizure of the vessel and questioned individuals. Whatever remedies are available to those individuals in the Spanish legal order, the flag State cannot rely on the provisions of the Convention to bring proceedings against Spain before the Tribunal in the absence of a judgment from the court in Cadiz. If the Tribunal were to grant the claims and requests made by Saint Vincent and the Grenadines, it would be interfering in the very substance of a criminal case pending before the Spanish court having jurisdiction.

54. The record shows that the decisions taken by the Spanish judicial

authorities comply fully with the applicable national legislation. In its claim Saint Vincent and the Grenadines alleges the existence of a dispute concerning the implementation by the Kingdom of Spain of its powers under the Convention on the Law of the Sea and the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage.

55. The major problem arising in the present case is that the Applicant does not indicate what might be the applicable law, and the hotchpotch of articles of the Convention which it invokes in support of its arguments are of dubious application.

56. The exercise of any contentious jurisdiction is subject to the existence of a dispute, which must be established *ab initio* by the court or tribunal hearing the case; otherwise, it must declare the claim inadmissible. The dispute stems from the open opposition between two wills expressly and successively declared. In its Advisory Opinion of 30 March 1950 in the *Interpretation of Peace Treaties* case, the ICJ stated: “Whether there exists an international dispute is a matter for objective determination” (p. 70). It explained in the *South West Africa* cases that: “a mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute any more than a mere denial of the existence of the dispute proves its non-existence” (*Reports 1962*, p. 328). The dispute is defined by its inherent characteristics and not by the subjective classification given to it by the Parties. Not only is the existence of a dispute a precondition for the exercise of contentious jurisdiction, but the dispute must also be a real one.

57. In the legal sense of the expression, a real dispute means a dispute which is based on legal grounds such that the judicial resolution of the contested situation can have a legal effect on the legal positions of the parties. A close link must be established between the dispute and the exercise of the judicial function. In order to safeguard “the [Court’s] judicial integrity”, the ICJ refused to grant an application for a declaratory judgment in the Case concerning the Northern Cameroons (Judgment of 2 December 1963, *Reports 1963*, p. 15). The reality of the dispute can also be assessed for the purposes of proceedings with reference to the direct relations between the parties. The Applicant bears the burden

of proof in relation to the crystallization of the dispute in its direct relations with the Respondent before the filing of the application initiating proceedings. This aspect of the dispute may possibly have consequences for its very existence. (See *South West Africa* cases, cited above, p. 328)

58. The *M/V "Louisa"* Case raises the major problem of the actuality of the dispute. The actuality of the dispute refers to the diplomatic approaches by the Applicant to the Respondent before the application initiating proceedings was filed. This is a condition for admissibility in relation to the contested situation, the purpose of which is to ensure that the case is ripe for adjudication. Prior diplomatic negotiations are an express condition determining jurisdiction. This rule is laid down by a number of international conventions specifying diplomatic efforts as a precondition :

- General Act, article 32(2);
- Covenant of the League of Nations, article 13;
- North Atlantic Treaty of 4 April 1949, article 4;
- Treaty establishing the Republic of Cyprus, 1960, article 10.

59. In the *M/V "Louisa"* Case, Spain (the Respondent) claims that Saint Vincent and the Grenadines (the Applicant) has failed to fulfil its obligations under paragraph 1 of article 283 of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

60. In essence, the Respondent claims that negotiations between the Parties, which article 283 of the Convention makes a prerequisite for the institution of the compulsory procedures for the settlement of disputes defined in part XV of the Convention, did not take place.

61. It should be borne in mind that the factual origin of this case lies in the detention on 1 February 2006 of two vessels and the arrest of their crews in Spanish territory, by Spanish authorities and under Spanish law. Both vessels are still being held by the Spanish authorities under Spanish law (Counter-Memorial, para. 4).

62. In the view of Spain,

Article 283(1) is a special rule under which the exchange of views ... constitutes a precondition for a matter to be referred to the Tribunal (Counter-Memorial, paras. 58 and 68).

The obligation to engage in prior negotiations must be met, logically, before bringing an action before the Tribunal (Rejoinder, paras. 14 and 32).

It is not acceptable for the Applicant to pose rhetorical questions about the existence and nature of the “exchange of views” (Rejoinder, para. 14).

63. According to Spain, the general rule according to which there is no general rule to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to an international tribunal is overridden when there exists a special rule that does require such an exhaustion of diplomatic negotiations. This is clearly the case of article 283 of the Convention (Counter-Memorial, para. 55; Rejoinder, para. 20). Spain also invokes the *Cameroon/Nigeria and Russian Federation/Georgia* cases (Counter-Memorial, paras. 55 and 56; Rejoinder, paras. 21, 22 and 27).

64. For Spain,

The very purpose of the exchange of views accounts for its obligatory nature: it not only “gives notice to the respondent State that a dispute exists and delimits the scope of the dispute and its subject-matter”, but also “encourages the Parties to attempt to settle their dispute by mutual agreement, thus avoiding recourse to binding third-party adjudication” (Counter-Memorial, paras. 59 and 60; Rejoinder, para. 27).

The first limit requires the actual existence of a real “exchange of views”, which cannot be reduced to a single unilateral act by one of the parties, which would supposedly suffice in itself to conclude the pre-litigious phase. The second limit implies that the aim of the consultations must be to reach a settlement of the dispute through negotiation or

through any other peaceful means, which precludes taking into consideration any other aim not directly related to the subject-matter of the dispute (Counter-Memorial, para. 62). Spain refers to the case-law of the ICJ (Counter-Memorial, para. 64; Rejoinder, para. 27).

65. According to Spain,

No exchange of views on the dispute took place between the Applicant and Spain. Contrary to what is said in the Applicant's Memorial (paragraph 46), Saint Vincent and the Grenadines - to whom the obligation expressed in Article 283(1) of the Convention is directed - never contacted Spain nor exchanged any views regarding the settlement of any possible dispute concerning the detention of the *Louisa* under the Convention (Counter-Memorial, paras. 69 and 79; Rejoinder, para. 28).

66. As regards exhaustion of possibilities of settlement, the Respondent explains that "the Tribunal makes its assessment (paras. 63, 64 and 65 of the Order of 23 December 2010) only with respect to the phase of provisional measures and, therefore, it cannot be interpreted as a pronouncement which determines the final decision on its jurisdiction on the merits" (Counter-Memorial, para. 53). With reference to the *Southern Bluefin Tuna Case* and the *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor*, "the Tribunal has always demanded an effective 'exchange of views' between the Parties. This 'exchange of views' has been presented as an obligation of behaviour, not an obligation of result. Therefore, when its existence, over and above the results achieved, has been 'objectively' verified – and only then – this Tribunal has considered the conditions of article 283 to have been met" (Counter-Memorial, paras. 65 to 67; Rejoinder, paras. 16 to 19).

67. The Applicant relies on the existence of the note verbale of 26 October 2010, communications and e-mails of 18 and 19 February 2010, and meetings held after the institution of proceedings. With regard to the note verbale of 26 October 2010, the Respondent points out that it was "the first and only official communication between the two States"

(Counter-Memorial, para. 76). “Saint Vincent and the Grenadines never addressed Spain before the note verbale of 26 October 2010; in this note, Saint Vincent and the Grenadines made no mention whatsoever of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982; and, furthermore, the note in itself forestalls any possibility of negotiation when it advises of the intention of Saint Vincent and the Grenadines ‘to pursue an action before the International Tribunal for the Law of the Sea’” (Counter-Memorial, paras. 77 and 78; Rejoinder, paras. 30 and 31; for the note verbale, see Memorial, Annex 11).

68. As regards the other communications, Spain states that :
none of these communications were sent to the Spanish authorities by the Applicant but, rather, by the attorneys of some of the accused before the criminal tribunal in Spain referred to above in Chapter 2. Furthermore, none of these communications and letters contained any reference to the “dispute” between Saint Vincent and the Grenadines and Spain under the Convention, the factual basis of the Application. Consequently, under no circumstance can any of these documents be considered as evidence of the fulfilment of the obligation to proceed to an “exchange of views” pursuant to article 283(1) of the Convention.
(Counter-Memorial, paras. 71 and 72; Rejoinder, para. 32)

69. As far as the e-mails of 18 and 19 February 2010 are concerned,

These e-mails cannot be viewed as evidence of fulfilment of the obligation to proceed to an “exchange of views” pursuant to article 283(1) of the Convention. Neither the Office of the Commissioner for Maritime Affairs in Geneva nor the *Capitanía de Cádiz* have the competence to carry out such negotiations under international rules of diplomatic relations. In addition, the content of these communications cannot readily be considered as an “exchange of views” according to article 283(1) of the Convention, “regarding [the] settlement [of the dispute] by negotiation or other peaceful means”.
(Counter-Memorial, paras. 72 to 75; for the e-mails, see Memorial, Annex 7)

70. As regards the meetings held after the institution of proceedings: “[i]f this has been possible after the lawsuit was brought, Spain expresses its surprise at not having seen those exchanges of views before the lawsuit was brought, which are necessary according to the Convention” (Counter-Memorial, para. 80). “Nevertheless, Spain also points out its opposition to any interpretation of these sudden and untimely consultations as the fulfilment of the condition imposed by the Convention for the valid submission of a case to this honourable Tribunal” (Counter-Memorial, para. 81).

71. According to the Applicant, “the Tribunal never suggested that the ‘exchange of views’ requirement under article 283(1) is not a precondition to accessing the Tribunal. The Tribunal, however, did not lend any meaning to the ‘exchange of views’ that would warrant reading it as requiring an exhaustion of diplomatic negotiations” (Reply, p. 11).

72. “Assuming additional ‘exchanges of views’ had taken place, would the position of the Parties differ today? The answer to this rhetorical question is an emphatic ‘no’” (Reply, p. 8).

73. As for article 283, as a special rule :

Spain’s assertion not only attempts to introduce language and standards that are foreign to the Tribunal’s interpretation of article 283(1), but it ignores the Tribunal’s clear reliance on specific precedent set by the International Court of Justice (Reply, pp. 10 and 11).

74. With regard to the case-law of the ICJ (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria; Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*):

This holding offers nothing new as it relates to the present case. The Tribunal’s methodology is consistent with that of the ICJ. Had

the Tribunal found that an “exchange of views” did not occur it might have found that it lacked jurisdiction. It was satisfied, however, that an “exchange of views” had occurred and therefore held that it had *prima facie* jurisdiction (Reply, pp. 11 and 12).

75. On the subject of the Annex VII Arbitral Tribunal in *Guyana v. Suriname* (Reply, p. 8).

76. As regards the conditions laid down by article 283, the Applicant states that “[t]he obligation to engage in an ‘exchange of views’ does not require the exhaustion of diplomatic negotiations” (Reply, p. 10). “An ‘exchange of views’ does not rise to the level of ‘exhaustion of diplomatic negotiations’, a threshold that need not be met to bring a claim before this Tribunal” (Reply, p. 13). “Finally, Saint Vincent and the Grenadines would like to emphasize that its claims are based on very specific articles of the Convention and that the Applicant is in no way requesting that the Tribunal define the contours of the dispute.” (Reply, p. 12).

77. In relation to the *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Preliminary Objections, 1 April 2011)*, “Spain misinterprets ICJ precedent” (Reply, p. 12). With regard to paragraph 125, “[m]ore importantly, it was merely recognized as an argument put forward by the Russian Federation but not a holding of the ICJ” (Reply, p. 12).

78. On the subject of compliance by the Parties with article 283: “in response to the request of the *Louisa*’s owner, the Saint Vincent and the Grenadines Maritime Administration attempted to contact Spanish authorities prior to filing this action” (Memorial, para. 46). “Both sides share the obligation of engaging in an ‘exchange of views’. Spain was silent.” (Reply, pp. 11 and 12).

79. As regards the exhaustion of possibilities of settlement: “While not explicit, the above consideration suggests that the Tribunal gave

some effect to the determination of Saint Vincent and the Grenadines that the possibilities of settlement had been exhausted” (Reply, pp. 10 and 11). With reference to the MOX Plant case, “Saint Vincent and the Grenadines calls to the attention of the Tribunal that it considered that Ireland, as Applicant, informed the United Kingdom of the dispute under the Convention ... Similarly, Saint Vincent and the Grenadines informed Spain of a dispute under the Convention” (Reply, p. 13).

80. On the subject of the note verbale of 26 October 2010, “Saint Vincent and the Grenadines submitted a note verbale notifying Spain that it objected to the continued detention of the ships, *M/V Louisa and Gemini III*, and that it intended to avail itself of remedies under the Convention. Taken with consideration of the fact that Spain failed to respond to this note, the Tribunal found this communication to be an adequate ‘exchange of views.’” (Reply, pp. 9 and 14).

81. With regard to the other communications, “the Saint Vincent and the Grenadines Maritime Administration attempted to contact Spanish authorities prior to filing this action” (Memorial, para. 46).

82. As the Tribunal stated in its Order of 23 December 2010: “the obligation to ‘proceed expeditiously to an exchange of views’ applies equally to both Parties to the dispute” (Order, para. 58). However, the initiative must normally be taken by the Applicant which avails itself of a compulsory jurisdiction mechanism and which must not only indicate the subject-matter of the dispute which is likely to crystallize, but also rely on the mechanisms for the settlement of disputes provided for in section 2 of part XV of the Convention. The situation would be different if the case were to be referred to the Tribunal by special agreement. However, in that instance negotiations would also have to be initiated in order to establish this.

83. As regards the meetings held after the institution of proceedings, the Applicant states that “Saint Vincent and the Grenadines met with representatives of Spain on four occasions after commencement of these proceedings in continued hopes of finding a resolution to no avail”

(Reply, p. 10). “For some reason, Spain blithely referred to these attempts as extra-judicial acts ...; nevertheless the ICJ has held that negotiations should be defined with less formality.” (Reply, p. 13). “Indeed, there is nothing ‘extra-judicial’ about two-party negotiations prior to or after the initiation of judicial proceedings” (Reply, p. 13).

84. The Tribunal was required to examine carefully this note verbale, which was the first and only official communication between the two States (Memorial, Annex 11). It was sent less than one month before the Application was filed, after Saint Vincent and the Grenadines had recognized the jurisdiction of the Tribunal.

85. In that note verbale, the Applicant :

1. “objects to the Kingdom of Spain’s continued detention of the ships the *M.V. Louisa* and its tender, the *Gemini III*”;

2. “Saint Vincent and the Grenadines further objects to the failure to notify the flag country of the detention in contravention of Spanish and international law”; and

3. “Saint Vincent and the Grenadines plans to pursue an action before the International Tribunal for the Law of the Sea to rectify the matter in the absence of immediate release of the ships and compensation for damage incurred as a result of this improper detention”.

86. It would seem that on 26 October 2010, even before officially filing its declaration conferring jurisdiction on the Tribunal (on 12 November 2010) pursuant to article 287 of the Convention, Saint Vincent and the Grenadines had decided to initiate proceedings against Spain before the Tribunal.

87. That decision had been taken on 15 October 2010, since on that date the Attorney General of Saint Vincent and the Grenadines informed the Registrar of the Tribunal that she had authorised S. Cass Weiland and other lawyers to make an “Application and Request for Provisional Measures” to the Tribunal and that Grahame Bollers had been designated as the lead agent.

88. The purpose of the note verbale was therefore to inform the Respondent that proceedings had been initiated before the Tribunal. On that date, the Applicant did not intend to exchange views with the Respondent. Consequently, the Applicant neither commenced negotiations nor exchanged views with Spain before the case was referred to the Tribunal. In other words, the conditions set out in paragraph 1 of article 283 have not been met. It is precisely on the basis of that article, which essentially provides that the parties are required to exchange views before bringing a dispute before the Tribunal, and of the manifest absence of such an exchange, that the Tribunal could not but find that it was without jurisdiction to decide the M/V “Louisa” Case on the merits.

89. In the oral proceedings, the Applicant employed new arguments relating to the jurisdiction of the Tribunal. Saint Vincent and the Grenadines stated :

The first major point offered by Applicant is to urge that ITLOS has jurisdiction on the merits in this case based on article 300 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (hereinafter “Convention” or “UNCLOS”). To support the legal rationale for this point, the Tribunal is respectfully asked to direct its attention to the text of article 288(1) now displayed on the screen. While the Tribunal knows this provision by heart, a few brief comments are necessary about this article which is crucial in relation to the facts in the *Louisa* case....

With respect to the written text of article 288, Honourable Judges can see that the word “shall” is not “may”. This means that if the rules in article 288 are satisfied, the Tribunal is duty bound to accept jurisdiction over this dispute on the merits; we are no longer just considering provisional measures. Another word to note in the 288 text is “any” which modifies the word “dispute”. “Any” is an inclusive, comprehensive word that in ordinary usage means that the Tribunal is conferred wide latitude under the Convention to accept and decide disputes. Article 288 further provides that any dispute concerning - again connoting latitude - “the interpretation or application” of the Convention. The word

“or” is carefully not written as an “and” as sometimes read. This thoughtful drafting is deliberate and consistent throughout the Convention. The importance is that the Tribunal may find separately or in combination either interpretation or application of the law in the Convention. To drive the point home, this means that satisfaction of either criteria of interpretation or application provides a sufficient basis to confer jurisdiction for this Tribunal to hear and decide a case. All of these words in the text expressly confer wide, not narrow, discretionary powers in this Tribunal with respect to jurisdiction. Lastly, article 288(1) requires that the dispute or disputes must be submitted in accordance with Part XV of the Convention titled “Settlement of Disputes”.

(Presentation to ITLOS by Professor Myron H. Nordquist, 5 October 2012, pp. 1-3).

90. As we know, “an additional ground of jurisdiction may however be brought to the Court’s attention later, and the Court may take it into account provided the Applicant makes it clear that it intends to proceed upon that basis” (*Certain Norwegian Loans, I.C.J., Reports. 1957*, p. 25), “and provided also that the result is not to transform the dispute brought before the Court by the application into another dispute which is different in character” (*Société commerciale de Belgique, P.C.I.J, Series A/B No. 78*, p. 173), as the Court states. Both these conditions must be satisfied.

91. What are the Applicant’s submissions ?

- In its Application (23 November 2010) :

(1) Respondent has violated articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention;

(2) Applicant is entitled to damages as proven in the case on the merits, but not less than \$10,000,000 (USD); and

(3) Applicant is entitled to all attorneys’ fees, costs, and incidental expenses incurred.

(*Application, 23 November 2010*)

- In its final submissions (11 October 2012)
 - (a) declare that the Tribunal has jurisdiction over the Request;
 - (b) declare that the Request is admissible;
 - (c) declare that the Respondent has violated articles 73(2) and (4), 87, 226, 227, 300, and 303 of the Convention;
 - (d) order the Respondent to release the *Gemini III* and return property seized;
 - (e) declare that the boarding and detention of the *MV Louisa* and *Gemini III* was unlawful;
 - (f) declare that the detention of Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor and Szuszký Zsolt was unlawful and abused their human rights in violation of the Convention;
 - (g) declare that the Respondent denied justice to Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szuszký Zsolt and John B. Foster and abused the property rights of John B. Foster;
 - (h) order that the Respondent is prohibited from retaliating against the interests of Mario Avella, Alba Avella, Geller Sandor, Szuszký Zsolt, John B. Foster and Sage Maritime Scientific Research, Inc., including the initiation of any procedure requesting the arrest, detention, or prosecution of these individuals or the seizure or forfeiture of their property in domestic Spanish courts;
 - (i) order that the Respondent is prohibited from undertaking any action against the interests of Mario Avella and John B. Foster, including the continued prosecution of these individuals in domestic Spanish courts ;
 - (j) order reparations to individuals in the following amounts, plus interest at the lawful rate:
 - (1) Mario Avella: €810,000;
 - (2) Alba Avella: €275,000;
 - (3) Geller Sandor: €275,000;
 - (4) Szuszký Zsolt: €275,000;
 - (5) John B. Foster: €1,000.
 - (k) order reparations to Sage Maritime Scientific Research, Inc. in the amount of \$4,755,144 (USD) for damages and an additional amount

in the range of \$3,500,000 - \$40,000,000 (USD) for lost business opportunities ;

(l) order reparations to Saint Vincent and the Grenadines in the amount of €500,000 for costs and damages to its dignity, integrity, and vessel registration business; and

(m) award reasonable attorneys' fees and costs associated with this request, as established before the Tribunal, of not less than €500,000.

(The M/V "Louisa" Case, Oral Proceedings, 11 October 2012, ITLOS/PV.12/C18/12, pp. 14-15).

92. The rules applicable to changes made to the submissions made in the Application have been laid down in international case-law.

93. In the *Case concerning the Administration of the Prince von Pless (Preliminary Objections, P.C.I.J., Series A/B, No. 52)*, the Permanent Court of International Justice held :

whereas, under article 40 of the Statute, it is the Application which sets out the subject of the dispute, and the Case, though it may elucidate the terms of the Application, must not go beyond the limits of the claim as set out therein. (p. 11)

94. In the *Société Commerciale de Belgique case (Belgium v. Greece)*, (P.C.I.J Series A/B, No. 78), the Permanent Court of International Justice stated:

It is to be observed that the liberty accorded to the parties to amend their submissions up to the end of the oral proceedings must be construed reasonably and without infringing the terms of Article 40 of the Statute and Article 32, paragraph 2, of the Rules which provide that the Application must indicate the subject of the dispute. The Court has not hitherto had occasion to determine the limits of this liberty, but it is clear that the Court cannot, in principle, allow a dispute brought before it by application to be transformed by amendments in the submissions into another dispute which is different in character. A practice of this kind would be calculated to prejudice the interests of third States to which, under Article 40, paragraph 2, of the Statute, all applications must be commu-

nicated in order that they may be in a position to avail themselves of the right of intervention provided for in Articles 62 and 63 of the Statute. Similarly, a complete change in the basis of the case submitted to the Court might affect the Court's jurisdiction. (p. 160)

95. In that same case, the Court declared:

The Court, however, considers that the special circumstances of this case as set out above, and more especially the absence of any objection on the part of the Agent for the Greek Government, render it advisable that it should take a broad view and not regard the present proceedings as irregular (p. 160)

96. In the *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 392, the International Court of Justice ruled, with regard to the Applicant's invocation, not in its Application but only in its Memorial, of a treaty as the basis for the Court's jurisdiction :

The Court considers that the fact that the 1956 Treaty was not invoked in the Application as a title of jurisdiction does not in itself constitute a bar to reliance being placed upon it in the Memorial. Since the Court must always be satisfied that it has jurisdiction before proceeding to examine the merits of a case, it is certainly desirable that "the legal grounds upon which the jurisdiction of the Court is said to be based" should be indicated at an early stage in the proceedings, and Article 38 of the Rules of Court therefore provides for these to be specified "as far as possible" in the application. An additional ground of jurisdiction may however be brought to the Court's attention later, and the Court may take it into account provided the Applicant makes it clear that it intends to proceed upon that basis (*Certain Norwegian Loans, I.C.J. Reports 1957*, p. 25), and provided also that the result is not to transform the dispute brought before the Court by the application into another dispute which is different in character (*Société Commerciale de Belgique, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, p. 173). Both these conditions are satisfied in the present case. (Para. 80)

97. In the *Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240, the International Court of Justice had to rule on the admissibility of a claim made by Nauru concerning the overseas assets of the British Phosphate Commissioners. Against this background, the Court was faced with an

Australian objection based on its contention that the Nauruan claim is a new one. Australia maintains that the claim in question is inadmissible on the ground that it appeared for the first time in the Nauruan Memorial; that Nauru has not proved the existence of any real link between that claim, on the one hand, and its claims relating to the alleged failure to observe the Trusteeship Agreement and to the rehabilitation of the phosphate lands, on the other; and that the claim in question seeks to transform the dispute brought before the Court into a dispute that would be of a different nature. (Para. 63)

98. The Court noted that :

no reference to the disposal of the overseas assets of the British Phosphate Commissioners appears in Nauru's Application, either as an independent claim or in relation to the claim for reparation submitted, and ... that, after reiterating the claims previously made in its Application, Nauru adds, at the end of its Memorial, the (relevant) submission. (Para. 64)

99. The Court also noted that :

Consequently ..., from a formal point of view, the claim relating to the overseas assets of the British Phosphate Commissioners, as presented in the Nauruan Memorial, is a new claim in relation to the claims presented in the Application. (Para. 65)

100. Nevertheless, the Court decided that it needed to consider "whether, although formally a new claim, the claim in question can be considered as included in the original claim in substance." (Para. 65)

101. Although the Court stated that “[i]t appears to the Court difficult to deny that links may exist between the claim made in the Memorial and the general context of the Application”, it nevertheless expressed the opinion that

for the claim relating to the overseas assets of the British Phosphate Commissioners to be held to have been, as a matter of substance, included in the original claim, it is not sufficient that there should be links between them of a general nature. An additional claim must have been implicit in the application (*Temple of Preah Vihear, Merits, I.C.J. Reports 1962*, p. 36) or must arise “directly out of the question which is the subject-matter of that Application” (*Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, I.C.J. Reports 1974*, p. 203, paragraph 72). The Court considers that these criteria are not satisfied in the present case. (Para. 67)

102. Furthermore, the Court ruled :

while not seeking in any way to prejudge the question whether there existed, on the date of the filing of the Application, a dispute of a legal nature between the Parties as to the disposal of the overseas assets of the British Phosphate Commissioners, the Court is convinced that, if it had to entertain such a dispute on the merits, the subject of the dispute on which it would ultimately have to pass would be necessarily distinct from the subject of the dispute originally submitted to it in the Application (Para. 68)

103. The Court went on to cite the provisions of its Statute and its Rules :

Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court provides that the “subject of the dispute” must be indicated in the Application; and Article 38, paragraph 2, of the Rules of Court requires “the precise nature of the claim” to be specified in the Application. These provisions are so essential from the point of view of legal security and the good administration of justice that they were already, in substance, part of the text of the Statute of the Permanent Court of International Justice, adopted in 1920 (Art. 40, first paragraph), and of the text of the first Rules of that Court, adopted in 1922 (Art. 35, second paragraph), respectively. On se-

veral occasions the Permanent Court had to indicate the precise significance of these texts. (Para. 69)

104. Against this background, the Court made reference to the decisions of the Permanent Court of International Justice in the *Prince Von Pless and Société commerciale de Belgique* cases, and to its own Judgment in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility* (see above).

105. On that basis, the Court reached the following conclusion :

In the light of the foregoing, the Court concludes that the Nauruan claim relating to the overseas assets of the British Phosphate Commissioners is inadmissible inasmuch as it constitutes, both in form and in substance, a new claim, and the subject of the dispute originally submitted to the Court would be transformed if it entertained that claim. (Para. 70)

106. It also found that

The preliminary objection raised by Australia on this point is therefore well founded. It follows that it is not necessary for the Court to consider here the other objections of Australia with regard to the submissions of Nauru concerning the overseas assets of the British Phosphate Commissioners. (Para. 71)

107. In the case concerning *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 161, the International Court of Justice had to address the following argument, raised by Iran against the admissibility of the counter-claim made by the United States of America:

Iran contends that the United States has broadened the subject-matter of its claim beyond the submissions set out in its counter-claim by having, belatedly, added complaints relating to freedom of navigation to its complaints relating to freedom of commerce, and by having added new examples of breaches of freedom of maritime commerce in its Rejoinder in addition to the incidents already referred to in the counter-

claim presented with the Counter-Memorial. (Para. 116)

108. Referring to its jurisprudence in the *Certain Phosphate Lands and Société commerciale de Belgique* cases, the Court stated :

The issue raised by Iran is whether the United States is presenting a new claim. The Court is thus faced with identifying what is “a new claim” and what is merely “additional evidence relating to the original claim”. It is well established in the Court’s jurisprudence that the parties to a case cannot in the course of proceedings “transform the dispute brought before the Court into a dispute that would be of a different nature” (Para. 117).

109. It also ruled that “[a] fortiori, the same applies to the case of counter-claims” (para. 117).

110. The Court noted that :

If it is the case, as contended by Iran, that the Court has before it something that “constitutes ... a new claim, [so that] the subject of the dispute originally submitted to the Court would be transformed if it entertained that claim” (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1992, p. 267, para. 70*), then the Court will be bound to dismiss such new claim. (Para. 117)

111. In the opinion of the Court, however :

the United States provided detailed particulars of further incidents substantiating, in its contention, its original claims. In the view of the Court, the United States has not, by doing so, transformed the subject of the dispute originally submitted to the Court, nor has it modified the substance of its counter-claim, which remains the same, i.e., alleged attacks by Iran on shipping, laying of mines and other military actions said to be “dangerous and detrimental to maritime commerce”, thus breaching Iran’s obligations to the United States under Article X, paragraph 1, of the 1995 Treaty. The Court therefore cannot uphold the objection of Iran. (Para. 118)

112. In the present case, the Applicant undertook instead to structure human-rights-related arguments around article 300 of the Convention with a view to establishing the jurisdiction of the Tribunal to hear the case on the merits. To that end, it went as far as making changes to its submissions. It is evident that there was no link with the subject-matter of the case on the critical date, the date on which the proceedings were brought. Consequently, the Tribunal is justified in ruling that it has no jurisdiction to decide the M/V “Louisa” Case on the merits. It could even have defined the regime applicable to article 300 of the Convention (para. 137 of the Judgment).

Nationality of the vessels and protection of the crew of the Louisa

113. There are conditions to which the law of responsibility subjects a State’s bringing of a claim in respect of injury which it attributes to an internationally wrongful act whose initial victim is an individual. They are still valid where the claim, after first being submitted to, and rejected by, the respondent State, is then brought before a tribunal. Grounds for inadmissibility of the legal action include: the case being taken up by a State which, for want of an internationally valid link of nationality with the victim, lacks *locus standi*; the impossibility for the claimant State to assert a right of its own which it is entitled to enforce against the Respondent (absence of actionable interest); and the protected subject’s conduct if deemed incorrect (clean-hands doctrine) or insufficiently diligent (exhaustion of local remedies).

114. Diplomatic protection may extend to all persons, whether natural or legal, entitled to the benefit of the nationality of the claimant State. It is thus normally nationality which is the basis for the link between the aggrieved individual and the claimant State. As the Permanent Court of International Justice stated in the *Panevezys-Saldutiskis Railway* case :

in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of

its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection. (*Judgment of 28 February 1939 (Estonia v. Lithuania)*, P.C.I.J, Series A/B, No. 76, p. 28)

115. It is for each State to lay down, by its sovereign powers, the conditions for the acquisition and loss of nationality for subjects of law under its authority. It is an exclusive competence. As the Permanent Court stated, “in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within the reserved domain” (*Advisory Opinion of 7 February 1923 in the dispute between France and Great Britain as to the Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, P.C.I.J, Series B, No. 4, p. 24). That opinion was confirmed by the International Court of Justice in the *Nottebohm* case: “international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality” (*Judgment of 6 April 1955*, I.C.J. Reports 1955, p. 23).

116. The arbitral tribunal established to resolve the dispute concerning filleting within the Gulf of St. Lawrence held that a State’s right to determine, by its own legislation, the conditions for the registration of vessels in general, and fishing vessels in particular, falls within the exclusive competence of that State (*award of 17 July 1986, para. 27; see also the M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, *Judgment, ITLOS, Reports 1999*, p. 10, paras. 103 to 109).

117. The question which arises is whether Saint Vincent and the Grenadines is entitled to protect the *Louisa* and the *Gemini III*. As regards the *Louisa*, Spain states that in view of the application of the general rules of international law that are applicable to the exercise of diplomatic protection, and to the free will expressed unilaterally by Saint Vincent and the Grenadines, this Tribunal must determine, first of all, the nationality of the vessel or vessels affected by the detention.

(Counter-Memorial, para. 88)

118. According to Spain :

83. In order to establish the jurisdiction of the Tribunal so as to decide on the merits of the demand submitted by Saint Vincent and the Grenadines, it is especially important to identify the nature of the claim and the proceedings used by the Applicant. As Spain already highlighted during the phase of provisional measures, the present case cannot be confounded with the proceedings of prompt release of vessels according to Article 292 of the Convention. On the contrary, the Applicant is merely seeking a form of diplomatic protection which is not subject to any special rule according to the Convention. Therefore, the conditions of admissibility of the claim must be submitted to the rules of general international law applicable to the exercise of diplomatic protection and to the definition of the international liability of the State. This is so because, as there is no autonomous, different system that should be applied specifically to the case, the Tribunal has to apply the general rules of international law which are applicable, taking into account what Judge Wolfrum, at that time President of the Tribunal, said about the law of the sea, which “should not be seen as an autonomous regime. It is part of general international law”.

84. On the contrary, it is enough to analyse the substantial content of the claim, which is basically specified in the defence of the right of an individual (the *Louisa*, the crew and the proprietors of the vessel) who according to the Applicant, suffered damage due to the violation of the rules of international law by Spain. It is unnecessary to insist on the fact that this is, precisely, the definition of diplomatic protection.

85. This judicial framework of the claim by Saint Vincent and the Grenadines obliges this honourable Tribunal, for the purposes of deciding on its jurisdiction on the merits of the matter, to analyse - at least - two basic elements. That is: i) the nationality of the claim; and, ii) the exhaustion of local remedies. We might include the relevance of taking

into account the enforceability of the controversial requirement of “clean hands”, recalling that the facts that caused the claim have their origin in criminal proceedings brought in Spain by actions classified as crimes liable to prosecution by the State under Spanish Law. Nevertheless, this latter requirement is not analysed individually in the present Chapter 3, as it is comprehensively discussed in the rest of this Counter-Memorial.

(Counter-Memorial, paras. 83 to 85)

119. With regard to the nationality of the *Louisa*: “Furthermore, Spain fully recognizes that the *Louisa* was flying Saint Vincent and the Grenadines’ flag during the ‘critical dates’ of this case” (Counter-Memorial, para. 90; also para. 95)

Most of these problems facing international adjudicative bodies derive from the existence of a vessel with one nationality, owned by a person with a second nationality, operated by a crew with different nationalities, loaded with cargo owned by persons with other nationalities and insured by a company of another nationality.

(Counter-Memorial, para. 91)

120. On the subject of the genuine link:

94. The effective accomplishment of these duties should confirm the “genuine link” to which Article 91(1) refers. And the case before us does not show this “genuine link” between the *Louisa* and its flag State.

However, and again in the M/V “*Saiga*” (*No. 2*) Case, the Tribunal seemed to reduce the extent of the “genuine link” only to evidence supporting that a ship is entitled to fly a flag only at the time of the incident giving rise to the dispute and during the dispute. (60 *ibid.*, paras. 67-68). The facts summarized in this Counter-Memorial show that even before the arrival of the *Louisa* in Spanish waters, Saint Vincent and the Grenadines had not complied with the obligations imposed upon it by Article 94 of the Convention. Perhaps further guidance from the Tribunal would be very useful for this and future cases.

(Counter-Memorial, para. 94)

121. Spain points out that :

89. Article 91 of the Convention establishes that every State shall fix the conditions for the granting of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. It also declares that ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. Article 91(1) ends with a brief, but complex assertion: “There must exist a genuine link between the State and the ship”.

90. Spain, under no circumstance, disputes the sovereign right of Saint Vincent and the Grenadines to grant its nationality, to register and to assign its flag to the *Louisa*. In this respect – as the Tribunal did in the *M/V “Saiga” (No. 2)* Case – Spain considers that “Article 91 codifies a well-established rule of general international law”. Furthermore, Spain fully recognizes that the *Louisa* was flying Saint Vincent and the Grenadines’ flag during the “critical dates” of this case.

91. Spain is also aware of the problems that the successive changes of flag – like those occurred to the *Louisa* prior to the “critical dates” – have posed for this Tribunal when dealing, for example, with the *Saiga* or *Grand Prince* cases. Most of these problems facing international adjudicative bodies derive from the existence of a vessel with one nationality, owned by a person with a second nationality, operated by a crew with different nationalities, loaded with cargo owned by persons with other nationalities and insured by a company of another nationality. Cases of prompt release, of diplomatic protection or of general international responsibility are challenged by the active legitimation of one or several, sometimes opposed, States. Actually, not without criticisms within the Bench, this Tribunal changed its initial *ex parte* doctrine to an *ex officio* doctrine when verifying the nationality of the claim in the aforementioned cases. It is also true that both cases related to urgent situations calling for a decision on the prompt release of vessels and their crews.

92. Article 91(1) *in fine* the Convention apparently adopts the criteria of “effective nationality”. But as the International Law Commission clarifies in its Commentary to the Draft articles of Diplomatic Protection,

this criterion has a limited scope apart from those cases of double and opposed nationality. In the case of a ship treated as a unit, a formal, more practical and policy-oriented answer may help to resolve these complex cases.

93. However, Article 91 of the Conventions cannot and must not be read in isolation. It is complemented by Article 94 adding the criteria of effective authority, jurisdiction and, therefore, responsibility over the vessel. The flag State has the exclusive right to give its flag to a ship; but it also has the duty to maintain a “genuine link” with the ship, a link of responsibility. This drove the Tribunal to confirm in the *M/V “Saiga” (No. 2)* Case that “the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States.”

94. Saint Vincent and the Grenadines has duties imposed upon it by Article 94 of the Convention. The effective accomplishment of these duties should confirm the “genuine link” to which Article 91(1) refers. And the case before us does not show this “genuine link” between the *Louisa* and its flag State. However, and again in the *M/V “Saiga” (No. 2)* Case, the Tribunal seemed to reduce the extent of the “genuine link” only to evidence supporting that a ship is entitled to fly a flag only at the time of the incident giving rise to the dispute and during the dispute. The facts summarized in this Counter-Memorial show that even before the arrival of the *Louisa* in Spanish waters, Saint Vincent and the Grenadines had not complied with the obligations imposed upon it by Article 94 of the Convention. Perhaps further guidance from the Tribunal would be very useful for this and future cases.

(Counter-Memorial, paras. 89 to 94).

122. As far as the *Gemini III* is concerned,

- As occurred during the phase of provisional measures, the Applicant is attempting to include and discuss as a “package” the legal status

of the *Louisa* and its so-called “tender”: the *Gemini III*. However, the Applicant again fails to establish the link of nationality between the *Gemini III* and St. Vincent and the Grenadines: this boat never carried its flag.

(Counter-Memorial, para. 95)

- As mentioned before, in its declaration pursuant to Article 287 of the Convention, of 22 November 2010, Saint Vincent and the Grenadines explicitly reduces the scope of the jurisdiction of the Tribunal to the settlement of disputes concerning the arrest or detention of its vessels.

(Counter-Memorial, para. 97)

- This Tribunal clarified in the M/V “SAIGA” (No. 2) Case the concept of “ship as a unit” (paragraph 106) which clearly does not apply in this case under any circumstance.

(Counter-Memorial, para. 98)

123. According to Saint Vincent and the Grenadines, “the *Gemini III*, rather than the *Louisa*, performed additional survey work in the Bay of Cadiz and served as a tender to the *Louisa* during the first few months of 2005. All operations ceased, however, in April 2005” (Memorial, para. 19; also para. 7).

124. As regards the *Louisa*, Spain recognizes that it was flying Saint Vincent and the Grenadines’ flag during the critical dates of this case (Counter-Memorial, para. 90). Rather, the problem concerns the status of the *Gemini III*. Saint Vincent and the Grenadines claims that that vessel performed additional survey work in the Bay of Cadiz and served as a tender to the *Louisa* during the first few months of 2005 (Memorial, para. 19). However, Saint Vincent and the Grenadines is not very forthcoming on the flag flown by the *Gemini III*, which appeared without a flag, then flying the Dutch flag, and finally the United States flag. We know that under article 91 of the Convention, every State must fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the na-

tionality of the State whose flag they are entitled to fly. Moreover, there must be a genuine link between the State and the vessel.

125. Furthermore, the flag State has obligations under article 94 of the Convention. The vessel must, *inter alia*, be entered in its register of ships. The flag State must also exercise its jurisdiction and control over the ship. The Applicant has not furnished any proof of implementation of the abovementioned provisions which could establish a link of nationality between Saint Vincent and the Grenadines and the *Gemini III*.

Consequently, in the absence of an internationally valid link of nationality with the *Gemini III*, the legal action brought by Saint Vincent and the Grenadines is inadmissible for want of *locus standi*.

126. As regards the crew members and other persons detained or prosecuted by the Spanish judicial authorities, Saint Vincent and the Grenadines seeks to exercise diplomatic protection for their benefit. Here too, it is essential to examine whether or not there exists a link of nationality between the Applicant and those persons in order to establish the jurisdiction of the Tribunal and the admissibility of the Application or action.

127. The Applicant relies on the system put in place for autonomous prompt release proceedings, in which the flag State is able to exercise protection in respect of the crew regardless of their nationality. The main purpose of urgent proceedings is to safeguard the interests of navigation. The Tribunal rules on the release of the vessel and/or the crew without prejudice to the merits of any case before the appropriate domestic forum (article 292, para. 3). For that reason, in such proceedings, it regards the vessel and its crew as a whole. It considers the “ship as a unit”. The International Law Commission has recognised this principle in its Draft Articles on Diplomatic Protection, which are not yet in force. Article 18 thereof, on the subject of protection of ships’ crews, reads as follows:

The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of

the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act. (Draft Articles on Diplomatic Protection, UN General Assembly, Official Records, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)).

128. The detention and prosecution by the Spanish judicial authorities of crew members and of other persons may lead the States of which they are nationals to exercise diplomatic protection in respect of them. The nationality of the persons concerned is therefore crucial. The crew members are Hungarian or United States nationals. The owners of the vessels, as natural or legal persons, are also nationals of the United States of America. However, the Applicant has not proven any internationally valid link of nationality existing between it and the persons in question. It therefore plainly lacks locus standi.

Exhaustion of local remedies (Convention, article 295)

129. Article 295 of the Convention provides:

Any dispute between States Parties concerning the interpretation or application of this Convention may be submitted to the procedures provided for in this section only after local remedies have been exhausted where this is required by international law.

130. The purpose of this rule is to strike a balance between the sovereignty of States and the requirements of international law. Diplomatic protection is an exceptional means which can lead to international proceedings only after local remedies have been exhausted. The rule thus acts as an objection of inadmissibility available to the respondent State.

This means that the aggrieved individual may seek protection from his State only if he has first exhausted the local remedies afforded to him by the legal system of the State from which he is seeking reparation.

131. In the ELSI case, the ICJ outlined the essential characteristics of the rule. It stated :

the local remedies rule does not, indeed cannot, require that a claim be presented to the municipal courts in a form, and with arguments, suited to an international tribunal, applying different law to different parties: for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success. (*Judgment of 20 July 1989, I.C.J. Reports 1989*, para. 59)

132. The prior exhaustion of local remedies thus appears to be a condition for the admissibility of the claim. Is this rule applicable in the present case?

133. In the view of Spain,

The obligation of previous exhaustion of local remedies is conditioned by the nature of the rights that are claimed. As it has been repeatedly clarified by international jurisprudence, the rule of the exhaustion of local remedies does not apply when the right violated is a right of a State. Conversely, the exhaustion of local remedies is compulsory in cases – like the one now before this Tribunal – of diplomatic protection when a State claims the respect of international law with regard persons with a bond of nationality. This Tribunal has elaborated this reasoning through the notion of “jurisdictional connection”.

(Counter-Memorial, para. 111)

With regard to the *Louisa*, as has been demonstrated, the “jurisdictional connection” is well established given that any and all activities by the natural and juridical persons in respect of whom the Applicant is claiming occurred in Spanish internal waters and territorial sea, and both zones are under the exclusive jurisdiction of the Kingdom of Spain (Article 2 of the Convention). Consequently, and following the Tribunal’s reasoning, the customary rule of exhaustion of local remedies does apply.

(Counter-Memorial, para. 114)

134. For Saint Vincent and the Grenadines, “exhaustion of local re-

medies is not required in the present case” (Reply, p. 14).

Spain argues that the touchstone for determining whether Article 295 applies is whether there is a “jurisdictional connection” between the responsible State and the natural or juridical persons in respect of whom the Applicant can make a claim. (paragraphs 112-14 (citing the *M/V Saiga (No. 2)* Case, Merits, Judgment of 1 July 1999, paragraph 100)). This is incorrect. Prior to reaching the question of “jurisdictional connection” the Tribunal found that “the rule that local remedies must be exhausted is applicable when ‘the conduct of a State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation concerning the treatment to be accorded to aliens ...’.” (*M/V Saiga (No. 2)*, paragraph 98 (citing Article 22 of the Draft Articles on State Responsibility)). The Tribunal went on to hold that the rights claimed by Saint Vincent and the Grenadines were to be described as direct violations of the rights of Saint Vincent and the Grenadines and that the damage to the persons involved in the operation of the ship arose from those violations.

(Reply, p. 14)

135. “The rights claimed by Saint Vincent and the Grenadines in the present case almost mirror those claimed in the *M/V SAIGA (No. 2)* Case, namely the freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea”.

(Reply, p. 15)

136. If the exhaustion of local remedies rule applies, have the conditions laid down by article 295 of the Convention been met?

137. Spain states:

Spain recalls that the only proper acts to fulfil the obligation foreseen in Article 295 of the Convention are, precisely, those domestic legal remedies through which the breaches alleged by Saint Vincent and the Grenadines can be repaired. An attentive reading of the *petitum* in Saint

Vincent and the Grenadines' Memorial shows that its purposes are: (i) to obtain the liberation of the *Louisa*; (ii) to obtain a declaration on the unlawful detention of the persons involved in the case; and (iii) to obtain compensation for the alleged damage, direct and indirect, caused by the detention of the vessel. These purposes cannot be accomplished but through the proper judicial procedures before the competent Spanish courts. Only through these procedures can the allegedly damaged persons (individuals and corporations) contend the reparation of the breaches, if any. Therefore, only these procedures can be used to fulfil the rule of previous exhaustion of local remedies. These remedies are still pending and, as a consequence, this Tribunal cannot admit the Applicant's contention that the requisite imposed in Article 295 of the Convention has been properly fulfilled.
(Counter-Memorial, para. 120)

As regards:

(i) the proceedings in progress before the Spanish authorities and the Applicant's position in the course of the domestic proceedings:

138. Since the seizure of the *Louisa*, the vessel has been under judicial control and under the technical surveillance of the Capitanía Marítima of Cadiz. As detailed in the next section, on several occasions the investigating judge ("magistrate judge") offered Sage the possibility of inspecting the vessel and carrying out maintenance.

139. The judicial proceedings before the Spanish authorities

28. Once the criminal legal process had begun in Spain against Sage, the *Louisa* and various persons concerned, the following relevant decisions, requests and orders were issued by the Magistrate Judge of Criminal Court No. 4 of Cádiz:

(1) On 6 March 2006, the Magistrate Judge authorized the Officers of the Port Authority to visit the vessel, to carry out maintenance activities and to verify the security of the vessel. (Annex 8) Since then, several maintenance activities have been performed by the *Capitanía Marítima de Cádiz*;

(2) On 8 November 2007, Mr Foster applied to be officially represented at the trial. This was initially denied due to a procedural default. Once this problem was resolved – the trial was postponed several times due to the refusal of Mr Foster

to appear before the Tribunal – on 10 June 2008 the Magistrate Judge accepted the appearance of Mr Foster and decided to have a hearing with him on 15 July 2008 at 11 a.m. Sage and all other persons involved in the criminal process have been duly represented by an attorney since the very beginning of the process and all judicial decisions have been duly communicated under the legal guarantees imposed upon Spain by international and national law;

(3) On 22 February 2008, Sage asked the Magistrate Judge to be allowed to visit the *Louisa*. On 22 July 2008, once the procedural position of Mr Foster was resolved, the Magistrate Judge asked Sage to designate a qualified person to make all necessary arrangements in the vessel to keep it in a proper state; (Annex 9);

(4) On 11 July 2008 Mr Foster informed the Magistrate Judge that he would not be coming to Spain and that he wanted to declare through video conferencing;

(5) On 22 July 2008, the Magistrate Judge decided not to accept Mr Foster's proposal and ordered that Mr Foster must declare as a defendant before him on 30 September 2008. This decision, after being appealed by Mr Foster before the Court of Appeal (the *Audiencia*), was confirmed by the lower court on 16 March 2009 and by the upper court on 18 September 2009;

(6) On 18 February 2009, the Magistrate Judge received a fresh request from the owners of the *Louisa* to visit and make some repairs (if needed) to the vessel. The Magistrate Judge accepted this visit on 25 February 2009 and decided that the visit should take place on 3 March 2009. On 2 March 2009, a postponement of the visit by Sage was received, with the Magistrate Judge accepting this and deciding that the visit should take place on 5 March 2009. (Annex 10) Mr Avella and his attorneys, accompanied by the judicial authorities, visited the *Louisa* on 5 March 2009;

(7) On 1 March 2010, the Magistrate Judge issued the criminal procedure document No. 1/2010 against the persons directly involved in the case, transforming the case into a "summary procedure" (*procedi-*

miento sumario), which provided more procedural safeguards for the accused persons; (Annex 11);

(8) On 29 July 2010, the Magistrate Judge again asked Sage to submit to the court its decision regarding the maintenance of the vessel. (Annex 12) This request was delivered again on 27 January 2011. On 3 February 2011, a request was received from Sage, asking the Magistrate Judge to decide on maintenance and repair activities.

(9) On 27 October 2010, the Magistrate Court issued the Order of indictment against all the persons involved in the case, including Mr Foster, Mr Avella, Mr Valero de Bernabé, Mr Bonifacio, Mr Beteta and Mr Mazzara, as authors of an alleged crime against the Spanish cultural heritage (Article 323 of the Spanish Criminal Code). (Annex 2) Furthermore, the Magistrate Judge decided

(a) to impose a bond of ten thousand (10,000) euros on each of the accused except Mr Foster and Mr Avella, on each of whom a bond of thirty thousand (30,000) euros was imposed;

(b) to order Mr Foster to declare in person before the Magistrate Judge, warning him of the procedural and criminal consequences of any breach of this obligation;

(c) given the silence of Sage with regard to the maintenance of the *Louisa*, to announce through the appropriate legal media the auction of the vessel, giving three days to all interested persons, the public attorney and the State attorney to receive their legal opinion; and;

(d) to remind the Parties to the procedure of the three days' lapse for an interlocutory appeal (*recurso de reforma* in Spanish) and the five days' lapse for a general appeal (*recurso de apelación* in Spanish).

(10) After the public prosecutor submitted both an interlocutory appeal and a general appeal in order to include new charges against the indicted persons, and the legal representation of Mr Foster also submitted an appeal against the Order of Indictment of 27 October 2010, the Magistrate Judge resolved these appeals on 31 October 2011 accepting the

appeal submitted by the public prosecutor and rejecting the appeal by Mr Foster.

(11) Previously, on 22 July 2011, the Magistrate Judge had again asked Sage to designate a qualified person to make all necessary arrangements in the vessel to keep it in a proper state. In a communication received on 24 October 2011, Sage declared it would not designate any such person and exonerated itself from responsibility for the maintenance of the vessel. The Magistrate Judge then decided on 10 November 2011 to order the *Capitanía Marítima de Cádiz* to designate a suitable person (Annex 14).

(Counter-Memorial, para. 28)

140. Position of Sage and of the Applicant in the course of the national proceedings:

29. Sage, as the owner of the vessel, and Saint Vincent and the Grenadines, as the Applicant in these proceedings, have maintained an ambiguous, somewhat obstructive position during the domestic process summarized in this Chapter. In fact, Saint Vincent and the Grenadines was totally absent from the process until the submission of its request before this Tribunal.

30. The Applicant contends that it has sustained serious attempts to resolve this detention through the Respondent's legal system. (Memorial, para. 13) However, since Sage (and, particularly, Mr Foster) first appeared before the Spanish criminal courts, they have opposed the domestic procedure with all and any kind of legal obstacles. This attitude by Sage, together with the complications inherent to the case, has been the main cause of the lengthy procedures discussed before Criminal Court No. 4 of Cádiz.

31. As an example, and leaving aside the different appeals made by other indicted persons in the criminal procedure which have made the entire process even more drawn out, Sage and its direct related persons (Mr Foster and Mr Avella) have opposed the legal decisions of the Magistrate Judge – through permissible appeals – on at least five occasions:

on 28 January 2008 (*recurso de reforma*), on 3 July 2008 (*recurso de reforma*), on 31 July 2008 (*recurso de reforma*), on 16 April 2009 (*recurso de apelación*) and on 22 March 2010 (*recurso de apelación*). This accounts, in part, for the length of the process, but also demonstrates the procedural safeguards and the possibilities of due process always open to all indicted persons during criminal procedures before the Spanish judicial authorities. It should be noted, moreover, that these procedures have not been yet exhausted and that the merits of the case are still pending before the criminal courts of Spain.

32. Normally, when Sage submitted a request to the Spanish judicial authorities, this was granted, if properly submitted and legally well-founded. However, Saint Vincent and the Grenadines cannot uphold some of the items included in its Memorial. In several paragraphs (ad. ex. 14, 36, 41-43 or 83) it is contended that Sage requested of the Spanish authorities the return of electronic data, also seized as evidence in the criminal justice procedure. Sage never properly submitted this request before the Magistrate Judge, nor has it submitted any proof thereof before this Tribunal. Saint Vincent and the Grenadines submitted this request before this Tribunal in its request for Provisional Measures only on 23 November 2010. This Tribunal did not take any decision on the matter in its Order on Provisional Measures of 23 December 2010. Nevertheless, when the Magistrate Judge was asked for the very first time the return of the data through the appropriate procedure, on 12 July 2011 he authorized the return of a copy of the electronic data to Sage, asking the latter to identify the persons authorized to receive this data and scheduling a meeting to download the data on 27 July 2011. After notification on 18 July 2011, the copy of the documents was delivered to the interested parties on 27 July and 2 August 2011 (Annex 15).

33. Saint Vincent and the Grenadines never submitted any claim before the Spanish courts seeking the release of the *Louisa*. Saint Vincent and the Grenadines never used the “prompt release of vessels and crews” procedure available under Article 292 of the Convention, a procedure well known to this Tribunal and the Applicant. The latter voluntarily de-

cided to submit a generic claim under the principles, rules and conditions of diplomatic protection, but also sought to transfer to an international tribunal a legitimate domestic legal process that is *pendent lite*. This Counter-Memorial will deal with these questions later (*infra* paragraphs 108-121) but at this point Spain recalls a general principle stated by this Tribunal in the *Tomimaru* Case with regard to the prompt release procedure but applicable in general to the attitude of flag States regarding their detained vessels in third States:

“In this context, the Tribunal emphasizes that, considering the objective of article 292 of the *Convention*, *it is incumbent upon the flag State to act in a timely manner*. This objective can only be achieved if the shipowner and the flag State take action within reasonable time either to have recourse to the national judicial system of the detaining State or to initiate the prompt release procedure under article 292 of the *Convention*.”

34. No submission for the release of the *Louisa* was made, either by the owners of the vessel or by the flag State. Yet, on the other hand, no serious effort was made by Sage to perform routine maintenance and conservation operations to the vessel.

(Counter-Memorial, paras. 27 to 34)

(ii) the Respondent’s arguments to the effect that the Applicant is attempting to turn the Tribunal into a court of appeal regarding the criminal trial that is still continuing in the Spanish courts (see Rejoinder, paras. 17 to 39).

141. As regards the exhaustion of local remedies to rectify the damage alleged by the Applicant, the question which arises is whether Saint Vincent and the Grenadines brought the essence of its claim before the competent national courts and whether it pursued it as far as permitted by Spanish law and procedures, and without success, in accordance with settled case-law.

142. The record shows that on 15 March 2006 the Spanish authorities notified Saint Vincent and the Grenadines of the boarding and search of the *Louisa*. The Respondent duly communicated this information to it “for any necessary procedures”. It was not until four years later that the Applicant reacted, sending several e-mails to the *Capitanía Marítima de Cádiz* through the Office of its Commissioner for Maritime Affairs in Geneva. It did not take any measures concerning the *Louisa* before 26 October 2010, the date on which it informed Spain of its intention to initiate proceedings before the Tribunal. What is more, proceedings are still pending in the Spanish legal system.

143. In view of the circumstances of the present case, the conditions laid down by article 295 of the Convention have not been met. Consequently, the action brought by the Applicant is inadmissible.

144. All in all, it can be concluded that:

First, the conditions set out in paragraph 1 of article 283 have not been met. It is precisely on the basis of that article, which essentially provides that the parties are required to exchange views before bringing a dispute before the Tribunal, and of the manifest absence of such an exchange that the Tribunal could not but find that it was without jurisdiction to entertain the M/V “Louisa” Case on the merits.

Second, the Applicant has not proven any internationally valid link of nationality existing between it and the persons in question. It therefore plainly lacks *locus standi*.

Lastly, in view of the circumstances of the present case, the conditions laid down by article 295 of the United Nations Convention on the Law of the Sea have not been met. Consequently, the action brought by the Applicant is inadmissible.

(signed)
T. M. Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA
YEAR 2014

14 April 2014
List of cases:No. 19

THE M/V “VIRGINIA G” CASE
(PANAMA/GUINEA-BISSAU)

JUDGMENT

DISSENTING OPINION OF JUDGE NDIAYE

(Submitted pursuant to article 30, paragraph 3, of the Statute and article 8, paragraph 4, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal)

Having, to my regret, been unable to concur with the Judgment of the Tribunal, I feel it is my duty to state my dissenting opinion. In my view, the owner of the *M/V Virginia G* did not exhaust the local remedies offered to it by Guinea-Bissau. The confiscation of the *M/V Virginia G* does not constitute a violation of article 73, paragraph 1, of the Convention. Fault on the part of the victim is a ground for the dismissal of any claim for compensation on the merits because it played a role in causing the alleged damage. Furthermore, the examination of the causal link between the fault on the part of the owner of the *M/V Virginia G* and the damage in respect of which compensation is claimed shows that the link is not proven. Similarly, the question of jurisdiction and the question of the objections raised by the Respondent should have been handled otherwise, for the following reasons:

I. THE DISPUTE

1. The dispute submitted to arbitration by the Republic of Panama relates to the Panamanian-flagged tanker *M/V Virginia G*, which, while carrying out refuelling operations, was boarded by the authorities of the Republic of Guinea-Bissau on 21 August 2009 in the exclusive economic zone (EEZ) of Guinea-Bissau.

The *M/V Virginia G* remained detained in the port of Bissau until 22 October 2010 (for 14 months) and started operating again in December 2010 (16 months after its detention commenced).

2. Panama considers that, in this case, Guinea-Bissau breached its international obligations set out in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, which breach led to a prejudice being caused to the Panamanian flag and to severe damage and losses being incurred by the vessels and other interested persons and entities because of the detention and the length of the period of the detention.

Guinea-Bissau claims that it has not violated any provisions of the Convention but has merely exercised its rights as a coastal State over its exclusive economic zone.

II. BACKGROUND

3. Guinea-Bissau is located in West Africa, which enjoys exceptionally good climatic and ecological conditions. Its coastal and maritime areas are among the richest fishing grounds in the world. These maritime waters are characterized by high biological productivity thanks to the rising of the deep, nutrient-rich waters which form the basis of the marine food chain. This phenomenon, known as “upwelling”, is caused by winds pushing the surface waters away from the land area, allowing waters from the deep ocean to rise to the surface. One of the major features of the region, from Mauritania to Cape Shilling, is the abundance of fisheries resources (see Bioeconomic analysis of the principal demersal fisheries in the northern zone of CECAF, Dakar, COPACE/TECH/82/45, 108 p.).

4. The seven Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) cover a total surface area of 1.6 million km² with a coastline that stretches over 3 500 km. The total population of these countries is approximately 32 million inhabitants, of whom 70 per cent live near the coastal areas. Fishing is a highly important sector in these countries as it accounts for one quarter of their economic activities. It creates jobs and caters to the food and export needs of countries in the sub-region. The number of direct and indirect jobs generated by this sector is estimated at over one million with about 30 000 fishing boats and over 1 000 industrial vessels, including 700 foreign vessels operating in the exclusive economic zones of these States under fisheries agreements, mainly with the European Union, China and South Korea. The estimated value of the annual catch is USD 1.5 billion while the projected volume of exports amounts to USD 350 million per year.

5. The fishing industry in the sub-region has been going through a crisis since 1990 due to overfishing, over-exploitation by fishermen, industrial fishing companies and especially the highly disturbing incidence

of illegal, unreported and unregulated fishing (IUU fishing) (see FAO Fisheries Report No. 722, Report of the Expert Consultation on Fishing Vessels Operating under Open Registries and Their Impact on Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, Miami, Florida, USA, 23-25 September 2003 (FAO, Rome 2004) at [www.fao.org/DCREP/006/Y5244Eoh.htm/bm 17](http://www.fao.org/DCREP/006/Y5244Eoh.htm/bm%2017)). The FAO International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing gives a definition of IUU fishing which was adopted for the first time by the Sub-Regional Fisheries Commission in the MCA Convention of 13 September 2012.

6. Those who engage in IUU fishing employ highly advanced technology. More and more surprising innovations are being developed particularly for fish detection, such as the use of aircraft and sonar in purse seine fishing and trawling. The emerging use of mid-water trawls, new fish-netting techniques, fish pumps, the generalization of the use of synthetic fibres, new freezing and fish-processing techniques, parent vessels and factory ships accompanied by many fishing vessels of lesser tonnage that rely on an extensive network of ports of convenience or natural shelters where unloading as well as repairs and crew rotations can be done complete the picture (see FAO, Cooperation among international institutions in relation to fisheries, document COFI/71/g (b), Appendix III, p. 15).

7. It is therefore understandable that losses in Sub-Saharan Africa should amount to USD 1 billion a year (see High Seas Task Force, Closing the Net: Stopping Illegal Fishing on the High Seas, 2006, p. 3, at www.high-seas.org/docs/HSTFFinal.web.pdf).

8. The international community has noted that IUU fishing is profitable to those practising it, who come from a limited number of countries. The worldwide value of IUU catches is estimated between USD 4 billion and USD 9 billion a year, with USD 1.25 billion of this coming from the high seas and the remainder from national jurisdictions (*ibid.*). The fishing effort in the world is 100 million tonnes per year, of which 27 per cent are IUU catches. In West Africa, the practice of IUU fishing

is devastating and destructive to the marine economy and ecosystem of the region. One must see it to believe it. Vessels remain at sea for years and never call at ports in the sub-region. They conduct illegal transshipments of their catches to other vessels, receive supplies and rotate their crews at sea.

9. IUU fishing is well organized and does not adhere to the laws or regulations of coastal States. Pirate ships develop their activities with impunity, convinced of always escaping control given that States cannot afford to establish appropriate fishery policing units and their territorial waters are not monitored.

10. The Environmental Justice Foundation (EJF) in London and Greenpeace conducted a survey in the region and produced an enlightening film (see EJFoundation.org, Greenpeace 2001, *Pirate Fishing: The Scourge of West Africa*, www.oceanlaw.net). It appears that trawling is a real disaster. Guinea is among the countries where IUU fishing is practised the most in the world. Its waters are not monitored due to a lack of means. Guinea has a 12-nautical-mile territorial sea reserved for local artisanal fishing. These territorial waters are invaded by foreign trawlers that sail out again from 3 am. The stories of fishermen portrayed in the film are horrifying.

11. Trawlers catch all the fish available without consideration of protected species or safety standards. They destroy the nets of local fishermen and collide with their canoes, putting their lives at risk. They use heavy nets that sweep the ocean, destroying not only marine habitat but also nurseries for juveniles, which prevents the fish from reproducing.

12. Crew are trained to sort species and select those with the highest market value. Most of the catch (almost 90 per cent) is thrown back into the sea. It is a truly horrendous sight.

13. Fishing communities are suffering. Populations along the entire West African coast live on fish, which helps to meet their protein needs. Women who have been practising the art of preserving and smoking fish

for over 1 000 years now see their businesses ailing. They explain that the fishermen previously brought in fish within half a day, whereas nowadays they stay several weeks at sea for very small catches, if any.

14. Each year, Guinea loses USD 110 million due to the non-payment of licence fees, as well as thousands of jobs. Out of a hundred boats inspected in 2008, more than half were engaged in IUU fishing. These vessels tranship their catches by night to reefers that shuttle between Guinea and the port of convenience of Las Palmas in the Canary Islands. The film shows a refrigerated cargo ship that had travelled seven times between the Guinean coast and Las Palmas. IUU catches are mixed with legally caught stocks, making them impossible to trace. Illegally caught fish are hence found in Europe in violation of prevailing European laws and regulations. The Council of the European Union adopted Regulation (EC) No. 1005/2008 of 29 September 2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing, amending Regulations (EEC) No. 2847/93, (EC) No. 1936/2001 and (EC) No. 601/2004 and repealing Regulations (EC) No. 1093/94 and (EC) No. 1447/1999. The EU Regulation on illegal fishing, which is based on related FAO instruments, entered into force on 1 January 2010.

15. For 2009-2010, out of 1 300 pirate ships in the West African region, only 58 were detained.

16. Charterers often falsify the technical specifications of their vessels, a practice known as marking. They also “clone” their vessels. For a vessel with a properly established fishing licence, it is not uncommon to find other fishing vessels with the same name and a photocopy of the same licence. These owners also engage in reflagging to escape the control of coastal States in areas within their territorial waters.

17. In the Nouakchott Declaration on IUU fishing, West African sub-regional States underscore the dangers and harm caused by IUU fishing and affirm their full support of the FAO IPOA-IUU and their desire to protect the waters through strict control of the fishing activities of

vessels operating in the sub-region. They solemnly call on the international community to lend its support and cooperation to Member States of the SRFC in their fight against IUU fishing (Nouakchott Declaration, adopted on 20 September 2001).

18. Alongside the concerns raised by IUU fishing, the States in the West African sub-region understood the need to take measures to protect marine living resources and to preserve the marine environment by averting pollution risks. They understood that in the field of environmental protection, the *a posteriori* invocation of international responsibility of States for damage to the marine environment was not the most felicitous approach in so far as that damage may prove to be irreversible or it may be beyond them to restore the *status quo ante*. That is why those States have adopted the precautionary principle to prevent the deterioration of the environment. They have adopted rules governing fishing-related activities such as bunkering of fishing vessels because of its influence on IUU fishing, but also the associated pollution risks. Hundreds of oil-stricken, dying marine mammals are often washed up on West African coasts. It should be pointed out that tankers extensively engage in the practice of emptying their fuel tanks in areas where there is little surveillance, and traces of fuel can be seen over tens of kilometres at sea. These are wilful acts of pollution, a common and insidious form of pollution caused by emptying the fuel and ballast tanks of tankers. In addition, there is the risk of oil slicks that can be caused by shipwrecked tankers and pollution from offshore oil production platforms, not to mention pollution from the dumping of waste.

III. FACTS

The vessels: flag, certificates and owners

The M/V Virginia G

19. The *M/V Virginia G* is a tanker with a gross tonnage of 857 and a net tonnage of 456. She is registered under the flag of the Republic of Panama. According to the Respondent, “[t]he vessel Virginia G ... may

also have a registration in another country” on account of the “dual ship register method” practised in Panama. According to the Applicant, the Statutory Certificate of Registration held by the vessel was issued by the Panamanian Maritime Authority on 23 August 2007 and was valid until 16 November 2011. The Certificate of Registration currently held by the vessel was issued by the Panamanian Maritime Authority on 5 October 2011 and is valid until 16 November 2016.

20. The *M/V Virginia G* was purchased in January 2000 by Penn Lilac Trading S.A. (“Penn Lilac”), a Panamanian company incorporated on 2 January 1998. According to the Respondent, Penn Lilac “has to be considered as a Spanish company, as its head office and effective place of management are in Sevilla, Spain”.

21. At the material time, the captain of the *M/V Virginia G* was Eduardo Blanco Guerrero, a Cuban national. Eleven crew members were on board: seven Cubans, three Ghanaians and one Cabo Verdean.

The Iballa G

22. The *Iballa G* is a tanker with a gross tonnage of 4 182 and a net tonnage of 1 485. According to the Applicant, it flies the flag of the Republic of Panama. According to the Respondent, the *Iballa G* “is not ... under Panamanian flag”. The Statutory Certificate of Registration for the vessel was issued by the Panamanian Maritime Authority on 19 June 2007 and was valid until 23 March 2010.

23. The vessel is owned by Penn World Inc. (“Penn World”), a company having its registered office in Panama. In January 2003, Penn Lilac bought Penn World, and on the same day the *Iballa G* was bareboat chartered to Penn Lilac.

Charterparty agreement and agency commission agreement

24. On 1 January 2009, Penn Lilac concluded a charterparty agreement with Lotus Federation (“Lotus”), an Irish company that sold and supplied gas oil to fishing vessels. Under the terms of the charterparty

concluded between Penn Lilac and Lotus, the *M/V Virginia G* and the *Iballa G* were to be made available to Lotus over a period of four years.

25. On 9 January 2002, Penn Lilac entered into an agency commission agreement with Gebaspe S.L. (“Gebaspe”), a Seville-based Spanish company. The Applicant states that “[w]ith Penn Lilac being involved in the sale and supply of fuel to vessels operating on the high seas, and Gebaspe S.L. acting as intermediary between fuel suppliers and owners of commercial fishing vessels, the two companies agreed that Penn Lilac would be represented by Gebaspe before the latter’s clients, and that Penn Lilac would then supply those clients (namely, fishing vessel owners) with the fuel requested, through Gebaspe”. The *M/V Virginia G* and the *Iballa G* would therefore be represented by Gebaspe.

The events preceding the seizure of the vessels

26. According to the Applicant, on 7 August 2009, the Las Palmas-based Spanish fishing company Empresa Balmar Pesquerías de Atlántico (“Balmar”) engaged the services of Lotus to supply fishing vessels with gas oil, to be delivered by the *M/V Virginia G*.

27. Those fishing vessels were the *Amabal I*, the *Amabal II*, the *Rimbal I* and the *Rimbal II* (collectively “the fishing vessels”). The *Amabal I* and the *Amabal II* were under the Mauritanian flag. Balmar’s fishing vessels were registered in Mauritania.

28. On 14 August 2009, Balmar’s agent in Guinea-Bissau, Bijagos Lda (“Bijagos”), requested written authorization from FISCAP to carry out refuelling operations in the EEZ of Guinea-Bissau. According to the Applicant, by letter of the same date, FISCAP authorized the refuelling services to be rendered to the fishing vessels. In that letter, FISCAP demanded further information “in relation to the coordinates of the refuelling operation, as well as the date and time of refuelling and the name of the fuel oil tanker which would render the service”.

29. On 19 August 2009, the *M/V Virginia G*, which was at the time operating off the coast of Mauritania, received an order to sail to the EEZ of Guinea-Bissau to refuel the fishing vessels there, supplying 297

tonnes of gas oil. According to the Applicant, the total value of the gas oil cargo was USD 216 810.

30. By letter of 20 August 2009, Bijagos informed FISCAP of the coordinates, date and time of the refuelling operations to be carried out by the *M/V Virginia G*. According to the Respondent, the head of FISCAP added a written note to that letter dated 20 August 2009, which read: “Noted. It must further be determined whether the vessel in question holds the related operation authorization for the sale of fuel in the EEZ”. The Respondent adds that a letter was immediately sent by the head of FISCAP on 20 August 2009, stating “... FISCAP ... further proposes that Your agency certify whether the vessel supplying fuel is duly authorized for this operation in the EEZ of Guinea-Bissau”. The Respondent states that there was no reply to that letter.

31. On 20 August 2009, the *M/V Virginia G* supplied 81 tonnes of gas oil to the *Rimbal I* and 115 tonnes of gas oil to the *Rimbal II*, probably in the EEZ of Guinea-Bissau. The Applicant states that the captains of the two fishing vessels had received confirmation that they were authorized to take delivery of the fuel in question. Observers from the *Serviço Nacional de Fiscalização e Controlo das Actividades de Pesca* (FISCAP) were on board the *Rimbal I* and the *Rimbal II* in the course of the refuelling operation.

32. After the refuelling operation, the vessels *Rimbal I* and *Rimbal II*, *Amabal I* and *Amabal II* were detained in the port of Bissau. According to the Respondent, the vessels were detained for violations related with irregularities in the provision of fuel, but they held valid fishing licences.

33. According to the Applicant, on 20 August 2009, at 2300 hours, the *Amabal II* informed the captain of the *M/V Virginia G* that the two *Amabal* vessels had been released. On 21 August 2009, 113 tonnes of gas oil were supplied to the *Amabal II*.

Boarding of the vessels in the EEZ of Guinea-Bissau

34. According to the Applicant, on 21 August 2009 at 1900 hours, the *M/V Virginia G* was in the position latitude 11° 48' north and longitude 017° 31.6' west, approximately 60 nautical miles off the Guinea-Bissau coast. After the refuelling of the *Amabal II* was completed, and when the refuelling of the *Amabal I* was about to commence, “two unidentified, Zodiac-type speedboats approached the *Virginia G* at high speed, and without prior notice or radio warning. A group of six (6) unidentified people carrying firearms (AK-type) boarded the *Virginia G* in an assault-like manner”.

35. According to the captain, the boarding was carried out by men who bore no identification. The Respondent states that “... all the inspectors were regularly dressed, clearly identified as FISCAP officials, while the Navy infantry were wearing military uniform”.

36. The Applicant further states that, during the assault, the crew and the officers were kept at gunpoint. The captain claims that he was prohibited from communicating with the owners of the vessel. According to the Respondent, “[a]s soon as the boarding operation ceased, the use of the vessel’s communications was once again authorized”. When the captain finally attempted to ask for identification from the men in question, one of them said that he was João Nunes Ca from FISCAP.

37. According to the Applicant, “[the] FISCAP official gave the captain orders to sail to the port of Bissau. The captain protested at the order, stating that it was a dangerous voyage to embark upon at that point given the weather conditions, the crew being confined and the lack of nautical maps of the area. The captain, however, eventually obeyed the order, given the behaviour of the FISCAP officials”. The Applicant further states that the voyage took place under very difficult conditions. The Respondent states that “[t]he journey took place in conditions considered to be adequate by the specialized sailing crew who accompanied the enforcement officials”.

38. The boarding of the *M/V Virginia G* on 21 August 2009 took place at the same time as the boarding of the *Amabal I* and *II*.

The detention of the M/V Virginia G in the port of Bissau

39. The *M/V Virginia G* arrived in the port of Bissau on 22 August 2009 at 1400 hours and was anchored outside port. According to the Applicant, the passports of the crew and the *M/V Virginia G*'s documents were confiscated and the crew were prohibited from disembarking and the vessel from leaving.

40. According to the Applicant, the Director of Security and Operations at Gebaspe, Manuel Samper, was informed of the detention. He asked Domingo Alvarenga, from the P&I Club in Guinea-Bissau, Afri-cargo, to assist with obtaining the vessel's immediate release.

41. On 23 August 2009, according to Mr Alvarenga, the Director General of FISCAP informed him that the *M/V Virginia G* "was found to be in the 'territorial waters' of Guinea-Bissau, rendering refuelling services to fishing vessels without licence or authorization".

42. On 28 August 2009, Mr Alvarenga asked FISCAP for a formal clarification on the detention of the *M/V Virginia G* as well as on the possible solutions for the immediate release of the vessel.

43. According to the Applicant, on 28 August 2009 at 1300 hours, eight FISCAP inspectors went on board the *M/V Virginia G* and carried out an inspection. At the end of the inspection, the captain was asked to sign a report. The Respondent states that the report was signed by the captain, who was extremely cooperative with the inspection.

44. The vessels Amabal I and Amabal II, which had been detained on 21 August 2009 at the same time as the *M/V Virginia G*, were released on 28 August 2009 following a decision by the Inter-Ministerial Commission for Maritime Surveillance dated 27 August 2009. The Respondent states that that decision was taken "following the request from the Ambassador of Spain" due to "the good cooperation relations between Guinea-Bissau and the Kingdom of Spain in fisheries". The Respondent adds that a fine of USD 150 000 was imposed on each of the fishing

vessels, although “the vessels eventually left without paying the fine, due to the [Spanish] Ambassador’s insistence”.

45. By letter of 31 August 2009, FISCAP informed the owner of the *M/V Virginia G* about a decision taken by the Inter-Ministerial Commission for Maritime Surveillance (CIFM), explaining the reasons for the boarding of the *M/V Virginia G*. It was stated in that letter that the CIFM had taken the decision to

Confiscate ex-officio the oil tanker *Virginia G* with its gear, equipment and products on board in favour of the State of Guinea-Bissau for the repeated practice of fishing-related activity in the form of unauthorized sale of fuel to ships fishing in our EEZ, namely the *AMABAL II*, in accordance with paragraph 1 of article 52, as currently worded in Decree-Law No. 1-A/2005 in conjunction with article 3 c) and article 23, all of Decree-Law No. 6-A/2000.

46. Mr Alvarenga informed Mr Samper that the FISCAP decision could be appealed within 15 days or it would be possible to negotiate a security for the release of the vessel. By letter dated 4 September 2009, Penn Lilac replied to FISCAP, rejecting the allegations that the *M/V Virginia G* had committed any offence. It asked for a swift solution for the situation, including the fixing of a bond or other security for the immediate release of the vessel, its crew and cargo.

47. By letter dated 11 September 2009, FISCAP replied to the letter sent on 4 September 2009, listing the grounds for the boarding of the *M/V Virginia G*. According to that letter, the refuelling operation on 20 August 2009 constituted “in itself a continued practice of the infraction of the General Law of Fisheries, namely, the realization of fishing-related operations without authorization; the aforementioned behaviour is punished by article 52 of the General Fisheries Law (LGP), as worded in DL 1-A/2005”.

48. By letter dated 14 September 2009, Penn Lilac replied to FISCAP’s letter of 11 September 2009 to dispute the contents and to request the release of the vessel, crew and cargo.

49. According to the Applicant, "... by letter dated 15 September 2009, the vessel's P&I Club agent delivered a letter to the Inter-Ministerial Commission of

Maritime Surveillance, where an extension to the legal period was required before legal proceedings were commenced, pending a reply from FISCAP to the letter dated 14 September 2009".

50. By letter of 23 September 2009, FISCAP informed the owner of the M/V Virginia G that "[c]onsidering that it has been more than 30 days since the notification of the CIFM decision (seizure ex-officio of the vessel and the products on board), without any claim from the representative of the oil tanker Virginia G, we will proceed with the sale of the product on board by public auction, if within 72 hours from the date of this notification there is no reaction from its representative".

51. By letter of 25 September 2009, Penn Lilac was informed by FISCAP of the confiscation of the vessel and all cargo on board owing to the stated violation of the Guinea-Bissau fishing laws, as the owner had not responded to the notification. According to the Applicant, Penn Lilac replied by letter dated 28 September 2009, denying the alleged failure to respond to the notification of confiscation and once again requesting FISCAP to release the vessel, its crew and the cargo. According to the Applicant, "the 72-hour ultimatum imposed therein also had not lapsed when the notice of confiscation was served by FISCAP letter dated 25 September 2009".

52. According to the Applicant, by letter dated 30 September, received by Africargo on 5 October 2009, FISCAP stated that "the vessel's gas oil would be auctioned by public tender, and that the owners were invited to partake of the auction, adding that under the law of Guinea-Bissau, they had pre-emption rights". The owner of the vessel was informed that the FISCAP representatives had told the captain "that they had taken this measurement/sounding since no reaction/reply had been sent to the Ministry of Fisheries/FISCAP's letter wherein the option was

granted to convert the confiscation to a fine of six hundred thousand US Dollars (US\$ 600 000). This letter was never received by the owner (Annex 4) or by its law firm or, indeed, by the P&l Club who had been in constant contact with FISCAP throughout the previous weeks and months”.

53. On 27 October 2009, FISCAP representatives again boarded the *M/V Virginia G* and inspected its cargo tanks. The captain was informed that on 28 October 2009 “the vessel would have to be docked at the port, and that the crew would have to abandon the vessel”.

54. Between 28 October and 5 November 2009, the *M/V Virginia G* remained anchored in the bay of Guinea-Bissau, guarded by armed soldiers.

55. In the meantime, Penn Lilac had filed a request for the suspension of the confiscation measures before the Regional Court of Bissau. By order dated 5 November 2011, the Regional Court of Bissau ordered the Secretary of State for Fisheries to “refrain from the practice of any and all acts relating to the confiscation of the vessel *Virginia G* and its products on board and that the applicant’s (Penn Lilac Trading) crew is allowed entry to the vessel to proceed with their usual services”.

56. According to the Respondent, “... this decision was void, as it was passed without having heard the competent authorities in the case”. For this reason, adds the Respondent, “the Attorney General of the Republic [of Guinea-Bissau] decided to appeal against the ruling granting the interim measure, and this appeal has the effect of suspending enforcement thereof”.

57. On 6 November 2009, armed soldiers once again boarded the *M/V Virginia G* and the captain was forced “to berth the vessel against a pier so that the cargo of gas oil on board could be discharged”. Penn Lilac’s attorneys took steps which made it possible “to avert the action of the military. The vessel was returned to anchor on 12 November

2009”. Between that date and 19 November 2009, the vessel remained anchored and guarded by armed soldiers.

58. On 20 November 2009, according to the Applicant, armed soldiers forced the captain to berth the vessel at the pier for discharge of the gas oil on board the *M/V Virginia G*.

59. According to the Applicant,

[t]he captain was handed a letter signed by the Secretary of State for Finance, José Carlos Varela Casimiro, forward-dated to 30 November 2009 (Annex 56) and addressed to the Compañía de Lubricantes y Combustibles de Guinea-Bissau (CLC) ...However, the letter stated:

By virtue of Decision No 7 of the Maritime Inspection Interministerial Commission, the Oil Tanker *Virginia G* was seized ex officio with its gear, engines and cargo, due to the repetitive practice of fishery-related activities, in the form of non-authorized sale of oil to fishery vessels in the EEZ, namely to N/M Amabal 2.

Notwithstanding the judicial order of suspension of the seizure, and not having the opposition of the Public Prosecutor, the Government Attorney and Supervisor of Legality (Ref. No 716/GPGR/09) for the Government to proceed to “(...) the use of the oil that the vessel traded in our EEZ (...)”, we order hereby that the Oil Tanker *Virginia G* be authorized to discharge its content estimated at 436 tonnes gas oil in your premises.

60. According to the Applicant, the captain of the *M/V Virginia G* obeyed the orders under coercion and proceeded with berthing manoeuvres. “The *M/V Virginia G*’s tanks were left completely dry”.

Situation of the owner during the 14 months of detention

61. According to the Applicant, the owners of the vessel, having lost the use of the *M/V Virginia G*, ran into serious financial difficulty. The charter contract with Lotus was rescinded. Gebaspe and Hidrocasa,

whose main source of income was their contract with Penn Lilac, were declared bankrupt.

62. On 6 September 2009 at 0200 hours, while it was berthed in the Reina Sofia pier of the port of Las Palmas, the *Iballa G* was seized by creditors, for failure by Penn Lilac to pay its creditors and crew members. The *Iballa G* was detained in the port of Las Palmas.

Release of the vessels

63. With regard to the *M/V Virginia G*, according to the Applicant, “[b]y a unilateral decision dated 20 September 2010 (Decision No. 5/CIFM/2010), ... the Guinea-Bissau Secretary of State for Fisheries issued a release order for the vessel without penalty, revoking the decision to confiscate/seize the vessel (Annex 58), and stating:

Following the indications of the Excellency, Sir Prime Minister, with regard to the danger which represents for the security of the maritime navigation the long-term presence of the vessel Virginia G, seized in our EEZ because of the practice of non-authorized fishing in its form of fishing-related activity without licence;

Taking into consideration our relationship of friendship and cooperation with the Kingdom of Spain in the field of fisheries, knowing that although the vessel has a Panamanian flag, it belongs to a Spanish company; Therefore, the CIFM decides without more delay:

1. To order the release of the vessel Virginia G and to consider repealed the previous Decision which orders its confiscation.
2. To notify the owner of the vessel, or its captain and/or its local representative of this Decision.
3. This Decision enters immediately into force.”

64. According to the Respondent, it was decided to release the vessel “due to the fact that the authorities found out that the safety conditions of the vessel were appalling, and that it was at risk of sinking in the port of Bissau, together with the persistent request by the Embassy of Spain for its release ...”. According to the Applicant, “it was Guinea-Bissau’s unlawful and unjustified measures that caused the *M/V Virginia*

G to deteriorate to such an extent”.

65. According to the captain of the *M/V Virginia G*, the crew members recovered their passports in January 2010, and some of them returned home. The captain states that those who remained suffered from poor conditions on board. The vessel was released in October 2010.

66. Upon the release of the *M/V Virginia G*, its owners immediately commenced preparations to repair the vessel to put it back in service, following a preliminary survey by Panama Shipping Registrar Inc. to determine the scope of the repairs that needed to be carried out.

67. The *M/V Virginia G* started operating again in December 2010 by virtue of a charterparty agreement entered into with another gas oil provider on 10 December

2010. According to the Applicant, the gas oil cargo transported by the *M/V Virginia G* was never returned.

IV. JURISDICTION

68. The present proceedings between Panama and Guinea-Bissau were introduced by notification of a special agreement. It is by the exchange of letters of 29 June and 4 July 2011 that the Republic of Panama and the Republic of Guinea-Bissau agreed to submit the dispute between the two States relating to the *M/V Virginia G* to the jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea and to transfer to the Tribunal the arbitration proceedings initiated by Panama by its notification of 3 June 2011.

69. The notification “to submit [the] dispute to the Tribunal ... regarding a damages claim for the arrest of vessel VIRGINIA G” was made on 4 July 2011:

Dear Registrar,

Pursuant to article 55 of the Rules of the Tribunal, I have the honour to notify the International Tribunal for the Law of the Sea of a Special Agreement to submit a dispute to the Tribunal, concluded between the Republic of Panama and the Republic of Guinea-Bissau on dates 29 June 2011 and 4 July 2011 regarding a damages claim for the arrest of vessel VIRGINIA G. Please find enclosed a copy in pdf of our Notification of submission of the VIRGINIA G dispute to arbitration dated 3 June 2011.

The address for service to which all communications concerning the case are to be sent in accordance with article 56, paragraph 1, of the Rules is as follows: SJ Berwin LLP - Kurfurstendamrn 63 - 10707 Berlin - Germany – Tel. number: +49 (0)30 88 71 71 50 – Fax number: +49 (0)30 88 71 71 66 – Email: berlin@siberwin.com.

Could you also please send any communication to my following emails: ramon.garciagallardo@sjberwin.com and brussels@sjberwin.com

Yours faithfully,

Ramón García-Gallardo

Counsel/Agent for the Republic of Panama

70. The dispute is submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea on the following conditions:

1. That the dispute shall be deemed to have been submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea upon agreement between the two governments and on a date so agreed.

2. That the written and oral proceedings before ITLOS shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs).

3. That the written and oral proceedings shall follow the timetable set out in a schedule to be agreed by the governments.

4. That ITLOS shall address all claims for damages and costs and

shall be entitled to make an award on the legal and other costs incurred by the successful party in the proceedings before it [see Notification of submission of the VIRGINIA G dispute to arbitration dated 3 June 2011, p. 3].

[Letter from the Permanent Mission of the Republic of Guinea-Bissau to the United Nations dated 29 June 2011]

Dear Sir,

I refer to your letter of June 2011, notifying my country, Guinea-Bissau, that you have instituted Annex VII Arbitral Tribunal against Guinea-Bissau in the dispute concerning the M/V Virginia G. Upon instructions of my Government I would like to convey to you the agreement of the Republic of Guinea-Bissau with your proposal to transfer the case to the International Tribunal of the Law, whose jurisdiction in this case Guinea-Bissau accepts fully.

My government therefore takes it that your afore-mentioned proposal and this letter constitute a special agreement between the two Parties for the submission of the case to ITLOS.

My Government equally takes it that having acquiesced to your proposal to submit the case to ITLOS, the Annex VII Arbitral Tribunal will therefore be determined and no further steps are needed to be taken by Guinea-Bissau for appointment of the arbitrator it should appoint within 30 days.

My Government would very much appreciate it to receive your confirmation of this understanding as soon as possible.

Sincerely Yours,
Signed (illegible)
João Soares da Gama
Ambassador,
Permanent Representative
[Letter of 4 July 2011]

Dear Ambassador de Gama,

We thank you for your letter dated 29 June 2011 (with the reference number in caption) of which we acknowledge delivery.

We have noted the agreement of the Republic of Guinea-Bissau to transfer the case to the International Tribunal of the Law of the Sea (ITLOS) and the acceptance of jurisdiction in that respect.

We confirm that our proposal to submit the matter to ITLOS, as contained in our letter dated 3 June 2011, and Guinea-Bissau's acceptance thereto, as contained in your letter dated 29 June 2011, is sufficient to consider that the two governments have come to a Special Agreement to submit the case to ITLOS, in accordance with article 55 of the Rules of ITLOS.

To this end, we shall notify the Register a certified copy of your letter dated 29 June 2011 and a copy of this letter.

We will also approach the President of ITLOS H.E. José Luis Jesus in order to ask him to convoke the parties for a consultation meeting by teleconference. Should it be convenient for all parties, we will suggest to hold the consultation as early as possible.

Yours sincerely,

Ramón García-Gallardo
Counsel/Agent for the Republic of Panama

71. It is the special agreement which provides the basis for the jurisdiction of the Tribunal. The dispute as to the merits is submitted to the Tribunal on behalf of Panama as Applicant and Guinea-Bissau as Respondent. The Parties have accepted the jurisdiction of the Tribunal in the present case. They have discussed in substance all the questions to be presented to it. That conduct on the part of the Parties would also suffice to provide a basis for the Tribunal's jurisdiction.

V. ADMISSIBILITY

72. In its Counter-Memorial, Guinea-Bissau raised three objections to the admissibility of the claims of Panama. The first concerns the nationality of the *M/V Virginia G*, the second relates to the right of diplomatic protection concerning foreigners and the third to the failure to exhaust local remedies.

73. The Republic of Panama questions the right of the Republic of Guinea-Bissau to raise objections to admissibility, adducing the jurisdictional act (the special agreement of 4 July 2011) and the Rules of the Tribunal (article 97, para. 1).

74. According to Panama, the Respondent is precluded, first, because the jurisdictional act prevents it from raising an objection to admissibility and it acted in bad faith.

75. The act in question provides that:

The written and oral proceedings before ITLOS shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs).

76. Panama contests the Tribunal's finding in the *M/V "SAIGA"* (No. 2) Case (para. 53) on which reliance is placed by Guinea-Bissau. The Tribunal states that "as stated therein, the article applies to an objection 'the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits'". It follows that the time-limit in the article does not apply to objections to jurisdiction or admissibility which are not requested to be considered before any further proceedings on the merits.

77. In the view of Panama, such an interpretation is incorrect and self-defeating, as it would cause the running of the time-limit for such

request to be subject to the making of the very request itself. Indeed, there is no justification for the time-limit to start running upon the filing of the request. Rather, a logical interpretation, in good faith and based on the ordinary meaning to be given to the terms of article 97(1) of the Rules of the Tribunal, would lead to the conclusion that the text of article 97(1) indicates and contemplates three distinct circumstances, for each of which the 90-day limit applies.

78. Panama considers that this reasoning is supported by the construction of the provision on which article 97 is based, that is article 79(1) of the Rules of the International Court of Justice, which lends support to Panama's contention that there is a time-limit within which objections to admissibility can be raised and that the time-limit for raising such an objection, if it is brought within the stipulated time-limit, must be considered before the pleadings on the merits, at any rate in the absence of a clear agreement between the Parties to this case.

79. In the present case, the proceedings were instituted on 4 July 2011, and Guinea-Bissau was, therefore, able to raise objections as to admissibility, in writing, by 2 October 2011. Furthermore, Panama continues, on no occasion did Guinea-Bissau express any objection to the admissibility of Panama's claims, nor did it reserve any right to do so. It is suggested that Guinea-Bissau's choice of timing for submitting its objections is also clearly in bad faith. It failed to exercise its right under article 97(1) and deliberately delayed raising its objections to admissibility until after Panama's Memorial was filed. It is now precluded from raising any such objections.

80. In conclusion, Panama submits that a State which, despite abundant opportunity, fails to make any objection to the admissibility of the application within the period prescribed by the Rules of the Tribunal, but on the contrary agrees to authorize the International Tribunal to adjudicate the dispute and all aspects of the merits, cannot then be heard to raise the fundamental objection of admissibility for the first time in the course of a Counter-Memorial, and that any such attempt in this re-

gard cannot but be regarded to be in bad faith.

81. Guinea-Bissau disputes this interpretation. It asserts its right to contest the admissibility of Panama's claims. In its view, it does not necessarily follow from acceptance of the Tribunal's jurisdiction that the claims advanced by Panama are automatically admissible for the purpose of the present proceedings. The distinction is generally recognized in international law between, on the one hand, admissibility of a State's claims before an international tribunal and jurisdiction and, on the other, the merits. Guinea-Bissau submits that it is not precluded from raising objections to admissibility of the claims of Panama by article 97, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal. It cites the Tribunal's decision in the *M/V "SAIGA" (No. 2) Case* (para. 53 cited above).

82. Guinea-Bissau advances three arguments for its submission. First, in the Special Agreement concluded by the exchange of letters, Guinea-Bissau did not waive any objection as to the admissibility of the claims, neither was there any reason for any such waiver.

83. Second, the purpose of the Special Agreement, namely choosing the Tribunal for the proceedings instead of an Annex VII arbitration, excluded any such waiver. In fact, in the letter of 29 June 2011 Guinea-Bissau agreed with Panama's "proposal to transfer the case to the International Tribunal". Hence the dispute as a whole has been transferred to the Tribunal while no waiver as to any objection to admissibility was agreed.

84. Third, in the President's consultations with the representatives of the Parties, held on 17 August 2011 at the premises of the Tribunal, "both Agents agreed that the written pleadings should start with a Memorial to be submitted by Panama followed by a Counter-Memorial to be submitted by Guinea-Bissau".

85. Therefore, states Guinea-Bissau, it is its right to submit certain procedural issues relating to the admissibility of the claims of Panama in its Counter-Memorial, which is its first written pleading.

86. In considering the question of admissibility, reference should be made to the jurisdictional act of 2011 concluded between the two Parties to the dispute, whereby they decided to submit the dispute to the Tribunal, and to the procedural rules which they wished to see applied.

87. The Tribunal's first duty, when called upon to interpret and apply the provisions of the jurisdictional act, is to endeavour to give effect, according to their natural and ordinary meaning, to those provisions viewed in their context. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that should be the end of the matter (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 8).

88. The provisions of the jurisdictional act about which the Parties differ read as follows:

The written and oral proceedings before ITLOS shall comprise a single phase dealing with all aspects of the merits (including damages and costs).

89. The relevant words here with regard to the discussion on admissibility are "a single phase dealing with all aspects (including ...)". Proceedings on preliminary objections were long considered a distinct phase of the case. It was in 1952, with regard to the *Ambatielos* case, that the International Court of Justice said: "[The Court] decided that, in future, these proceedings would be treated as an incident of proceedings on the merits and not as a separate case." (*Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Merits, Judgment, I.C.J. Yearbook 1952-1953*, p. 89).

90. In 1972, that decision was embodied in article 79, paragraph 1, of the Rules of the ICJ. That provision is reflected in article 97, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal. Given this and bearing in mind the relevant words, the jurisdictional act should be interpreted as meaning that the Parties wish the objections to admissibility to be joined to the merits, the wording "single phase dealing with all aspects of the me-

rits (including damages and costs)” indicating the joinder of the preliminary objections to the merits.

91. Indeed, endorsing the practice, article 97, paragraph 7, of the Rules embodies this approach. It reads: “The Tribunal shall give effect to any agreement between the parties that an objection submitted under paragraph 1 be heard and determined within the framework of the merits”.

92. Joinder to the merits would also be the result of an examination of the nature of the objections to admissibility in question. They are in fact so closely related to the merits or to points of fact or of law bearing upon the merits that one could not consider them separately without touching upon the merits (see *Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B No. 75, pp. 55-56*; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 4*; *Certain Norwegian Loans (France v. Norway), I.C.J. Reports 1956, p. 73*; *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957, pp. 150-152*).

93. In other words, joinder to the merits is required inasmuch as a decision on the objections requires consideration of the whole or virtually the whole of the merits, in short the essential points of the claims of Panama, because what Guinea-Bissau is challenging is not the admissibility of the application in the light of procedure, but the right which provides the basis for the application. These are preliminary objections of substance.

94. A judicial decision in favour of an application based on this type of objection in itself results in putting an end to the dispute as a whole, because the findings of law emanating from said decision on the objection completely eliminate the adversarial contest which had arisen from the dispute. These preliminary objections of substance are entirely in keeping with the well-established principle, under the theory of international litigation, that each party to an international dispute is entitled to assert before the tribunal called upon to resolve the dispute any argu-

ments it deems appropriate, provided they are relevant to the dispute. This principle underlies a number of provisions in the statutes and rules of international jurisdictions. For example, article 88, paragraph 1, of the Rules of the Tribunal provides: “When, subject to the control of the Tribunal, the agents, counsel and advocates have completed their presentation of the case, the President of the Tribunal shall declare the oral proceedings closed ...”.

95. It happens that rules adopted by international jurisdictions are adopted in the light of preliminary procedural objections. “However, it is of fundamental importance to note that the issues raised by a ... (preliminary) objection (of substance), while they can be characterized as ‘issues of the merits’ as much as those raised by the application instituting the proceedings in respect of the interpretation and application of the legal norm invoked in that application, remain distinct from the merits of the case of which the tribunal is seized by that same application, said merits having as their identifying element the allegations and submissions around which the application itself takes shape” (see G. Sperduti, “La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international”, *Rivista di Diritto internazionale*, 1970, Vol. 53, pp. 461-490; esp. p. 485).

EXAMINATION OF THE OBJECTIONS

96. The Government of Guinea-Bissau maintained that Panama’s claims were inadmissible in several respects. The first objection to admissibility pertains to the nationality of the *M/V Virginia G*.

97. Guinea-Bissau contests in particular:

1. The nationality of the *M/V Virginia G*;
2. The right to exercise diplomatic protection of foreigners; and
3. Non-exhaustion of local remedies.

98. In its view:

... According to submission no. [4] in its Memorial (p. 81), Panama claims that the actions taken by Guinea-Bissau, especially those taken on the 21 August 2009, against the VIRGINIA G, violated Panama's right and that of its vessel to enjoy freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea in terms of Article 58(1) of the Convention. Guinea-Bissau alleges that Panama claims are not admissible because of the missing "genuine link" (article 91(1) of the Convention) between VIRGINIA G and Panama.

... Pursuant to article 58(1) of the Convention the flag State enjoys the freedom of navigation referred to in article 87 in the exclusive economic zone. Article 58(2) refers additionally to articles 88 to 115 and other pertinent rules of the Convention. Article 90 provides in particular the right of every State "to sail ships flying its flag" and, concomitantly with this, according to article 92(1), first sentence, the ship shall be subject to the "exclusive jurisdiction" of the flag State in that zone. The right of navigation (article 90) and the status of the ship (article 92(1)) relate only to ships having the nationality of the flag State. Pursuant to article 91(1), second sentence, ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. The provision proceeds in its third sentence:

"There must exist a genuine link between the State and the ship".

... The requirement of a genuine link between the flag State and the ship qualifies the right of every State provided in article 91(1), first sentence, of the Convention to "fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag". In this respect, the function of the genuine link is to establish an international minimum standard for the registration of ships, certainly an important function in a time of increasing numbers of open registers.

... From the conception of the "genuine link" follows that a flag State can only then effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag, as required under article 94(1) of the Convention, when it can exercise

appropriate jurisdiction and control also over the owners of the ships. In the case of a bare boat charter, *mutatis mutandis*, control is necessary over the charterer or operator. This results from several provisions of the Convention: for instance, article 94(4)(a) obliges the flag State to survey the ships flying its flag. Surveying the ships by a qualified surveyor in the flag State and abroad is a necessary but not a sufficient condition for an effective exercise of the flag State's jurisdiction and control. In order to take action necessary to remedy the situation if, for example, a ship flying its flag would not conform with its rules and regulations on manning of ships, labour conditions and training of crews as provided in article 94(3), the flag States must have jurisdiction over the owner or operator of the ship as well. Otherwise its administrative and/or criminal sanctions, if necessary, would be practically ineffective.

... Moreover, the duties of the flag State set forth in article 94 are not the only ones of interest in this context. The Convention provides in article 217 additional obligations in environmental matters, to which the flag State can only live up if it is exercising effective jurisdiction and control over the ship owner or operator as well: the flag State shall provide for the effective enforcement of rules, standards, laws and regulations concerning the protection of the marine environment, "irrespective of where a violation occurs" (article 217(1), second sentence). In case of a violation it shall, where appropriate, institute proceedings (article 217(4)) including penalties (article 217(8)), or enable such proceedings upon request of another State (article 217(6)). Again jurisdiction over the Master and crew of the ship, especially if they are foreigners like in the case of the *VIRGINIA G* appears by no means sufficient for the exercise of these obligations.

... Every shipping register has to conform with certain basic conditions of the genuine link. According to what has been mentioned before with respect to the legal obligations of the flag State under articles 94 and 217 of the Convention, a basic condition for the registration of a ship is that also the owner or operator of the ship is under the jurisdiction of the flag State. Nevertheless international law, no doubt, leaves it to

the flag State to determine the basis of this jurisdiction, which can be, for example, nationality or residence or domicile of the owner or operator of the ship. But it is not possible that no link exists at all between the ship and the flag State.

... This is confirmed by the 1986 United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships, which was adopted under the auspices of UNCTAD in order to ensure or strengthen the genuine link and in order to exercise effective jurisdiction over ships. Although not yet in force, this UN Convention is an important example for the general view that the flag State must exercise effective jurisdiction and control not only over the ship, but also over its owner or operator.

... In fact, article 7 of the UN Convention demands the participation by nationals in the ownership and/or manning of the ship, expressing that

“a State of registration has to comply either with the provisions of paragraphs 1 and 2 of article 8 or with the provisions of paragraphs 1 to 3 of article 9, but may comply with both”.

... In relation to the ownership, art. 8(2) of the UN Convention states that :

“ the laws and regulations of the flag State shall include appropriate provisions for participation by that State or its nationals as owners of ships flying its flag or in the ownership of such ships and for the level of such participation. These laws and regulations should be sufficient to permit the flag State to exercise effectively its jurisdiction and control over ships flying its flag”.

... In relation to manning of the ship, art. 9 (1) of the UN Convention states that :

“subject to the provisions of article 7, a State of registration, when implementing this Convention, shall observe the principle that a satisfactory part of the complement consisting of officers and crew of ships flying its flag be nationals or persons domiciled or lawfully in permanent residence in that State”.

... Neither of these conditions was met by VIRGINIA G. In fact this vessel belongs to Penn Lilac. This company, although incorporated in Panama has to be considered as a Spanish company, as its head office and effective place of management are in Sevilla, Spain, as it is related by the Instituto Marítimo Español, and in the maritime websites.

... Besides that there is not a single member of the crew who is of Panamanian nationality or is domiciled in Panama. They are all from Cuba, Ghana and Cape Verde.

... As stated by Panama in paragraph 162 of its Memorial and it is confirmed by its Annex 29, when the vessel was arrested by the authorities of Guinea-Bissau, Manuel Samper informed the P&I Club of Spain and not the one of Panama.

... Therefore it misses the genuine link between VIRGINIA G and Panama.

... In cases of lack of a genuine link between the flag State and the ship, the coastal State should not be bound to acknowledge the right of navigation of such ship in its exclusive economic zone. This results by analogy with the rule of Article 92(2) of the Convention, which states:

“A ship which sails under the flags of two or more States, using them according to convenience, may not claim any of the nationalities in question with respect to any other State, and may be assimilated to a ship without nationality”.

... As a procedural consequence the other State may hence contest an asserted violation of this right as inadmissible in a dispute submitted to the Tribunal, because only such claims are admissible in the pending proceedings before the Tribunal, which have a valid basis in international law.

... Contrary to what Panama asserts, in the M/V SAIGA Case No. 2 the Tribunal considered “that the nationality of a ship is a question of

fact to be determined, like other facts in dispute before it, on the basis of evidence adduced by the parties”. Guinea-Bissau submits evidence that the VIRGINIA G cannot be considered of Panamanian nationality.

... As Brownlie refers:

“... It is possible to postulate a general principle of genuine link relating to the causa for conferment of nationality (and converse for deprivation), a principle distinguishable for that of effective link”.

... Guinea-Bissau alleges therefore that the registration of the VIRGINIA G under the flag of Panama does not meet the condition of an effective jurisdiction of the flag State. In fact, neither the ship owner nor the manning of the ship are of Panamanian origin, which are essential conditions to have a genuine link established between the State and the ship under article 91(1) of the Convention.

... Panama is in fact very well known for accepting the registry of any ship without asserting the existing of a link between the ship and the State. As we can see in the Merchant Marine Circular no 5 of the Panama Maritime Authority (Annex 9) there is no verification of whatsoever link between Panama and ships that are registered under Panama’s flag.”

[Counter-Memorial of the Republic of Guinea-Bissau, paras. 28 to 47]

99. With regard to the non-exhaustion of local remedies, Guinea-Bissau explains:

... Contrary to what Panama asserts in paragraphs 155 to 187 of its Reply it is clear that the submissions 4, 10, 14 and 15 presented by Panama in the interest of individuals or private entities are inadmissible, because these individuals or private entities have not exhausted the local remedies available to them in Guinea-Bissau.

... Although these claims can be based in international law they are at the same time subject to the internal law of Guinea-Bissau, which has

rules about the responsibility of the State. As the owner of the ship brought an action before the court of the Bissau with the same foundation as these proceedings, it is clear that the local remedies are not exhausted.

... In fact, there is no violation of the freedom of the ship to navigate according to international law if the ship is arrested for violation of the coastal State rights in the EEZ. If there are violations of the rights of private entities as a result of this action, these entities should have to bring independent actions before the State's courts, as it is clear that the coastal State has jurisdiction over the EEZ.

...The same happens to the cargo: its owner is not identical with the owner of the VIRGINIA G. The administrative order to discharge the gas oil in Bissau was issued under the territorial jurisdiction of Guinea-Bissau and could be impeached there, as it was a previous court order against that discharge.

...The decision of the Court was not disregarded based on an "internal" opinion as it was the opinion of the Attorney-General, who is independent of the Government according to Guinea-Bissau's law, who considered the decision to be null and void, owing to the violation of Article 400 No 2 of the Civil Procedure Code.

...Contrary to what Panama asserts, there is no discretion of the Court in applying this rule, as the hearing of the defendant is mandatory by law and in any case the State decided to appeal of this decision which has suspensive effect of the court order.

... On the contrary, the State has discretion with regard to releasing the ship, if it at any time considers its presence in the port of Bissau to be dangerous. This does not affect the possibility of the owner's continuing with the proceedings.

... Guinea-Bissau has no knowledge of any reservation made before

it, which was never seen or accepted by anyone in Bissau (see Annexes), but if that reservation has occurred, that could not prevent the necessity of exhausting the local remedies in Guinea-Bissau.

... It is clear that it is Panama that is acting in bad faith, as the objections of Guinea-Bissau are fully admissible.

... Guinea-Bissau reaffirms that in its Counter-Memorial it has set out its version of facts, as they effectively occurred.

... Guinea-Bissau reserves all its rights to introduce and rely on any new facts not mentioned in this [Rejoinder] as may be required to be introduced and developed throughout the process of this case.

... Guinea-Bissau reaffirms that Penn Lilac Trading, S.A., although incorporated in Panama has to be considered as a Spanish company, as its head office and effective place of management are in Seville, Spain, as it is recorded by the Instituto Marítimo Español and in the maritime websites.

... Guinea-Bissau reaffirms that the vessel VIRGINIA G, although registered in Panama, may also have a registration in another country. In fact, the dual Panama ship register method will allow a foreign ship that has a previous registration of two years in a foreign country to register in the Panama ship register at the same time without a cancellation of the registration of the previous country.

... As the ship was built in 1982, she surely had previous registrations before being registered in Panama in 2007, naturally to have a flag of convenience.

... Guinea-Bissau ignores the existence of any agency commission agreement between Penn Lilac and Gebaspe SL or any other entity. Annex 11 of the Memorial of Panama is not evidence of such an agreement.

... Guinea-Bissau considers that the situation of the vessel IBALLA G is totally strange to these proceedings. As Annex 12 of Panama states, IBALLA G belongs to another company, viz. Penn World Inc. Panama has not furnished any evidence whatsoever relating to the fact Penn Lilac has acquired this company, and in any case, this fact is irrelevant, as well as the fact that the ship was bareboat chartered to Penn Lilac.

...The existence of a charter party of the VIRGINIA G and IBALLA G between Gebaspe SL and Lotus Federation is totally irrelevant for this case. Guinea-Bissau is totally unaware of these companies, has nothing to do with such contract, and was never notified of its existence and content.

... As has already been referred to, the contract listed as Annex 13 of the Memorial of Panama does not allow for any payment to Penn Lilac as it is specifically stated therein that the contract will cease with the immobilization of the ship (clause 17), and so it ceased to be in force with the arrest of the VIRGINIA G, which makes its invocation irrelevant.

... In paragraphs 193 to 199 of its Reply Panama doesn't refer anything relevant to contest these facts.

... Guinea-Bissau reaffirms that it is irrelevant the presence of fishing observers from FISCAP on board the recipient vessels is irrelevant. As already referred in paragraphs 117 to 120 of its Counter-Memorial fishing observers who are on fishing vessels cannot perform enforcement operations, a legal competence of FISCAP's inspectors, the only entities competent to perform enforcement activities.

... The fact that the agency *Bijagós* informed the fishing vessels of the existence of a licence is not relevant, given that this is not an official communication, besides having been obtained days after the seizure of the ship.

[Rejoinder of Guinea-Bissau, paras. 99 to 119]

100. The Tribunal has once again missed an opportunity to give a decision embodying a response to this fundamental question which has needed answering since 1955. It could have established the legal status of the concept of genuine link. It has again shied away from examining the potential relevance of the constituent elements of the genuine link, just as it did in the *M/V "SAIGA" (No. 2) Case*.

101. In its Judgment of 14 April 2014, the Tribunal explains:

153. It is a well-established principle of customary international law that the exhaustion of local remedies is a prerequisite for the exercise of diplomatic protection. This principle is reflected in article 14, paragraph 1, of the Draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the International Law Commission in 2006, which provides that "[a] State may not present an international claim in respect of an injury to a national ... before the injured person has ... exhausted all local remedies". It is also established in international law that the exhaustion of local remedies rule does not apply where the claimant State is directly injured by the wrongful act of another State.

154. The Tribunal thus has to consider whether the claims of Panama relate to a "direct" violation on the part of Guinea-Bissau of the rights of Panama. If the answer is in the affirmative, the rule that local remedies must be exhausted does not apply.

155. It should be recalled in this respect that the Tribunal in the *M/V "SAIGA" (No. 2) Case*, faced with a similar situation, proceeded to examine the nature of the rights which Saint Vincent and the Grenadines claimed had been violated by Guinea (see *M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 10, at p. 45, para. 97). The Tribunal will follow the approach of the *M/V "SAIGA" (No. 2) Case* in the present case.

156. The rights which Panama claims have been violated by Guinea-Bissau are set out in its final submissions referred to in paragraph 54. The Tribunal notes that most provisions of the Convention referred to in the final submissions of Panama confer rights mainly on States. The Tribunal further notes that in some of the provisions referred to by Panama, however, rights appear to be conferred on a ship or persons involved. The term “ship” in those provisions can be understood to denote persons with an interest in that ship, such as an owner or operator of it.

157. When the claim contains elements of both injury to a State and injury to an individual, for the purpose of deciding the applicability of the exhaustion of local remedies rule, the Tribunal has to determine which element is preponderant. In the present case, the Tribunal is of the view that the principal rights that Panama alleges have been violated by Guinea-Bissau include the right of Panama to enjoy freedom of navigation and other internationally lawful uses of the seas in the exclusive economic zone of the coastal State and its right that the laws and regulations of the coastal State are enforced in conformity with article 73 of the Convention. Those rights are rights that belong to Panama under the Convention, and the alleged violations of them thus amount to direct injury to Panama. Given the nature of the principal rights that Panama alleges have been violated by the wrongful acts of Guinea-Bissau, the Tribunal finds that the claim of Panama as a whole is brought on the basis of an injury to itself.

158. The Tribunal considers that the claim for damage to the persons and entities with an interest in the ship or its cargo arises from the alleged violations referred to in the preceding paragraph. Accordingly, the Tribunal concludes that the claims in respect of such damage are not subject to the rule of exhaustion of local remedies.

159. In light of the above conclusion, the Tribunal does not consider it necessary to address the arguments of the Parties on either the question of a jurisdictional link or the question whether local remedies were available and, if so, whether they were effective.

102. With regard to the other two objections, it should be noted that

Panama stated that it was bringing this action “within the framework of diplomatic protection”, which has its own requirements. The conditions for its exercise are the exhaustion of local remedies and “clean hands”.

103. According to Panama,

... In a series of illogical and contradictory statements, Guinea-Bissau contests the exercise of diplomatic protection by Panama in respect of those individuals and entities which are not of Panamanian nationality (or which, according to Guinea-Bissau’s reasoning, lack a genuine link with Panama).

... Contrary to what Guinea-Bissau states in paragraph 56 of its Counter-Memorial, this is a case involving a vessel (or vessels) where a number of nationalities and interests are concerned; but first and foremost, there is the Panamanian nationality of the VIRGINIA G to which all those interests are directly connected, irrespective of nationality (on which Guinea-Bissau relies).

... [The Convention] considers a ship as a unit, as regards the obligations of the flag State with respect to the ship and the right of a flag State to seek reparation for loss or damage caused to the ship by acts of other States and to institute proceedings under article 292 of the Convention. Thus the ship, everything on it, and every person involved or interested in its operations are treated as an entity linked to the flag State, The nationalities of these persons are not relevant (added emphasis) - Saiga No. 2 Case, paragraph 106.

... The fact that Penn Lilac had entered into commercial agreements to enter the market of bunkering in West Africa and the fact that the vessel was chartered out to sellers of gas oil is by no means an uncommon practice. In the international maritime transport, a vessel’s owner charters out its vessel not traders and not as owners of the cargo, but as carriers who transport the merchandise from one place to another under a charter contract. Panama does not agree with Guinea-Bissau’s reasoning that the fact that Penn Lilac had entered into commercial agreements

with different companies to develop its commercial activity somehow diminishes the Panamanian nationality of the VIRGINIA G and or Penn Lilac, and that, consequently, Panama has no right to claim for the damages caused to the company and the vessel registered in its country.

... Article 18 of the Draft Articles on Diplomatic Protection is misinterpreted by Guinea-Bissau, who sees the concept of “injury” literally, rather than in the broader legal sense as understood within the context of State responsibility under international law.

... Indeed, Article 18 of the Draft Articles on Diplomatic Protection finds its application in this case, and in precisely the opposite manner as would be applied by Guinea-Bissau. In this case the Embassies of Cuba and of Spain intervened in relation to the retention and refusal to return the passports by the Government or Guinea-Bissau to their citizens, taking into account that according to what it is established internationally, a passport belongs to the country of issuance. Contrary to what Guinea-Bissau states, such intervention does not exclude or otherwise prejudice intervention by Panama as the flag State of the VIRGINIA G.

... Article 18 is clear in stating that the right of the State of nationality of the member of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of the ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.

[Reply of the Republic of Panama, paras. 148 to 154]

104. In the view of Guinea-Bissau,

... In its Memorial (paragraphs 15-21) Panama claims that it has locus standi in this action against Guinea-Bissau within the framework of diplomatic protection, invoking the UN Draft Articles on Diplomatic Protection.

... However the framework of diplomatic protection does not give

Panama locus standi referring to claims of persons or entities that are not nationals of Panama.

... In fact Article 1 of the (UN) Draft Articles on Diplomatic Protection expressly states that

“diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State *to a natural or legal person that is a national of the former State* with a view to the implementation of such responsibility” (emphasis added).

... Article 18 of the Draft Articles on Diplomatic only refers to the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of the crew members of that ship, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act, which is not the case here.

... Contrary to what Panama asserts, this is not a case involving vessels where a number of nationalities and interests are concerned, therefore the judgment of the *M/V SAIGA No. 2* Case quoted by Panama is not applicable. In fact, neither the owner nor even a single member of the crew of VIRGINIA G is of Panamanian nationality.

... Besides that Panama itself states (Memorial paragraphs 65-68) that Penn Lilac entered into an agency commission agreement with Gebaspe SL, a Seville-based Spanish Company (as Penn Lilac) and Gebaspe SL chartered the ship to Lotus Federation, an Irish company.

... As in this case there is not a single person or entity related to the vessel VIRGINIA G which is of Panamanian nationality, Panama is not entitled to present claims for damages in respect of anyone involved in this case.

... No State may claim protection of persons in international law

who are not its own nationals. In the case pending on the merits before the Tribunal, Panama asserts protection before the Tribunal for all crew's members and for the owners of ship and cargo. It is undisputed here that none of these persons are nationals of Panama.

... In this case there were other States such as Spain and Cuba that claimed diplomatic protection for the crew's members who are their nationals and demanded the release of the ship, which is a clear demonstration that Panama has nothing to do with this case.

... Panama is therefore not entitled to bring this action against Guinea-Bissau within the framework of diplomatic protection.

[Counter-Memorial of the Republic of Guinea-Bissau, paras. 52 to 61]

105. As regards the exhaustion of local remedies, Panama explains:

... In Chapter II.IV of its Counter-Memorial (paragraphs 62 to 75), Guinea-Bissau sets out its third and final objection to the admissibility of Panama's claims, stating that certain claims advanced by Panama in the interest of individuals or private entities are inadmissible on account of those individuals or private entities not having exhausted the local remedies available to them in Guinea-Bissau. Panama rejects Guinea-Bissau's contentions, for the reasons set out hereunder.

... Guinea-Bissau states further "As the parties to this dispute have not agreed to exclude the local remedies rule in their Special Agreement, article 295 of the Convention has to be taken into account in the proceedings on the merits of the dispute".

... Guinea-Bissau has taken objection to four of the eighteen submissions presented by Panama to the International Tribunal, specifically submissions 4, 10, 14 and 15:

... For the abovementioned reasons, or any of them, or for any other

reason that may be submitted during the procedure, or that the International Tribunal deems to be relevant:

Panama respectfully requests the International Tribunal to declare, adjudge and order that:

...

... The actions taken by Guinea-Bissau, especially those taken on the 21 August 2009, against the VIRGINIA G, violated Panama's right and that of its vessel to enjoy freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea in terms of Article 58(1) of the Convention ;

...Guinea-Bissau used excessive force in boarding and arresting the VIRGINIA G, in violation of the Convention and of international law;

... Guinea-Bissau is to immediately return the gas oil confiscated on the 20 November 2009, of equivalent or better quality, or otherwise pay adequate compensation;

... Guinea-Bissau is to pay in favour of Panama, the VIRGINIA G, her owners, crew and all persons and entities with an interest in the vessel's operations (including the IBALLA G), compensation for damages and losses caused as a result of the aforementioned violations, in the amount quantified and claimed by Panama, or in an amount deemed appropriate by the International Tribunal;

... Guinea-Bissau submits that the above claims are "espoused" by Panama in the interest of individuals or private entities that have not exhausted the local remedies available to them in Guinea-Bissau. At the same time, Guinea-Bissau acknowledges that the mentioned claims can be based on international law, but that they are, at the same time, subject to the internal law of Guinea-Bissau, and that since the owner of the ship brought an action before the Court of Bissau with the same foundation of the proceedings before the International Tribunal, then it is clear, in Guinea-Bissau's view, that the local remedies are not exhausted

... Panama states, however, that the proceedings brought before this International Tribunal relate to a dispute arising between Panama and Guinea-Bissau, where Panama claims reparation at international law for a direct breach by Guinea-Bissau of its obligations under international law, specifically, but without limitation, under the provisions of the Convention (UNCLOS).

... The Convention itself provides for compensation to be received by a vessel for loss or damage that may have been sustained as a result of unjustified arrest (article 111(8)); however, before the International Tribunal, the action has not been instituted by the vessel itself (in rem) but by the State of Panama. Therefore, when Panama claims for compensation for the violation of “Panama’s right and that of its vessel to enjoy freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea in terms of article 58(1) of the Convention” against the VIRGINIA G and for “Guinea-Bissau[‘s] [use of] excessive force in boarding and arresting the VIRGINIA G, in violation of the Convention and of international law”, then it is evident that Panama is asserting its own rights to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. Put another way, Panama is claiming a violation of its own right to secure, in respect of vessels flying its flag, freedoms for which the Convention provides.

... In a similar manner, Panama’s claim for compensation in respect of the seizure of the cargo of gas oil and Panama’s claim to be compensated for damages and losses sustained by the vessel, her owners, crew and all persons and entities with an interest in the vessel’s operations, is a claim for compensation for a violation of Panama’s right to ensure respect for the rules of international law, in respect of the vessel, her owners, crew and all persons and entities with an interest in the vessel’s operations.

... Contrary to what Guinea-Bissau states in paragraph 67 of its Counter-Memorial, Panama contends that there was a violation in respect of a vessel flying its flag (and endowed with Panamanian nationality) in that the VIRGINIA G was boarded and detained in breach of

international law provisions, specifically the provisions of articles 58, 56 and 73 (as more amply set out in Panama's Memorial, and in the relevant sections below).

... The situation was aggravated when the arrest and detention were carried out using excessive, disproportionate or otherwise unreasonable force or intimidation, which was prolonged beyond any measure of reason, and when the valuable cargo was illegally seized, all of which was in contravention of the provisions of international law (as more amply set out in Panama's Memorial, and in the relevant sections below).

... Therefore, Panama brings the claims based upon its rights as a flag State, as granted to it, as a State, under the provisions of the Convention. As a flag State, Panama has the duty to safeguard the interests of natural and legal persons who are subject to the protection of Panama and, should the International Tribunal find in favour of Panama's submissions, then Panama will be able to receive compensation for the violations it suffered, and allocate the respective portions of compensation that it may be awarded to the natural and legal persons who suffered damages and losses as a consequence of Guinea-Bissau's breaches of its international obligations.

... In the alternative, and without prejudice to the above, Panama does not agree with Guinea-Bissau in that there was a jurisdictional link on account of a temporary injunction being obtained against Guinea-Bissau's seizure of the vessel and cargo.

... Guinea-Bissau claims (in paragraph 68 of its Counter-Memorial) that the cargo (belonging to a different person than the owner of the vessel) was under the jurisdiction of Panama as long as it remained on board the VIRGINIA G, but that this link was severed before a claim for compensation could arise when the gas oil cargo was discharged in the Port of Bissau. Guinea-Bissau also claims (in paragraph 69 of its Counter-Memorial) that Guinea-Bissau could exercise its territorial jurisdiction over the ship, its crew and cargo as it was in port.

... Yet, Guinea-Bissau acknowledges that the local remedies rule is

excluded in the absence of a link between the vessel, its crew members and cargo, on the one hand, and the coastal State, on the other hand.

... Panama will have additional opportunity below to present (or reiterate) its views and legal arguments to the International Tribunal in reply to Guinea-Bissau's understanding of the "legality" of the seizure of the cargo and of the arrest and detention of this VIRGINIA G. For present purposes, Panama states that the vessels and her crew were not merely "involuntarily" in the Port of Bissau, as Guinea-Bissau attempts to conveniently portray the circumstances.

... The vessel was taken there, under force of arms, having been arrested violently and without warning then ordered to navigate to port under perilous conditions (in complete disregard of the rules of safety at sea), with the crew kept at gun-point and all documents and passports confiscated, then was detained for 14 months. During this time, the gas oil cargo was seized without basis at law, and in direct defiance of a Court order.

... It cannot be maintained that the actions of Guinea-Bissau, and their effects, are legitimised by reason of the vessel being in port and, therefore in Guinea-Bissau's territorial waters. Likewise, Guinea-Bissau cannot argue that the claim for compensation concerning the seizure of the gas oil cargo is separate and independent from Panama's claim relating to its right of navigation and its jurisdiction over the VIRGINIA G, when the gas oil cargo was seized violently and abusively, under the "authority" of an administrative order (based on an "internal" opinion (rather than a supporting Court order) executed ten days in advance of the date of issuance), as will be explained in the relevant sections below.

... The VIRGINIA G may have entered the EEZ of Guinea-Bissau to conduct bunkering activity (which, in any case, Panama contends falls within the freedom of navigation and outside the jurisdiction of Guinea-Bissau), however, a Panamanian vessel (and her crew) which is treated in the manner described in Panama's Memorial (and meagrely retorted by Guinea-Bissau) and brought under force to the Port of Bissau in

breach of international law of the sea, can hardly be said to have created a voluntary, conscious and deliberate connection between themselves and Guinea-Bissau, such that Panama would be prevented from advancing a claim in respect of a violation of its rights, until local remedies had been exhausted.

... The VIRGINIA G was boarded and arrested outside territorial waters, and in the EEZ of Guinea-Bissau, and the claims of Guinea-Bissau to exercise jurisdiction in that zone are excessive and unfounded. There cannot be an obligation to exhaust local remedies in relation to an act done by the State having no jurisdiction in international law.

... In the alternative, and without prejudice to the above, the local remedies rule cannot apply where there is no effective remedy to exhaust.

The texts and cases on the rule of exhaustion of local remedies have been studied by Professor Ian Brownlie who concludes that a fair number of writers and arbitral awards have been willing to presume ineffectiveness of remedies from the circumstances, for example on the basis of evidence that the courts were subservient to the executive.

... The suspension of the CIFM Decision by the regional Court of Bissau was abusively and unjustly disregarded by Guinea-Bissau, not following a counter-order of the Court, but merely on the basis of an “internal” opinion of the Attorney General of Guinea-Bissau (as admitted by Guinea-Bissau in its Counter-Memorial, and accompanying Annex).

... The cover letter to the Attorney General’s opinion (Counter-Memorial Annex 8) states that:

... we deem that the decision to confiscate the offending ship with its tackle, equipment and products found on board to have been correct. We therefore have no reservation in regard to the use of the fuel that this ship was transacting in our EEZ.

... What Guinea-Bissau then submits is an opinion which far from offers certainty as to the nullity of the Court's order. Indeed, the first paragraph under heading "4. Law" on page 43 of the Counter-Memorial Annex bundle states (with added emphasis):

Dispensing with analysing whether the Ruling that granted the petitioned interim measure was a good one, we care to state that the interpretation of no. 2 of article 400 of the CPC (Civil Procedure Code) which states that "the Court will hear the defendant, if the hearing does not endanger the purpose of the interim measure (...)" is moot.

... Guinea-Bissau's justification, therefore, is that the Court adopted the interim measure without first hearing the opposing party – that is, the government. On this basis, Guinea-Bissau considered that this violation legally implies that such decision is null ... and the Attorney General of the Republic of Guinea-Bissau did inform the Government of this state of affairs (Counter-Memorial paragraph 190).

...It is absurd and highly abusive for the government of Guinea-Bissau to have chosen to disregard an interim order on the basis of a moot point, when it was in the Court's full discretion to determine whether hearing the defendant would endanger the purpose of the interim measure, and then to have reached the conclusion on the basis of an inconclusive opinion citing a moot point, and finally concluding that this legally implies that such decision is null. Guinea-Bissau obtained and relied on an opinion of the Attorney General, an "internal legal opinion", so to speak, rather than convincing the Regional Court that the interim order was not validly issued (as is alleged).

... Therefore, the precautionary remedy purportedly available in Guinea-Bissau was rendered ineffective by virtue of the forceful and unjust manner in which Guinea-Bissau acts above the law, such that the owner of the VIRGINIA G. The only viable option was for Panama to submit the matter to international arbitration or the International Tribunal, such that Guinea-Bissau could be challenged on an international

level, and in a manner that would be effective.

... Panama must reiterate (Panama having already provided the International Tribunal with details in its Memorial, paragraph 207 et seq.) that the owner of the VIRGINIA G filed a request for the suspension of the confiscation measures before the Court of Bissau. By Order dated 5 November 2011, the Court of Bissau issued a judgment ordering the Secretary of State for Fisheries to “refrain from the practice of any and all acts relating to the confiscation of the vessel VIRGINIA G and its products on board and that the applicant’s (Penn Lilac) crew is allowed entry to the vessel to proceed with their usual services” (Annex 54 of the Panama’s Memorial).

[Reply of the Republic of Panama, paras. 155 to 180]

106. Guinea-Bissau states:

... Guinea-Bissau further contests the admissibility of certain claims espoused by Panama in the interest of individuals or private entities, because these individuals or private entities have not exhausted the local remedies available to them in Guinea-Bissau.

... The requirement of the so-called “local remedies rule” is provided in article 295 of the Convention which reads:

Article 295
Exhaustion of local remedies

“Any dispute between States Parties concerning the interpretation or application of this Convention may be submitted to the procedures provided for in this section only after local remedies have been exhausted where this is required by international law.”

... As the parties to this dispute have not agreed to exclude the local remedies rule in their Special Agreement article 295 of the Convention has to be taken into account in the proceedings on the merits of the

dispute.

... Panama has alleged the following claims in the interest of individuals or private entities contending the violation of these rights and ensuing liability for damages or compensation for loss:

a) The right of Panama and the VIRGINIA G “to enjoy freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea” (Memorial, page 77, submission 4);

b) Guinea-Bissau used excessive force in boarding and arresting the VIRGINIA G (Memorial, page 77, submission 10);

c) Guinea-Bissau is to immediately return the gas oil confiscated on 20 November 2009, of equivalent or better quality, or otherwise pay adequate compensation (Memorial, page 86, submission 14);

d) Guinea-Bissau is to pay in favour of Panama, the VIRGINIA G, her owners, crew and all person and entities with an interest in the vessel’s operations (including the IBALLA G), compensation for damages and losses caused as a result of the aforementioned violations (Memorial, page 78, submission 15).

... Although these claims can be based in international law they are at the same time subject to the internal law of Guinea-Bissau, which has rules about the responsibility of the State. As the owner of the ship brought an action before the court of the Bissau with the same foundation of these proceedings, it is clear that the local remedies are not exhausted.

... In fact, there is no violation of the freedom of the ship to navigate according to international law if the ship is arrested for violation of the coastal State rights in the EEZ. If there are violations of the rights of private entities as a result of this action, these entities should have to bring independent actions before the State’s courts.

... The same happens to the cargo: its owner is not identical with the

owner of the VIRGINIA G. As Panama expressly states in its Memorial (para. 68) the cargo belongs to the Lotus Federation, an Irish Company. It had been under the flag State's jurisdiction as long as it remained on board the ship. But this link had been severed before a claim to compensation could arise, when the gas oil was discharged in the Port of Bissau on 30 November 2009. The administrative order to discharge the gas oil in Bissau was issued under the territorial jurisdiction of Guinea-Bissau and could be impeached there, as it was a previous court order against that discharge.

... Although the VIRGINIA G was not voluntarily in the Port of Bissau, Guinea-Bissau could exercise its territorial jurisdiction over the ship, its crew and the cargo while it was in port because, as it is alleged and will be stated below, the detention of the ship was in conformity with international law.

... Besides that, taking the value of the gas oil into account, the alleged violation of the flag State's right to navigation is by no means preponderant to the claim concerning the cargo. Therefore the claim to compensation concerning the gas oil cargo is separate and independent from the Panama's claims relating to its right of navigation and its jurisdiction over the ship. It can be based on a direct breach of internal law, as it was duly exercised before the courts of Guinea-Bissau.

... The local remedies rule is not excluded in this case by the absence of a link between the ship, its crew's members and cargo, on the one hand, and the coastal State, on the other hand. In this case it is clear that link exists as a temporary injunction against the confiscation of the vessel and the cargo was brought before the Bissau court and issued by it.

... In fact, such link has been established by the VIRGINIA G, when the ship came voluntarily into the exclusive economic zone of Guinea-Bissau for the purpose of bunkering foreign fishing vessels. The VIRGINIA G was chartered especially for bunkering activities off the coast of West Africa, including bunkering in the mentioned zones of Guinea-

Bissau, and its gas oil cargo should serve, and actually did serve, this purpose.

...The ship did not merely sail in transit through these maritime zones but entered them in order to conduct certain activities of an economic nature within the EEZ of Guinea-Bissau. By conducting these activities the ship has established a voluntary, conscious and deliberate connection with the coastal State and therefore can be subject to its jurisdiction.

... In the light of the coastal State's jurisdiction over its exclusive economic zone, the presence of the ship in its territorial sea or internal waters deems to be no longer necessary in today's international law for the ship to be subject to the jurisdiction of the coastal State. In fact, if a foreign oil tanker comes voluntarily and intentionally to the exclusive economic zone for economic purposes, it has to be considered that the tanker has established a sufficient link with the coastal State.

... Guinea-Bissau claims therefore that the owner of VIRGINIA G did not exhaust the local remedies available in Guinea-Bissau. In fact, it has obtained a temporary injunction against the confiscation of the vessel and cargo and there is still an action pending in the court of Bissau relating to this situation. The owner of the cargo could also impeach the decision of confiscation of the oil cargo in the courts of Guinea-Bissau. Therefore it is clear that local remedies are not exhausted according to Article 295 of the Convention.

[Counter-Memorial of the Republic of Guinea-Bissau, paras. 62 to 75]

107. Diplomatic protection proceeds from the personal jurisdiction of the State. The link of allegiance is the link of nationality. This legal institution, which is customary in nature, may manifest itself in purely procedural actions or in litigation: a government may take action through its diplomatic agents (like Spain or Cuba in this case) or the State may espouse an individual claim which gives rise to an action by which the State appropriates the claim and brings the dispute before an international court or tribunal (like Panama in this case); the national can be a natural person, a legal person or the vessel.

108. By their very nature, diplomatic protection and international responsibility are closely linked. The latter has its origins in an internationally wrongful act while the former has its origins in damage suffered by a national of a State. The State takes up the damage suffered by the national whom it will represent in an international forum, as the individual does not enjoy international immediacy. He must have satisfied both of two necessary conditions. First, he must have exhausted all local remedies. Diplomatic protection is then subject to a final judicial decision. And the individual is also under an obligation to act in a certain manner: his conduct must be irreproachable. This is also known as having “clean hands”.

109. The local remedies rule represents a procedural condition which draws the individual into the proceedings. It requires him in the case of dispute first to seek a solution in the domestic legal system.

110. The rule is fundamental because it makes the proceedings subject to the conduct of the individual in domestic law. It is inseparable from diplomatic protection and constitutes a customary rule of international law, which is to say it is binding on all States.

111. Diplomatic protection is an international claim linked to State responsibility and the rule allows State sovereignty to be respected. Where damage has been caused to an individual, that individual must seek to obtain reparation from the courts or tribunals of the State alleged to be responsible. It has been asserted that the international responsibility of the State was linked to the application of the rule :

The respondent State has availed itself of the opportunity of redressing the alleged wrong by its own means and within the framework of its own domestic legal system. [A. Trindade, “Origin and historical development of the rule”, RBDI, 1976, p. 499-527]

112. *In the Mavrommatis case*, the Permanent Court stated:

It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels.

[*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J.*, p. 12].

113. Similarly, in the *Case concerning the Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, the Permanent Court stated:

The local remedies rule implies the exhaustion of all appeals, including appeals to the Court of Cassation, a decision by which alone renders the judgment final either by annulling the judgment of the Court of Appeal and sending the case back for a re-trial, or by rejecting the appeal.

[*Judgment, P.C.I.J., 1939, Series A/B, no. 77, p. 79*]

114. In the *Interhandel case*, the ICJ stated:

The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law.

[*Interhandel (Switzerland v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 27*]

115. In the *Case concerning Elettronica Sicula*, the Court speaks of “an important principle of customary international law” (*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 42*).

116. The fundamental basis for the rule is ensuring respect for the sovereignty of the State because, according to the Court, direct intervention by the State of nationality would be a violation of “an important principle of customary international law”. Such intervention could also be viewed as interference in the internal affairs of a State. For that reason, the rule features prominently in treaty relations between States.

117. The rule is a necessary precondition for the implementation of diplomatic protection. The victim must exhaust all judicial, administrative, ordinary-law or extraordinary remedies in order to obtain a final, non-reviewable decision.

118. The rule is both a condition for the international action of the State and a condition for invoking the international responsibility of a State, hence its fundamental and mandatory character.

119. In its third report on international responsibility, article 15 of the draft codification stipulates:

An international claim brought for the purpose of obtaining reparation for injuries alleged by an alien ... shall not be admissible until all the remedies established by municipal law have been exhausted.

[ILC Yearbook, 1958, Vol. II, p. 57]

120. In the second report on diplomatic protection, in 2001, the Special Rapporteur John Dugard outlined developments relating to the rule.

121. Article 10 of the draft codification provides:

1. A State may not bring an international claim arising out of an injury to a national ... before the injured national has ... exhausted all available local legal remedies in the State alleged to be responsible for the injury.

2. "Local legal remedies" means the remedies which are as of right open to natural or legal persons before judicial or administrative courts or authorities whether ordinary or special. [Article 10 of the ILC second report on diplomatic protection, at www.un.org]

122. Articles 12 and 13 make the rule a condition for the admissibility of the application, or the international claim, on the one hand, and a necessary precondition for invoking the international responsibility of

a State, on the other.

123. In the present case, the Tribunal did not directly address this question. Instead, it applied itself to recharacterizing the dispute by transforming Panama's espousal of individual claims (international dispute) into direct damage suffered by that State, thereby turning it into a purely inter-State dispute, so as then to rule on the applicability of the local remedies rule.

The Tribunal wishes to underline, therefore, that its task in the present case is to deal with a dispute relating to bunkering activities in support of foreign vessels fishing in the exclusive economic zone of a coastal State [Judgment, para. 207]. The Tribunal points out that, as noted earlier, the *M/V Virginia G*, flying the flag of Panama, provided gas oil to foreign vessels fishing in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau and was arrested for that activity by the authorities of Guinea-Bissau [Judgment, para. 206].

Panama itself set out the terms of the dispute as follows:

Panama is bringing this action against Guinea-Bissau within the framework of diplomatic protection. Panama takes the cause of its national and the vessel VIRGINIA G with everything on board, and every person and entity involved or interested in her operations, which, it is claimed, has suffered injury caused by Guinea-Bissau.

It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law [Memorial, paras. 15 and 16].

124. The procedure is strangely reminiscent of the approach taken

in the M/V “SAIGA” (No. 2) Case (para. 99 et seq.), where the Tribunal explained that a prerequisite for the application of the rule is that there must be a jurisdictional connection between the person suffering damage and the State responsible for the wrongful act which caused the damage. According to the Tribunal, the existence of that jurisdictional connection must be determined in the light of the findings of the Tribunal on the question whether the Respondent’s application of its laws was permitted under the Convention. In the event of a negative response, it would follow that no jurisdictional connection existed and that, consequently, the rule that local remedies must be exhausted does not apply in the present case.

125. The Tribunal cannot recharacterize the dispute because it would be acting *ultra vires*. Such recharacterization would, first of all, make the arguments put forward by the Respondent in its defence entirely irrelevant and, in doing so, would breach the principle of equality of the parties.

126. Such an approach is contrary to the principle of equality of arms, which governs all inter partes proceedings; it runs counter to the basic principles of due process, which are fundamental to all proceedings brought before international courts or tribunals.

127. This recharacterization of the dispute transforms its nature from that set out in the application, according to which Panama is bringing the action “within the framework of diplomatic protection. Panama takes the cause of its national and the vessel *M/V Virginia G* with everything on board, and every person and entity involved or interested in her operations, which, it is claimed, has suffered injury caused by Guinea-Bissau” (Memorial, para. 15).

128. As we know, for a claim to be admissible, it must arise directly out of the application or must have been implicit in the application (see *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 266, para. 67).

129. Furthermore, article 24, paragraph 1, of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea provides:

Disputes are submitted to the Tribunal, as the case may be, either by notification of a special agreement or by written application, addressed to the Registrar. In either case, the subject of the dispute and the parties shall be indicated.

130. Similarly, article 54, paragraph 1, of the Rules provides that:

When proceedings before the Tribunal are instituted by means of an application, the application shall indicate the party making it, the party against which the claim is brought and the subject of the dispute.

131. The Tribunal has ruled (The *M/V "Louisa" Case*, para. 143) that while the subsequent pleadings may elucidate the terms of the application, they must not go beyond the limits of the claim as set out in the application. In short, the dispute brought before the Tribunal by an application cannot be transformed into another dispute which is different in character.

132. In this regard, reference can be made to the PCIJ and ICJ jurisprudence in which those courts have been called upon to interpret those provisions in their respective Statutes and Rules concerning the "dispute".

133. The Permanent Court of International Justice stated:

[U]nder Article 40 of the Statute, it is the Application which sets out the subject of the dispute, and the Case, though it may elucidate the terms of the Application, must not go beyond the limits of the claim as set out therein.

[*Prince von Pless Administration, Order of 4 February 1933, P.C.I.J Series A/B No 52, p. 14*]

134. It added in the *Société Commerciale de Belgique* case:

[T]he liberty accorded to the parties to amend their submissions up to the end of the oral proceedings must be construed reasonably and without infringing the terms of Article 40 of the Statute and Article 32, paragraph 2, of the Rules which provide that the Application must indicate the subject of the dispute.

[*Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J Series A/B No 78, p. 17*]

135. The International Court of Justice confirmed this jurisprudence in *Certain Phosphate Lands in Nauru and in Oil Platforms*. In the latter case, it declared:

It is well established in the Court's jurisprudence that the parties to a case cannot in the course of proceedings “transform the dispute brought before the Court into a dispute that would be of a different nature”. (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 265, para. 63*)

[*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 213, para. 117*]

136. There are no special circumstances in the present case to justify a departure from that jurisprudence.

137. The Tribunal, interpreting article 24, paragraph 1, of its Statute and article 54, paragraphs 1 and 2, of its Rules, has concluded that those provisions are essential from the point of view of legal security and the good administration of justice (see *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 267, para. 69*).

138. For these reasons, the Tribunal cannot allow a dispute brought before it by an application to be transformed, in the course of the proceedings, into another dispute which is different in character.

139. The Tribunal may accept jurisdiction to interpret the submis-

sions of the parties presented to it, which allows it, where it deems necessary, to refrain from responding to them (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States of America)*, *I.C.J. Reports, 1954*, p. 88). On the other hand, it may neither modify the nature of a dispute nor rule ultra petita or grant the parties more than what they have claimed in their submissions (*Asylum (Colombia v. Peru)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402; see also *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Assessment of Amount of Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 244).

140. As regards the confiscation of the *M/V Virginia G* and its cargo,

On 27 August 2009, the Inter-Ministerial Commission for Maritime Surveillance of Guinea-Bissau (*Comissão Interministerial da Fiscalização Marítima*) (hereinafter “CIFM”) adopted the following decision 07/CIFM/09:

Confiscate ex-officio the tanker VIRGINIA G, with its gear, equipment and products on board in favor of the State of Guinea-Bissau for the repeated practice of fishing related activities in the form of unauthorized sale of fuel to ships fishing in our EEZ, namely the N/M AMABAL [II], in accordance with paragraph 1 of Article 52, as currently worded in Decree No. 1-A/2005 in conjunction with Article 3c) and Article 23, all of Decree-Law No. 6-A/2000.

FISCAP notified the ship-owner of the CIFM decision by letter dated 31 August 2009 (*Judgment*, para. 64).

141. It might be considered that the *M/V Virginia G* was confiscated *ope legis*, pursuant to the fisheries laws and regulations of the coastal State. Article 52, paragraph 1, of Decree-Law 6-A/2000 (as amended by Decree-Law 1-A/2005) provides:

All industrial or artisan fishing vessels, whether national or foreign, which carry out fishing activities within the limits of national maritime waters, without having obtained the authorization in terms of Article 13 and 23 of this law, will be seized ex officio, with their gear, equipment

and fishery products in favour of the State, by the decision of a member of the Government responsible for Fisheries.

142. If there were violations of the rights of private entities as a result of this action, these entities should bring independent actions before the courts of the State of Guinea-Bissau.

143. The same applies to the cargo. Its owner is not the owner of the *M/V Virginia G*. As Panama states (Memorial, para. 68), the cargo belongs to an Irish company, *Lotus Federation*. It was under the flag State's jurisdiction as long as it remained on board the ship. But this link had been severed before a claim to compensation could arise, when the gas oil was discharged in the port of Bissau on 30 November 2009. The administrative order to discharge the gas oil in Bissau was issued under the territorial jurisdiction of Guinea-Bissau and the validity of that order could be challenged at that level.

144. Moreover, the local remedies rule is not excluded on the ground that there is no jurisdictional link between the vessel, its crew and the cargo, on the one hand, and the coastal State, on the other. That link is proven by the fact that an application was made to the Court of Bissau for an order for provisional measures to halt the confiscation of the vessel and its cargo and that that Court made an order to that effect.

145. The system of local remedies in Guinea-Bissau is well developed. Decree-Law 6-A/2000 on fisheries and the Code of Civil Procedure cast light on the subject.

146. Three remedies are available to the owner of the vessel. First of all, prompt release, a procedure that can be combined with a request for a settlement ("*transação*"). Second, an action brought before the Regional Court of Bissau for judicial review of the administrative decision on confiscation. That action can be accompanied by a request for a settlement ("*transação*") and a request for a provisional measure to suspend execution of the administrative decision on confiscation. Lastly, a third remedy is a request to the Inter-Ministerial Fisheries Commission for

conversion of the administrative decision on confiscation into a fine, the amount of which is fixed by settlement (“*transação*”).

147. With regard to prompt release, article 65 of Decree-Law 6-A/2000 provides:

1. By order of the competent court, ships or fishing vessels and their crews will be immediately released, before the hearing, at the request of the ship owner, the Captain or the master of the ship or vessel, or his local representative, provided enough bond is posted.

2. The court order mentioned in the preceding paragraph shall be issued within a maximum of 48 hours after the filing at court of the petition to have ship and crew released.

3. The amount of the bond shall not be lower than the costs of seizure and apprehension, possible repatriation of the crew plus the amount of the fine for which the perpetrators of the infringement are liable.

4. In the case of infringements for which this decree prescribes or authorizes confiscation of the catches, fishing gear and ship, the court may add the value of the catches, fishing gear and ship to the amount of the bond.

148. The bond will be immediately returned if a decision is handed down acquitting the accused or, where the court finds the perpetrator(s) guilty of the offence, if the fines imposed on them have been paid in full, together with costs and other procedural expenses and any default interest, in accordance with the order and within thirty days. Fines for fishing offences are laid down in article 54, paragraph 2, of the Decree-Law.

149. The second remedy is an action brought before the Regional Court of Bissau for judicial review of the administrative decision on confiscation. An action for annulment may be brought against any administrative act, such as the decision on the confiscation of the *M/V Virginia G*. The action can be turned into a settlement as “the member of

the Government responsible for Fisheries may, upon express authorization by the Inter-Ministerial Fisheries Commission, reach a settlement on behalf of the State in the course of the judicial proceedings relating to the offences covered by this decree-law” (article 62, para. 2).

150. Another possibility is to submit, at the same time as an action on the merits of the administrative decision on confiscation, a request for an urgent provisional measure suspending the immediate execution of that decision (“*executoriedade*”). The conditions that must be fulfilled are: a) the presumption that the claim is well founded (“*fumus boni iuris*”), b) the concern to preserve the integrity of the law in question, and c) the balancing of the parties’ interests so that the damage caused to the opposing party by the provisional measure is no greater than the damage that would result from the immediate execution of the administrative decision (article 401, para. 1, of the Code of Civil Procedure). As the defendant, the State may appeal against the decision suspending the execution of the administrative decision (“*agravo*”), which is an appeal against a judicial decision which does not rule on the substance of the main action (article 401, para. 2, of the Code of Civil Procedure).

151. For there to be an action for a provisional measure there must also be a main action. The provisional-measure proceedings can be initiated before the main proceedings, at the same time or afterwards. However, the provisional measure ceases to have effect if the main action has not been brought within thirty days of the measure being granted or if it is not enforced for more than thirty days through the fault of the applicant (article 382, para. 1, of the Code of Civil Procedure). Since an appeal against a provisional measure ordered by a court or tribunal automatically falls under the jurisdiction of a higher court and is urgent, that appeal has suspensive effect on the provisional measure (article 740, para. 1, of the Code of Civil Procedure).

152. The third remedy is a request made to the Inter-Ministerial Commission to convert the decision on confiscation into a fine, the amount of which is fixed by settlement. It is regulated by article 62 of the Decree-Law. Once the fine has been fixed, the case file is sent to the

Regional Court of Bissau by the Public Prosecutor's department. The Regional Court assesses the grounds on which it is based. Nevertheless, as soon as this action has been brought, the person concerned may seek to settle in accordance with article 62, paragraph 2, of the Decree-Law.

153. In the present case, the prompt release procedure under article 65 of the Decree-Law would seem to be the most effective remedy as it can be effected within 48 hours through the posting of a bond, which can be the subject of a settlement. The owner of the *M/V Virginia G* did not explore this option. It is wrong now to claim that the expense incurred would have been prohibitive.

154. The owner did not turn to the competent authorities. Instead, it turned to FISCAP, which is simply a surveillance division which identifies infringements and draws up reports which it transmits to the Minister responsible for fisheries, who sends the case file to the court or tribunal having jurisdiction through the Public Prosecutor, unless a settlement is reached.

155. Under article 60 of the Decree-Law, fines in respect of infringements of the law must be paid within 15 days of the sentence being pronounced or the fine being imposed by the Inter-Ministerial Fisheries Commission. The deadline may be extended by the same period at the request of the owner of the vessel. Upon the expiry of that deadline the confiscation becomes definitive (article 60, para. 3). The owner of the *M/V Virginia G* had been warned by its representative in Bissau (Mr Alvarenga, Africargo), who had informed it that: a) the case was the responsibility of the Inter-Ministerial Commission and not of FISCAP (statement by Mr Samper, Annex 4 of the Memorial of Panama, p. 5); b) it had 15 days to appeal against the decision on confiscation or to reach a settlement (*ibid.*); c) Penn Lilac should contact its lawyers as the deadline of 15 days would expire shortly (*ibid.*, p. 6).

156. In addition it was to the owner's "great surprise" to learn, by notification of 23 September 2009, that the deadline had expired without any action from it and that, if it did not act within the next 72 hours, the

cargo would be sold at public auction (*ibid.*, p. 7).

157. It was only when it was informed that the gas oil was to be discharged that the owner turned to a court for the first time to apply for a provisional measure suspending the administrative decision on confiscation, that is to say on 29 October 2009 (Republic of Guinea-Bissau's answers to the questions put by the International Tribunal for the Law of the Sea on 6 September 2013, p. 3). In addition, it was not until 4 December 2009 that the owner initiated the main appeal proceedings against the administrative decision on confiscation (*ibid.*, p. 3-4), i.e. the deadline fixed in article 60 of the Decree-Law had expired some time previously. In the face of such curious conduct, it is easier to understand the statement made by the owner's representative, where he explains (Annex 5 of the Memorial of Panama, Mr Gamez Sanfiel):

We did not want to use the mechanism of prompt release under article 292 of UNCLOS because we had been led to believe that a solution to the matter was possible, However, as time went by, the costs of the Virginia G's maintenance whilst under detention increased dramatically and it disabled the company from commencing legal proceedings, starting by asking the Republic of Panama to take up our cause in the matter.

158. These comments show that the owner of the *M/V Virginia G* did not exhaust the local remedies offered to him by the Republic of Guinea-Bissau on account of serious financial difficulties encountered by his company.

159. One of the fundamental rules of diplomatic protection is and remains the local remedies rule. The individual must exhaust all legal remedies available such that, if he does not obtain satisfaction, the State of which he is a national can take up his case. Before exercising its diplomatic protection, that State must ensure that its injured national has actually exhausted the legal remedies offered by the State alleged to be responsible.

160. That rule is both a procedural condition for the international

claim and a basic substantive condition for invoking the international responsibility of the State. It is accepted in both the literature and the jurisprudence. The Tribunal should have adhered to these findings and dismissed the Republic of Panama's claims on the ground of absence of *locus standi*.

161. Instead, the Tribunal finds that the confiscation of the *M/V Virginia G* and the gas oil on board was in violation of article 73, paragraph 1, of the Convention (para. 281 of the Judgment).

The *M/V Virginia G* was subject to this procedure between 22 and 29 May 2011 and on 15 June 2011. In August 2011, it was in breach of Guinea-Bissau's legislation because it failed to carry out formalities of which it was aware, hence its boarding. Consequently, the seizure of the *M/V Virginia G* does not constitute a violation of article 58 of the Convention because bunkering of fishing vessels in the EEZ falls within the jurisdiction of the coastal State. It is a fishing-related activity.

162. The confiscation of the *M/V Virginia G* by Guinea-Bissau is a manifestation of the exercise by that country of the powers conferred on it by article 73 of the Convention, paragraph 1 of which leaves it to the national legislature to define both fishing offences and the penalties applicable to perpetrators of such offences. It is therefore for the national court hearing the matter to determine the penalty to be applied in the light of the legislation in force, the evidence produced before it and the circumstances of the case. The only limit placed on the exercise of a coastal State's power to impose sanctions is laid down in paragraph 3 of article 73, which precludes imprisonment and any corporal punishment.

163. Consequently, the coastal State has not only the right to regulate bunkering activities in its exclusive economic zone, but also the right to provide in its national legislation applicable to the exclusive economic zone for the confiscation of vessels found to have committed infringements. This is, moreover, recognized by the Tribunal (para. 255 of the Judgment). The – rather surprising – question raised by the Tribunal is

as follows: does the action taken by Guinea-Bissau constitute a violation of article 73, paragraph 1, of the Convention in this case?

The confiscation of the *M/V Virginia G* was carried out by Guinea-Bissau in the exercise of its sovereign rights to protect and conserve its living resources and it is fully consistent with the provisions of article 73, paragraph 1, of the Convention, which do not contain any rules precluding confiscation where a fishing vessel is engaged in illegal fishing in the exclusive economic zone of the coastal State. It is no accident that article 73, paragraph 1, of the Convention provides:

The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention.

If there were to be restrictions, the Convention would have made express provision for them, as it did in paragraph 3 of the same article with regard to imprisonment or any other form of corporal punishment. These views are fully confirmed by uncontested State practice, as national fisheries legislation providing for confiscation is widespread.

Curiously, taking a teleological approach – which looks to the underlying aim – the Judgment explains that “[i]t is within the competence of the Tribunal to establish

. . . whether the measures taken in implementing th[e Guinea-Bissau] legislation are necessary” (para. 256 of the Judgment), forgetting that the Tribunal is not a court of appeal. The process allows it to find “mitigating factors in respect of the *M/V Virginia G*” (para. 268) and to conclude that “in the view of the Tribunal, the confiscation of the vessel and the gas oil on board in the circumstances of the present case was not necessary either to sanction the violation committed or to deter the vessels or their operators from repeating this violation” (para. 269) and

that “[t]he Tribunal, therefore, finds that the confiscation by Guinea-Bissau of the *M/V Virginia G* and the gas oil on board was in violation of article 73, paragraph 1, of the Convention” (para. 271 of the Judgment).

164. The Tribunal states that it is clear from the legal instruments that it has reviewed that the regulation of bunkering of foreign fishing vessels is among those measures which the coastal State may take in its exclusive economic zone to conserve and manage its living resources under article 56, read together with article 62, paragraph 4, of the Convention, as activities in support of those vessels are likely to increase their capacity and to have a direct effect on stock condition and productivity.

165. On the issue of confiscation the Tribunal heard the testimony of Mr Pereira, an expert called by Guinea-Bissau, who stated that the decision to confiscate the vessel and the gas oil therein constitutes an administrative act, subject to appeal under article 52, paragraph 3, of Decree-Law 1-A/2005. He confirmed that under article 23, paragraph 1, of the Decree bunkering was subject to authorization by the member of the Government responsible for fisheries and emphasized that the penalty in cases of lack of licence or permit was confiscation, which operates ex officio, and that the measure should be applied by the member of the Government responsible for fisheries, who chairs the Inter-Ministerial Commission for Maritime Surveillance. In his testimony, Mr Pereira stated that in his view Decision No. 07/CIFM/09 of 27 August 2009 and Decision No. 09/CIFM/2009 of 25 September 2009 against the *M/V Virginia G*, which ordered and confirmed respectively the measures of confiscation, merely applied the law. They constitute an administrative act which can be challenged before the courts. Guinea-Bissau adds that it fails to see “how this decision clashes with the rights of other States or with the Convention”.

166. Nevertheless, the Tribunal – which considers the confiscation of the *M/V Virginia G* to be an infringement of article 73, paragraph 1 – notes that that article of the Convention refers to the right of coastal

States to board, inspect and arrest vessels that do not comply with their laws and regulations. Therefore, the Tribunal finds that neither the boarding and inspection nor the arrest of the *M/V Virginia G* violated article 73, paragraph 1, of the Convention.

167. Furthermore, the Tribunal explains that in respect of the case before it, it has found that coastal States have a normative jurisdiction under article 56 of the Convention for the purpose of conserving and managing marine living resources and that such jurisdiction encompasses the right to regulate bunkering of foreign vessels in the exclusive economic zone. Article 73, paragraph 1, of the Convention provides that the laws and regulations in question may encompass the necessary enforcement measures. Since the laws and regulations on fisheries of Guinea-Bissau treat fishing and support activities alike, it follows, in the view of the Tribunal, that the relevant laws and regulations of Guinea-Bissau also provide for the confiscation of bunkering vessels.

168. In respect of the *M/V Virginia G*, the Tribunal notes that the vessel did not have the written authorization required for bunkering and it had not paid the fee amounting to EUR 112. Regulation of bunkering is an important measure for monitoring support services provided to foreign fishing vessels in the exclusive economic zone with a view to better management of fisheries resources. In the view of the Tribunal, breach of the obligation to request written authorization for bunkering and to pay the prescribed fee is a serious violation. However, according to the Tribunal, it does not have the same degree of seriousness as, for example, overfishing or unauthorized fishing. The Tribunal does not understand the fact that bunkering is the ultimate facilitator for overfishing in that it enables fishing vessels to pursue their activities without interruption at sea with no need to return to the ports of the coastal State to refuel, on the one hand, and to unload their catch in accordance with their fishing licence, on the other.

169. Curiously, the Tribunal finds what it calls “mitigating factors in respect of the *M/V Virginia G*”: applications for the required licence

on other occasions, and a lack of knowledge of the procedure to be followed. These two “factors” are contradictory since if the licence had previously been applied for and obtained, the agent must have known the procedure to be followed. The Tribunal lastly states that although the enforcement measure taken against the *M/V Virginia G* could be appropriate in the case of illegal fishing in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau, it is not reasonable in light of the particular circumstances of this case because confiscation was not necessary either to sanction the violation committed or to deter the vessels or their operators from repeating this violation. The Tribunal therefore finds that the confiscation of the *M/V Virginia G* and the gas oil on board was in violation of article 73, paragraph 1, of the Convention.

170. The Tribunal should have realized that the confiscation measure is not only proportionate but also appears the most appropriate “for the repeated practice of fishing related activities in the form of unauthorized sale of fuel to ships fishing in our EEZ ...” (decision 07/CIFM/09 of 27 August 2009). Need it be reiterated that article 73, paragraph 1, of the Convention leaves it to the national legislature to define both fishing offences and the penalties applicable to perpetrators of such offences? It is therefore for the coastal State to determine the penalty to be applied in the light of the legislation in force, the evidence available to it and the circumstances of the case. Furthermore, it should be stated that the confiscation of a foreign fishing vessel recognized as having infringed fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone is a perfectly lawful sanction from the point of view of international law and is expressly provided for in the national legislation of many countries (see below, Practice). Confiscation is part of the normal exercise by the coastal State of its sovereign rights. It is a sanction for infringements of the laws and regulations of that State. Coastal States do not hesitate to apply the especially severe penalty of confiscating vessels whenever necessary to suppress infringements of their national fisheries legislation, in particular repeated offences. This case concerns the right of a developing country, in the absence of universally recognized international legislation, to protect the economic assets from which it derives most of

its resources. In the *Fisheries Jurisdiction* cases, the Minister for Foreign Affairs of Iceland stated: “the vital interests of the people of Iceland are involved” (letter from the Minister for Foreign Affairs of Iceland dated 29 May 1972. Quoted in I.C.J. Reports 1973, p. 7).

VI. TREATY LAW

171. Panama claims that Guinea-Bissau has violated article 58 of the Convention relating to “freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea”. It contends that the bunkering services provided by the *M/V Virginia G* in the EEZ of Guinea-Bissau fall within the category of freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea related to that freedom in terms of article 58(1) (para. 261 of the Memorial of Panama).

172. Guinea-Bissau totally rejects the allegations of Panama that it has violated the Convention or general international law. It claims that bunkering is considered a fishery-related activity, subject to the authorization of the coastal State, throughout the entire West African region (paras. 208 and 210 of the Counter-Memorial of Guinea-Bissau).

173. In the exclusive economic zone, the coastal State has sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters and of the seabed and its subsoil, and with regard to other economic activities, such as the production of energy (article 56 of the Convention). The coastal State thus enjoys broad powers but is also subject to a number of obligations.

174. It should be noted that when the International Law Commission invoked the concept of “sovereign rights” in respect of resources of the continental shelf in 1956, it stated in its commentary that the rights conferred upon the coastal State cover all rights necessary for and

connected with the exploration and exploitation of the natural resources of the continental shelf. Such rights include jurisdiction in connection with the prevention and punishment of violations of the law.

The rights of the coastal State are exclusive in the sense that, if it does not exploit the continental shelf, it is only with its consent that anyone else may do so.

[ILC Yearbook, 1956, Vol. II, p. 298, Commentary on draft article 68]

175. This characterization by the ILC applies to the interpretation of the very concept of “sovereign rights” in relation to the resources of the exclusive economic zone. In the Convention, jurisdiction with regard to the prevention and suppression of infringements of the law is provided for in article 73, paragraph 1 of which provides:

The coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention.

176. The Tribunal examined whether Guinea-Bissau violated the provisions of the Convention when it seized and then confiscated the *M/V Virginia G*. It sought to determine whether Guinea-Bissau has normative jurisdiction under the Convention to regulate bunkering in its exclusive economic zone and whether the laws and regulations of Guinea-Bissau, as well as the manner in which they are implemented, are consistent with the Convention.

... Panama defines bunkering as “the term used in the shipping industry to describe the selling of fuel from specialised vessels, such as oil tankers, which supply fuel (such as light fuel, gas oil and marine diesel) to other vessels whilst at sea”. Guinea-Bissau considers the description by Panama of the economic activity of bunkering “to be in general correct”.

... Panama points out that “the activity of providing bunkering services in the EEZ of a coastal State is neither dealt with specifically in the Convention, nor settled by international case law”.

... Panama submits that “it was, and is, unlawful for Guinea Bissau to exercise sovereign rights and jurisdictional rights not attributed to it under the Convention”. It maintains that the extent to which Guinea-Bissau’s “sovereignty and jurisdiction were extended to the activities of the VIRGINIA G and the resulting denial of freedom of navigation was not consistent with the provisions of the Convention”.

...Panama argues that “the bunkering services provided by the VIRGINIA G in the EEZ of Guinea Bissau fall within the category of freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea related to that freedom in terms of Article 58(1).”

... In addition, Panama considers that the requirement of authorization and the imposition of fees for refuelling vessels in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau as provided for in its laws and regulations are contrary to the freedoms set out in article 58 of the Convention.

... Panama argues that “[p]rincipal among the rights of other States in the EEZ of a coastal State, are the freedoms accorded to all States in terms of Article 58 of the Convention”. In this context Panama maintains that the exclusion of the freedoms listed in Article 87(d), (e) and (f) from Article 58(1), and their express embodiment and articulation in Article 56(1) indicates that the freedom of the seas should only be limited where the rights are recognised expressly to a coastal State in terms of Article 56(1).

... Panama states that “Article 58(1), by referring to Article 87, appears to want to equate the freedoms exercisable in the EEZ to those of the high seas, even applying the provisions of articles 88 to 115 of the

Convention.”

... Panama further argues that in respect of the three freedoms (navigation, overflight and communication) in case of a dispute, the shift should be in favour of those freedoms and “other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships”.

... Panama maintains that the bunkering activity carried out by the *M/V Virginia G* is a “commercial activity for which vessels, including fishing vessels, in the EEZ of West African coastal States offer a particular market for selling gas oil”, and that the supply of bunkers to vessels is, therefore, the very purpose of the navigation of that vessel. It explains that it is because of the inherent connection between bunkering and navigation, that bunkering activities should be considered to be more intimately linked with the freedom to navigate and other internationally lawful uses of the sea in the sense of article 58, paragraph 1, of the Convention.

... Panama maintains that, in accordance with article 56, paragraph 2, of the Convention, a coastal State, in exercising its rights and performing its duties under the Convention in the exclusive economic zone, must have due regard to the rights and duties of other States, among which are the freedoms accorded to all States in terms of article 58 of the Convention.

... Panama observes that “Decree Law 6-A/2000 infringes the provisions of the Convention because it grants Guinea-Bissau with certain sovereignty rights and jurisdiction which are not granted to coastal States under the Convention”.

... In this context, Panama questions the lack of distinction in Decree-Law 6-A/2000 between fishing vessels and non-fishing vessels as well as “a broad definition of ‘fishing-related activities’ which include ‘logistical support activities’ and which are defined ... in subsidiary le-

gislation rather than in Decree Law 6-A/2000 itself”. Panama maintains that a bunkering vessel is neither a fishing vessel nor, by definition, a vessel engaged in exploring, exploiting or utilizing the natural resources in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau in the context of the rights and jurisdiction accorded to Guinea-Bissau under Part V of the Convention. Panama explains that “[b]unkering activities to fishing vessels within an EEZ is a very ancillary activity that cannot be considered as a related fishing activity”.

... According to Panama, Decree-Law 6-A/2000 of Guinea-Bissau is not in conformity with the principles and purposes of the international legal regime concerning the exclusive economic zone. Panama states that the main purpose of the establishment of the exclusive economic zone, as a *sui generis* zone, is to enable coastal States to control and manage their marine resources. It further argues that “Article 56 (1) of the Convention confers certain sovereign rights and a defined jurisdiction ... in favour of Guinea Bissau, in its EEZ, for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing living or non-living resources”. Panama states that articles 61 and 62 of the Convention articulate the manner in which a coastal State can regulate the conservation and utilization of its living resources.

... Panama questions the qualification of bunkering in the exclusive economic zone as a fishing-related activity subject to national regulation and control. It takes the view that

[t]he material scope of Guinea Bissau’s rights and jurisdiction over living resources in its EEZ relate to their conservation and management and to the exploration and exploitation or utilisation of such living resources, and it is perhaps reasonable that these terms can even be described as “sufficiently wide to embrace all normal enterprisory and governmental functions that pertain to living resources.” However, it would also be reasonable to state that even a wider interpretation would necessarily preserve the fundamental link to the living resources themselves.

... According to Panama,

Guinea Bissau's practice appears to be that of extending its interpretation of fishing activities and fishing related activities to include bunkering ... the only reasonable interpretative extension in classifying certain related activities as fishing related activities, or logistical support activities, should be limited to those activities which are actually and strictly related to fishing, rather than to general services rendered to any vessels as a most basic necessity – such as bunkering.

Panama disagrees with this approach advanced by Guinea-Bissau.

... As to the argument advanced by Guinea-Bissau that bunkering of fishing vessels is commonly treated as a fisheries-related activity in West Africa, Panama considers the statement to be inadequate in suggesting that the Tribunal could deem an alleged regional tendency sufficient to establish the existence of a legal norm. According to Panama, a majority of States throughout the world do not consider vessels engaged in fishing-related activities to be fishing vessels. Panama acknowledges that

a fishing vessel might well be subject to specific rules by virtue of its location in the EEZ of Guinea Bissau and by virtue of the fishing activities it carries out. However, it does not necessarily follow ... that the rules applied to that fishing vessel would apply also to the bunkering vessel, in this case, the *VIRGINIA G*.

... Panama states that

Guinea-Bissau's manifest acknowledgement of the financial benefits of regulating bunkering in its EEZ ... and Guinea-Bissau's request for payment from bunkering vessels for the issuance of its consent, is, in reality, a manifestation of a situation where the authorisation or consent is given the same treatment as a licence, and one whereby Guinea-Bissau imposes a form of tax or customs duty on bunkering activities carried out in its EEZ.

... Panama further states that the unilateral extension by Guinea-Bissau of the scope of the Convention through its national fisheries legislation to cover also re-fuelling operations carried out in the EEZ, such that prior authorisation is requested against payment, is, in reality, intended solely to extend a customs-type radius: a situation that was not, in fact, accepted by the International Tribunal in the *Saiga No.2* 1999 judgement yet would appear to still be present, in disguised form, in Guinea-Bissau's Decree Law 6-A/2000.

... In this context Panama refers to a passage in the Joint Order No 2/2001 of 1 October 2001 of the Minister of Fisheries and the Sea and the Minister of Economy and Finance which reads: "Considering the Government's Policy of encouraging and promoting private initiative in order for the private sector to make a positive contribution towards the country's economic and social development".

... To underline the necessity of bunkering fishing vessels in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau, Panama further observes that "bunkering services rendered in this area are ... particularly important owing to the general lack of bunkering facilities and gas oil product in the area" and that "the Port of Bissau, 'does not have suitable facilities'".

... In respect of the environmental concerns invoked by Guinea-Bissau to justify its regulating of bunkering, Panama argues that "the risks during the bunkering operations are minimal" and that "vessels like the *Virginia G* do not supply heavy fuel oil but just gas oil ... (a clean and volatile product) [which] has not caused relevant marine environmental problems". Panama further points out that "Guinea-Bissau's contention that it was necessary to regulate the *VIRGINIA G*'s activities at national law within the context of protection and conservation of its resources" cannot be sustained, "especially since the law that was enforced against the *VIRGINIA G* was the national Fisheries law of Guinea-Bissau ... Guinea-Bissau cannot now be heard to raise its 'protection and conservation of its resources' concerns for the first time, in its Counter-Memorial".

... In addition, in the view of Panama, the principle of sustainable fisheries, invoked by Guinea-Bissau, does not support the case presented by that State. Panama reasons that the arguments presented by Guinea-Bissau are contradictory and that Guinea-Bissau is not even a member of the International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas.

... Relying on the legislative history of the exclusive economic zone concept, Panama finally denies that coastal States enjoy a residual authority in the exclusive economic zone. Panama states that “[t]here is no residual authority in a coastal State to make laws which themselves violate or result in a violation of the Convention”.

... Guinea-Bissau argues that it “has not violated Article 58 of the Convention as bunkering is an economic activity, which is not included in freedom of navigation or other internationally lawful uses of the sea”.

... Guinea-Bissau points out that “the EEZ has a sui generis status, but in this status the interests of the coastal state in the preservation of maritime resources and the regulation of fisheries prevail over the economic interest of bunkering activities carried out by tankers”.

... Guinea-Bissau stresses that

[a]ccording to an evolutionary interpretation of the Convention, ... the regulation of bunkering of fishing vessels in the exclusive economic zone is admissible owing to the sovereign rights and jurisdiction of the coastal State, recognized in articles 56, 61, 62 and 73 of the Convention.

... Guinea-Bissau states therefore that its laws and regulations and their implementation vis-à-vis the activities of M/V Virginia G are in accordance with the Convention and other rules of international law. Guinea-Bissau argues that as

the activity of bunkering is instrumental to and supports fishing

operations, one naturally has to consider it a fishing related operation, and it is therefore regulated, both under the legislation of Guinea-Bissau and under the legislation of the other States of the sub-region.

... According to Guinea-Bissau “Guinea-Bissau, in article 3, paragraphs 1 and 2 and paragraph 3(b) and (c), as well as article 23 of Decree-Law No. 6-A/2000, established the qualification of bunkering as a fishing-related operation”.

... The relevant articles of Decree-Law 6-A/2000 of 22 August 2000 read:

Article 3 of Decree-Law 6-A/2000:
[Translation into English provided by Panama
in Annex 9 to its Memorial]

ARTICLE 3 (Definition of fishing)

1. Fishing is understood to be the act of catching or harvesting by any means of biological species whose normal or most frequent habitat is water.

2. Fishing includes the prior activities whose direct purpose is that of fishing, such as detecting, the discharge or collection of devices used to attract fish, and fishing related operations.

3. For the purposes of the above point, fishing related operations means:

- a) The transshipment of fish or fishery products in the maritime waters of Guinea Bissau;
- b) The transport of fish or any other aquatic organisms which have been caught in the maritime waters of Guinea Bissau until the first landing;
- c) Activities of logistic support to fishing vessels at sea;
- d) The collection of fish from fishermen.

Article 23 of Decree-Law 6-A/2000
[Translation into English provided by Panama]

in Annex 9 to its Memorial]

ARTICLE 23
(Fishing related operations)

1. Fishing related operations are subject to the authorisation of a member of the Government responsible for Fisheries.

2. The authorization mentioned above is subject to payments or compensation as well as any other conditions as may be established by the department of the Government responsible for Fisheries, namely regarding the areas or location for

the conduct of the fishing related activities and the mandatory presence of observers or inspectors.

... Guinea-Bissau points out that these rules are “entirely in conformity with the legislative practice of the region”. This was further elaborated upon in the testimony of Mr Dywyná Djabulá, an expert called by Guinea-Bissau, who stated:

Bunkering at sea is provided for in the Convention on Access and Exploitation of Fishery Resources of 1993. This Convention analyzes the legislation of the member States, one of which is Guinea-Bissau. There are others: Senegal, Cape Verde, Sierra Leone. The Convention says that the States themselves are responsible for regulating bunkering at sea. By regulating this matter, the legislation of these States adopts a broad notion of fishing vessel and fishing activities as such. When we speak of fishing vessels in the broad sense, we also include in this notion vessels that provide logistic support, such as vessels supplying fuel. The broad sense of fishing includes not only the actual catching of fish but also the supply of ships at sea, and the legislation of Guinea-Bissau also goes in that direction.

... Guinea-Bissau states that it totally disagrees that the bunkering activity carried out by the *Virginia G* in the exclusive economic zone of Guinea-Bissau falls within the freedom of navigation and other interna-

tional lawful uses of the sea in terms of article 58(1) of the Convention, and that it required no prior authorization against payment.

... Guinea-Bissau further states that the freedom of navigation of ships with a flag of third States through the exclusive economic zone of coastal States should not include the right to be involved in the economic activity of bunkering of fishing vessels, ... given that the activity has a much stronger connection with the exercise of fishing than with the freedom of navigation.

... Guinea-Bissau argues that “the maritime freedoms benefitting other states in the EEZ may be restricted as far as necessary to ensure the rights of the coastal State (art. 58, no. 3 of the Convention)”.

... In this context Guinea-Bissau also argues that “as bunkering may endanger the right of the coastal State over the existing living resources in its exclusive economic zone, it must be regulated by the latter”.

... According to Guinea-Bissau, “the conditions required in order to refuel at sea ... have to be controlled not only due to the economic consequences of predatory fishing, but also due to the high environmental risks this implies”.

... Guinea-Bissau maintains that “[t]he precautionary principle in environmental law obliges the coastal States to take all appropriate measures to avoid any risks to the environment, as it is the case of an oil tanker sailing in the EEZ”.

... In this respect, Guinea-Bissau points out that “the performance of the flag States is not sufficient to prevent the uncontrolled exploitation of marine living resources” and considers that “[t]he regulation of bunkering as a fishing-related activity is a direct consequence of the use of the precautionary approach by Guinea-Bissau”.

... Guinea-Bissau rejects Panama’s assertion that Guinea-Bissau’s fishing law has nothing to do with the protection of the environment. It

argues that bunkering has very serious environmental risks and that for this reason its regulation by coastal States is permitted by articles 61 and 62 of the Convention, which the Tribunal did not consider in the *M/V "SAIGA" (No. 2)* Case. Guinea-Bissau states:

Is it possible to assume that no oil spills caused by bunkering have occurred in West African countries? The answer must be in the negative, but it is not possible to confirm it with examples. This is the reason why Guinea-Bissau applies a precautionary approach in its fisheries law.

... Rejecting the conclusion drawn by Panama from the fact that Guinea-Bissau does not have facilities for the fuelling of vessels in its ports, Guinea-Bissau states that this does not preclude its right to control the manner in which this operation is carried out in its exclusive economic zone.

... Turning to the fee to be paid for bunkering authorization in its exclusive economic zone, Guinea-Bissau emphasizes that the underlying objective is strictly of an environmental nature and the revenue that is obtained is intended only to finance State policies concerning marine pollution.

... Guinea-Bissau states that the coastal State has the right to obtain the corresponding tax revenue resulting from this activity, inasmuch as bunkering prevents the coastal State from collecting the natural taxes for the supply of fuel in its territory, and also in accordance with the "polluter pays principle".

... In the view of Guinea-Bissau,

[i]t is therefore normal for the coastal State to demand that the activity of bunkering in its exclusive economic zone implies the payment of the corresponding licences, pursuant to art. 62 of the Convention.

... Guinea-Bissau emphasizes that, contrary to Panama's position, "Guinea-Bissau never extended its tax legislation to the EEZ, given that it merely charges a small amount for the issue of the refuelling licence,

which is well below what it would obtain by way of tax revenue if the refuelling had taken place on land”.

... This issue was further elaborated upon in the testimony of Mr Dywyná Djabulá, where he stated:

There is a difference in terms of the law between bunkering at sea and bunkering on land. Bunkering in the port, according to current law, is regarded as a commercial activity, and as such it is subject to more of a tax charge. There it will have to pay an import tax; in terms of gas oil it would be a tax of 5% of the value of the product. It would also have to pay an industrial tax, which is 25% on the income, i.e. the amount it earns from this activity. In the case of bunkering at sea it is different. Our law takes account of the aspect of conserving resources, the environment, because as this activity causes environmental damage because of fuel spillages, waste that may occur during the transfer, and the time that fishing vessels actually remain in the fishing area means that they fish more because they do not interrupt their fishing activity to go to port to refuel and therefore they catch more fish, which has environmental effects. Even in the joint ordinance it says that we must take account of the environmental aspect, and this activity must be conditioned. So the charge that is made takes account of the principle of environmental protection. The idea of this charge is to influence the work of the agents in this activity and make them think twice, and if they do not want to pay then they will not bunker at sea. If they want to continue bunkering at sea they have to pay this amount to fund environmental policies, the consequences of a spillage and the funding of policies and remedying the damage that can be caused. It is a very small amount in fact, but it can be raised if it is not enough to deter this kind of activity.

177. Article 73 confers broad discretionary powers on the coastal State. It lays down a set of rights and obligations the coastal State must assume, including the obligation promptly to release arrested vessels and their crews upon the posting of reasonable bond or other security. Here lies a close link with article 292 of the Convention relating to the prompt release of the vessel and an example of compulsory jurisdiction.

178. Jurisdiction means that the coastal State has discretion to regulate the activities within its competence, subject to compliance with the Convention. Under article 56, paragraph 1(b), the coastal State has jurisdiction in its exclusive economic zone with regard to: the establishment of artificial islands and various structures, scientific research, and the protection and preservation of the marine environment, this latter right authorizing the coastal State to take measures to avert pollution risks. The exclusive rights enjoyed by the coastal State in its exclusive economic zone are a matter of principle. They mean that it alone may administer and regulate the exploitation of fisheries resources and connected activities. It may decide that it will be the sole beneficiary. However, this also gives it the right to enter into agreements granting third parties fishing rights in the EEZ or rights to carry on economic activities there subject to specific conditions. Article 62 of the Convention relates to the fishing industry in respect of utilization of the living resources in the EEZ. It provides that the aim of the coastal State is to “promote the objective of optimum utilization of the living resources in the exclusive economic zone”. This is a management role which is thus conferred on the coastal State by virtue of its sovereign rights. The article provides for the granting to foreign fishing vessels of fishing licences for operations in the EEZ. Paragraph 4 lists the operations that may be monitored and regulated by the coastal State through its laws and regulations. It should be noted that many day-to-day fishing-related activities or operations do not appear on the list: logistical support, filleting, transhipment of catches and bunkering.

179. It should be observed that the United Nations Conference on the Law of the Sea was not a technical conference. The Convention itself takes the form of a kind of “constitution for the oceans”. It is for the United Nations system’s specialized agencies to concern themselves with the technical details under the chapter headings established by the Convention. Thus, the following have been drawn up under the auspices of the FAO: the Code of Conduct for Responsible Fisheries; the International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing; the 1993 Compliance Agreement and

the Port State Measures Agreement.

180. It was at UNEP that the 1995 Straddling Fish Stocks Agreement was drawn up. UNCTAD produced the 1986 United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships. The 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage was drawn up within UNESCO. IMO produced the MARPOL Convention (Prevention of Pollution from Ships) and the SOLAS Convention (Safety of life at sea) etc.

181. Aware of this fact, at a very early stage the West African States approached the competent international organizations, in particular in the field of fisheries, to examine with them the problems that were a cause of concern. These countries gradually drew up their national legislation on fishing and related activities in the light of the practices observed in their respective exclusive economic zones, in particular storage, processing of fishing products before their first landing, bunkering, supplying of fishing vessels, and all other activities of logistical support for fishing vessels at sea.

182. The robust international practice in the form of national legislation on these subjects has not suffered any challenge whatsoever, showing that this legislation lies well within the sovereign rights conferred on the coastal State by articles 56, 61, 62 and 73 of the Convention.

183. According to Panama, it was unlawful for Guinea-Bissau to exercise sovereign rights and jurisdictional rights not attributed to it under the Convention and ... Guinea-Bissau deprived the *M/V Virginia G* of the exercise of the freedoms guaranteed by paragraph 1 of article 58 of the Convention by requiring it to obtain a licence to carry out bunkering activities in its EEZ.

184. Guinea-Bissau contends that it has not violated Article 58 of the Convention as bunkering is an economic activity which is not included in freedom of navigation or other internationally lawful uses of the sea. We will need to focus on this question below.

185. These provisions, negotiated forty years ago, have given rise

to practices that could not be foreseen by the United Nations Convention on the Law of the Sea. This justifies the subsequent international conventions drawn up within the specialized agencies and the regional agreements drawn up in regional fisheries management organizations.

VII. CASE-LAW

186. I will examine the *Dispute concerning filleting within the Gulf of St. Lawrence and the M/V "SAIGA"* cases.

1) *Dispute concerning filleting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France, Decision of 17 July 1986*

187. In the Dispute concerning filleting within the Gulf of St. Lawrence by the French trawlers referred to in article 4(b) of the Agreement between Canada and France on their Mutual Fishing Relations, signed at Ottawa on 27 March 1972, a dispute arose between the two countries pertaining to the interpretation of the said agreement.

The dispute emerged in January 1985 when the trawler "La Bretagne", registered in St. Pierre and Miquelon, which had been authorized to fish outside the Gulf of St. Lawrence in 1984, applied for a licence in 1985 to conduct fishing operations both within and outside the Gulf. After having acceded to this request on 4 January 1985 in respect of fishing outside the Gulf, Canadian authorities accompanied this licence with an "Amendment No. 1" dated 24 January 1985, which stated that: "In accordance with the current Canadian prohibition against the filleting of traditional groundfish species at sea, the 'La Bretagne' is permitted to process groundfish species in the Gulf of St Laurent to the headed, gutted form only".

188. Canadian authorities based their decision on the "equal footing" clause in Article 4(b) of the 1972 Agreement. Since conclusion of that agreement regulations have been adopted under two laws of 1970 on fi-

sheries and on the protection of coastal fisheries essentially targeting foreign fishing vessels.

189. The first law defines a “fishing vessel” as “any vessel used, fitted or designed for the catching, processing or transporting of fish”, while the word “fisheries” is understood as referring to “areas where and periods during which fishing and its related activities, particularly ... packaging, transport and processing, take place”.

190. Though most of the debate focused on the interpretation of the 1972 Agreement, the Tribunal stated that it was “obliged to also take into account any relevant rules of international law applicable between the Parties... In their oral submissions, both Parties indeed used provisions of UNCLOS as argument to support their respective views”. On this basis, the Tribunal undertook a description of the evolution of international law of the sea since the conclusion of the 1972 Agreement.

191. On the question of the extent of the coastal State’s rights in respect of fishing and related activities, the Tribunal explained that:

While it is true, as Canada has rightly observed that Article 56 of the Convention recognizes the sovereign rights of the coastal State, not only in the exploitation of natural resources but also as regards the management of these resources, it however does not seem that this management authority, that the Convention constantly associates with the idea of conservation, has precisely any other purpose than the conservation of resources; it is above all an administration function that the coastal State is considered better equipped to exercise, but which however remains a general interest function.

[para. 52 of the award, RGDIP, 1986, p. 713]

192. These views of the Tribunal have been criticized by various legal scholars. For example, R. Churchill and V. Lowe write:

In the Franco-Canadian Fisheries arbitration (1986) the tribunal suggested that the coastal State’s competence to prescribe legislation for foreign fishing vessels in its EEZ was limited to conservation measures

stricto sensu and therefore could not include measures to regulate fish processing. This seems an unjustifiably narrow reading of article 62(4), which speaks of foreign vessels complying with the coastal State's "conservation measures and the other terms and conditions established in [its] laws and regulations", and many of the illustrative list of eleven permissible types of measures go beyond conservation".

[R. Churchill & V. Lowe, *The Law of the Sea*, 53rd edition, Manchester University Press, 1999, p. 291-292; see also, W.T. Burke, *The New International Law of Fisheries*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 48; B. Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 67]

193. Regarding the exploitation of living resources provided for in Article 62 of the 1982 Convention, the Tribunal considered that this article sets down both the rights and obligations of the coastal State applicable to foreign nationals exploiting living resources in the area. Even if this list is not exhaustive, it does not appear that the regulatory power of the coastal State includes the authority to regulate matters of a different nature from those described therein. In the opinion of the Tribunal, a possible regulation on filleting at sea cannot *a priori* find its justification in the powers vested in the coastal State by the new rules of the Law of the Sea (para. 54 of the award).

194. Under these circumstances, the Tribunal was of the opinion that Canada could exercise its regulatory authority over French trawlers covered by Article 4(b) of the 1972 Agreement only if it did so reasonably, i.e. without rendering impossible the exercise of the fishing rights of vessels stipulated in the Agreement (*ibid.*).

195. Were this case to be brought before the Tribunal today, it would likely adopt a less restrictive approach, given the practices of coastal States observed since then. ITLOS rightly takes the view in the present case that it is apparent from the list in article 62, paragraph 4, of the Convention that for all activities that may be regulated by a coastal State there must be a direct connection to fishing. The Tribunal observes that

such connection to fishing exists for the bunkering of foreign vessels fishing in the exclusive economic zone since this enables them to continue their activities without interruption at sea (para. 215 of the Judgment).

2) The *M/V "SAIGA"* cases

196. In the *M/V "SAIGA"* cases, the issue of the law applicable to bunkering at sea was put to the International Tribunal for the Law of the Sea. The *Saiga*, an oil tanker flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines, is based in Dakar (Senegal). It was engaged in selling gas oil as bunker to fishing vessels off the Guinean coast.

197. On the morning of 27 October 1997, the *Saiga*, having crossed the northern maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau, entered the EEZ of Guinea, approximately 32 nautical miles from Guinea's island of Alcatraz. It supplied gas oil to three fishing vessels on the same day: the *Giuseppe Primo*, the *Kritt* and the *Eleni S*.

198. On 28 October 1997, the *Saiga* was arrested by Guinean Customs patrol boats in the southern limit of the EEZ of Guinea. Guinea asserted that the *Saiga* was engaged in smuggling activities, which constitutes an offence punishable under the Customs Code of Guinea, and that detention had taken place following the exercise by Guinea of its right of hot pursuit under article 111 of the Convention.

199. The Tribunal considered the question of "bunkering of fishing vessels" as an activity the regulation of which can be assimilated to the regulation of the exercise by the coastal State of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage living resources in the EEZ.

200. It states:

It can be argued that refuelling is by nature an activity ancillary to that of the refuelled ship. Some examples of State practice can be noted. Article 1 of the Convention for the Prohibition of Fishing with Long

Driftnets in the South Pacific of 23 November 1989 defines “driftnet fishing activities” as inter alia “transporting, transshipping and processing any driftnet catch, and cooperation in the provision of food, fuel and other supplies for vessels equipped for or engaged in driftnet fishing”.

201. As documented by Saint Vincent and the Grenadines, Guinea-Bissau, in its Decree-Law No. 4/94 of 2 August 1994, requires authorization of the Ministry of Fishing for operations “connected” with fishing, and Sierra Leone and Morocco routinely authorize fishing vessels to be refuelled offshore (*M/V “SAIGA”* Case, para. 57).

202. As Rothwell & Stephens write, “[n]onetheless, despite this equivocal analysis, both state practice and a plain reading of the LOSC suggest coastal state powers of fisheries regulation do extend to include incidental matters such as bunkering or processing fish caught within the EEZ” (Donald R. Rothwell & Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Hart, Oxford and Portland 2010, p. 300-301).

203. The Tribunal considered that it had reached a decision on the issue that needed to be decided “without having to address the broader question of bunkering in the exclusive economic zone. Consequently, it does not make any findings on that question” (*M/V “SAIGA” (No. 2)* Case, para. 138). Not only is the Convention silent on this issue, it falls well short of existing practice.

VIII. PRACTICE

204. The establishment of the coastal State’s sovereign rights over the EEZ has given rise to the phenomenon of IUU fishing. The size of the maritime areas to be covered and the difficulty for countries without any naval force to conduct effective surveillance for pirate vessels have encouraged IUU fishing, which is multi-faceted. It can mean unlicensed fishing or licensing fishing in excess of the allocated quotas (e.g. Cabo Verde). While developed coastal States are able to protect their fisheries, others must have recourse to regulation and cooperation agreements with maritime powers (e.g. the cooperation agreement between France and the Republic of Seychelles signed on 19 December 2006 to combat IUU

fishing and the 2005 cooperation agreement between France and Madagascar on maritime surveillance).

205. Many vessels have been caught in the act of unauthorized activity in the EEZ. On 8 October 1986 the French navy sunk a trawler flying the Panamanian flag which was engaged in unauthorized lobster fishing in the EEZ of the Kerguelen Islands and refused to be boarded by the captain of the patrol boat *Albatros*. Similarly, the prompt release proceedings before this Tribunal bear witness to the reality of this activity, which is ravaging fish stocks throughout the world.

206. For that reason, there is a trend towards stricter controls on navigation in the EEZ. Many developing countries have been led to regulate access and transit for foreign fishing vessels in their EEZ. They fear that fishing vessels which are not authorized to fish in their EEZ are taking advantage of their transit to engage in IUU fishing there.

207. Those States base that view on the fact that vessels supposed to be in transit are often discovered fishing at anchor at night.

208. Similarly, States assume the “right” to give formal notice to leave their EEZ immediately to vessels which are considered to be dangerous owing to pollution risks they pose for the coastal maritime area and the coastline (e.g. the Malaga Agreement of 26 November 2002 between France and Spain following the shipwrecks of the *Erika* and the *Prestige* in 1999 and 2001 respectively).

209. There is extensive regulation of fishing and related activities in the EEZ. More than sixty States in the world have laws and regulations on the subject. At global level there is, within the framework of the FAO, the 1993 Compliance Agreement, the Code of Conduct for Responsible Fisheries and the Port State Measures Agreement.

210. At regional level, some multilateral high seas fisheries conventions adopted even before the concept of the EEZ was established lay down provisions on related activities. For example, the Convention on

Conduct of Fishing Operations in the North Atlantic defines the term “vessel” to include “any fishing vessel and any vessel engaged in the business of processing fish or providing supplies or services to fishing vessels” (UNTS 1051 (1984) p. 102).

211. The Wellington Treaty of 1987, concluded by the United States and a number of countries in the Western Pacific concerning fisheries in that region, defines fishing and its related activities as “any operations at sea directly in support of, or in preparation for any fishing activity” (ILM 26 (1987) p. 1048).

212. The Convention for the Prohibition of Fishing with Long Driftnets in the South Pacific defines related activities as including “transporting, transshipping and processing any driftnet catch, and cooperation in the provision of food, fuel and other supplies for vessels equipped for or engaged in driftnet fishing” (29 ILM (1990) p. 1449).

213. Related activities are also included in the scope of the Convention for the Conservation of Anadromous Stocks in the North Pacific Ocean of 11 February 1992, the Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna and the Honiara Agreement of 30 November 1994 concerning Cooperation in the Management of Fisheries of Common Interest. Article 1 of that Agreement defines “related activities” to mean “refuelling or supplying fishing boats” (see United Nations Publication, Law of the Sea: Current Developments on State Practice No. IV (1995), p. 188). These various legal instruments apply to maritime areas within national jurisdiction, as well as to the high seas in the Pacific and Indian Oceans.

214. In West Africa, there is the 1993 Convention on the Minimal Conditions for Access, as amended, which entered into force on 13 September 2013. In this region, fishing-related operations include transshipment of fishing products in maritime waters under national jurisdiction, storage, processing or transportation of fishing products before their first landing, bunkering or supplying of fishing vessels, or any other activity of logistical support for fishing vessels at sea.

215. Article 2, paragraph 7, of the (MCA/SRFC) Convention defines support vessels as “vessels which transport fuel and food for ships carrying out fishing activities”. Furthermore, article 7, paragraph 5, provides that “any activity of factory vessels, support vessels and reefers must be regulated” and that “the original fishing licence shall be kept on board the fishing vessel at all times” (article 7, para. 6).

216. National legislation on the subject has been collected and published by DOALOS and the FAO, which in 1993 published a legislative study entitled “Coastal State Requirements for Foreign Fishing Vessels”. With regard to the definition of fishing vessel, the FAO study states that:

The trend now seems to be to include fishery support vessels, including motherships, transport ships and refuelling ships in that definition, in addition to vessels actually engaged in fishing

[see FAO, Legislative Study No. 21, Rev. 4 (1993), chap. 12, “Coastal State Requirements for Foreign Fishing”, p. 713].

217. In other words, in the legislation of coastal States that regulate fishing by foreign vessels in their EEZ, the rules also apply to transport vessels, supply tankers and logistical support vessels in general.

218. Under this approach the coastal State can apply its fisheries legislation to fishing vessels and to logistical support and supply vessels. This enables it to exercise more effective monitoring to ensure compliance with the laws and regulations it has adopted in conformity with the Convention.

219. For example, Section 1824 of the United States Fisheries Code provides that:

no foreign fishing vessel shall engage in fishing within the exclusive economic zone ... unless such vessel has on board a valid permit issued under this section for such vessel.

220. The Code defines “fishing” to include “any operation at sea in

support of, or in preparation for” (the catching of fish). The implementing regulation defines “support” as “any operation by a vessel assisting fishing by foreign or US vessels, including supplying water, fuel, provisions, fish processing equipment, or other supplies to a fishing vessel”. The Code also defines the term “fishing vessel” to include any craft which is used for “aiding or assisting one or more vessels at sea in the performance of any activity relating to fishing, including, but not limited to, preparation, supply, storage, refrigeration, transportation or processing” (US Code, Title 16 – Conservation, Chapter 38 – Fishery Conservation and Management, section 1802 Definitions para. 17).

221. In implementing the Convention, Japan has prohibited the transshipment and loading of fish without prior authority. Similarly, Japan requires authorization for the bunkering of fishing vessels operating in its exclusive economic zone.

Where a foreigner intends to conduct activities accompanying fishing and other activities in connection with fishing he/she shall obtain the approval of the Minister ... for each of the vessels to be used for such activities.

222. Similarly, the Republic of Korea’s Act on the Exercise of Sovereign Rights on Foreigners’ Fishing within the EEZ of 1996 provides that “a foreigner ... shall obtain a licence for each vessel from the competent Korean Minister”. The Act defines the term “fishery activity” to include “the keeping, storing and processing of fishery products, the transporting of the catch and its products, the supplying of materials necessary for vessels, and other acts as stipulated by Ordinance” (Act No. 5158 of 8 August 1996, as amended).

223. South Africa’s Marine Living Resources Act of 1998 extends to “refuelling or supplying fishing vessels, selling or supplying fishing equipment or performing any other activity in support of fishing”.

224. Similar definitions can be found in the national legislation of coastal States throughout the world: the Seychelles (The Fisheries Act

1986), Australia (Fisheries Management Act 1991), Barbados (Marine Boundaries and Jurisdiction Act 1978, Section 2), Canada (Coastal Fisheries Protection Act), Grenada (Fisheries Act 1986), Guinea-Bissau (Decree-Law No. 4/94), Sierra Leone (Fisheries (Management and Development) Decree 1994: the term “related activities” is defined to mean transshipping, processing and refuelling or supplying fishing vessels), Trinidad (Archipelagic Waters and EEZ Act 1986, section 2). Such rules can be found in every region of the world.

NATIONAL LEGISLATION ON BUNKERING OF VESSELS

225. The information provided below is based on the laws and regulations on bunkering of vessels available on the FAO website (<http://faolex.fao.org>). Fifty-two States are listed: Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Brunei Darussalam, Canada, China, Cook Islands, Denmark, Dominica, Eritrea, Fiji, Gambia, Ghana, Grenada, Guyana, Indonesia, Ireland, Kenya, Kiribati, Korea (Republic of), Latvia, Malaysia, Malta, Marshall Islands, Mauritania, Mauritius, Micronesia, Namibia, Nauru, New Zealand, Nigeria, Pakistan, Papua New Guinea, Philippines, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Samoa, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Singapore, Solomon Islands, South Africa, Tanzania, Tonga, Trinidad and Tobago, Turkey, Tuvalu, United Kingdom, United States of America, Vanuatu. The legislation surveyed covers several regions: Africa (13); Asia (18); Latin America and the Caribbean (10); eastern Europe (1); western Europe and other States (10).

Terminological clarifications

226. In rare instances the legal instruments include terminological clarifications:

- Under the United Kingdom’s “Merchant Shipping Regulations 2010”, “bunkering operation means the transfer between ships of a substance consisting wholly or mainly of oil for consumption by the engines

of the ship receiving the substance”;

- Section 3 of the “Order on bunkering operations and ship cargo transfer to oils in the Danish territorial Sea (2003)” includes the following definitions: “Bunkers: fuel oils and other petroleum products necessary for the operations of a ship”. “Bunkering operations: Transfer of bunkers to a ship”; “Bunker ship: An oil tanker which delivers bunkers to a receiving ship”.

Date of adoption

227. Many of the surveyed laws were drafted prior to adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (“the Convention”): Fiji (1977), Guyana (1977), Namibia (1981), Nauru (1978), Nigeria (1967), Pakistan (1908), Trinidad and Tobago (1969), Tuvalu (1978);

- Others were drawn up after the Convention was adopted but before it entered into force: Bahamas (1988), Canada (1985), Dominica (1987), Grenada (1989), Kenya (1989), Malaysia (1985), New Zealand-Tokelau (1988), Saint Kitts (1984), Saint Lucia (1984), Saint Vincent and the Grenadines (1986), Samoa (Fisheries Act 1988), Tonga (1988), United Kingdom (British Indian Territory) (1991), United Kingdom (Montserrat) (1989);

- A number of other instruments were adopted after the entry into force of the Convention: Antigua and Barbuda (2006), Brunei Darussalam (2009), Cook Islands (2005), Denmark (2003), Eritrea (1998), Gambia (2007), Ghana (2002), Indonesia (2004), Ireland (2007), Kiribati (2010), Korea (Republic of) (1996), Latvia (2002), Malta (2001), Marshall Islands (1997), Mauritania (2000), Mauritius (2005 and 2007), Nauru (2006), New Zealand (1996), Nigeria (Act No. 5 2003), Papua New Guinea (1998), Philippines (1998), Samoa (Shipping Act 1998), Sierra Leone (1994), Singapore (2005), Solomon Islands (1998), South Africa (1998, 2003, 2009), Tanzania (2003), United Kingdom (1995, 2010, 2012), United Kingdom (Law of Pitcairn, Henderson, Ducie and Oeno Island) (2001), Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chapter

315 Fisheries, 27 March 2006).

Subject-matter

228. The aim of the majority of the legislation is to preserve living resources and to regulate fisheries in the exclusive economic zone (EEZ). Nevertheless, certain instruments have other objectives:

- regulation of bunkering as the primary purpose: Denmark (2003), Micronesia (Micronesia Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations);

- maritime delimitation: Grenada (1989), Guyana (1977);

- utilization of maritime resources: (Fiji), Mauritius (2005), Nauru (1978), Trinidad and Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act, 1986, Act No. 24 of 11 November 1986), United Kingdom (British Indian Territory) (1991);

- regulation of technical questions relating to safety of navigation and prevention of oil pollution: China (1982), Ireland (2008), Latvia (2006), Micronesia (1993), Namibia (1981), Nauru (2006), Nigeria (1967), Pakistan (1908), Samoa (1998), Singapore (2005), Solomon Islands (1998), South Africa (2003), Trinidad and Tobago (1969), Turkey (2003), United Kingdom (1995, 2010).

Fishing activities and logistical support

229. Where it regulates fishing activities, the relevant national legislation provides terminological clarifications:

230. *Fishing*. This notion has a broad purport in many instruments. For example, “‘Fishing’ means fishing for, catching, taking or harvesting fish ... and includes the ... refuelling or supplying of other vessels or any other activity in support of fishing operations” (Gambia, Fisheries Act, 2007, 2. Interpretation). The term can also mean “the catching, taking, killing of fish ... any other operation in support of, or in preparation for [fishing]”: United States of America (16 USC Sec. 1802, (15)); Guyana (Chapter 100:01, Maritime Boundaries Act, 1977, para. 2); Kiribati (An Act for the Conservation, Management and Development of Kiribati Fi-

sheries Control of Foreign Fishing and for Connected Purposes, 2010, 2. Definition); Malaysia (Act 317, 2. Interpretation); Malta (Act No. II of 2001, 2. Interpretation, (c)); Tonga (Fisheries Act 1989, 2. Interpretation); Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chapter 315, Fisheries, 1. Interpretation (e)). Article 4(c) of Law No. 2000/025 establishing the Fisheries Code of Mauritania assimilates fishing with “the supplying of fishing vessels or any other activity of logistical support for fishing vessels at sea”. Along similar lines, the Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations (2.4.) include “refueling or supplying fishing vessels” in fishing.

231. *Fishing vessels*. The definitions used often include “operations” or “activity” “in support of fishing operations”, “in support of or in preparation of any activity in relation to a fishing vessel” or “related activities to fishing”: Antigua and Barbuda (2006), Bahamas (1988), Barbados (1993), Cook Islands (2005), Dominica (1987), Eritrea (1998), Gambia (2007), Ghana (2002), Guyana (1977), Indonesia (2004), Kiribati (2010), Malaysia (1985), Malta (2001), (USA Sec. 1802), Mauritania (2000), Mauritius (2007), New Zealand (1996), Papua New Guinea (1999), Senegal (1998), Solomon Islands (1998), Tanzania (2003), Tonga (1989). The laws of the United Kingdom (British Indian Ocean Territory, 1991), Trinidad and Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act 1986) and Malta (2001) respectively use the wording: “fishing boat ... or any operations ancillary thereto”, “‘fishing craft’ ... includes any vessel used in support or ancillary to fishing operations”; “fishing vessel and activities ancillary thereto”. Under section 2(1) of the Canadian Coastal Fisheries Protection Act (R.S.C. 1985): “‘fishing vessel’ includes any ship or boat or any other description of vessel used in or equipped for (a) fishing ... (c) provisioning, servicing, repairing or maintaining any vessels of a foreign fishing fleet while at sea”. Under the Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations 2.5: “‘Fishing vessels’ means any vessel, boat, ship or other craft ... equipped for ... fishing; (b) aiding or assisting one or more vessels at sea in the performance of activity related to fishing, including, but not limited to preparation, supply, refuelling,

storage...”.

232. *Activities*: “related activities in relation to fishing”. The expression appears in several pieces of legislation: Ghana (2002), Mauritania (2005) “[activities] assimilated to fishing”), Mauritius (2007), Micronesia (1993), Saint Kitts and Nevis (1984), Saint Lucia (1984), Saint Vincent and the Grenadines (1990), Samoa (1988), Seychelles (1986), Sierra Leone (1994), Solomon Islands (1998), South Africa (1998), Tonga (1989), United Kingdom (Montserrat, 2000), Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chapter 315, Fisheries, Act 55 of 2005). With minor variations in wording, these instruments include “refuelling or supplying fishing vessels or performing other activities in support of fishing operations” within the meaning of “related activities in relation to fishing”. Under article 5(c) of Senegal’s Maritime Fisheries Code, “fishing-related operations include ... bunkering or supplying of fishing vessels, or any other activity of logistical support for fishing vessels at sea”. The same provision appears in the Fisheries Code of Mauritania (article 4(c)).

Licences for bunkering

233. Bunkering of vessels at sea is subject to a licence issued by the adjacent coastal State.

- This may be an “appropriate licence” required in “fisheries waters” (inland waters, territorial sea and the exclusive economic zone of the Gambia and other inland or marine waters): Gambia (Fisheries Act 2007), Saint Vincent and the Grenadines (Fisheries Act, 1990, para. 2): “waters of the exclusive economic zone, territorial sea, archipelagic waters and internal waters”.

- Several States lay down in their legislation the requirement of a “foreign fishing licence” in fishing zones, in the exclusive economic zone or in archipelagic waters: Bahamas (Fisheries Act 1988), Brunei Darussalam (Fisheries Order 2009), Cook Islands (Marine Resources Act 2005), Denmark (2003), Eritrea (1998), Fiji (1978), Gambia (2007), Grenada (1986), Kenya (1989), Kiribati (2010), Korea (Republic of)

(1996), Malaysia (1985), Malta (2001), Mauritius (2007), New Zealand (1988), Philippines (1988), Saint Lucia (1984), Saint Vincent and the Grenadines (1990), South Africa (Marine Resources Act 1998), Tanzania (2003), Tonga (1989), Trinidad and Tobago (Archipelagic Waters and Exclusive Economic Zone Act 1986), Tuvalu (1982), United Kingdom (Montserrat) (2000), Vanuatu (2005). In some cases it is specified that this must be a “valid foreign fishing licence”: Antigua and Barbuda (2006), Barbados (1993), Cook Islands (2005), Eritrea (1998), Marshall Islands (1997), Saint Kitts (1984), Saint Vincent and the Grenadines (Chapter 52 Fisheries Act, 1990, paras. 12 and 13), Samoa (1988), Seychelles (1986), Solomon Islands (1998), Tonga (1989).

234. Other States require “licences or permits” for foreign fishing vessels: Canada (Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C. 1985, fishing zones, territorial sea and internal waters of Canada), section 6; Ghana (Fisheries Act 2002), para. 61: “a foreign fishing vessel shall not enter the fisheries waters of Ghana unless authorized ... by the terms of a licence or permit”. The permit must be valid (“valid permit”): Mauritius (Act No. 27 of 2007, para. 38); Micronesia (Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations, para. 3, “Permit required”); Tonga (Fisheries Act 1989, para. 6), United States of America (Sec. 1824).

235. In some cases, a licence or permit is required for “fishing-related” activities: Eritrea (Proclamation No. 104/1998 (The Fisheries Proclamation), article 19 “Other licences”); Kiribati (An Act for the Conservation, Management and Development of Kiribati Fisheries Control of Foreign Fishing and for Connected Purposes, 2010, para. 12, “Foreign fishing vessels”, c) “load or unload fuel or supplies in Kiribati waters”); Mauritius (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, para. 34, “foreign fishing boat or foreign fishing vessel for fishing or any related activity within the maritime zones”; Micronesia (Micronesian Maritime Authority Reefers and Fuel Tankers Licensing Regulations); Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, chap. 315, Fisheries, para. 9, “Foreign vessels licences”, 3) d) “related activities [to fishing operations]”.

Sanctions

236. Violation of these requirements gives rise to “enforcement measures” relating to the conservation and exploitation of living resources in areas under the State’s jurisdiction, which include boarding, inspection, seizure and confiscation of the vessel by the State and the institution of proceedings to enforce its “laws and regulations”. In English, the words used are “forfeiture”, “detention” and “confiscation”: Eritrea (Proclamation No. 104/1998, article 34), Fiji (Marine Spaces Act [Cap 158A], para. 18, “Forfeiture of vessels, etc”), Gambia (Fisheries Act, 2007), Ghana (Fisheries Act, 2002, Sub-Part X – Detention, Sale, Release and Forfeiture of Property), Kenya (Chap. 378, The Fisheries Act, para. 19), Korea (Republic of) (Act on the Exercise of Sovereign Rights on Foreigners’ Fishing, para. 23), Malaysia (Act 317, para. 52), Malta (Act No. II 2001, para. 35), Mauritania (Fisheries Code, article 66), Mauritius (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, paras. 58, 71), Saint Vincent and the Grenadines (Chap. 52, Fisheries Act, 1990, paras. 39 and 42), Samoa (Fisheries Act 1988, para. 22), Senegal (Fisheries Code, article 64), Sierra Leone (Fisheries (Management and Development) Decree, 1994, Part X Sale, Release and Forfeiture of Retained Property), Solomon Islands (Shipping Act 1998, Part XI, Arrest, Forfeiture, para. 206, and Forced Sale of Vessels), South Africa (Act 1998, paras. 53 and 55), Tonga (Fisheries Act 1989, Part VIII, Sale, Release and Forfeiture of Retained Property), Vanuatu (Laws of the Republic of Vanuatu, Chap. 315, Fisheries, Part 12, Sale, Release and Forfeiture of Seized Property), Guinea-Bissau (Decree-Law 6-A/2000).

Release of the vessel

237. There is provision in some cases for the release of a vessel detained on grounds of infringement of legislation governing fisheries or access to fishing areas: Eritrea (The Fisheries Proclamation No. 104/1998, article 34 “Release of vessels, etc. on bond”), Fiji (Marine Spaces Act [Cap 158A], para. 19, “Security for release of foreign vessels”), Gambia (Fisheries Act, 1997, para. 81, “Release on bond”),

Ghana (Fisheries Act, 2002, Sub-Part X – Detention, Sale, Release and Forfeiture of Property), Malta (Act No. II of 2001, para. 24 2) b), “reasonable bond”), Mauritania (Law No. 2000-025 establishing the Fisheries Code, Section 2 “Provision of a security”), Mauritius (The Fisheries and Marine Resources Act 2007, para. 65, “Security for release of seized items”), Saint Vincent and the Grenadines (Chap. 52, Fisheries Act, 1990, para. 38, “Release of vessel, etc., on bond”), Samoa (Fisheries Act 1998, para. 16, “Release of vessel, etc., on bond”), Senegal (Maritime Fisheries Code, chapter 3 “Payment of a security”), Sierra Leone (The Fisheries Management and Development, Decree, 1994, para. 71 1), “bond or other form of security as it may determine”), Solomon Islands (Shipping Act 1998, para. 210, 10 b)), Tonga (Fisheries Act 1989, para. 30 3) a) and para. 39, “Release of seized, vessel, etc., on receipt of a bond or other form of security acceptable”), Trinidad and Tobago (para. 31, “Release of arrested crafts and their crews”), Guinea-Bissau (article 65 of Decree-Law 6-A/2000).

238. To sum up, the trend observed by the FAO in 1993 has consolidated and intensified since then. There exists considerable uniformity as regards the inclusion of fishing-related operations in the laws and regulations of coastal States. On the matter of bunkering, some States regulate it, others do not. Even though every coastal State is legally entitled to do so, this is a matter for its discretion.

IX. FISHING LICENCES AND BUNKERING

A) FISHING LICENCES

239. Access to the fisheries resources of the maritime areas under jurisdiction of the Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) in West Africa is dependent upon obtaining beforehand a fishing licence issued by the Member State in question. The Republic of Guinea-Bissau is a member of the SRFC.

1) Applications for fishing licences

240. For access to fisheries resources, applications for licences are to be submitted by individuals or corporate entities in conformity with national legislation or the provisions stipulated in agreements and other applicable arrangements.

241. Applications for fishing licences for industrial fishing vessels must contain the basic information specified in the Convention on the Minimal Conditions for Access of 13 September 2012 (MCA/SRFC Convention), without prejudice to the additional information required by national legislation (article 6, para. 2).

242. That basic information concerns the applicant, the vessel, the type of fishing and the mode of conservation. For the applicant the information includes: company name, company identification number, trade register number, name of company executive, date and place of birth, profession, taxpayer account number, address, number of employees (permanent and temporary), name and address of co-signatory and turnover.

243. For the vessel, the following information must be given: type of vessel, registration number, new name, former name, date and place built, nationality of origin, date taken to flag (provisional, deadline, final), length, width, depth, type of construction material, draught, make of main engine, type, HP, propeller (fixed, controllable, nozzle), transit speed, call sign, call frequency, list of means of navigation, detection and transmission, radar, echosounder, sonar, VHF radio, BLU, automatic pilot, (Net sound), telex, course recorder, scanmar.

244. As far as type of fishing is concerned, there is inshore and deep-water demersal fishing, on the one hand, and inshore and deep-sea pelagic fishing, on the other.

245. For pelagic fishing, the following information must be provided: fishing option (seiner, trawler), type of gear (pelagic trawls or

seine), length of trawl, length of headline, pocket mesh opening, length of seine, dimension of mesh, height of seine, longliner (tuna), longliner (swordfish), cane, surface longliner, number of canes, number of hooks, size of hooks.

246. For demersal fishing: fishing option (shrimp, fish and cephalopods or bottom longliner), type of gear, fish trawl, shrimp trawl, length of trawl, length of headline, spiny lobster pot option, deep crab pot option.

247. With regard to the mode of conservation: ice, cooled sea water, freezing (brine and dry), total cooling power, freezing capacity in tonnes per 24 hours and hold capacity.

248. As regards the conditions for the issue of fishing licences, the (MCA/SRFC) Convention provides that licences are to be issued after the competent administration of the State concerned has verified that the legislation on the registration and marking of vessels in force in that Member State has been complied with. Licences are issued only if the conditions required by that legislation are satisfied by the vessel applying for the licence and, in order to be issued licences, industrial fishing vessels must be equipped with a vessel monitoring system (VMS).

249. Article 7 also provides that any activities by factory vessels, support vessels and reefers must be strictly regulated and that the original fishing licence must be kept on board the fishing vessel at all times (paras. 5 and 6).

250. The validity period of fishing licences may vary according to national legislation. However, in order to have a better knowledge of the catches taken from maritime areas under the jurisdiction of Member States and to ensure that the population has access to sufficient regular supplies of fishing products, the validity period must take into account the imperatives of responsible and sustainable management of fisheries resources (article 8 of the MCA/SRFC Convention).

251. The Convention also provides that any industrial fishing vessel

operating in the area covered by it is bound to provide declarations of catches in a logbook containing the following information: name of vessel, nationality, fishing licence number, trip duration, daily data (day, month, year), data on deployment of fishing gear (time, position, depth), data on retrieval of fishing gear (time, position, depth) and special comments (targeted species, rejects) by the vessel captain.

252. Article 14 introduces a declaration of entry to and exit from the maritime area under the jurisdiction of the Member State. It provides that any fishing vessel entering or exiting the maritime area must communicate information on its entry to and exit from that maritime area by radio or by any other means to the relevant department of the Member State concerned. The declaration must be made at least 48 hours before the vessel enters or exits the maritime area and must contain the following basic information: the origin and destination of the vessel; the location of the vessel when the entry or exit declaration is made; declaration of quantities of fish on board by species; the reason for entering the maritime area.

253. With regard to fishing vessels on innocent or transit passage, “when on passage through the maritime area under the jurisdiction of a Member State, unauthorized fishing vessels must stow their fishing gear whilst navigating through the said maritime area”. These vessels are regulated by paragraph 1 of article 58 of the Convention.

254. The Convention includes provisions on compliance with international conventions on maritime safety and protection of the maritime environment. Fishing vessels authorized to operate in maritime areas under the jurisdiction of the Member States must comply with the relevant provisions of international conventions on maritime safety and protection of the maritime environment of the International Maritime Organization (IMO) and with the provisions of the International Labour Organization (ILO) on employment in the fisheries sector (C.188, 2007) (see article 18 of the MCA/SRFC Convention). Under article 13 of Guinea-Bissau’s Decree-Law No. 6-A/2000, fishing activities may be car-

ried out only after a licence has been issued by the authorities of that country.

255. As regards the issue and nature of the licence, the exercise of any activity is subject to the prior issue of a fishing licence which must be drawn up on a template document by the Government department responsible for fisheries and signed by the persons responsible for fisheries, the economy and finance. The licence will be issued to a vessel on behalf of its owner and will be valid in relation to the fishing activities mentioned therein.

256. Article 52 of Decree-Law 6-A/2000 defines the policing powers which may be exercised by Guinea-Bissau pursuant to the provisions of that Decree-Law where fishing vessels conduct unauthorized fishing activities.

257. Thus, all fishing vessels, whether national or foreign, which engage in fishing activities within the limits of national maritime waters without having obtained the licence provided for in articles 13 and 23 will be seized *ex officio*, with their, equipment and fishery products on behalf of the State, by a decision of a member of the Government responsible for fisheries. Regardless of confiscation, the courts must apply the fines set out in article 54(2) of the Decree-Law. The decision on confiscation can, however, be appealed. The Inter-Ministerial Fisheries Commission will decide how to dispose of the confiscated property and products, the proceeds accruing to the Government, in accordance with the provisions of the Decree-Law.

B) BUNKERING

258. Bunkering is the generic term designating the sale of fuel by tankers at sea. It may be heavy fuel, gas oil or marine diesel. These vessels also supply food, fresh water and other provisions.

259. The primary function of bunkering is to increase the ongoing efficiency of the activities of its various beneficiaries by making up for the general absence of refuelling installations in a certain region or the

lack of access to that region's ports. Today it is a highly lucrative economic activity.

260. A significant number of foreign fishing vessels operate in the West African region. They come from great distance. Bunkering at sea is highly beneficial for them in that it allows them to carry out their activities without entering ports.

261. There are many beneficiaries of bunkering. They can include warships, passenger transport vessels, cargo vessels and fishing vessels. There is thus the generic activity of bunkering and specific categories of it. A distinction must therefore be drawn between the different forms of bunkering and the rules governing them. Container ships do not have any need for bunkering in general. Their bunkers allow them to navigate freely. Bunkering with heavy fuel for merchant vessels is, in most cases, governed by merchant marine codes. The transshipment of fuel between two vessels is also regulated by merchant marine codes.

262. As regards bunkering of vessels in transit, this activity is essentially linked to navigation and can thus be understood as being covered by a freedom to use the sea for other internationally lawful purposes within the meaning of article 58, paragraph 1, of the Convention. Consequently, there is a functional distinction based on the nature of the activity in which the recipient is engaged.

263. In exercising its sovereign rights in its exclusive economic zone, the coastal State is entitled to regulate fishing operations by foreign vessels utilizing its living resources by granting them fishing licences. The conditions governing the grant of the licence may also cover the regulation of bunkering of those vessels where they are operating in the exclusive economic zone. If the coastal State is able to regulate operations relating to the utilization of the living resources of the exclusive economic zone, it goes without saying that it can also do so in respect of bunkering of fishing vessels engaged in such utilization, since bunkering is a fishing-related operation, not an activity related to navigation in this case. Bunkering increases the effectiveness of fishing in the ex-

clusive economic zone considerably. It enhances its intensity and the quantity of catches, which may exceed the quotas allocated in the fishing vessel's licence. It is therefore logical for the coastal State to regulate bunkering in accordance with articles 61 and 62 of the Convention relating to the conservation and utilization of living resources.

264. Similarly, in accordance with paragraph 5 of article 211 of the Convention the coastal State is entitled to adopt international rules and standards to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from vessels and to take measures to minimize the threat of accidents liable to cause pollution of the marine environment in its exclusive economic zone. In this case bunkering relates more to merchant vessels and the pollution-prevention procedures developed within the framework of the IMO.

265. On the other hand, the Convention (article 56) does not permit the State to regulate navigation in its exclusive economic zone. Bunkering of vessels in transit is exempt from the national legislation of the coastal State as it is a freedom recognized by article 58, paragraph 1, of the Convention.

266. As Judge Anderson observed in his Separate Opinion in the *M/V "SAIGA" (No. 2) Case* (p. 137):

Today, bunkering is conducted under all manner of different circumstances and may involve distinct types of recipient vessels, including passenger vessels, warships, cargo ships and fishing vessels. For example, immediately before and after taking on bunkers, a recipient vessel may be exercising the freedom of navigation. In such a case, its bunkering could well amount to an "internationally lawful use of the sea" related to the freedom of navigation and "associated with the operation of ships" within the meaning of article 58, paragraph 1, of the Convention. To take a different example, a fishing vessel may be engaged in fishing in the EEZ with permission and subject to conditions established in the laws and regulations of the coastal State, consistent with the Convention

(in particular, its article 62, paragraph 4). Here, the accent is not so much on the navigation of the fishing vessel as upon its efficient exploitation of the stocks in accordance with the terms of its licence. Yet again, a fishing vessel may also be in need of bunkers whilst navigating in transit between its home port and some distant fishing grounds.

267. In the present case, the bunkering operation in question concerns a) a foreign fishing vessel; b) operating in the exclusive economic zone; c) holding a proper (i.e. valid) fishing licence; d) respecting the time and location for bunkering communicated to the authorities of the coastal State; and e) subject to checks by inspectors.

268. From a legal point of view, bunkering can be seen as a sale contract between the bunkering company and the operator of the vessel to be bunkered. The bunker fuel is usually loaded by the seller/supplier in Las Palmas, on board a specialized tanker owned or chartered by it and appropriate arrangements for delivery or supply are made with the clients operating along a specific route, in this case between the Canary Islands and Angola (oil-producing country).

269. The waypoint for the fuel bunkering is agreed several weeks in advance according to the client's needs and the route taken by the vessel.

270. The contractual arrangements are made between the offices of the bunkering company and the offices of the operator of the recipient vessels. The logistical details in the form of the location for bunkering and compliance with formalities are generally decided by radio, telephone or email by the captain of the bunker vessel, the captain of the recipient vessel and their respective maritime agents on land, who deal with the administrative formalities.

271. What is the procedure for authorizing bunkering in the exclusive economic zone of the coastal State? The principles of the general fisheries policy are laid down in the provisions of Decree No. 4/96 of 2 September 1996. Bunkering is included among fishing-related opera-

tions in article 39 concerning “logistical support and transshipment operations”. Logistical support operations such as provisioning with victuals, fuel, the delivery or receipt of fishing materials and the transfer of crews, and transshipment of catches must be specifically authorized in advance by the Ministry of Fisheries.

272. Requests for authorization must be made at least ten (10) days prior to the expected date of entry of the vessels that are to perform those operations. Those requests must include the following information: a precise description of planned operations; identification and characteristics of the vessels used for logistical support or transshipment; and identification of the vessels that will benefit from operations of logistical support or transshipment of catches.

273. In no event may the beneficiaries be vessels that do not hold a valid fishing licence. The Ministry of Fisheries may decide that the operations will take place in a defined area and at a given time and in the presence of qualified maritime enforcement officers.

274. Requests for authorization must be made in writing and be accompanied by all the required information, and the authorizations themselves must take the form of a written document (para. 2 of article 39).

275. Lastly, there is a charge for authorization pursuant to article 23, paragraph 2, of Decree-Law No. 6-A/2000, and the vessel must be in possession of a payment receipt.

1) Thus, in Guinea-Bissau for example (as in all countries of the SRFC), fishing-related operations require authorization from the authority responsible for fisheries. The interested party must submit his request in advance and the assisting vessel must have a fishing licence. The request for bunkering authorization must be submitted 10 days before the commencement of the planned operation.

2) The applicant or his maritime agent sends the request to the Mi-

nister responsible for fisheries, applying for authorization for bunkering at sea and identifying the beneficiary fishing vessels and companies and the characteristics of the bunker vessel (the tanker).

3) The request is received by the Minister, who assigns it to the Directorate-General for Industrial Fisheries for the necessary procedures to be carried out: checking the conformity of documentation; issue of a *pro forma* invoice and payment of the invoice into the account of the Public Treasury.

4) The applicant makes payment of the charge into the Public Treasury account with the Central Bank of West African States (BCEAO).

5) Once these formalities have been carried out, the authorization is printed out, proof of payment and other documents are enclosed and it is all sent to the Director-General for Industrial Fisheries.

6) The Director-General confirms that the formalities and the payment are in order, adds his signature and submits the document to the Minister for signature, who thus grants authorization.

7) The authorization is then communicated to the owner of the tanker or to his local representative. This procedure is followed for every vessel, irrespective of its flag.

276. Paragraph 2 of article 73 of the Convention states: “arrested vessels and their crews shall be promptly released upon the posting of reasonable bond or other security”.

277. As was explained above, the owner of the *M/V Virginia G* did not turn to the court having jurisdiction to determine and set the bond or the security. Instead, it attempted to handle the matter with FISCAP, not with the court. The owner of the *M/V Virginia G* prevented the prompt release procedure being applied by filing for an interim measure from the court (Rejoinder, para. 194). After the vessel and its cargo were seized, the owner, although notified, chose not to take any measures

against this seizure such as the payment of a bond. It seems that it had no financial capacity to do so. It only requested and obtained the suspension of the unloading of the diesel oil ordered by the Secretary of State of Fisheries after the seizure of the ship (PV4, p. 8, lines 35-39).

278. The seizure of the gas oil was perfectly legal under Guinea-Bissau's law. It is evident that the gas oil is covered in the seizure of the ship in accordance with article 52 of the Decree-Law. It seems that the owner of the *M/V Virginia G* did not explore the appropriate legal remedies offered to it by the coastal State, which did not therefore violate article 73, paragraph 2, as was recognized by the Tribunal (para. 257 of the Judgment).

279. With regard to paragraph 3 of article 73, it is clear from the case file that the authorities of Guinea-Bissau did not apply to the crew any penal sanctions which are not provided for by law; they only penalized the owner of the vessel by confiscating the vessel, which is a lawful sanction. No measures involving imprisonment or corporal punishment were taken against the crew. The Tribunal was therefore right to conclude that Guinea-Bissau did not violate article 73, paragraph 3, of the Convention.

280. As regards paragraph 4 of article 73, since the Tribunal confirmed the link of allegiance between the *M/V Virginia G* and Panama, it seems that Guinea-Bissau violated paragraph 4 by "failing promptly to notify" the flag State of the action taken.

X. REPARATION

281. Paragraph 434 reads as follows:

[t]he Tribunal takes the view that, in light of its findings and in conformity with its jurisprudence set out above, Panama in the present case is entitled to reparation for damage suffered by it. Panama is also entitled to reparation for damage or other loss suffered by the *M/V Virginia G*, including all persons and entities involved or interested in its

operation, as a result of the confiscation of the vessel and its cargo.

282. The Tribunal continues:

[c]onsidering that the confiscation of the *M/V Virginia G* and its cargo has been found to be a violation of article 73, paragraph 1, of the Convention, the Tribunal will now assess the claims made by Panama. In the view of the Tribunal, only damages and losses related to the value of the gas oil confiscated and the cost of repairing the vessel are direct consequences of the illegal confiscation. (Judgment, para. 435)

283. It is clear that the damage which was alleged and then accepted by the Tribunal does not really stem from confiscation – which means a transfer of ownership – but rather from seizure made in accordance with article 73, paragraph 1, of the Convention. Panama takes the view that in this case Guinea-Bissau breached its international obligations set out in the Convention, which breach led to a prejudice being caused to the Panamanian flag and to severe damage and losses being incurred by the vessel and other interested persons and entities because of the fact and length of the detention. Guinea-Bissau contends that certain items of damage are not the result of “the arrest of the *Virginia G* which is the only case over which the Tribunal has jurisdiction” and that “the only direct losses resulting from the arrest of the *Virginia G* are those allegedly caused to the ship, its owner and the crew”. It adds that “Panama, however, has claimed damages for losses allegedly suffered by other entities, such as Gebaspe and Penn World, which have nothing to do with the *Virginia G*” (para. 424 of the Judgment). Guinea-Bissau also states that it “is totally unaware” of the existence of the damages referred to in paragraphs 413 and 414 (of the Judgment) and argues that Panama “does not present any proof thereof, but only unfounded allegations” and that “therefore such allegations must be considered to be unproven”. It adds that “[i]f such damage did exist, this is due to the financial problems of the shipowner ... and which therefore had nothing to do with the arrest of the *VIRGINIA G*”.

284. Seizure means the lawful detention of the vessel in port, with release being subject to a judicial or administrative decision, and is independent of confiscation. In the present case, the owner of the *M/V Virginia G* neither explored the remedy of requesting release pursuant to the article of Decree-Law 6-A/2000 nor challenged the seizure measure before the administrative court having jurisdiction, and certainly did not seek to reach a negotiated settlement. Its representative stated before the Tribunal that he had not intended to initiate a prompt release procedure because he did not have the financial capacity to post a bond. He also stated that he had rejected the proposal made to him by a lawyer in Bissau to negotiate a settlement by posting a bond. Furthermore, the owner's agent informed him that he had 15 days and that that deadline could be extended for the same period on request with a view to reaching a settlement on payment of a fine. As the owner of the vessel did not respond, a second decision was taken by the Inter-Ministerial Commission confirming the confiscation, which was executed in respect of the gas oil. The owner of the *M/V Virginia G* lodged an appeal against the decision on confiscation, which was dismissed. Its conduct fully justifies the attitude taken by Guinea-Bissau. In the "*Tomimaru*" Case, the Tribunal ruled that the decision of the Supreme Court of the Russian Federation brought to an end the procedures before the domestic courts. It noted also that no inconsistency with international standards of due process of law had been argued and that no allegation had been raised that the proceedings which had resulted in the confiscation were such as to frustrate the possibility of recourse to national or international remedies. The Tribunal also considered that a decision by it would have contradicted the decision which concluded the proceedings in the appropriate domestic fora and encroached upon national competences, thus contravening article 292, paragraph 3, of the Convention (see the "*Tomimaru*" Case, paras. 79 and 80).

285. In the present case, the claimant failed to explore the legal remedies offered to him, giving rise to a second decision by the Inter-Ministerial Commission confirming the confiscation measure, which is entirely lawful and cannot be interpreted as an illegal act for which reparation may be granted. This means that the reparation for the damage

caused to the *M/V Virginia G* does not really satisfy the causal link criterion and no compensation can be awarded to the Applicant.

286. This is for the following reasons: first, as to the question of whether the owner of the *M/V Virginia G* is entitled to compensation for any loss of profit for a period between 5 September 2009 and December 2010 when the vessel again became operational, the Tribunal points out that the *M/V Virginia G* was arrested for the violation of the laws and regulations of Guinea-Bissau and that the procedures laid down in article 65 of Decree-Law 6-A/2000 are expeditious and ensure the prompt release of the arrested or detained vessel upon posting of a bond or other financial security and therefore meet the requirements of article 73, paragraph 2, of the Convention. The Tribunal has found unconvincing in this regard the arguments of Panama that the procedures set out in article 65 of Decree-Law 6-A/2000 are unreasonable and unaffordable and therefore could not be used in the present case. Therefore the Tribunal concludes that as the available procedures under the laws and regulations of Guinea-Bissau have not been used by the owner of the vessel to secure its release, Panama cannot claim on behalf of the owner of the vessel any loss of profit (para. 438).

287. Second, with reference to the other claims made by Panama in paragraphs 450 to 453 of its Reply, the Tribunal concludes that Panama in this respect does not satisfy the requirement of a causal nexus between them and the confiscation of the *M/V Virginia G* (para. 439 of the Judgment).

288. As regards the claim of Panama to an additional 10 per cent of the total amount of the compensation, the Tribunal considers that the injury referred to in paragraph 418, consisting mainly in loss of reputation, lacks a causal link with the action taken by Guinea-Bissau. The alleged damage is too indirect and remote to be financially assessable. Accordingly – states the Tribunal – the claim cannot be upheld (para. 440 of the Judgment).

289. Lastly, with regard to the repairs to the vessel, the Tribunal considers that not all damage repaired in respect of which Panama claims

compensation satisfies the requirement of a causal link with the confiscation of the vessel (para. 442 of the Judgment).

290. The legal regime governing fault on the part of the victim in causing damage is long settled in the jurisprudence and literature.

291. In the *Maninat* case, the arbitrator considered that a lack of precision in the claim – where it stems from inaction on the part of the claimants – constitutes fault the consequence of which is a refusal of any compensation: “[b]y their own inattention and inaction, they have deprived the umpire of all opportunity to know anything of this branch of their alleged injuries” (*Maninat* case, R.I.A.A., X, p. 82). Similarly, the negligence of the victim before a court was examined in the *Gentini* case, where the judge explained that “[t]he principle of prescription finds its foundation in the highest equity, the avoidance of possible injustice to the defendant, the claimant having had ample time to bring his action, and therefore if he has lost, having only his own negligence to accuse” (*Gentini* case, R.I.A.A., X, p. 558).

292. Similar views dictated the solution in the *Evesham* case, where the claimants had allowed a very long period of time to elapse, after the damage which had been caused to them, without acting: “[t]heir not availing themselves of these opportunities to obtain compensation in the ordinary course of judicial proceedings for such a length of time, and under such advantages, brings their case within the terms of a loss and damage occasioned by manifest delay or negligence or wilful omission of the claimant. I am therefore of opinion that the memorialists are not entitled to compensation under this article” (*Evesham v. Great Britain*, award of 6 July 1797, *Moore International Arb.*, III, p. 3 100).

293. Again, in *British Property in Spanish Morocco*, it was held that the victim’s fault exonerated the government of all responsibility. The twenty-seventh claim concerned an ordinary theft committed to the detriment of British nationals. The arbitrator Max Huber, finding that it was because of the 15-day delay by the owner of the stolen property reporting the theft that no criminal proceedings were undertaken, considered that the fault on the part of the victim was the reason for, and

excused, the conduct on the part of the Spanish Government and precluded the wrongfulness that would otherwise have characterized it had the victim not been at fault (R.I.A.A., II, p. 616). In the *Case Concerning Barcelona Traction*, the Spanish Government claimed that all Spain's actions were caused by the previous conduct of Barcelona Traction. In his argument, Prof. Weil stated: "the bankruptcy judgment for which Spain is criticized so strongly is actually attributable to Barcelona Traction's refusal to pay the creditors what is owed to them; the damage purportedly resulting from the seizure of the subsidiaries' assets is attributable to the company's structure; the manner in which the bankruptcy proceedings progressed is attributable to the decision taken by Barcelona Traction to evade the Spanish judicial system; the issue of the new bonds is due to the misappropriation of funds of the bankrupt company etc. Thus, both in detail and as a whole, the situation about which the Belgian Government complains is due to action by Barcelona Traction" (C.R. 69/39, p. 59).

294. Adopting this point of view, Roth writes: "international arbitral tribunals have often, and rightly so, declared claims for compensation to be unfounded because the injured party had failed to exhaust the legal remedies available to him in the responsible State in order to obtain, through that remedy, compensation for the damage suffered. At the same time, claims for interest or for payment of compensation for lost profits have frequently been rejected on account of the wrongful conduct of the victim" (quoted in Brigitte Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pédone, 1973, p. 314; footnote 866. All these case references come from this source; esp. p. 313-314 and p. 319-320).

295. Fault on the part of the victim is a ground for the dismissal of any claim for compensation on the merits because it played a role in causing the alleged damage. Furthermore, the examination of the causal link between the fault on the part of the owner of the *M/V Virginia G* and the damage for which reparation is claimed is highly perplexing, to say the least.

296. These positions were codified in article 39 of the United Nations International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex to General Assembly Resolution 56/83 of 12 December 2001), which reads as follows:

Article 39
Contribution to the injury

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

297. All in all, it can be held that:

(a) the owner of the *Virginia G* did not exhaust the local remedies offered to it by Guinea-Bissau and Panama's claims had to be dismissed on the ground of absence of *locus standi*;

(b) the confiscation of the *Virginia G*, which was carried out in accordance with the national legislation of Guinea-Bissau, does not constitute an infringement of article 73, paragraph 1, of the Convention;

(c) the inaction on the part of the victim played a role in causing the alleged damage. Fault on the part of the victim in the loss or damage is a ground for the dismissal of any claim for compensation on the merits.

On these grounds, the Tribunal should have simply dismissed the Applicant's claims.

298. Moreover, the conduct of the owner of the *M/V Virginia G* must preclude any entitlement to reparation for it. A general principle of law states that "no one can be heard to invoke his own turpitude". Where this takes the form of repeated occurrences, there is no longer a case that holds up. Justice must follow from certainty not approximation.

Other dissenting opinions

299. I should like to associate myself generally with the thrust of the Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia. I also endorse the Dissenting Opinion of Judge Jesus and the Dissenting Opinion of Judge ad hoc Sérvulo Correia. In particular, I endorse paragraphs 45 to 52 of the Joint Dissenting Opinion.

(signed) Tafsir M. Ndiaye

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW
OF THE SEA YEAR 2015

2 April 2015

List of cases:No. 21

REQUEST FOR AN ADVISORY OPINION
SUBMITTED BY THE SUB-REGIONAL FISHERIES COM-
MISSION (SRFC)
(Request for Advisory Opinion submitted to the Tribunal)

ADVISORY OPINION

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

1. I have voted in favour of the Advisory Opinion as I am in agreement with the grounds set out by the Tribunal in respect of the main questions. However, in my view, the Advisory Opinion could have adopted a much simpler approach to Question 4.

2. In accordance with article 8, paragraph 6, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, this separate opinion will concentrate on that point.

3. Paragraph 187 states: “The Tribunal now wishes to clarify its understanding of the expression ‘sustainable management’”. Paragraph 188 reads:

The Tribunal observes that the Convention does not define the expression “sustainable management”. Article 63 of the Convention as such does not address the issue of cooperation with respect to measures necessary to ensure the sustainable management of shared stocks. [...]

4. The international judicial function is performed by the adjudicating body charged with laying down the law, irrespective of the nature of the proceedings before it, whether contentious or simply advisory.

5. Laying down the law, that is the positive law, the law in force when the decision is rendered, or the *lex lata*. Where there is no law, the judge, acting in keeping with the principle of the “court’s duty to decide”, interprets so as to avoid a *non liquet*. In law, therefore, it is primarily where uncertainty prevails or gaps exist that a non liquet comes into play.

6. Non liquet means :

The impossibility for the judge or arbitrator to decide on the merits of the case owing to insufficient information about the facts or the lack

of a sufficient basis in the law in force between the parties to make a decision, or because the judge considers that what he is called upon to do oversteps his judicial role.

(J. Salmon (ed.), *Dictionnaire de droit international public*, Brussels, 2001, p. 747) [Translation by the Registry]

7. It must be said that none of the situations outlined above is present in the instant case and that, what is more, the basis in respect of the existing law more than suffices. The Tribunal has placed itself in a straight-jacket with respect to the scope of its jurisdiction in the current case. It states that its jurisdiction in this case is limited to the exclusive economic zones of the SRFC Member States. Therefore, the rights and obligations of the coastal State referred to in the fourth question are to be construed as rights and obligations of the SRFC Member States. (para. 179)

The Tribunal has failed to devote sufficient attention to the nature and the import of the questions submitted to it. According to the Tribunal, the first question relates solely to the exclusive economic zone of the Member States of the SRFC, and the phrase “[IUU] fishing activities ... conducted within the Exclusive Economic Zones of third party States” means such activities conducted within the exclusive economic zones of the SRFC Member States (para. 87).

8. It is a different matter for Question 4 in so far as the adjacent area and the migration area for tuna are outside the exclusive economic zones of the SRFC Member States. The Tribunal recognizes this itself, without drawing the appropriate inferences, when it addresses the subject of tuna. It states:

[...] The measures taken pursuant to such obligation should be consistent and compatible with those taken by the appropriate regional organization, namely the ICCAT, throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zones of the SRFC Member States. (para. 207(iii))

9. Accordingly, given the scope of the jurisdiction it determined for

itself, the Tribunal should have refrained from examining Question 4 and declined jurisdiction to entertain that question. It was strikingly mistaken about the extent of the law in force with regard to straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, i.e., in this case, shared stocks and stocks of common interest, especially stocks of small pelagic species and tuna.

10. Question 4 is governed by the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Agreement for the Implementation of the Provisions of the Convention relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks. The question reads: “What are the rights and obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?”

11. The SRFC sets out the context in which the question was raised. It states that small pelagic species and tuna are migratory species that congregate seasonally, depending on environmental conditions, in waters under national jurisdiction of several coastal States. Accordingly, the concerned States should take concerted action for their sustainable management. The SRFC explains that, in general, the concerned States do not consult each other when setting up measures for the management of these resources. In fact, these pelagic resources are subject to fishing authorizations pursuant to fishing agreements between the coastal State and foreign companies entered into without consultation with neighbouring coastal States through whose waters those resources pass. Some SRFC Member States continue to act in isolation, issuing licenses to fish for the shared resources.

12. It should be borne in mind that the purpose of enshrining the notion of exclusive economic zone in the United Nations Convention on the Law of the Sea was to put an end to the conflict between the interests of coastal States and those of long-range fishing operators. As shown by experience, the result has been unsatisfactory. That is why the Agreement for the Implementation of the Provisions of the Conven-

tion relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks gives practical effect to, and complements, the Convention through recourse to the concept of “sustainability”.

13. The relevant provisions of the Convention relating to straddling fish stocks and highly migratory species are found in Part V (Exclusive Economic Zone) and Part VII (High Seas). Under article 63, paragraph 2, the coastal State and the States fishing for such stocks in the adjacent area must seek, either directly or through appropriate subregional or regional organizations, to agree upon the measures necessary for the conservation of these stocks in the adjacent area.

14. Under article 64, the coastal State and other States whose nationals fish in the region for the highly migratory species listed in Annex I must cooperate directly or through appropriate international organizations with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zone.

15. The Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks seeks to make the conservation and management measures introduced for the high seas compatible with those adopted in areas under national jurisdiction and, in exercising the sovereign rights conferred on it, the coastal State must apply the general principles set out in article 5 of that Agreement, which provides:

Article 5 General principles

In order to conserve and manage straddling fish stocks and highly migratory fish stocks, coastal States and States fishing on the high seas shall, in giving effect to their duty to cooperate in accordance with the Convention:

- (a) adopt measures to ensure long-term sustainability of straddling

fish stocks and highly migratory fish stocks and promote the objective of their optimum utilization;

(b) ensure that such measures are based on the best scientific evidence available and are designed to maintain or restore stocks at levels capable of producing maximum sustainable yield, as qualified by relevant environmental and economic factors, including the special requirements of developing States, and taking into account fishing patterns, the interdependence of stocks and any generally recommended international minimum standards, whether subregional, regional or global;

(c) apply the precautionary approach in accordance with article 6;

(d) assess the impacts of fishing, other human activities and environmental factors on target stocks and species belonging to the same ecosystem or associated with or dependent upon the target stocks;

(e) adopt, where necessary, conservation and management measures for species belonging to the same ecosystem or associated with or dependent upon the target stocks, with a view to maintaining or restoring populations of such species above levels at which their reproduction may become seriously threatened;

(f) minimize pollution, waste, discards, catch by lost or abandoned gear, catch of non-target species, both fish and non-fish species, (hereinafter referred to as non-target species) and impacts on associated or dependent species, in particular endangered species, through measures including, to the extent practicable, the development and use of selective, environmentally safe and cost-effective fishing gear and techniques;

(g) protect biodiversity in the marine environment;

(h) take measures to prevent or eliminate overfishing and excess fishing capacity and to ensure that levels of fishing effort do not exceed those commensurate with the sustainable use of fishery resources;

(i) take into account the interests of artisanal and subsistence fishers;

(j) collect and share, in a timely manner, complete and accurate data concerning fishing activities on, inter alia, vessel position, catch of target and non-target species and fishing effort, as set out in Annex I, as well as information from national and international research programmes;

(k) promote and conduct scientific research and develop appropriate technologies in support of fishery conservation and management; and

(l) implement and enforce conservation and management measures through effective monitoring, control and surveillance.

16. With regard to cooperation on the measures to be taken in ensuring the sustainable management of shared stocks, the Straddling Fish Stocks Agreement establishes mechanisms for international cooperation. Thus, under article 8, paragraph 1, coastal States and States fishing on the high seas must, in accordance with the Convention, pursue cooperation in relation to straddling fish stocks and highly migratory fish stocks either directly or through appropriate subregional or regional fisheries management organizations or arrangements, taking into account the specific characteristics of the subregion or region, to ensure effective conservation and management of such stocks. In addition, paragraph 2 of article 8 provides that States must enter into consultations in good faith and without delay, particularly where there is evidence that the straddling fish stocks and highly migratory fish stocks concerned may be under threat of over-exploitation or where a new fishery is being developed for such stocks. To this end, consultations may be initiated at the request of any interested State with a view to establishing appropriate arrangements to ensure conservation and management of the stocks.

17. The Agreement accords a central role to Regional Fisheries Management Organizations (RFMOs), which are the ideal forum for cooperation between States with a view to implementing conservation and management objectives both within areas under national jurisdiction and on the high seas.

18. The main contribution of the Straddling Fish Stocks Agreement in this regard is to define the desirable institutional characteristics of an effective RFMO by listing, in a legally binding form, the matters upon which States are expected to agree in order to bring about the sustainable management of fisheries. These include agreement on conservation and management measures to ensure long-term sustainability, agreement on participatory rights such as allocations of allowable catch or levels of fishing effort, agreement on decision-making procedures that facilitate the adoption of conservation and management measures in a timely and

effective manner, and agreement on mechanisms for obtaining scientific advice and ensuring compliance with and enforcement of conservation and management measures.

(Recommended Best Practices for RFMOs, Report of an independent panel to develop a model for improved governance by RFMOs, M. Lodge (dir.), Chatham House, April 2007, pp. 4-5)

19. Applied to the situation in the present case, “sustainable management” amounts to establishing mechanisms for cooperation among the SRFC Member States and with the SRFC to ensure that exploitation levels for shared stocks and stocks of common interest do not over time exceed the rate of replenishment of those stocks. In this case, ICCAT would be best placed to play this role given the great distances travelled by highly migratory species. It would be more suited than the SRFC or the other regional fisheries organizations to which article 63 of the Convention refers. Those organizations can, on the other hand, play an important role in policy coordination, management, fisheries development and stock assessment and perform the functions assigned to them by the Straddling Fish Stocks Agreement. Article 10 of that Agreement provides :

Article 10

Functions of subregional and regional fisheries management organizations and arrangements

In fulfilling their obligation to cooperate through subregional or regional fisheries management organizations or arrangements, States shall:

(a) agree on and comply with conservation and management measures to ensure the long-term sustainability of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks;

(b) agree, as appropriate, on participatory rights such as allocations of allowable catch or levels of fishing effort;

(c) adopt and apply any generally recommended international minimum standards for the responsible conduct of fishing operations;

(d) obtain and evaluate scientific advice, review the status of the stocks and assess the impact of fishing on non-target and associated or dependent species;

(e) agree on standards for collection, reporting, verification and exchange of data on fisheries for the stocks;

(f) compile and disseminate accurate and complete statistical data, as described in Annex I, to ensure that the best scientific evidence is available, while maintaining confidentiality where appropriate;

(g) promote and conduct scientific assessments of the stocks and relevant research and disseminate the results thereof;

(h) establish appropriate cooperative mechanisms for effective monitoring, control, surveillance and enforcement;

(i) agree on means by which the fishing interests of new members of the organization or new participants in the arrangement will be accommodated;

(j) agree on decision-making procedures which facilitate the adoption of conservation and management measures in a timely and effective manner;

(k) promote the peaceful settlement of disputes in accordance with Part VIII;

(l) ensure the full cooperation of their relevant national agencies and industries in implementing the recommendations and decisions of the organization or arrangement; and

(m) give due publicity to the conservation and management measures established by the organization or arrangement.

20. In fulfilling their obligation to cooperate through Regional Fisheries Management Organizations, States must strengthen those organizations in order to enable them to perform their main functions: collection and exchange of data, determination of the allowable catch, allocation of rights among member States and compliance with fisheries conservation and management measures.

21. The data collection system is established in article 119 of the Convention. States must take measures which are designed, on the best scientific evidence available to the States concerned, to maintain or restore populations of harvested species at levels which can produce the maximum sustainable yield, as qualified by relevant environmental and

economic factors. In establishing conservation measures for the living resources in the high seas, States must take into consideration the effects on species associated with or dependent upon harvested species so as not to threaten their reproduction. Furthermore, available scientific information, catch and fishing effort statistics, and other data relevant to the conservation of fish stocks must be contributed and exchanged through the RFMOs. Experts from those organizations must endeavour to compile and analyse the information reported by States. Those data are crucial and constitute an essential prerequisite for any decision-making with a view to sustainable management of fisheries.

22. The Straddling Fish Stocks Agreement complements the Convention in this area by laying down standards for data collection and exchange. Annex I to the Agreement provides for :

- general principles;
- principles of data collection, compilation and exchange;
- basic fishery data;
- vessel data and information;
- reporting;
- data verification, and
- data exchange.

23. Lastly, article 6, paragraph 2, of the Agreement provides that

States shall be more cautious when information is uncertain, unreliable or inadequate. The absence of adequate scientific information shall not be used as a reason for postponing or failing to take conservation and management measures.

24. With regard to determination of the allowable catch and allocation of rights, the Agreement provides that, in fulfilling their obligation to cooperate, States must agree, as appropriate, on participatory rights such as allocations of allowable catch or levels of fishing effort (article 10(b)).

25. Nevertheless, it is one thing to determine the allowable catch but quite another to allocate or distribute rights among the member

States of the RFMO, which raises the problem of cooperation in respect of sustainable management of stocks and the stability of the conservation schemes set up by the RFMOs. Those organizations must tackle overfishing of harvested stocks and overcrowding of fisheries together with the consequences for associated or dependent species whose reproduction may become seriously threatened.

26. Participation by all States fishing for straddling fish stocks or highly migratory species in the RFMO for a given fishing area or migration area would greatly facilitate the matter of allocating rights, which raises very complex economic and political problems.

27. Article 11 of the Agreement sets out the factors to be taken into account for the fair allocation of the rights to available fish stocks:

(a) the status of the straddling fish stocks and highly migratory fish stocks and the existing level of fishing effort in the fishery;

(b) the respective interests, fishing patterns and fishing practices of new and existing members or participants;

(c) the respective contributions of new and existing members or participants to conservation and management of the stocks, to the collection and provision of accurate data and to the conduct of scientific research on the stocks;

(d) the needs of coastal fishing communities which are dependent mainly on fishing for the stocks;

(e) the needs of coastal States whose economies are overwhelmingly dependent on the exploitation of living marine resources; and

(f) the interests of developing States from the subregion or region in whose areas of national jurisdiction the stocks also occur.

28. In order to attain the objectives set with a view to conserving and sustainably managing stocks, the measures decided by RFMOs must be implemented by the member States and complied with by vessels flying their flag. To that end, first of all, the monitoring, control and surveillance system is crucial. It allows the flag State effectively to exercise its jurisdiction and control over ships flying its flag. That system includes vessel registration, vessel monitoring (VMS), inspection programmes and observers.

29. Second, there are the rules on transshipment, where the monitoring system proves difficult. This is an important means of combating IUU fishing but calls for greater cooperation in SRFC countries lacking naval surveillance resources.

30. Furthermore, the Straddling Fish Stocks Agreement supplements the obligations imposed on the flag State by article 94 of the Convention, which are intended to permit it effectively to exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag.

31. Articles 18, 19 and 20 of the Straddling Fish Stocks Agreement supplement these general provisions. They provide for the measures to be taken by the flag State, enabling it to exercise effective control over the high-seas activity of fishing vessels flying its flag and to respond where conservation and management measures have been contravened. The Agreement also provides for specific measures relating to port State jurisdiction.

32. Lastly, with regard to port State measures, it should be noted that the 2009 Agreement on Port State Measures is not yet in force. Therefore, national laws and the practice of the SRFC can play an important role in the management of shared stocks and stocks of common interest. The port State is able for example to exercise real enforcement powers against offending vessels. Given that long-range vessels operate at great distance from their home ports, they frequently have to visit ports of States close to the fishing areas for supplies or repairs.

33. To begin with, a port State has the right and the duty to take mea-

asures, in accordance with international law, to promote the effectiveness of subregional, regional and global conservation and management measures. When taking such measures a port State must not discriminate in form or in fact against the vessels of any State.

34. Second, a port State may, inter alia, inspect documents, fishing gear and catch on board fishing vessels that are voluntarily in its ports or at its offshore terminals.

35. In addition, States may adopt regulations empowering the relevant national authorities to prohibit landings and transshipments where it has been established that the catch has been taken in a manner which undermines the effectiveness of

subregional, regional or global conservation and management measures on the high seas.

36. Lastly, the port State may adopt punitive measures in the event of the violation of its laws and regulations, by prohibiting use of the services of its ports, such as resupplying.

37. All in all, in accordance with the duty to cooperate with a view to the conservation and sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, the SRFC must

- determine the allowable catch and allocate quotas among its Member States;
- draw up the register or record of licensed fishing vessels;
- reduce fishing effort or capacity;
- establish prior consultation between Member States before fishing permits for shared stocks or stocks of common interest are issued. With regard to compliance and enforcement, the SRFC must take measures in relation to:
 - boarding and inspection;
 - the observer programme;
 - the vessel monitoring system;
 - the register and record of vessels engaged in IUU fishing;
 - marking of vessels and fishing gear;
 - landing and transhipment of catches;

- port State measures;
- the catch documentation scheme; and lastly,
- effective implementation of article 18 of the Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks relating to the duties of the flag State.

(signed) T.M. Ndiaye

DISSENTING OPINION OF JUDGE NDIAYE

(Submitted in accordance with article 30, paragraph 3, of the Statute and article 8, paragraph 4, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal)

Having, to my great regret, been unable to join in the Order of the Tribunal, I find it necessary to express my dissenting opinion. In this opinion consideration will be given to the procedural requirements applicable to this case, Case 24 concerning The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), request for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

1. In Case 24 the International Tribunal for the Law of the Sea (the Tribunal) has been seised of a request, submitted pursuant to article 290, paragraph 5, of the Convention, from Italy for the prescription of provisional measures.

2. The Tribunal must therefore determine whether or not there is a dispute and whether the procedural requirements under article 290, paragraph 5, of the Convention have been met, before deciding whether the Annex VII arbitral tribunal would have *prima facie* jurisdiction to entertain the case and, in consequence, whether the Tribunal has the power to prescribe provisional measures should the circumstances so require-.

The dispute: Legal regime

3. Failing a definition of “dispute“ in the statutes of international courts and tribunals, their case law must be looked to to ascertain the applicable legal regime, because the role of courts and tribunals in adjudicating cases requires them to hear disputes, which must be settled

on the basis of the law. This means that there must be a dispute and it must be justiciable.

4. According to the ICJ:

A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons. (Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11).

5. Whether there exists a dispute in a particular case is a matter for "objective determination" by the Court. (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 1950, p. 74)

6. "It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other." (South West Africa, Preliminary Objections, I. C.J. Reports 1962, p. 328) [Armed Activities on the Territory of the Congo, I. C.J. Reports 2006, para. 90, p. 40]

7. In the words of the Court: "The Court's determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form." [Georgia/Russian Federation, Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, para. 30]

8. In principle, the dispute must be in existence at the date the application is submitted to the Court. (Aerial Incident at Lockerbie, I.C.J. Reports 1998, paras. 42-44)

9. As for its subject-matter, the dispute must "concern the interpretation or application of th[e] Convention" and be submitted in accordance with Part XV of UNCLOS.

10. As stated by the ICJ:

on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima

facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.

The Court must

give the matter the fullest consideration compatible with the requirements of urgency imposed by a request for the indication of provisional measures. (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, paras. 24 and 25).

11. According to the Applicant,

The dispute submitted to an Annex VII arbitral tribunal concerns an incident that occurred approximately 20.5 nautical miles off the coast of India involving the MV *Enrica Lexie*, an oil tanker flying the Italian flag, and India's subsequent exercise of jurisdiction over the incident, and over two Italian Marines from the Italian Navy, Chief Master Sergeant Massimiliano Latorre and Sergeant Salvatore Girone (the "Marines"), who were on official duty on board the *Enrica Lexie* at the time of the incident (the "*Enrica Lexie Incident*"). (Request, para. 3)

12 India acknowledges that the event which is at the origin of the dispute took place in the Indian EEZ and involved the M/V *Enrica Lexie*, an oil tanker flying the Italian flag. It is also accepted that India envisages exercising jurisdiction over the marines (Response, para. 1.5).

According to the Respondent:

Suffice it to say that Italy's silence seriously distorts reality and do[es] not permit the Tribunal to correctly understand the subject-matter of the dispute, which actually centres upon the murder by two Italian Marines embarked on the M/V *Enrica Lexie*, of two Indian unarmed fishermen embarked on the Indian fishing vessel *St. Antony*, a fishing vessel properly registered in India and fully permitted to be fishing in India's EEZ, which was also damaged by the use of automatic weapons by the two Marines. (Response, para. 1.6)

13. In response, the Applicant asserts: We agree that the most re-

grettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion. But there is an antecedent issue that requires prior determination, which is the subject-matter of the dispute between Italy and India, namely, who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account is to be taken of the immunity of State officials. The marines contest the allegation that they fired the shots that killed the unfortunate Indian fishermen. It is not accepted that the fatal shooting took place from the *Enrica Lexie*. [A]nd, I must emphasize, the marines have not even been charged with murder under Indian law. [A] person is not guilty of an offense unless and until convicted by a properly constituted court or tribunal on the basis of charges of which they are informed in a timely manner and to which they have had an opportunity to respond. (Second Round, Tuesday, 11 August 2015, Speech 1, Reply submissions, Sir Daniel Bethlehem, pp. 1-2)

The principle thus stated is a fundamental one of criminal law: presumption of innocence! 14. To identify the evidence relating to the existence of a dispute between the Parties, the Tribunal must ascertain:

- (a) whether the case file shows that there is a disagreement between the two States on a point of law or fact;
- (b) whether this disagreement concerns "the interpretation or application" of the Convention;
- (c) whether the disagreement existed at the date the application was filed. (Georgia/Russia, para. 32).

15. It can be seen that there is disagreement on the following points:
- exercise of jurisdiction as between the coastal State and the flag State;
- exercise of law enforcement authority as between the two States, and specifically the question of prosecuting;
- substance of the norms;
- conflict over how the acts should be characterized;
- attributes of sovereignty, with the question of absolute immunity for one party and

functional immunity for the other; and finally - dispute over the choice of forum.

16. At the critical date do the acts at the root of Case 24 fall within the scope of the Respondents internal law of criminal procedure or do they not? If so, were the Tribunal to uphold the claims of the Applicant, would this constitute interference by the Tribunal in the substance of criminal proceedings pending in the Indian courts ?

How should the actions taken by the Applicant and those taken by its nationals in the context of the Respondent's legal system be interpreted in international law? All these questions reflect on the existence or not of a dispute under international law.

17. When seised of a request under article 290, paragraph 5, of the Convention, the Tribunal may prescribe, modify or revoke provisional measures if it considers that prima facie the arbitral tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. That in essence is what this article says.

18. In order to satisfy these two procedural conditions, the Tribunal must: establish a close link between (i) the alleged basis of jurisdiction necessary to enable the Annex VII arbitral tribunal to hear the case on the merits and (ii) the claims asserted by the Applicant; and verify that there is the required correlation between the claim on the merits and the request for the prescription of provisional measures. The Tribunal must also carefully establish the facts of the case and their relevance so that it can determine whether or not the urgency of the situation requires the prescription of provisional measures.

19. The fundamental legal issue in this dispute, and both Parties so recognize, is the exercise of jurisdiction, that is to say the competence to act in the matter. In the view of Italy: "the subject-matter of the dispute between Italy and India [is] who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account is to be taken of the immunity of State Officials". In that of India: "The only legal issue is to know what State or States - because there could be concurrent

jurisdiction - has or have jurisdiction to try the perpetrators of this shooting, which led to the death of two Indian fishermen".

What do the Parties argue?

Italy Italy claims, pursuant to UNCLOS, in particular Parts II, V and VII, and notably Articles 2(3), 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 and 300 of the Convention, and customary international law, that India has breached its international obligations (Request, para. 29, see also PV.15/C24/1).

In the Statement of Claim dated 26 June 2015 (Annex A to the Request), Italy states:

In accordance with the provisions of UNCLOS, Italy respectfully requests the Annex VII Tribunal to adjudge and declare that:

(a) India has acted and is acting in breach of international law by asserting and exercising jurisdiction over the *Enrica Lexie* and the Italian Marines in connection with the *Enrica Lexie* Incident.

(b) The assertion and exercise of criminal jurisdiction by India is in violation of India's obligation to respect the immunity of the Italian Marines as State officials exercising official functions.

(c) It is Italy that has exclusive jurisdiction over the *Enrica Lexie* and over the Italian Marines in connection with the *Enrica Lexie* Incident.

(d) India must cease to exercise any form of jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Italian Marines, including any measure of restraint with respect to Sergeant Latorre and Sergeant Girone.

(e) India has violated its obligation under the Convention to cooperate in the repression of piracy.

(See Statement of Claim, para. 33, Annex A to the Request)

The combination of such juxtaposed conducts and attitudes unquestionably reveals a disagreement between Italy and India which amounts to a dispute over the interpretation and application of the Convention and the international rules invoked by Italy in the present proceedings (PV.15/C24/1, see also PV.15/C24/1, p. 20, I. 4-7). It [India] even invokes its declaration under article 310 of the Convention. These are

clearly matters for the merits (PV.15/C24/1)

Italy considers that the law and the facts of the present case manifestly show that the Annex VII tribunal under constitution will have more than simply prima facie jurisdiction over the merits of this dispute (PV.15/C24/1, PV.15/C24/1, p. 21, I. 42-45).

India's argument seems to confuse the prima facie jurisdiction requirement with the separate requirement that the rights claimed be at least plausible. In considering prima facie jurisdiction, India states that "the question of the dispute does not fall within the jurisdictional scope of the Convention". India seems to be arguing that there is no dispute between the Parties "concerning the interpretation or application of [the] Convention". In this connection it focuses on the allegations put forward by Italy under article 97 and on the immunity of State officials (PV.15/C24/1, p. 22, I. 11-20, PV.15/C24/1, p. 18, I. 50 and 51, and p. 19, I. 1 and 2).

On the prima facie test, see PV.15/C24/1, pp. 28-36.

India [T]he Annex VII tribunal, which Italy requests be constituted, does not have jurisdiction to rule on the case that it seeks to submit to it (PV.15/C24/2, pp. 13- 14).

India agrees that the event which is at the origin of the dispute took place in the Indian EEZ and involved the MV Enrica Lexie, an oil tanker flying the Italian flag. It is also accepted that India envisages to exercise jurisdiction over the Marines (Written Observations, para. 1.5).

[T]he subject-matter of the dispute does not fall within the ambit of the Convention. Italy mischaracterizes the subject-matter of the dispute, which is not an incident of navigation, let alone a collision, in the high seas, but a murder committed by two Italian nationals of two Indian nationals in a maritime area under the jurisdiction of India (Response, para. 3.5; on the subject-matter of the dispute see also Response, para. 1.6 and

PV.15/C24/2, p. 14, I. 11-16).

Professor Tanzi went to a great deal of trouble yesterday to demonstrate that there was a dispute between India and Italy. Well, I am happy to grant him that- but a dispute about what? (PV.15/C24/4, p. 10, I. 5-7).

The only legal issue is to know what State or States — because there could be concurrent jurisdiction — has or have jurisdiction to try the perpetrators of this shooting, which led to the death of two Indian fishermen. In this respect the Montego Bay Convention is silent (PV.15/C24/4, p. 11, I. 9-12).

India denies that Italy can invoke the benefit of any immunities recognized by UNCLOS in favour of the two Marines concerned (Response, para. 3.5).

No one denies that the Italian marines were on board a merchant vessel. Therefore, the Government of India was not obliged to recognize their claim of immunity under the Convention or any other principle of international law (PV.15/(324/2, p. 2, I. 32-38 see also PV.15/C24/2).

Alleged breaches of provisions of the Convention

Italy

India's breaches of the provisions of UNCLOS follow, inter alia, from: (a) India's unlawful arrest and detention of the *Enrica Lexie*; (b) India's interference with Italy's freedom of navigation; (c) India's exercise of jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Marines notwithstanding Italy's exclusive jurisdiction over the same by virtue of the undisputed fact that the Incident took place beyond India's territorial sea, some 20.5 nautical miles off the Indian coast; (d) India's exercise of criminal jurisdiction over the Italian Marines, who, as State officials exercising official functions pursuant to lawful authority, are immune from criminal proceedings in India; and (e) the failure to cooperate in the repression of piracy by exercising criminal jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Italian Marines (Request, para. 30, see

PV.15/C24/1, p. 4, I. 25-30).

India

Italy seizes on the pretext of its Request for the Prescription of Provisional Measures to develop arguments made in its Statement of Claim as to the substance of the case. India will not do so since it is [in] contradiction with the clear prescriptions of Article 290 of the UNCLOS, which limits the purpose of provisional measures to preserving "the respective rights of the parties to the (...) dispute ending the final decision". Nonetheless, India makes it very clear that its abstention to refute Italy's arguments related to the merits does not imply any acceptance of those arguments (Response, para.3.1).

It is not sufficient just to enumerate a whole lengthy litany of provisions of this that might have a vague linkage with the facts and causes, as Professor Tanzi and Sir Michael did this morning, to establish the jurisdiction of the Court. The real question is whether or not the dispute between the Parties is covered by one or some of the provisions of the Convention. Prima facie this is not the case if you focus on the real subject-matter of the dispute (PV.15/C24/2, p. 14, I. 23-27).

Italy's request to enjoin any further Indian judicial and administrative actions would also effectively prejudge claims (b), (c) and (d) advanced in Italy's Notification (claim (e) will be addressed with respect to Italy's second provisional measures submission) (Response, para. 3.55).

The essence of these claims centres on whether the Indian courts have jurisdiction over the incident and whether the Italian Marines enjoyed immunity from suit although the claims are cast in terms of alleged breaches of the UNCLOS (Response, para. 3.55).

Concerning the specific claims set forth in the Statement of Claim:

On article 2 of the Convention, see PV.15/C24/1, p. 10, I. 20.

On the alleged violation of article 27, paragraph 5, of the Convention:

The premise that India used ruse and coercion to cause the vessel to berth at the Kochi anchorage is completely untrue given that two unarmed Indian fishermen had been killed it was appropriate for India to

seek to question the individuals on board for their version of this serious event (Response, para. 3.50).

There was no ruse, no coercion, as alleged by Italy (PV.15/C24/2, p. 1, I. 50). With respect to the marines, Italy never claimed that India did not have the right to interrogate them (Response, para. 3.51). Italy has provided no evidence of the institution of proceedings; against the two marines in Italy (Response, para. 3.53).

On article 33 of the Convention, see PV.15/C24/4, p. 10, I. 22.

On articles 56 and 58 of the Convention, see PV.15/C24/4, p. 10, I. 22-26.

On articles 87 and 89 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, I. 28/29.

On article 92 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, I. 29-36.

On article 94 of the Convention, see PV.15/4, Pellet, p. 10, I. 38-40.

On the alleged violation of article 97, paragraph 3, of the Convention:

This case is not covered by Article 97 of the UNCLOS, but rather is about a double murder at sea (Response, para. 1.11).

There was in reality no ‘incident of navigation’, nor any collision between the two ships. They had no physical contact and Article 97 of the UNCLOS is irrelevant by any means (Response, para. 1.8; see also PV.15/C24/2, p. 2, I. 43-45).

On article 100 of the Convention:

There was no piracy attack or threat thereof that could justify the killing of two Indian fishermen so as to attract the application of the Convention and thus the prima-facie jurisdiction of an Annex VII tribunal (PV.15/C24/2, p. 2, I. 45- 47; See also PV.15/2, p. 14, I. 40/41, 47-49 and PV15/4, Pellet, p. 10, I. 44).

On article 300 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, II. 21-25.

20. On the jurisdictional issue the Tribunal must take particular care in examining the Convention provisions relied on by the Applicant and subject to disagreement between the Parties. To find that prima facie the Annex VII tribunal has jurisdiction it is not enough for an applicant sim-

ply to cite Convention provisions which, when read in the abstract, may theoretically offer a basis of jurisdiction.

It is also necessary for the court or tribunal to take account of facts within its knowledge at the time it decides whether or not to prescribe provisional measures. In particular, the adjudicator must satisfy itself that prima facie jurisdiction over the merits may be established on this basis in relation to the Convention provisions relied on by the applicant.

21. The Tribunal has determined that :

before prescribing provisional measures the Tribunal need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case and yet it may not prescribe such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear prima facie to afford a basis on which the jurisdiction of the Tribunal might be founded. (M/V “SAIGA” (No. :2), para. 29)

It must however do so on the basis of the above-stated principles, given that jurisdiction must be established proprio motu. It is to be recalled that under article 288 of the Convention the Tribunal has jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of the Convention if the parties to the dispute have in accordance with article 287 of the Convention chosen the Tribunal as a means of settlement.

22. In respect of the prima facie jurisdiction of the Annex VII arbitral tribunal, which is a condition to be satisfied in order for the International Tribunal for the Law of the Sea to have jurisdiction, the Applicant has put forward a host of Convention provisions on which to found its Application: articles 2(3), 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 97, 100 and 300.

The role of the Tribunal here is to satisfy itself that these provisions are of relevance to the dispute to be settled.

23. In light of the provisions invoked by the Applicant, it can be seen that the Parties disagree on the scope of application of their obligations under the Convention and on the relevance of the Convention. In fact, article 2, paragraph 3, concerns sovereignty over the territorial sea, whereas the incident "took place in India's exclusive economic zone. The same is true of article 27, concerning criminal jurisdiction on board a foreign ship in the territorial sea. Article 33, dealing with the conti-

guous zone, was not again mentioned by the Parties even though there are references to it in the Applicant's Notification and Application.

The irrelevance to the case of articles 56 and 58, concerning the rights of coastal States and other States in the EEZ, lies in the fact that the Convention is silent on both the subject of military use of the EEZ and the question of criminal jurisdiction over crimes and other unlawful acts committed in the exclusive economic zone.

As for articles 87 and 89 of the Convention, they bear on freedom of the high seas, particularly freedom of navigation. That is why the Applicant claims that there have been "breache[s] of the Convention" resulting from "(a) the unlawful arrest and detention by India of the *Enrica Lexie*; (b) India's interference with Italy's freedom of navigation".

Given that, as the Applicant itself admits, "we agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion";

Given that the incident occurred at a place where the relevant body of Indian law, that is to say criminal law, applies, the Indian judiciary may exercise its criminal jurisdiction without thereby breaching international law.

Articles 92 and 94 concern the status of ships and the duties of the flag State. In light of the subject-matter of the dispute, they are wholly irrelevant, since the vessel itself is not being charged but, rather, accusations of murder have been brought against individuals who moreover are not members of the crew.

24. Under these circumstances it is difficult to see how the arrest and detention of the *Enrica Lexie* in connection with criminal proceedings can be interpreted as a violation of the freedom of navigation on the high seas. If they were so construed, the principle of freedom of navigation would protect vessels against any and all legal proceedings because their arrest would be regarded as an infringement of the flag State's

right to enjoy freedom of navigation, with the result that there would no longer ever be any legal order in effect on the seas and oceans.

25. Article 97 concerns penal jurisdiction in matters of collision or other incidents of navigation. It is clear from the case file that there was neither any collision nor any other incident of navigation and that there was no physical contact between the *Enrica Lexie* and the *St. Anthony* fishing boat that could establish the applicability of article 97, paragraph 3, of the Convention.

What is more, the 29 June 1995 declaration of India under article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea states:

The Government of the Republic of India understands that the provisions of the Convention do not authorize other States to carry out in the exclusive economic zone and on the continental shelf military exercises or manoeuvres, in particular those involving the use of weapons or explosives without the consent of the coastal State. [United Nations, 95/600, (XXI. 6) (XXI.6 (a) CN. 199. 1995. TREATIES-5 (Depositary Notification), RATIFICATION BY INDIA].

It is apparent from the foregoing that article 97, paragraph 3, is inapplicable and cannot be asserted against India. Article 100 deals with the “duty to cooperate in the repression of piracy”. This duty stands in no direct relation with the subject-matter of the dispute as it has been acknowledged by the two Parties. Finally, the last provisions relied on by the Applicant concern article 300 of the Convention, on good faith, and the ICJ has made clear that this principle “is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist”. [ICJ, Judgment of 20 December 1998, I.C.J. Reports 1998, para. 94].

26. In truth, the Convention hardly applies in respect of this incident, which could have occurred in the mouth of just about any river in the world and would have had the same characteristics as the dispute in the present case.

This means that the Annex VII arbitral tribunal would not have jurisdiction because the subject-matter of the dispute does not relate to the law of the sea proper but rather:

(a) the exercise of jurisdiction as between a coastal State and a flag State; (b) the exercise of law enforcement and criminal justice authority as between the two States; (c) the dispute over the characterization of the acts; (d) the attributes of sovereignty, together with the question of immunity; and (e) the dispute over the choice of forum. The Convention provisions which the Applicant claims have been violated by the Respondent provide no basis on which to establish the jurisdiction of the Annex VII arbitral tribunal over the merits of the case. And the International Tribunal for the Law of the Sea is without jurisdiction to entertain a case having nothing to do with the interpretation or application of the Convention.

27. We must now examine the second procedural requirement laid down in article 290, paragraph 5: the urgency of the situation.

Let us first review the arguments of the Parties.

Italy

Italy repeats and relies on all the facts and matters which show that the rights in question are suffering irreversible prejudice or damage or at the very least under a real and imminent risk of suffering irreversible prejudice or damage. India's conduct is ongoing and further action is likely to be taken before the Annex VII arbitral tribunal will be "in a position to 'modify, revoke or affirm those provisional measures'." (Request, para. 52, see para. 25; see also PV.15/1, p. 5, I. 18-24).

The risk of prejudice to Italy's rights has risen sharply over the last months (Request, para. 53). The prejudice to Italy's rights has increased each day that the Marines have been subjected to the jurisdiction of the Indian courts. The prejudice has been exacerbated by the medical issues addressed in the Confidential Addendum (Request, para. 54).

For that entire period [three-and-a-half years] Italy's rights to investigate the conduct of its Marines and, as appropriate, either to take action against them or to return them to the service of Italy, and in either case to ensure their health, have been prejudiced. Italy has a legal duty of

care to the Marines (Request, para. 54).

Urgency is both humanitarian and legal (PV.15/1, p. 45, I. 26, see also PV.15/3, p. 7, I. 25-37).

On the first requested measure:

In circumstances where irreparable harm is being suffered by Italy through each and every exercise of jurisdiction, urgency is demonstrated by the fact that the exercise of jurisdiction is ongoing. Here we know for a fact that that is so. As Sir Daniel Bethlehem has drawn to your attention, a hearing is scheduled to take place before the Indian Supreme Court on 26 August to address the article 32 Writ Petition deferment application that is rooted in the commencement of the Annex VII proceedings. The Additional Solicitor General for India is required to submit the Indian Government's views on that application today. And, of course, both marines are still under the bail conditions of the Indian Supreme Court. These exercises of jurisdiction are certain and ongoing (PV.15/1, p. 30, I. 4-13).

India has left no doubt that it wants to proceed to the trial. India blames Italy for the delay, on the one hand, but relies on delay on the other to reassure the Tribunal that there is no urgency (PV.15/1, p. 36, I. 42-46).

On the second requested measure:

the status quo in relation to the marines is one where their rights and Italy's rights are suffering irreparable damage on a daily basis. Every additional day in which a person is deprived of these rights must be regarded as one day too many (PV.15/1, p. 43, I. 31-34). India is also prejudging the marines' guilt before charging them, and by doing so, it has aggravated the prejudice, and brought all the risks connected to the ongoing exercise of criminal jurisdiction into even sharper relief (PV.15/1, p. 44, I. 4-7, see also PV.15/3, p. 15, I. 30-41).

On the test for urgency, see PV.15/3, p. 16, I. 2- p. 17, I. 10.

On the notion of urgency (temporal limit): "the key date is when the

arbitral tribunal is itself in a position to act" (PV.15/1, p. 23, I. 20-21).

The measures [the Tribunal] prescribes may in principle last through to the arbitral tribunal's final award on the merits (PV.15/1, p. 23, I. 42-43).

It is entirely proper for Italy to request provisional measures extending to the final award of the arbitral tribunal (PV.15/3, p. 10, I. 33-34).

On the duration of the dispute:

urgency is not to be assessed by the length of time since the dispute has arisen but by an appreciation that every continuing day that is lost is a day that can never be recovered (PV.15/1, p. 45, I. 45-47). India is conflating two analytically distinct issues: the duration of the dispute and the assessment of urgency (PV.15/1, p. 44, I. 11-13). It is not uncommon for disputes over the exercise of jurisdiction and immunity of State officials to be brought to an international forum after some domestic proceedings (PV.15/1, p. 44, I. 24-26). The well-foundedness of the application must be assessed without reference to the issue of delay in filing it. The preconditions for seeking the prompt release may have been satisfied before, but failing to act as soon as those preconditions arise does not render the application inadmissible (PV.15/3, p. 18, I. 8-12).

India

Neither the first nor the second Italian submission fulfils either the 'aggravated urgency' standard resulting from article 290, paragraph 5, of the UNCLOS or even the 'basic' standard of urgency (Response, para. 3.13).

On the notion of urgency, see Written Observations, paragraphs 3.15 to 3.18.

On the notion of urgency (temporal limit):

Italy places no time limit on its request (PV.15/2, p. 22, I. 4-5). But this is not what article 290, paragraph 5, says (PV.15/2, p.22, I. 17). [T]here is a temporal limitation to the duration of any provisional measures that may be prescribed by this Tribunal (PV.15/2, p. 22, I. 28-29). [The] Tribunal is not called on to consider any provisional measures that

will remain in force throughout the duration of the Annex VII arbitral tribunal. The question is only whether there is any urgency over the next few months, after which the Annex VII arbitral tribunal will have been constituted and will be in a position to deal with the matter (PV.15/2, p. 22, I. 39-43; see also F'V.15/4, p. 5, l. 22-25).

In these circumstances, there is no risk that Italy will suffer any prejudice with respect to these proceedings, no urgency of the situation that would justify provisional measures and no grounds for restraining the Indian judicial and administrative process, which operated in an exemplary fashion, notwithstanding the various tactics employed by Italy to disrupt the proceedings (Response, para. 3.23).

First provisional measure requested by Italy:

When the facts are placed in their proper context, they show that there is absolutely no situation of urgency that justifies the Tribunal issuing an order restraining India from continuing to take judicial or administrative measures - measures that it has always carried out lawfully and with absolute fairness to Italy and the two marines — or to exercise any other form of jurisdiction (Response, para. 3.21; see also PV.15/2, p. 29, I. 23-24; on facts that “place the misplaced nature of Italy’s first request in perspective”, see Response, paras. 3.24 to 3.37).

i) Italy has been responsible both for delays in allowing the investigation of the incident to be carried out and delays to the Indian court proceedings (see also PV.15/2, p. 10, I. 37-40; PV.15/2, p. 24, I. 17- 20, p. 27, I. 21-27; and PV.15/4, p. 1, I. 36 — p. 3, l. 2).

ii) Italy has been treated entirely fairly by the Supreme Court. Many of its, and the two marines’, applications have been favourably ruled on (see also PV.15/2, p. 24, I. 22-24). m) Italy has, on several occasions, abused the judicial process (see also PV.15/2, p.29, I. 50 — p. 30, I. 1 and p. 28, I. 36 — p. 29, I. 1; PV.15/2, p. 36, I. 22-23).

iv) Italy succeeded in obtaining a stay of the Special Court procee-

dings this means that there is no real and imminent risk of irreparable prejudice to Italy's rights that there is no urgency to the situation. If anything, it is India's rights that have been compromised by Italy's conduct (see also PV.15/2, p. 10, I. 27-32 and p. 12, I. 46 — p. 13, I. 2). The proceedings before the Special Court are in abeyance. There is no prospect that the stay of those proceedings will be lifted, or that the prosecution will present the results of the NIA investigation or that the defendants will have their opportunity to answer that case. There is no chance that that is going to happen in the near future, and certainly not before the Annex VII arbitral tribunal is set up and running (PV.15/2, p. 29, I. 10-16; see also PV.15/4, p. 5, |. 29-35).

v) On duration of the dispute: [T]he fact that Italy waited over three years to bring the Annex VII Arbitration and to introduce a Request for Provisional Measures itself attests to the lack of urgency. Nothing that has recently taken place with respect to the legal situation in India and the proceedings there even remotely adds any urgency to the matter (Response, para. 3.38, see also para. 3.22 and PV.15/2, p. 30, I. 5-11). If a State delays filing a request for provisional measures when it could have done so earlier, it casts serious doubts over its claim that there is a real and imminent risk of irreparable prejudice (PV.15/4, p. 8, I. 7- 11).

Second provisional measure requested by Italy: the second measure cannot be justified on the grounds of urgency as requested by Italy, far less can there be any form of aggravated urgency in bringing proceedings before this Tribunal before the Annex VII tribunal can be constituted (PV.15/2, p. 34, I. 29-32).

This supposes that the actual situation of the two individuals accused of murder is so dramatic that the Tribunal should prescribe total liberty, security and movement for both of them including their stay in or return to Italy (Response, para. 3.40). Italy does not dare to allege that their security is threatened. And indeed it is not and has never been the case (Response, para. 3.41).

On the situation of Mr Latorre: New extensions are not to be excluded if necessary on humanitarian grounds (Response, para. 3.42). His state of health is evolving (Response, para. 3.43). Given the renewable six months leave granted by the Supreme Court on 13 July 2015, Italy

is ill-advised to invoke any urgency in this matter (Response, para. 3.43; see also PV.15/2, p. 23, I. 20- 51).

On the situation of It/Ir Girone: He is under bail conditions (Response, para. 3.44); the urgency of authorizing him to go back to and stay in Italy is belied by his own behaviour (Response, para. 3.45; see also PV.15/2, p. 34, I. 2-16).

On deprivation of liberty: the marines are not in prison. They are not detained. They are at large under light supervision (PV.15/4, p. 18, I. 14-15).

28. Provisional measures are intended to preserve the rights of the parties to the case and to prevent irreparable harm. In order to deal with the urgency of a situation before the dispute can be resolved in law on the merits, the court must act by prescribing provisional measures. In regard to the urgency, the court must satisfy itself that harm is likely and imminent.

29. Preservation of the rights of the parties pending the constitution of an Annex VII arbitral tribunal is the manifestation of the principle of equality of States and the principle of effective procedural equality of the parties before the tribunal. The rights to be preserved are those subject to adjudication on the merits of the case. And provisional measures may not be prescribed unless irreparable harm is imminent. Thus, there is a close connection between the harm and urgency: if irreparable harm is not imminent, there is hardly any urgency.

30. Whether or not there is a need to act to preserve the rights of the parties and prevent irreversible prejudice or irreparable harm must be determined from the circumstances of the case before the Tribunal. In this connection, a real and imminent risk must be found: hence, the importance of the facts.

31. The circumstances; cannot however be relied upon without also taking into consideration the Convention provisions whose alleged vio-

lation is cited in support of the request for the prescription of provisional measures. And the court must play a leading role in assessing the correlation between the facts and the legal standard invoked. As Judge Lauterpacht observed: "So to describe the character of the present case [i.e., as grave and urgent] is not to say that the Court should approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards". (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, /C.J. Reports 1993, p. 408)

32. This is so because urgency presupposes that the circumstances of the case make action necessary to preserve rights claimed by the parties, rights whose protection cannot await the award to be decided by the Annex VII arbitral tribunal. As a result, (i) the status of the proceedings when the request is submitted and (ii) the amount of time it will take to constitute the arbitral tribunal, are relevant in determining the urgency of the situation. Similarly, the degree of urgency is linked with the gravity of the harm sought to be prevented by the provisional measure. Thus, if the Tribunal were to find that the potential harm is irreparable, urgency would be established.

33. And that is where the difficulty lies: the facts must be interpreted and given a legal characterization and that is an ongoing point of contention in any case. Sir Hersch Lauterpacht wrote: "A substantial part of the task of judicial tribunals consists in the examination and the weighing of the relevance of facts". (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48). in proceedings characterized by urgency, the court's impartial and critical assessment of the factual context is necessarily limited because caught between the urgent need for provisional measures and the pressing requirement to avoid twisting the facts.

34. As Kreca observes:

The procedure of indication of provisional measures relies heavily on refutable assumptions (*presumptio juris tantum*), e.g., the irrefutable

assumption that the Court has jurisdiction in the merits of the case in which provisional measures are adopted. However, an incorrect assessment of facts necessarily leads to the erroneous application of law which is the ontological antipode of the ideal of judicial proceedings. And a prima facie assessment of facts necessarily entails a very high risk of mistake. (Application of the Convention, *op. cit.* pp. 457-458)

35. In the present case, do the facts put forward by the Applicant in support of its request indicate that the situation is so urgent as to require the prescription of provisional measures? The Tribunal does not really come to a conclusion on the urgency of the situation or, if it does, it is by paralipsis. It states: "Considering that the above consideration [continuation of pending proceedings] requires action on the part of the Tribunal to ensure that the respective rights of the Parties are duly preserved". (Para. 107 of the Order of 24 August 2015)

As shown by the material in the case file however, these views need to be qualified since for more than a year now the first marine has been in Italy for reasons of health, while the second is living in the residence of the Ambassador of Italy to India, where family members have visited him a number of times.

What is more, India gave assurances to the Tribunal and firm undertakings at the hearing (para. 130 of the Order).

In the Timor-Leste/Australia case, the ICJ said :

The Court further notes that the Agent of Australia stated that "the Attorney- General of the Commonwealth of Australia [had] the actual and ostensible authority to bind Australia as a matter of both Australian law and international law". The Court has no reason to believe that the written undertaking dated 21 January 2014 will not be implemented by Australia. Once a State has made such a commitment concerning its conduct, its good faith in complying with that commitment is to be presumed. (Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, para. 44)

It is indeed the case that, by their written and oral statements, Agents voice the consent to be bound given by the States they represent.

This means that there really is no urgency in the circumstances of this case. The Tribunal should simply have set out in detail the facts having led it to prescribe the measure if it believes that the urgency of the situation required it.

Not having discerned any probable, imminent risks for the marines, I am of the view that the circumstances as they now present themselves to the Tribunal do not specifically require the prescription of provisional measures.

36. In truth, by virtue of the subject-matter of the dispute this case should never have come before the international Tribunal for the Law of the Sea. As India is not a European State, the Hague Court or an ad hoc tribunal would have been a more fitting choice.

We respectfully submit this opinion.

(signed) T.M. Ndiaye

Opinion dissidente de M. le Juge Ndiaye

(Soumise conformément à l'article 30, paragraphe 3, du Statut et à l'article 8, paragraphe 4, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en une matière judiciaire)

N'ayant pu, à mon grand regret, me rallier à l'ordonnance du Tribunal, j'estime devoir exposer mon opinion dissidente celle-ci traite des conditions procédurales en la présente affaire 24 portant *L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, demande en prescription de mesures conservatoires conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

1. En cette affaire 24, le Tribunal international du droit de la mer (le Tribunal) est saisi, par l'Italie d'une demande en prescription de mesures conservatoires présentée conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention.

2. Le Tribunal doit donc établir l'existence ou non du différend et déterminer si les conditions procédurales prévues par l'article 290, paragraphe 5 de la Convention sont réunies avant de décider si le Tribunal arbitral Annexe VII aurait compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire et, portant si le Tribunal a aussi le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires au cas où les circonstances l'exigeraient.

Le différend : Régime juridique

3. En l'absence de définition du différend dans les statuts des juridictions internationales, il faut recourir à leur jurisprudence pour en établir le régime juridique, parce que la fonction juridictionnelle contentieuse, des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

4. Selon la CIJ,
un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes

(Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n°2, 1924, C.P.J.I. série A n°2, p.n)

5. La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour.

(Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74)

6. Il convient de « 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)

[Activités armées sur le territoire du Congo, C.I.J Recueil 2006, par. 90, p. 40]

7. La Cour, « pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond et non de forme » dit-elle.

[Géorgie/ Fédération de Russie, Exceptions préliminaires arrêt du 1er avril 2011, par. 30]

8. En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour.

(Incident aérien de Lockerbie, C.I.J. Recueil 1998, par. 42-44)

9. En ce qui concerne son objet, le différend doit « toucher l'interprétation ou l'application de la Convention » et être soumis conformément à la Partie XV de la CNUDM.

10. Comme l'indique la C.I.J :

Lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond mais qu'elle ne doit cependant indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le Requéran paraissent constituer prima facie une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.

La Cour doit

examiner la question aussi complètement que le permet l'urgence d'une demande en indication de mesures conservatoires.

(Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.f Recueil 1984, par. 24 et 25).

11. Selon le Requéran,

le différend soumis à la procédure arbitrale prévue à l'Annexe VII concerne un incident survenu à environ 20,5 miles marins au large des côtes de l'Inde, impliquant le navire *Enrica Lexie* un tanker battant pavillon italien, et l'exercice subséquent de la juridiction de l'Inde au titre de l'incident, et à l'égard des deux fusiliers marins italiens de la Marine italienne, le maître principal. Massimiliano Latorre et el maître Salvatore Girone, qui étaient en service officiel à bord de l'*Enrica Lexie* au moment de l'incident.

(Requête, par. 3)

12. L'Inde reconnaît que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que l'*Enrica Lexie*, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle a également admis que l'Inde envisage d'exercer sa juridiction à l'encontre des fusiliers marins.

(Réponse, par. 1.5)

Selon le Défendeur

Il suffit de dire ... que le silence de l'Italie déforme sérieusement la réalité des faits et ne permet pas au Tribunal de comprendre correctement quel est l'objet de ce différend, lequel est en fait centre sur le meurtre, perpétré par deux fusiliers marins italiens embarqués à bord de l'Enrica Lexie, de deux pêcheurs indiens sans armes qui se trouvaient à bord du St. Antony, un navire de pêche dument immatriculé en Inde et pleinement autorisé à pêcher dans le ZEE indienne. Ce Navire a par ailleurs été endommagé du fait de l'utilisation d'armes automatiques par les deux fusiliers marins. (Réponse, par. 1.6)

13. Le requérant fait valoir en réponse :

We agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion. But there is an antecedent issue that requires prior determination, which is the subject-matter of the dispute between Italy and India, namely, who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State officials.

The Marines contest the allegation that they fired the shots that killed the two unfortunate Indian fishermen. It is not accepted that the fatal shooting took place from the Enrica Lexie. [...] And, I must emphasize, that the Marines have not been charged with murder under Indian law. [...] A person is not guilty of an offense unless and until convicted by a properly constituted court on the basis of charges of which they are informed in a timely manner and to which they have had an opportunity to respond. (Second Round, Tuesday, n August 2015, Speech 1, Reply submissions, Sir Daniel Bethlehem, p. 1-2)

Ce principe énoncé est un principe fondamental du droit pénal : le principe de la présomption d'innocence !

14. Pour déterminer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un différend entre les Parties, le Tribunal doit rechercher si :

- (a) le dossier de l'affaire révèle l'existence d'un désaccord sur un point de droit ou de fait entre les deux Etats ;
 - (b) si ce désaccord touche « l'interprétation ou l'application » de la Convention ;
 - (c) si ledit désaccord existait à la date du dépôt de la requête.
- (Géorgie/ Russie, par. 32)

15. On peut relever le désaccord sur les points suivants :

- . l'exercice de la juridiction entre l'Etat côtier et l'Etat du pavillon ;
- . l'exercice des pouvoirs de police entre les deux Etats et en particulier la question des poursuites judiciaires ;
- . la matérialité des normes ;
- . le contentieux de la qualification des faits ;
- . les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité absolue pour une partie et fonctionnelle pour l'autre ; et enfin
- . le contentieux du choix du forum.

16. A la date critique, les faits à l'origine de l'affaire 24, relèvent-ils ou non du droit interne du défendeur dans le cadre de la procédure pénale?

Dans l'affirmative, si le Tribunal venait à accueillir les demandes du Requéran, y'aurait-il ingérence de sa part dans la substance même d'affaires pénales pendantes devant les juridictions indiennes ?

Comment interpréter, en droit international, les actions du Requéran et celles de ses nationaux dans l'ordre juridique du défendeur ?

Toutes ces questions rejaillissent sur l'existence ou non du différend en droit international.

17. Saisi dans le cadre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, le Tribunal peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires s'il considère, *prima facie*, que le tribunal arbitral devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige, dit en substance cet article.

18. Pour s'acquiescer de ces deux conditions procédurales, le Tribunal doit d'une part, établir un lien intime entre la base alléguée de compétence devant permettre au tribunal arbitral Annexe VII d'examiner l'affaire au fond et les demandes formulées par le requérant et vérifier la corrélation devant exister entre la demande au fond et la demande en prescription de mesures conservatoires. D'autre part, il doit établir avec soin les faits de la cause et leur pertinence pour pouvoir estimer ou non que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires.

19. Le Problème juridique fondamental de ce différend reconnu par les deux parties, c'est l'exercice de la juridiction, de la compétence en la matière.

. Pour l'Italie : « the subject-matter of the dispute Italy and India is who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State Officials ».

Pour l'Inde : « Le seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir les juridictions concurrentes) a compétence pour juger les auteurs de celle-ci qui a provoqué la mort de deux pêcheurs indiens ».

Quel sont les arguments des parties

Italie

L'Italie soutient, en se fondant sur la CNUDM, en particulier les Parties II, VII, et plus précisément les articles 2, paragraphe 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 et 300 de la Convention, ainsi que sur le droit international coutumier, que l'Inde a violé ses obligations internationales (Demande, par. 29 ; voir aussi PV.15/A24/1).

Dans son Exposé des conclusions du 26 juin 2015 . (annexe A de la Demande), l'Italie demande :

Conformément aux dispositions de la CNUDM, l'Italie prie respec-

tueusement le tribunal constitué en vertu de l'annexe VII de dire et juger que :

a) l'Inde a agi et agit en violation du droit international en revendiquant et exerçant sa compétence au titre de l'Enrica Lexie et à l'égard des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de Parka Lexie.

b) La revendication et l'exercice par l'Inde de sa compétence pénale violent l'obligation de l'Inde de respecter l'immunité des Fusiliers marins italiens, en leur qualité de fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions officielles.

c) l'Italie a compétence exclusive à l'égard de l'Enrica Lexie et des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de l'Enrica Lexie.

d) L'Inde doit cesser d'exercer toute forme de compétence au titre de l'incident de l'Enrica Lexie et des Fusiliers marins italiens, y compris toute mesure de privation de liberté frappant les maîtres Lattore et Gironne.

e) L'Inde a violé l'obligation qui lui est faite par la Convention de coopérer à la répression de la piraterie.

(Voir Exposé des conclusions, par. 33, annexe A de la Demande)

L'association de ces conduites et ces attitudes montre, sans conteste, un désaccord entre l'Italie et l'Inde qui, finalement, revient à un différend sur l'interprétation et l'application des règles internationales invoquées par l'Italie dans la procédure actuelle (PV.15/A24/1, voir également PV.15/A24/1, p. 21, 11. 1 à 11).

On [L'Inde] invoque même la déclaration au titre de l'Article 310. II s'agit de questions qui portent sur le fond clairement (PV.15/A24/1).

L'Italie considère que le droit et les faits de l'affaire actuelle qui ont été fort bien présentes jusqu'à présent montrent, de manière évidente, que le tribunal en cours de constitution au titre de l'annexe VII aura beaucoup plus qu'une juridiction *prima facie* sur les fonds de l'affaire (PV.15/A24/1, PV.15/C24/1, p. 20, IL 18 h 21).

L'argument de l'Inde semble confondre la juridiction *prima facie*, cette exigence, avec une autre exigence séparée selon laquelle les droits demandés doivent être au moins plausibles. Lorsque l'on considère la juridiction *prima facie*, l'Inde affirme que « la question du différend n'entre pas dans le champ de compétence de la Convention ». L'Inde semble arguer qu'il n'y a pas de différend entre les Parties « relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ». Dans ce contexte, elle se concentre sur les allégations de l'Italie au titre de l'Article 97 et sur l'immunité des représentants de l'Etat (PV.15/A24/1, p. 20, 1. 36 à 44, PV.15/A24/1, p. 18, 11.50 et 51 et p. 19, 11. et 2).

Vérification de la compétence *prima facie*, voir PV.15/C24/1, p. 28 à 36.

Inde

[Le] tribunal de l'annexe VII dont l'Italie demande la constitution n'a pas compétence pour se prononcer sur l'affaire qu'elle veut lui soumettre (PV.15/A24/2, p. 14 et 15).

L'Inde convient que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que *l'Enrica Lexie*, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle convient également qu'elle envisage d'exercer sa compétence à l'encontre des fusiliers marins (Observations écrites, par. 1.5).

[L]'objet du différend ne relève pas du champ d'application de la Convention ... l'Italie donne une qualification erronée à l'objet du différend, qui n'est pas un incident de navigation, et encore moins une collision, mais un meurtre commis par deux ressortissants italiens sur la personne de deux ressortissants indiens, dans une zone maritime relevant de la compétence de l'Inde (Réponse, paragraphe 3.5 ; sur l'objet du différend., voir aussi Réponse, paragraphe 1.6 et PV.15/C24/2, p.15, 11. 3 à 7).

Le professeur Tanzi, s'est donné hier beaucoup de mal pour montrer qu'il existait un différend entre l'Inde et l'Italie. Ceci, je le lui concède

bien volontiers mais un différend sur quoi ? (PV.15/C24/4, p. 9, 1.26 à 28).

[Le] seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir des juridictions concurrentes) a ou ont compétence pour juger cette fusillade qui a provoqué la mort de deux pêcheurs indiens. Et sur cela, la Convention de Montego Bay est muette) (PV.15/ C24/4, p. 10, 11. 28 à 32).

[1] l'Inde rejette l'idée que l'Italie puisse invoquer le bénéfice des immunités reconnues par la CNUDM en faveur des deux fusiliers marins concernés (Réponse, paragraphe 3.5)

Personne ne conteste que les fusiliers marins italiens étaient à bord d'un navire marchand. Par conséquent, le Gouvernement de l'Inde n'était pas obligé de reconnaître leur demande d'immunité en 1 vertu de la Convention ou de tout autre principe de droit international (PV.15/C24/2, p. 2, B. 48 et 49, et p. 3, 11. i et 2 ; voir également PV.15/C.24/2).

3.1.1 Manquements allégués aux dispositions de la Convention

Italie

Les violations des dispositions de la CNUDM commises par l'Inde sont constituées, entre autres, par les actes ci-après : a) la saisie et l'immobilisation illégale par l'Inde du navire *Enrica Lexie* ; b) l'entrave de l'Inde à la liberté de navigation de ; c) l'exercice par l'Inde de la compétence au titre de l'Incident de l'*Enrica Lexie* et à l'égard des Fusiliers marins, nonobstant la compétence exclusive de l'Italie à ce titre et à cet égard, en vertu du fait incontesté que l'Incident a eu lieu hors des eaux territoriales de l'Inde, à environ 20,5 miles marins au large des côtes indiennes;

d) l'exercice par l'Inde de la juridiction pénale à l'égard des deux Fusiliers marins italiens, qui, en tant que fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions officielles en vertu d'une délégation de pouvoir légale, bénéficient d'une immunité de juridiction pénale en Inde ; et (e) le défaut de coopérer à la répression de la piraterie, en exerçant sa juridiction pé-

nale au titre de l'Incident de l'Enrica Lexie et à l'égard des Fusiliers marins italiens (Demande, par. 30, voir PV.15/C24/1, p. 4, 1. 31 a 37).

Inde

L'Italie saisit le prétexte de sa Demande en prescription de mesures Conservatoires pour développer, dans son expose des conclusions, des arguments sur le fond de l'affaire. L'Inde ne fera pas de même, puisque cela est contraire aux dispositions claires de l'article 290 de la CNUDM, qui limite l'objet des mesures conservatoires à la préservation « des droits respectifs des parties en litige (...) en attendant la décision définitive ». Néanmoins, l'Inde souhaite qu'il soit bien clair qu'en s'abstenant de refuter les arguments de l'Italie sur le fond, elle n'entend nullement accepter tacitement ces arguments. (Réponse, par. 3.1)

[I]l ne suffit pas d'énumérer la longue litanie de dispositions de celle-ci qui pourraient avoir un vague rapport avec les faits de la cause, comme l'ont fait ce matin le professeur Tanzi et Sir Michael, pour que la compétence de la juridiction saisie soit établie. La véritable question est de savoir si le différend entre les Parties est couvert par une ou des dispositions de la Convention. Ce n'est prima facie pas le cas si l'on se focalise sur l'objet réel du différend (PV.15.C.24/2, p.15. II., 21 à 27).

La demande de l'Italie, visant à empêcher l'Inde de prendre de nouvelles mesures judiciaires et administratives, aurait aussi pour effet de préjuger les assertions b), c) et d) avancées dans la Notification de l'Italie (l'assertion e) sera vue à propos de la deuxième demande de mesures conservatoires de l'Italie (Réponse, par. 3.55).

Ces assertions sont en réalité centrées sur la question de savoir si les tribunaux indiens sont compétents pour ce qui est de l'incident en cause, et si les fusiliers marins italiens étaient couverts par l'immunité judiciaire, bien que les assertions soient présentées comme concernant des violations présumées de la CNUDM (Réponse, par. 3. 55).

S'agissant des assertions spécifiques formulées dans l'Exposé des conclusions :

Sur l'article 2 de la Convention, voir PV.15/C24/4, p. 10. 1. 13.

Sur l'allégation de violation de l'article 27, paragraphe 5 de la Convention :

L'idée de départ, scion laquelle l'Inde aurait usé de ruse et de contrainte pour faire que le navire aille s'amarrer à Kochi, est entièrement contraire à la vérité ... deux pêcheurs indiens non armés ayant été tués... il était approprié que l'Inde cherche à questionner les personnes à bord pour entendre leur version de ce grave événement (Réponse, par. 3.50).

Il n'y avait là ni ruse ni contrainte, contrairement à ce qu'allègue l'Italie (PV.15/C24/2, p. 2,II. 8 et 9).

Pour ce qui est des fusiliers marins, l'Italie n'a jamais affirmé que l'Inde n'avait pas le droit de les interroger (Réponse, par. 3.51).

L'Italie n'a en aucune façon montré avoir entamé quelques poursuites en Italie à l'encontre des deux fusiliers marins (Réponse, par. 3.53).

Sur l'article 33 de la Convention, voir PV.15/C24/4, p. 9,1.47

Sur les articles 56 et 58 de la Convention, voir PV.15/4, p.10, II. 1 à 4.

Sur les articles 87 et 89 de la Convention, voir PV.15/4, p. 9, 11. 30 et 31.

Sur l'article 92 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, 11. 7 à 10.

Sur l'article 94 de la Convention, voir PV.15/4, p. Lo, 11.11 à 14.

Sur l'allégation de violation de l'article 97, paragraphe 3, de la Convention :

Cette affaire n'entre pas dans le champ d'application de l'article 97

de la CNUDM, s'agit plutôt d'un double meurtre perpétré en mer (Réponse, par. 1.11).

Il ne s'est produit aucun 'incident de navigation ni aucun abordage entre les deux navires. Ceux-ci n'ont eu aucun contact physique, et l'article 97 de la CNUDM ...n'est applicable en aucune manière (Réponse, par. 1.8 ; voir aussi PV15 /C24/2, p. 3, 11. 10 à 16).

Sur l'article 100 de la Convention

11 n'y a pas eu non plus d'attaque de pirates ni de menace d'une telle attaque qui pourrait justifier le meurtre de deux pêcheurs indiens de telle manière que cela fonderait l'application de la Convention et, partant, la compétence *prima facie* d'un tribunal prévu. à l'annexe VII (PV15 /C24/2, p. 3, 1. 13 à 17 ; voir aussi PV.15/2, p. 10, II. 9 à 12 ; p.15, II. 18 et 19).

Sur l'article 300 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10,11. 21 à 25.

20. Sur la question de la compétence, le Tribunal doit examiner avec un soin tout particulier les dispositions de la Convention invoquées par le requérant et qui font l'objet d'un désaccord entre les Parties. En effet, pour déclarer compétent *prima facie* le tribunal arbitral Annexe VII, il ne suffit pas qu'un requérant invoque simplement des dispositions de la Convention qui, lues, de manière abstraite, pourraient fournir théoriquement une base de compétence.

Encore faut-il que l'organe juridictionnel tienne compte des faits dont il a connaissance au moment de statuer sur la prescription des mesures conservatoires. Il doit en particulier s'assurer que la compétence *prima facie* au fond peut être établie sur cette base en rapport avec les dispositions de la Convention invoquées par le requérant.

21. Le Tribunal a jugé qu'

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quant au fond de l'affaire, mais ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fon-

dée. (Navire « SAIGA » (No. 2), para. 69)

Il doit cependant le faire sur la base des principes que l'on vient de rappeler étant donné que la compétence doit être établie proprio motu. Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 288 de la Convention, le Tribunal a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, si les parties au différend ont choisi le Tribunal comme moyen de règlement en application de l'article 287 de la Convention.

22. En ce qui concerne la compétence *prima facie* du tribunal arbitral de l'Annexe VII laquelle est une condition de la compétence du Tribunal international du droit de la mer, le requérant a avancé une brassée de dispositions de la Convention pour fonder sa requête : articles 2 al. 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 97, 100 et 300.

Le rôle du Tribunal, ici, est de s'assurer de la pertinence desdites dispositions au regard du différend qu'il s'agit de régler.

23. Au vu des dispositions invoquées par le requérant, l'on note que les Parties sont en désaccord sur le champ d'application des obligations leur incombant en vertu de la Convention et sur la pertinence de celle-ci. En effet, l'article 2, paragraphe 3, traite de la souveraineté sur la mer territoriale alors que l'incident a eu lieu dans la zone économique exclusive de l'Inde. Il en va de même de l'article 27 relatif à la juridiction pénale à bord d'un navire étranger dans la mer territoriale. L'article 33 traitant de la zone contiguë n'a pas été repris par les Parties dans la suite de la procédure même si on le trouve dans la notification et la Requête du demandeur.

En ce qui concerne les articles 56 et 58 portant sur les droits des Etats côtiers et des autres Etats dans la ZEE. Leur non-pertinence en l'espèce réside dans le fait que la Convention est muette à la fois sur l'utilisation militaire de la ZEE et sur la question de la juridiction pénale en ce qui concerne les crimes et actes illicites dont la zone économique exclusive est le théâtre.

Pour ce qui est des articles 87 et 89 de la Convention, ils ont trait à la liberté de la haute mer et en particulier de la liberté de navigation. C'est pourquoi, le Requêteur fait valoir des « violations des dispositions de la Convention :

- (a) la saisie et l'immobilisation illégale par l'Inde du navire *Enrica Lexie* ;
- (b) l'entrave de l'Inde à la liberté de navigation de l'Italie ».

Etant donné que, comme le requérant l'admet lui-même « we agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion »;

Etant donné que l'incident a eu lieu à un endroit où s'applique la législation pertinente indienne, à savoir le droit pénal, l'autorité judiciaire indienne peut exercer sa compétence pénale sans se trouver en violation du droit international.

Quant aux articles 92 et 94 qui traitent de la condition juridique des navires et des obligations de l'Etat du pavillon, l'objet du différend leur enlève toute pertinence en ce que le navire n'est guère incriminé mais plutôt des personnes accusées de meurtres lesquelles ne sont pas par ailleurs membres de l'équipage.

Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que la saisie et l'immobilisation de l'*Enrica Lexie* dans le cadre d'une procédure pénale, soient interprétées comme une violation de la liberté de navigation en haute mer. Autrement, le principe de la liberté de navigation soustrairait les navires à toute poursuite judiciaire puisque leur saisie serait regardée comme une atteinte au droit qu'a l'Etat du pavillon de jouir de la liberté de navigation. De la sorte, il n'y aurait plus jamais un ordre juridique sur les mers et les océans.

25. L'article 97 a trait à la juridiction pénale en matière d'abordage ou d'autres incidents de navigation. Il ressort du dossier qu'il n'y a eu d'abordage ni aucun incident de navigation et que l'*Enrica Lexie* et le bateau de pêche *St. Antony* n'ont eu aucun contact physique pour justifier l'applicabilité de l'article 97, paragraphe 3, de la Convention.

Qui plus est, la déclaration de l'Inde en vertu de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en date du 29 juin

1995 indique:

Le Gouvernement de la République de l'Inde considère que les dispositions de la Convention n'autorisent pas d'autres Etats à effectuer, dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental, des exercices ou des manœuvres militaires, en particulier s'ils impliquent l'utilisation d'armes ou d'explosifs, sans le consentement de l'Etat côtier.

[Nations-Unies, 95/600, (XXI. 6) (XXI.6 (a) CN. 199. 1995. TREATIES-5

(Depository Notification), :RATIFICATION BY INDIA].

Il apparaît, au vu de ce qui précède, que l'article 97 paragraphe 3 n'est pas pertinent et est inopposable à l'Inde. L'article 100 a trait à l'obligation de coopérer à la répression de la piraterie ». Cette obligation n'a pas de rapport direct avec l'objet du différend tel que le reconnaissent les deux Parties. Enfin les dernières dispositions invoquées par le requérant concernent l'article 300 de la Convention sur la bonne foi et la c ij nous enseigne que ce principe « n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement »,

[ciJ, arrêt du 20 décembre 1998, C.1J. Recueil 1998, par. 94]

26. A dire vrai, la Convention n'est guère applicable pour cet incident dont le théâtre aurait pu être l'embouchure d'un fleuve quelconque dans le monde et avoir les mêmes termes que le différend de l'espèce.

C'est dire que le tribunal arbitral de l'Annexe VII n'aurait pas compétence parce que l'objet du différend n'a pas trait au droit de la mer stricto sensu mais plutôt à :

(a) l'exercice de la juridiction entre l'Etat côtier et un Etat du pavillon ;

(b) l'exercice des pouvoirs de police et de justice pénale entre les deux Etats;

(c) le contentieux de la qualification des faits ;

(d) les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité ou encore;

(e) le contentieux du choix du forum.

Les dispositions de la Convention qui, de l'avis du requérant auraient

été violées par le défendeur, ne peuvent servir de base sur laquelle établir la compétence du Tribunal arbitral de l'Annexe vu dans l'affaire au fond. Et le Tribunal international du droit de la mer n'a aucune compétence pour connaître une affaire qui ne concerne en rien l'interprétation ou l'application de la Convention.

27. Il nous faut à présent examiner la seconde condition procédurale prévue au paragraphe 5 de l'article 290, l'urgence de la situation.

Rappelons d'abord les arguments des Parties.

Italie

[L'Italie réitère et s'appuie sur tous les faits et éléments ... qui démontrent que les droits en question subissent un préjudice. ou un dommage irréversible ou, à tout le moins, sont exposés à un risque réel et imminent de subir un préjudice ou un dommage irréversible. La conduite de l'Inde perdure et il est probable que l'Inde prendra d'autres mesures avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ne soit «à même de modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires (Demande, par. 52, voir par. 25, voir aussi, PV.15/1, p. 5, 11. 38 à 45).

Le risque de préjudice pour les droits de l'Italie a fortement augmenté au cours des derniers mois (Demande, par. 53). Le préjudice causé aux droits de l'Italie s'est aggravé chaque jour ou les Fusiliers marins ont été soumis à la juridiction des tribunaux indiens. Le préjudice a été exacerbé par les problèmes médicaux évoqués dans l'addendum confidentiel (Demande, par. 54).

Pendant toute cette période [trois ans et demi], l'Italie n'a pas pu exercer ses droits d'enquêter sur la conduite de ses Fusiliers marins afin d'engager une action à leur encontre ou, selon le cas, afin de les faire reprendre leur service en Italie, et, dans l'un et l'autre cas, l'Italie a été privée de ses droits de veiller à leur santé. L'Italie a une obligation légale de protection des Fusiliers (Demande, par. 54).

L'urgence ... est à la fois humanitaire et juridique (PV.15/1, p. 49, 1. 41 ; voir aussi PV.15/3, p. 7, 11. 9 à 21).

Sur la première mesure demandée:

Lorsque des dommages irréparables sont subis par l'Italie à chaque fois que l'Inde exerce sa juridiction, l'urgence est prouvée par le fait que l'exercice de cette juridiction se poursuit. Nous sommes certains qu'en l'espèce c'est bien le cas. Comme Sir Daniel Bethlehem l'a signalé, la Cour suprême de l'Inde a prévu de tenir une audience le 26 août pour examiner la Requête (article 32) de sursis à statuer sur la Writ Petition, motivée par le recours à une procédure d'arbitrage en vertu de l'annexe VII. L'Additional Solicitor General de l'Inde est tenu de présenter aujourd'hui les vues du Gouvernement indien sur cette demande. Et, bien entendu, les deux fusiliers marins font toujours l'objet du contrôle judiciaire ordonné par la Cour suprême de l'Inde. Il y a donc bien exercice de juridiction en cours (PV.15/1, p. 39, l. 45–p. 40, l. 8).

L'Inde a sans équivoque laissé entendre qu'elle souhaitait organiser ce procès... l'Inde rend l'Italie responsable des retards occasionnés, mais d'autre part, elle semble se fonder sur ces retards pour rassurer le Tribunal sur le fait qu'il n'y a pas d'urgence (PV.15/1, p. 40, ll. 14 à 19).

Sur la seconde mesure demandée :

le *statu quo*, pour les fusiliers marins, est un statu quo où leurs droits et ceux de l'Italie subissent quotidiennement un préjudice irréparable. Chaque jour où une personne est privée de ses droits doit être vu comme un jour de trop. » (PV.15/1, Verdirame, p. 47, ll. 39 à 42). [l'Inde] préjuge aussi la culpabilité des fusiliers marins avant même de leur avoir signifié un acte d'accusation, et que ce faisant elle a aggravé le préjudice qu'elle leur a fait subir et rendu encore plus visibles tous les risques qu'entraîne l'exercice poursuivi de sa juridiction pénale." (PV.15/1, p. 48, ll. 7 à 11, voir aussi PV.15/3, p. 15, ll. 9 à 25).

Sur la détermination de l'urgence, voir PV.15/3, p. 15, l. 35–p. 16, l. 40).

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) : « ... la date-clé est celle à partir de laquelle le tribunal arbitral est lui-même opérationnel. » (PV.15/1, p. 25, ll. 35 et 36).

les mesures [que le Tribunal] prescrit doivent en principe durer

jusqu'à ce que le tribunal arbitral rende sa sentence finale au fond (PV.15/1, p. 26, ll. 16 et 17).

Il est donc tout à fait justifié que l'Italie demande des mesures conservatoires qui dureront jusqu'à la décision finale du Tribunal arbitral (PV.15/3, p. 10, ll. 27 et 28).

Sur la durée du différend :

L'urgence n'est pas à évaluer en fonction du temps écoulé depuis l'apparition de ce différend mais [en tenant compte du fait] que chaque jour perdu de plus est un jour qui ne pourra jamais être récupéré (PV.15/1, p. 50, ll. 14 à 16). [l'Inde] confond... deux aspects distincts aux 262 incidents de l'« enrica lexie » (op.diss. ndiaye) fins de l'analyse, à savoir la durée du différend et l'évaluation de l'urgence (PV.15/1, p. 48, ll. 17 et 18). Il n'est pas inhabituel que des différends portant sur l'exercice de la juridiction ou l'immunité d'agents d'un Etat soient portés devant une instance internationale après une procédure nationale (PV.15/1 p. 48, ll. 23 à 25). Le bien-fondé d'une demande doit être examiné quel que soit le retard éventuel dans la présentation de cette demande. La condition préalable pour demander une prompte mainlevée a pu être remplie. Mais même si ces préconditions ne sont pas remplies... n'amène pas à... ne rend pas la demande irrecevable (PV.15/3, p. 17, ll. 36 à 40).

Inde

Ni la première ni la seconde mesure conservatoire demandées par l'Italie ne remplissent le critère d'« urgence aggravée » résultant de l'article 290, paragraphe 5, de la CNUDM, ni même celui de l'« urgence de base » (Réponse, par. 3.13).

Sur la notion d'urgence, voir les Observations écrites, paragraphes 3.15 à 3.18.

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) :

l'Italie ne limite aucunement sa première demande dans le temps (PV.15/2, p. 23, ll. 27 et 28) Mais ce n'est pas ce qui est dit à l'article 290, paragraphe 5 (PV.15/2, p. 23, l. 44) Il existe une limitation temporelle de la durée des mesures conservatoires qui pourraient être prescrites par le Tribunal de céans (PV.15/2, p. 24, ll. 5 et 6). Il n'est pas demandé

à ce Tribunal d'envisager de prescrire des mesures conservatoires qui resteraient en place tout au long de la durée de l'arbitrage prévu à l'annexe VII... La question est uniquement de savoir s'il y aura, au cours des prochains mois, une quelconque urgence une fois que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura été constitué et sera à même de statuer sur la question (PV.15/2, p. 24, ll. 17 à 23, voir aussi PV.15/4, p. 5, ll. 8 à 11).

Dans ces circonstances, il n'y a aucun risque que l'Italie subisse un pré-judice quelconque au titre de cette procédure, aucune situation d'urgence qui justifie des mesures conservatoires, ni aucun motif de bloquer la procédure judiciaire et administrative indienne, qui s'est²⁶³ incident de l'« enrica lexie » (op.diss. ndiaye) déroulée d'une manière exemplaire, nonobstant les différentes tactiques employées par l'Italie pour perturber la procédure (Réponse, par. 3.23).

Première mesure conservatoire demandée par l'Italie :

Si l'on replace les faits dans leur contexte exact, il s'avère qu'il n'existe absolument aucune situation d'urgence justifiant que le Tribunal prononce une ordonnance interdisant à l'Inde de continuer à prendre des mesures judiciaires ou administratives – mesures qu'elle a toujours prises en toute légalité et loyauté à l'égard de l'Italie et des deux fusiliers marins – ou d'exercer toute autre forme de compétence (Réponse, par. 3.21 ; voir aussi PV.15/2, p. 31, ll. 28 à 30) ; sur les « faits [qui] remettent en perspective la nature déplacée de la première mesure conservatoire demandée par l'Italie », voir Réponse, par. 3.24 à 3.37.

i) [L'Italie] est responsable à la fois des retards dans la conduite de l'enquête sur l'incident... et des retards de la procédure judiciaire indienne (voir aussi PV.15/2, p. 11, ll. 30 à 33 ; PV.15/2, p. 26, ll. 5 à 8, p. 29, ll. 20 26 ; et PV.15/4, p. 1, l. 38. p. 2, l. 47).

ii) [L']Italie a été traitée de la manière la plus équitable par la Cour suprême. Un grand nombre de ses requêtes et de celles des deux fusiliers marins ont été favorablement accueillies... (voir aussi, PV.15/2, p. 26, ll. 10 13).

iii) L'Italie a, à plusieurs occasions, abusé des voies de droit... (voir aussi PV.15/2, p. 32, ll. 12 et 13 et p. 30, l. 16–p. 31, l. 7 ; PV.15/2, p. 40, ll. 7 et 8).

iv) [L']Italie a réussi à obtenir une suspension de la procédure devant le tribunal spécial, [ce qui]... signifie qu'il n'existe aucun risque réel et imminent de préjudice irréparable aux droits de l'Italie... la situation ne présente aucun caractère d'urgence... Quoi qu'il en soit, ce sont les droits de l'Inde qui ont été compromis par la conduite de l'Italie (voir aussi PV.15/2, p. 11, ll. 21 à 25 et p. 13, ll. 35 à 39). La procédure devant la Cour spéciale chargée de juger les deux fusiliers marins est en suspens. Il n'y a aucune perspective que cette suspension puisse être levée ou que les résultats de l'enquête de la NIA puissent être présentés à la Cour spéciale ou que les défendeurs auront la possibilité de répondre dans un avenir proche, et certainement pas avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII soit constitué et opérationnel (PV.15/2, p. 31, ll. 16 à 21 ; voir aussi PV.15/4, p. 5, ll. 15 à 21).²⁶⁴ incident de l'« enrica lexie » (op.diss. ndiaye)

v) Sur la durée du différend : [L]e fait que l'Italie ait attendu plus de trois ans pour engager la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII et pour introduire une demande en prescription de mesures conservatoires établit à lui seul l'absence d'urgence. Aucun événement récent n'est intervenu, au titre de la situation légale en Inde et de la procédure, qui ajouterait, si peu que ce soit, une urgence quelconque à cette affaire (Réponse, par. 3.38, voir aussi par. 3.22 et PV.15/2, p. 32, ll. 17 à 24). Si un Etat reporte le dépôt d'une requête demandant des mesures conservatoires alors qu'il aurait pu le faire plus tôt, eh bien cela jette un doute sérieux sur cette requête car on peut penser qu'il n'existe pas véritablement de risques réels et imminents de préjudice irréparable (PV.15/4,p. 7, ll. 37 à 41).

Deuxième mesure conservatoire demandée par l'Italie : aucune urgence ne justifie la seconde mesure conservatoire demandée par l'Italie – et, a fortiori, elle ne peut invoquer aucune urgence « aggravée » pouvant motiver la saisine du Tribunal de céans sans attendre la constitution du tribunal de l'annexe VII (PV.15/2, p. 37, ll. 32 à 35).

Cela supposerait que la situation effective des deux personnes accusées de meurtre est si dramatique que le Tribunal devrait prescrire liberté, sécurité et liberté de mouvement totales pour l'un et l'autre, y compris la faculté de rester ou de retourner en Italie (Réponse, par. 3.40).

[N]ulle part... l'Italie n'ose prétendre que leur sécurité serait menacée. Et de fait, elle ne l'est pas, ni ne l'a jamais été (Réponse, par. 3.41).

S'agissant de la situation de M. Latorre : [D]e nouvelles prolongations ne sont pas à exclure si elles sont nécessaires pour motif humanitaire (Réponse, par. 3.42). [S]on état de santé est en évolution... (Réponse, par. 3.43). [A]vec la prorogation renouvelable de six mois accordée par la Cour suprême le 13 juillet 2015, l'Italie est mal venue d'invoquer quelque urgence en l'espèce (Réponse, par. 3.43 ; voir aussi PV.15/2, p. 36, ll. 10 à 39).

S'agissant de la situation de M. Girone : il est en liberté conditionnelle (Réponse, par. 3.44) ; l'urgence qu'il y aurait à l'autoriser à retourner en Italie et à y demeurer est contredite par son propre comportement (Réponse, par. 3.45 ; see also PV.15/2, p. 37, ll. 2 à 17).²⁶⁵ incident de l'« enrica lexie » (op.diss. ndiaye)

Sur la privation de liberté : les marins ne sont pas détenus, incarcérés : ils sont en liberté je dirais très légèrement surveillée (PV.15/4, p. 18, ll. 31 et 32).

28. Les mesures conservatoires se destinent à préserver les droits des Parties en litige et à prévenir un dommage irréparable. En effet pour faire face au caractère d'urgence d'une situation avant que le différend ne soit réglé en droit, au fond, le juge doit agir par la prescription de mesures conservatoires. Au regard de l'urgence, il doit s'assurer que le dommage est probable et imminent.

29. La préservation des droits des Parties en attendant la constitution du tribunal arbitral de l'Annexe VII est l'expression du principe d'égalité des Etats et celui de l'égalité effective des Parties devant le tribunal du point de vue procédural. Les droits à préserver sont ceux susceptibles d'adjudication au fond de l'affaire. Et les mesures conservatoires ne doivent être prescrites que lorsque le dommage irréparable est imminent. L'on a ainsi un lien intime entre le dommage et l'urgence : si le dommage irréparable n'est pas imminent, il n'y a guère urgence.

30. Les circonstances entourant l'affaire soumise au Tribunal doivent révéler ou non la nécessité d'agir pour préserver les droits des Parties et prévenir un préjudice irréversible ou un dommage irréparable. En ce sens, un risque réel et imminent doit être constaté ; d'où l'importance

des données factuelles.

31. En effet, l'invocation des circonstances ne peut se faire sans considération des dispositions de la Convention dont la violation est invoquée à l'appui de la demande en prescription de mesures conservatoires. Et le juge doit jouer un rôle de premier plan dans l'évaluation de la corrélation des données factuelles avec la norme invoquée. Comme le remarque le juge Lauterpacht : « qualifier la présente affaire de grave et d'urgente ne signifie pas que la Cour doive, en l'abordant, se départir de son impartialité traditionnelle et de son ferme attachement aux normes juridiques ». (So to describe the character of the present case is not to say that Court should approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards).

(Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance de 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 408)

32. Ce, parce que l'urgence infère que dans les circonstances de l'espèce une action est nécessaire pour préserver les droits revendiqués par les Parties et qui 266 incident de l'« enrica lexie » (op.diss. ndiaye) ne peuvent attendre le rendu de la sentence du tribunal de l'Annexe VII. De ce fait l'état de la procédure lorsque la demande est faite de même que le temps devant s'écouler avant la constitution du tribunal arbitral apparaissent comme des éléments pertinents dans la détermination de l'urgence de la situation. En ce sens l'urgence se révèle liée à la gravité du dommage que l'on cherche à prévenir par la mesure conservatoire. Ainsi, si le Tribunal venait à constater que le dommage potentiel serait irréparable, alors l'urgence serait établie.

33. Et c'est là où réside toute la difficulté en ce qu'elle renvoie à la qualification des faits qui est un contentieux permanent dans toute affaire. Sir Hersh Lauterpacht a écrit que « A substantial part of the task of judicial tribunals consist in the examination and the weighing of the relevance of facts » (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48).

Dans une procédure qui se caractérise par l'urgence, l'évaluation par la juridiction saisie de manière impartiale et critique de la situation de fait est forcément limitée parce que ballottée entre la nécessité à l'ur-

gence des mesures conservatoires et l'exigence impérieuse de ne pas déformer les faits.

34. Comme le remarque Kreca :

La procédure en indication de mesures conservatoires repose en grande partie sur des présomptions refragables (*presumptio Juris tantum*), notamment la présomption simple de compétence de la Cour quant au fond de l'affaire dans laquelle des mesures conservatoires sont adoptées. [...] Toutefois, une appréciation incorrecte des faits conduit nécessairement à une application erronée du droit, ce qui, d'un point de vue ontologique, se trouve aux antipodes de l'idéal assigné aux procédures judiciaires. Et une appréciation *prima facie* des faits comporte inévitablement un très haut risque d'erreur. (Application de la Convention, op. cit. pp. 457 et 458)

35. En l'espèce, les faits avancés par le requérant à appui de sa demande indiquent-ils que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires ? Le Tribunal ne conclut pas vraiment sur l'urgence de la situation ou il le fait par préterition. Il indique : « Considérant que le fait ci-dessus (la poursuite des procédures en cours) nécessite que le Tribunal prenne une mesure en vue de veiller à ce que les droits respectifs des parties soient dûment préservés » (paragraphe 107 de l'Ordonnance du 24 août 2015).

Il ressort cependant du dossier que ces vues sont à nuancer dans la mesure où le premier fusilier marin se trouve en Italie depuis plus d'un an pour raison médicale tandis que le second a élu résidence chez l'Ambassadeur d'Italie en Inde où il a reçu à plusieurs reprises les membres de sa famille.

Qui plus est, l'Inde a donné des assurances au Tribunal et des engagements fermes à l'audience (Paragraphe 130 de l'Ordonnance).

Dans l'affaire de Timor-Leste/Australie, la CIJ dit ceci :

La Cour relève en outre que l'agent de l'Australie a indiqué que « l'Attorney-General du Commonwealth d'Australie a[vait] le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international ». La Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat pris un tel en-

gagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi. (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, par. 44*)

En effet, par leurs écrits et leur parole, les agents expriment le consentement des Etats qu'ils représentent à être liés.

C'est dire qu'il n'y a vraiment pas urgence dans les circonstances de l'espèce. Le Tribunal aurait du simplement énoncer de manière détaillée les faits qui l'ont conduit à prescrire la mesure s'il estime que l'urgence de la situation l'exigeait.

N'ayant observé l'existence de quelque risques probables et imminents pour les fusiliers marins, j'estime que les circonstances telles qu'elles se présentent actuellement au Tribunal n'exigent guère une prescription spécifique de mesure conservatoire.

36. A dire vrai, cette affaire n'aurait jamais du être apportée au Tribunal international du droit de la mer en raison de l'objet du différend. L'Inde n'étant pas un Etat européen, la Cour de la Haye ou un tribunal ad hoc aurait été plus indiqué.

Nous soumettons respectueusement cette opinion.

(signé) T.M. Ndiaye

Dissenting Opinion of Judge Ndiaye

(Translation by the Registry)

(Submitted in accordance with article 30, paragraph 3, of the Statute and article 8, paragraph 4, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal)

Having, to my great regret, been unable to join in the Order of the Tribunal, I find it necessary to express my dissenting opinion. In this opinion consideration will be given to the procedural requirements applicable to this case, Case 24 concerning *The “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India)*, request for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea.

1. In Case 24 the International Tribunal for the Law of the Sea (the Tribunal) has been seised of a request, submitted pursuant to article 290, paragraph 5, of the Convention, from Italy for the prescription of provisional measures.

2. The Tribunal must therefore determine whether or not there is a dispute and whether the procedural requirements under article 290, paragraph 5, of the Convention have been met, before deciding whether the Annex VII arbitral tribunal would have *prima facie* jurisdiction to entertain the case and, in consequence, whether the Tribunal has the power to prescribe provisional measures should the circumstances so require.

The dispute: Legal regime

3. Failing a definition of “dispute” in the statutes of international courts and tribunals, their case law must be looked to to ascertain the applicable legal regime, because the role of courts and tribunals in adjudicating cases requires them to hear disputes, which must be settled on the basis of the law. This means that there must be a dispute and it must be justiciable.

4. According to the ICJ:

A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.

(Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11).

5. Whether there exists a dispute in a particular case is a matter for “objective determination” by the Court.

(Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74)

6. “It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other.”

(South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962, p. 328)

[Armed Activities on the Territory of the Congo, I.C.J. Reports 2006, para. 90, p. 40]

7. In the words of the Court: “The Court’s determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form.”

[Georgia/Russian Federation, Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, para. 30]

8. In principle, the dispute must be in existence at the date the application is submitted to the Court.

(Aerial Incident at Lockerbie, I.C.J. Reports 1998, paras. 42–44)

9. As for its subject-matter, the dispute must “concern . . . the interpretation or application of th[e] Convention” and be submitted in accordance with Part XV of UNCLOS.

10. As stated by the ICJ:

on a request for provisional measures the Court need not, before de-

ciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, . . . yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded.

The Court must

give . . . the matter the fullest consideration compatible with the requirements of urgency imposed by a request for the indication of provisional measures.

(Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, paras. 24 and 25).

11. According to the Applicant,

The dispute submitted to an Annex VII arbitral tribunal concerns an incident that occurred approximately 20.5 nautical miles off the coast of India involving the MV Enrica Lexie, an oil tanker flying the Italian flag, and India's subsequent exercise of jurisdiction over the incident, and over two Italian Marines from the Italian Navy, Chief Master Sergeant Massimiliano Latorre and Sergeant Salvatore Girone (the "Marines"), who were on official duty on board the Enrica Lexie at the time of the incident (the "Enrica Lexie Incident").

(Request, para. 3)

12. India acknowledges that the event which is at the origin of the dispute took place in the Indian EEZ and involved the M/V Enrica Lexie, an oil tanker flying the Italian flag. It is also accepted that India envisages exercising jurisdiction over the marines (Response, para. 1.5).

According to the Respondent:

Suffice it to say . . . that Italy's silence seriously distorts reality and

do[es] not permit the Tribunal to correctly understand the subject-matter of the dispute, which actually centres upon the murder by two Italian Marines embarked on the MV *Enrica Lexie*, of two Indian unarmed fishermen embarked on the Indian fishing vessel *St. Antony*, a fishing vessel properly registered in India and fully permitted to be fishing in India's EEZ, which was also damaged by the use of automatic weapons by the two Marines.

(Response, para. 1.6)

13. In response, the Applicant asserts:

We agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion. But there is an antecedent issue that requires prior determination, which is the subjectmatter of the dispute between Italy and India, namely, who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account is to be taken of the immunity of State officials. . . . The marines contest the allegation that they fired the shots that killed the unfortunate Indian fishermen. It is not accepted that the fatal shooting took place from the *Enrica Lexie*. . . . [A]nd, I must emphasize, the marines have not even been charged with murder under Indian law. . . . [A] person is not guilty of an offense unless and until convicted by a properly constituted court or tribunal on the basis of charges of which they are informed in a timely manner and to which they have had an opportunity to respond.

(Second Round, Tuesday, 11 August 2015, Speech 1, Reply submissions, Sir Daniel Bethlehem, pp. 1–2)

The principle thus stated is a fundamental one of criminal law: presumption of innocence!

14. To identify the evidence relating to the existence of a dispute between the Parties, the Tribunal must ascertain:

(a) whether the case file shows that there is a disagreement between

the two States on a point of law or fact;

(b) whether this disagreement concerns “the interpretation or application” of the Convention;

(c) whether the disagreement existed at the date the application was filed. (Georgia/Russia, para. 32)

15. It can be seen that there is disagreement on the following points:

- . exercise of jurisdiction as between the coastal State and the flag State;
- . exercise of law enforcement authority as between the two States, and specifically the question of prosecuting;
- . substance of the norms
- . conflict over how the acts should be characterized;
- . attributes of sovereignty, with the question of absolute immunity for one party and functional immunity for the other; and finally
- . dispute over the choice of forum.

16. At the critical date do the acts at the root of Case 24 fall within the scope of the Respondent’s internal law of criminal procedure or do they not?

If so, were the Tribunal to uphold the claims of the Applicant, would this constitute interference by the Tribunal in the substance of criminal proceedings

pending in the Indian courts?

How should the actions taken by the Applicant and those taken by its nationals in the context of the Respondent’s legal system be interpreted in international law?

All these questions reflect on the existence or not of a dispute under international law.

17. When seised of a request under article 290, paragraph 5, of the Convention, the Tribunal may prescribe, modify or revoke provisional measures . . . if it considers that prima facie the arbitral tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. That in essence is what this article says.

18. In order to satisfy these two procedural conditions, the Tribunal must: establish a close link between (i) the alleged basis of jurisdiction necessary to enable the Annex VII arbitral tribunal to hear the case on the merits and (ii) the claims asserted by the Applicant; and verify that there is the required correlation between the claim on the merits and the request for the prescription of provisional measures. The Tribunal must also carefully establish the facts of the case and their relevance so that it can determine whether or not the urgency of the situation requires the prescription of provisional measures.

19. The fundamental legal issue in this dispute, and both Parties so recognize, is the exercise of jurisdiction, that is to say the competence to act in the matter.

· In the view of Italy: “the subject-matter of the dispute between Italy and India [is] who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account is to be taken of the immunity of State Officials”.

In that of India: “The only legal issue is to know what State or States – because there could be concurrent jurisdiction – has or have jurisdiction to try the perpetrators of this shooting, which led to the death of two Indian fishermen”.

What do the Parties argue?

Italy

Italy claims, pursuant to UNCLOS, in particular Parts II, V and VII, and notably Articles 2(3), 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 and 300 of the Convention, and customary international law, that India has breached its international obligations (Request, para. 29, see also PV.15/C24/1).

In the Statement of Claim dated 26 June 2015 (Annex A to the Re-

quest), Italy states:

In accordance with the provisions of UNCLOS, Italy respectfully requests the Annex VII Tribunal to adjudge and declare that:

(a) India has acted and is acting in breach of international law by asserting and exercising jurisdiction over the *Enrica Lexie* and the Italian Marines in connection with the *Enrica Lexie* Incident.

(b) The assertion and exercise of criminal jurisdiction by India is in violation of India's obligation to respect the immunity of the Italian Marines as State officials exercising official functions.

(c) It is Italy that has exclusive jurisdiction over the *Enrica Lexie* and over the Italian Marines in connection with the *Enrica Lexie* Incident.

(d) India must cease to exercise any form of jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Italian Marines, including any measure of restraint with respect to Sergeant Latorre and Sergeant Girone.

(e) India has violated its obligation under the Convention to cooperate in the repression of piracy.

(See Statement of Claim, para. 33, Annex A to the Request)

The combination of such juxtaposed conducts and attitudes unquestionably reveals a disagreement between Italy and India which amounts to a dispute over the interpretation and application of the Convention and the international rules invoked by Italy in the present proceedings (PV.15/ C24/1, see also PV.15/C24/1, p. 20, l. 4–7).

It [India] even invokes its declaration under article 310 of the Convention. These are clearly matters for the merits (PV.15/C24/1)

Italy considers that the law and the facts of the present case manifestly show that the Annex VII tribunal under constitution will have

more than simply prima facie jurisdiction over the merits of this dispute (PV.15/ C24/1, PV.15/C24/1, p. 21, l. 42–45).

India’s argument seems to confuse the prima facie jurisdiction requirement with the separate requirement that the rights claimed be at least plausible. In considering prima facie jurisdiction, India states that “the question of the dispute does not fall within the jurisdictional scope of the Convention”. India seems to be arguing that there is no dispute between the Parties “concerning the interpretation or application of [the] Convention”. In this connection it focuses on the allegations put forward by Italy under article 97 and on the immunity of State officials (PV.15/ C24/1, p. 22, l. 11–20, PV.15/C24/1, p. 18, l. 50 and 51, and p. 19, l. 1 and 2).

On the prima facie test, see PV.15/C24/1, pp. 28–36.

India

[T]he Annex VII tribunal, which Italy requests be constituted, does not have jurisdiction to rule on the case that it seeks to submit to it (PV.15/ C24/2, pp. 13–14).

India agrees that the event which is at the origin of the dispute took place in the Indian EEZ and involved the MV *Enrica Lexie*, an oil tanker flying the Italian flag. It is also accepted that India envisages to exercise jurisdiction over the Marines (Written Observations, para. 1.5).

[T]he subject-matter of the dispute does not fall within the ambit of the Convention. . . . Italy mischaracterizes the subject-matter of the dispute, which is not an incident of navigation, let alone a collision, in the high seas, but a murder committed by two Italian nationals of two Indian nationals in a maritime area under the jurisdiction of India (Response, para. 3.5; on the subject-matter of the dispute see also Response, para. 1.6 and PV.15/C24/2, p. 14, l. 11–16).

Professor Tanzi went to a great deal of trouble yesterday to demonstrate that there was a dispute between India and Italy. Well, I am happy

to grant him that – but a dispute about what? (PV.15/C24/4, p. 10, l. 5–7).

The only legal issue is to know what State or States – because there could be concurrent jurisdiction – has or have jurisdiction to try the perpetrators of this shooting, which led to the death of two Indian fishermen. In this respect the Montego Bay Convention is silent (PV.15/C24/4, p. 11, l. 9–12).

India denies that Italy can invoke the benefit of any immunities recognized by UNCLOS in favour of the two Marines concerned (Response, para. 3.5).

No one denies that the Italian marines were on board a merchant vessel. Therefore, the Government of India was not obliged to recognize their claim of immunity under the Convention or any other principle of international law (PV.15/C24/2, p. 2, l. 32–38; see also PV.15/C24/2).

3.1.1 Alleged breaches of provisions of the Convention

Italy

India's breaches of the provisions of UNCLOS follow, inter alia, from:

(a) India's unlawful arrest and detention of the *Enrica Lexie*; (b) India's interference with Italy's freedom of navigation; (c) India's exercise of jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Marines notwithstanding Italy's exclusive jurisdiction over the same by virtue of the undisputed fact that the Incident took place beyond India's territorial sea, some 20.5 nautical miles off the Indian coast; (d) India's exercise of criminal jurisdiction over the Italian Marines, who, as State officials exercising official functions pursuant to lawful authority, are immune from criminal proceedings in India; and (e) the failure to cooperate in the repression of piracy by exercising criminal jurisdiction over the *Enrica Lexie* Incident and the Italian Marines (Request, para. 30, see PV.15/C24/1, p. 4, l. 25–30).

India

Italy seizes on the pretext of its Request for the Prescription of Provisional Measures to develop arguments made in its Statement of Claim as to the substance of the case. India will not do so since it is [in] contradiction with the clear prescriptions of Article 290 of the UNCLOS, which limits the purpose of provisional measures to preserving “the respective rights of the parties to the (...) dispute pending the final decision”. Nonetheless, India makes it very clear that its abstention to refute Italy’s arguments related to the merits does not imply any acceptance of those arguments (Response, para.3.1).

It is not sufficient just to enumerate a whole lengthy litany of provisions of this that might have a vague linkage with the facts and causes, as Professor Tanzi and Sir Michael did this morning, to establish the jurisdiction of the Court. The real question is whether or not the dispute between the Parties is covered by one or some of the provisions of the Convention. *Prima facie* this is not the case if you focus on the real subject-matter of the dispute (PV.15/C24/2, p. 14, l. 23–27).

Italy’s request to enjoin any further Indian judicial and administrative actions would also effectively prejudge claims (b), (c) and (d) advanced in Italy’s Notification (claim (e) will be addressed with respect to Italy’s second provisional measures submission) (Response, para. 3.55).

The essence of these claims centres on whether the Indian courts have jurisdiction over the incident and whether the Italian Marines enjoyed immunity from suit although the claims are cast in terms of alleged breaches of the UNCLOS (Response, para. 3.55).

Concerning the specific claims set forth in the Statement of Claim:

On article 2 of the Convention, see PV.15/C24/4, p. 10, l. 20.

On the alleged violation of article 27, paragraph 5, of the Convention:

The premise that India used ruse and coercion to cause the vessel to berth at the Kochi anchorage is completely untrue . . . given that two unarmed Indian fishermen had been killed . . . it was appropriate for India to seek to question the individuals on board for their version of this serious event (Response, para. 3.50).

There was no ruse, no coercion, as alleged by Italy (PV.15/C24/2, p. 1, l. 50).

With respect to the marines, Italy never claimed that India did not have the right to interrogate them (Response, para. 3.51).

Italy has provided no evidence of the institution of proceedings against the two marines in Italy (Response, para. 3.53).

On article 33 of the Convention, see PV.15/C24/4, p. 10, l. 22.

On articles 56 and 58 of the Convention, see PV.15/C24/4, p. 10, l. 22–26.

On articles 87 and 89 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, l. 28/29.

On article 92 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, l. 29–36.

On article 94 of the Convention, see PV.15/4, Pellet, p. 10, l. 38–40.

On the alleged violation of article 97, paragraph 3, of the Convention:

This case is not covered by Article 97 of the UNCLOS, but rather is about a double murder at sea (Response, para. 1.11). There was in reality no ‘incident of navigation’, nor any collision between the two ships. They had no physical contact and Article 97 of the UNCLOS . . . is irrelevant by any means (Response, para. 1.8; see also PV.15/C24/2, p. 2, l.

43–45).

On article 100 of the Convention:

There was no piracy attack or threat thereof that could justify the killing of two Indian fishermen so as to attract the application of the

Convention and thus the prima-facie jurisdiction of an Annex VII tribunal (PV.15/C24/2, p. 2, l. 45–47; see also PV.15/2, p. 14, l. 40/41, 47–49 and PV 15/4, Pellet, p. 10, l. 44).

On article 300 of the Convention, see PV.15/4, p. 10, ll. 21–25.

20. On the jurisdictional issue the Tribunal must take particular care in examining the Convention provisions relied on by the Applicant and subject to disagreement between the Parties. To find that prima facie the Annex VII tribunal has jurisdiction it is not enough for an applicant simply to cite Convention provisions which, when read in the abstract, may theoretically offer a basis of jurisdiction.

It is also necessary for the court or tribunal to take account of facts within its knowledge at the time it decides whether or not to prescribe provisional measures. In particular, the adjudicator must satisfy itself that prima facie jurisdiction over the merits may be established on this basis in relation to the Convention provisions relied on by the applicant.

21. The Tribunal has determined that:

before prescribing provisional measures the Tribunal need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case and yet it may not prescribe such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear prima facie to afford a basis on which the jurisdiction of the Tribunal might be founded.

(M/V “SAIGA” (No. 2), para. 29)

It must however do so on the basis of the above-stated principles, given that jurisdiction must be established proprio motu. It is to be recalled that under article 288 of the Convention the Tribunal has juris-

diction over any dispute concerning the interpretation or application of the Convention if the parties to the dispute have in accordance with article 287 of the Convention chosen the Tribunal as a means of settlement.

22. In respect of the prima facie jurisdiction of the Annex VII arbitral tribunal, which is a condition to be satisfied in order for the International Tribunal for the Law of the Sea to have jurisdiction, the Applicant has put forward a host of Convention provisions on which to found its Application: articles 2(3), 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 97, 100 and 300.

The role of the Tribunal here is to satisfy itself that these provisions are of relevance to the dispute to be settled.

23. In light of the provisions invoked by the Applicant, it can be seen that the Parties disagree on the scope of application of their obligations under the Convention and on the relevance of the Convention. In fact, article 2, paragraph 3, concerns sovereignty over the territorial sea, whereas the incident took place in India's exclusive economic zone. The same is true of article 27, concerning criminal jurisdiction on board a foreign ship in the territorial sea. Article 33, dealing with the contiguous zone, was not again mentioned by the Parties even though there are references to it in the Applicant's Notification and Application.

The irrelevance to the case of articles 56 and 58, concerning the rights of coastal States and other States in the EEZ, lies in the fact that the Convention is silent on both the subject of military use of the EEZ and the question of criminal jurisdiction over crimes and other unlawful acts committed in the exclusive economic zone.

As for articles 87 and 89 of the Convention, they bear on freedom of the high seas, particularly freedom of navigation. That is why the Applicant claims that there have been "breache[s of] the Convention" resulting from

"(a) the unlawful arrest and detention by India of the *Enrica Lexie*;

(b) India's interference with Italy's freedom of navigation".

Given that, as the Applicant itself admits, "we agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion";

Given that the incident occurred at a place where the relevant body of Indian law, that is to say criminal law, applies, the Indian judiciary may exercise its criminal jurisdiction without thereby breaching international law.

Articles 92 and 94 concern the status of ships and the duties of the flag State. In light of the subject-matter of the dispute, they are wholly irrelevant, since the vessel itself is not being charged but, rather, accusations of murder have been brought against individuals who moreover are not members of the crew.

24. Under these circumstances it is difficult to see how the arrest and detention of the *Enrica Lexie* in connection with criminal proceedings can be interpreted as a violation of the freedom of navigation on the high seas. If they were so construed, the principle of freedom of navigation would protect vessels against any and all legal proceedings because their arrest would be regarded as an infringement of the flag State's right to enjoy freedom of navigation, with the result that there would no longer ever be any legal order in effect on the seas and oceans.

25. Article 97 concerns penal jurisdiction in matters of collision or other incidents of navigation. It is clear from the case file that there was neither any collision nor any other incident of navigation and that there was no physical contact between the *Enrica Lexie* and the *St. Anthony* fishing boat that could establish the applicability of article 97, paragraph 3, of the Convention.

What is more, the 29 June 1995 declaration of India under article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea states:

The Government of the Republic of India understands that the provisions of the Convention do not authorize other States to carry out in the exclusive economic zone and on the continental shelf military exercises or manoeuvres, in particular those involving the use of weapons or explosives without the consent of the coastal State.

[United Nations, 95/600, (XXI. 6) (XXI.6 (a) CN. 199. 1995. TREATIES-5 (Depositary Notification), RATIFICATION BY INDIA].

It is apparent from the foregoing that article 97, paragraph 3, is inapplicable and cannot be asserted against India. Article 100 deals with the “duty to cooperate in the repression of piracy”. This duty stands in no direct relation with the subject-matter of the dispute as it has been acknowledged by the two Parties.

Finally, the last provisions relied on by the Applicant concern article 300 of the Convention, on good faith, and the ICJ has made clear that this principle “is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist”.

[ICJ, Judgment of 20 December 1998, I.C.J. Reports 1998, para. 94].

26. In truth, the Convention hardly applies in respect of this incident, which could have occurred in the mouth of just about any river in the world and would have had the same characteristics as the dispute in the present case.

This means that the Annex VII arbitral tribunal would not have jurisdiction because the subject-matter of the dispute does not relate to the law of the sea proper but rather:

- (a) the exercise of jurisdiction as between a coastal State and a flag State;
- (b) the exercise of law enforcement and criminal justice authority as between the two States;
- (c) the dispute over the characterization of the acts;

(d) the attributes of sovereignty, together with the question of immunity; and

(e) the dispute over the choice of forum.

The Convention provisions which the Applicant claims have been violated by the Respondent provide no basis on which to establish the jurisdiction of the Annex VII arbitral tribunal over the merits of the case. And the International Tribunal for the Law of the Sea is without jurisdiction to entertain a case having nothing to do with the interpretation or application of the Convention.

27. We must now examine the second procedural requirement laid down in article 290, paragraph 5: the urgency of the situation.

Let us first review the arguments of the Parties.

Italy

Italy repeats and relies on all the facts and matters . . . which show that the rights in question are suffering irreversible prejudice or damage or at the very least under a real and imminent risk of suffering irreversible prejudice or damage. India's conduct is ongoing and further action is likely to be taken before the Annex VII arbitral tribunal will be "in a position to 'modify, revoke or affirm those provisional measures'." (Request, para. 52, see para. 25; see also PV.15/1, p. 5, l. 18–24).

The risk of prejudice to Italy's rights has risen sharply over the last months (Request, para. 53). The prejudice to Italy's rights has increased each day that the Marines have been subjected to the jurisdiction of the Indian courts. The prejudice has been exacerbated by the medical issues addressed in the Confidential Addendum (Request, para. 54).

For that entire period [three-and-a-half years] Italy's rights to investigate the conduct of its Marines . . . and, as appropriate, either to take action against them or to return them to the service of Italy, and in either case to ensure their health, have been prejudiced. Italy has a legal duty

of care to the Marines (Request, para. 54).

Urgency . . . is both humanitarian and legal (PV.15/1, p. 45, l. 26, see also PV.15/3, p. 7, l. 25–37).

On the first requested measure:

In circumstances where irreparable harm is being suffered by Italy through each and every exercise of jurisdiction, urgency is demonstrated by the fact that the exercise of jurisdiction is ongoing. Here we know for a fact that that is so. As Sir Daniel Bethlehem has drawn to your attention, a hearing is scheduled to take place before the Indian Supreme Court on 26 August to address the article 32 Writ Petition deferment application that is rooted in the commencement of the Annex VII proceedings. The Additional Solicitor General for India is required to submit the Indian Government's views on that application today. And, of course, both marines are still under the bail conditions of the Indian Supreme Court. These exercises of jurisdiction are certain and ongoing (PV.15/1, p. 30, l. 4–13).

India has left no doubt that it wants to proceed to the trial . . . India blames Italy for the delay, on the one hand, but relies on delay on the other to reassure the Tribunal that there is no urgency (PV.15/1, p. 36, l. 42–46).

On the second requested measure:

the status quo in relation to the marines is one where their rights and Italy's rights are suffering irreparable damage on a daily basis. Every additional day in which a person is deprived of these rights must be regarded as one day too many (PV.15/1, p. 43, l. 31–34). India is also prejudging the marines' guilt before charging them, and by doing so, it has aggravated the prejudice, and brought all the risks connected to the ongoing exercise of criminal jurisdiction into even sharper relief (PV.15/1, p. 44, l. 4–7, see also PV.15/3, p. 15, l. 30–41).

On the test for urgency, see PV.15/3, p. 16, l. 2–p. 17, l. 10.

On the notion of urgency (temporal limit): “the key date is when the arbitral tribunal is itself in a position to act” (PV.15/1, p. 23, l. 20–21).

The measures [the Tribunal] prescribes may in principle last through to the arbitral tribunal’s final award on the merits (PV.15/1, p. 23, l. 42–43).

It is entirely proper for Italy to request provisional measures extending to the final award of the arbitral tribunal (PV.15/3, p. 10, l. 33–34).

On the duration of the dispute:

urgency is not to be assessed by the length of time since the dispute has arisen but by an appreciation that every continuing day that is lost is a day that can never be recovered (PV.15/1, p. 45, l. 45–47). India is conflating two analytically distinct issues: the duration of the dispute and the assessment of urgency (PV.15/1, p. 44, l. 11–13). It is not uncommon for disputes over the exercise of jurisdiction and immunity of State officials to be brought to an international forum after some domestic proceedings (PV.15/1, p. 44, l. 24–26). The well-foundedness of the application must be assessed without reference to the issue of delay in filing it. The preconditions for seeking the prompt release may have been satisfied before, but failing to act as soon as those preconditions arise does not... render... the application inadmissible (PV.15/3, p. 18, l. 8–12).

India

Neither the first nor the second Italian submission fulfils either the ‘aggravated urgency’ standard resulting from article 290, paragraph 5, of the UNCLOS or even the ‘basic’ standard of urgency (Response, para. 3.13).

On the notion of urgency, see Written Observations, paragraphs 3.15 to 3.18.

On the notion of urgency (temporal limit):

Italy places no time limit on its request (PV.15/2, p. 22, l. 4–5). But this is not what article 290, paragraph 5, says (PV.15/2, p. 22, l. 17). [T]here is a temporal limitation to the duration of any provisional measures that may be prescribed by this Tribunal (PV.15/2, p. 22, l. 28–29). [The] Tribunal is not called on to consider any provisional measures that will remain in force throughout the duration of the Annex VII arbitral tribunal. . . . The question is only whether there is any urgency over the next few months, after which the Annex VII arbitral tribunal will have been constituted and will be in a position to deal with the matter (PV.15/2, p. 22, l. 39–43; see also PV.15/4, p. 5, l. 22–25).

In these circumstances, there is no risk that Italy will suffer any prejudice with respect to these proceedings, no urgency of the situation that would justify provisional measures and no grounds for restraining the Indian judicial and administrative process, which operated in an exemplary fashion, notwithstanding the various tactics employed by Italy to disrupt the proceedings (Response, para. 3.23).

First provisional measure requested by Italy:

When the facts are placed in their proper context, they show that there is absolutely no situation of urgency that justifies the Tribunal issuing an order restraining India from continuing to take judicial or administrative measures – measures that it has always carried out lawfully and with absolute fairness to Italy and the two marines – or to exercise any other form of jurisdiction (Response, para. 3.21; see also PV.15/2, p. 29, l. 23–24; on facts that “place the misplaced nature of Italy’s first request in perspective”, see Response, paras. 3.24 to 3.37).

i) Italy has been responsible both for delays in allowing the investigation of the incident to be carried out . . . and delays to the Indian court

proceedings (see also PV.15/2, p. 10, l. 37–40; PV.15/2, p. 24, l. 17–20, p. 27, l. 21–27; and PV.15/4, p. 1, l. 36–p. 3, l. 2).

ii) Italy has been treated entirely fairly by the Supreme Court. Many of its, and the two marines', applications have been favourably ruled on ... (see also PV.15/2, p. 24, l. 22–24).

iii) Italy has, on several occasions, abused the judicial process ... (see also PV.15/2, p. 29, l. 50–p. 30, l. 1 and p. 28, l. 36–p. 29, l. 1; PV.15/2, p. 36, l. 22–23).

iv) Italy succeeded in obtaining a stay of the Special Court proceedings ... this means that there is no real and imminent risk of irreparable prejudice to Italy's rights ... that there is no urgency to the situation ... If anything, it is India's rights that have been compromised by Italy's conduct (see also PV.15/2, p. 10, l. 27–32 and p. 12, l. 46–p. 13, l. 2). The proceedings before the Special Court are in abeyance. There is no prospect that the stay of those proceedings will be lifted, or that the prosecution will present the results of the NIA investigation or that the defendants will have their opportunity to answer that case. There is no chance that that is going to happen in the near future, and certainly not before the Annex VII arbitral tribunal is set up and running (PV.15/2, p. 29, l. 10–16; see also PV.15/4, p. 5, l. 29–35).

v) On duration of the dispute: [T]he fact that Italy waited over three years to bring the Annex VII Arbitration and to introduce a Request for Provisional Measures itself attests to the lack of urgency. Nothing that has recently taken place with respect to the legal situation in India and the proceedings there even remotely adds any urgency to the matter (Response, para. 3.38, see also para. 3.22 and PV.15/2, p. 30, l. 5–11). If a State delays filing a request for provisional measures when it could have done so earlier, it casts serious doubts over its claim that there is a real and imminent risk of irreparable prejudice (PV.15/4, p. 8, l. 7–11).

Second provisional measure requested by Italy: the second measure cannot be justified on the grounds of urgency as requested by Italy, far less can there be any form of aggravated urgency in bringing proceedings before this Tribunal before the Annex VII tribunal can be constituted (PV.15/2, p. 34, l. 29–32).

This supposes that the actual situation of the two individuals accused of murder is so dramatic that the Tribunal should prescribe total liberty, security and movement for both of them including their stay in or return to Italy (Response, para. 3.40). Italy does not dare to allege that their security is threatened. And indeed it is not and has never been the case (Response, para. 3.41).

On the situation of Mr Latorre: New extensions are not to be excluded if necessary on humanitarian grounds (Response, para. 3.42). His state of health is evolving... (Response, para. 3.43). Given the renewable six months leave granted by the Supreme Court on 13 July 2015, Italy is illadvised to invoke any urgency in this matter (Response, para. 3.43; see also PV.15/2, p. 23, l. 20–51).

On the situation of Mr Girone: He is under bail conditions (Response, para. 3.44); the urgency of authorizing him to go back to and stay in Italy is belied by his own behaviour (Response, para. 3.45; see also PV.15/2, p. 34, l. 2–16)

On deprivation of liberty: the marines are not in prison. They are not detained. They are at large under light supervision (PV.15/4, p. 18, l. 14–15).

28. Provisional measures are intended to preserve the rights of the parties to the case and to prevent irreparable harm. In order to deal with the urgency of a situation before the dispute can be resolved in law on the merits, the court must act by prescribing provisional measures. In regard to the urgency, the court must satisfy itself that harm is likely and imminent.

29. Preservation of the rights of the parties pending the constitution of an Annex VII arbitral tribunal is the manifestation of the principle of equality of States and the principle of effective procedural equality of the parties before the tribunal. The rights to be preserved are those subject to adjudication on the merits of the case. And provisional measures may not be prescribed unless irreparable harm is imminent. Thus, there

is a close connection between the harm and urgency: if irreparable harm is not imminent, there is hardly any urgency.

30. Whether or not there is a need to act to preserve the rights of the parties and prevent irreversible prejudice or irreparable harm must be determined from the circumstances of the case before the Tribunal. In this connection, a real and imminent risk must be found: hence, the importance of the facts.

31. The circumstances cannot however be relied upon without also taking into consideration the Convention provisions whose alleged violation is cited in support of the request for the prescription of provisional measures. And the court must play a leading role in assessing the correlation between the facts and the legal standard invoked. As Judge Lauterpacht observed: “So to describe the character of the present case [i.e., as grave and urgent] is not to say that the Court should approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards”.

(Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 408)

32. This is so because urgency presupposes that the circumstances of the case make action necessary to preserve rights claimed by the parties, rights whose protection cannot await the award to be decided by the Annex VII arbitral tribunal. As a result, (i) the status of the proceedings when the request is submitted and (ii) the amount of time it will take to constitute the arbitral tribunal, are relevant in determining the urgency of the situation. Similarly, the degree of urgency is linked with the gravity of the harm sought to be prevented by the provisional measure. Thus, if the Tribunal were to find that the potential harm is irreparable, urgency would be established.

33. And that is where the difficulty lies: the facts must be interpreted and given a legal characterization and that is an ongoing point of contention in any case. Sir Hersh Lauterpacht wrote: “A substantial part of the task of judicial tribunals consists in the examination and the weighing

of the relevance of facts” (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48).

In proceedings characterized by urgency, the court’s impartial and critical assessment of the factual context is necessarily limited because caught between the urgent need for provisional measures and the pressing requirement to avoid twisting the facts.

34. As Kreca observes:

The procedure of indication of provisional measures relies heavily on refutable assumptions (presumptio juris tantum), e.g., the refutable assumption that the Court has jurisdiction in the merits of the case in which provisional measures are adopted. . . . However, an incorrect assessment of facts necessarily leads to the erroneous application of law which is the ontological antipode of the ideal of judicial proceedings. And a prima facie assessment of facts necessarily entails a very high risk of mistake.

(Application of the Convention, op. cit. pp. 457–458)

35. In the present case, do the facts put forward by the Applicant in support of its request indicate that the situation is so urgent as to require the prescription of provisional measures? The Tribunal does not really come to a conclusion on the urgency of the situation or, if it does, it is by paralipsis. It states: “*Considering* that the above consideration [continuation of pending proceedings] requires action on the part of the Tribunal to ensure that the respective rights of the Parties are duly preserved”.

(Para. 107 of the Order of 24 August 2015)

As shown by the material in the case file however, these views need to be qualified since for more than a year now the first marine has been in Italy for reasons of health, while the second is living in the residence of the Ambassador of Italy to India, where family members have visited him a number of times.

What is more, India gave assurances to the Tribunal and firm undertakings at the hearing (para. 130 of the Order).

In the Timor-Leste/Australia case, the ICJ said:

The Court further notes that the Agent of Australia stated that “the Attorney-General of the Commonwealth of Australia [had] the actual and ostensible authority to bind Australia as a matter of both Australian law and international law”. The Court has no reason to believe that the written undertaking dated 21 January 2014 will not be implemented by Australia. Once a State has made such a commitment concerning its conduct, its good faith in complying with that commitment is to be presumed.

(Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, para. 44)

It is indeed the case that, by their written and oral statements, Agents voice the consent to be bound given by the States they represent.

This means that there really is no urgency in the circumstances of this case. The Tribunal should simply have set out in detail the facts having led it to prescribe the measure if it believes that the urgency of the situation required it.

Not having discerned any probable, imminent risks for the marines, I am of the view that the circumstances as they now present themselves to the Tribunal do not specifically require the prescription of provisional measures.

36. In truth, by virtue of the subject-matter of the dispute this case should never have come before the International Tribunal for the Law of the Sea. As India is not a European State, the Hague Court or an ad hoc tribunal would have been a more fitting choice.

We respectfully submit this opinion.

(signed) T.M. Ndiaye

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE

J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions. En particulier, je souscris aux arguments énoncés aux paragraphes 97, 99, 100, 101, 102, 122, 132, 163, 210, 213, 216, 217, 231, 266, 270, 271, 300 et 307.

J'estime toutefois que la décision, suivant laquelle le Tribunal est compétent et la requête du Panama est recevable, est fondée mais pour un certain nombre de motifs qui vont au-delà de ceux énoncés dans l'arrêt du Tribunal. Je pense en effet que l'arrêt aurait pu traiter la question nouvelle de l'exception de procédure et établir un régime juridique la concernant avant d'en arriver à la compétence et à la recevabilité de la requête. En outre, le dispositif de l'arrêt aurait dû être plus classique. Conformément à l'article 8, paragraphe 6 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera sur ces points.

Le 17 décembre 2015 intervient la requête introductive d'instance par le Panama au sujet du « Norstar ». La requête du Panama a pour objet la réparation du préjudice qui aurait été causé au « Norstar » par un comportement des autorités italiennes prétendument contraire au droit des gens. Pour établir la juridiction du Tribunal, la requête invoque la déclaration faite par le Panama en vertu de l'article 287. Le 11 mars 2016, le Gouvernement italien a présenté des exceptions préliminaires concluant les unes à l'incompétence du Tribunal et les autres à l'irrecevabilité de la demande.

Dans la procédure, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

« La requête

Le Panama a déposé le 17 décembre 2015 une requête introductive d'instance contre l'Italie dans un différend portant sur la saisie et l'immobilisation du navire « Norstar ». Une copie certifiée conforme de la requête a été transmise à l'Italie le 17 décembre 2015. Dans sa requête, 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 ».

I. EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

1) Dispositions pertinentes

- Article 294, paragraphe 3, de la Convention.

- Article 97, paragraphe 3, du Règlement.

2) Dépôt des exceptions préliminaires

L'Italie a déposé le 11 mars 2016 des exceptions préliminaires au titre de l'article 294, paragraphe 3, de la Convention.

- Les exceptions préliminaires ont été soulevées dans le délai de 90 jours courant à partir de l'introduction de l'instance (voir l'article 97, paragraphe 1, du Règlement).

- La procédure sur le fond a été suspendue (voir l'article 97, paragraphe 3, du Règlement).

Conformément à l'ordonnance du Président du 15 mars 2016, le Panama a déposé ses observations et conclusions écrites le 9 mai 2016, et l'Italie ses observations et conclusions écrites en réponse le 8 juillet 2016.

Le 22 août 2016, le Panama a soumis une demande en date du 16 août 2016 « sollicitant une décision à propos de l'étendue de l'objet du différend sur la base des exceptions préliminaires soulevées par l'Italie ». Par lettre du 23 août 2016, l'Italie a contesté cette demande du Panama (voir aussi PV5, p.13, l. 16- 20).

3) Demandes des parties

Italie

- « [L]'Italie prie respectueusement le Tribunal de dire et juger :

a) qu'il n'est pas compétent pour statuer sur la requête que le Panama a déposée auprès du Tribunal le 17 décembre 2015 ;

b) que le recours intenté en l'espèce par le Panama contre l'Italie est irrecevable pour les raisons exposées dans les présentes exceptions préliminaires » (exceptions préliminaires, par. 36, voir par. 5 et 27 ; voir réponse, par. 178 ; voir PV5, p. 13, l. 40-44 : conclusions finales).

Panama

- « [L]e Panama prie respectueusement le Tribunal de :

PREMIÈREMENT, déclarer

1. qu'il est compétent pour connaître de l'affaire ;

2. que la requête du Panama est recevable ; et

3. que la République italienne a enfreint les garanties d'une procédure régulière ;

DEUXIÈMEMENT, dire, au vu des explications qui précèdent, que les exceptions préliminaires écrites soulevées par la République italienne sur le fondement de l'article 294, paragraphe 3, de la Convention, sont rejetées » (observations, « Conclusions », p.17 ; PV6, p. 18, l. 25-34).

II. EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

A) DEMANDE DU PANAMA SOLLICITANT UNE DÉCISION, EN DATE DU 16 AOÛT 2016, ET OBJECTION SOULEVÉE PAR L'ITALIE DU 23 AOÛT 2016

- Les exceptions préliminaires ont-elles été soumises en temps voulu ?

Italie

- « la demande du Panama [du 16 août 2016] est manifestement dépourvue de fondement. En fait, la totalité des arguments présentés par l'Italie dans sa réponse du 8 juillet 2016 ont soit développé, soit précisé les exceptions qu'elle avait d'abord soulevées le 16 mars, ou ont répondu aux arguments présentés par le Panama dans ses observations du 5 mai 2016 » (PV1, p. 7, l. 22-26 ; PV5, p. 12, l. 23-25 et 42-48).

Sur le principe de "l'égalité des armes" : « [I]l ne peut y avoir aucun motif pour le Panama d'affirmer qu'il y ait eu quelque manquement au principe de « l'égalité des armes ». Le Panama a eu tout loisir de répondre à ces exceptions et peut également y répondre pendant les présentes audiences » (PV1, p. 9, l. 12-15 ; voir PV5, p. 12, l. 26-30 et p. 13, l. 5-10).

Sur les « pouvoirs inhérents » du Tribunal : « l'Italie reconnaît qu'en tout état de cause, le Tribunal dispose de larges pouvoirs inhérents pour déterminer sa compétence et la recevabilité de la requête. Ces pouvoirs, qui permettent à un tribunal de déterminer sa compétence et la recevabilité même si des exceptions n'ont pas été soulevées dans les temps voulus, voire n'ont pas été soulevées du tout, font partie intégrante du droit international » (PV1, p. 9, l. 25-29).

« [A]ucune des six exceptions préliminaires dont se plaint le Panama n'est nouvelle dans la réponse de l'Italie » (PV1, p. 7, l. 36 et 37).

Sur « l'absence de pouvoirs de représentation », voir PV1, p. 7, l. 43 à p. 8, l. 7 ; PV5, p. 3, l. 17-36 ;

Sur le « manque de pertinence droits invoqués », voir PV1, p. 8, l.

9-23 ;

Sur l'« ordre de saisie du navire “Norstar” ne constituant pas un manquement à une obligation internationale », voir PV1, p. 8, l. 25-36; PV5, p. 4, l. 22-35 ;

Sur l'« échange de vues », voir PV5, p. 3, l. 38-43 ;4

Sur l'attribution du comportement, voir PV1, p. 8, l. 38-42 ;

Sur la « nature diplomatique » de la requête, voir PV1, p. 8, l. 44-49 ; PV2, p. 1, l. 12-18 ; PV5, p. 3, l. 38-43 ;

Sur l'acquiescement, la prescription et l'estoppel, PV1, p. 8, l. 51 – p. 9, l. 1 ; PV2, p. 20, l. 34 à p. 21, l. 10.

Panama

- « ... il est injuste que le Panama n'ait pas eu l'opportunité de répondre à cette nouvelle exception de l'Italie, autrement qu'au stade de la présente procédure orale » (PV4, p. 21, l. 27-29).

S'agissant de l'argument concernant les « pouvoirs de représentation » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Aucun de ces points n'a été évoqué dans les exceptions préliminaires et n'a donc pu être discuté par le Panama dans ses observations et conclusions écrites ... » (demande sollicitant une décision, par. 11 ; voir PV4, p. 21, l. 21-50).

S'agissant de l'argument concernant la « pertinence des dispositions invoquées par le Panama » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Dans la suite de sa réponse, l'Italie continue d'arguer que chacune des dispositions invoquées par le Panama dans sa requête est dépourvue de pertinence (Réponse, paragraphes 33-49). Le Panama se trouve actuellement dans l'incapacité de contester ces exceptions sous forme écrite, étant donné que l'Italie les a soulevées pour la première fois dans sa réponse » (demande sollicitant une décision, par. 13 ; voir PV4, p.22, l. 2-13).

S'agissant de l'argument concernant l'« ordonnance de saisie comme acte préparatoire » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « ...si nous examinons les exceptions préliminaires soulevées par l'Italie, nous constatons aisément que cet argument ne figure pas dans ce document.

Par conséquent, le Panama n'a pas pu s'exprimer à son propos dans ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires de l'Italie» (demande sollicitant une décision, par. 17 ; PV4, p. 22, l. 15-26).

S'agissant de l'argument concernant l'« attribution du comportement » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Le fait que le Panama ait invoqué une violation de son droit de navigation pacifique par l'Italie, et que l'Italie conteste à présent cette violation en indiquant qu'elle n'a pas procédé à la saisie et à l'immobilisation du navire, constitue une exception nouvelle fondée sur le principe de la responsabilité indépendante, que le Panama n'a pas prévue, et pose de nouvelles questions à propos de la manière dont la conduite d'un État doit être définie et dont l'article 6 des Articles sur la responsabilité de l'État de la CDI doit être appliqué. Ces questions ont désormais ajouté une nouvelle dimension à cette procédure, auxquelles le Panama n'a pas été en mesure de répondre à ce jour » (demande sollicitant une décision, par. 21 ; voir PV4, p. 22, l. 28-38).

S'agissant de l'argument de l'Italie invoquant le fait que la requête « s'apparente à un endossement diplomatique » : « ... l'Italie n'a fait mention de cette exception dans aucun des arguments avancés à l'appui de ses exceptions préliminaires. En conséquence, le Panama n'a pas eu la possibilité d'y répondre dans ses observations » (demande sollicitant une décision, par. 24 ; PV4, p. 22, l. 40-50).

S'agissant de l'argument concernant l'« acquiescement » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « [C]'est également la première fois que l'Italie qualifie le recours du Panama d'acquiescement » (demande sollicitant une décision, par. 27). « ... étant donné que l'Italie n'a soulevé aucune des questions précitées dans ses exceptions préliminaires, toutes ces exceptions nouvelles doivent être rejetées étant donné qu'elles ont été soulevées tardivement » (demande sollicitant une décision, par. 30 ; voir PV4, p. 23, l. 2-7).

B) Statut de la requête du Panama

La demande du Panama porte sur la qualification procédurale de l'irrecevabilité ou non de la réponse italienne du 8 juillet 2016. L'on sait que la demande de nullité d'un acte de procédure est une exception de procédure qui doit être présentée *in limine litis*. « *In limine litis* » est une expression latine du droit procédural signifiant « dès le commencement du procès ». Elle est utilisée pour rappeler que les moyens de forme doivent être évoqués dès le début de l'instance et avant tout moyen de fond, ceci afin d'éviter que la procédure ne s'éternise inutilement et d'éviter que le moyen soulevé ne soit, en réalité, qu'un procédé dilatoire. Autrement dit, les exceptions de nullité pour vice de forme doivent ainsi être soulevées « *in limine litis* », c'est-à-dire avant toute défense au fond. Contrairement aux moyens de pure forme évoqués cidessus, les moyens de droit [c'est-à-dire, les moyens de fond] peuvent être évoqués « en tout état de cause » c'est-à-dire jusqu'au délibéré. L'objet du différend est établi dans l'acte introductif d'instance et la requête du Panama a trait à l'exercice du droit d'action, lequel se compose de la demande et des moyens de défense.

1) Faits et procédure à l'origine de la demande :

- Le 16 novembre 2015 [le 17 décembre 2015], le Panama introduit une instance contre l'Italie par requête auprès du Tribunal dans un différend concernant la saisie et l'immobilisation du « Norstar », navire battant pavillon panaméen.

- Le 11 mars 2016, l'Italie soulève des exceptions préliminaires d'incompétence du Tribunal d'une part et d'irrecevabilité de la requête du Panama de l'autre.

- Le 10 mai 2016, le Panama dépose ses observations et conclusions écrites en réponse aux exceptions soumises par l'Italie et,

- Le 8 juillet 2016, l'Italie soumet sa réplique aux observations panaméennes.⁶

- Le 22 août 2016, le Panama soumet une demande « sollicitant une décision relative à l'étendue des exceptions préliminaires soulevées par l'Italie » et,

- Le 23 août 2016, l'Italie s'oppose à la demande présentée par le

Panama.

2) La recevabilité de la demande :

a) La recevabilité en la forme

Selon l'article 97, paragraphes 1 et 2 :

1) « Toute exception à la compétence du tribunal ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit 90 jours au plus tard après l'introduction de l'instance».

2) « L'acte introductif de l'exception contient l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée ainsi que les conclusions ».

Autrement dit, une exception peut être d'incompétence ou d'irrecevabilité, *mais aussi toute autre sur laquelle une partie demande une décision au Tribunal*, pourvu qu'elle soit préliminaire au fond.

C'est exactement le cas de l'exception panaméenne : il s'agit d'une exception de procédure ! Et compte tenu de son acte introductif conforme au paragraphe 2 de l'article 97 du Règlement du Tribunal, l'on peut conclure que les conditions de forme de recevabilité de la demande prévues par le Règlement sont remplies.

b) La recevabilité au fond : elle est évaluée à l'aune de plusieurs critères.

D'abord le critère d'ordre juridique pur. Une juridiction comme le Tribunal ne saurait agir que sur la base du droit et doit donc s'assurer qu'elle a le pouvoir de s'exprimer sur le fond avant de le faire.

Ensuite, le second critère a trait à la bonne administration de la justice et à l'importance d'une bonne justice.

Enfin le dernier critère regarde le rôle actif du Tribunal en tant que maître de la procédure et gardien de l'intégrité judiciaire. C'est pourquoi le Tribunal est tenu de soulever d'office tout moyen affectant l'intégrité judiciaire ou la bonne administration de la justice. Il faut rappeler les arguments du Panama pour les jauger en fonction des critères ci-dessus rappelés :

1) « It is in violation of the Principle of Due process of Law and procedurally anomalous to allow the Respondent to file additional objections, i.e. those that were not referred to either in the Preliminary Objections or in the Observations made by the Applicant in response

2) Panama requests that the Tribunal reject any and all of these Objections as filed because they are in contravention of paragraph 1 of article 97

3) The principle of Equality of Arms states that both parties to a dispute must be allowed the same opportunities

4) Italy is unduly hindering Panama's case by now bringing up additional points

5) If [the] new objections are deemed admissible, Panama will have been placed at a procedural disadvantage

6) An elementary and fundamental requirement of due process in any proceeding is the opportunity for both parties to present their respective arguments on equal terms

7) Italy has made objections beyond the [90 days] time limit in its attempt to broaden the scope of its Preliminary Objections

8) The only opportunity that Panama now has to make use of its right to contradict these arguments is in the oral proceedings. However, this would affect the Principle of Due Process of law, of Contradiction, and of égalité d'armes because of the lack of time for Panama to study, corroborate and challenge these new objections and arguments. »

La demande du Panama invite le Tribunal à répondre principalement à la question de savoir si l'irrecevabilité invoquée par l'autre Etat constitue une fin de non-recevoir ou une exception de procédure. Cette question rappelle celle que la Cour permanente s'est posée dans l'affaire de Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, où elle s'est demandé s'il s'agissait :

« [d]'un de ces moyens de défense, tirés du fond de la cause et tendant à en faire écarter l'examen par le juge, auxquels on donne généralement, ainsi que l'a fait le droit français, le nom de "fins de non-recevoir" ? Ou bien n'est-on pas plutôt en présence d'une véritable exception s'opposant ... non pas à l'action elle-même et au droit sur lequel elle repose, mais à l'exercice de cette action en justice ? » [arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p.19].

3) L'exception de procédure

Il apparaît que nous sommes ici en présence d'une exception de procédure. En effet, une exception de procédure consiste en tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours. Parmi les exceptions de procédure figurent les exceptions de nullité, qui comprennent les nullités pour vice de forme, sachant

que l'annulation d'un acte de procédure pour vice de forme suppose la réunion de deux conditions : l'inobservation d'une formalité substantielle et la preuve du grief qui cause l'irrégularité.

Il ne s'agit pas, dans le cadre d'un tel moyen de défense, de contestation portant sur le fond même de la prétention de l'autre Partie, mais de contestation portant sur la procédure.

Il faut dire que le terme « exception » est polysémique, pouvant désigner une véritable défense au fond – par exemple, l'exception de compensation en droit interne – ou un moyen de défense en général comme lorsque l'on dit « le juge de l'action est juge de l'exception ».

Lorsqu'un Etat oppose une exception de procédure à un autre Etat, il indique par ce moyen qu'il n'accepte pas, tout au moins à titre provisoire ou temporaire, le débat au fond – comme en la présente espèce –, soit pour paralyser provisoirement l'instance de façon à bénéficier de délai supplémentaire, soit pour éteindre la procédure ou l'instance.

En cela, l'exception de procédure est aussi une exception préliminaire en ce sens que son but est de suspendre la procédure au fond pour assurer un examen préalable des questions soulevées. Il s'agit donc d'un « moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance et tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond. » [Salmon (dir.) Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, 2001, p. 474]

L'annulation d'un acte de procédure pour vice de forme s'effectue par le biais de l'exception de procédure. C'est en effet par la voie d'une exception de procédure que la Partie qui entend faire déclarer nul un acte de procédure doit soulever la nullité. En matière d'exception de nullité, le juge doit être strict pour les irrégularités susceptibles d'affecter l'acte introductif d'instance, lequel établit l'objet du différend et est donc essentiel à toute la procédure. Autrement dit, si le vice de forme affecte l'acte introductif d'instance, la nullité devra être invoquée au tout début de l'instance avec les autres exceptions de procédure éventuelles, c'est-à-dire celles relatives à la validité formelle d'un acte procédure. Il faut relever que l'attitude de la Cour internationale de Justice face aux vices

de procédure varie selon qu'il s'agit d'un défaut de l'acte introductif d'instance ou de vices de procédure à proprement parler.

La Cour apparaît plutôt flexible et permet la régularisation d'actes introductifs d'instance défectueux.

En revanche, elle sera très stricte pour tout défaut de validité d'actes de procédure, surtout lorsqu'il s'agit de garantir l'égalité des parties et la bonne administration de la justice. C'est ainsi que la Cour de La Haye a eu à exclure que de nouvelles pièces de preuve ou documents soient présentes lorsqu'ils sont tardifs.

En effet, le paragraphe 54 de l'arrêt du 26 février 2007 en *l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)* est libellé comme suit :

Le 7 mars 2006, la Bosnie-Herzégovine a communiqué à la Cour et au défendeur un CD-ROM intitulé «Documents publics du TPIY et autres documents cités par la Bosnie-Herzégovine durant ses plaidoiries (07/03/2006)». Par une lettre datée du 10 mars 2006, la Serbie-et-Monténégro a fait savoir à la Cour qu'elle avait des objections à la production de ce CD-ROM, la présentation aussi tardive d'un tel volume de documents «[étant] source de graves préoccupations quant au respect du Règlement de la Cour et quant aux principes d'équité et d'égalité entre les Parties». Elle indiquait également que les documents figurant sur le CD-ROM «sembl[ai]ent discutables au regard du paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement». Par une lettre en date du 13 mars 2006, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a informé la Cour des vues de son gouvernement sur les objections précitées de la Serbie-et-Monténégro. Dans cette lettre, l'agent faisait notamment valoir que tous les documents contenus dans le CD-ROM avaient été mentionnés à l'audience par la Bosnie-Herzégovine, qu'ils relevaient du domaine public et étaient des documents «facilement accessible[s]», au sens du paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement. L'agent ajoutait que la Bosnie-Herzégovine était disposée à retirer le CD-ROM si la Cour le jugeait souhaitable. Par une lettre du 14 mars 2006, le greffier a informé la Bosnie-Herzégovine que, le paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement n'imposant ni n'autorisant la présentation à la Cour de l'intégralité du texte d'un document mentionné à l'audience en vertu de cette disposition, et la Partie adverse et la Cour ayant quelque difficulté à gérer, à ce stade tardif de la procédure, un volume aussi considérable de documents, lesquels étaient en tout état de cause dans le domaine public et pouvaient donc être consultés en cas de besoin, la Cour avait décidé qu'il était dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le CD-ROM fût retiré. Par une lettre datée du 16 mars 2006, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a retiré le CD-

ROM qui avait été présenté le 7 mars 2006.

La juridiction internationale doit même soulever *proprio motu* tout motif se rattachant à son intégrité judiciaire, aux conditions de la compétence générale *ratione personae et ratione materiae* et à la recevabilité matérielle, comme l'intérêt et la qualité pour agir.

C'est ainsi que dans l'Affaire de l'Administration du prince von Pless, la Cour permanente dit :

Considérant que la demande ainsi formulée soulève une question quant à la compétence de la Cour, question qui est liée à celle de savoir si, se basant sur l'article 72, alinéa 3, de la Convention de Genève, un Etat peut, en sa qualité de Membre du Conseil, demander qu'une indemnité soit allouée au profit d'un minoritaire ressortissant de l'Etat défendeur ; que, dès lors, et comme cette dernière question – que la Cour croit devoir soulever d'office – relève du fond, la Cour ne saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond ; [Administration du prince von Pless, [exception préliminaire,] ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B, n. 52, p. 15 ; voir en outre l'Affaire du Sud-Ouest Africain de 1966, C.I.J. Recueil 1966, p. 18-19]

Si le vice de forme allégué – comme en la présente espèce – affecte un acte intervenu en cours d'instance, il faut que la Partie qui entend faire annuler l'acte oppose l'exception de nullité ou en demande le rejet avant la poursuite de la discussion au fond, étant entendu que tous les moyens de nullité contre les actes de procédure doivent être invoqués *ab initio* et simultanément.

Il convient de souligner que le régime de l'exception de procédure est plus strict que celui de la défense au fond en ce que la première donne à penser qu'un tel moyen de défense est essentiellement mû par le souci de retarder le déroulement de la procédure, voire de paralyser provisoirement l'instance.

Ces exceptions de procédure, quoique rares, sont d'une importance capitale et les juridictions internationales se doivent de les soulever *proprio motu* dans la mesure où elles affectent les fondements mêmes de la procédure : la bonne administration de la justice ; le Tribunal est maître de la procédure et gardien de l'intégrité judiciaire ; les intérêts des Etats parties à la Convention et donc au Statut du TIDM doivent être sauve-

gardés ; il en va de même du « due process of law » et des principes de l'*Habeas Corpus*, en particulier celui de l'égalité des armes entre les Parties au procès etc...

Le Panama fait valoir en outre une autre forme d'incident de procédure – ce qu'il qualifie de nouvelles exceptions et que l'Italie nomme de nouveaux arguments. Cet incident relèverait plutôt des incidents provenant de la modification des prétentions des Parties ou des Parties au procès : demandes additionnelles ; demandes incidentes ou interventions.

Rappelons par ailleurs que constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel que :

- le défaut de qualité ;
- le défaut d'intérêt ;
- la prescription ;
- le délai préfix et ;
- la chose jugée.

Au total l'on peut retenir que la demande du Panama recèle une exception de procédure et que le tribunal est compétent pour :

- Statuer sur les exceptions de procédure ;
- Statuer sur les incidents mettant fin à l'instance ;
- Considérer que la procédure est irrégulière ;
- Ordonner toute mesure provisoire, y compris toute mesure d'instruction ;
- Rejeter les nouvelles exceptions italiennes de la réplique et enfin ;¹²
- Consentir un nouveau délai au Panama pour lui permettre de répondre par écrit après la procédure orale. Et ce, parce que le fondement commun des dispositions de procédure dans tous les systèmes juridiques est l'égalité effective entre les parties : c'est une conséquence du caractère judiciaire du Tribunal.

C'est le souci d'assurer une égalité complète entre les deux Parties qui fonde les décisions prises quant à :

- L'ordre de production des pièces de la procédure ;

- La charge de la preuve ;
- L'audition des parties et leur droit de réponse en application du principe « auditur et altera pars » [Affaire Nottebohm] ;
- L'allocation du temps de préparation des dossiers [mémoire/contre-mémoire, etc] ;
- Le temps de parole.

Je pense que permettre au Panama de répondre par écrit après la procédure orale aurait permis au Tribunal de disposer d'une plus grande liberté et de plus de certitude dans l'appréciation de la valeur probante des éléments qui lui sont présentés par l'Italie et le Panama et dans l'établissement de la vérité légale. L'on pourrait ainsi statuer en meilleure connaissance de cause ! Le Tribunal a décidé d'allouer à chaque Partie 30 minutes de temps de parole supplémentaire durant les audiences pour s'exprimer sur ce sujet, comme rappelé au paragraphe 30 de l'arrêt.

III. EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE

1) Existe-t-il un différend entre l'Italie et le Panama et ce différend est-il relatif à l'interprétation et l'application de la Convention?

Italie

« Il n'y a pas de différend entre le Panama et l'Italie concernant les faits allégués dans la requête » (exceptions préliminaires, par. 4 a) et 17 a); voir réponse, par. 176 a) et 8 ; voir aussi PV1, p. 5, l. 26-29 et p. 10, l. 30-31).

Panama

- « ...il existe un différend entre le Panama et l'Italie » (observations, par. 5; pour les références jurisprudentielles, voir observations, par. 9 ; voir PV3, p. 3, l. 23-50 ; PV6, p. 1, l. 18 à p. 2, l. 2).

Echange de communications / Pouvoirs de représentation

Italie

« L’assertion unilatérale de ses propres prétentions ne suffit pas, en soi, à remplir la condition fondamentale de l’existence d’un différend entre les parties. En réalité, le Gouvernement panaméen n’a jamais soulevé ses plaintes ou récriminations concernant les faits allégués dans sa requête auprès du Gouvernement italien par les voies de droit appropriées, de sorte que ce dernier puisse s’y opposer ou les contester » (exceptions préliminaires, par. 18 ; PV1 p. 10, l. 43 à p. 11, l. 20).

« ...les communications reçues de la part de M. Carreyó et du Gouvernement panaméen étaient sans conséquence au regard du critère de l’existence d’un différend international entre l’Italie et le Panama. Premièrement, les communications de M. Carreyó ne pouvaient être présumées provenir d’un représentant étatique autorisé à mettre en cause la responsabilité de l’Italie

... Deuxièmement ... elles consistaient soit à avertir qu’une procédure de prompt mainlevée serait engagée – ce qui n’a jamais été fait, soit à demander réparation sans toutefois indiquer les fondements juridiques d’une telle demande en droit international et encore moins les droits dont le Panama se prévaut dans la requête » (réponse, par. 26, voir par. 10).

« [L]’inexistence d’une situation susceptible de produire un désaccord entre les Parties est principalement due à l’absence du caractère représentatif de Monsieur Carreyó. ...Monsieur Carreyó est apparu aux yeux des fonctionnaires italiens, dans sa première lettre du 15 août 2001, comme un sujet privé sans aucun pouvoir de représentation pour négocier au nom du Gouvernement du Panama » (PV1, p. 12, l. 26-33).

« [O]n ne peut pas confondre le pouvoir d’ester en justice avec celui de représenter un Etat dans les relations diplomatiques » (PV1, p. 13, l. 18-20). « En particulier, le pouvoir donné à une personne d’agir au nom d’un Etat dans une procédure de prompt mainlevée est un type de pouvoir unique concernant la situation visée à l’article 292, et ne s’étend pas

au pouvoir d'agir au nom de l'Etat au-delà de cette procédure » (PV5, p. 4, l. 9-12).

« [C]e n'est pas aux communications diplomatiques du Panama que l'Italie n'a pas répondu, c'est tout simplement à M. Carreyó puisque ce dernier n'était pas investi du pouvoir de négocier avec l'Italie au sujet des faits de l'espèce » (réponse, par. 9).

« Les communications reçues par le Gouvernement italien ne provenaient pas d'autorités gouvernementales panaméennes » (réponse, par. 10).

« Contrairement à ce qu'allègue le Panama, ... l'Italie n'a pas passé sous silence certaines communications émanant de M. Carreyó ou du Panama, mais mis en avant leur manque d'adéquation et de pertinence – d'un point de vue diplomatique, et donc juridique » (réponse, par. 11).

Sur la lettre du Ministère des affaires étrangères panaméen du 2 décembre 2000 au Greffier du Tribunal : « Ce document se borne plutôt à conférer [à Monsieur Carreyó] un pouvoir d'ester en justice au nom du Panama, clairement dans les limites exclusives d'une procédure de prompt mainlevée au titre de l'article 292 de la Convention » (PV1, p. 14, l. 38-40).

Sur la lettre du 31 août 2004 : voir PV1, p. 13, l. 35-40.

Sur la note verbale AJ n° 2227 : « Aux troisième et quatrième alinéas, cette lettre indique qu'elle transmet au Gouvernement italien une lettre de Monsieur Carreyó du 3 août 2004, toujours certifiée et apostillée. C'est une modalité curieuse car l'on pourrait se demander qui représente qui dans cette affaire : le privé le public, ou le public le privé ? » (PV1, p. 16, l. 25-29).

Sur des communications particulières : voir exceptions préliminaires, par. 10, 13, 14; voir réponse, par. 12 à 26 ; voir aussi PV1, p. 13, l. 40 à p. 14, l. 40 ; p. 16, l. 15 à p. 18, l. 46.

Panama

- « ...le Panama n'aurait pas introduit d'instance devant le Tribunal s'il n'était d'avis qu'un différend existe à bon droit » (observations, par. 6). « ...l'immobilisation du Norstar, puis sa mainlevée, et le fait que l'Italie n'ait pas versé d'indemnité est constitutif d'un différend, et ... le refus de l'Italie de répondre aux communications officielles qu'elle a reçues du Panama à ce sujet a prolongé l'existence du litige » (observations, par. 76).

Sur les communications :

« En refusant de répondre aux communications du Panama, l'Italie a, de fait, pris implicitement une position très différente de celle du Panama puisqu'elle a rejeté les demandes officielles de celui-ci, ce qui confirme l'existence d'un grave désaccord » (observations, par. 9).

« Je [l'agent du Panama] ne suis pas tenu de communiquer en utilisant la langue diplomatique ou au moyen de notes verbales. Me doutant peut-être que l'Italie allait exciper de la chose, je me suis rendu au Ministère panaméen des affaires étrangères pour demander que les communications que j'avais envoyées à l'Italie lui soient transmises par la voie diplomatique » (PV4, p. 13, l. 41-46).

« L'Italie n'a répondu à aucune des communications écrites du Panama ... Le fait que le Panama ait adressé une réclamation à l'Italie, que celle-ci n'a pas reconnue et à laquelle elle a encore moins essayé de répondre, montre clairement l'existence d'un différend. Le Tribunal devrait reconnaître les bonnes intentions du Panama et considérer que le silence de l'Italie prouve sans ambiguïté son rejet de la demande du Panama » (observations, par. 7, voir aussi par. 8).

« ... le Règlement du Tribunal n'interdit pas à une partie de se faire représenter par "un avocat privé" » (PV6, p. 2, l. 30-31).

« ... pour qu'une correspondance soit valable, il n'est pas nécessaire

qu'elle inclue un mandat donné par écrit. L'indication de la personne ou de l'Etat représenté suffit. En outre, l'autorisation voulue peut être accordée rétroactivement par l'Etat représenté » (PV6, p. 2, l. 36-39).

« ...par sa note verbale 2227 du 31 août 2004, le Panama a explicitement confirmé à l'Italie que son Ministère des affaires étrangères avait certifié que l'avocat Nelson Carreyó avait été mandaté pour agir en tant que représentant de la République du Panama devant le Tribunal international du droit de la mer » (PV6, p. 2, l. 41-44).

Sur la lettre du Ministère des affaires étrangères panaméen du 2 décembre 2000 au Greffier du Tribunal :

« [L]e document se limite à autoriser [Monsieur Carreyó] à introduire une instance au nom du Panama. ...Mais l'Italie ajoute que c'était pour les besoins de la procédure de prompt mainlevée. ... lorsqu'un avocat obtient un mandat pour demander la mainlevée d'un navire, n'est-il pas également autorisé à communiquer avec une autre Partie dans les conditions qu'il souhaite ? » (PV4, p. 14, l. 26-33 ; voir aussi PV6, p. 2, l. 18-22)

Sur des communications particulières : voir observations, par. 19 à 33 ; PV3, p. 18, l. 12 à p. 19, l. 9 ; p. 19, l. 35 à p. 22, l. 14.

Sur les déclarations au titre de l'article 287 de la Convention : voir observations, par. 49; voir requête, par. 2.

Le différend est-il relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention (voir article 288, paragraphe 1, de la Convention) ? / Pertinence des droits invoqués par le demandeur.

Italie

- « ... il n'existe pas de différend entre le Panama et l'Italie concernant l'interprétation ou l'application de la Convention. ... les dispositions invoquées par le Panama dans sa requête sont manifestement

dépourvues de pertinence en l'espèce et ..., par conséquent, le Panama n'a pas établi *prima facie* le bien-fondé de sa thèse » (réponse, par. 28).

Sur les correspondances, voir PV1, p. 20, l. 19-20 et p. 21, l. 20-22.

Sur l'article 288 de la Convention (voir exceptions préliminaires, par. 18, et réponse, par. 29).

« ... les dispositions de la Convention invoquées par le Panama sont de toute évidence inapplicables aux faits de l'espèce et qu'elles ne sauraient fournir une base juridique solide sur laquelle fonder ses prétentions » (réponse, par. 32; voir exceptions préliminaires, par. 19).

« ... les dispositions que le Panama invoque au regard de la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* sont complètement hors de propos s'agissant de la saisie du *Norstar*, celle-ci ayant été opérée par les autorités espagnoles en baie de Palma de Majorque, c'est-à-dire dans des eaux intérieures espagnoles » (réponse, par. 32).

« [T]outes les dispositions évoquées par le Panama dans sa requête concernent manifestement des espaces maritimes différents des eaux territoriales. En conséquence, les articles 33, 87 et 111 de la Convention ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce » (PV5, p. 7, l. 7-10).

« Il ne suffit pas ... que le demandeur se réfère à un certain nombre de dispositions de la Convention au moment de l'introduction de sa requête pour obtenir la compétence *ratione materiae* du Tribunal » (PV1, p. 20, l. 32-34).

Sur l'article 33 de la Convention : voir réponse, par. 33 ; PV1, p. 38, l. 35 à p. 39, l. 1 ;

Sur l'article 73 de la Convention : voir réponse, par. 34 à 36 ; PV1, p. 39, l. 3- 28 ;

Sur l'article 87 de la Convention : voir réponse, par. 37 à 39 ; PV1, p. 21, l. 29- 44 ; p. 39, l. 30 à p. 40, l. 8 ;

Sur l'article 111 de la Convention : voir réponse, par. 41 ; PV1, p. 40, l. 10-21 ; PV5, p. 7, l. 12-20 ;

Sur l'article 226 de la Convention : voir réponse, par. 42 à 44 ; PV1, p. 40, l. 23-46 ;

Sur l'article 300 de la Convention : voir réponse, par. 45 à 48 ; PV1, p. 41, l. 2- 13.

Panama

- « ... le présent différend a trait à la Convention et à la manière dont ses dispositions sont interprétées et appliquées » (observations, par. 5, voir par. 79).

« La République du Panama invoque la violation par le défendeur des articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 226 et 300, ainsi que d'autres, de la Convention. Le droit de navigation pacifique du Panama, partant celui du *Norstar*, a été violé par les agents de la République italienne, qui ont entravé les déplacements et activités d'un navire étranger en haute mer au mépris des règles essentielles de la Convention ... » (requête, par. 9 ; voir observations, par. 49 et 71).

« [L]e Panama saisit cette occasion pour concéder que l'article 73 (réponse, paragraphes 34, 35 et 36) et l'article 226 (paragraphes 42, 43 et 44) ne s'appliquent pas à l'espèce, ces dispositions relevant de la partie XII, consacrée à la protection et à la préservation du milieu marin » (PV3, p. 25, l. 46-49 ; voir aussi PV3, p. 10, l. 16-17).

« Dans la requête qu'il a présentée au Tribunal, le Panama a circonscrit l'objet du différend en ces termes : "un différend [qui] porte, entre autres, sur la violation par l'Italie des dispositions de la Convention relatives à la liberté et au droit de navigation et/ou aux utilisations de la mer aux autres fins internationalement licites visées à l'article 58 de la Convention (...) [et sur la] réparation (...) pour le préjudice causé (...) par la saisie illégale du *Norstar*" » (observations, par. 49; voir requête,

par. 3 ; PV3, p. 26, l. 5-8).

Sur l'article 87 de la Convention : PV3, p. 26, l. 33-35 ; PV3, p. 26, l. 47-49 ; 17

Sur l'article 111 de la Convention : PV3, p. 27, l. 10-24 ;

Sur l'article 297 de la Convention : voir observations, par. 51 ; PV3, p. 10, l. 17-20 ;

Sur l'article 300 de la Convention : PV3, p. 27, l. 26-30.

Pour l'Italie il y a un défaut de pouvoirs de représentation, lequel a engendré :

- a) L'inexistence de différend
- b) Le non-respect de l'obligation de procéder à un échange de vues.
Pour elle,
- c) Seuls des organes de l'Etat ou des personnes expressément habilitées peuvent agir pour un Etat et une distinction doit être établie entre
- d) Une fin spécifique et toutes fins.

L'on note le début des communications avec l'Italie dès le 15 août 2001. Le différend est né du fait que l'Italie n'a pas reconnu la demande du Panama. Il apparaît que le refus de collaborer est la preuve formelle de l'existence d'un différend.

Le régime juridique du différend :

En l'absence de définition du différend dans les statuts des juridictions internationales, il faut recourir à la jurisprudence de ces dernières pour en établir le régime juridique puisque la fonction juridictionnelle contentieuse des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit.

C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

1) Selon la CPJI, « [u]n différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques

ou d'intérêts entre deux personnes » [*Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 11 ; définition reprise dans les *Affaires du thon à nageoire bleue* par le Tribunal].

2) La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour [*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 74].

3) Il convient, dit la Cour, de « 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 ; *Activités armées sur le territoire du Congo, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 40, paragraphe 90].

4) La Cour « pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond et non de forme » dit-elle [*Affaire Géorgie/ Fédération de Russie, exceptions préliminaires, arrêt du 1er avril 2011*, paragraphe 30].

5) En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour [*Incident aérien de Lockerbie, C.I.J. Recueil 1998*, paragraphe 42-44].

6) Un « désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés expressis verbis. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme dans d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie » [*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigeria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, paragraphe 89].

7) La CIJ indique en outre que : « 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 » [*Affaire Géorgie/Fédération de Russie*, op. cit. paragraphe 30].

8) Selon la CIJ :

Lorsque la Cour est saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe

2 de l'article 36 de son Statut, la tenue de négociations préalables n'est pas requise, à moins que l'une des déclarations pertinentes n'en dispose autrement (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 322, par. 109*). Par ailleurs, «si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation ... n'est pas une condition nécessaire» à l'existence d'un différend (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 72*). De la même manière, la notification de l'intention d'introduire une instance n'est pas requise aux fins de pouvoir saisir la Cour (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 297, par. 39*).¹⁹

9) En outre :

L'existence d'un différend doit être établie objectivement par la Cour sur la base d'un examen des faits (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 50*). A cette fin, celle-ci tient notamment compte de l'ensemble des déclarations ou documents échangés entre les parties (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 443-445, par. 50-55*), ainsi que des échanges qui ont - 18 - eu lieu dans des enceintes multilatérales (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 94, par. 51, p. 95, par. 53*). Ce faisant, elle accorde une attention particulière «aux auteurs des déclarations ou documents, aux personnes auxquelles ils étaient destinés ou qui en ont effectivement eu connaissance et à leur contenu» (*ibid.*, p. 100, par. 63).

10)

Le comportement des parties peut aussi entrer en ligne de compte, notamment en l'absence d'échanges diplomatiques (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 71 et 73*). Ainsi que l'a écrit la Cour,

«un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une, des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés expressis verbis... [I] est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.*)

En particulier, la Cour a jugé que «l'existence d'un différend p[ouvait] être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait» (Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30, citant *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89).

11)

Les éléments de preuve doivent montrer que les «points de vue des ... parties [sont] nettement opposés» en ce qui concerne la question portée devant la Cour (voir le paragraphe 37 ci-dessus). Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'«opposition manifeste» du demandeur (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 73 ; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 99, par. 61, p. 109-110, par. 87, p. 117, par. 104).

12)

En principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 52 ; Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30). Lorsqu'il est dit, au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour, que la mission de celle-ci est de «régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis», ce sont en effet bien des différends existant à la date de leur soumission qui sont visés.

13)

Le comportement des parties postérieur à la requête (ou la requête proprement dite) peut être pertinent à divers égards et, en particulier, aux fins de confirmer l'existence d'un différend (*Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22 et p. 104, par. 32), d'en clarifier l'objet (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pa-*

cifique (Bolivie c. Chili), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II), p. 602, par. 26), ou de déterminer s'il a disparu au moment où la Cour statue (Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 270-271, par. 55 ; Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58).

14)

Cependant, ni la requête ni le comportement ultérieur des parties ou les déclarations faites par elles en cours d'instance ne sauraient permettre à la Cour de conclure qu'il a été satisfait à la condition de l'existence d'un différend dans cette même instance (Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 444-445, par. 53-55). Si la Cour était compétente à l'égard de différends résultant d'échanges qui ont eu lieu au cours de la procédure devant elle, le défendeur se trouverait privé de la possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement. De surcroît, la règle selon laquelle le différend doit en principe déjà exister à la date du dépôt de la requête serait vidée de sa substance.

A la lumière de ces différentes décisions, il ne fait aucun doute qu'un différend existe entre le Panama et l'Italie en la présente affaire.

- Le contenu des lettres des 3 et 6 août 2004 sur la saisie illégale n'a pas eu de réponse ; et

- La lettre du 2 décembre 2000 autorisant M. Carreyó à agir au nom du Panama et du navire « Norstar » visait tous les actes relatifs à la saisie du navire et en particulier la négociation de demandes de réparation. Cette lettre va plus loin que la conduite d'une procédure de prompt mainlevée.

La note verbale N° 2227 du 31 août 2004, confirmée par le Ministère des affaires étrangères du Panama, indique que M. Nelson Carreyó avait été mandaté pour agir en tant que représentant du Panama devant le Tribunal international du droit de la mer.

La note verbale N° 97 du 7 janvier 2005 confirme le mandat de M. Carreyó comme le « Représentant légal de la République du Panama et des intérêts des propriétaires du navire "Norstar" ».

Les communications du Panama relatives à l'affaire n'ont pas eu de réponse de l'Italie, et celle-ci n'a sorti l'argument du défaut de pouvoirs de représentation que dans sa réponse du 8 juillet 2016.

Cette absence de réaction dans des circonstances où une telle réaction s'imposait est constitutive d'un différend. Et cette attitude de la Partie italienne affecte aussi les conditions prévues à l'article 283, paragraphe 1, de la Convention, qui requiert que les Parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques. Il faut rappeler que les échanges de vues doivent uniquement porter sur les moyens de régler le différend et la réaction du défendeur est due parce qu'il faut être deux pour échanger car on ne négocie guère avec son ombre.

Au total, l'on peut conclure à l'existence incontestable d'un différend en la présente espèce.

2) Le Tribunal a-t-il compétence *ratione personae* ?

Italie

- « L'Italie n'est pas le bon défendeur en l'espèce et, en tout état de cause, accueillir la demande du Panama impliquerait inévitablement de se prononcer sur les droits et obligations d'un Etat tiers en son absence et sans son consentement » (exceptions préliminaires, par. 4 b) et 17 b), voir par. 22; voir réponse, par. 176 b)).

Panama

- « ... c'est l'Italie, et l'Italie seule, qui est le défendeur approprié

en l'espèce » (observations, par. 5).

Sur la pertinence de l'ordonnance de saisie du navire aux fins d'établir l'existence d'un fait internationalement illicite

Italie

- « Déterminer si l'Italie est le défendeur approprié en la cause suppose dans un premier temps d'établir si l'ordonnance de saisie du Norstar est de nature à engager la responsabilité internationale de l'Italie » (réponse, par. 61).

« [L]'ordonnance de saisie prise par les autorités judiciaires italiennes, de même que la demande d'exécution adressée aux autorités espagnoles, ne constitue pas en soi une infraction à la Convention » (réponse, par. 64).

« ...l'ordonnance de saisie italienne pourrait uniquement être qualifiée de comportement "préparatoire" à un fait internationalement illicite ... » (réponse, par. 67 ; voir PV1, p. 28, l. 8-13).

« ...le comportement dont le Panama se plaint n'est en réalité pas l'ordonnance mais la saisie et l'immobilisation mêmes du Norstar, ce qui ne peut, en fait comme en droit, être attribué à l'Italie » (réponse, par. 68 ; voir PV1, p. 26, l. 42-45 et p. 28, l. 15-37 ; voir aussi PV5, p. 7, l. 35-42).

« [L]'agent du Panama prétendait reformuler sa demande sous la forme suivante : "le Panama soutient pour sa part que le comportement incriminé est le prononcé de l'ordonnance de saisie" » (PV5, p. 5, l. 48).

« L'ordonnance de saisie n'ayant pas été exécutée par les autorités italiennes, ni sur le territoire italien, la requête du Panama s'adresse, en droit comme en fait et indépendamment de son bien-fondé, au mauvais défendeur » (réponse, par. 70).²³

Panama

- « [L]e Panama soutient pour sa part que le comportement incriminé est le prononcé de l'ordonnance de saisie, la rétention physique du navire étant la conséquence naturelle de cette ordonnance qui constitue un acte illicite de l'Italie : séquestration, immobilisation, rétention, saisie. L'ordonnance de saisie constitue un fait internationalement illicite, car elle a été prononcée en contravention avec plusieurs dispositions de la CNUDM. Si l'Italie avait respecté ces dispositions, elle n'aurait pas ordonné la saisie du "Norstar" et sa responsabilité ne serait pas engagée » (PV3, p. 29, l. 9-16).

Un fait internationalement illicite est-il, en l'espèce, attribuable à l'Italie ?

Italie

- « [L]a saisie et l'immobilisation du "Norstar" ne peuvent en aucun cas être attribuées à l'Italie » (PV1, p. 32, l. 31-32, voir aussi p. 28, l. 34-37).

- « [B]ien que la saisie du Norstar ait été ordonnée par un procureur italien, ce ne sont pas les autorités italiennes qui ont saisi et immobilisé le navire mais les autorités espagnoles. Le demandeur l'a d'ailleurs reconnu dans sa lettre du 17 avril 2010 au Ministère italien des affaires étrangères, dans laquelle il a indiqué que le navire se trouvait encore à Palma de Majorque » (exceptions préliminaires, par. 21). « Cette assertion [du Panama] méconnaît, d'une part, les règles internationales de base du droit de la responsabilité de l'Etat concernant l'attribution d'un fait internationalement illicite et, d'autre part, le "principe de la responsabilité indépendante" » (réponse, par. 74).

Sur l'attribution du comportement :

« [L]e comportement des autorités espagnoles ne pourrait être attribué à l'Italie que si celles-ci étaient considérées avoir agi en tant qu' "organe mis à la disposition" de l'Italie au sens de l'article 6 susvisé. Les faits allégués dans la requête montrent qu'il n'en est rien » (réponse,

par. 76 ; voir PV1, p. 30, l. 17-19).

« [L]a Convention de Strasbourg de 1959 donnait aux autorités espagnoles une ample latitude leur permettant de rejeter la commission rogatoire italienne » (PV5, p. 5, l. 28-30).

Sur la Convention de Strasbourg de 1959, PV1, p. 31, l. 19 à p. 32, l. 22.

Sur le « principe de la responsabilité indépendante » :

« Le principe en question est parfaitement adapté aux circonstances de l'espèce, où la saisie du navire a été opérée par un Etat autre que l'Etat défendeur, mais à la demande de celui-ci ... » (réponse, par. 81 ; voir PV1, p. 28, l. 39 à p. 29, l. 14).

Panama

- « Le Panama n'a pas introduit d'instance contre l'Espagne et n'estime pas que ce pays ait une quelconque responsabilité en l'espèce. C'est sur ordre de l'Italie, et non de l'Espagne, que le Norstar a été immobilisé. Par conséquent, la présente affaire n'a pas trait aux actions d'un Etat tiers, mais seulement à celles de l'Italie » (observations, par. 12, voir aussi par. 76 ; voir aussi PV3, p. 31, l. 13-16).

« L'Italie reconnaît que l'ordonnance de saisie du navire Norstar a été rendue par un procureur italien ... » (observations, par. 10).

« L'Italie est responsable d'avoir prononcé cette ordonnance et, conformément à l'article 1 des ASR, tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité » (PV3, p. 30, l. 6-8).

« ... en acceptant la demande italienne d'exécution de son ordonnance de saisie, il est évident que les autorités espagnoles ont été effectivement mises à la disposition de l'Italie » (PV3, p. 30, l. 39-41).

« Sans l'ordonnance de l'Italie, l'Espagne n'aurait jamais procédé à la saisie. L'Italie s'est dès lors simplement servie de l'Espagne comme

d'un organe d'exécution » (PV6, p. 5, l. 10-12; voir aussi PV6, p. 5, l. 14 à p. 6, l. 5; PV 6, p. 6, l. 17-21; PV6, p. 7, l. 16-21).

Le principe de la « partie indispensable » s'applique-t-il et fait-il obstacle à la compétence du Tribunal en la présente instance ?

Italie

- « Etant donné que l'Espagne n'est pas partie à la présente instance, l'Italie soutient respectueusement que le Tribunal devrait se déclarer incompétent et débouter le Panama » (exceptions préliminaires, par. 24).

Sur le principe de la « partie tierce indispensable » :

« [C]'est la saisie et l'immobilisation du navire par l'Espagne qui constituent l'objet même de la décision dont le Panama sollicite le prononcé en l'espèce » (PV1, p. 34, l. 29-30 ; voir aussi PV1, p. 34, l. 39 à p. 35, l. 5).

« Le principe en question empêche l'exercice de la compétence car l'appréciation de la légalité de l'ordonnance de saisie prononcée par l'Italie ne peut se faire indépendamment de l'appréciation de la légalité de la saisie et de l'immobilisation du navire par l'Espagne, mais l'inverse est tout aussi vrai. En effet, l'exercice de la compétence du Tribunal serait aussi empêché de manière corollaire, étant donné que l'appréciation de la légalité de l'ordonnance de saisie de l'Italie impliquerait a fortiori une appréciation de la légalité de son exécution par l'Espagne » (PV1, p. 35, l. 7-13 ; voir aussi exceptions préliminaires, par. 22).

En référence à l'affaire de l'Or monétaire, la requête du Panama devrait être rejetée par le jeu du « principe de la partie indispensable » (réponse, par. 87 ; voir exceptions préliminaires, par. 23).

Renvoyant à l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru, « [l]es faits de la présente espèce concordent parfaitement avec cette interprétation restrictive étant donné que l'ordonnance de saisie et la mise à exécution entretiennent de toute évidence un rapport non pas purement chronologique, mais également logique » (réponse, par. 89).

Renvoyant à l'affaire du Timor oriental, « [s]i le Tribunal de céans devait se déclarer compétent pour statuer sur le comportement de l'Italie dont le Panama tire grief, il serait inévitablement amené à apprécier si l'Espagne avait le droit de procéder à la saisie et à l'immobilisation du Norstar » (réponse, par. 91).

Panama

- « [S]euls les intérêts juridiques de l'Italie, et non ceux de l'Espagne, pourraient être affectés, et l'objet même d'une décision au fond ne concernerait que l'Italie en sa qualité de défendeur » (observations, par. 15).

« [L]'Italie assume la responsabilité de ses actions étant donné que l'Italie a fondé sa demande d'entraide judiciaire sur une infraction alléguée qui n'a jamais été réellement commise. La requête ne porte, dès lors, pas sur les droits et obligations de l'Espagne, mais seulement sur les obligations de l'Italie » (PV6, p. 7, l. 28-32).

« L'Espagne n'a pas été mentionnée, citée à comparaître ou évoquée dans la présente affaire, que ce soit en tant que défendeur ou tierce partie, et elle n'a pas non plus montré le moindre intérêt à y participer en recourant à l'une quelconque des méthodes prévues par la Convention » (observations, par. 15).

Sur le principe de la « partie tierce indispensable » :

« [I]l est possible d'établir la responsabilité de l'Italie sans impliquer l'Espagne » (PV3, p. 4, l. 25-26).

En référence à l'Affaire de l'or monétaire, « la présente affaire est fondamentalement différente et ... par conséquent, l'argument de l'Italie fondé sur la doctrine dite de la "tierce partie indispensable" est fallacieux » (observations, par. 12 ; voir aussi par. 10, 11).

« Les intérêts de l'Espagne ne sont pas en jeu en l'espèce, ce qui

explique pourquoi elle n'a pas été citée à comparaître en qualité de défendeur dans la présente procédure. Par conséquent, l'Affaire de l'or monétaire, citée par l'Italie à l'appui de son argumentation, est de nature différente et elle est également fondée sur un raisonnement différent » (observations, par. 13).

« Les intérêts de l'Espagne ne seraient pas affectés par le jugement; ils ne constituent même pas "l'objet même" de la décision » (PV3, p. 4, l. 49-50).

« ... l'Espagne a la possibilité d'intervenir si elle le désire » (observations, par. 12).

« Le fait qu'en l'espèce, comme le soutient le Panama, la responsabilité de l'Italie puisse être établie indépendamment de la participation de l'Espagne à la procédure trouve confirmation dans une affaire semblable », renvoyant à l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru (observations, par. 14).

L'Italie prétend que c'est l'Espagne qui a procédé à la saisie du « Norstar » et qu'elle n'est par conséquent pas le défendeur approprié en l'espèce. Les clauses attributives de prérogatives de la Convention de Strasbourg de 1959 sont claires. Elles mettent en scène un Etat requérant et un Etat requis, lequel agit au nom et pour le compte du premier en conformité avec la Convention.

A dire vrai, l'Espagne n'avait elle-même aucun intérêt à la saisie du « Norstar ». Son action est simplement consécutive à la « Commission rogatoire internationale adressée par le Tribunal de Savone aux autorités espagnoles, le 11 août 1998 », et l'ordonnance de l'Italie constituait une demande d'entraide judiciaire internationale adressée à l'Espagne. C'est donc l'Italie qui est à l'initiative de la commission rogatoire et c'est par conséquent elle qui est responsable des actes des autorités espagnoles commis en son nom puisque celles-ci n'étaient guère tenues, en tant qu'Etat requis, de mener une enquête sur le bien-fondé ou non de la saisie du navire dans le cadre de la demande d'entraide. L'Espagne n'était

comptable que des modalités de la saisie, c'est-à-dire de la protection de l'intégrité du navire et de l'équipage lors de la saisie. Cette définition de la responsabilité mutuelle est inhérente au système de l'entraide judiciaire.

Cette distinction entre la responsabilité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis dans le domaine de l'entraide judiciaire a également pour effet que si une accusation pénale n'est pas fondée, c'est l'Etat requérant qui est redevable d'une indemnisation et non l'Etat requis ; toute autre conclusion aurait pour conséquence que les Etats refuseraient de donner suite à une demande d'entraide judiciaire.

Il reste que l'Espagne s'est contentée de fournir une assistance judiciaire conformément à la Convention de Strasbourg de 1959 et que c'est par conséquent à l'Italie d'assumer les conséquences qui s'attachent à son ordonnance, comme le révèle d'ailleurs la communication entre les deux Etats. Celle-ci montre en effet que non seulement l'Italie assumait la pleine responsabilité de la saisie, mais également que les deux Etats avaient évalué la responsabilité de l'Italie en la matière.

Qui plus est, en annexe à sa lettre du 18 mars 2003, l'Italie a communiqué à l'Espagne le jugement du tribunal de Savone en lui demandant de mettre à exécution l'ordonnance de mainlevée. C'est dire que l'Italie a donc estimé que sa demande était nécessaire pour lever l'immobilisation du navire. De même, l'Espagne estimait que le navire relevait toujours de la responsabilité de l'Italie lorsqu'elle lui a demandé l'autorisation de démolir le navire dans sa lettre du 6 septembre 2006.

L'argument de droit à rappeler ici est que la décision du Tribunal n'affecte guère les intérêts de l'Espagne, Etat requis qui n'est pas le défendeur approprié. C'est dire que la requête du Panama n'impliquerait guère la détermination des droits et obligations de l'Espagne sans qu'elle soit partie à la présente procédure et sans son consentement. C'est l'Italie qui assume la responsabilité de ses actions car elle a fondé sa demande d'entraide judiciaire sur une infraction alléguée qui n'a pas été commise.

En conséquence la requête porte sur les obligations de l'Italie, qui est bien le défendeur approprié, et le Tribunal a compétence en l'espèce.

3) Un échange de vues s'est-il réalisé concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques? (Voir les articles 286 et 283 de la Convention)

Italie

- « Le Panama n'a pas dûment cherché à régler le différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques, comme le prévoit l'article 283, paragraphe 1, de la Convention » (exceptions préliminaires, par. 4 c) et 17 c) ; voir réponse, par. 176 a) ; PV1, p. 26, l. 8-12).

« ...le Panama n'a jamais véritablement cherché à procéder avec l'Italie à un "échange de vues" au sens des dispositions juridiques applicables en vue de régler le prétendu différend par la négociation, voire par d'autres modes de règlement des différends, comme le prévoit l'article 283, paragraphe 1, de la Convention » (exceptions préliminaires, par. 25 ; voir par. 19 ; voir réponse, par. 50).

Sur les communications :

« ... on ne saurait qualifier les contacts entre le Panama et l'Italie ... d'"échange de vues" au sens de l'article 283 de la Convention, ni de véritable tentative d'y procéder. Pour qu'une communication puisse entrer en ligne de compte aux fins d'un "échange de vues", il lui faut émaner de représentants de l'Etat. ... tel n'est pas le cas en l'espèce » (réponse, par. 51 ; voir aussi par. 52 ; voir exceptions préliminaires, par. 19 et 26).

« De même que [Monsieur Carreyó] n'était pas apte à agir pour le compte de l'Etat panaméen afin de produire un désaccord entre les deux Etats, il ne pouvait non plus procéder de lui-même à un échange de vues interétatique avec l'Italie au nom du Panama » (PV1, p. 23, l. 43-46).

« ... le caractère incohérent et discontinu des communications de M. Carreyó fait qu'elles ne peuvent satisfaire à la condition en question » (réponse, par. 56 ; voir PV1, p. 25, l. 41 à p. 26, l. 1).

« ... la seule communication qui fasse référence à l'article 283 [est] la lettre que M. Carreyó a adressée à l'Italie sur son papier à en-tête les 3 et 6 août 2004, c'est-à-dire avant même que l'Italie ait été avisée que cet expéditeur était investi d'un quelconque mandat de représentation du gouvernement » (réponse, par. 57). « [L]'on ne trouve dans cette correspondance une véritable proposition de consultation qui présentait une indication suffisante du contour du prétendu différend ayant une liaison véritable avec la Convention » (PV1, p. 25, l. 5-7).

Sur des communications particulières : voir exceptions préliminaires, par. 10, 13, 14 et 16 ; voir réponse, par. 12 à 26 ; voir aussi PV1, p. 25, l. 17 à p. 26, l. 7.

Panama

- « [L]e Panama s'est, pour sa part, conformé à l'obligation de procéder à un échange de vues avec l'Italie sur cette question » (observations, par. 5). « Il a ... adressé une réclamation écrite à l'Italie, en en précisant la portée et l'objet au vu des faits de l'affaire. Ce faisant, il s'est conformé aux dispositions de l'article 283 ... » (observations, par. 16 ; PV3, p. 6, l. 5-7).

« ... l'Italie a omis des faits pertinents concernant le respect de l'article 283 par elle-même et par le Panama, de même que certains aspects importants de l'affaire elle-même » (observations, par. 5).

« [L]'Italie a manqué à son obligation de procéder à un échange de vues et elle a ainsi empêché le Panama de s'acquitter de l'obligation correspondante qui était sienne de procéder de manière adéquate » (PV6, p. 4, l. 37-39).

Sur les communications :

« Les communications du Panama avaient pour objet de régler la question par la détermination, d'un commun accord, du montant approprié des réparations dues à raison de la saisie illicite du Norstar » (observations, par. 18 ; PV3, p. 5, l. 40-42).

« Le Panama affirme qu'il a uniquement eu recours aux procédures judiciaires et que ses communications ne sauraient être considérées comme des actions diplomatiques, mais seulement comme la manifestation de sa volonté de se conformer au paragraphe 1 de l'article 283, et de son intention sincère et de bonne foi d'entamer des négociations avant toute action en justice » (PV4, p. 1, l. 42-46).

« L'objectif manifeste de toutes les communications du Panama était d'amener l'Italie à se prononcer sur la position du Panama et de s'enquérir de la possibilité d'entamer des négociations et de parvenir à un accord. Le Panama a fait sept tentatives pour connaître la position de l'Italie sur cette question, qui toutes ont échouées. Le silence de l'Italie fait qu'il est difficile de savoir comment elle comptait se conformer aux dispositions de l'article 283. En ignorant complètement toutes les communications qui lui ont été envoyées au fil des ans, l'Italie a effectivement empêché tout échange de vues productif » (observations, par. 33 ; PV3, p. 8, l. 30-37).

« ... en ne répondant à aucune des communications du Panama, l'Italie a été la partie qui a empêché que cet échange se tienne » (observations, par. 17 ; voir par. 33 et 77 ; PV3, p. 5, l. 17-18).

« Le silence de l'Italie a rendu impossible l'échange de vues prévu à l'article 283 et fait obstacle aux efforts déployés par le Panama pour parvenir à un règlement amiable du différend au lieu de les soutenir » (observations, par. 44 ; PV3, p. 9, l. 48 à p. 10, l. 3).

« ... le temps écoulé entre la première communication envoyée à l'Italie et le dépôt de la requête montre que le Panama ne s'est pas précipité pour introduire sa requête » (observations, par. 34 ; PV3, p. 8, l. 42-44).

Sur le pouvoir de représentation :

« Si un agent est investi de pouvoirs pour une procédure incidente telle qu'une demande de prompt mainlevée, il doit également être considéré comme habilité pour des échanges de vues » (PV3, p. 23, l. 17-19 ; voir aussi PV4, p. 14, l. 38-40 ; PV4, p. 15, l. 11-16).

Sur les garanties d'une procédure régulière :

« L'absence de ces informations prive le Panama de la possibilité de se défendre et enfreint les garanties d'une procédure régulière » (observations, par. 18).

« ... la République italienne a enfreint les garanties d'une procédure régulière » (observations, « Conclusions », p. 17).

Sur la communication des 3/6 août 2004 : voir observations, par. 25 à 27 ; PV6, p. 2, l. 4-12 ; PV6, p. 4, l. 7-10.

Sur l'application du principe venire contra factum proprium (voir observations, par. 44).

Sur des communications particulières (voir observations, par. 19 à 32 ; PV3, p. 6, l. 14 à p. 8, l. 37).

Sur la jurisprudence (voir observations, par. 35 à 39). »

Selon l'Italie, le Panama n'aurait pas satisfait à l'obligation de procéder à un échange de vues.

Les Parties sont tenues de procéder à un échange de vues concernant un règlement par la négociation, ou d'autres moyens pacifiques, dès le dépôt d'une requête relative à l'interprétation et l'application de la Convention.

L'argument de l'Italie recèle une contradiction logique, une contradiction in se, en ce qu'il suggère l'existence effective d'un différend, qui est par ailleurs contestée par ce pays. En ne répondant à aucune des communications du Panama, et en particulier à la lettre du 3 août 2004 qui mentionne expressément l'article 283 de la Convention et qui est dissimulée, l'Italie apparaît comme la Partie ayant entravé l'échange de vues. Au vu des différentes lettres envoyées à l'Italie, il apparaît que le Panama a communiqué avec l'Italie dans le but de résoudre le différend en fixant un montant pour le dédommagement des dommages résultant de la saisie illégale du « Norstar ». L'Italie a manqué de démontrer comment le Panama avait refusé de procéder à un échange de vues, mais également montré par son attitude son refus de participer à ce processus.

Au vu du refus manifeste de l'Italie, les possibilités de règlement doivent être considérées comme étant épuisées et, dès lors, les conditions énoncées à l'article 283, paragraphe 1, de la Convention sont réunies.

En effet, l'article dispose :

« Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques. »

Le demandeur indique, pour sa part, qu'il a demandé à plusieurs reprises la tenue de réunions destinées à examiner les préoccupations de chaque partie en vue de régler le différend à l'amiable. Il fait valoir que le défendeur a refusé à maintes reprises de procéder à des consultations en ne répondant pas aux différentes lettres du Panama.

Il y aurait donc un principe d'épuisement préalable des négociations, d'où l'exception in limine litis. Ce qui pose le problème de l'actualité du différend. La négociation s'entend à la fois comme un mode de détermination de l'objet du différend et comme un mode de règlement de celui-ci. C'est dans le premier sens que la Cour permanente de Justice internationale explique qu'

« avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2, p. 15*).

C'est dire que les parties doivent avoir une attitude qui leur permette de parvenir à un accord. Elles ne sont toutefois pas tenues d'accepter une base de règlement qui mettrait à mal leurs propres intérêts. De même, un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre un échange de vues lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées (*voir Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, p. 107, paragraphe 60*).

Il apparaît que la persistance du refus, par le défendeur, d'examiner les prétentions de la partie adverse a poussé celle-ci à recourir à la procédure instituée en la présente espèce.

Le demandeur a-t-il ainsi violé les dispositions de l'article 283, paragraphe 1 ?

La règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certaines conventions internationales (par exemple, le Pacte de la Société des Nations, article 13, paragraphe 1). Sa nature coutumière est, en revanche, douteuse. La règle apparaît comme une condition de compétence des juridictions ou comme une condition de recevabilité d'une action introduite par voie de requête.

Dans le premier cas, les juridictions internationales examinent les conditions posées et en disposent très facilement. Il s'agit essentiellement d'un examen factuel de l'attitude des deux parties. La démarche de la CIJ pour trancher la question de compétence dans ce domaine est entièrement applicable aux faits de la présente espèce.

La Cour dit :

L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation

ait été entamée; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un non possumus ou à un non volumus péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.

Mais si les négociations diplomatiques entre les gouvernements ont eu leur point de départ dans les discussions antérieures, il se peut très bien que celles-ci aient été de nature à rendre superflue une discussion nouvelle des points de vue qui sont à la base du différend. On ne saurait, à cet égard, poser aucune règle générale et absolue; c'est une question d'espèce (Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 345–346).

Or, dans la présente affaire, il est évident qu'on a abouti à une impasse sur les questions en litige. L'épuisement préalable des négociations apparaît également comme un préalable juridique à la saisine de la juridiction internationale. La recevabilité de la requête est alors assujettie au respect de la règle. Celle-ci ne s'impose toutefois que si les parties ont une obligation conventionnelle les liant. C'est dire que la partie invoquant la règle de l'épuisement préalable des négociations doit apporter la preuve qu'un engagement conventionnel en ce sens la lie à la partie adverse.

En l'espèce, le défendeur n'avait pas à prouver – puisque les deux Etats sont parties à la Convention – qu'un tel engagement existe entre les parties. C'est dire que le Tribunal est compétent et peut exercer son pouvoir juridictionnel, et qu'il peut entendre les prétentions des parties pour statuer à leur sujet.

Si la règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certains traités, elle ne s'impose guère en droit international général. La Cour internationale de Justice a refusé de l'admettre à plusieurs reprises. Elle a même jugé, s'appuyant sur la pratique des Etats, que la requête pouvait lui être soumise alors que les négociations se poursuivaient.

Dans l'Affaire du Plateau continental de la mer Egée, la Cour a dit:
L'attitude du Gouvernement de la Turquie pourrait donc s'interpréter comme

sous-entendant que la Cour ne devrait pas connaître de l'affaire tant que les parties continuent à négocier et que l'existence de négociations activement menées empêche la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce. La Cour ne saurait partager cette manière de voir. La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Plusieurs affaires, dont la plus récente est celle du Procès de prisonniers de guerre pakistanais (C.I.J. Recueil 1973, p. 347), attestent qu'il peut être mis fin à une instance judiciaire lorsque de telles négociations aboutissent à un règlement. Par conséquent, le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire (arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 12, paragraphe 29); voir en outre Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 440, paragraphes 106–108; Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303).

Sur la base de ce qui précède le tribunal aurait pu rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, d'autant qu'il a déjà jugé qu'un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre les procédures prévues à la section 1 de la Partie XV de la Convention lorsqu'il conclut que les possibilités de règlement du différend ont été épuisées (*voir Thon à nageoire bleue (Nouvelle Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 295, paragraphe 60*).

« IV EXCEPTIONS D'IRRECEVABILITÉ

1) La requête du Panama s'apparente-t-elle à un endossement diplomatique (nationalité des demandes / protection diplomatique)?

Italie

- « [L]es faits de l'espèce démontrent qu'il s'agit manifestement d'une affaire de protection diplomatique. En conséquence, d'après les règles bien établies du droit international de la protection diplomatique, le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux ... » (exceptions préliminaires, par. 28 ; voir aussi par. 27 a), 5 a), 28 et 35 a) ; réponse, par. 177 a)).

Sur le lieu pertinent : « Le lieu ne désigne pas l'endroit où les activités de soutage ayant provoqué l'ordonnance de saisie se sont produites, mais l'endroit où s'est produit le comportement qualifié d'internationalement illicite, à savoir la saisie elle-même, endroit qui se trouve être les eaux intérieures espagnoles » (PV5, p. 7, l. 45 à p. 8, l. 2).

Sur la protection diplomatique : « [A]u vu des circonstances factuelles de la présente cause, la requête du Panama porte essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur des violations "indirectes" et qu'en conséquence elle s'apparente à un endossement diplomatique » (réponse, par. 96 ; voir par. 106 et 113 ; voir aussi PV1, p. 37, l. 14-19 ; PV2, p. 1, l. 24-27 ; voir aussi PV5, p. 8, l. 26-39).

Renvoyant à l'article 18 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, « ... le préjudice allégué par l'Etat de nationalité ou l'Etat du pavillon est de nature "indirecte". Par voie de conséquence, lorsque l'Etat du pavillon forme un recours en vue essentiellement, voire exclusivement, d'obtenir réparation pour les personnes participant aux activités du navire, la règle de l'épuisement des recours s'applique au même titre que dans une affaire de protection diplomatique » (réponse, par. 98).

Sur l'article 14 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, voir aussi PV2, p. 1, l. 38 à p. 2, l. 12.

« Il ressort clairement des différentes communications envoyées à ce propos par M. Carreyó ou le Panama, que la nature de la réclamation et la réparation demandée par le Panama ont essentiellement, voire exclusivement, trait aux intérêts pécuniaires du propriétaire du Norstar » (réponse, par. 107 ; voir PV2, p. 5, l. 4-9).

Sur le contenu des communications, voir PV2, p. 5, l. 11 à p. 7, l. 6.

Sur le contenu des notes verbales, voir PV2, p. 7, l. 27 à p. 8, l. 35.

« En réalité, Monsieur Carreyó défendait les intérêts financiers du propriétaire du "Norstar", agissant ainsi en sa qualité d'avocat privé spécialisé en droit commercial et en droit maritime » (PV2, p. 4, l. 4-6).

Sur l'utilisation du papier à en-tête personnel de Monsieur Carreyó, voir PV2, p. 4, l. 8-11.

Sur l'apostille prévue par la Convention de La Haye de 1961, voir PV2 p. 4, l. 13-19.

« La prépondérance du caractère indirect du préjudice allégué par le Panama ressort non seulement de la demande en réparation en tant que telle, mais aussi du manque manifeste de pertinence et de cohérence des dispositions de la Convention invoquées par le Panama dans sa requête pour établir une soi-disant violation directe de ses droits » (réponse, par. 111).

« [L]e Panama a explicitement reconnu dans ses observations que son action s'apparentait à un endossement diplomatique ... » (réponse, par. 110).

Renvoyant à l'Affaire du navire « SAIGA », « l'Italie admet pleinement le principe consacré par le Tribunal » (réponse, par. 96).

Sur la jurisprudence concernant le préjudice direct / indirect et le « critère de la prépondérance », voir réponse, par. 99 à 106.

Sur le navire « Virginia G », voir PV2, p. 1, l. 29-36 et PV5, p. 9, l. 38-50.

Sur le navire « SAIGA », voir PV2, p. 2, l. 26-36 et PV5, p. 9, l. 1-36.

Sur la nationalité du navire et des personnes associées au navire : « ...ni le propriétaire, ni l'armateur, ni l'affrètement du Norstar n'étaient des personnes physiques ou morales de nationalité panaméenne, pas plus que ne l'étaient les accusés jugés au pénal en Italie, et que les victimes du fait internationalement illicite prétendument commis par l'Italie n'avaient pas épuisé les recours internes qui leur étaient ouverts dans le système juridique italien pour obtenir réparation, l'Italie soutient respectueusement que le Tribunal devrait déclarer la requête du Panama irrecevable » (exceptions préliminaires, par. 29 ; voir aussi PV2, p. 2, l. 41 à p. 3, l. 27 sur une lettre du propriétaire du « Norstar » datée du 2 février 1999).

Panama

- « [Cette] requête est recevable ... parce qu'il [le Panama] a le droit de protéger ses ressortissants par une action diplomatique ou par la saisie d'une juridiction internationale ... » (observations, par. 5).

« [L]a 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'elle tient de la Convention et que, du fait de ces violations, les préjudices causés doivent être réparés » (PV4, p. 4, l. 4-8).

« ... le Panama a le droit et l'obligation de protéger les navires immatriculés sous son pavillon et de faire usage de moyens pacifiques pour veiller à ce que les autres membres de la communauté internationale res-

pectent ses droits. Il est bien évident que si le Panama n'avait pas introduit la présente requête, le propriétaire n'aurait pas eu accès au Tribunal» (observations, par. 58 ; PV3, p. 32, l. 25-33).

« [L]orsque des Etats “ont recours à l'action diplomatique ou à une procédure judiciaire internationale” pour faire valoir des droits, ces Etats ne font en réalité que faire valoir leurs propres droits » (PV3, p. 32, l. 10-12 ; voir aussi PV3, p. 32, l. 45-47).

Sur la protection diplomatique :

« ... tout Etat a le droit discrétionnaire d'exercer sa protection diplomatique et d'agir en justice au nom de personnes qui ne sont pas ses ressortissants. Le Panama affirme qu'il a le droit d'exercer sa protection au moyen d'une action diplomatique ou d'une action judiciaire internationale, sans que celle-ci se limite au dépôt d'une requête officielle devant des tribunaux internationaux » (observations, par. 54, voir par. 80; voir aussi PV6, p. 10, l. 9-14).

« [L]e Règlement du Tribunal n'interdit pas à une partie de se faire représenter par “un avocat privé” » (PV6, p. 2, l. 29-31 ; sur l'emploi de l'en-tête personnel : voir PV6, p. 2, l. 31-34 ; sur l'apostille en vertu la Convention de La Haye de 1961 : voir PV6, p. 3, l. 21-33).

Sur la nationalité du navire et des personnes associées au navire :

« Le fait que les victimes du comportement illicite de l'Italie ne soient pas des ressortissants du Panama ne rend pas irrecevable la présente requête, puisque celle-ci est fondée sur la dépossession de biens d'une personne morale ayant un navire immatriculé au Panama » (observations, par. 58).

« Si l'Italie avait tenu compte de la nationalité du Norstar, qui justifie pour l'essentiel la présente requête, elle aurait nécessairement dû accepter que le Norstar était de nationalité panaméenne. Même les autorités compétentes de l'Italie l'ont reconnu. C'est précisément parce que le Norstar est de nationalité panaméenne que le Panama a saisi le

Tribunal de la présente affaire » (observations, par. 56 ; PV3, p. 10, l. 49 à p. 11, l. 8).36

Renvoyant à l’Affaire du navire « SAIGA », « au regard de la Convention un navire constitu[e] une unité ... La nationalité de ces personnes [personnes participant à l’activité du navire ou ayant des intérêts liés à cette activité] n’est d’aucune importance. ... un Etat du pavillon a le droit de demander réparation au nom de personnes physiques ou morales qui ne sont pas ses ressortissants si les conditions susmentionnées sont remplies » (observations, par. 58).

Sur le navire « SAIGA », voir aussi PV3, p. 11, l. 10-17 ; PV4, p. 2, l. 27 à p. 3, l. 43 ; PV6, p. 9, l. 40 à p. 10, l. 2.

Sur l’Affaire du navire « Virginia G », voir PV4, p. 4, l. 16 à p. 5, l. 17.

Sur les redevances et impôts : « ...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. Le Panama est par conséquent obligé d’agir au nom du Norstar » (observations, par. 57).

Selon l’Italie :

« ...ni le propriétaire, ni l’armateur, ni l’affréteur du « Norstar » n’étaient des personnes physiques ou morales de nationalité panaméenne».

Ceci donne à penser que la requête a le caractère d’un endossement diplomatique et doit être déclarée irrecevable.

Le Panama fait valoir qu’il a le droit de protéger les navires battant son pavillon soit par action diplomatique, soit par l’institution ou l’ouverture d’une procédure judiciaire internationale.

L’Italie a indiqué que le Panama ne pouvait valablement déposer sa requête que si le fait illicite avait affecté ses nationaux. L’Italie se réfère

ainsi aux nationalités du propriétaire et de l'armateur, ainsi qu'à celles du capitaine et de l'équipage, alors que ce qui est essentiel ici c'est le pavillon, c'est-à-dire le « Norstar », qui est immatriculé au Panama. Il faut relever que le défaut de lien juridictionnel avec l'Italie obligeait le Panama à choisir l'instance judiciaire internationale pour protéger le «Norstar » battant son pavillon et demander réparation pour les dommages causés par des Etats tiers.

Le Panama estime que la présente 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.

Il faut rappeler que lorsque les Etats ont recours à l'action diplomatique ou à une procédure judiciaire internationale pour faire valoir des droits, ils ne font en réalité que faire respecter, à travers leurs ressortissants, le droit international.

2) L'exigence de l'épuisement des recours internes est-elle applicable et a-t-elle été respectée ? (voir l'article 295 de la Convention)

Italie

- « [L]a requête vise essentiellement, si ce n'est exclusivement, à exercer une protection diplomatique et les conditions pour ce faire, à savoir ... l'épuisement des recours internes, n'ont pas été remplies » (exceptions préliminaires, par. 27 a) ; voir aussi par. 5 a), 28 et 35 a) ; voir réponse, par. 177 a) ; voir PV2, p. 20, l. 20-22).

« le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux et si celui-ci avait épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts dans l'ordre juridique de l'Etat supposément en infraction. Les faits de l'affaire montrent clairement qu'aucune des deux conditions n'a été remplie » (exceptions préliminaires, par. 28).

« [L]’action du Panama s’apparentait essentiellement, voire exclusivement, à un endossement diplomatique. En conséquence, la règle de l’épuisement des recours internes s’applique » (réponse, par. 115 ; voir PV2, p. 9, l. 19-22).

Sur l’épuisement des recours internes comme règle du droit international : voir réponse, par. 116 ; voir PV2, p. 17, l. 22-35.

Sur l’article 295 de la Convention : voir réponse, par. 117.

Sur les exceptions à la règle de l’épuisement des recours internes : En référence à l’article 15 du projet d’articles de la CDI sur la protection diplomatique, « [a]ucune de ces exceptions ne trouve à s’appliquer en l’espèce » (réponse, par. 120 ; voir PV2, p. 17, l. 22-35).

Sur la procédure devant les juridictions internes : « ... le 13 mars 2003, le tribunal de Savone a relaxé tous les accusés de tous les chefs d’accusation et ordonné la levée de l’immobilisation du Norstar, et qu’il a communiqué cette décision aux autorités espagnoles le 18 mars 2003 » (réponse, par. 120).

« [L]e 18 août 2003, le ministère public du tribunal de Savone a interjeté appel de ce jugement. Toutefois, le 25 octobre 2005, la Cour d’appel de Gênes a confirmé le jugement rendu par la juridiction du premier degré » (PV2, p. 13, l. 13-15). « [L]’appel ne concernait absolument pas la mesure de saisie du “Norstar” car le ministère public italien n’avait pas demandé à la Cour d’appel de Gênes de suspendre l’ordonnance de restitution du navire » (PV2, p. 13, l. 33-35 ; voir aussi PV5, p. 8, l. 18-34).

Sur les moyens de recours à la disposition du propriétaire du navire: « Ces sociétés [participant à l’activité du Norstar] avaient un délai de cinq ans pour saisir les juridictions italiennes d’une demande d’indemnisation pour le préjudice qu’elles auraient supposément subi à raison de l’ordonnance de saisie. Ce délai a expiré le 9 décembre 2010 sans que le propriétaire ne forme de recours » (réponse, par. 121 ; voir PV2, p. 10, l. 1-7 ; PV2, p. 11, l. 5-9 ; *sur les moyens de recours disponibles avant le jugement du tribunal de Savone du 18 mars 2003* : PV2, p. 10, l. 22 à p. 12, l. 39 ; *sur les moyens de recours disponibles après ce jugement* : PV2, p. 17, l. 42 à p. 20, l. 11).

Panama

« [Cette] requête est recevable ... parce qu’il [le Panama] n’en est pas empêché pour cause ... d’épuisement des voies de recours internes. ... la règle de l’épuisement des recours internes n’est applicable que si les actes dénoncés ont été accomplis à l’in-

térieur des eaux territoriales de l'Etat côtier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce » (observations, par. 5 ; PV3, p. 16, l. 14- 20).

« La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique ... pas en l'espèce puisque les actions de l'Italie contre le Norstar, navire battant pavillon panaméen, ont violé le droit du Panama, l'Etat de pavillon au sens de la Convention, à voir ses navires jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés inscrites, entre autres, aux articles 33, 58, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111 et 300 » (observations, par. 71, voir par. 80; PV3, p. 14, l. 17- 20 ; PV6, p. 7, l. 44 à p. 8, l. 30).

Sur les droits revendiqués par le Panama :

« [Ils] ne découlent pas d'obligations concernant le traitement des étrangers, mais sont fondés sur le traitement d'un sujet panaméen dont les droits ... ont été violés » (observations, par. 73 ; PV3, p. 14, l. 47 à p. 15, l. 2).

Sur les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes :

Sur le lien juridictionnel :

Renvoyant à l'Affaire du navire « SAIGA », « la règle de l'épuisement des recours internes ne pouvait s'appliquer du fait de l'absence de "lien juridictionnel" » (observations, par. 72; voir aussi par. 74). « Les faits de l'espèce prouvent que le Norstar était en dehors des eaux territoriales et l'Italie n'était donc pas fondée à mener une opération douanière car il n'existait pas de lien juridictionnel ... » (observations, par. 74 ; PV3, p. 15, l. 10-13).

« Savoir si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique en l'espèce dépend ... du lieu où l'Italie a établi que le Norstar se livrait à ses activités de soutage » (observations, par. 74, PV3, p. 15, l. 4-8).

Sur la procédure devant les juridictions internes :

« [L]e procureur a interjeté appel de la décision du tribunal de première instance de Savone, ce qui rendait impossible toute exécution de cette décision » (PV4, p. 12, l. 5-7).

« [L]es autorités italiennes n'ont toujours pas donné effet audit jugement » (PV4, p. 12, l. 32-33).

« En tout état de cause, la clôture des instances en Italie a épuisé les recours internes, de sorte que l'argument tiré de "l'épuisement des recours internes" est sans objet » (observations, par. 74).

Selon l'Italie,

« La requête vise essentiellement, si ce n'est exclusivement, à exercer une protection diplomatique et les conditions pour ce faire, à savoir ... l'épuisement des recours internes, n'ont pas été remplies ».

« Le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux et si celui-ci avait épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts dans l'ordre juridique de l'Etat supposément en infraction. Les faits de l'affaire montrent clairement qu'aucune des deux conditions n'a été remplie ».

« L'action du Panama s'apparentait essentiellement, voire exclusivement, à un endossement diplomatique. En conséquence, la règle de l'épuisement des recours internes s'applique ».

Pour le Panama :

« La règle n'est applicable que si les actes dénoncés ont été accomplis à l'intérieur des eaux territoriales de l'Etat côtier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

La règle ne s'applique pas en l'espèce puisque les actions de l'Italie contre le « Norstar », navire battant pavillon panaméen, ont violé le droit du Panama, l'Etat du pavillon au sens de la Convention, à voir ses navires jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés.

Les droits revendiqués par le Panama se fondent « sur le traitement d'un sujet panaméen dont les droits ... ont été violés. »

Rappelons que le Tribunal a déjà jugé que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas lorsque l'Etat défendeur était directement lésé par l'acte illicite d'un autre Etat [Affaire du « Virginia G »]. Dans cette affaire, en effet, le Tribunal a rappelé les droits de l'Etat demandeur qui découlaient de la Convention et déclaré que leur violation correspondait donc à un préjudice direct causé à l'Etat demandeur. En l'espèce, le Panama dénonce notamment la violation de sa liberté de navigation et sa requête porte sur un préjudice à lui causé directement. En conséquence, il ne s'agit pas ici d'une affaire de protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours ne s'applique donc

pas.

L'Italie a soutenu par ailleurs que le Panama n'a pas établi prima facie un lien adéquat entre les faits de la présente espèce et les dispositions de la Convention auxquelles il est fait référence en ce qui concerne la saisie du « Norstar » en baie de Palma de Majorque, c'est-à-dire dans les eaux intérieures espagnoles. Cependant, le lieu de la saisie est moins déterminant que la motivation de l'Italie, laquelle a accusé le Panama d'avoir enfreint sa législation fiscale en avitaillant des mégayachts en haute mer. C'est sur ce fondement que l'Italie a fait procéder à la saisie du navire à titre de sanction et, pour le Panama, l'Italie a ainsi violé ses droits et en particulier sa liberté de navigation en haute mer, en application de sa législation douanière. Cette saisie n'affecte guère la règle de l'épuisement des recours internes dont la condition préalable de mise en œuvre est d'établir un lien juridictionnel entre la personne qui a subi le dommage et l'Etat responsable de l'acte illicite incriminé. En l'espèce, comme la Cour d'appel de Gênes l'a indiqué, l'Italie n'a pas appliqué sa législation douanière ou son droit pénal dans ses eaux intérieures, mais en haute mer. Dans l'Affaire du navire « SAIGA » (No. 2), le Tribunal a estimé que ceci ne constituait pas un lien juridictionnel et que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas: c'est-à-dire que la requête est recevable en la présente espèce.

3) Les principes d'acquiescement, de prescription extinctive et d'estoppel font-ils obstacle à la recevabilité de la requête du Panama?

Italie

- « [L]e Panama ne peut, pour cause de forclusion et d'estoppel, porter cette affaire devant le Tribunal puisque 18 années se sont écoulées depuis la saisie du navire et que son attitude durant tout ce temps a été contradictoire » (exceptions préliminaires, par. 27 b), voir aussi par. 5 b); voir réponse, par. 177 b)).

- « [L]a demande du Panama ... reste ... irrecevable par le jeu des principes d'acquiescement, de prescription extinctive et d'estoppel » (réponse, par. 123, voir par. 175).

« [L]’objet de la prescription extinctive en droit international n’est pas seulement d’éviter de porter atteinte aux intérêts de l’Etat défendeur. ... l’objet de la prescription extinctive et de l’acquiescement est aussi d’assurer une certitude » (PV5, p. 11, l. 15-17).

Panama

- « [L]e Panama conteste que les exceptions de l’Italie fondées sur la prescription extinctive, l’acquiescement et l’estoppel ne constituent pas des moyens de défense pouvant être traités au stade préliminaire » (PV6, p. 17, l. 42-45). « [L]e Panama est d’avis que l’examen de ce principe est une question qui ne relève que du fond. Donc le fait que nous examinions ces exceptions ne doit pas être considéré comme préjugéant de la question de savoir si ces principes ont trait à la recevabilité ou au fond » (PV6, p. 11, l. 10-13).

- « [Cette] requête est recevable. ... [le Panama] n’en est pas empêché pour cause de forclusion, d’estoppel ... Le Panama n’est pas forclos, parce que ses communications avec l’Italie ont prolongé le délai imparti pour introduire l’instance et ainsi annulé toute prescription y relative. Comme l’Italie ne s’est pas fiée aux déclarations en question du Panama, la condition requise pour l’application de l’estoppel n’est pas satisfaite » (observations, par. 5).

« [L]’application de ces principes [la prescription extinctive, l’acquiescement et l’estoppel] dépend des circonstances particulières de l’espèce » (PV6, p. 16, l. 5).

« Même si l’application des principes ci-dessus, en droit international, pourrait être acceptée d’une manière générale, ce qui toutefois n’est pas le cas – il suffit de mentionner la Convention européenne des droits de l’homme à cet égard – il est important de souligner que, puisqu’il n’y a pas de règles fixes fondées sur les conditions préalables, les critères avancés par l’Italie, pour ce qui est de garantir la certitude des droits et la prévisibilité de leur exercice n’ont aucune pertinence en eux-mêmes » (PV6, p. 15, l. 14-20).

« Il n’y a pas de prescription procédurale de l’action en droit international. Une demande ne peut être frappée d’estoppel ou forclos après l’écoulement d’un certain temps, par exemple 20 ou 30 ans » (PV6, p.15, l. 28-30).

« [C]ontrairement à ce qu’allègue l’Italie, le comportement et les activités du Panama ne peuvent être considérés comme valant renonciation à ses droits. Qui plus est, l’Italie ne pouvait raisonnablement pas se fonder sur ce comportement pour conclure que le Panama ne chercherait plus à faire valoir ses droits » (PV6, p. 17, l.16-20).

Sur les circonstances prolongeant les efforts du Panama à ester en justice : PV6,

p.16, l. 9 à p. 17, l. 14.

Le Panama a-t-il acquiescé à l'abandon de ses revendications ?

Italie

- « Si un Etat ne forme pas ses revendications après avoir indiqué clairement et sans ambiguïté son intention d'agir en justice dans un délai raisonnable, cela signifie, au regard du principe d'acquiescement, que le requérant n'a pas fait valoir ses revendications alors que les circonstances lui imposaient d'agir » (réponse, par. 132 ; voir PV5, p. 11, l. 41 à p. 12, l. 2).

« [L]es diverses communications de M. Carreyó n'étaient pas de nature à faire valoir les prétentions du Panama par rapport à l'Italie. Elle prie le Tribunal de bien vouloir se référer à ces paragraphes ... pour ce qui est de démontrer l'acquiescement du Panama par rapport au recours qu'il a désormais formé contre l'Italie devant le Tribunal » (réponse, par. 126).

« [L]e Panama n'a pas fait valablement valoir sa demande » (PV2, p. 22, l. 7). « Force est donc d'en conclure [...] que le Panama formule sa demande pour la première fois devant ce Tribunal, et il le fait plus de dix-huit ans après la date à laquelle l'évènement dont se plaint le Panama s'est prétendument produit. ... [I]l faut bien moins de dix-huit ans d'inactivité pour qu'un Etat ne puisse plus introduire une action, en vertu de la théorie de l'acquiescement ou de la prescription extinctive » (PV2, p. 22, l. 13-20).

Sur la note verbale AJ 97 du 7 janvier 2005 :

« [I]l s'agit du dernier courrier officiel envoyé par le Panama à l'Italie le 7 janvier 2005. Si ce Tribunal donnait tort à l'Italie et estimait que le Panama a valablement fait valoir sa demande, mais convenait toutefois avec l'Italie que la dernière communication de Monsieur Carreyó ne fait pas valoir valablement la demande du Panama, la date du 7 janvier 2005 serait alors la date à laquelle commence l'inactivité du Panama pour ce qui est de la poursuite de sa demande. Dans ce scénario, le Panama serait donc resté silencieux pendant dix années et onze mois avant d'introduire une instance devant ce Tribunal » (PV2, p. 22, l. 34-42).

Sur la communication du 17 avril 2010 et l'introduction de l'instance devant le Tribunal :

« [A]près sa communication du 17 avril 2010 ... le Panama a interrompu toute communication avec l'Italie pendant cinq ans et sept mois avant de former ex abrupto son recours » (réponse, par. 128 ; voir PV2, p. 22, l. 43-49 : « cinq ans et huit mois »). « [L]e Panama a mis longtemps avant de former son recours ... attendre cinq ans et sept mois avant de chercher à obtenir réparation est un laps de temps considérable ... » (réponse, par. 129 ; voir PV2, p. 23, l. 11-42). « Le Panama n'[a] rien fait pendant

un laps de temps excessivement long et cela signifie qu'au bout de cinq ans et sept mois 'l'Etat défendeur pouvait légitimement s'attendre à ce que les revendications ne soient plus formées' » (réponse, par. 131 ; voir PV2, p. 24, l. 6-12 ; PV5, p. 11, l. 49 à p. 12, l. 2).

Sur la théorie de l'acquiescement : voir réponse, par. 124 ; PV2, p. 21, l. 38- 42.

Sur les conditions d'application de l'acquiescement : voir réponse, par. 125 ; PV2, p. 21, l. 44 à p.22, l. 2.

Panama

- « L'acquiescement implique que le demandeur n'ait pas fait valoir ses revendications alors que les circonstances lui auraient dicté d'agir. Cela comprend les circonstances dans lesquelles l'État défendeur pouvait légitimement s'attendre à ce que le recours ne soit plus introduit. Savoir si cette exigence a été satisfaite en l'espèce doit être établie par le Tribunal à partir des circonstances propres à l'espèce » (PV6, p. 11, l. 35-41).

« [E]n la présente espèce les conditions de l'acquiescement ne sont pas remplies » (PV6, p. 12, l. 40-41).

« le Panama a adressé à l'Italie de nombreuses lettres pour signaler l'existence d'un fait illicite. Le Panama a également précisé dans ses communications qu'il avait souffert des dommages substantiels et que l'Italie était obligée de payer des réparations. Le Panama a, en outre, annoncé qu'un recours serait introduit devant le Tribunal si les Parties étaient incapables d'aboutir à un règlement » (PV6, p. 11, l. 43 à p. 12, l. 3).

« Durant toute cette période, l'Italie n'a pas rendu le navire à son propriétaire » (PV6, p. 12, l. 9-10).

« [C]'est l'Italie elle-même qui a différé le règlement du différend en ne répondant pas à la lettre du Panama tout en promettant une réponse qui n'est jamais venue » (PV6, p. 12, l. 36-38).

Le Panama ne peut-il plus, pour cause de prescription, saisir le Tribunal ?

Italie

- « Dix-huit ans se sont écoulés depuis la date de la saisie du Norstar par les autorités espagnoles, ce qui fait que le Panama est forclos et ne peut plus intenter de recours en dommages et intérêts devant le Tribunal de céans. ... même si l'Italie devait

être considérée comme débitrice en ce qui concerne le Norstar, le principe de la prescription extinctive s'appliquerait et rendrait la requête du Panama irrecevable » (exceptions préliminaires, par. 30 ; voir PV2, p. 25, l. 27-36).

Sur la prescription extinctive comme principe général :

« [U]ne demande qui a été formulée mais dont l'auteur ne forme pas sa revendication n'est plus recevable » (PV5, p. 10, l. 46-47). « Le principe de la prescription extinctive, qui vise essentiellement à garantir la certitude des droits et la prévisibilité de leur exercice, se retrouve dans pratiquement tous les pays. Un débiteur ne peut être tenu indéfiniment responsable et les créateurs doivent faire valoir leurs droits dans un délai raisonnable » (exceptions préliminaires, par. 30).

« [L]'écoulement du temps fait obstacle à la recevabilité d'une demande et ... cette règle est un principe général du droit international. ... Les systèmes juridiques du Panama et de l'Italie n'y font pas exception. Le Panama lui-même ne conteste pas que la prescription est un principe général de droit » (réponse, par. 141 ; voir aussi PV2, p.25, l. 8-9).

« [C]onformément à l'article 293, paragraphe 1, que la prescription extinctive est une règle du droit international que le Tribunal doit appliquer si ses conditions sont respectées » (PV5, p. 10, l. 31-33).

Sur la jurisprudence : voir réponse, par. 135 à 140.

Sur la résolution de l'Institut de droit international de 1925 : PV2, p. 25, l. 10-17.

Sur les circonstances de l'espèce :

En référence à l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru, « [i] appartient donc au Tribunal de décider, au vu des circonstances de l'espèce, si l'action du Panama est prescrite au regard du droit international » (réponse, par. 143).

Sur le comportement des parties :

« [P]our pouvoir interrompre la prescription une demande doit être valablement formée par une personne dûment autorisée à le faire. ... M. Carreyó était dénué des pouvoirs nécessaires à cet effet » (réponse, par. 144).

« [L]es communications de Monsieur Carreyó n'étaient pas suffisantes pour faire valoir la demande du Panama, sans même parler de suspendre le décompte du délai de prescription... [E]n tout état de cause, la dernière communication reçue de Monsieur Carreyó datait du 17 avril 2010 et la dernière note verbale du Panama du 7 janvier 2005 » (PV2, p. 27, l. 28-33). En référence aux commentaires du projet d'Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, « le comportement de l'Etat requérant entraînant un retard excessif p[ourrait] emporter l'extinction de l'action » (réponse, par. 147). « [L]e Gouvernement italien n'a jamais rien fait qui donne à penser qu'il ait admis l'existence

d'un différend avec le Panama, les deux Etats n'ont jamais engagé de négociations au sujet du litige et ils n'ont jamais conclu de compromis à l'effet de soumettre le différend à une quelconque instance judiciaire, ni même discuté d'une telle possibilité » (réponse, par. 153).

Sur la prescription extinctive en droits italien et panaméen :

« [L]a référence aux règles de prescription internes est une méthode communément utilisée par les tribunaux internationaux tranchant des questions de prescription internationale » (PV2, p.26, l. 46 à p. 27, l. 2). « Le droit du Panama d'obtenir réparation du préjudice ... est prescrit en droit italien » (réponse, par. 154 ; voir PV2, p. 26, l. 12-13). « Les règles de la prescription extinctive sont même encore plus strictes en droit panaméen » (réponse, par. 156 ; voir PV2, p. 26, l.13-16).

« [D]ans les circonstances propres à la présente espèce les règles de prescription panaméennes et italiennes devraient s'appliquer et faire obstacle à toute action internationale ; à titre subsidiaire ... le délai de prescription prévu par les lois italienne et panaméenne montre que le Panama a introduit son recours avec un retard excessif et qu'il est donc frappé de prescription » (réponse, par. 157).

« [L]a demande du Panama serait éteinte, non seulement en vertu des législations panaméenne et italienne, mais également de celles d'une vaste majorité de pays » (PV2, p. 27, l. 10-12).

Sur le préjudice allégué causé à l'Italie :

« [L]e dommage qu'il a subi du fait du comportement illicite de l'Italie s'est aggravé sous l'effet de l'écoulement du temps. Pourtant, si le Panama avait introduit son recours avec diligence, y compris en empruntant les voies de droit qui lui étaient ouvertes en Italie, le dommage aurait été nettement moins important » (réponse, par. 167 ; voir PV2, p. 29, l. 5-12).

Panama

- « ... le Panama demande depuis le 15 août 2001 ... que l'Italie lui réponde à propos de la mainlevée du navire et du paiement de réparations pour le préjudice causé par la saisie » (observations, par. 60). « Cette première demande d'ouverture d'un dialogue que le Panama a adressé à l'Italie, de même que les suivantes, ont stoppé le décompte du délai en ce qui concerne la forclusion » (observations, par. 61 ; voir PV3, p. 12, l. 16-20 ; PV4, p. 6, l. 26-27).

« [A] partir du moment où une action est introduite, on ne peut plus soutenir valablement que la requête est frappée de forclusion » (PV4, p. 6, l.34-35).

Sur la prescription extinctive :

« Bien que de nombreux pays aient établi des règles strictes concernant le respect

des délais de prescription, il en va autrement en droit international public. Plus précisément, aucun article de la Convention ne prescrit de délai pour l'introduction d'une instance. [D]onc ... en l'absence de délais clairement définis en droit, l'exception tirée de la forclusion n'est pas valable » (observations, par. 80 ; PV3, p. 15, l. 47 à p. 16, l. 2).

« Sous le titre "Prescription extinctive", l'Italie soulève de nouvelles exceptions, en soutenant que "le comportement du requérant vaut acquiescement" » (demande sollicitant une décision, par. 28). « ... étant donné que l'Italie n'a soulevé aucune des questions précitées dans ses exceptions préliminaires, toutes ces exceptions nouvelles doivent être rejetées étant donné qu'elles ont été soulevées tardivement » (demande sollicitant une décision, par. 30).

Sur la jurisprudence :

En référence à l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru, « la Cour internationale de Justice a rejeté une exception soulevée par l'Australie au motif que Nauru avait formulé la demande 20 ans après son accession à l'indépendance ... » (observations, par. 61).

Sur le comportement des parties :

« Le fait que l'Italie admette que le Panama a demandé réparation et la prompt mainlevée du Norstar dès 2001 signifie que le Gouvernement italien a pris note de la demande du Panama et qu'il a amplement eu la possibilité de préparer sa défense » (observations, par. 62 ; PV3, p.12, l. 28-32). « L'issue de la procédure judiciaire en Italie contredit aussi cette thèse de la forclusion » (observations, par. 63 ; PV3, p. 12, l. 34-44). « Le fait que le navire Norstar, qui fait l'objet de la présente procédure, n'ait pas été restitué à son propriétaire en dépit du jugement prononcé en ce sens par les autorités judiciaires italiennes signifie que l'Italie ne s'est toujours pas conformée à la décision rendue par ses propres autorités » (observations, par. 65 ; PV3, p. 12, l. 46-47). « Affirmer maintenant que le Panama est forclos revient à nier tous les efforts qu'il a déployés pour obtenir réparation » (observations, par. 66 ; PV3, p. 13, l. 11-14).

Sur le préjudice allégué causé à l'Italie :

« [L]'Italie est responsable de l'aggravation des dommages au fil du temps » (PV6, p. 13, l. 11).

« L'Italie est consciente du fait que les dommages n'ont cessé de s'aggraver. Toutefois, puisque l'Italie a préféré ne pas répondre aux demandes de réparation du Panama, elle ne peut plus prétendre qu'elle souffre désormais d'un dommage injuste » (PV6, p. 13, l. 19-22).

La règle de l'estoppel empêche-t-elle le Panama de saisir le Tribunal ?

Italie

- « ...en ayant pendant longtemps eu une attitude contradictoire à propos des faits au sujet desquels il se plaint, le Panama ne peut plus à présent, pour cause d'estoppel, se porter valablement devant le Tribunal » (exceptions préliminaires, par. 31).

Sur l'estoppel en droit international : voir réponse, par. 169 et 170.

Sur les éléments de l'estoppel :

« [L]'Italie s'est en effet fiée à certaines déclarations univoques du Panama et subirait un préjudice si celui-ci était désormais autorisé à se prévaloir de ces déclarations au détriment de l'Italie » (réponse, par.171).

« Entre 2001 et 2004, M. Carreyó a fait savoir qu'il comptait demander la prompte mainlevée de la saisie du Norstar sur le fondement de l'article 292 de la Convention. Toutefois, le Panama n'a jamais intenté d'action à cet effet pendant que le Norstar était immobilisé en Espagne » (exceptions préliminaires, par. 32).

« La communication de M. Carreyó assortissait clairement les intentions du Panama d'un délai très précis. L'Italie soutient qu'une assertion aussi claire répond aux caractéristiques des déclarations permettant d'établir l'estoppel ... » (réponse, par. 172).

« A compter du 31 août 2004, l'Italie s'est fiée de bonne foi aux déclarations faites dans les deux communications susmentionnées et en particulier au fait que le Panama comptait engager une procédure de prompte mainlevée dans un délai très précis » (réponse, par. 173).

Panama

- « L'engagement d'une procédure de prompte mainlevée étant un droit et non une obligation, le Panama ne devrait pas voir se voir opposer la règle de l'estoppel au motif qu'il aurait décidé de ne pas avoir recours à une procédure subsidiaire ou incidente de ce genre » (observations, par. 70). « Les Etats parties peuvent se servir comme bon leur semble des instruments juridiques que la Convention met à leur disposition pour résoudre leurs différends » (observations, par. 68, voir par. 80).

Sur l'estoppel en droit international : voir observations, par. 67 ; PV6, p. 13, l. 29-33.

Sur les éléments de l'estoppel :

« Il est vrai que le Panama n'a pas formé de demande de prompte mainlevée du Norstar devant le Tribunal sur le fondement de l'article 292 ; cela étant, rien ne l'y obligeait puisque tout Etat est libre de décider de saisir ou non le Tribunal » (observations, par. 68 ; PV3, p. 13, l. 38-39).

« Le Panama n'a jamais dit qu'il ne saisirait pas le Tribunal d'une demande d'indemnisation. ... l'Italie ... ne s'est pas fiée aux déclarations du Panama, pas plus qu'il n'y a réagi » (observations, par. 69 ; PV3, p. 13, l. 39-44).

« ...l'Italie n'a pas produit de déclaration du Panama dans laquelle celui-ci aurait indiqué qu'il ne saisirait jamais le tribunal de céans d'une demande en dommages et intérêts. Elle n'a pas non plus expliqué de quelle manière elle avait placé sa confiance

dans une déclaration du Panama ou en quoi elle cela l'aurait amené à changer de position. Au vu de cette omission, l'exception que l'Italie tire de la règle de l'estoppel devrait être rejetée » (observations, par. 69 ; PV3, p. 16, l. 7-12).

« La raison pour laquelle, entre 2000 et 2004, le Panama a évoqué, rien de plus, la possibilité d'adresser une requête de prompt mainlevée au tribunal de céans, tient au fait que les autorités judiciaires italiennes n'avaient pas encore rendu d'arrêt définitif et que le Panama considérait que les recours internes n'avaient pas été épuisés. ... une autre raison pour laquelle le Panama a renoncé à former une demande de prompt mainlevée tenait à ce que la situation économique du propriétaire du navire lui interdisait de verser la garantie exigée pour lever l'immobilisation » (observations, par. 70 ; PV3, p. 13, l. 46 à p. 14, l. 4).

« S'il on prend en compte la totalité de la correspondance du Panama à l'Italie, il est clair que le Panama n'a aucunement donné l'impression qu'il renoncerait à obtenir réparation pour les dommages ou à entamer une procédure devant le Tribunal concernant cette question » (PV6, p. 14, l. 9-12). »

Ces principes ne sont pas des moyens de défense pouvant être traités au stade préliminaire. Ces questions ne relèvent que du fond et, conformément à l'article 97, paragraphe 6, du Règlement du Tribunal, qui dispose que celui-ci « déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire », le Tribunal aurait dû les renvoyer au fond de l'affaire, c'est-à-dire à la suite de la procédure.

En effet, la mise en œuvre de l'article 97, paragraphe 6, peut permettre de statuer sur des exceptions ou de les joindre au fond. Les motifs de jonction au fond sont multiples.

1) Dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterhazy (Hongrie c. Yougoslavie)*, la Cour permanente a rendu le 23 mai 1936 une ordonnance joignant les exceptions yougoslaves au fond, considérant

« qu'il existait entre les questions soulevées par la première de ces exceptions et celles qui étaient à la base de la demande en appel formulée par les conclusions au fond du Gouvernement hongrois des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour [pût] statuer sur les autres » et « que le développement de la procédure sur le fond [mettrait] la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause sur la deuxième exception » [C.P.J.I. série A/B n. 66, p. 9].

2) Dans l'affaire Losinger, la Cour a indiqué que l'exception d'incompétence présentée pouvait

« apparaître comme un moyen de défense au fond ou tout au moins comme basée sur des arguments de nature à pouvoir être invoquée à ce titre ». Par conséquent, « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, la Cour risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire soit d'en préjuger la solution ».

« La Cour devant statuer à cet égard et, s'il y [avait] lieu, sur le fond, par un seul et même arrêt ».

La Cour a ajouté, quant à une autre exception visant la recevabilité de la requête, que

« les faits et arguments invoqués pour ou contre les deux exceptions [étaient] dans une large mesure interdépendants et qu'ils se [confondaient] même à certains égards ». En conséquence, cette exception a été également jointe au fond. [CPJI, Série A/B n. 67, p. 23-24].

3) Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, en joignant au fond deux exceptions préliminaires par ordonnance du 30 juin 1938, la Cour a déclaré :

« que, dans la phase actuelle de la procédure une décision ne peut être prise ni sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien-fondé de ces mêmes exceptions ; qu'en effet, une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer, dès à présent, à leur sujet ».

Elle a donné deux autres raisons, à savoir :

« qu'en statuant sur les exceptions la Cour risquerait soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution » et « que la cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir » [C.P.J.I. série A/B n. 75, p. 55-56].

4) La CIJ s'est inspirée de considérations analogues dans les affaires de Certains emprunts norvégiens et du Droit de passage sur le territoire indien. Dans l'Affaire relative à certains emprunts norvégiens, la Cour, se fondant sur un accord intervenu entre les Parties sur ce point, a joint les exceptions préliminaires au fond « pour être statué par un seul et

même arrêt sur lesdites exceptions et, éventuellement, sur le fond ». [C.I.J. Recueil 1956, p. 74].

5) Dans l’Affaire du droit de passage sur le territoire indien, la Cour a estimé que, pour statuer sur l’une des exceptions préliminaires, il lui aurait fallu à la fois élucider les faits et examiner la portée ou les conséquences juridiques de certaines pratiques et de certaines circonstances ; il ne lui était donc pas possible de se prononcer sur cette exception « sans préjuger le fond ». S’agissant d’une autre exception, la Cour a dit qu’ayant « entendu présenter des allégations opposées » elle n’était pas « en mesure de déterminer, à ce stade » certaines des questions soulevées. Elle a également constaté qu’elle n’avait pas « d’éléments suffisants pour lui permettre de statuer » sur d’autres questions, et toute tentative d’appréciation de certains éléments en cause, « bien que limitée à ce qui concerne la sixième exception préliminaire, impliquerait le risque de préjuger certains points étroitement liés au fond » [C.I.J. Recueil 1957, p. 150-152].

6) Dans l’affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, la Cour a joint au fond certaines exceptions qui ne lui paraissent pas, dans les circonstances de l’espèce, pouvoir être traitées au stade préliminaire. Elle dit :

« La troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d’être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l’importance pour sa décision. Les Parties ont implicitement reconnu qu’il en est ainsi, dans la mesure où, même au présent stade, elles ont abordé des points de fond dans les écritures et les plaidoiries ».

La Cour poursuit :

« En ce qui concerne la quatrième exception préliminaire, la présente affaire n’est pas de celles où l’allégation touchant le non-épuisement des recours internes soulevé sans le moindre doute des problèmes de caractère préliminaire pouvant être réglés indépendamment. Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond ... En conséquence, la cour décide de joindre au fond les troisième et quatrième exceptions préliminaires » [C.I.J. Recueil 1964, p. 46].

7) La règle de l’absence de caractère exclusivement préliminaire a

aussi été appliquée dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* [C.I.J. Recueil 1986, p. 323-325, paragraphes 115 et suivants] et dans celle de l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Croatie c. Serbie*) [C.I.J. Recueil 2008, paragraphes 131 et suivants].

La CPJI a attiré l'attention sur un aspect important du problème. Elle indique que « [l]a Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir ». Mais la protection des droits de l'Etat défendeur est un élément essentiel de la bonne administration de la justice » et c'est dans l'intérêt du défendeur que le Règlement de la Cour contient un article 62, qui autorise la présentation d'exceptions préliminaires. On ne doit pas oublier que cette disposition donne au défendeur des pouvoirs étendus, puisque le seul dépôt par celui-ci d'un document intitulé exceptions préliminaires entraîne automatiquement la suspension de la procédure sur le fond (art. 62, par. 3).

Pour parvenir à une décision, la Cour peut établir que l'exception n'a pas en fait un caractère préliminaire et par conséquent que, sans préjuger le droit de l'Etat défendeur de soulever la même question à un autre stade de la procédure, s'il doit y avoir un, l'exception ne saurait être traitée comme une exception préliminaire visant, par exemple, sa compétence, et elle peut en disposer immédiatement, soit en la retenant, soit en la rejetant. Dans d'autres cas, la Cour peut juger que l'exception est tellement liée au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive. Dans de tels cas, la Cour joindra l'exception au fond. Elle ne le fera que pour des motifs sérieux, considérant que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. D'un autre côté, une jonction au fond ne signifie nullement que l'exception ait été perdue de vue. Par exemple dans l'Affaire relative à certains emprunts norvégiens, où les exceptions avaient été jointes au fond, la CIJ a retenu au stade du fond une exception d'incompétence et ne s'est donc pas pro-

noncée sur le fond du différend.

En l'espèce, le Tribunal a souhaité aborder l'argument du Panama selon lequel les thèses de l'Italie fondées sur l'acquiescement, l'estoppel et la prescription extinctive devraient être examinées au stade de l'examen au fond. Le Panama a déjà formulé cet argument sans chercher à l'étayer dans le cadre de l'article 97, paragraphe 6, du Règlement. Le Tribunal relève que l'Italie n'y a pas répondu. Le Tribunal estime que le Panama a abordé de manière suffisante les arguments de l'Italie et que le Tribunal dispose de toutes les informations nécessaires à cet égard. Le Tribunal note que ni la Convention ni le Règlement ne prévoit de délai pour introduire une instance. Toutefois, la question de la forclusion à ester devant le Tribunal est traitée par les principes bien établis du droit international relatifs à l'acquiescement, l'estoppel et la prescription extinctive. Ces principes peuvent être invoqués dans un cas approprié, en vertu de l'article 293 de la Convention, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la Convention. Le Tribunal relève que les Parties ne contestent pas ces principes et que les deux principaux éléments de l'estoppel – renoncement aux prétentions et incitation à agir à son détriment en raison de la conduite – font défaut en l'espèce. Le Panama s'est efforcé à maintes reprises au moyen de ses communications de parvenir à un règlement avec l'Italie. Les juridictions italiennes ont également rendu une décision favorable à la mainlevée de l'immobilisation du « Norstar ». Si l'Italie est demeurée passive malgré tout, elle ne saurait tirer avantage de sa propre défaillance. Pour ces motifs, le Tribunal considère qu'une situation d'estoppel ne peut être retenue. En ce qui concerne la prescription extinctive, le Tribunal note que c'est l'Italie qui a saisi le navire panaméen et qu'elle était pleinement consciente du fait que les questions concernant le navire n'avaient pas été réglées. De plus, le Panama n'a jamais cessé de faire valoir sa prétention depuis que le navire a été saisi par l'Italie. En conséquence, le Tribunal rejette l'exception de prescription extinctive soulevée par l'Italie.

Il nous faut – pour terminer – dire un mot du dispositif singulier que le Tribunal a conçu en la présente affaire, et qui se présente comme une synthèse :

compétence/recevabilité. Après avoir entendu les Parties, le Tribunal a

décidé sur la base d'un arrêt par ce dispositif. Je dois dire que ma faveur va plutôt au système classique pour plusieurs raisons.

D'abord, comme l'affirme l'article 97, paragraphe 6, du Règlement:

Le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette, soit déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si le tribunal rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, il fixe les délais pour la suite de la procédure.

C'est que l'arrêt sur les exceptions préliminaires peut, en général, comporter nombre de variantes. Il peut reconnaître le bien-fondé d'une exception préliminaire en mettant ainsi un terme à l'instance. Cette situation peut éviter à la juridiction d'examiner toutes les autres exceptions. A titre d'exemple, rappelons qu'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, l'arrêt du 5 octobre 2016, qui retient la première exception d'incompétence soulevée par le Royaume-Uni, se lit au paragraphe :

En conséquence, la Cour conclut que la première exception préliminaire soulevée par le Royaume-Uni doit être retenue. Il s'ensuit qu'elle n'a pas compétence en la présente espèce au titre du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut. Aussi n'est-il pas nécessaire pour la Cour d'examiner les autres exceptions soulevées par le Royaume-Uni.

L'arrêt peut aussi reconnaître le bien-fondé d'une ou de plusieurs exceptions préliminaires qui restreignent la portée de l'instance ou limitent l'étendue de la compétence du juge.

L'arrêt peut également accueillir des exceptions préliminaires qui n'ont trait ni à la compétence du Tribunal ni à la recevabilité de la requête, mais qui relèvent plutôt de ce que le Règlement qualifie de « toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive ».

Ces exceptions touchent plutôt à la validité formelle d'un acte de procédure. C'est le cas de l'exception de procédure soulevée par le Panama en la présente affaire et qui regarde ce que cet Etat nomme « les garanties d'une procédure régulière ». [« the rule of due process of law »]. Le traitement de ce genre d'exceptions ne restreint ni ne met un terme à l'instance. Il suffit de corriger l'acte de procédure présentant une défectuosité pour le rendre valide en sa forme comme au fond.

L'arrêt peut enfin rejeter toutes les exceptions préliminaires, auquel cas le Tribunal fixe les délais pour la suite de la procédure. C'est ce qui est arrivé en l'espèce. L'Italie a soulevé trois exceptions d'incompétence [existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, compétence *ratione personae* et échange de vues conformément à l'article 283 de la Convention] et trois exceptions d'irrecevabilité [nationalité des demandes, épuisement de recours internes, et acquiescement, estoppel et prescription extinctive] et le Tribunal les a rejetées toutes, après les avoir examinées une par une pour décider qu'il n'en peut retenir aucune. De la sorte, le Tribunal indique clairement que les exceptions italiennes ne sont pas fondées et qu'il peut dès lors s'atteler à l'examen de l'affaire au fond.

Nous pensons que le Tribunal aurait dû se conformer, à la lettre, aux dispositions du Règlement relatives à l'arrêt sur les exceptions préliminaires. En effet l'article 97 paragraphe 6 parle de l'exception au singulier [« le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette, ... »] et le dispositif aurait dû établir les exceptions *seriatim*, une par une pour les rejeter tour à tour. Cela aurait été conforme non seulement à la pratique de toutes les juridictions internationales mais également à la transparence et à la prévisibilité. Le Règlement, la Résolution sur la pratique interne en matière judiciaire et les lignes directrices gouvernent l'ensemble de la procédure devant le Tribunal.

(signé) T. M. Ndiay

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

I voted in favour of the Judgment because I agree with the Tribunal's reasons concerning the principal issues. In particular, I subscribe to the arguments set out in paragraphs 97, 99, 100, 101,102, 122, 132, 163, 210, 213, 216, 217, 231, 266, 270, 271, 300 and 307.

Although I consider that the decision whereby the Tribunal has jurisdiction and Panama's Application is admissible is justified, it is for a certain number of reasons going beyond those set out in the Tribunal's Judgment. I consider that the Judgment could have dealt with the new matter of procedural objections and established a legal regime in that regard before dealing with jurisdiction and admissibility of the Application. Furthermore, the operative part of the Judgment should have been more conventional. Pursuant to article 8, paragraph 6, of the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal, the present separate opinion will be based on these points.

Panama's Application instigating the case in the matter of the *MN "Norstar"* was filed on 17 December 2015. This Application concerns reparation for the damage allegedly caused to the *"Norstar"* by the conduct of the Italian authorities which was claimed to be contrary to international law. In order to establish the Tribunal's jurisdiction, the Application invokes Panama's declaration under article 287. On 11 March 2016, the Italian Government submitted preliminary objections, concluding, on the one hand, that the Tribunal did not have jurisdiction and, on the other, that the application was inadmissible.

During the proceedings, the Parties presented the following submissions:

Panama submitted an Application on 17 December 2015 instituting proceedings against Italy in a dispute concerning the arrest and detention of the MN "Norstar". A certified copy of the Application was transmitted to Italy, on 17 December 2015. In its Application, the "Applicant requests the Tribunal to adjudge and declare that:

1. Respondent has violated articles 33, 73 (3) and (4), 87, 111, 226 and 300 of the Convention;
2. Applicant is entitled to damages as proven in the case on the merits, which are provisionally estimated in Ten Million and 00/100 US Dollars [sic] (10,000,000); and
3. Applicant is entitled to all attorneys' fees, costs, and incidental expenses."

I. PRELIMINARY OBJECTIONS

(1) Relevant provisions

- Article 294, paragraph 3, of the Convention.
- Article 97, paragraph 3, of the Rules.

(2) Filing of Preliminary Objections

Italy submitted Preliminary Objections pursuant to article 294, paragraph 3, of the Convention, on 11 March 2016.

- The Preliminary Objections were submitted within the time-limit of 90 days from the institution of proceedings (see article 97, paragraph 1, of the Rules).
- Proceedings on the merits were suspended (see article 97, paragraph 3, of the Rules).

Pursuant to the President's Order of 15 March 2016, Panama filed its written observations and submissions on 9 May 2016, and Italy its written observations and submissions in reply on 8 July 2016.

On 22 August 2016, Panama submitted a request dated 16 August 2016 "for a ruling concerning the scope of the subject matter based on the preliminary objections filed by Italy". Italy contested this request of Panama's by letter of 23 August 2016 (see also PV5, p. 11, 11.45-48).

(3) Submissions of the Parties

Italy

- "Italy respectfully requests that the Tribunal adjudge and declare that:

FIRST, declare that

1. it has jurisdiction over this case;
2. the Application made by Panama is admissible; and
3. the Italian Republic has not complied with the rule of Due Process of Law;

SECOND, that as a consequence of the above declarations the Written Preliminary Objections made by the Italian Republic under Article 294, paragraph 3, of the Convention, are rejected" (Observations, "Petitum", p. 17; PV6, p. 17, II. 27-37: Final Submissions).

II. PROCEDURAL OBJECTIONS

(A) PANAMA'S REQUEST FOR RULING OF 16 AUGUST 2016 AND ITALY'S OBJECTION OF 23 AUGUST 2016

- *Were the preliminary objections submitted by Italy in a timely manner?*

Italy

- "Panama's Request [of 16 August 2016] is manifestly unfounded. In fact, all of Italy's arguments made in its Reply of 8 July 2016, either developed and specified its objections first raised on 16 March or responded to arguments made by Panama in its observations of 5 May 2016" (PV1, p. 7, 11. 8-11; see PV5, p. 11, 11. 10-11 and 25-30).

On the principle of "equality of arms": "[T]here can be no basis for Panama to claim that any breach of the principle of equality of arms may have occurred. Panama has had ample opportunity to respond to these objections and it has the further ability to respond to these objections during this hearing" (PV1, p. 8, II. 34-38; see PV5, p. 11, 11. 12-15 and 35-40).

On "inherent powers" of the Tribunal: "Italy acknowledges that the Tribunal in any event has wide and inherent powers to consider its jurisdiction and the admissibility of the claim. These wide and inherent powers extend to empowering a tribunal to consider jurisdiction and admissibility where objections have not been timely made - and even if they have not been made at all - is part and parcel of general international law" (PV1, p. 8, I. 47 p. 9, 1. 2).

"[N]one of the six Preliminary Objections of which Panama complains was newly made in Italy's Reply" (PV1, p. 7, II. 19-20). On "lack of representative powers": see PV1, p. 7, II. 27-39; PV5, p. 3, II. 7-20;

On "irrelevance of rights invoked": see PV1, p. 7, II. 41-47.

On "order for seizure not amounting to a breach of an international obligation": see PV1, p. 8, II. 1-10; PV5, p. 4, II. 1-14;

On "exchange of views": see PV5, p. 3, II. 22-25;

On "attribution of conduct": see PV1, p. 8, II. 12-14;

On "espousal nature" of the claim: see: PV1, p. 8, II. 16-20; PV2, p.1, II. 9- 14; PV5, p. 3, II. 22-25;

On acquiescence, prescription and estoppel: see PV1, p. 8, II. 22-23; PV 2, p. 19, II. 16-41.

Panama

"...it is not fair that Panama does not have the opportunity to reply to the objection by Italy except by way of these oral proceedings" (PV4, p. 19, II. 40-41).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "representative powers": "None of these points were included in the Preliminary Objections and therefore were not discussed by Panama in its written Observations and Submissions" (Request for a Ruling, para. 11; see PV4, p. 19, I. 35 - p. 20, I. 9).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "relevance of provisions invoked by Panama": "In its Reply, Italy continues to argue against the relevance of each of the provisions invoked by Panama in its Application (Reply, paras 33-49). Panama is now unable to challenge these Objections in written form because Italy has raised them for the first time" (Request for a ruling, para. 13; see PV4, p. 20, II. 11-21).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "the order of seizure as a preparatory act": "...if we examine the Preliminary Objections filed by Italy, it is easy to note that this contention was not mentioned in that document. Consequently, in its Observations and Submissions to

the Preliminary Objections of Italy, Panama did not refer to this matter, either" (Request for ruling, para. 17; see PV4, p. 20, II. 23-32).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "attribution of conduct": "The fact that Panama has claimed that the right of peaceful navigation was violated by Italy, and that Italy has now challenged this by stating that it did not actually carry out the arrest, constitutes a further new Objection based on the Independent Responsibility principle that Panama did not anticipate, and raises new questions about how a state's conduct should be defined and how Article 6 of the ILC ASR provisions should be applied. These questions have now added a new dimension to this procedure to which Panama has so far been unable to respond" (Request for ruling, para. 21; see PV4, p. 20, II. 34-42).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "espousal nature of the claim": "Italy did not refer to this Objection in any of the arguments put forward in its Preliminary Objections. Therefore, Panama has not had the opportunity to refer to then in its Observations" (Request for ruling, para. 24; PV4, p. 20, I. 44 - p. 21, I. 2).

On Italy's arguments made in its Reply concerning "acquiescence": "[T]his is also the first time that Italy has described Panama's claim as Acquiescent" (Request for ruling, para. 27). "...since Italy did not include any of the above identified issues in its Preliminary Objections, all of them must be rejected due to its failure to timely address these concerns" (Request for ruling, para. 30; see PV4, p. 21, II. 4-8).

B) Status of Panama's Application

Panama's Application concerns the procedural question as to whether or not Italy's Reply of 8 July 2016 is admissible. We know that an application to declare a submission invalid is a procedural objection which has to be submitted in *limine litis*. "*In limine litis*" is a Latin expression of procedural law meaning "as soon as proceedings begin". It is used to recall that the formal aspects should be mentioned at the very

beginning of a case and before the merits are discussed at all, so as to avoid the proceedings pointlessly lasting interminably and to avoid this step being taken purely as a delaying tactic. In other words, objections on grounds of invalidity for formal defects should also be raised "*in limine litis*", that is, before any defence on the merits is entered. Contrary to the purely formal aspects mentioned above, the legal aspects (that is, the merits) may be mentioned "at any event", that is, until the deliberations take place. The subject of the dispute is established in the document instigating the case and Panama's Application deals with the *exercise of the right of action*, consisting of the application and means of defence.

1) Facts and procedure at the origin of the Application:

- On 16 November 2015 (17 December 2015) Panama instituted proceedings against Italy by filing an Application at the Tribunal in a dispute concerning the seizure and arrest of the "Norstar", a vessel flying the Panamanian flag;
- On 11 March 2016, Italy raised preliminary objections that the Tribunal did not have jurisdiction and that Panama's Application was inadmissible;
- On 10 May 2016, Panama filed its written observations and submissions in response to Italy's objections; and
- On 8 July 2016, Italy filed its Reply to the Panamanian observations.
- On 22 August 2016, Panama submitted an Application "requesting a decision on the scope of the preliminary objections raised by Italy"; and
- On 23 August 2016, Italy opposed the Application submitted by Panama.

2) The admissibility of the Application:

(a) Admissibility in terms of form

Pursuant to article 97, paragraphs 1 and 2:

(1) Any objection to the jurisdiction of the Tribunal or to the admissibility *of the application, or other objection the decision upon which* is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within 90 days from the institution of proceedings".

(2) "The preliminary objection shall set out the facts and the law on which the objection is based, as well as the submissions".

In other words, an objection may be for lack of jurisdiction or inadmissibility but also for any other reason on which a party requests the Tribunal to decide, provided that it precedes the merits.

This is precisely the case of the Panamanian objection: it is a procedural one! And in view of its preliminary objection pursuant to article 97, paragraph 2, of the Rules of the Tribunal, it can be concluded that the formal conditions for admissibility of the Application provided by the Rules are met.

(b) Admissibility based on the merits: this is assessed against several criteria

First, it is assessed against the purely legal criterion. A judicial body such as the Tribunal can act only on the basis of the law and must thus ensure that it has the power to adjudicate on the merits before it does so.

The second criterion concerns the correct administration of justice and the importance of proper justice.

The final criterion concerns the active role of the Tribunal as master of proceedings and custodian of judicial integrity. That is why the Tribunal is obliged to mention automatically any factors affecting judicial integrity or the proper administration of justice. Panama's arguments should be recalled in order to gauge them according to the above crite-

ria:

(1) "It is in violation of the Principle of Due process of Law and procedurally anomalous to allow the respondent to file additional objections i. e. those that were not referred to either in the Preliminary objections or in the observations made by the applicant in response

(2) Panama requests that the Tribunal reject any and all of these objections as files because they are in contravention of paragraph 1 of 97

(3) The principle of Equality of Arms states that both parties to a dispute must be allowed the same opportunities

(4) Italy is unduly hindering Panama's case by now bringing up additional points

(5) If the new objections are deemed admissible, Panama will have been placed at a procedural disadvantage

(6) An elementary and fundamental requirement of due process in any proceeding is the opportunity for both parties to present their respective arguments on equal terms

(7) Italy has made objections beyond the 90 days time limit in its attempt to broaden the scope of its preliminary objections and,

(8) The only opportunity that Panama now has to make use of its right to contradict these arguments is in the oral proceedings. However, this would affect the principle of due process of law of contradiction, and of egalite d'armes because of the lack of time for Panama to study, corroborate and challenge these new objections and arguments."

Panama's Application invites the Tribunal to respond principally to the question as to whether the inadmissibility invoked by Italy constitutes a *fin de non-recevoir* or a procedural objection. This question is reminiscent of the one which the Permanent Court asked in the Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, where the Court asked if it was a matter of

those grounds of defence based on the merits of the case and calculated to cause the judge to refuse to entertain the application, such as are generally called - in French law for instance - by the name of *fins de non-recevoir*? Or is it not rather a genuine objection. directed - like that which has just been considered by the Court - not against the action itself and the legal arguments on which it is based, but against the bringing of the action before the tribunal? [Judgment n° 6, 1925, P.C.I.J. Series A no. 6, p.19].

(3) Procedural objections

It would appear that here we are confronted with a procedural objection. A procedural objection is any means which results either in the proceedings' being declared irregular or extinct or in their being suspended. Such objections include objections on grounds of invalidity, which include invalidity for formal defects, the annulment of submissions for formal defects assuming that two conditions are met: non-compliance with a substantive formality and proof of the damage the irregularity has caused.

In the case of this means of defence, it is not a matter of disputing the merits of the other party's claim themselves but of disputing the procedure.

It must be said that the word "objection" is ambiguous, since it can designate a veritable defence on the merits - for example, the objection for compensation in domestic law - or a means of defence in general, such as in the case of "*le juge de l'action est le juge de l'exception*".

When one State lodges a procedural objection against another State, it is indicating that, at least provisionally or temporarily, it is not accepting the debate on the merits -as in the present case - either in order to temporarily stall the proceedings to gain time or to terminate the proceedings or case.

In that respect, a procedural objection is also a preliminary objection in the sense that its aim is to suspend the proceedings on the merits in order to ensure that the questions raised are first examined. It is thus a

means invoked during the first phase of a case and intending to ensure that the tribunal seized of the case decides on a preliminary question before examining the merits of the case, the aim of the objection most often being to prevent the merits being examined (Salmon (ed.) *Dictionnaire de droit international public*, Brussels 2001, p. 474) [translation by the Registry].

The annulment of a submission on grounds of formal defects is

brought about by way of a procedural objection. It is indeed by way of a procedural objection that the party intending to declare a submission invalid has to raise the question of invalidity. In matters of invalidity objections, the judge has to be strict as concerns irregularities likely to affect the originating application which establishes the subject of the dispute and is thus essential for the entire proceedings. In other words, if the formal defect affects the originating application, invalidity must be invoked at the very beginning of the case, with all the other possible procedural objections, that is, those relating to the formal validity of a submission. It should be noted that the attitude of the International Court of Justice towards procedural defects varies according to whether it is a defect of the originating application or procedural defects in the true sense. The Court appears to be rather flexible, allowing defective originating applications to be amended.

On the other hand, it is very strict about any defect of the validity of submissions, particularly when it is a matter of ensuring the parties' equality and the proper administration of justice. That is why the Court in The Hague has to rule out the late submission of evidence or documents.

Paragraph 54 of the judgment of 26 February 2007 in the *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* reads as follows:

On 7 March 2006, Bosnia and Herzegovina provided the Court and the Respondent with a CD-ROM containing "ICTY Public Exhibits and other Documents cited by Bosnia and Herzegovina during its Oral Pleadings (07/03/2006)". By a letter dated 10 March 2006, Serbia and Montenegro informed the Court that it objected to the production of the CD-ROM on the grounds that the submission at such a late stage of so many documents "raise[d] serious concerns related to the respect for the Rules of Court and the principles of fairness and equality of the parties". It also pointed out that the documents included on the CD-ROM "appear[ed] questionable from the point of [view of] Article 56, paragraph 4, of the Rules [of Court]". By a letter dated 13 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina informed the Court of his Government's views regarding the above-mentioned objections raised by Serbia and Montenegro. In that

letter, the Agent submitted, inter alia, that all the documents on the CD-ROM had been referred to by Bosnia and Herzegovina in its oral argument and were documents which were in the public domain and were readily available within the terms of Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court. The Agent added that Bosnia and Herzegovina was prepared to withdraw the CD-ROM if the Court found it advisable. By a letter of 14 March 2006, the Registrar informed Bosnia and Herzegovina that, given that Article 56, paragraph 4, of the Rules of Court did not require or authorize the submission to the Court of the full text of a document to which reference was made during the oral proceedings pursuant to that provision and since it was difficult for the other Party and the Court to come to terms, at the late stage of the proceedings, with such an immense mass of documents, which in any case were in the public domain and could thus be consulted if necessary, the Court had decided that it was in the interests of the good administration of justice that the CD-ROM be withdrawn. By a letter dated 16 March 2006, the Agent of Bosnia and Herzegovina withdrew the CD-ROM which it had submitted on 7 March 2006.

The international court even has to raise proprio motu any grounds attaching to its judicial integrity, the conditions of general competence *ratione personae* and *ratione material*, and to material admissibility, such as standing and competence to act.

Thus it was in the *Case concerning the Administration of the Prince of Pless* that the Permanent Court stated:

Whereas the claim thus made raises a question regarding the Court's jurisdiction, and as this question is connected with another, namely, whether, on the basis of Article 72, paragraph 3, of the Geneva Convention, a State, in its capacity as a Member of the Council, may claim that an indemnity be awarded to a national of the respondent State, who is a member of a minority; and as the latter question which the Court feels called upon to raise proprio motu concerns the merits, the Court cannot pass upon the question of jurisdiction until the case has been argued upon the merits (*Case concerning the Administration of the Prince of Pless (Preliminary Objection)*, Order of 4 February 1933, P.C.I.J. Series A/B, no. 52, p. 15; see also *South West Africa Cases*, I.C.J. Reports 1966, pp. 18-19).

If - as in the present case - the alleged formal defect affects a submission made during a case, the party intending to have the submission invalidated must oppose the invalidity objection or demand that it be rejected before continuing with the discussion on the merits, it being understood that all of these means of having submissions invalidated must be invoked ab initio and simultaneously.

It should be underlined that the regime of procedural objections is stricter than that of a defence on the merits in that it leads one to believe that such a means of defence is essentially motivated by the concern to delay proceedings or even temporarily halt , the case.

Although rare, these procedural objections are of prime importance and international courts and tribunals have a responsibility to raise them proprio motu insofar as they affect the very foundations of the proceedings: the proper administration of justice; the Tribunal is master of proceedings and custodian of judicial integrity; the interests of the States party to the Convention and thus to the Statute of ITLOS must be safeguarded; the same applies to the "due process of law" and the principles of habeas corpus and especially that of equality of arms of the parties to the proceedings, etc.

Panama further underlines another form of procedural intervention - what it qualifies as new objections and Italy calls new arguments. This intervention would be rather in keeping with those arising from the modification of the parties' claims or of the parties to the case: additional requests, incidental applications or interventions.

It should also be recalled that any means intending to have the opponent's , application declared inadmissible without examination of the merits, for lack of a right to act, such as:

- lack of standing;
 - lack of competence;
 - prescription;
 - preclusive time-limits; and
 - res judicata;
- constitutes a fin de non-recevoir.

In sum, it should be noted that Panama's Application involves a procedural objection and the Tribunal is competent to:

- adjudicate on procedural objections;
- adjudicate on interventions bringing a case to a close;

- consider that a procedure is irregular;
- prescribe any provisional measures, including any instructions;
- reject the new Italian objections as set out in the Reply; and finally
- agree a new time-limit for Panama, to allow it to respond in writing after the oral proceedings, because the common basis of the procedural provisions in all legal systems is the actual equality of the parties: this is a consequence of the judicial nature of the Tribunal.

It is the concern for complete equality between the two parties which forms the basis of the decisions taken as regards:

- the order in which the pleadings are presented;
- the burden of proof;
- the hearing of the parties and their right to respond in application of the principle "auditur et altera pars" (Nottebohm case);
- the allocation of time to prepare the files (memorial/counter-memorial, etc.);
- speaking time.

I believe that allowing Panama to respond in writing after the oral proceedings would have given the Tribunal greater freedom and greater certainty in its assessment of the probative value of the evidence submitted to it by Italy and Panama and in the establishment of legal truth. It is thus possible to adjudicate by being better informed! The Tribunal decided to allow each Party 30 minutes' additional speaking time during the hearing, in order to give their opinion on this matter, as mentioned in paragraph 30 of the Judgment.

III. OBJECTIONS TO JURISDICTION

(1) Does a dispute between Italy and Panama exist and does the dispute relate to the interpretation and application of the Convention?

Italy

"There is no dispute between Panama and Italy pertaining to the facts complained of in the Application" (Preliminary Objections, paras

4 (a) and 17 (a); see Reply, para. 176 (a), and para. 8; see also PV1, p. 5, II. 21-23 and p. 10, II. 4-5).

Panama

- "... a dispute between Panama and Italy exists"
(Observations, para. 5; for references to case law, see Observations, para. 9; see PV3, p. 3, 11. 10-35; PV6, p. 1, II. 17-41).

Exchange of communications / representative powers

Italy

"The unilateral assertion of one's own claims does not, as such, fulfill the basic jurisdictional requirement of the existence of a dispute between the Parties. In fact, no complaint, or protest, bearing on the facts complained of in the Application, has been raised in any legally appropriate manner by the Government of Panama with the Government of Italy, which the latter would resist, or contest" (Preliminary Objections, para. 18; see PV1, p.10, II. 16- 38 and p. 11, II. 17-20).

"...the communications received both from Mr Carrey6 and the Government of Panama had no relevance for the purposes of the fulfilment of the requirement of the existence of an international dispute between Italy and Panama. First, Mr CarreyO's communications could not be deemed as coming from a State representative entitled to invoke Italy's responsibility... Second ... they either concerned the anticipation that a prompt release procedure would be triggered - which has never been done - or consisted in advancing a claim for damages without advancing the legal grounds for such requests under international law, least of all indicating the rights invoked in the Application" (Reply, para. 26, see para. 10)..

"[T]he lack of a situation which could lead to a dispute between the Parties is due principally to Mr Carrey6's role not being a representative one... Mr Carrey6 appeared to the Italian officials in his first letter of 15 August 2001 to be acting as a private individual, without any authoriza-

tion to represent or negotiate on behalf of the Government of Panama' (PV1, p. 11, II. 40- 44).

"[W]e cannot confuse the power to litigate with the power to represent a State in diplomatic relations" (PV1, p. 12, I. 22-23). "In particular, the power for an individual to act "on behalf" of a State for the purpose of prompt release proceedings is a unique kind of power under article 292. It does not extend to the power to act on behalf of the State beyond those proceedings" (PV5, p. 3, II. 38-43).

"Italy has not failed to respond to diplomatic communications from Panama on the matter in issue, it simply did not respond to Mr Carrey6 since he was not vested with powers to negotiate with Italy over the facts of the present case" (Reply, para. 9).

"The communications received by the Italian Government on the facts in issue did not come from Panamanian governmental authorities" (Reply, para. 10).

"Italy, contrary to Panama's allegations, did not conceal communications from Mr Carrey6, or Panama, but argued the impropriety and irrelevance -for diplomatic, hence legal, purposes - of such communications ..." (Reply, para. 11).

On the letter from the Panamanian Ministry of Foreign Affairs of 2 December 2000 to the Registrar of the Tribunal: "The document simply restricts itself to authorizing [Mr Carrey6] to litigate on behalf of Panama, clearly within the exclusive limits of prompt release proceedings within the meaning of article 292 of the Convention" (PV1, p. 13, 11.28-30).

On the letter of 31 August 2004: see PV1, p. 12, II. 36-39

On note verbale AJ 2227: "In the third and fourth paragraphs, this letter indicates that it is sending to the Italian Government a letter from

Mr Carrey6, dated 3 August 2004 and duly certified and apostilled. This is a curious way of proceeding and you might wonder who is representing whom in this case: public or private? Which way round is it?" (PV1, p. 15, II. 9-13).

On specific communications: see Preliminary Objections, paras 10, 13, 14; see Reply, paras 12 to 26; see also PV1, p. 12, I.40- p. 13, I. 30; p. 14, I.45 - p. 17, 1. 9.

Panama

"...Panama would not have instituted proceedings before the Tribunal if it felt that a legitimate dispute did not exist" (Observations, para. 6).

"...the detention of the MN Norstar, its acquittal, and the subsequent failure of Italy to pay damages constitute a dispute, and ... Italy's refusal to respond to any of the formal communications it received from Panama concerning this matter have prolonged that dispute's existence" (Observations, para. 76).

On communications:

"By refusing to answer Panama's communications, Italy has, in fact, implicitly taken a very different position from Panama by rejecting Panama's formal requests, thereby confirming the existence of a serious disagreement" (Observations, para. 9).

"I [the Agent of Panama] do not have to communicate in diplomatic language or with a note verbale. Perhaps presuming that Italy would raise this issue, I went to the Ministry of Foreign Affairs of Panama and requested that the communications I had been sending to Italy be then sent through diplomatic channels" (PV4, p. 12, II. 38-41).

"Italy has not responded to any of the written communications sent by Panama That Panama has made a claim which Italy has not acknowledged, much less attempted to resolve, clearly indicates the

existence of a dispute. The Tribunal should recognize the good intentions of Panama and take into account the silence of Italy as unambiguous evidence of its refusal of Panama's claim" (Observations, para. 7, see also para. 8).

"...the Rules of the Tribunal do not prohibit a party being represented by a 'private lawyer- (PV6, p. 2, II. 22-23).

"...a correspondence does not need to include a written representative power for representation to be effective. An indication of the person or state who is represented is sufficient. Also, the relevant authorization can be given with retroactive effect by the state represented" (PV6, p. 2, II. 28-31).

"...with note verbale 2227 of 31 August 2004, Panama expressly confirmed to Italy that its Ministry of Foreign Affairs had certified that lawyer Nelson Carreyo was empowered to act as the representative of the Republic of Panama before the International Tribunal for the Law of the Sea" (PV6, p. 2, I. 33-39).

On the letter from the Panamanian Ministry of Foreign Affairs of 2 December 2000 to the Registrar of the Tribunal:

"The document simply restricts itself to authorizing [Mr Carreyo] to litigate on behalf of Panama [Italy] only adds that it was for the prompt release procedures when a lawyer obtains a power of attorney to lift the arrest of a vessel, is it not also authorized to communicate with another party in any terms?" (PV4, p. 13, II. 22-26; see also PV6, p. 2, II. 12-15).

On specific communications: see Observations, paras 19 to 33; PV3, p. 16, I. 24 - p. 17, I. 15; p. 17, I. 39 - p. 20, I. 2.

On the declarations pursuant to article 287 of the Convention: see Observations, para. 49; see Application, para. 2.

Does the dispute relate to the interpretation or application of the Convention (see article 288, paragraph 1, of the Convention)? / Relevance of the rights invoked by the Applicant.

Italy

"...there is no dispute between Panama and Italy concerning the interpretation or application of UNCLOS ...the provisions invoked by Panama in its Application are manifestly irrelevant to the present case and therefore Panama has failed to establish a prima facie case" (Reply, para. 28).

On correspondence: see PV 1, p. 18,11.26-27 and p. 19, II. 22-24.

On article 288 of the Convention: see Preliminary Objections, para. 18, and Reply, para. 29):

"...the provisions of UNCLOS that Panama relies upon are manifestly inapplicable to the facts of the present case, and therefore cannot provide an appropriate legal basis for sustaining Panama's Claims" (Reply, para. 32; see Preliminary Objections, para. 19).

"...Panama refers to provisions totally inconsistent, both *ratione loci* and *ratione materiae*, with respect to the seizure of the MN Norstar in the Bay of Palma de Mallorca, that is, in Spanish internal waters, by the Spanish Authorities" (Reply, para. 32).

"[A]II the provisions referred to by Panama in its Application manifestly concern maritime zones different from internal waters. Consequently, articles 33, 87 and 111 UNCLOS clearly do not apply to the facts of the instant case" (PV5, p. 6, II. 24-27).

"It is not enough ... for the Applicant to refer to a certain number of the provisions of the Convention when he files his application to obtain the jurisdiction *ratione materiae* of the Tribunal" (PV1, p. 18, II. 38-40).

On article 33 of the Convention: see Reply, para. 33; PV1, p. 35, II. 26-33;

On article 73 of the Convention: see Reply, paras 34 to 36; PV1, p.35, I. 35 - p. 36, I. 12;

On article 87 of the Convention: see Reply, paras 37 to 39; PV1, p.19, II. 31-44; p. 36, II. 14-34;

On article 111 of the Convention: see Reply, para. 41; PV1, p.36, I. 36- p. 37, I. 9; PV5, p. 6, I. 29-37;

On article 226 of the Convention: see Reply, paras 42 to 44; PV1, p. 37, II. 10-30;

On article 300 of the Convention: see Reply, paras 45 to 48; PV1, p. 37, II. 32-41.

Panama

"...this dispute falls under the scope of the Convention and how its rules are interpreted and applied" (Observations, para. 5, see para. 79).

"The claim of the Republic of Panama is based on Respondent's violations of Articles 33, 73 (3) and (4), 87, 111, 226 and 300 and others of the Convention. The right of peaceful navigation of the Republic of Panama through the my Norstar was violated by the Italian Republic agents the latter hindering the movements and activities of foreign vessels in the .High Seas without complying with essential norms of the Convention ..." (Application, para. 9; see Observations, paras 49 and 71).

"Panama takes this opportunity to concede that article 73 (Reply, paragraphs 34, 35, and 36) and article 226 (paragraphs 42, 43 and 44) do not apply to this case, since these provisions fall under Part XII, which is devoted to the protection and preservation of the marine environment" (PV3, p. 23, II. 15-18; see also PV3, p. 9, II. 14-15).

"In its Application to the Tribunal, Panama identified the subject-matter as 'a dispute concerning, inter alia, the contravention by the Italian Republic of the provisions of the Convention in regard to the freedoms of navigation and/or in regard to other international lawful uses of the sea specified in Article 58 of the Convention for damages...caused by an illegal arrest of the Norstar (Observations, para. 49; see Application, para. 3; PV3, p. 23, II. 23-26).

On article 87 of the Convention: PV3, p. 23, II. 50-51; PV3, p. 24, II. 12-13;

On article 111 of the Convention: PV3, p. 24, II. 22-38;

On article 297 of the Convention: see Observations, para. 51; PV3, p. 9, II. 15-18;

On article 300 of the Convention: PV3, p. 24, II. 40-43.

For Italy, there is a lack of powers of representation, which has given rise to:

- a) the inexistence of a dispute;
- b) non-respect of the obligation to proceed with an exchange of views. In its opinion
- c) only State organs or persons expressly authorized may act on behalf of a State and a distinction has to be made between
- d) a specific aim and general aims.

It is noted that communications with Italy started on 15 August 2001. The dispute came about as a result of the fact that Italy did not acknowledge Panama's Application. It appears that the refusal to collaborate is the formal proof of the existence of a dispute.

The legal regime of the dispute:

In the absence of a definition of the dispute in the statutes of inter-

national courts and tribunals, recourse must be made to their case law in order to establish its legal regime, since the contentious jurisdictional function of tribunals leads them to be seized of disputes which have to be settled on the basis of the law; that is, the dispute must exist and be justiciable.

(1) According to the P.C.I.J., "A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons" (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment no. 2, 1924, P.C.I.J. Series A no. 2, p. 11; definition repeated by the Tribunal in the Southern Bluefin Tuna cases*).

(2) The question as to whether a dispute exists in a given case must be "objective[ly] determin[ed]" by the Court (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, first phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74*).

(3) The Court states that IT must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other" (*South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1962, p. 328; Armed activities on the territory of the Congo, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 40, paragraph 90*).

(4) The Court's determination "must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form" (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 84, para. 30.*)

(5) In principle, the dispute must exist at the moment when the application is submitted to the court (*Aerial Incident at Lockerbie, I.C.J. Reports 1998, paras 42-44*).

(6) "However, a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, para. 89*).

(7) The ICJ also stated that "the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for" (Georgia/Russian Federation, *op. cit.* paragraph 30).

(8) According to the ICJ:

If the Court is seized on the basis of declarations made under Article 36, paragraph 2, of the Statute, it is not necessary for negotiations to be held unless one of the relevant declarations states otherwise (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, at p. 322, para. 109). Moreover, "although a formal diplomatic protest may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other, such a ... protest is not a necessary condition ... in determining whether a dispute exists or not" (Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, 17 March 2016, para. 72). Similarly, the notification of the intention to bring proceedings is not necessary for the purpose of being able to seize the Court (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 297, para. 39).

(9) Furthermore:

The existence of a dispute must be established objectively by the Court on the basis of an examination of the facts (Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, 17 March 2016, para. 50). To that end, it takes account in particular of all the declarations or documents exchanged between the parties (Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I. C.J. Reports 2012 (II), p. 422, at pp. 443-445, paras 50-55), and exchanges which have taken place in multilateral fora (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 70, at p. 94, para. 51, p. 95, para. 53). In so doing, it pays particular attention "to the author of the statement or document, their intended or actual addressee, and their content" (*ibid.*, p. 100, para. 63).

(10)

The Parties' conduct may also be taken into account, in particular in the absence of diplomatic exchanges (Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, 17 March 2016, paras 71 and 73). As the Court stated a disagreement on a point of

law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis* as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party (Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I. C.J. Reports 1998, p. 315, para. 89.)

In particular, the Court judged that "the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for" (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 84, para 30, citing Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 315, par. 89).

(11)

The evidence must show that the "points of view of the parties [are] clearly opposed" as concerns the question brought before the Court (see paragraph 37 above). As earlier decisions of the Court show, in which the question of the existence of a dispute was being examined, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of evidence, that the defendant was aware, or could not be not aware, that its views conflicted with the "positive opposition" of the applicant (Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, 17 March 2016, para. 73; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 70, at p. 99, para. 61, pp. 109-110, para. 87, p. 117, para. 104).

(12)

In principle, the date when the existence of a dispute must be determined is the date when the application is filed (Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea, (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, 17 March 2016, para. 52; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 85, para. 30). When it says, in article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court, that its mission is "to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it", it is indeed disputes existing at the date when they are submitted which are intended.

(13)

The parties' conduct after the application has been submitted (or the application proper) may be relevant from various aspects and, in particular, in order to confirm that a dispute exists (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995,

p. 90, at p. 100, para. 22 and at p. 104, para. 32), to clarify what its subject is (Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p. 602, para. 26), or to determine whether it has disappeared at the moment when the Court decides (Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at pp. 270- 271, para. 55; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, at p. 476, para. 58).

(14)

However, neither the application nor the subsequent conduct of the parties or declarations made by them during the case could enable the Court to conclude that it was satisfied that the condition of the existence of a dispute had been met in this case (Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), pp. 444-445, paras 53-55). If the Court had jurisdiction with regard to disputes resulting from exchanges which had taken place during the proceedings before it, the respondent would be deprived of the possibility to react, before the case was introduced, to the claim concerning its behaviour. Moreover, the rule whereby the dispute must in principle already exist at the date when the application is filed would be rendered devoid of substance.

In the light of these different decisions, there is no doubt that a dispute does exist between Panama and Italy in the present case.

- The content of the letters of 3 and 6 August 2004 concerning the illegal seizure did not receive any response; and

- the letter of 2 December 2000, authorizing Mr Carrey6 to act on behalf of Panama and the MN "Norstarall concerned the actions associated with the seizure of the vessel and in particular the negotiations for the request for reparations. This letter goes further than the conduct of prompt release proceedings.

Note verbale no. 2227 of 31 August 2004, confirmed by the Ministry of Foreign Affairs of Panama, shows that Mr Nelson Carrey6 had been mandated to act as Panama's representative before the International Tribunal for the Law of the Sea.

Note verbale no. 97 of 7 January 2005 confirms Mr Carreyo's mandate as "legal representative of the Republic of Panama and the interests

of the owners of the vessel 'Norstar'.

The communications from Panama concerning the case received no reply from Italy, and Italy only put forward its argument concerning the lack of powers of representation in its Reply of 8 July 2016.

This lack of any reaction in circumstances calling for one constitutes a dispute. And this attitude of the Italian Party also affects the conditions provided for in article 283, paragraph 1, of the Convention, which requires the Parties to a dispute to proceed promptly to an exchange of views concerning the settlement of the dispute by negotiation or any other peaceful means. It should be recalled that the exchange of views should concern the dispute-settlement means alone, and the respondent is obliged to react since an exchange of views requires two parties as one can hardly negotiate with one's own shadow.

In sum, it can indisputably be concluded that a dispute does exist in the present case.

(2) Does the Tribunal have jurisdiction *ratione personae*?

Italy

- "Italy is not the proper respondent in this case and, in any event, Panama's claim would inevitably involve the ascertainment of rights and obligations of a third State in its absence from the present proceedings and without its consent" (Preliminary Objections, paras 4 (b) and 17 (b), see para. 22; see Reply, para. 176 (b)).

Panama

- "... Italy, and only Italy, is the proper respondent to these proceedings" (Observations, para. 5).

Relevance of the order for seizure of the MN "Norstar" for the purpose of establishing the existence of an internationally wrongful act

Italy

- "In order to assess whether Italy is the proper respondent in the present case, it is essential to determine whether the order for seizure of the M/V Norstar can engage

the international responsibility of Italy" (Reply, para. 61).

"[T]he order for seizure issued by the Italian judicial authorities, together with a request for its enforcement addressed to the Spanish authorities, did not amount per se to a breach of the Convention" (Reply, para. 64).

"...the order for seizure of the Italian judiciary could only be deemed as conduct 'preparatory' to an internationally wrongful act ... " (Reply, para. 67; see PV1, p. 25, II. 29-33).

"...the actual conduct complained of by Panama is not the order for seizure, but the material arrest and detention of the MN Norstar, which cannot be attributable to Italy, neither as a matter of fact, nor of law" (Reply, para. 68; see PV1, p. 24, II. 23-26 and p. 25, II. 35 - p. 26, I. 10; see also PV5, p. 7, II. 4-9).

"[T]he Agent from Panama purported to reframe its claim, when it stated that 'Panama contends that the conduct complained of was the order for the seizure' (PV5, p. 4, II. 30-34).

"Since the order for seizure was not enforced by the Italian authorities, nor was it enforced in Italy, the Panamanian Claim has been addressed to the wrong respondent, both as a matter of fact and law, irrespective of its merits" (Reply, para. 70).

Panama

- "Panama contends that the conduct complained of was the order for the seizure, the physical detention being the natural consequence of the wrongful conduct of Italy's order: sequestration, arrest, detention, seizure. The order of arrest was an internationally wrongful act because it was issued in contravention of several provisions of UNCLOS. If Italy had respected such provisions it would not have ordered the arrest of the Norstar, and its responsibility would not have accrued" (PV3, p. 26, II. 16- 22).

Is an alleged international wrongful act in the present case attributable to Italy?

Italy

"[T]he arrest and detention of the M/V Norstar cannot in any way be attributed to Italy" (PV1, p. 29, II. 42-43, see also p.26, II.8-10).

"[E]ven though the order for seizure of the MN Norstar has been issued by an Italian Public Prosecutor, the actual arrest and detention of the vessel has not been executed by Italian enforcement Officials, but by the Spanish Authorities. The Applicant

acknowledged this matter of fact in its letter dated 17 April 2010 to the Italian Ministry of Foreign Affairs, in which it stressed that the vessel was still being kept in Palma de Mallorca" (Preliminary Objections, para. 21). Panama's "proposition is oblivious to the basic international rules of the law of State responsibility regarding the attribution of an internationally wrongful act, on the one hand, and the 'independent responsibility principle', on the other" (Reply, para. 74).

On attribution of conduct:

"[T]he conduct of the authorities of Spain could be attributed to Italy only if they could be deemed to have acted as 'organs put at the disposal' of Italy under Article 6 ASR. The circumstances complained of in the Application show that this is not the case" (Reply, para. 76; see PV1, p. 27, II. 31-33).

"[T]he 1959 Strasbourg Convention gave to the Spanish authorities ample margin to refuse the Italian letter rogatory" (PV5, p. 5, II. 5-9).

On the 1959 Strasbourg Convention: see PV1, p. 28, I. 34 - p. 29, I. 33.

On the "independent responsibility principle":

"The principle in question is particularly germane to the circumstances of the present case, where the enforcement of the arrest of the vessel was carried out by a State other than the Respondent State upon request by the latter ... " (Reply, para. 81; see PV1, p. 26, II. 12-32).

Panama

- "Panama has not instituted proceedings against Spain and does not consider Spain to have any liability in this case. The detention of the MN Norstar was based on an order given by Italy, not by Spain. Thus, this case does not involve the actions of a third State, only those of Italy" (Observations, para. 12, see also para. 76; see also PV3, p. 28, II. 8-10).

"Italy admits that the order for the seizure of the M/V Norstar was issued by an Italian Public Prosecutor" (Observations, para. 10).

"Italy is still responsible for issuing such an order and, according to article 1 of the ASR, every internationally wrongful act of a State entails responsibility" (PV3, p. 27, II. 6-7).

"...by accepting the Italian request for the execution of its arrest order, it is evident that the Spanish authorities were indeed put at the disposal of Italy" (PV3, p. 27, II. 37-38).

"Without the order of Italy, Spain would never have carried out the seizure. Italy therefore merely used Spain as its executive body" (PV6, p. 4, II. 42- 44; see also PV6, p. 5, II. 1-34; PV 6, p. 5, I. 46 - p. 6, I. 3; PV6, p. 6, II. 44- 48).

Does the "indispensable party" principle apply, preventing the exercise of jurisdiction over the instant case?

Italy

"Since Spain is not a party to the present proceedings, Italy respectfully contends that this Tribunal should dismiss the claim advanced by Panama in the Application for lack of jurisdiction" (Preliminary Objections, para. 24).

On the "indispensable third party" principle:

""[I]t is Spain's arrest and detention of the vessel that constitutes the very subject matter of the judgment that Panama asked this Tribunal to render" (PV1, p. 31, II. 35-36; see also PV1, p. 31, II. 45 - p. 32, I. 9).

"The principle in question prevents the exercise of jurisdiction because the assessment of the legality of the order for seizure issued by Italy could not be made irrespective of the assessment of the legality of the arrest of the vessel in question by Spain, but the reverse is equally true, namely, this Tribunal's jurisdiction would likewise be prevented, by way of corollary, because the assessment of the legality of the order for seizure by Italy would a fortiori imply an assessment of the legality of its enforcement by Spain" (PV1, p. 32, II. 11-17; see also Preliminary Objections, para. 22).

With reference to the Monetary Gold Case, Panama's claim should be dismissed on the basis of the "indispensable party principle" (Reply, para. 87; see Preliminary Objections, para. 23).

With reference to the Certain Phosphate Lands in Nauru Case, ""[t]he facts of the instant case fully satisfy such a restrictive approach, in so far as the relationship between the order for seizure and its enforcement is, indeed, not one of a purely temporal succession, but also of logical connection" (Reply, para. 89).

With reference to the East Timor Case, "[s]hould the Tribunal entertain its jurisdiction over the conduct of Italy about which Panama complains, it would be inevitably assessing whether Spain had the right to materially arrest and detain the MA! Norstar" (Reply, para. 91).

Panama

- "[T]he only legal interests which may be affected are those of Italy, not those of Spain, and the very subject matter of a decision on its merits would concern only

Italy as Respondent" (Observations, para.15).

"Italy is responsible for its actions, since Italy based its request for judicial assistance on an alleged offence which was not actually committed. The claim is, therefore, not about the rights or obligations of Spain, but only about the obligations of Italy" (PV6, p. 7, II. 6-9).

"Spain has not been mentioned, summoned, cited, or even referred to in this case either as defendant or as a third party, nor has it shown any interest in participating through any of the possible methods accepted by the Convention" (Observations, para. 15).

On the "indispensable third party" principle:

"Italy's liability can be determined without Spain's involvement" (PV3, p. 4, II. 9-10).

With reference to the Monetary Gold Case, "this case is fundamentally different and, thus, the Italian argument based on the Indispensable Third Party doctrine is misleading" (Observations, para. 12; see also paras 10, 11).

"The interests of Spain are not an issue in this case, which is why it was not summoned to the proceedings as a Respondent. Thus, the Monetary Gold Case, cited by Italy as support for its argument, is of a different nature and is based on different reasoning" (Observations, para. 13).

"The interests of Spain would not be affected by the judgment, much less constitute the 'very subject matter of the decision'- (PV3, p. 4, II. 30-32).

"...Spain has the opportunity to intervene if it so desires" (O b s e r v a t i o n s , para.12).

"Panama's assertion that Italy's liability in this case can be determined regardless of Spain's involvement was supported by a similar case", referring to the Certain Phosphate Lands in Nauru case (Observations, para. 14).

Italy claims that it is Spain which seized the "Norstar", and that is therefore not the appropriate respondent in the present case. The clauses in the Strasbourg

Convention of 1959 which attribute prerogatives are clear. They present a requesting State and a requested State, which acts in the name and on behalf of the former, in conformity with the Convention.

In truth, Spain itself had no interest in seizing the "Norstar". Its action simply follows the "international letter rogatory sent by the Court of Savona to the Spanish authorities, on 11 August 1998" and Italy's order constituted a request for international judicial cooperation sent by it to Spain. It is thus Italy which initiated the letter rogatory and, consequently, it is Italy which is responsible for the actions of the Spanish authorities, carried out in its name, since, with Spain being the requested State, they were hardly responsible for conducting an investigation into the validity of the seizure of the vessel, or the lack thereof, in the context of a request for cooperation. Spain was accountable only for the manner in which the seizure was carried out; that is for the protection of the integrity of the vessel and crew when seized. This definition of mutual responsibility is inherent in the system of judicial cooperation.

The effect of this distinction between the responsibilities of the requesting State and of the requested State in the area of judicial cooperation is also that, if a criminal accusation is invalid, it is the requesting State which is liable for compensation, not the requested State; any other conclusion would result in the States' refusal to accept a request for judicial cooperation.

As it is, Spain contented itself with providing judicial cooperation pursuant to the 1959 Strasbourg Convention and, consequently, it is for Italy to assume the consequences attaching to its order, as the communication between the two States shows. It indicates that not only did Italy assume full responsibility for the seizure, but also that the two States had assessed the question of Italy's responsibility in the matter.

What is more, in annex to its letter of 18 March 2003, Italy sent Spain the judgment of the Savona court, requesting it to carry out the release order. That is to say, Italy thus considered its request necessary in order for the vessel to be released. Similarly, Spain considered that the vessel was still Italy's responsibility when it requested its authorization to break up the vessel, in its letter of 6 September 2006.

The legal argument to be borne in mind here is that the Tribunal's decision hardly affects the interests of Spain, the requested State, which is not the appropriate respondent. That is to say, Panama's request would hardly involve the determination of the rights and obligations of Spain, without its being party to the present proceedings and without its consent. It is Italy which assumes responsibility for its actions since it based its request for judicial cooperation on an alleged offence which was not committed. Consequently, the Application concerns the obligations of Italy, which is indeed the appropriate respondent, and the Tribunal has jurisdiction in this case.

(3) Did an exchange of views take place regarding the settlement of the dispute by negotiation or other peaceful means (see articles 286 and 283 of the Convention)?

Italy

- "Panama has failed to appropriately pursue the settlement of the dispute by negotiation or other peaceful means under Article 283, paragraph 1, UNCLOS" (Preliminary Objections, paras 4(c) and 17(c); see Reply, para. 176 (a); PV1, p. 23, II. 38-41).

"...no 'exchange of views' with Italy has been pursued by Panama in any meaningful and legally appropriate manner with a view to reaching the settlement of the putative dispute by negotiation, or through other means of dispute resolution, under Article 283, paragraph 1, UNCLOS" (Preliminary Objections, para. 25, see para. 19; see Reply, para. 50).

On communications:

"...the contacts between Panama and Italy ... cannot qualify as an 'exchange of views', nor as genuine attempts to pursue it, under Article 283 UNCLOS. For a communication to be considered relevant for the purposes of an 'exchange of views' it should be made by State representatives - this is not the case in the instant proceedings" (Reply, para. 51, see also para. 52; see Preliminary Objections, paras 19 and 26).

"Just as [Mr Carrey6] was not entitled to act on behalf of the Panamanian State in order to create a disagreement between the two States, he was also unable himself to proceed to an intergovernmental exchange of views with Italy on behalf of Panama"

(PV1, p. 21, II. 34-37).

"...the lack of consistency and continuity of Mr Carrey6's communications renders such communications incapable of meeting the requirement in question" (Reply, para. 56; see PV1, p. 23, II. 28-31).

"...the only communication in which reference was made to Article 283 is the letter sent by Mr Carrey6 on his headed paper to Italy of 3/6 August 2004, i.e., before Italy was ever notified that the sender in question was vested with any governmental capacity" (Reply, para. 57). "[I]n that correspondence there is no real proposal for consultation providing a sufficient indication of the outlines of the alleged dispute having a genuine link with the Convention" (PV1, p. 22, II. 37-39).

On specific communications: see Preliminary Objections, paras 10, 13, 14 and 16; see Reply, paras 12 to 26; see also PV1, p. 23, II. 6-36.

Panama

- "Panama has fulfilled its part in the obligation to exchange views with Italy regarding this matter" (Observations, para. 5). "...Panama notified Italy in writing of its claim by identifying the scope and subject matter delineated by the facts of the case, thereby fulfilling the stipulations of Article 283" (Observations, para. 16; PV3, p. 5, II. 24-26).

"...Italy has omitted relevant facts regarding its and Panama's compliance with Article 283, as well as significant points related to the case itself" (Observations, para. 5).

"Italy has neglected its duty to proceed with an exchange of views and, by doing so, has also prevented Panama from fulfilling its corresponding duty to proceed appropriately" (PV6, p. 4, II. 25-27).

On communications:

"Panama undertook communication with Italy in order to resolve the matter by mutually determining the appropriate amount of damages due for the unlawful arrest of the MN Norstar (Observations, para. 18; PV3, p. 5, II. 12-14).

"Panama avers that it has only used judicial proceedings, and that its communications are not to be taken as diplomatic actions, but only as evidence of compliance with paragraph 1 of article 283, as a true and good-faith intention to engage in ne-

gotiations before resorting to judicial proceedings" (PV4, p. 1, II. 38-41).

"The clear objective of all of the communications sent by Panama that are referred to above was to obtain feedback from Italy about the Panamanian position on the subject matter, and therefore, the feasibility of a negotiation and/or settlement. There have been seven (7) attempts made by Panama with the purpose of understanding the position of Italy concerning this issue, yet all of them have been unsuccessful. Given its silence, it is unclear how Italy intended to comply with Article 283. Italy, by completely ignoring all of the communications sent throughout the years, has effectively impeded any productive exchange of views" (Observations, para. 33; PV3, p. 7, II. 37-43).

"...by failing to answer any of the communications of Panama, Italy has been the party which has precluded this exchange" (Observations, para. 17; see paras 33 and 77; PV3, p. 4, II. 47-48).

"The exchange of views set out by Article 283 has been undermined by the silence of Italy, which has hindered, rather than promoted, Panama's attempts to settle this dispute with Italy by mutual agreement" (Observations, para. 44; PV3, p. 8, I. 49 - p. 9, I. 2).

"...the time passed between the first communication sent to Italy and the submission of the application shows that Panama did not submit the case precipitously to the tribunal" (Observations, para. 34; PV3, p. 7, II. 48-49).

On power of attorney:

"If an Agent is empowered for incidental proceedings, such as a prompt release procedure, he should also be considered qualified to exchange views" (PV3, p. 21, II. 1-2; see also PV4, p. 13, II. 32-33; PV4, p. 14, II. 4-8).

On due process of law:

"The absence of such information undermines Panama's right to defence and violates the Due Process of Law Principle" (Observations, para. 18).

"...the Italian Republic has not complied with the rule of Due Process of Law" (Observations, "Petitum", p. 17).

On communication dated 3/6 August 2004: see Observations, paras 25 to 27; PV6, p. 1, I. 43 - p. 2, I. 6; PV6, p. 3, II. 43-46.

On application of the principle of *venire contra factum proprium*: see Observations, para. 44.

On specific communications: see Observations, paras 19 to 32; PV3, p. 5, I. 32 - p. 7, I. 43.

On case law: see Observations, paras 35 to 39.

According to Italy, Panama did not satisfy the obligation to proceed with an exchange of views.

The Parties are obliged to proceed with an exchange of views concerning settlement by negotiation or some other peaceful means as soon as an application concerning the interpretation and application of the Convention is filed.

Italy's argument contains a logical contradiction, a contradiction in se, in that it proposes that a dispute actually exists, which is, moreover, contested by that country. By not responding to any of Panama's communications, in particular the letter of 3 August 2004, which expressly mentions article 283 of the Convention and is obscured, Italy appears to be the Party which hampered the exchange of views. In the light of the various letters sent to Italy, it appears that Panama communicated with Italy with the object of settling the dispute, fixing an amount for compensation for the damages resulting from the illegal arrest of the "Norstar". Italy has failed to show how Panama had refused to proceed with an exchange of views, but, equally, its attitude demonstrates its refusal to participate in this process.

In the light of Italy's obvious refusal, the possibilities for settlement must be considered to have been exhausted and, hence, the conditions set out in article 283, paragraph 1, of the Convention are met.

The article provides:

When a dispute arises between States Parties concerning the interpretation or application of this Convention, the parties to the dispute shall proceed expeditiously to an exchange of views regarding its settlement by negotiation or other peaceful means.

The applicant, for its part, indicates that it has on several occasions

requested that meetings be held in order to examine the concerns of each party with a view to settling the dispute amicably. It states that the respondent has repeatedly refused to proceed with consultations, failing to respond to the various letters Panama sent.

There would thus be a principle of exhaustion prior to negotiations; hence the objection in *limine litis*, which is what poses the problem of the actuality of the dispute. Negotiations are understood as both a way of determining the subject of the dispute and as a way of settling it. It is in the first sense that the Permanent Court of International Justice explains that

before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations (The *Marrommatis Palestine Concessions*, Judgment no. 2, 1924, C.P.I.J. Series A no.2, p. 15).

That is to say, the parties' attitude should be such that it allows them to reach an agreement. However, they are not obliged to accept a basis for settlement which would harm their own interests. Similarly, a State Party is not obliged to proceed with an exchange of views when it arrives at the conclusion that the possibilities for reaching an agreement have been exhausted (see *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, *Provisional Measures*, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 107, para. 60).

It appears that the respondent's persistent refusal to examine the opposing party's claims had forced it to resort to the procedure instigated in the present case.

Has the applicant thus violated the provisions of article 283, paragraph 1?

The rule of the prior exhaustion of negotiations is found in certain international conventions (for example, the Covenant of the League of Nations, article 13, paragraph 1). Its customary nature, on the other hand, is questionable. The rule appears to be a condition for the jurisdiction

of courts and tribunals or a condition of the admissibility of proceedings introduced by way of an application.

In the first case, international courts and tribunals examine the conditions set and determine them very easily. It is essentially a factual examination of the two parties' attitudes. The ICJ's way of deciding on the question of jurisdiction in this field is entirely applicable to the facts of the present case.

The Court states:

The true value of this objection will readily be seen if it be remembered that the question of the importance and chances of success of diplomatic negotiations is essentially a relative one. Negotiations do not of necessity always presuppose a more or less lengthy series of notes and despatches; it may suffice that a discussion should have been commenced, and this discussion may have been very short; this will be the case if a dead lock is reached, or if finally a point is reached at which one of the Parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can therefore be no doubt that the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation.

But it is equally true that if the diplomatic negotiations between the Governments commence at a point where the previous discussions left off, it may well happen that the nature of the latter was such as to render superfluous renewed discussion of the opposing contentions in which the dispute originated. No general and absolute rule can be laid down in this respect. It is a matter for consideration in each case (South West Africa Cases, Preliminary Objections, Judgment I.C.J. Reports 1962, pp. 345-346).

In the present case, it is clear that an impasse on the matters under discussion has been reached. The prior exhaustion of negotiations also appears to be a legal prerequisite to the seizing of an international court or tribunal. The admissibility of the application is then subject to respect for the rule, However, this rule applies only if the parties have a contractual obligation binding on them. That is to say, that the party invoking the rule of prior exhaustion of negotiations should provide proof that a contractual engagement in that respect binds it to the opposing party.

In this case - since both States are party to the Convention - the respondent did not have to prove that such an undertaking existed between the Parties. That is to say, the Tribunal has jurisdiction and can exercise its judicial power and hear the claims of the Parties in order to adjudicate

the matter.

Although the rule of the prior exhaustion of negotiations is found in certain treaties, it hardly applies in general international law. The International Court of Justice has refused to allow it on several occasions. It even judged, on the basis of State practice, that the application could be submitted to it whilst negotiations were ongoing.

In the Aegean Sea Continental Shelf case, the Court stated:

The Turkish Government's attitude might thus be interpreted as suggesting that the Court ought not to proceed with the case while the parties continue to negotiate and that the existence of active negotiations in progress constitutes an impediment to the Courts exercise of jurisdiction in the present case. The Court is unable to share this view. Negotiation and judicial settlement are enumerated together in Article 33 of the Charter of the United Nations as means for the peaceful settlement of disputes. The jurisprudence of the Court provides various examples of cases in which negotiations and recourse to judicial settlement have been pursued *pari passu*. Several cases, the most recent being that concerning the Trial of Pakistani Prisoners of War (I.C.J. Reports 1973, p. 347), show that judicial proceedings may be discontinued when such negotiations result in the settlement of the dispute. Consequently, the fact that negotiations are being actively pursued during the present proceedings is not, legally, any obstacle to the exercise by the Court of its judicial function (I.C.J. Reports 1978, p. 12, para. 29; see also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 440, paras 106-108; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 303).

On the basis of the above, the Tribunal could have thrown out the objection to jurisdiction raised by the respondent, especially since it had already determined that a State Party is not obliged to pursue the proceedings provided for in section 1 of Part XV of the Convention when it concludes that the possibilities for settling the dispute have been exhausted (see *Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan / Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, para. 60).

IV.OBJECTIONS TO ADMISSIBILITY

(1) Is Panama's claim of an espousal nature (nationality of

claims / diplomatic protection)?

Italy

- "[T]he facts in the present case demonstrate that the latter is manifestly one of diplomatic protection. Accordingly, under the well established rules of international law on diplomatic protection, Panama could validly bring the present claim only if the alleged internationally wrongful act complained of in the Application had affected its own nationals ..." (Preliminary Objections, para. 28; see also paras 27(a), 5 (a), 28 and 35 (a); Reply, para. 177 (a)).

On the relevant "locus": "...locus' does not refer to the place where the bunkering activities causing the order of seizure were conducted. 'Locus' refers precisely to the place where the alleged internationally wrongful conduct, namely the seizure itself, took place. That place is the Spanish internal waters" (PV5, p. 7, II. 12-15).

On diplomatic protection: "[A]gainst the background of the factual circumstances of the present case, Panama's Claim predominantly, if not exclusively, pertains to alleged 'indirect' violations and that, therefore, Panama's Claim is of an espousal nature" (Reply, para. 96; see paras 106 and 113; see also PV1, p. 34, II. 6-11; PV2, p. 1, 11. 19-22; PV5, p. 7, II. 37-50).

With reference to article 18 of the ILC Articles on Diplomatic Protection, "[t]he claims put forward by the State of nationality or by the flag State under such circumstances are equally 'indirect' in nature. Accordingly, when a claim is lodged by the flag State, preponderantly, if not exclusively, to seek redress for the individuals involved in the operation of the ship, the local remedies rule applies on the same grounds as in a diplomatic protection case" (Reply, para. 98).

On article 14 of the ILC Articles on Diplomatic Protection: see also PV2, p. 1, I. 33 - p. 2, I. 7.

"It clearly emerges from each and all of the communications sent

by Mr Garrey& or Panama, on the matter at issue, that the nature of the Claim and the remedy sought by Panama concern preponderantly, if not exclusively, the monetary interests of the owner of MN Norstar" (Reply, para. 107; see PV2, p. 4, II. 27-31).

On the content of communications: see PV2, p. 4, I. 33 - p.6, I. 27.

On the content of notes verbales: see PV2, p. 6, I. 46 - p. 8, I. 2.

"In fact, Mr Carrey6 was defending the financial interests of the M/V Norstar's owner, acting in his capacity as a private lawyer specializing in commercial and maritime law" (PV2, p. 3, II. 31-33).

On the use of Mr Carreyo's personal headed paper: see PV2, p. 3, 11. 35-37;

On the apostille under the Hague Convention of 1961: see PV2, p. 3, I. 39- p. 4, I. 4.

"The preponderance of the indirect character of the injury invoked by Panama, not only emerges from the claims for damages in question, but is also corroborated by the manifest irrelevance of the random UNCLOS provisions relied upon in the Application as the basis for the putative direct violation of Panama's rights" (Reply, para. 111).

"Panama has explicitly recognised the espousal character of its Claim in its Observations ..." (Reply, para. 110).

With reference to the MN "SAIGA" case: "Italy fully acknowledges the principle authoritatively stated by this Tribunal" (Reply, para. 96).

On case law concerning direct / indirect injury and "preponderance test": see Reply, paras 99 to 106;

On MN "Virginia": see PV2, p. 1, I. 24-31 and PV5, p. 8, I. 45 - p.9, I. 4;

On MN "SAIGA": see PV2, p. 2, I. 20-28 and PV5, p. 8, II. 10-43.

On nationality of the vessel and persons associated with the vessel: "... neither the MN Norstar was owned, fitted out, or rented, by a natural or legal person of Panamanian nationality, nor the accused in the Italian criminal proceedings were Panamanian nationals, and since the victims of the alleged Italian internationally wrongful conduct have not exhausted the local remedies available under the Italian legal system with regard to the claim for compensation, Italy respectfully maintains that this Tribunal should declare the claim by Panama inadmissible" (Preliminary Objections, para. 29; see also PV2, p. 2, I. 33 - p. 3, I. 13 on a letter from the owner of the M/V Norstar of 2 February 1999).

Panama

- "[T]his case is admissible ... because it [Panama] has the right to protect its national subjects by diplomatic action or through the institution of international judicial proceedings ..." (Observations, para.5).

"[T]his claim is not one of diplomatic protection, nor is it espousal or based on indirect violations. Rather, Panama contends that the present case is one involving a direct violation of its rights accorded by the Convention and, as a consequence of those violations, damages inflicted must be compensated" (PV4, p. 3, II. 36-39).

"Panama has the right and duty to protect its registered vessels and use the peaceful means to assure that other members of the international community respect its rights. There should not be any question that without this claim by Panama, the owner would not have access to this Tribunal" (Observations, para. 58; PV3, p. 29, II. 13-20).

"[W]hen States bring cases either 'by resorting to diplomatic action or to international judicial proceedings', in reality they are asserting their own rights" (PV3, p. 28, II. 48-50; see also PV3, p. 29, II. 31-33).

On diplomatic protection:

"... the exertion of diplomatic protection and the institution of judicial proceedings on behalf of non-nationals are discretionary rights of any State. Panama submits that it is entitled to exercise diplomatic protection by diplomatic action or by international judicial proceedings not limited to formal presentation before international tribunals" (Observations, para. 54, see para. 80; PV3, p. 9, I. 39-42; see also PV6, p.9, II. 29-34).

"[T]he Rules of the Tribunal do not prohibit a party being represented by a 'private lawyer (PV6, p. 2, II. 22-23; on the use of a personal letterhead: see PV6, p. 2, II. 23-26; on the apostille under the 1961 Hague Convention: see PV6, p. 3, II. 12-23).

On nationality of the vessel and persons associated with the vessel:

"The fact that the victims of the wrongful conduct of Italy are not nationals of Panama does not disqualify this claim because it is based on the deprivation of the property of a juridical person having a vessel registered in Panama" (Observations, para. 58).

"[I]f Italy had taken into account the nationality of the MN Norstar, the essence of what this claim is about, it would unconditionally have to accept that she holds Panamanian nationality. Even its own competent authorities have granted this. The fact that the MN Norstar is a national subject of Panama is precisely the reason that Panama has brought this case to this Tribunal" (Observations, para. 56; PV3, p. 9, I. 44 - p. 10, I. 4).

With reference to the MN "SAIGA" Case: "the Convention considers a ship as a unit ... The nationalities of these persons [persons involved or interested in the vessels° operation] are not relevant a flag State is entitled to present claims for damages on behalf of natural and juridical persons who are not its own nationals if the above conditions apply" (Observations, para. 58).

On MN "SAIGA": see also PV3, p. 10, II. 6-11; PV4, p. 2, I. 19 - p.3, I. 27; PV6, p. 9, II.18-23.

On the MN "Virginia G" case: see PV4, p. 3, I. 46 - p. 4, I. 45.

On fees and taxes: "...due to the wrongful act of Italy, Panama has not received the vessel registration fees, taxes, and duties owed by the MN Norstar since its improper seizure. Therefore, Panama is obligated to act on the M/V Norstar's behalf" (Observations, para. 57).

According to Italy:

"neither the MN Norstar was owned, fitted out, or rented, by a natural or legal person of Panamanian nationality".

This leads us to believe that the Application has an espousal nature and should be declared inadmissible.

Panama submits that it has a right to protect vessels flying its flag, either by taking diplomatic action or by instituting or opening international judicial proceedings.

Italy has indicated that Panama could validly submit its Application only if the wrongful act had affected its nationals. Italy is thus referring to the nationalities of the owner, the charterer, the captain and the crew, whereas what is essential here is the flag, that is, the "Norstar", which is registered in Panama. It should be noted that the lack of a jurisdictional connection to Italy obliged Panama to choose international judicial procedure to protect the "Norstar", flying its flag, and request reparation for the damage caused by third States.

Panama considers that the present case implies a direct violation of its rights under the Convention and that, owing to this violation, reparations must be made for the prejudice caused.

It should be recalled that, when States have recourse to diplomatic action or international judicial procedure to enforce their rights, they are in fact only ensuring that international law is being respected, through their nationals.

(2) Does the requirement of exhaustion of local remedies apply and has it been met (see article 295 of the Convention)?

Italy

"While such a claim is preponderantly, if not exclusively, of a diplomatic protection character, the requirements for its exercise - i.e that of the exhaustion of local remedies - have not been met" (Preliminary Objections, para. 27(a), see also paras 5(a), 28 and 35(a); see Reply, para. 177 (a); see PV 2, p. 18, II. 32-34).

"Panama could validly bring the present claim only if the alleged internationally wrongful act complained of in the Application had affected its own nationals, and if they had exhausted the local remedies available in the legal order of the alleged wrongdoing State. The facts of the case plainly show that neither of the two requirements has been met" (Preliminary Objections, para. 28).

"Panama's Claim is clearly one predominantly, if not exclusively, of an espousal nature. Accordingly, the local remedies rule applies to the instant Claim" (Reply, para. 115; see PV 2, p. 8, 11. 29-31).

On the exhaustion of local remedies as a rule of international law: see Reply, para.

116; see also PV2, p. 15, I. 44 - p. 16, I. 9.

On article 295 of the Convention: see Reply, para. 117.

On exceptions to the rule of exhaustion of local remedies: With reference to article 15 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, "[n]one of these exceptions applies in the present case" (Reply, para. 120; see PV2, p. 15, I. 44 - p. 16, I. 9).

On proceedings before national courts: "...the Tribunal of Savona acquitted all the accused of all charges and ordered the lifting of the seizure of the MN Norstar on 13 March 2003 and transmitted this decision to the Spanish Authorities on 18 March 2003" (Reply, para. 120).

"[O]n 18 August 2003 the public prosecutor at the Court of Savona appealed against that judgment. However, on 25 October 2005 the Court of Appeal of Genoa upheld the judgment given by the court of first instance" (PV2, p. 12, I. 6-8). "[T]he appeal certainly did not concern the seizure of the M/V Norstar because the Italian public prosecutor did not request the Court of Appeal of Genoa to suspend the order to return the vessel" (PV2, p. 12, II. 22-24; see also PV5, p. 7, II. 30-35).

On legal remedies available to the ship-owner "Those companies [involved in the use of the MA/ Norstar] had a five-year time limit to file a claim for the damages allegedly caused by the order of seizure before Italian domestic courts. This time limit expired on 9 December 2010, no action on the part of the ship-owner having been instigated" (Reply, para. 121; see PV2, p. 9, II. 8-13; PV2, p. 10, II. 7-10; on remedies available before the judgment of the Court of Savona of 18 March 2003: PV2, p. 9, I. 26 - p. 11, I. 34; on remedies available after that judgment: PV2, p. 16, I. 16 - p. 18, I. 23).

Panama

"[T]his case is admissible ... because it [Panama] is not prevented from doing so ... by the requirement to exhaust local remedies the rule of exhaustion of local remedies is only applicable when the acts complained of are carried out within the territorial waters of a coastal State, and this was not the case in this instance" (Observations, para. 5; PV3, p. 14, II. 36-41).

"[T]he exhaustion of local remedies rule does not apply in the present case since the actions of Italy against the MA/ Norstar, a ship flying the Panamanian flag, violated the right of Panama, as a flag State under the Convention, to have its vessels enjoy the freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea related to that freedom, as set out in Articles 33, 58, 73 (3) and (4), 87, 111, and 300 among others" (Observations, para. 71, see para. 80; PV3, p. 12, II. 45-48; PV6, p. 7, I. 22 p. 8, I. 5).

On rights claimed by Panama:

"[They] are not based on obligations concerning the treatment of aliens. Instead, they are based on the treatment of a Panamanian subject, whose rights ... were violated" (Observations, para. 73; PV3, p. 13, II. 24-28).

On exceptions to the rule of exhaustion of local remedies:

On the jurisdictional connection:

With reference to M/V "SAIGA" Case: "the exhaustion of local remedies rule does not apply in the absence of a 'jurisdictional connection- (Observations, para. 72; see also para. 74). "Since the facts of the case show that the M/V Norstar was outside its territorial waters, Italy was not entitled to apply its customs rules to its operation because there was no jurisdictional connection..." (Observations, para. 74; PV3, p. 13, II. 35-38).

"Whether local remedies apply to this case ... depends on the locus where Italy determined the MN Norstar was carrying out its bunkering activity" (Observations, para. 74; PV3, p. 13, II. 30-33).

On proceedings before national courts:

"[T]he public prosecutor appealed the first-instance decision of the Savona Court, which made impossible the compliance of the Savona Court's ruling on the return of the vessel" (PV4, p. 11, II. 5-7).

"Italy's compliance with the judgment by its own authorities is still unrealized" (PV4, p. 11, II. 35-36).

"In any event, the conclusion of the court case in Italy has exhausted the local remedies, so this is no longer an issue. Thus, the 'exhaustion of local remedies' argument is moot" (Observations, para. 74).

According to Italy:

"While such a claim is preponderantly, if not exclusively, of a diplomatic protection character, the requirements for its exercise - i.e. that of the exhaustion of local remedies - have not been met".

"Panama could validly bring the present claim only if the alleged internationally wrongful act complained of in the Application had affected its own nationals, and if they had exhausted the local remedies available in the legal order of the alleged wrongdoing State. The facts of the case plainly show that neither of the two require-

ments has been met".

"Panama's Claim is clearly one predominantly, if not exclusively, of an espousal nature. Accordingly, the local remedies rule applies to the instant Claim".

For Panama:

the rule of exhaustion of local remedies is only applicable when the acts complained of are carried out within the territorial waters of a coastal State, and this was not the case in this instance.

The rule does not apply in this case because Italy's actions against the "Norstar", a vessel flying the Panamanian flag, violated the right of Panama, the flag State in the sense of the Convention, to see its vessels enjoy the freedom to navigate and use the sea for other internationally legal acts associated with the exercise of these freedoms.

The rights claimed by Panama are based on the "treatment of a Panamanian subject whose rights ... have been violated".

Let us remember that the Tribunal has already determined that the exhaustion of local remedies rule does not apply when the respondent State has been directly harmed by the wrongful act of the other State ("*Virginia G*" case). In that case, the Tribunal recalled the rights of the applicant State, deriving from the Convention, and declared that violating them thus amounted to direct prejudice to the applicant State. In the present case, Panama is objecting, inter alia, to the violation of its freedom to navigate, and its Application concerns prejudice caused directly to it. Consequently, this is not a case of diplomatic protection and, thus, the exhaustion of local remedies rule does not apply here.

Italy has, moreover, maintained that Panama has not established prima facie a sufficient link between the facts of the present case and the provisions of the Convention to which reference is made as concerns the seizure of the "Norstar" in the Bay of Palma de Mallorca, that is, in Spanish internal waters. However, the location where the vessel was sei-

zed is less decisive than the motivation of Italy, which accused Panama of infringing its tax laws by bunkering mega yachts on the , high seas. It is on that basis which Italy proceeded to have the vessel seized, as a sanction, and for Panama, Italy has thus violated its rights and, in particular, its freedom to navigate on the high seas, in application of its customs legislation. This seizure hardly affects the exhaustion of local remedies rule, of which the prior condition for implementation is that a judicial connection be established between the person suffering the damage and the State responsible for the alleged wrongful act. In the present case, as the Genoa Appeal Court noted, Italy did not apply its customs law or its criminal law in its territorial waters but on the high seas. In the MN "SAIGA" (No. 2) Case, the Tribunal considered that this did not constitute a judicial connection and that the exhaustion of local remedies rule did not apply: that is, the Application is admissible in the present case.

(3) Is Panama precluded from bringing its claim before the Tribunal in light of the principles of acquiescence, extinctive prescription and estoppel?

Italy

- "Panama is time-barred and estopped from validly bringing this case before this Tribunal due to the lapse of eighteen years since the seizure of the Vessel and Panama's contradictory attitude throughout that time" (Preliminary Objections, para. 27(b), see also para. 5 (b); see Reply, para. 177 (b)).

"[T]he Claim brought by Panama is... inadmissible due to the operation of the principles of acquiescence, extinctive prescription and estoppel" (Reply, para. 123, see para. 175).

"[T]he purpose of extinctive prescription in international law is not just about avoiding prejudice to a respondent State the purpose of extinctive prescription and acquiescence is also providing certainty" (PV5, p.10, II. 10-13).

Panama

- "Panama contests that the objections by Italy on the basis of extinctive prescription, acquiescence and estoppel do not constitute a prima facie defence" (PV6, p. 16, II. 47-49). "Panama argues that the examination of this principle is a matter of the merits only. Thus, the fact that we are discussing these objections must not be deemed as prejudicial to the question of whether the principles are a matter of admissibility

or of the merits" (PV6, p. 10, II. 29-32).

"[T]his case is admissible ... [Panama] is not prevented from doing so by a time bar, by an estoppel ... Panama is not time barred, because its communications with Italy have extended the time limit for bringing this case and, thus, voided any prescription regarding it. Since Italy has not relied on any pertinent statement of Panama, the requirement of estoppel has not been met" (Observations, para. 5).

"[T]he applicability of these principles [time bar, acquiescence, and estoppel] is dependent on the particular circumstances of this case" (PV6, p. 15, II. 12-13).

"Even though the application of the above principles in international law might be accepted generally, which, however, is not the case, just to mention the European Convention on Human Rights, it is important to point out that since there are no fixed rules based on prerequisites, the criteria given by Italy as to 'the guarantee, the certainty of rights and the predictability of their exercise' are of no relevance on a stand-alone basis" (PV6, p. 14, II. 28-33).

"There is no procedural limitation of action under international law. Nor is a claim barred or estopped after a particular lapse of time, say 20 or 30 years" (PV6, p. 14, II. 40-41).

"[C]ontrary to Italy's allegations, Panama's conduct and activities cannot be considered as waiving its rights. Even more, Italy could not reasonably rely on that conduct and conclude that Panama would not pursue its claims any more" (PV6, p. 16, II. 24-27).

On circumstances extending Panama's efforts to litigate: PV6, p. 15, I. 26 - p. 16, I. 22.

Did Panama acquiesce to not pursuing its claim?

Italy

- "A State's failure to act to pursue a claim, after having indicated in clear and unequivocal terms its intention to pursue the claim judicially within a reasonable time, is, for the purposes of acquiescence, a situation in which the claimant has failed to assert claims in circumstances that would have required action" (Reply, para. 132; see PV5, p. 10, II. 32-41).

"[T]he various communications sent by Mr Carrey6 were not capable of asserting Panama's Claim visa vis Italy. Italy wishes to refer the Tribunal to those paragraphs ... to demonstrate the acquiescence of Panama with respect to the Claim that it has now brought against Italy before this Tribunal" (Reply, para. 126).

"Panama has not validly asserted its claim" (PV2, p. 20, I. 16). "[T]he consequence of this is that Panama is making its claim for the first time before this Tribunal and is doing so more than 18 years from the date when the event complained of by Panama allegedly occurred [i]t takes much less than 18 years of inactivity to bar a State from bringing a claim due to acquiescence or extinctive prescription" (PV2, p. 20, II. 21-28).

On note verbale AJ 97 of 7 January 2005:

"[T]his is the last formal communication sent by Panama to Italy on 7 January 2005. If this Tribunal should disagree with Italy and hold that Panama's claim has been validly asserted by Panama, but should still agree with Italy that the last communication from Mr Carrey⁶ does not validly make Panama's claim, then 7 January 2005 is the date from which Panama's inactivity as regards the pursuit of its claim starts. Under this scenario Panama would have remained silent for ten years and 11 months before bringing its claim before this Tribunal" (PV2, p. 20, I. 42 - p. 21, I. 5).

On the communication of 17 April 2010 and institution of proceedings before the Tribunal:

"[A]fter the communication of 17 April 2010, Panama stopped communicating with Italy for 5 years and 7 months, before bringing a claim against Italy *ex abrupto*" (Reply, para. 128; see PV2, p. 21, II. 7-12: "five years and eight months"). "Panama failed to assert its claim for a long period of time ... 5 years and 7 months is a very long period of time to assert a claim for compensation of damages ... " (Reply, para. 129; see PV2, p. 21, I. 23 - p. 22, I. 4).

"Panama's failure to do so, for an unreasonably long period of time, means that after 5 years and 7 months, 'the respondent State could legitimately expect that the claim would no longer be asserted— (Reply, para. 131; see PV2, p. 22, II. 16-22; PV5, p. 10, II. 39-41).

On the doctrine of acquiescence: see Reply, para.124; PV2, p. 19, I. 46- p. 20, I.3;

On the requirements for the application of acquiescence: see Reply, para. 125; PV2, p. 20, II. 5-11.

Panama

- "Acquiescence requires the claimant to have failed to assert its claims in circumstances that would have required action. This includes circumstances where the respondent State could legitimately expect that the claim would no longer be asserted. Whether this requirement has been met in this case must be established by the Tribunal based on the

specific circumstances of the case' (PV6, p. 11, II. 12-18).

"[T]he present case does not meet the requirements for acquiescence" (PV6, p. 12, II. 13-14).

"Panama has sent Italy numerous letters claiming the existence of a wrongful act. Panama further made it clear in its communication that it had suffered substantial damages and that Italy is obligated to pay damages. Panama further announced that proceedings would be initiated before the Tribunal if the parties were unable to reach a settlement" (PV6, p. 11, II. 20-24).

"During all of this time, Italy did not return the vessel to the owner" (PV6, p. 11, II. 29-30).

"Italy itself delayed the settlement of the dispute by failing to respond to Panama's letter while promising a response which was never fulfilled" (PV6, p.12, II. 11-12).

Is Panama time-barred from submitting the case before the Tribunal?

Italy

"Eighteen years have lapsed from the date of the seizure by Spanish Authorities of the M/V Norstar and Panama is therefore time-barred from bringing a claim for damages before this Tribunal even if Italy were to be found to be a debtor towards the MN Norstar, the principle of extinctive prescription would apply to render the claim by Panama inadmissible" (Preliminary Objections, para. 30; see PV2, p. 23, II. 36-43).

On extinctive prescription as a general principle:

"[A] claim that is made, but that is not pursued, and that gives the impression to the respondent of having been abandoned, is not admissible" (PV5, p. 9, II. 43-45). "Extinctive prescription is common to virtually all jurisdictions and the principle serves the fundamental purpose of guaranteeing the certainty of rights and the predictability of their exercise. A debtor cannot be held liable indefinitely, and creditors have to claim their rights within a reasonable time" (Preliminary Objections, para. 30).

"[T]he passage of time is a bar to the admissibility of a claim, and ... this constitutes a general principle of international law... The legal systems of Panama and Italy are no exception in this regard. That prescription is a general principle of law is also not

contested by Panama" (Reply, para. 141; see also PV2, p. 23, II. 17-18).

"[I]n accordance with article 293, paragraph 1, [of the Convention], extinctive prescription is a rule of international law that the Tribunal must apply if its conditions are met" (PV5, p. 9, II. 31-32).

On case law: see Reply, paras 135 to 140.

On the resolution of the Institut de Droit International of 1925: PV2, p. 23, II. 20-27.

On circumstances of the case:

With reference to Certain Phosphate Lands in Nauru, "[t]he decision on whether Panama's Claim is extinct by prescription as a matter of international law is therefore a matter for the assessment of this Tribunal, in light of the circumstances of the case" (Reply, para. 143).

On the conduct of the Parties:

"[I]n order to be able to interrupt prescription, a claim must be validly asserted by an individual duly authorised to do so Mr Carreyo did not possess authority in this regard" (Reply, para. 144).

"[T]he communications from Mr Carreyo were not able to assert Panama's claim, let alone 'stop the clock...' [I]n any event, the last communication received from Mr Carreyo dates back to 17 April 2010, and the last note verbale from Panama to 7 January 2005" (PV2, p. 25, II. 32-35).

With reference to the Commentary to the ILC Articles on State Responsibility, "the conduct of a claimant State resulting in unreasonable delay could determine the extinction of the claim" (Reply, para. 147). "[T]here have been no acts by the Italian Government that admit the existence of a dispute with Panama, no negotiations have occurred between the two States with respect to the dispute, and no agreement to submit the dispute to any judicial forum has ever been discussed, much less concluded, between the Parties" (Reply, para. 153).

On Italy's and Panama's laws on extinctive prescription:

"[R]eference to domestic statutes of limitation is a method routinely employed by international tribunals in deciding on the international prescription of claims" (PV2, p. 25, II. 8-10).

"Panama's right to claim any damage ... is prescribed as a matter of Italian law" (Reply, para. 154; see PV2, p. 24, II. 20-22).

"The law of Panama provides even stricter terms of extinctive prescription" (Reply, para. 156; see PV2, p. 24, II. 22-27).

"[T]he specific circumstances of this case require that the Panamanian and Italian domestic statutes of limitation should apply in the present case and bar it internationally; in the alternative ... the time prescribed under the domestic statutes of limitation of Italy and Panama show that Panama has acted with unreasonable delay in pursuing its

claim, and that its claim is hence barred" (Reply, para. 157).

"Panama's claim would be extinct not just as a matter of the laws of Panama and Italy, but also as a matter of the laws of the vast majority of other jurisdictions" (PV2, p. 25, II. 16-19).

On the alleged prejudice to Italy:

"[D]amages suffered as a consequence of the allegedly illegal conduct of Italy have been accruing due to the lapse of time. However, had Panama pursued its claim diligently, including by means of the domestic mechanisms of redress available to Panama in Italy, the prejudice that derives to Italy from Panama's pursuit of the claim would have been significantly less" (Reply, para. 167; see PV2, p. 27, II. 3-9).

Panama

"...since 15 August 2001 ... Panama has been requesting a response from Italy regarding the release of the vessel and the payment for damages caused by the arrest" (Observations, para. 60). "This first request, as well as subsequent ones, from Panama for dialogue with Italy stopped the clock as far as a time bar was concerned" (Observations, para. 61; see PV3, p. 11, II. 5-8; PV4, p. 5, II. 42-43).

"[I]f a claim is made, there is no reason to argue validly that delay is affecting the claim" (PV4, p. 5, II. 50-51).

On extinctive prescription:

"Although many jurisdictions have established fixed rules regarding the implementation of prescription, this is not the case with international public law. Specifically, there is no article in the UNCLOS regulations that delineates a time restriction regarding the bringing of cases. Thus in the absence of a clearly stated definition of legal deadlines, the Time Bar objection does not hold" (Observations, para. 80; PV3, p. 14, II. 19-23).

"Under the heading 'Extinctive Prescription', Italy has included new objections related to 'acquiescent conduct of the claimant-(Request for ruling, para. 28). "...since Italy did not include any of the above identified issues in its Preliminary Objections, all of them must be rejected due to its failure to timely address these concerns" (Request for ruling, para. 30).

On case law:

With reference to Certain Phosphate Lands in Nauru, "the International Court of Justice rejected the objection of Australia that Nauru had made the claim 20 years after having become independent" (Observations, para. 61).

On conduct of the Parties:

"The fact that Italy now admits that, as early as 2001, Panama sought redress and the prompt release of the M/V Norstar, signifies that the Italian Government took notice of the claim and has had ample opportunity to prepare its defence" (Observations, para. 62; PV3, p. 11, II. 16-20).

"The judicial proceedings in Italy also negate its Time Bar claim" (Observations, para. 63; PV3, p. 11, II. 22-32).

"The fact that the MN Norstar, the object of these proceedings, has not been returned to its owner despite the order issued by the Italian jurisdictional authorities signifies that Italy's compliance with the judgment of its own authorities is still unrealized" (Observations, para. 65; PV3, p. 11, II. 34-45).

"To argue now that this claim is Time Barred denies all of Panama's efforts to obtain redress" (Observations, para. 66; PV3, p. 11, I. 47-50).

On alleged prejudice to Italy:

"Italy itself is responsible for the accrual of damages that have increased over time" (PV6, p. 12, I. 30-31).

"Italy has been aware of the fact that the damages have been continually increasing. However, since Italy has preferred not to respond to Panama's compensation claims, it can no longer maintain that it is now suffering from unjust prejudice" (PV6, p. 12, II. 39-42).

Is Panama estopped from submitting the case before the Tribunal?

Italy

- "... the inconsistent attitude by Panama over the facts now complained of over a significant lapse of time estops the Applicant from validly applying to this Tribunal in the instant case" (Preliminary Objections, Para. 31).

On estoppel in international law: see Reply, paras 169 and 170.

On elements of estoppel:

"Italy has indeed relied on certain unequivocal representations previously made by Panama, and would be prejudiced if Panama were now authorised to rely on those representations against Italy" (Reply, para.171).

"Between 2001 and 2004, Mr Carrey6, had expressed his intention to apply for the prompt release of M/V Norstar under Article 292 UNCLOS. However, no procedural action was eventually taken by Panama to that effect, while the MN Norstar had remained seized in Spain" (Preliminary Objections, para. 32).

"The communication by Mr Carreyd laid out a very precise and unequivocal timeframe with respect to Panama's intentions. Italy contends that such a clear declaration by Panama comports with the features of declarations that are relevant for estoppel ..." (Reply, para. 172).

"After 31 August 2004, Italy has relied in good faith on the representation made in the two communications indicated above and in particular that Panama was supposed to bring prompt release proceedings within a very specific time frame" (Reply, para. 173).

Panama

"Panama should not be estopped on the basis of its decision not to make use of such accessory or incidental proceedings, since this is a right and, as such, is not mandatory" (Observations, para. 70). "The States Parties to the Convention may use the legal instruments given by the Convention to resolve their disputes as they see fit" (Observations, para. 68, see para. 80).

On estoppel in international law: see Observations, para. 67; PV6, p. 13, II. 2-7.

On elements of estoppel:

"Although Panama did not bring a petition to the Tribunal for the prompt release of MN Norstar under Article 292, it was not obligated to do so according to the rights that any State has when it decides whether to bring a case" (Observations, para. 68; PV3, p. 12, II. 20-21).

"Panama has never stated that it would not bring a claim for damages before this Tribunal Italy ... has not relied on nor reacted to any statement made by Panama" (Observations, para. 69; PV3, p. 12, II. 21-25),

"...Italy has failed to present any statement in which Panama declared that it would never bring a claim for damages before this Tribunal. Italy also failed to explain in what way it has relied on any statement of Panama or in what way it has changed its position as a consequence. In light of this omission, the objection of Italy regarding estoppel should be rejected" (Observations, para. 69; PV3, p. 14, II. 29-34).

"If, between 2000 and 2004, Panama only raised the possibility of bringing a petition for Prompt Release to this Tribunal, this was because the Italian judicial authorities had not yet issued a final judgment and, therefore, Panama did not consider local remedies to have been exhausted, ... Panama also declined to bring a Prompt Release petition because the economic situation of the shipowner did not allow him to post the bond to release the vessel from arrest" (Observations, para. 70; PV3, p. 12, II. 27- 35).

"Taking the entire correspondence from Panama to Italy into consideration, it is clear that Panama has in no way given the impression that it would waive its compensation claim for damages or neglect to initiate proceedings before the Tribunal concerning this matter" (PV6, p. 13, II. 30-33).

These principles are not a means of defence which can be dealt with in the preliminary phase. These questions are covered only by the merits and, pursuant to article 97, paragraph 6, of the Rules of the Tribunal stipulating that "it shall ... declare that the objection does not possess, in the circumstances, an exclusively preliminary character", the Tribunal should have joined them to the merits of the case, that is, to the next part of the proceedings.

The implementation of article 97, paragraph 6, may make it possible to adjudicate on objections or join them to the merits, the reasons for the latter being many.

(1) In the *Pajzs, Csaky, Esterhazy Case (Hungary v. Yugoslavia)*, on 23 May 1936, the Permanent Court issued an Order, joining the Yugoslav objections to the merits, considering that

the questions raised by the first of these objections and those arising out of the appeal as set forth in the Hungarian Government's submissions on the merits are too intimately related and too closely interconnected for the Court to be able to adjudicate upon the former without prejudging the latter

and because

the further proceedings on the merits...will place the Court in a better position to adjudicate with a full knowledge of the facts upon the second objection (P.C.I.J., Series A/B, No. 66, p. 9).

(2) In the *Losinger* case, the Court stated that the objection to jurisdiction submitted

may be regarded...as a...defence on the merits, or at any rate as being founded on arguments which might be employed for the purposes of that defence.

Consequently,

the Court might be in danger, were it to adjudicate now upon the plea to the jurisdiction, of passing upon questions which appertain to the merits of the case, or of prejudging their solution.

The Court will give its decision upon it, and if need be, on the merits, in one and the same judgment.

The Court added, as a further objection, concerning the admissibility of the Application that

the facts and arguments adduced for or against the two objections are largely interconnected and even, in some respects, indistinguishable (P.C.I.J., Series A/B no. 67, pp. 23-24).

Consequently, this objection was also joined to the merits.

(3) In the Panevezys-Saldutiskis Railway case, joining two preliminary objections to the merits by order of 30 June 1938, the Court declared

at the present stage of the proceedings, a decision cannot be taken either as to the preliminary character of the objections or on the question whether they are well-founded; any such decision would raise questions of fact and law in regard to which the Parties are in several respects in disagreement and which are too closely linked to the merits for the Court to adjudicate upon them at the present stage.

It gave two further reasons, that is:

if it were now to pass upon these objections, the Court would run the risk of adjudicating on questions which appertain to the merits of the case or of prejudging their solution

and

the Court may order the joinder of preliminary objections to the merits, whenever the interests of the good administration of justice require it (P.C.I.J. Series NB no. 75, pp. 55-56).

(4) The ICJ took inspiration from similar considerations in the cases

of *Certain Norwegian Loans and Right of passage over Indian Territory*. In the former case, the Court, basing itself on an agreement reached between the Parties on this point, joined the preliminary objections to the merits "in order that it may adjudicate in one and the same judgment upon these Objections and, if need be, on the merits" (*I.C.J. Reports* 1956, p. 74).

(5) In the case of the Right of passage over Indian Territory, the Court considered that, in order to adjudicate on one of the preliminary objections, it would have had both to clarify the facts and examine the scope or legal consequences of certain practices and certain circumstances; it was thus impossible for it to make a pronouncement on this objection "without prejudice to the merits". As concerns a further objection, the Court stated that, having "heard the presentation of the opposing allegations" it was not able "to pronounce" at this stage on some of the questions raised. It also observed that it was not "in possession of sufficient evidence [to adjudicate] on these questions" and any attempt to evaluate certain relevant factors which "although limited to the purposes of the Sixth Preliminary Objection, [might] entail the risk of prejudging some of the issues closely connected with the merits" (*I.C.J. Reports* 1957, pp. 150-152).

(6) In the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited case*, the Court joined to the merits certain objections which, in the circumstances, it did not appear possible to deal with in the preliminary phase. It stated:

The third Objection involves a number of closely interwoven strands of mixed law, fact and status, to a degree such that the Court could not pronounce upon it at this stage in full confidence that it was in possession of all the elements that might have a bearing on its decision. The existence of this situation received an implicit recognition from the Parties, by the extent to which, even at this stage, they went into questions of merits, in the course of their written and oral pleadings.

The Court continued:

As regards the fourth Preliminary Objection, the foregoing considerations apply

a fortiori for the purpose of requiring it to be joined to the merits; for this is not a case where the allegation of failure to exhaust local remedies stands out as a clear-cut issue of a preliminary character that can be determined on its own. It is inextricably interwoven with the issues of denial of justice which constitute the major part of the merits ... Accordingly, the Court decides to join the third and fourth Preliminary Objections to the merits. (I.C.J. Reports 1964, p. 46).

(7) The rule concerning the absence of an exclusively preliminary nature was also applied in *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (I.C.J. Reports 1986, pp 323-325, paras 115 et seq.) and in *Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (I.C.J. Reports 2008, paras 131 et seq.).

The PCIJ has drawn attention to an important aspect of the problem, stating that "the Court may order the joinder of preliminary objections to the merits, whenever the interests of the good administration of justice require it". But the safeguarding of the rights of respondent States is equally an essential part of "the good administration of justice" and it is in the respondent's interests that the Rules of the Court contains its , article 62, which authorizes the submission of preliminary objections. It should be recalled that this provision gives the respondent extended powers, since the mere submission by the respondent of a document entitled "preliminary objections" automatically suspends the proceedings on the merits (article 62, paragraph 3).

In order to reach a decision, the Court may determine that the objection is not in fact of a preliminary nature and, consequently, that, without prejudicing the right of the respondent State to raise the same question at a different stage of the proceedings, should there be one, the objection cannot be treated as a preliminary objection concerning, for example, its jurisdiction, and it may deal with it immediately, either by upholding it or by throwing it out. In other cases, the Court may decide that the objection is bound up with the merits to such an extent that it cannot be examined alone without dealing with the merits, something which the Court could not do as long as the proceedings on the merits

had been suspended or without prejudging the merits before they had been debated exhaustively. In such cases, the Court joins the objection to the merits. It does so only for serious reasons, considering that the purpose of a preliminary objection is to avoid not only a decision but also any discussion on the merits. From another aspect, a joinder to the merits in no way indicates that the objection has been overlooked. For example, in the Case concerning Certain Norwegian Loans, in which the objections were joined to the merits, the ICJ kept an objection for lack of jurisdiction at the merits stage and thus did not make any pronouncement on the merits of the dispute.

In the present case, the Tribunal wished to address Panama's argument whereby Italy's contentions based on acquiescence, estoppel and extinctive prescription should be examined during the proceedings on the merits. Panama has already formulated this argument, without seeking to shore it up in the context of article 97, paragraph 6, of the Rules. The Tribunal notes that Italy has not replied. The Tribunal considers that Panama has adequately addressed Italy's arguments and that the Tribunal has all the information necessary in that respect. The Tribunal notes that neither the Convention nor the Rules set a time-limit for instigating proceedings. However, the matter of time bars on litigation before the Tribunal is dealt with by the well-established principles of international law concerning acquiescence, estoppel and extinctive prescription. These principles may be invoked in suitable cases, by virtue of article 293 of the Convention, insofar as they are not incompatible with the Convention. The Tribunal notes that the Parties are not contesting these principles, and that the two main elements of estoppel - renouncing of claims and incitement to act to one's detriment owing to the conduct - are lacking in the present case. Panama has striven to reach a settlement with Italy on many occasions by its various communications. The Italian courts have likewise rendered a decision in favour of the "Norstar"s release. Although Italy has remained passive in spite of everything, it cannot take any advantage from its own failure. On these grounds, the Tribunal considers that there is no estoppel situation. As concerns extinctive prescription, the Tribunal notes that it is Italy which seized the

Panamanian vessel and that it was fully aware of the fact that questions concerning the vessel had not been settled. Moreover, Panama has not ceased to state its claim since the vessel was seized by Italy. Therefore, the Tribunal rejects the objection of extinctive prescription raised by Italy.

Finally, a word must be said about the singular provision which the Tribunal devised in the present case, and which is presented as a "jurisdiction / admissibility" combination. Having heard the Parties, the Tribunal decided on its judgment on the basis of such a provision. I have to say that I rather favour the conventional system for several reasons.

First, as article 97, paragraph 6, of the Rules confirms:

The Tribunal shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall uphold the objection or reject it or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Tribunal rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings.

It is that the judgment on the preliminary objections may, in general, comprise a number of variants. It may acknowledge the validity of a preliminary objection by setting a time-limit on the case in this way. This situation may avoid the court or tribunal examining all the other objections. As an example, let us recall that in *Obligations concerning Negotiations relating to the Nuclear Arms Race and Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections*, paragraph 58 of the judgment of 5 October 2016, which upholds the first objection raised by the United Kingdom on grounds of lack of jurisdiction, reads:

The Court therefore concludes that the first preliminary objection made by the United Kingdom must be upheld. It follows that the Court does not have jurisdiction under Article 36, paragraph 2, of its Statute. Consequently, it is not necessary for the Court to deal with the other objections raised by the United Kingdom.

The judgment may also acknowledge the validity of one or more preliminary objections which restrict the scope of the case or limit the extent of the judges' competence.

The judgment may also accept preliminary objections which concern neither the Tribunal's jurisdiction nor the admissibility of the Application but which are more a matter of what the Rules consider "any other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits".

These objections, rather, concern the formal validity of submissions. This is the case of the procedural objection raised by Panama in the present case and which concerns what that State calls "the rule of due process of law". Dealing with this type of objection does not restrict the case or put an end to it. It is enough to correct the defective submission to render both its form and merits valid.

Finally, the judgment may reject all the preliminary objections, in which case the Tribunal fixes time-limits for the further proceedings. This is what is happening in the present case. Italy has raised three objections (existence of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention; competence *ratione personae*; and exchange or views pursuant to article 283 of the Convention) and three objections on admissibility (nationality of claims; exhaustion of local remedies; and acquiescence, estoppel and extinctive prescription) and the Tribunal has rejected all of them, having examined them one by one in order to decide that it can uphold none of them. In this way, the Tribunal has clearly shown that the Italian objections are unfounded and they can thus be joined to the examination of the case on the merits.

We believe that the Tribunal should have adhered literally to the provisions of the Rules concerning the judgment on preliminary objections. Article 97, paragraph 6, talks of "objection" *in the singular* ("The Tribunal shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall uphold the objection or reject it") and the provision should have established objections *seriatim*, one by one in order to reject them in turn.

This would have not only followed the practice of all international courts and tribunals but would also have had transparency and predictability. The Rules, the Resolution on the Internal Judicial Practice of the Tribunal and the Guidelines govern all proceedings before the Tribunal.

(Signed) T. M. Ndiaye

SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE

I have voted in favour of the Judgment as I am in agreement with the grounds set out by the Tribunal in respect of the main question, according to which the Decree of Seizure, the Request for its execution and the arrest and detention of the M/V “Norstar” constitute a breach of article 87, paragraph 1, of the Convention, but on a number of grounds going beyond those set out in the Judgment of the Tribunal. In my view, the Judgment could have examined precisely the relevance of the article in question and the rules governing its applicability in the circumstances in resolving the dispute before the Tribunal. Thus, after addressing the question of subject-matter jurisdiction (I), consideration will be given briefly to the applicable standard of proof (II) in the case at issue, before moving on to reparation (III).

I. JURISDICTION

For an international court or tribunal, jurisdiction designates the competence, [authority] or legal capacity to examine a request and to adjudicate on its merits (Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, I.C.J. Reports 1956, p. 77, at p. 87).

It is thus a power to hear, examine and decide on a dispute based on international law which requires the parties to the dispute to accept that jurisdiction.

The parties disagree in particular on subject-matter jurisdiction in this case with regard to the object of the Decree of Seizure and the other related legal instruments.

Italy has asserted that the Decree did not concern activities conduc-

ted on the high seas, such as bunkering, but to alleged tax evasion and smuggling offences committed in the territory of Italy.

Panama - “[T]he Tribunal observed that since article 87 provides that the high seas are open to all States and that the freedom of the high seas comprises the freedom of navigation, the Decree of Seizure with regard to activities conducted by the M/V ‘Norstar’ on the high seas may be viewed as an infringement of the rights of Panama under that provision.” (Reply, para. 61 (referring to the Judgment on Preliminary Objections, para. 122); see para. 82; see also ITLOS/PV.18/C25/9, p. 5, l. 36-42)

“[T]he Italian reasoning as to why article 87 should not be considered has not changed since the Tribunal made its 4 November 2016 Judgment confirming that article’s relevance to this case.” (Reply, para. 63; see also para. 184)

Italy - “Panama has misconceived the meaning of paragraph 122 of the Decision of the Tribunal of 4 November 2016, in which the ITLOS decided that Article 87 and Article 300 of the Convention are relevant to the present dispute. Clearly, the fact that a provision is relevant for the purposes of establishing the jurisdiction of the Tribunal does not equate to a finding that such a provision has been breached. That is a matter reserved for the merits, namely for the present phase of the proceedings.” (Rejoinder, para. 3; ITLOS/PV.18/C25/5, p. 6, l. 35 - p. 7, l. 19 and p. 27, l. 1-27)

“[N]othing would prevent this Tribunal from adjudging and declaring, even at this merits stage, that article 87 is simply irrelevant to this case.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 7, l. 18-19)

Do the Decree of Seizure and its execution relate to activities undertaken by the M/V “Norstar” on the high seas or to crimes committed in Italian territory and, in the latter case, is article 87 of the Convention applicable?

Panama - “[T]he order of arrest clearly stated that the M/V ‘Norstar’ was carrying out bunkering activities outside the territory of Italy, specifically on the high seas.” (Reply, para. 15; see para. 132; with regard to documents concerning the Italian

judicial system, see Reply, paras 133-183; ITLOS/PV.18/C25/9, p. 18, l. 29-40, and p. 25, l. 45 - p. 26, l. 22) “The activities for which the M/V Norstar was arrested were carried out on the high seas.” (Memorial, para. 85; see also Reply, paras 5, 37 and 51)

“[T]he bunkering operations had been considered as part of the criminal acts that led to the arrest.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 4, l. 21-22)

“[T]he bunkering of gas oil by the M/V Norstar to other vessels, including those of other states, falls within the freedom of navigation and other internationally lawful uses of the sea related to that freedom”. (Memorial, para. 76; see also para. 72 and Reply, para. 40)

“Italy has now chosen to redefine the bunkering activities of the M/V ‘Norstar’ as smuggling and tax evasion, even though its territorial line was not crossed by this vessel.” (Reply, para. 54; see para. 36)

“[T]he Decree of Seizure explicitly refers to the constructive presence doctrine as the basis for its jurisdiction.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 26, l. 31-32)

“The use of this doctrine in the Decree of Seizure in itself proves that the ‘Norstar’ was not seized for activities in the territorial waters of Italy. There would have been no need to make explicit reference to the doctrine of constructive presence if the vessel was seized for activities in territorial waters, because there would be no element of transshipping, otherwise referred to as mother vessel and contact vessel.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 27, l. 12-16)

With regard to the constructive presence doctrine, see ITLOS/PV.18/C25/9, p. 26, l. 31 - p. 27, l. 21.

- “The regulation by Italy of conduct from other States that occurs on the high seas outside its jurisdiction is incompatible with the Convention ...”. (Memorial, para. 67)

“[T]he Decree of Seizure was based on the internal laws and regulations of Italy.” (Reply, para. 99; see also para. 98)

“[E]ven if Italy considered the reintroduction of fuel purchased in international waters to its own territory to be a criminal offense, it would not have jurisdiction to arrest the M/V ‘Norstar’ for such activities on the high seas.” (Reply, para. 120; see also para. 191)

- “None of the M/V ‘Norstar’'s conduct mentioned by Italy in its Countermemorial or described in the investigations by the Savona Public Prosecutor has ever been a crime.” (Reply, para. 105)

“[T]he Italian judicial authorities in both Savona and Genoa concluded that this was not a crime, thus acquitting the M/V ‘Norstar’ and the persons therein connected of the charges brought against it.” (Reply, para. 118; see also paras 42, 43, 45, 182 and 183; ITLOS/PV.18/C25/2, p. 22, l. 31-43)

With regard to article 3 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, see Reply, para. 97, also referring to the PCIJ Case of the S.S. “Wimbledon”.

Italy - “[T]he Decree of Seizure was not adopted in the context of criminal proceedings concerning bunkering activities carried out by the M/V Norstar on the high sea. Rather, it was adopted in the context of proceedings concerning alleged offences that occurred within the Italian territory.” (Counter-Memorial, para. 44; see also para. 8 and paras 15, 44, 103, 117, 133 and 137)

“[T]he Decree of Seizure targeted alleged fiscal and customs offences carried out in areas that were subject to Italy’s full jurisdiction.” (Counter-Memorial, para. 126)

“[N]either the original investigation of the Italian Fiscal Police nor the Decree of Seizure of the Prosecutor challenged the bunkering activity of the M/V Norstar. The M/V Norstar was arrested and detained not because of its bunkering activity, but because it was corpus delicti of an alleged series of crimes consisting essentially in smuggling and tax evasion.” (Counter-Memorial, para. 117; see para. 3)

With regard to constructive presence, see ITLOS/PV.18/C25/10, p. 13, l. 1-5.

- “Italy did not apply extraterritorially its laws and regulations in respect of the M/V Norstar and did not sanction activity carried out on the high seas.” (CounterMemorial, Introduction to chapter 3, section II C; see paras 120-137)

“The scope of the Italian legislation on which the Decree of Seizure was based is strictly territorial.” (Counter-Memorial, para. 105; with regard to the “principle of territoriality” in the Italian Penal Code, see

Counter-Memorial, paras 106-110)

“[T]he crimes considered by the Prosecutor were crimes committed on the territory of Italy.” (Counter-Memorial, para. 128; see also para. 127 and paras 37 and 47; with regard to documents concerning the Italian judicial system, see Counter-Memorial, paras 129-131)

“[T]he Italian courts acquitted those involved with the ‘Norstar’ on the basis of the fact that a crime was not found to have been committed. That is, an acquittal on the merits.” (Counter-Memorial, paras 58 and 132, and Rejoinder, paras 21 and 29)

“Had the Italian courts found that the Italian jurisdiction was exercised extraterritorially by the Public Prosecutor, they would have declined jurisdiction because the crime would have been one out of the reach of the Italian judiciary.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 18, l. 34-36)

- “[T]hose accused of the crimes in question were not acquitted because such crimes were not committed on the Italian territory; but rather because the judicial authorities found that the material elements of the crimes under consideration were not integrated by the conduct of the accused.” (Counter-Memorial, para. 132; see also para. 58 and Rejoinder, paras 21-29)

Article 87, paragraph 1, of the Convention

Panama - “[T]he freedom of navigation governed by article 87 does apply to this case, because the activities for which the M/V ‘Norstar’ was detained took place in international, not Spanish, waters. Thus, there is a clear distinction here; Italy has based the applicability of article 87 on the locus where the arrest was made, while Panama insists that its relevance must be based on the locus of the alleged crime.” (Reply, para. 83; see para. 103)

“This wording [of article 87] refers not only to immediate but also indirect interference with the freedom of the high seas. This strongly suggests that even if these interferences do not occur directly on the high seas but take effect from a different location, they still impact navigational freedom.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 2, l. 45-48; see also ITLOS/PV.18/C25/9, p. 3, l. 1-5, and p. 2, l. 37-40)

“[T]he fact that a vessel is in port does not affect its right to enjoy

freedom of navigation, including the freedom to sail towards the high seas.” (Reply, para. 72; see also Memorial, para. 74; ITLOS/PV.18/C25/2, p. 32, l. 4-24, ITLOS/PV.18/C25/9, p. 19, l. 3-6 and p. 22, l. 34-38 and, with regard to the M/V “Louisa” Case, ITLOS/PV.18/C25/9, p. 28, l. 33-41)

“Freedom of navigation means not only the right to traverse the high seas but also the right to gain access to it. This freedom would mean little to the international community if the vessels in port could not enjoy the same protections as those already on the high seas. Similarly, this freedom would be meaningless if States could indiscriminately arrest vessels in port without justification.” (Reply, para. 74)

“The opposite extreme is if the coastal State orders the arrest of a vessel in a port for its activities carried out on the high seas, which in this case were completely lawful, and if this would not trigger a breach of article 87, because a violation of article 87 would encompass only arrests that have taken place on the high seas. It would mean, in fact, that a coastal State could circumvent article 87 on the freedom of navigation and be free to abuse its right to seize vessels for this purpose by waiting to arrest them in port. The coastal State could rely on the concept that article 87 can only be breached if the interference takes place on the high seas. That is the other extreme.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 29, l. 9-18)

“In a similar vein, Rayfuse recalls that ‘[w]hile historically the port state has enjoyed enforcement powers in respect of violations occurring within its waters, no right of sanction has applied in respect of activities that took place on the high seas or within the maritime zones of other states before a vessel entered a port state’s waters.’” (Reply, para. 71)

- “The M/V Norstar conducted bunkering activities supplying gas oil to megayachts on the high seas, outside the jurisdiction of any coastal State. As a lawful activity and as a legitimate use of the high seas, the only State that had jurisdiction over the bunkering activities of the M/V Norstar was the flag State, Panama.” (Memorial, para. 16)

With regard to the usual location of the M/V “Norstar” during bunkering operations, see the testimony of Mr Rossi, ITLOS/PV.18/C25/1, p. 14, l. 21-22 and p. 24, l. 43-47; see also the testimony of Mr Morch, ITLOS/PV.18/C25/1, p. 28, l. 16-18.

With regard to the location of the M/V “Norstar” when the Decree of Seizure was issued, see ITLOS/PV.18/C25/9, p. 22, l. 44 - p. 23, l. 13; see also the testimony of Mr Morch, ITLOS/PV.18/C25/2, p. 3, l.15 - p. 6, l. 46; with regard to the “Diario de Palma” newspaper article from August 2015, see the testimony of Mr Morch, ITLOS/PV.18/C25/2, p. 6, l. 21 - p. 11, l. 30.

With regard to the arrest of the M/V “Norstar” and the locus of the arrest: “Italy violated article 87 because it arrested the M/V ‘Norstar’ for lawful activities that were conducted on the high seas.” (Reply, para. 89; see also paras 78, 84 and 85; ITLOS/PV.18/C25/1, p. 8, l. 37 - p. 9, l. 4 and ITLOS/PV.18/C25/2, p. 26, l. 33 - p. 28, l. 10).

“[T]he arrest of the M/V Norstar and its crew members was unlawful because the ship did not violate any laws or regulations of Italy that were applicable to it.” (Memorial, para. 63)

“Panama concedes that the M/V ‘Norstar’ was in Spain when it was arrested. However, Panama maintains that the arrest of the M/V ‘Norstar’ was illegitimately based on conduct on the high seas so as that the location where that arrest took place is ultimately irrelevant. What is relevant are the motives that led to such a forceful action by Italy.” (Reply, para. 57; see also Reply, paras 75, 104)

- “[T]he application of its internal laws by Italy to the activities and conduct performed by the M/V ‘Norstar’ and all the persons involved in its operation constitutes a clear breach of article 87 of the Convention.” (Reply, para. 106; see also paras 12 and 13 and Memorial, para. 20)

“Italy has hindered Panama’s right of navigating the oceans, by subjecting the M/V Norstar to Italian laws that apply to its own vessels within its own territorial waters.” (Memorial, para. 75)

“Italy made a complete confiscation of the ‘Norstar’ and its effects, thus completely removing its freedom to navigate and conduct legitimate business on the high seas.” (ITLOS/PV.18/C25/1, p. 5, l. 40-42; concerning the “confiscation”, see also ITLOS/PV.18/C25/2, p. 20, l. 47 - p. 21, l. 14)

“However, in spite of being aware that, by lacking a contiguous zone, it did not have any right to exercise its enforcement power to chal-

lunge any infringement of its customs or fiscal laws and regulations outside its territorial sea, Italy still proceeded to apply its internal legal regime to the M/V 'Norstar' and all the persons involved in its operation." (Reply, para. 11; see para. 129, Memorial, paras 79, 83 and 87, and ITLOS/PV.18/C25/2, p. 23, l. 46-48)

With regard to extraterritoriality: "The fact that the arrest was executed while the vessel was in a port in Spain does not absolve Italy from having unlawfully extended the application of its criminal and customs law to proscribe conduct that occurred outside its jurisdiction." (Memorial, para. 66)

"By arresting the Norstar, Italy applied its laws extraterritorially, thereby violating principles of jurisdiction under international law." (Memorial, para. 65; see also ITLOS/PV.18/C25/1, p. 6, l. 39-43, ITLOS/PV.18/C25/9, p. 3, l. 29-33, and ITLOS/PV.18/C25/2, p. 33, l. 29-33)

- "Despite its own authorities concluding that the arrest of the M/V 'Norstar' was unlawful, Italy still does not accept this fact." (Reply, para. 63; see para. 103)

"[It]s unlawfulness is a natural consequence of the reversal of the arrest order by the Italian authorities themselves." (ITLOS/PV.18/C25/1, p. 7, l. 45-46)

"[T]he Tribunal of Savona ruled that the arrest of the 'Norstar' was wrongful precisely due to the location of the vessel when it was bunkering. For this reason, the Public Prosecutor's order of arrest was revoked and the vessel was ordered to be returned to its owner." (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 15, l. 44-47)

"A coastal State may decide to arrest a foreign vessel; but, if the arrest proves to be wrongful, the arresting party must bear the consequences of its decision. The legal procedures applied by Italy to arrest the M/V 'Norstar' had to conform with international law, despite their origin in its laws and practice of its own courts." (Reply, para. 101)

- "Panama's position is that before arresting a vessel, the arresting State must establish the existence of a probable cause to believe that an offence has truly been committed and that the defendant is likely to have committed it." (ITLOS/PV.18/C25/3, p. 8, l. 43-45; see also p. 7, l. 46 -

p. 8, l. 8, p. 8, l. 36-41, p. 8, l. 47 - p. 9, l. 21 and ITLOS/PV.18/C25/2, p. 30, l. 14-19)

“Italy may have suspected the commission of a crime. ... After the investigation, it should have been clear that there was no reason to arrest, much less to keep the order of arrest in force. How long was it necessary to keep the ‘Norstar’ under arrest as *corpus delicti*?” (ITLOS/PV.18/C25/2, p. 32, l. 36-40; concerning the presence of evidence on board the M/V “Norstar”: see the testimony of Mr Rossi, ITLOS/PV.18/C25/1, p. 18, l. 44-46 and p. 19, l. 7-8)

“[I]n international law, reasonableness encompasses the principles of necessity and proportionality.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 30, l. 20-21), on the reasonableness of the Decree of Seizure: ITLOS/PV.18/C25/9, p. 30, l. 32-26, ITLOS/PV.18/C25/6, p. 21, l. 27-42)

Italy - “[T]he Decree of Seizure and the Request for its execution do not constitute a breach of Article 87 because conduct ordinarily able to breach Article 87 is conduct that results in a physical and material interference with the navigation of a ship (namely, the execution of the Decree).” (Rejoinder, para. 44)

With regard to the freedom of navigation: “Freedom of navigation is first and foremost to be interpreted as freedom from enforcement actions.” (CounterMemorial, para. 87; see Rejoinder, para. 53; see also ITLOS/PV.18/C25/5, p. 31, l. 18-20)

“The essential content of freedom of navigation consists in a prohibition for States other than the flag State to interfere with the navigation of a vessel on the high seas.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 29, l. 23-25; see also Counter-Memorial, para. 78); “while the degree of interference may vary, at least some degree of interference with freedom of navigation is necessary in order for a breach of article 87 to be conceivable.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 29, l. 39-42; see also p. 30, l. 1 - p. 32, l. 10)

“Italy does not deny that in certain exceptional circumstances an act that falls short of enforcement action may still become relevant from the perspective of article 87, for instance when it produces some ‘chilling effect’.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 32, l. 26-29) “Did the Decree of Seizure and the request for execution as such determine any chilling effect with regard to the vessel’s ability to navigate? Again, no, they did not,

because they were unknown.” (ITLOS/PV.18/C25/6, p. 9, l. 38-40)

“[U]ntil the decree was executed against the M/V Norstar, in Spanish waters, the Decree was a mere internal act of the Italian investigative and judicial authorities, which did not produce any effect on the Norstar’s freedom of navigation.” (Rejoinder, para. 50(e); see also ITLOS/PV.18/C25/5, p. 32, l. 15-17; with regard to the “chilling effect”, see ITLOS/PV.18/C25/5, p. 32, l. 26 - p. 33, l. 18 and ITLOS/PV.18/C25/6, p. 8, l. 39 - p. 9, l. 43)

- “Two things can be evinced from this passage [M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 4, para. 109]: a) that, contrary to Panama’s contention, Article 87 does not apply everywhere, but only applies to the high seas and, under article 58 of the Convention, to the exclusive economic zone; b) that, again, contrary to Panama’s contention, Article 87 cannot be interpreted in such a way as to grant a vessel a right to leave the port and gain access to the high seas notwithstanding its detention in the context of legal proceedings against it. The M/V Norstar’s case falls squarely within this statement.” (Rejoinder, para. 55; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 1, l. 15-45)

“The M/V Norstar was not prevented from gaining access to the high seas arbitrarily, but in the context of proceedings governed by law that required its arrest and detention. Therefore, no breach of Article 87 has occurred due to the M/V Norstar’s inability to take to the high seas.” (Rejoinder, para. 63)

- With regard to the seizure of the M/V “Norstar” and its place of enforcement: “the question is therefore whether, at the time when the Decree of Seizure was enforced by the Spanish authorities, the M/V Norstar was in an area of the sea where it enjoyed freedom of navigation under Article 87(1), also read in conjunction with Article 58(1).” (Counter-Memorial, para. 88)

“Freedom of navigation is not a right enjoyed by States in all maritime zones, but rather on the high seas”. (Counter-Memorial, para. 89, referring to article 86 of the Convention) “... [A]s is confirmed by article 8, paragraph 1, of the Convention, the internal waters’ regime is characterized by the unlimited sovereignty of the coastal

State, thus excluding any right of navigation for foreign ships, except the cases of distress or special agreement.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 35, l. 13-16)

“[A]t the time when the Decree of Seizure was enforced, the vessel was in Spanish internal waters and, therefore, it did not enjoy the right to freedom of navigation under Article 87(1). As a consequence, no breach of Article 87(1) can have occurred vis-à-vis Panama.” (Counter-Memorial, para. 75; see para. 91; see also para. 102 and Rejoinder, para. 44; see also ITLOS/PV.18/C25/9, p. 27, l. 33-38)

With regard to the interpretation of article 87 advocated by Panama: “[T]his amounts to a fully-fledged attempt at re-writing article 87 of the Convention, as if it applied anywhere and everywhere that a ship may be – even in internal waters – so long as the ship sometimes traverses the high seas. That is clearly wrong, and Panama has failed to set down any way in which this extraordinary enlargement of article 87 may be reasonably confined, nor has Panama paid any attention to the dramatic consequences its new interpretation of the law would have for a State’s sovereignty, including its enforcement powers to investigate and adjudicate crime in its internal or territorial waters.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 4, l. 9-16)

- “[A]n extraterritorial exercise of jurisdiction that does not determine any physical interference with the movement of a ship on the high seas does not constitute a conduct ordinarily able to breach Article 87. Since the M/V *Norstar* was within Spanish internal waters at the time when the Decree of Seizure was issued and executed, Article 87 of the Convention would not even be engaged, let alone breached, by Italy’s conduct.” (Counter-Memorial, para. 7; see also paras 75, 92 and 93; Rejoinder, para. 29; ITLOS/PV.18/C25/6, p. 3, l. 1-4; see also ITLOS/PV.18/C25/10, p. 5, l. 5-10)

“[A]rticle 87 is not concerned with territoriality or extraterritoriality, and these are not the elements to consider when assessing a possible breach. It is concerned with interference with navigation, as simple as that”. (ITLOS/PV.18/C25/6, p. 3, l. 29-31)

“[T]here are provisions of the Convention that protect ships and their activities on the high seas from extraterritorial intrusions by the ju-

isdiction of a coastal State even when these intrusions do not result in interference with freedom of navigation.” (ITLOS/PV.18/C25/6, p. 10, l. 16-19)

“What conduct would article 87 prohibit, for example, that articles 92 or 89 would not already prohibit, if article 87 were a provision simply protecting from extraterritorial exercise of jurisdiction?” (ITLOS/PV.18/C25/6, p. 10, l. 34-36)

- “[T]he Decree in question was never found unlawful by the Italian courts.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 18, l. 11-12; see also Rejoinder, para. 8)

“[T]he Tribunal of Savona’s decision ... was entirely separate from any assessment of lawfulness or otherwise of the Decree of Seizure in question. Indeed, the Tribunal of Savona did not say anything about the lawfulness of the Decree of Seizure. ... The fact that an accused is ultimately acquitted does not mean that the investigation of that individual that led to its acquittal was unlawful.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 5, l. 47 - p. 6, l. 4)

“The legality of the arrest of a vessel under Article 87 must be assessed on the basis of the requirements of Article 87, that is to say, if the arrest interfered with the ship’s freedom of navigation. It must not be assessed under the prism of whether the alleged crimes were later found to have been actually committed, or else.” (Rejoinder, para. 29; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 6, l. 20-35)

“[I]f the Italian courts had declared the Decree unlawful as a matter of Italian law, which they did not, this would not mean that there is a breach of international law.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 8, l. 11-12, with reference to the ELSI Case and the Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia)

“[A] State cannot possibly be held internationally responsible for conducting investigations that ultimately led to the acquittal of the defendants. That would represent an intolerable interference with each State’s sovereign right to investigate and prosecute crime.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 8, l. 16-19) “[A] State cannot possibly be held internationally responsible every time it does not award compensation to an individual who has been acquitted of a crime, particularly if it has

not been asked for.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 8, l. 23-25)

- “[T]he Decree of Seizure ... was adopted on the ground of a regular investigatory framework and it was based on sufficient *fumus* for the purposes of further investigation into alleged criminal activity carried out primarily by an Italian national in relation to alleged crimes committed exclusively on Italian territory.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 14, l. 4-7; ITLOS/PV.18/C25/5, p. 13, l. 26 - p. 14, l. 7 and p. 24, l. 50 - p. 25, l. 2; with regard to the nature and purpose of the Decree in Italian law, see the testimony of Mr Esposito, ITLOS/PV.18/C25/7, p. 23, l. 26-31; with regard to “*fumus*”, see the testimony of Mr Esposito, ITLOS/PV.18/C25/7, p. 26, l. 32-49; ITLOS/PV.18/C25/10, p. 14, l. 11-25)

“The fact that this investigation did not lead to the ultimate prosecution of the individuals concerned – and condemnation – of course, does not necessarily mean that the seizure of that *corpus delicti* must therefore have been wrongful. As I will revert to shortly, the Italian courts acquitted the defendants, but did not find the Decree to be unlawful.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 17, l. 21-25; with regard to the “*corpus delicti*” under article 253, paragraph 1, of the Code of Criminal Procedure, see ITLOS/PV.18/C25/5, p. 17, l. 12-19)

“I should also emphasize at this point that Mr Carreyó’s assertions on Monday that the seizure was a *sine die* confiscation is simply wrong. This seizure, by its very nature, as a means of investigation, as we have just seen from article 253 of the Italian Procedural Criminal Code, was only a temporary measure. That is also why, of course, the vessel was conditionally released in February 1999 and unconditionally released in March 2003. Clearly, there was nothing confiscatory about this seizure, nor anything *sine die* about it, and it was only the owner’s failure to retrieve the vessel that extended the period of the seizure.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 17, l. 27-35)

With regard to the proportionality of the Decree:
ITLOS/PV.18/C25/7, p. 4, l. 28-34

With regard to the non-arbitrariness of the Decree:
ITLOS/PV.18/C25/7, p. 4, l. 36-44

Article 87, paragraph 2, of the Convention

Panama - “In article 87, paragraph 2, the requirement of ‘due regard’ is a qualification of the rights of States in exercising the freedom of the high seas. The standard of ‘due regard’ requires all States, in exercising their high seas freedoms, to consider the interests of other States and refrain from activities that interfere with the exercise by other States of their parallel freedom to do likewise.” (Memorial, para. 96; see also ITLOS/PV.18/C25/2, p. 37, l. 13-44; ITLOS/PV.18/C25/9, p. 8, l. 42-46)

“This provision does not distinguish between flag and coastal States; the freedoms are to be implemented and upheld by all States with respect to the interests of other States.” (Reply, para. 336; see also Reply, para. 110)

- “By its wrongful conduct, Italy has interfered unreasonably with the interests of Panama as the flag State with exclusive jurisdiction over M/V Norstar on the high seas.” (Memorial, para. 98)

Italy - “[T]he obligation to have due regard to the rights of other States under Article 87(2) binds States that exercise their freedom of navigation under Article 87(1). It is ... Panama that invokes Article 87(1), in the present dispute, and therefore any obligation of due regard under Article 87(2) binds Panama, and not Italy.” (Counter-Memorial, para. 202; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 6, l. 43 - p. 7, l. 23)

“In the context of the present dispute, it is Panama, in its capacity as Claimant, that invokes Article 87 and the freedom of navigation that it protects; as such, it is to Panama that the obligation contained in Article 87(2), is addressed, and not to Italy.” (Counter-Memorial, para. 140)

- “Therefore, Italy has not violated paragraph 2 of Article 87 of the Convention, either.” (Counter-Memorial, para. 141)

Did Italy breach article 300 of the Convention by maintaining the arrest of the M/V “Norstar” and by exercising its jurisdiction over the activities carried out by the vessel?1

🔗 The link between article 300 and article 87 of the Convention

Panama - “All claims that Panama has made concerning Italy’s bad faith and abuse of rights have emerged from the hindrance of the free navigation protected by article 87.” (Reply, para. 203; see paras 239 and

240)

“Panama is most aware of the interrelationship between these two provisions, recalling that the Tribunal cited the M/V ‘Louisa’ case in its judgement of 4 November 2016.” (Reply, para. 202; see also ITLOS/PV.18/C25/3, p. 2, l. 36-41 and p. 3, l. 33-50)

- “[T]he freedom of navigation established under Article 87 guarantees a right to freedom of navigation on the high seas to all States as well as an obligation to respect other States’ freedom to navigate without undue interference. It is in this context that Article 300 finds application to this case.” (Memorial, para. 102; see also ITLOS/PV.18/C25/3, p. 2, l. 46 - p. 3, l. 3)

With regard to good faith: “all of the Italian conduct leading up to and during the time that the arrest was in force was in violation of article 87, while its conduct since the arrest, including examples cited by Italy in its Counter-memorial, have demonstrated a lack of good faith, thereby contravening article 300 of the Convention.” (Reply, para. 217)

1 Panama: “by knowingly and intentionally maintaining the arrest of the M/V ‘Norstar’ and indefinitely exercising its criminal jurisdiction and the application of its customs laws to the bunkering activities it carried out on the high seas, Italy acted contrary to international law, and breached its obligations to act in good faith and in a manner which does not constitute an abuse of right as set forth in article 300 of the Convention” (Final submissions of Panama; see also Reply, Submissions, para. 593; see Memorial, Submissions, para. 260).

With regard to the definition of good faith: “A state does not act in good faith when it is found to have violated or acts in violation of a provision of the Convention.” (Memorial, para. 108) “In international exchanges and negotiations, good faith is presumed. However, Panama maintains that this presumption has been distorted by the unlawful conduct of Italy in several instances”. (Reply, para. 220)

With regard to abuse of rights: “Article 300 of the Convention specifically protects States from any abuse of rights and is being invoked by Panama with respect to the manner of the exercise of the right of jurisdiction recognized by the Convention. This provision also empowers

the Tribunal to find justice and provide remedies when there are abuses of rights, including the seizure of property as an incidental procedure to the criminal prosecution of the persons having an interest on the operations of the M/V Norstar.” (Memorial, para. 125)

With regard to the interpretation of article 87 and “effet utile”, see Reply, paras 213-215: “[I]t is crucial to use the concept of good faith to interpret article 87 and link it with article 300 of the Convention” (Reply, para. 215; see also ITLOS/PV.18/C25/3, p. 1, l. 23 - p. 2, l. 41)

Italy - “Panama invokes Article 300 as a stand-alone provision, contrary to the constant case law of this Tribunal on the interpretation of Article 300.” (CounterMemorial, para. 168; see also para. 165, referring to the decision on Preliminary Objections, para. 131)

“Panama has failed to identify any provision of the Convention with respect to which Article 300 would have been breached”. (Rejoinder, para. 65(c); see also CounterMemorial, para. 168)

- “Panama’s argument is that Italy has breached Article 300 with regard to Article 87, because it has breached Article 87. ... If Panama were correct that violating a provision of UNCLOS equals to not fulfilling in good faith the obligations assumed under that provision, the illogical consequence would be that a violation of Article 300 would occur any time a State acts in contravention to the Convention.

This conclusion is not tenable ...” (Counter-Memorial, para. 146; see also Rejoinder, paras 69-70)

“[A] breach of Article 300 cannot be argued autonomously ... Establishing a link between Article 87 and Article 300 requires ascertaining first that Article 87 has been violated and then, if this violation has occurred in breach of Article 300.” (Rejoinder, para. 75)

With regard to good faith: “All of the conduct that Panama claims are indicative of lack of good faith on Italy’s part are not, on their merits, contrary to good faith.” (Rejoinder, para. 65(d); see also Counter-Memorial, para. 169, and ITLOS/PV.18/C25/6, p. 20, l. 7-26)

With regard to the definition of “good faith”: “Panama’s allegations that Italy did not act in good faith are unsubstantiated and apodictic, and based on mere presumptions.” (Counter-Memorial, para. 153) “[T]he ease with which Panama presumes bad faith on Italy’s part is against

fundamental principles of international law.” (Rejoinder, para. 103, see also Counter-Memorial, para. 154) “Not only can bad faith not be presumed, ... but such a serious allegation against Italy and against a State must also be proved to a rigorous standard of proof. Panama falls far short of that in this case.” (Memorial, para. 108; Reply, para. 220)

With regard to abuse of rights: “Also with regard to the abuse of rights component of Article 300, the principle applies that it is necessary to establish a link with specific provisions of the Convention.” (Counter-Memorial, para. 197, referring to the Chagos Marine Protected Area Arbitration, para. 303) “Panama has ... failed to provide a link with any provision of the Convention that it alleges Italy has violated in exercising rights or jurisdictions under the Convention.” (Counter-Memorial, para. 196)

With regard to “effet utile”, see Rejoinder, paras 73 to 80, and ITLOS/PV.18/C25/6, p. 19, l. 7 - p. 20, l. 5 and p. 20, l. 28-42.

Did Italy breach the obligation of good faith under article 300 of the Convention in light of the circumstances of the arrest of the M/V “Norstar” and Italy’s subsequent conduct?

The circumstances of the arrest of the M/V “Norstar”

Panama2 - “Italy has not acted in good faith. Italy breached its obligation first by violating its obligation to allow free navigation under Article 87 by arresting and detaining M/V Norstar and its crew when it had no jurisdiction to do so.” (Memorial, para. 114; see also Reply, para. 216)

“More importantly, as Captain Husefest of the M/V ‘Norstar’ has stated, Italian gunships threatened the M/V ‘Norstar’ in international waters. Such an action clearly exhibited bad faith.” (ITLOS/PV.18/C25/3, p. 6, l. 21-23)

“Since Italy has admitted that arresting the M/V ‘Norstar’ on the high seas would have constituted a violation of its freedom of navigation, Panama would then like to ask: is it good faith on the part of a coastal State to avoid arresting a vessel when traversing its own territorial waters or international waters, for acts carried out there, but rather wait until it sailed into the port of another State to do so? Clearly, the answer is no, since such behaviour is deceptive in nature.”

(ITLOS/PV.18/C25/3, p. 6, l. 25-30; see also Reply, para. 225)

- “Italy knew that the M/V Norstar carried out such bunkering ‘from 1994 to 1998’, and did not take any steps to criminally prosecute this activity during those four years. Therefore, its decision to suddenly treat the Norstar’s actions as a crime could hardly be considered as good faith.” (Memorial, para. 118; see also Reply, paras 250 to 253 and 354 and ITLOS/PV.18/C25/3, p. 5, l. 3-47)

2 For the list of Italy’s actions which, according to Panama, “failed to meet good faith standards”, see ITLOS/PV.18/C25/3/11, p. 3, l. 11-31.

“Italy has stated that the reason for which it ordered and requested the arrest of the M/V Norstar was its ‘bunkering activity off the coasts of France, Italy and Spain’. This attitude of Italy does not reflect good faith either but rather is an intentional act of evading the actual and relevant facts of this case ...”. (Memorial, para. 117; see also para. 120, and Reply, para. 224, 293-300)

- “[W]hen Italy decided to arrest the M/V ‘Norstar’ without having finished a full investigation as to whether such a seizure was justified, the premature response on its part represented an absence of the good faith needed to protect the rights of ships from other flag States to freely navigate in international waters.” (Reply, para. 247)

“[T]he arrest of the M/V ‘Norstar’ was seemingly rushed and enforced without the final and definitive approval of the Italian jurisdictional authorities.” (Reply, para. 255; see also paras 226, 254, 260-273 and 362, and Memorial, para. 120)

Italy - “The circumstances invoked by Panama are hardly indicative of any bad faith on Italy’s part. On the contrary, they advance Italy’s argument that its conduct was in compliance with the Convention”. (Counter-Memorial, para. 150)

“In order to make up for its inability to prove any interference, the Panamanian narrative went on so far as to submit, for the first time in this proceeding ..., that the ‘Norstar’ was harassed. On this point, the witness statement of Mr Husefest is vague and unreliable about time and circumstances. For the record, the question is not whether the ‘Norstar’ experienced any interference on the high seas at any point in its life, but

whether the Decree of Seizure and the request for its execution determined any interference.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 5, l. 14-19)

- “[T]he M/V Norstar ... was arrested and detained because it was allegedly part of a unitary criminal plan concerning the commission of the crimes of tax evasion and smuggling in the Italian territory. Therefore, the fact that the M/V Norstar was only arrested in 1998 finds a simple explanation in the fact that it was only by then that investigative activities by the Italian tax police came to suggest its involvement in the crimes specified above.” (Counter-Memorial, para. 151; see also Reply, para. 82, and ITLOS/PV.18/C25/6, p. 22, l. 11 - p. 23, l. 10)

- “Panama’s second contention is equally not indicative of any bad faith. ... The Norstar was arrested in the internal waters of Spain precisely to avoid breaching the provision of the Convention on freedom of navigation on the high seas.” (CounterMemorial, para. 152; see Reply, paras 83 to 85; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 23, l. 32 - p. 24, l. 20)

- “[T]he adoption of the Decree was neither premature nor unjustified.” (Rejoinder, para. 88) “[T]he purpose of the Decree was to secure evidence assessing the commission of a crime by certain individuals also through the M/V Norstar.” (Rejoinder, para. 89; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 22, l. 28 - p. 23, l. 10)

“It is true that the Decree was adopted without the approval of the jurisdictional authorities, but only because such approval is not even contemplated, let alone required, by the Code of Criminal Procedure.” (Rejoinder, para. 95; see paras 92 and 96)

Italy’s conduct subsequent to the arrest of the M/V “Norstar”

(i) Conduct in relation to communications sent by Panama

Panama - “One of the most salient illustrations of the lack of good faith on the part of Italy is that it did not answer any of the communications sent by Panama as a means to exchange views.” (Reply, para. 276; see paras 277 to 292; see also Memorial, para. 114, ITLOS/PV.18/C25/3, p. 9, l. 30 - p. 10, l. 17, and ITLOS/PV.18/C25/9, p. 12, l. 40 - p. 13, l. 32)

“The failure to respond to a request for negotiation constitutes by itself a breach of an international obligation and reflects a lack of good faith.” (Memorial, para. 121; see para. 123)

Italy - “What Italy is saying is that it did not respond to Panama’s communications because it believed – and, Italy accepts that this belief was legally wrong since 31 August 2004 – that the requests from Panama were coming from individuals not authorized to represent Panama.” (Rejoinder, para. 99; see paras 100, 101, 105 and 108; see also Counter-Memorial, para. 177; ITLOS/PV.18/C25/6, p. 15, l. 42 - p. 18, l. 22)

“Panama presumes, without indicating any element to substantiate its position, that the reason for Italy’s silence was bad faith. In essence, Panama presumes Italy’s bad faith. Not only is this not true in light of Italy’s explanation of its own silence; Panama’s assertion is also contrary to the principle that good faith must be presumed.” (Counter-Memorial, para. 181)

(ii) Conduct in relation to the Italian domestic proceedings

Panama - “Italy has not acted in good faith ... neglecting to release the vessel when its own courts had decided that no crime had been committed.” (Memorial, para. 114; see also para. 119 and Reply, paras 302 and 311)

- “[T]he M/V ‘Norstar’ was detained for an inordinate period of time. Panama’s position is that the detention was prolonged, and that the vessel was kept, in effect, incommunicado under Italy’s control and authority over the years. This can only be considered as a betrayal of good faith.” (Reply, para. 228; see also para. 229)

“Italy has completely abandoned its duty to provide for the maintenance of the vessel in order to prevent its decay ... Thus, Panama feels entirely justified in describing Italy’s actions ... as being conducted in bad faith.” (Reply, para. 331; see paras 303 to 312; see also ITLOS/PV.18/C25/3, p. 12, l. 17-43)

- “Italy has acted in bad faith not only by bringing the persons involved in the operation of the M/V Norstar to trial, but also by letting criminal proceedings endure for 5 years, from 1998 until 2003. Although the Italian courts dismissed the claims of the Prosecutor, none of the accused has received any offer of compensation.” (Memorial, para. 115)

Italy - “The return of the vessel was promptly offered upon payment

of a security; at the end of the proceedings, it was released unconditionally, yet it was never collected by the owner. Even if Panama's statements were factually correct, Panama does not explain, let alone prove, how they are indicative of any lack of good faith." (Counter-Memorial, para. 183; see also para. 182)

- "Italy ... has not detained the M/V Norstar for an unreasonable period of time; ... at the latest on 11 March 1999, that is, less than 6 months after the execution of the Decree of Seizure on 25 September 1998, the M/V Norstar was released and could have been collected by its owner, who however failed to do so." (Rejoinder, para. 115; see paras 13-40 and 116; see also Counter-Memorial, paras 53-55, and ITLOS/PV.18/C25/6, p. 23, l. 33 - p. 23, l. 25)

- "The Italian judicial system provides for mechanisms of compensation for those who feel they have suffered a damage due to legal proceedings; however, none was activated by those who were put to trial. Also, Panama does not explain how bringing to trial people who are accused of a crime, or the duration of criminal proceedings, [is] suggestive of a lack of good faith." (Counter-Memorial, para. 184; see also the testimony of Mr Esposito, ITLOS/PV.18/C25/7, p. 26, l. 4-27)

(iii) Conduct in relation to the proceedings before the Tribunal

Panama - "Italy has not acted in good faith by delaying these proceedings". (Memorial, para. 114)

"There were seven attempts made by Panama to communicate with Italy concerning this case, yet all of them were unsuccessful." (Reply, para. 282)

"The refusal of Italy to admit that it was forestalling exchanges regarding the M/V 'Norstar' has placed Panama in a very disadvantageous position. If Panama had known this, it could have taken other measures to avoid wasting time and money in the belief that negotiations were still possible." (Reply, para. 284)

- "[T]he Counter-memorial adds a ... dimension to Italy's bad faith conduct. Italy has now tried to alter the facts of the case, saying that it was investigating actions by the M/V 'Norstar' performed in Italian territory." (Reply, para. 230; see paras 231-233 and paras 338-348)

Italy - "That Italy has delayed these proceedings is a patently false

statement. ... It is regretful that Panama should make such gratuitous accusations, without pointing to one single event in support of its argument.” (Counter-Memorial, para. 170)

“[A]ny delay in commencing these proceedings is imputable to Panama, and to Panama only. It is useful to recall that Panama invoked the commencement of international proceedings for the first time in 2001; it reiterated its position in 2002, and then went completely silent for 5 years and 7 months before actually commencing them.” (Counter-Memorial, para. 171)

“Italy has explained in the incidental phase of the proceedings before the Tribunal that it did not consider Mr Careyò as a legitimate representative of Panama.” (Counter-Memorial, para. 177)

“Italy’s partial lack of response to Panama’s communications cannot be invoked to blame Italy for Panama’s delays in commencing this case. A Claimant can decide at any time that it wants to commence proceedings against a respondent, when there is no prospect of success in negotiations.” (Counter-Memorial, para. 172)

- “It is impossible for Italy to understand how Panama can consider in breach of Article 300 and good faith statements that Italy has made in its Counter-Memorial, that constitute the mere narration of facts and legal principles in the context of a pleading. Italy hopes to be able to address this matter during the oral phase of the proceedings, in the event that Panama would like to clarify its position.” (Rejoinder, para. 111)

Did Italy exercise its jurisdiction in a manner constituting an abuse of rights in breach of article 300 of the Convention?

Panama - “Panama contends that Italy breached this provision because it did not comply with its international obligation of due regard for the interest of other States in their exercise of the freedom of the high seas as Panama, by wrongfully ordering and requesting the arrest of the M/V Norstar and by the improper application of its customs laws to it.” (Memorial, para. 126)

“Italy breached Article 300 of the Convention by exercising its authority and jurisdiction in contravention of the Convention, and in such a manner that acted to the detriment of Panama and persons involved in the operation of the M/V Norstar, thereby constituting an abuse of its

authority and jurisdictional rights.” (Memorial, para. 128)

“Italy violated the principle of legality because it knew that there was no international law of the sea provision in force allowing the application of its customs laws for arresting a vessel for acts performed in the high seas.” (Memorial, para. 125)

- “Italy, as a coastal State, abused its right enshrined in article 21 of the Convention to legally prevent the infringement of its customs or fiscal regulations by foreign ships which enter its territorial sea.” (Reply, para. 356; see also paras 358359, 362 and 363)

Italy - “If, contrary to Italy’s arguments, the Tribunal were to find that the abuse of rights component of Article 300 falls within its jurisdiction in the present case, its breach with respect to Article 87 still would not have occurred.” (Counter-Memorial, para. 199; see also ITLOS/PV.18/C25/6, p. 12, l. 41 - p. 13, l. 44)

“The necessary prerequisite to establish that a State has abused a right under international law is that such State had a right to exercise in the first place.” (Counter-Memorial, para. 200)

“Article 87 ... does not confer any right or jurisdiction to Italy in the present dispute, but only places obligations on Italy vis-à-vis Panama.” (Counter-Memorial, para. 201)

“The only way in which Article 300 could be linked with freedom of navigation under Article 87 would be if a State, in exercising the freedom of navigation under 87, abused the rights of other States.” (Rejoinder, para. 124; see para. 125)

- “Panama tries to enlarge the scope of the dispute ... Italy does not intend to engage the merits of this argument, but wishes to note that Article 21 of the Convention is not part of the present dispute as determined by the Tribunal, and therefore does not fall within its jurisdiction in the present case.” (Rejoinder, para. 121)

If the Tribunal has jurisdiction to consider these provisions, does the Decree of Seizure for the M/V “Norstar” breach articles 92 and 97, paragraphs 1 and 3, of the Convention?

Panama - “By ordering the arrest of the M/V Norstar in the exercise of its criminal and tax jurisdiction for bunkering activities performed by Panama on the high seas, Italy also breached Articles 92, 97(1) and 97(3)

of the Convention.” (Memorial, para. 92; see also ITLOS/PV.18/C25/2, p. 36, l. 12-15)

“Italy’s exercise of its criminal and tax jurisdiction over the M/V Norstar through its order and request of arrest for lawful activities carried out on the high seas is in direct conflict with the exclusive jurisdiction of Panama as the flag state over that vessel in extraterritorial waters.” (Memorial, para. 90; see also para. 93)

“[B]y instituting proceedings against the master and the other persons in the service of the M/V ‘Norstar’, Italy also contravened article 97(1).” (Reply, para. 373)

“Panama contends that the character of the dispute is not transformed in any way by the consideration of these provisions, and does not expect that Italy will be judged on the basis of these additional provisions, but rather that they will complement the application and interpretation of articles 87 and 300 of the Convention, hence contributing to the sound administration of justice.” (ITLOS/PV.18/C25/2, p. 37, l. 7-11)

Italy - “While Panama invokes Articles 92, 97(1) and 97(3), it is apparent from the Submissions in Chapter 5 of its Memorial that Panama does not seek a declaration from the Tribunal that Italy has breached those provisions of the Convention.” (Counter-Memorial, para. 207)

“Considering that Articles 92(1), 97(1) or 97(3) and their content were not even mentioned in Panama’s Application and therefore do not arise directly from it, the issue that Italy would like to address is whether these claims can be considered as implicit in Panama’s Application. The answer should be most definitely in the negative.” (Rejoinder, para. 139)

Rules of evidence

What is the standard of proof applicable in this case?

Panama - “Panama has already argued ... that while it bears the burden to prove its case, Italy has failed to provide, in spite of the numerous requests from Panama, important documents and information that are under the control of Italy and that only Italy can access.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 24, l. 16-19)

“The probatio diabolica rule states that the ratio inherent in the rules of burden of proof for negative facts applies to cases where an actor

faces problems establishing the evidence, provided such problems are beyond its reach and no fault is imputable to it. This principle is applicable to Panama in the present case because it has requested evidence from both Italy and Spain without success.” (ITLOS/PV.18/C25/3, p. 29, l. 10-14; see also ITLOS/PV.18/C25/3, p. 28, l. 39-46, with reference to the Corfu Channel Case; ITLOS/PV.18/C25/9, p. 13, l. 34-43; with regard to evidence on criminal procedure in Italy, see also ITLOS/PV.18/C25/9, p. 24, l. 29-38; with regard to the logbook and other documents relating to the vessel, see ITLOS/PV.18/C25/9, p. 14, l. 36-46; with regard to the testimony of Mr Esposito, see ITLOS/PV.18/C25/9, p. 13, l. 45-47; with regard to the letters sent by the Service of Diplomatic Litigation and Treaties of the Italian Ministry of Foreign Affairs (Reply, Annex 12, and Memorial, Annex 7), see ITLOS/PV.18/C25/9, p. 14, l. 1-16 and l. 23-32)

- “[I]t is not only possible to prove facts through written documents only. The Rules of the Tribunal expressly provide, inter alia, in article 44 and article 72 and the following, that the parties may also provide evidence by witnesses or experts. This evidence has an equal value.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 31, l. 9-12)

- “The testimonies of the witnesses called by Panama in this case, Mr Morch, Mr Rossi and Mr Husefest, were particularly strong evidence because the witnesses were directly involved in the events surrounding the ‘Norstar’ and had extensive knowledge of the facts concerning the vessel and its activities.” (ITLOS/PV.18/C25/9, p. 31, l. 14-17)

Italy - “It concerns the generally recognized principle that ‘evidence produced by the parties [must be] “sufficient” to satisfy the burden of proof’” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 8, l. 30-32)

“Panama advances a significant number of factual and legal contentions which are unsupported by a sufficient standard of proof.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p. 9, l. 16-17; see also ITLOS/PV.18/C25/7, p. 8, l. 9-16) “[F]requently where Panama cannot prove its assertions, it instead tries to shift the burden of proof onto the defendant.” (ITLOS/PV.18/C25/5, p.10, l. 10-12; with regard to the use of the maxim “res ipsa loquitur” by Panama: ITLOS/PV.18/C25/7, p. 9, l. 8-18).

- “It is not for Italy to provide Panama with all the evidence it needs

to build its case.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 8, l. 18-19)

“Panama must now bear the consequences of that refusal. It is not for Italy to provide Panama with all the evidence it needs to build its case.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 8, l. 18-19)

- “Nor can Panama make up indeed for its evidential failures through the oral testimony of self-interested witnesses.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 8, l. 44-46)

“I [Counsel for Italy] also want to challenge the strength of that oral evidence as a general matter based on well-accepted principles in international dispute settlement affirming that the evidence of individuals that have an interest in a case – and especially a financial interest – has less value than the evidence of those who do not have such an interest.” (ITLOS/PV.18/C25/10, p. 9, l. 11-15, with reference to the Nicaragua Case; see l. 16-22; see also, ITLOS/PV.18/C25/10, p. 9, l. 24-31)

Jurisdiction and applicability of article 87

Panama and Italy are both States Parties to the Convention. The Parties disagree on whether the Tribunal has jurisdiction over the M/V “Norstar” Case.

The relevant provisions concerning jurisdiction are laid down in article 286, article 287, paragraph 4, and article 288, paragraph 1, of the Convention and in article 21 of the Statute. Article 286 of the Convention provides:

Subject to section 3, any dispute concerning the interpretation or application of this Convention shall, where no settlement has been reached by recourse to section 1, be submitted at the request of any party to the dispute to the court or tribunal having jurisdiction under this section.

Article 287, paragraph 4, of the Convention provides:

If the parties to a dispute have accepted the same procedure for the settlement of the dispute, it may be submitted only to that procedure, unless the parties otherwise agree.

Article 288, paragraph 1, of the Convention provides:

A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of this Convention which is submitted to it in accordance with this Part.

Article 21 of the Statute provides:

The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement which confers jurisdiction on the Tribunal.

Reference should be made in this regard to article 288, paragraph 4, of the Convention, which provides: "In the event of a dispute as to whether a court or tribunal has jurisdiction, the matter shall be settled by decision of that court or tribunal."

The Tribunal's substantive jurisdiction, that is to say, the authority to exercise the powers inherent in the judicial function, stems both from its Statute, as laid down by UNCLOS, which establishes it, and from the declarations made by Panama and Italy recognizing its jurisdiction in the present case.

In judicial settlement, the two legal bases are distinct. Jurisdiction stems from a combination of the Statute and the consent of each Party. The consent of each Party permits the Tribunal to entertain the specific dispute between them. However, the powers that constitute "jurisdiction" in general stem from the Statute.

The Tribunal may deal with the merits of a case only if the conditions laid down by the parties and in its Statute are satisfied in the case at issue. The conditions laid down by the parties relate to the jurisdiction of the Tribunal while the conditions laid down in its Statute relate to the admissibility of the action. It is therefore for the parties and for the Tribunal to raise objections to the exercise of judicial power if any of those conditions is not satisfied.

The present case was brought before the Tribunal unilaterally by Panama, the Applicant, availing itself of a compulsory jurisdiction mechanism. Italy, the

Respondent, seeks to evade it by contesting the jurisdiction of the Tribunal and the admissibility of the Application.

The Tribunal has to examine with particular care the question of its jurisdiction, which is fundamental to the present case because the Parties disagree completely on this point.

The Tribunal has taken precautions in its case-law in respect of the examination of its jurisdiction according to the nature of the proceedings

brought before it. These precautions should be qualified on account of the differences between provisional measures and preliminary objections.

The distinction between jurisdiction and admissibility is of particular practical importance. Judicial decisions that do not adhere scrupulously to the limits imposed on jurisdiction can have a significant effect on the parties' expectations, especially since international judicial bodies rule at first and last instance. Similarly, the misclassification of a question of admissibility as a question of jurisdiction may unduly extend the scope of the parties' judicial claims in fact and in law. Consequently, the court or tribunal must always avoid deciding a question of admissibility when it examines its jurisdiction, that is to say the authority to exercise the powers inherent in the judicial function, which stems both from its Statute and from the declarations made by the Parties recognizing its jurisdiction in the present case. It should be noted that, in judicial settlement, the two legal bases are distinct. The exercise of judicial power by the Tribunal is subject to these two types of conditions being satisfied.

Sometimes, the Tribunal has relied on arguments relating to the admissibility of the legal action in order to decline jurisdiction. That was what happened in the M/V "Louisa" Case, as I pointed out (in paragraph 38 of my Separate Opinion). The Tribunal states that

to enable it to determine whether it has jurisdiction, Saint Vincent and the Grenadines must establish a link between the facts advanced and the provisions of the Convention referred to by it and show that such provisions can sustain the claim or claims submitted by it (para. 99 of the Judgment,

which reproduces the reasoning adopted by the ICJ in *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803).

It should have been added that the dispute must be one which the Tribunal has jurisdiction to determine *ratione materiae* pursuant to the Convention. In other words, the dispute must exist and be justiciable.

As the ICJ stated in the *Lockerbie* case: "The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court" (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention*

arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 9, at pp. 25-26, paras 42-44).

Furthermore, the Court also held that “in terms of the subject-matter ... the dispute must be ‘with respect to the interpretation or application of [the] Convention’” (Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70, para. 30).

In the M/V “Norstar” Case, the Tribunal conducted an examination of the applicability of article 87, relied on by Panama, and concluded that: “[c]onsequently, the Tribunal concludes that article 87 is relevant to the present case” and, in the operative provisions of the Judgment, it “[r]ejects the objections raised by Italy to the jurisdiction of the Tribunal and finds that it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute”.

It should be borne in mind that, in the law on evidence, relevancy expresses proof of facts which have a legal interest in the dispute and which are such as to influence the outcome of the dispute.

In addition, the Tribunal’s ruling is binding on the Tribunal itself and on the two Parties, having the force of *res judicata*.

In other words, the relevancy of the article and its applicability are essential elements of the applicable regime in the legal order that provides a basis for the settlement of the dispute in that order. Thus, the Tribunal does not need to concern itself with internal considerations – pure facts in the international order – in order to fulfil its function.

As the ICJ states,

[a]lthough it is true that the act of delimitation is necessarily a unilateral act, because only the coastal State is competent to undertake it, the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law (Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 132).

This recalls the system applicable to nationality. “It does not depend on the law or on the decision of [of a State] whether that State is entitled to exercise its protection, in the case under consideration” (Nottebohm Case (second phase), Judgment of 6 April 1955, I.C.J. Reports 1955, p.

23). On the other hand, the internal validity of nationality is the primary condition for its international validity. Just as international law acknowledges that States have exclusive competence in determining nationality, it makes its effectiveness in the international order subject to its own requirements. Accordingly, a challenge by a State to an act of nationality does not invalidate it but does render it not opposable.

As is noted by Brownlie,

Nationality is a problem, *inter alia*, of attribution and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a State, but this prescription doesn't preclude a forum which is applying international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law. (I. Brownlie, "The Relations of Nationality in Public International Law", *BYBIL*, 1963, pp. 290-291)

It should be recalled that the high seas are the maritime area where there is complete freedom of navigation for any vessel. That freedom – the first of the six freedoms provided for in article 87, paragraph 1 – forms the basis for the principle that the flag State has exclusive jurisdiction over its own vessels in accordance with international rules under article 92, paragraph 1. This is a guarantee of the effectiveness of freedom on the high seas so that no State is tempted to set itself up as a maritime police force.

The fundamental principle in this maritime area is freedom of navigation. In a world of free communication and in particular undergoing globalization of trade, the principle influences all the legal regimes applying to the different maritime zones. This key principle in the law of the sea prevails over claims to ownership asserted by the maritime powers.

It should be stressed that the flag State generally enjoys exclusive jurisdiction over vessels flying its flag on the high seas. The relevant exceptions are laid down in international treaties and the Convention (article 92, paragraph 1) or may be based on international custom, such as the right of self-defence. Since the high seas are governed by international law, the freedom of navigation is subject to certain limitations recognized within that legal order. Thus, ships on the high seas may be

checked by foreign warships if they are engaged in activities subject to the right of visit of States other than the flag State (article 110 of the Convention). This is because the freedom of navigation may lead to conduct or activities of which States collectively disapprove; hence the developments relating to the freedom of navigation.

It must be hoped that in the foreseeable future these developments will include cases of trafficking of migrants, drugs and weapons of mass destruction and even IUU fishing, which are detrimental to peace on the seas and oceans. Through treaties, States will be able to regulate effectively the policing powers of the coastal State, the flag State and other States in those activities alongside piracy, ships without nationality, unauthorized broadcasting from the high seas, the right of visit and cooperation to combat crimes on the high seas in general.

Under article 87 of the Convention, the high seas are open to all States. Accordingly, no part of that zone can come under the sovereignty of any one State. In short, the principle of freedom of the high seas forms the legal regime for this area and the freedom of navigation is the first of the six freedoms recognized by paragraph 1 of article 87 of the Convention. This means that any vessel may sail on the high seas without intervention from States other than the flag State. Freedom of navigation is based on the individual jurisdiction of the State over vessels flying its flag in that zone. There are exceptions to the exclusive jurisdiction of the flag State in relation to the right of hot pursuit, the right of visit, piracy or any other incident of maritime navigation.

In the present case, the main issue to be resolved is whether or not bunkering on the high seas is covered by the freedom of navigation. As we know, such activity on the high seas falls outside the regulation or control of any State except the vessel's flag State. As such, bunkering in that area is covered by the freedom of navigation. Consequently, control or exercise of jurisdiction over the vessel on the high seas by any State other than the flag State constitutes a blatant breach of the freedom of navigation enshrined in article 87 of the Convention; such control or exercise of jurisdiction may take a wide variety of very different forms.

The Tribunal rightly holds that, by extending the application of its

criminal law to the high seas, issuing the Decree of Seizure and requesting the Spanish authorities to execute it, which they did, Italy breached the freedom of navigation enjoyed by Panama as the flag State of the M/V “Norstar” under article 87, paragraph 1, of the Convention.

The interpretation of the legal regime of internal waters must be more cautious, on the other hand. The State does exercise its full sovereignty in its maritime waters, with any associated consequences for foreign vessels.

However, the inalienable rights inherent in the status of a vessel exclusively carrying out offshore bunkering activities should not be overlooked. Access to a State’s port does require the prior authorization of the State’s port authorities but the abovementioned status of the vessel gives it the right of access to the high seas.

Otherwise, it would be destined to wander off the coast, not fully enjoying the freedom of navigation which must provide a right of access to and from the sea or the freedom to access or transit through a port. The conditions and arrangements under which that freedom is exercised must comply with the port State measures and may not in any way undermine its legitimate interests.

It should be borne in mind that ships sail under the flag of one State only and, save in exceptional cases expressly provided for in international treaties or in the Convention, are subject to its exclusive jurisdiction on the high seas. If those ships did not benefit from the freedom of navigation and the related rights, they would have to resolve to return to the ports of the flag State even if they were thousands of nautical miles away.

In this case, however, the matter at hand is not “[t]o interpret the freedom of navigation as encompassing a right to leave port and gain access to the high seas”. Rather, it is a question of the arrest and detention of the M/V “Norstar”, wrongful acts the consequences of which are to prevent

- the M/V “Norstar” gaining access to the high seas and therefore - enjoying the freedom of navigation, and - developing the bunkering activities in which the M/V “Norstar” was engaged on the high seas.

The acts subjecting the activities of the M/V “Norstar” on the high

seas to the jurisdiction of Italy breach the freedom of navigation because the principle of the exclusive jurisdiction of the flag State is a fundamental element of the freedom of navigation enshrined in article 87 of the Convention.

The arrest and detention of the M/V “Norstar” are unlawful because the vessel did not violate any Italian laws. Italy’s application of its laws, resulting in the confiscation of the vessel, breaches article 87 by depriving it of the freedom of navigation. The lack of a contiguous zone prevents it from exercising its enforcement powers to challenge any possible infringement of its customs or fiscal laws. In addition, the Italian judicial authorities confirmed in respect of Italy’s extraterritorial application of its laws – in arresting the M/V “Norstar” – that the arrest was unlawful. The Decree of Seizure and its execution related to activities carried out on the high seas by the M/V “Norstar”. These constitute obstacles to navigation and only the authorities of the flag State may order the arrest or the detention of the vessel. In other words, it is for those authorities to avoid obstacles to navigation: freedom of movement, the right to leave port, physical interferences on the high seas with indirect measures etc. That is to say, in light of the facts of the case, the legal regime of the freedom of navigation has been substantially affected.

As far as article 300 of the Convention is concerned, the Tribunal has recognized its relevance in this case. It will have to be determined whether or not it is applicable in the light of the pleas raised by Panama.

Article 300 states:

States Parties shall fulfil in good faith the obligations assumed under this Convention and shall exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognized in this Convention in a manner which would not constitute an abuse of right.

Article 300 encompasses two aspects underlying the concepts of good faith and abuse of rights. Good faith is always presumed and it is for the party alleging bad faith to prove it. Good faith represents a legal standard by which the court or tribunal is able to assess the conduct of the parties. It can be viewed as conduct which the parties are legally obliged to observe, in the performance and the interpretation of their rights and obligations, whatever their source, in accordance with a ge-

neral legal principle whose binding force is reaffirmed in consistent practice and jurisprudence (Dictionnaire de droit international public, Jean Salmon (ed.), p. 134).

“One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation” (Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, at p. 268, para. 46).

The principle is recalled in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties with regard to both the performance and the interpretation of treaties (article 31, paragraph 1, of the VCLT). In respect of the exercise of a power, good faith presupposes the possibility that an act can be justified by reference to the pursuit of a legitimate purpose. “The power of making the valuation rests with the Customs authorities, but it is a power which must be exercised reasonably and in good faith” (Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1952, p. 176, at p. 212). In any event, good faith is always linked to an existing rule.

The principle of good faith is ... one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations ... ; it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist (Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 69, at p. 105, para. 94).

As regards abuse of rights, it makes it possible to sanction any exercise of a right that goes beyond the limits of reasonable use of that right. The existence of the right can hardly be contested, but it is the manner in which it is exercised, where this causes prejudice to others, that entails an abuse of rights. Abuse of rights can also stem from the application of an unlawful act which is incompatible with the primary rule establishing the right in question. There is also an abuse of rights where the State acts with the sole intention of harming another, even if it complies with its international obligations. Ultimately, abuse of rights can be viewed as where a State exercises a right, power or competence in a manner or for a purpose for which that right, power or competence was not inten-

ded, for example to evade an international obligation or to obtain an undue advantage (*Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 364).

In this case at issue, it would seem that it is this second element of article 300, abuse of rights, that allows the Tribunal to fulfil its task. The somewhat elliptical approach taken by the Tribunal may seem surprising, in particular the emphasis placed on the first element, good faith.

The question arising is whether the rights, powers and freedoms conferred on the Respondent by the Convention are exercised by it in a manner which scarcely constitutes an abuse of rights.

(a) It is apparent from the ratio legis for the Decree of Seizure and its execution that it was a matter of offshore bunkering which was considered to relate to *corpus delicti*. These acts were obstacles to free navigation, exacerbated by the continued detention of the M/V “Norstar”. By illegally applying its internal legislation outside its territory to lawful offshore bunkering activities and by exacerbating these acts by extending the detention of the M/V “Norstar” for a very long period, despite the decisions made by the Italian courts themselves holding that the prosecution was unlawful in criminal law.

(b) The M/V “Norstar” was detained for a very long period under the control and authority of Italy, which was not required to take any steps to return the ship to its owner or to the flag State. On the contrary, the M/V “Norstar” had decayed so much that it had to be sold in public auction as scrap. Nevertheless, as the court having jurisdiction, the Tribunal of Savona should have taken the appropriate steps to maintain and thus to preserve the ship and other property on board during the time of the detention.

(c) The other important element is that Italy waited until the M/V “Norstar” was in the port of Palma to arrest the vessel. The decision to arrest the vessel in the internal waters of a third State, when it was clear that such an arrest on the high seas would constitute a breach of the freedom of navigation, is telling. Furthermore, it is possible under the Decree of Seizure itself for the vessel to be arrested on the high seas. As the case stood so far back in time and involved intertemporal law, the Tribunal should have paid closer attention to the documentary evidence and

carried out a more detailed examination of the oral proceedings in order to arrive at a more precise characterization of the facts of the case.

Note should also be taken of other points that bear out the idea of an abuse of rights.

(d) The premature enforcement of the Decree of Seizure. The arrest of the M/V “Norstar” was premature and enforced without final and definitive approval from the Italian judicial authorities. It should be noted that the Decree of Seizure and the Request for its execution were issued on 11 August 1998, while the Italian fiscal police transmitted its findings on the investigation regarding the M/V “Norstar” to the Public Prosecutor only on 24 September 1998. As we know, provisional measures may be ordered only if it is established that they are justified *prima facie* in fact and in law and that they are urgent, none of which has really been proved by the Respondent. Furthermore, the decisions delivered by the Italian courts indicated that the prosecution was illegal from the point of view of criminal law.

(e) The other important point is the withholding of information. Since the incidental phase, the Applicant has stated that Italy has always been opposed to disclosing all the documents concerning the criminal proceedings against the M/V “Norstar”. It argues that Italy has withheld vital information relevant to the present case. In this regard, Panama has referred to letters from the Service of Diplomatic Litigation dated 4 September 1998 and 18 February 2002, informing the Italian Prosecutor of the non-existence of a contiguous zone and expressly referring to the claim for damages by the Agent of Panama. The existence of these documents was disclosed by Italy only in 2016. The obligation to cooperate in the settlement of disputes is thus seriously impaired.

(f) Note can also be taken of the silence kept when confronted with the persistent claims made by Panama, not to mention the international obligation to have due regard for the interests of other States. Panama asserts that it made seven attempts to communicate with Italy concerning the M/V “Norstar”, yet all of them were unsuccessful. Panama contends that, by intentionally keeping silent when confronted with the claim that article 87 of the Convention had been breached, Italy acted in a manner contrary to its duty of good faith.

(g) In addition, Panama asserts that the reasons Italy used to justify the Decree of Seizure were contradictory. In its view, while Italy asserts that the arrest of the M/V “Norstar” was executed within the internal waters of Spain for the reason that its arrest on the high seas would have amounted to a breach of article 87 of the Convention, Italy based its Decree of Seizure on the constructive presence doctrine, which is applicable only to seizures on the high seas. Furthermore, once the Tribunal of Savona had held that the M/V “Norstar” conducted its business outside territorial waters, it is inconsistent to allege that the vessel was arrested for a crime that it was suspected of having committed in Italy. Accordingly, the Applicant requests the application of the principle of non concedit venire contra factum proprium because, if Italy had originally stated that the M/V “Norstar”’s conduct had taken place outside its territorial waters, no offences were actually committed. The law prohibits Italy from now arguing in direct opposition to the conduct it itself had stated was responsible for this case being brought before the Tribunal.

All these points which have been emphasized constitute at least an abuse of rights on the part of Italy in the absence of evidence on the basis of which they could be characterized as bad faith.

II. STANDARD OF PROOF

What is the standard of proof applicable in this case?

In characterizing proof as the demonstration of the existence of a fact (in his *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, p. 471), Basdevant recalls the Queen Case of 26 March 1872:

One must follow, as a general rule of solution, the principle of jurisprudence, accepted by the law of all countries, that it is for the claimant to make the proof of his claim.

It is said today that “the applicant has the burden of proof” and, according to J.C. Wittenberg, “*La théorie des preuves devant les juridictions internationales*”, R.C.A.D.I. 1936, p. 59, “written proof is that which comes from papers or documents such as to establish the alleged fact”.

Consideration will now be given the methodology of proof before

turning to the matter at hand. Written proof comes from papers or documents such as to establish the alleged fact, including treaties, correspondence, laws, regulations, orders, decrees, judicial and administrative acts, etc.

The ICJ states that:

In accordance with its practice, the Court will first make its own determination of the facts and then apply the relevant rules of international law to the facts which it has found to have existed ... (Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, para. 57).

The Court continues:

These findings of fact necessarily entail an assessment of the evidence. The Court has in this case been presented with a vast amount of materials proffered by the Parties in support of their versions of the facts. The Court has not only the task of deciding which of those materials must be considered relevant, but also the duty to determine which of them have probative value with regard to the alleged facts. The greater part of these evidentiary materials appear in the annexes of the Parties to their written pleadings. The Parties were also authorized by the Court to produce new documents at a later stage. In the event, these contained important items. There has also been reference, in both the written and the oral pleadings, to material not annexed to the written pleadings but which the Court has treated as "part of a publication readily available" under Article 56, paragraph 4, of its Rules of Court. Those, too, have been examined by the Court for purposes of its determination of the relevant facts. (para. 58)

The Court concludes its methodological considerations in paragraph 59:

As it has done in the past, the Court will examine the facts relevant to each of the component elements of the claims advanced by the Parties. In so doing, it will identify the documents relied on and make its own clear assessment of their weight, reliability and value. In accordance with its prior practice, the Court will explain what items it should eliminate from further consideration (see *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*),

Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 50, para. 85; see equally the practice followed in the case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3).

The particular characteristics of jurisdiction in international law explain the relative margin of discretion of the organ exercising it and the vital role played by parties in establishing a purely voluntary jurisdictional connection. They can be seen *inter alia* in the rules on evidence.

The evidentiary mechanisms show that the parties and the judicial body combine in establishing the legal truth.

On the one hand, it is for each party to prove its claims, both in relation to the facts on which they rely (including domestic law, which has the status of simple fact *vis-à-vis* the International Tribunal) and in relation to the law, whatever might often be said and in particular where the applicable rules are customary and the State invoking them has to establish both their substance and their applicability in its relations with the opposing party. On the other hand, however, the Tribunal has considerable latitude in most cases in assessing the probative value of evidence presented to it and plays an important role in establishing the truth; written or testimonial evidence is submitted to it, but it does not remain passive in relation to that evidence and has the power to examine witnesses, to request additional information from the parties, to have recourse to new measures of inquiry (expert opinions, inquiries) etc.; it may apply an adverse presumption to the failure by one party to produce evidence under its control; lastly, within the considerable latitude it is allowed by the rules on evidence, which do not follow any particular national system but rather the common set of their “general principles”, it enjoys a wide margin of autonomy in respect of admissibility and the assessment of the probative value of evidence submitted to it.

The facts of the present case, viewed in light of the applicable rules of law, show extremely clearly the successive failures by Italy to fulfil its obligations to Panama under the Convention.

Italy has sought to evade its fundamental responsibility by placing it on Spain, which carried out the arrest of the M/V “Norstar”. However, the clauses establishing prerogatives in the Strasbourg Convention of 20 April 1959 are clear. They present a requesting State and a requested

State, the latter acting in the name and on behalf of the former, in conformity with the Convention. Article 1 thereof provides:

1 The Contracting Parties undertake to afford each other, in accordance with the provisions of this Convention, the widest measure of mutual assistance in proceedings in respect of offences the punishment of which, at the time of the request for assistance, falls within the jurisdiction of the judicial authorities of the requesting Party.

In truth, Spain itself had no interest in the seizure of the M/V “Norstar”. Its action simply follows the “International Letters Rogatory of the Tribunal of Savona to the Spanish Authorities, 11 August 1998” and Italy’s order constituting a request for international judicial assistance sent to Spain.

It is thus Italy that initiated the letters rogatory and, consequently, it is Italy that is responsible for the actions of the Spanish authorities carried out in its name since, with Spain being the requested State, they were hardly responsible for conducting an investigation into the validity or invalidity of the arrest of the vessel in the context of a request for assistance.

Spain was accountable only for the manner in which the arrest was carried out, that is, for the protection of the integrity of the vessel and crew when arrested. This definition of mutual responsibility is inherent in the system of judicial assistance. This distinction between the responsibility of the requesting State and the responsibility of the requested State in the area of judicial assistance also means that, if a criminal charge is unfounded, it is the requesting State that is liable for compensation, not the requested State; any other conclusion would result in States’ refusing to accept a request for judicial assistance.

What is more, in annex to its letter of 18 March 2003, Italy sent Spain the judgment of the Tribunal of Savona, requesting it to execute the release order. That is to say, Italy considered its request necessary in order for the vessel to be released. Similarly, Spain considered that the vessel was still Italy's responsibility when it requested its authorization to demolish the vessel in its letter of 6 September 2006.

The necessary conclusions must be drawn from these findings with regard to Italy’s international responsibility, and in particular the issue

– the crux of the present case – of the production of documents, to which Italy has systematically refused to grant access to Panama.

As we know from the statements made by the Italian expert Mr Esposito, Panama was legally entitled under Italian law to request the entire files from the administrative and criminal proceedings for the purposes of the present case.

In *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (*United States of America v. Iran*), Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, at p. 10, para. 11, the ICJ states:

In the present case, the United States has explained that, owing to the events in Iran of which it complains, it has been unable since then to have access to its diplomatic and consular representatives, premises and archives in Iran; and that in consequence it has been unable to furnish detailed factual evidence on some matters occurring after 4 November 1979. It mentioned in particular the lack of any factual evidence concerning the treatment and conditions of the persons held hostage in Tehran.

In other words, no one is expected to do the impossible. In those circumstances, as in the case of the M/V “Norstar”, the burden of proof becomes volatile because what must be proved is significantly limited by what can be proved.

An international court or tribunal must adjudicate on the facts in dispute, which it may do only if the parties have both the right and the opportunity to furnish evidence to it with a view to the resolution of the dispute.

The criterion of relevance, which stems from the logical need to have available papers and documents such as to establish the facts alleged by the Applicant, would seem to apply.

The concept of *probatio diabolica* is a legal requirement for achieving an impossible proof. This can be viewed as a remedy whose purpose is to reverse the burden of proof or to grant additional rights to the Applicant.

There is hardly consensus between the Parties in this case on the rules on evidence, with regard to the burden of proof, the applicable standard of proof or the probative value of witnesses.

In respect of the request for further information made by the Tribu-

nal concerning the cargo on board the M/V “Norstar” at the time of seizure and the monitoring and maintenance works carried out after the seizure, Italy declined its responsibilities when the detained vessel fell within its jurisdiction *ratione materiae*. It asserts that the ship owner and Panama were in possession of documentation stating that they did not have access to those documents, which remained on board the ship after the seizure. The documents were therefore placed under the authority and control of the Italian authorities, through the Spanish authorities, from the arrest until the destruction of the M/V “Norstar” in 2015.

Italy was thus in a position to provide the documents to the Tribunal, as the Italian expert Mr Esposito enlightened the Tribunal. He stated, in response to the question whether Italian law permitted files in criminal cases to be produced as evidence, that “[t]he law provides for this ... it must be acknowledged that the law makes it possible to transfer files from one case to another, having due regard to the rules”.

Accordingly, Panama was legally entitled to request the whole files. Italy’s refusal to grant access to those files was therefore contrary to Italian law.

Italy states in its letter to the Tribunal of 27 September 2018 that it is not in possession of any relevant documents. In its view, Panama’s alleged justifications for not providing information on the issue at stake are untenable. It maintains that not only is Panama’s answer speculative in nature, but the exercise of speculation is particularly extreme and riddled with contradictions.

The present case seems to centre on the question of the production of documents.

The relevance of the facts give rise to the relevance of the rules governing those facts. Such relevancy translates the application of the law, as the legally relevant facts permit the characterization and determination of the applicable law, allowing the judicature to give a ruling in order to settle the dispute. Note should also be taken of the comment made by Italy which seems to refer to extinctive prescription.

According to Italy, Panama cannot shift the blame to it for its own failure to provide adequate evidence in this case. In this regard, it claims that Panama must bear the evidential consequences of its significant

delay in commencing this case.

That late commencement of the proceedings is in fact imputable to Italy. This question was examined in the Preliminary Objections phase. Paragraph 214 of the Judgment of 4 November 2016 states:

The Tribunal observes that, in spite of several attempts by Panama to initiate discussion on the detention of the M/V “Norstar” and seek compensation for related damages, Italy maintained silence by not responding to the communications from Panama.

And paragraph 217 states:

The Tribunal is of the opinion that by disregarding correspondence from Panama concerning the detention of the M/V “Norstar”, Italy in effect precluded possibilities for an exchange of views between the Parties.

The Tribunal should be cautious on this point. This is an approach which infers acquisitive prescription from extinctive prescription. A concept from the domestic order is simply transposed into the international order, the “time” element and the need to settle the claim having been highlighted. Since the subject-matter to which the concept is applicable is completely different in the two orders, prudence must be exercised in the way it is used. Furthermore, the centralized element (the State in the domestic order) is lacking in the international order.

As is stated by Judge Anzilotti,

International law does not have the institution of either acquisitive or extinctive prescription, even in the form known as “immemorial” prescription; as a general rule, the passage of time is not sufficient to determine the acquisition or the loss of a right. (Cours de droit international, pp. 336-337, cited by Krystina Marek, *Identity and Continuity of States in International Law*, Geneva, 1954, p. 576; see also T.M. Ndiaye, “Les Falklouines et le droit international”, *Annales Africaines, Revue de droit de Dakar*; 1983, pp. 25-59, in e-book, T.M. Ndiaye; *Ecrits de Droit* 2019, p. 44, footnote 49)

It is impossible for the judicature to make inquiries itself to establish all the facts of a case. To that end, it must benefit from the support of the parties to the proceedings in accordance with the relevant rules. It is for the parties to provide the court or tribunal with the facts. The burden

of proof, that is to say, “[the obligation] on the litigant who relies on a fact to demonstrate its existence, upon pain of it being discounted in the decision on the case” (J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Jean Salmon, op. cit., p. 168), may take time.

The burden of proof requires the parties to bring to the attention of the Tribunal, in the forms prescribed by the Statute and the Rules, all the legally relevant facts whose characterization allows the dispute to be settled. This means that the applicant must prove the facts on which its action is based and the respondent must prove those on which its objection is based. Proof is to be furnished by the party alleging a fact rather than by the party denying it. Proof lies with the parties, not with the judicature.

The judicature has the capacity freely to assess evidence submitted to it. Although there are no general, predetermined rules on the probative force of a certain category of evidence, the circumstances in which it was determined must be taken into account. In the case at issue, what must be proven was limited by what could be proven, such that it is justified to adjust the applicable standard of proof. The Tribunal should have adjusted the standard of proof to be satisfied by the Applicant on the ground that the Respondent refused the request for evidence submitted to it.

III. REPARATION

As regards reparation, it should be borne in mind that the law on responsibility is now regulated by the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility, article 1 of which provides that “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.”

There must therefore be an internationally wrongful act, that is to say, a breach of an international norm, and the wrongful act in question must be carried out by a State, which entails its responsibility.

The breach of the international obligation can be seen as a failure by a State to comply with the conduct required by an international norm which prescribes, prohibits or permits a certain attitude. The wrongful

act is thus manifested in a discrepancy between what should be done and what is done, either by going beyond what is permitted by the norm or by doing less than what should be done, thereby giving rise to non-compliance. In addition, the norm laying down the obligation must be in force for the State concerned at the time of the act whose wrongfulness is at issue, in accordance with article 13 of the ILC Draft Articles. In the present case, Panama and Italy are both States Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea.

The rules on reparation are well established in international law. As the Tribunal and the PCIJ state:

It is a well-established rule of international law that a State which suffers damage as a result of an internationally wrongful act by another State is entitled to obtain reparation for the damage suffered from the State which committed the wrongful act and that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”. (M/V “SAIGA” (No. 2), (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, at p. 65, para. 170; M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 428; *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47)

Under article 31, paragraph 1, of the ILC Draft Articles on State Responsibility, “[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.”

Reparation can take various forms. It may be in the form of restitution in kind, compensation, satisfaction, assurances or guarantees of non-repetition. It may also take the form of monetary compensation for economically quantifiable damage as well as for non-material damage, depending on the circumstances of the case, including such factors as the conduct of the State which committed the wrongful act and the manner in which the violation occurred. (M/V “SAIGA” (No. 2), *op. cit.*, para. 171)

In the present case, by the Decree of Seizure of the M/V “Norstar” issued by the Public Prosecutor at the Tribunal of Savona, by the request for execution and by the arrest and detention of the vessel, Italy breached

article 87, paragraph 1, of the Convention and, pursuant to the above-mentioned rules on reparation, Italy is under an obligation to make reparation for the damage caused which engages its responsibility.

It is not easy to deal with responsibility without the essential facts, given the associated risk of speculation. In the absence of the most relevant evidence, the circumstances of the case at issue should be examined.

There are three important elements: the extension of the application of Italy's criminal legislation to the high seas; the Decree of Seizure; and the arrest and detention of the M/V "Norstar". The probative seizure should give rise to the inspection, the report from which determines: the condition of the vessel, the security system, maintenance and related costs depending on the duration of the detention. With the inspection report and the logbook, it is possible to determine the damage and thus the reparation, whether in the form of a *restitutio in integrum*; *lucrum cessans* or *damnum emergens*, depending on the circumstances.

By ordering the arrest of the M/V "Norstar" and requesting its execution, within the framework of its criminal jurisdiction, in respect of offshore bunkering activities, and by applying its customs laws to those activities, Italy breached article 87, paragraph 1, of the Convention by hindering the vessel's ability to navigate and conduct lawful activities. Thus, the right of Panama and of vessels flying its flag to enjoy freedom of navigation was breached. Consequently, as the State responsible for an internationally wrongful act, Italy is under an obligation to make reparation for the damage caused by its breach of article 87, paragraph 1, of the Convention. Reparation covers in particular the damage caused by the arrest and detention of the M/V "Norstar". Italy claimed that the causal link was broken because Panama failed to retrieve the M/V "Norstar" in 1999 and again in 2003, after the Italian courts ordered the release of the vessel against payment of a bond.

However, since the arrest of the M/V "Norstar" was wrongful, the Respondent had the duty to order the release of the vessel without any consideration or bond. The demand for a bond for the release of a vessel which should not have been arrested was unlawful. Furthermore, as the Applicant states, the ship owner should not have been expected to take

possession of the M/V “Norstar” in 2003, five years after the seizure, as the vessel had not received the necessary maintenance work and had not been the subject of the corresponding mandatory surveys. In addition, it is apparent from the case file (Reply, para. 30) that, although the Italian courts ordered

the release, that decision was never executed, nor has Italy taken any further steps to comply with it.

It should be observed that, by reason of the letters rogatory, it was Italy, and not the ship owner or the flag State, that had the responsibility for maintaining the vessel after its arrest. It was therefore its responsibility for showing acknowledgment of the surveys required for the M/V “Norstar” to maintain its class, because it is for the party responsible for the arrest to provide for the maintenance of the vessel. It must update the ship’s class certificate and designation of the M/V “Norstar”.

It should be noted, lastly, that Panama was refused access to the vessel, that is to say, the internationally wrongful act continued and the causal link was never broken. This conclusion should have been reflected in the obligation of mitigation and compensation. This consists in the payment of a sum of money as reparation for damage suffered by the victim of a wrongful act. As the International Law Commission states:

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. 2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established. (ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001 version), article 37)

In the present case, the damage has not been made good by restitution, as the M/V “Norstar” was detained for a very long period under Italy’s control and authority. It decayed so much that it had to be sold in public auction as scrap.

In what condition was the M/V “Norstar” at the time of its arrest? The parties have presented conflicting assertions concerning the seaworthiness of the vessel. They rely on documentary and testimonial evidence of doubtful probative value. It can be noted that there is no record

of the bad physical condition of the M/V “Norstar” at the time of its arrest in the “Report of Seizure” issued by the Spanish authorities on 25 September 1998. The Report indicates that the captain “resides in the mv Norstar” and that “it is possible to locate him at the vessel”. This reflects the fact that the Respondent’s view that the M/V “Norstar” was in a state of abandonment at the time of its arrest cannot be accepted. In addition, insufficient evidence was produced before the Tribunal to conclude that the vessel was not seaworthy at the time of its arrest.

As regards the value of the M/V “Norstar” at the time of arrest, it should be noted that the “Statement of Estimation of Value” produced by the Applicant is based on an estimation made without a physical inspection of the vessel and its class records. The Applicant acknowledges that the estimation was given on the assumption that the equipment of the M/V “Norstar” was stated to be in good working order; that the vessel had been described as being maintained in a condition normal for its age and type; and that the class had been maintained without recommendation. It transpires that this assumption is not supported by evidence produced before the Tribunal.

Accordingly, the Tribunal will have to exercise its discretionary power in establishing the amount of compensation to be paid to Panama in respect of the loss of the M/V “Norstar”.

In short, the causal link is determined *ab initio* once and for all. In this instance, reparation covers damage directly caused by the arrest and detention of the M/V “Norstar”, which had not received the necessary maintenance work and had not been the subject of the corresponding mandatory surveys. Furthermore, Italy had a duty to take the necessary steps to enforce the order and place the vessel at the disposition of the ship owner so that he could appraise its condition through the intermediation of a competent authority.

As regards the value of the M/V “Norstar” at the time of the arrest, it must be noted that the Tribunal is unable to adjudicate on this point for lack of information and documentary and testimonial evidence produced by the Parties on the facts of the case at issue. It had to resolve to accept the estimate of the value of the M/V “Norstar” made by the expert called by Italy, which has not been disputed by Panama.

It should be borne in mind that Panama claims that damages should include the market value of the vessel, the loss of profits and the financial damage to the ship

owner and charterer, along with other heads of damage arising from the arrest and detention of the M/V “Norstar”.

(signed) Tafsir Malick Ndiaye

**TABLES DE MATIERES
TOME I**

Préface.....	5
Biographie	13
Publications	16
Biography	18
Distinctions	20

PAGES DE DOCTRINE

1) LES « FALKLOUINES » ET LE DROIT INTERNATIONAL	24
2) LE JUS COGENS	62
3) LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DES ETATS POUR DOMMAGES AU MILIEU MARIN	93
4) LA RECEVABILITE DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES	113
5) LES PROCEDURES CONTENTIEUSES DEVANT LE TRIBUNAL INTERNATIO- NAL DU DROIT DE LA MER.....	169
6) LE JUGE ET LA DELIMITATION MARITIME : MODE D'EMPLOI	217
7) LA PECHE ILLICITE, NON DECLAREE ET NON REGLEMENTEE EN AFRIQUE DE L'OUEST	244
8) LA NON COMPARUTION DEVANT LE TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER	289
9) LE JUGE, LA DELIMITATION MARITIME ET LA ZONE GRISE	315
10) LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE INTROUVABLE	382

11) DROIT INTERNATIONAL ET DEVELOPPEMENT	426
12) PROVISIONAL MEASURES BEFORE THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA	460
13) THE ADVISORY FUNCTION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA	468
14) ILLEGAL, UNREPORTED AND UNREGULATED FISHING : RESPONSES IN GENERAL AND IN WEST AFRICA	498
15) NON-APPEARANCE BEFORE THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA	542
16) DES TRANSITIONS DEMOCRATIQUES EN AFRIQUE	568
17) LES AVIS CONSULTATIFS DU TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER	591
18) LES DROITS DE L'HOMME AUJOURD'HUI	629
19) PROCEEDINGS ON THE MERITS BEFORE THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW, OF THE SEA	641
20) DEFIS ET PERSPECTIVES DU NOUVEAU DROIT DE LA MER	667
21) CHALLENGES AND PROSPECTS OF THE NEW LAW OF THE SEA	733
22) THE JUDGE, MARITIME DELIMITATION AND THE GREY AREAS	802
23) LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT MARIN	848
24) THE INTERNATIONAL PROTECTION OF THE MARINE ENVIRONMENT	897
25) ADMISSIBILITY BEFORE THE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS	940
26) THE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, THE PROTECTION AND PRESERVATION OF THE MARINE ENVIRONMENT	992
27) PROCEEDINGS BEFORE THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW	

OF THE SEA	1041
28) LES DROITS DE L'HOMME ET LA MER	1114
29) HUMAN RIGHTS AT SEA AND THE LAW OF THE SEA 2019.....	1132
30) PROCEDURES INCIDENTES.....	1166
31) The Maritime Delimitation: Principles and Configurations.....	1207
32) Urgent Proceedings before the International Courts and Tribunals.....	1250

TOME II

OPINIONS & DECLARATIONS

1) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – ANNEE 1999 AFFAIRE DU NAVIRE « SAIGA » (N°2) – (SAINT VINCENT ET LES GRENADINES C. GUINEE) OPINION DISSIDENTE DE M. NDIAYE	1159
2) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – ANNEE 2000 FEVRIER 2000 - AFFAIRE DU « CAMOUCO » (PANAMA C. FRANCE) DEMANDE DE PROMPTE MAIN LEVEE DECLARATION DE M. NDIAYE	1191
3) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – 18 DECEMBRE 2000 AFFAIRE DU « MONTE CONFURCO » (SEYCHELLES C. FRANCE)	

DECLARATION DE M. NDIAYE	1193
4) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS AFFAIRE MALAYSIE C. SINGAPOUR OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE	1195
5) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS AFFAIRE JUNO TRADER N°13 OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE	1201
6) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – ANNEE 2012 – LE 14 MARS 2012 - DIFFEREND RELATIF A LA DELIMITATION DE LA FRON- TIERE MARITIME ENTRE LE BANGLADESH ET LE MYANMAR DANS LE GOLFE DU BENGALE (BANGLADESH/MYANMAR) OPINION INDIVIDUELLE de M. LE JUGE TAFSIR M. NDIAYE	1212
7) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – ANNEE 2013 LE 28 MAI 2013 - AFFAIRE DU NAVIRE « LOUISA » (SAINT VINCENT ET LES GRENADINES C. ROYAUME D’ESPAGNE) OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE	1255
8) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER - ANNEE 2014 LE 14 AVRIL 2014 - AFFAIRE DU NAVIRE « VIRGINIA G » (PANAMA/GUINEE BISSAU) OPINION DISSIDENTE de M. LE JUGE NDIAYE	1315
9) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER – ANNEE 2015 LE 2 AVRIL 2015 - DEMANDE D’AVIS CONSULTATIF SOUMISE PAR LA COM- MISSION SOUS-REGIONALE DES PECHEES (CSRP) OPINION INDIVIDUELLE de M. LE JUGE NDIAYE	1441
10) TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER - Année 2015 - le 24 aout 2015 L’INCIDENT DE L’ « ENRICA LEXIE » (ITALIE/ INDE) Demande de prescription de mesures OPINION DISSIDENTE de M. LE JUGE NDIAYE	1455
11) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 1999 1 July 1999 - THE M/V « SAIGA » (N°2) CASE – (SAINT VINCENT ET LES GRE- NADINES C. GUINEE)	

DISSENTING OPINION	1513
12) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2000 – 7 February 2000 - THE « CAMOUCO » CASE – (PANAMA v. FRANCE) APPLI- CATION FOR PROMPT RELEASE DECLARATION OF JUDGE NDIAYE	1515
13) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2000 – 18 December 2000 - THE « MONTE CONFURCO » CASE – (SEYCHELLES v. FRANCE) APPLICATION FOR PROMPT RELEASE DECLARATION OF JUDGE NDIAYE	1517
14) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA REPORTS OF JUDGMENTS (MALAYSIA v. SINGAPORE) SEPERATE OPINION OF JUDGE NDIAYE	1523
15) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA REPORTS OF JUDGMENTS THE JUNO TRADER CASE (SAINT VINCENT AND THE GRENADINES V. GUI- NEE-BISSAU) SEPERATE OPINION OF JUDGE NDIAYE	1523
16) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2012 DISPUTE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY BETWEEN BANGLADESH AND MYANMAR IN THE BAY OF BENGAL (BAN- GLADESH/MYANMAR) SEPERATE OPINION OF JUDGE TAFSIR M. NDIAYE	1533
17) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2013 THE M/V « LOUISA » CASE (SAINT VINCENT AND THE GRENADINES V. KINGDOM OF SPAIN) SEPERATE OPINION OF JUDGE NDIAYE	1575
18) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2014 THE M/V « VIRGINIA G » CASE (PANAMA/GUINEE BISSAU) DISSENTING OPINION OF JUDGE NDIAYE	1631
19) INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA – YEAR 2015 – 2 April 2015 - REQUEST FOR AN ADVISORY OPINION SUBMITTED BY THE SUB-REGIONAL FISHERIES COMMISSION (SRFC) SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE	1750

20) AFFAIRE N°25, AFFAIRE DU NAVIRE « NORSTAR» (PANAMA C. ITALIE) OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE NDIAYE.....	1834
21) CASE N° 25, THE M/V «NORSTAR» CASE (PANAMA V. ITALY) SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE.....	1898
SEPARATE OPINION OF JUDGE NDIAYE.....	..1958

Mars **2020**

Achevé d'imprimer à Dakar
2020

