

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

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	1-37
II.	Submissions of the Parties	38-43
III.	Factual background	44-69
IV.	Jurisdiction	70-155
	Scope of the declarations	74-87
	<i>Prima facie</i> jurisdiction and jurisdiction on the merits	88-92
	Subject and existence of the dispute	93-155
V.	Costs	156-159
VI.	Operative provisions	160

Present: *President* YANAI; *Vice-President* HOFFMANN; *Judges* MAROTTA RANGEL, NELSON, CHANDRASEKHARA RAO, AKL, WOLFRUM, NDIAYE, JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, TÜRK, KATEKA, GAO, BOUGUETAIA, GOLITSYN, PAIK, KELLY, ATTARD, KULYK; *Registrar* GAUTIER.

In the M/V “LOUISA” case

between

Saint Vincent and the Grenadines,

represented by

Mr G. Grahame Bollers, Esq., Kingstown, Saint Vincent and the Grenadines,

as Agent;

Ms Rochelle A. Forde, Esq., Kingstown, Saint Vincent and the Grenadines,
Mr S. Cass Weiland, Esq., Patton Boggs LLP, Dallas, Texas, United States of America,

as Co-Agents, Counsel and Advocates;

and

Mr Robert A. Hawkins, Esq., Patton Boggs LLP, Dallas, Texas, United States of America,

Mr William H. Weiland, Esq., Houston, Texas, United States of America,

as Counsel and Advocates;

Mr Myron H. Nordquist, Esq., Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, School of Law, Charlottesville, Virginia, United States of America,

as Advocate;

Mr Christopher Hasche, Esq., Fleet Hamburg LLP, Hamburg, Germany,
Ms Dharshini Bandara, Esq., Fleet Hamburg LLP, Hamburg, Germany,

as Counsel,

and

the Kingdom of Spain,

represented by

Ms Concepción Escobar Hernández, Professor, International Law Department, National Distance Education University, Spain, Member of the International Law Commission,

as Agent, Counsel and Advocate;

and

Mr José Martín y Pérez de Nanclares, Head of the International Law Division, Ministry of Foreign Affairs and Cooperation, Professor, International Law Department, University of Salamanca, Spain,

Mr Mariano J. Aznar Gómez, Professor, International Law Department, University "Jaume I", Castellón, Spain,

Mr Carlos Jiménez Piernas, Professor, International Law Department, University of Alcalá de Henares, Spain,

as Counsel and Advocates;

Ms María del Rosario Ojinaga Ruiz, Associate Professor, International Law Department, University of Cantabria, Spain,

Mr José Lorenzo Outón, Adviser, Ministry of Foreign Affairs and Cooperation, Spain,

as Counsel;

Mr Diego Vázquez Teijeira, Adviser, Directorate-General of Energy and Mining Policy, Ministry of Industry, Energy and Tourism, Spain,

as Adviser,

THE TRIBUNAL,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

I. Introduction

1. By letter dated 23 November 2010, received electronically by the Registrar of the Tribunal on 24 November 2010, Saint Vincent and the Grenadines filed an Application instituting proceedings against the Kingdom of Spain (hereinafter “Spain”), in accordance with article 54 of the Rules of the Tribunal (hereinafter “the Rules”), in a dispute concerning the detention of the M/V “Louisa”. By the same letter, Saint Vincent and the Grenadines submitted a Request for the prescription of provisional measures (hereinafter “the Request”) under article 290, paragraph 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “the Convention”). Certified copies of the Application and the Request were sent on 24 November 2010 by the Registrar to the Minister of Foreign Affairs and Cooperation of Spain, and also to the Ambassador of Spain to Germany. The originals of the Application and the Request were received by the Registrar on 9 December 2010.

2. In its Application, Saint Vincent and the Grenadines invoked, as the basis for the jurisdiction of the Tribunal, the declarations made by the Parties in accordance with article 287 of the Convention.

3. In its Application, Saint Vincent and the Grenadines requested that the Application and the Request be referred to the Chamber of Summary Procedure of the Tribunal, pursuant to article 15, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal (hereinafter “the Statute”). By note verbale dated 24 November 2010, the Registrar invited the Government of Spain to communicate its position on the said request at its earliest convenience, but not later than 26 November 2010. By communication

dated 26 November 2010, the Agent of Spain informed the Tribunal that Spain did not agree with the request of Saint Vincent and the Grenadines and invited the Tribunal to hear and determine the case pursuant to article 13, paragraph 3, of the Statute.

4. The case was entered in the List of cases as Case No. 18 on 24 November 2010.

5. By letter dated 15 October 2010 addressed to the Registrar, the Attorney-General of Saint Vincent and the Grenadines notified the Registrar that Mr G. Grahame Bollers had been authorized as Agent, and Ms Rochelle A. Forde and Mr S. Cass Weiland as Co-Agents,

to make an Application and Request for Provisional Measures on behalf of Saint Vincent and the Grenadines, before the International Tribunal for the Law of the Sea against the Kingdom of Spain, in relation to the detention of the vessel *M.V. Louisa* and its tender, flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines.

6. By letter dated 25 November 2010, the Minister of Foreign Affairs and Cooperation of Spain notified the Registrar of the appointment of Ms Concepción Escobar Hernández, the Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs and Cooperation, as Agent of Spain.

7. In accordance with article 24, paragraph 3, of the Statute, the States Parties to the Convention were notified of the Application and the Request by a note verbale from the Registrar dated 24 November 2010.

8. Pursuant to the Agreement on Cooperation and Relationship between the United Nations and the International Tribunal for the Law of the Sea of 18 December 1997, the Secretary-General of the United Nations was notified, by letter from the Registrar dated 26 November 2010, of the Application and the Request.

9. On 23 December 2010, the Tribunal delivered its Order on the Request. In the said Order, the Tribunal decided as follows:

1. By 17 votes to 4,

Finds that the circumstances, as they now present themselves to the Tribunal, are not such as to require the exercise of its powers to prescribe provisional measures under article 290, paragraph 1, of the Convention;

[...]

2. By 17 votes to 4,

Reserves for consideration in its final decision the submissions made by both parties for costs in the present proceedings;

[...]

10. A copy of the Order was transmitted to each Party on 23 December 2010. By letter dated 7 January 2011, a copy of the Order was also transmitted to the Secretary-General of the United Nations.

11. In accordance with article 45 of the Rules, on 11 January 2011, the President of the Tribunal held telephone consultations with the Parties to ascertain their views with regard to questions of procedure in respect of the case.

12. In accordance with article 59 of the Rules, the President, having ascertained the views of the Parties, by Order dated 12 January 2011, fixed the following time-limits for the filing of pleadings in the case: 11 May 2011 for the Memorial of Saint Vincent and the Grenadines, and 11 October 2011 for the Counter-Memorial of Spain. On 12 January 2011, the Registrar transmitted a copy of the Order to each Party.

13. By letter dated 11 April 2011, the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines requested an extension of the time-limit fixed for the submission of the Memorial of Saint Vincent and the Grenadines. The President, having ascertained the views of the Parties, by Order dated 28 April 2011, extended the time-limit for the submission of the Memorial of Saint Vincent and the Grenadines to 10 June 2011, and the time-limit for the submission of the Counter-Memorial of Spain to 10 November 2011. On 29 April 2011, the Registrar transmitted a copy of the Order to each Party.

14. The Memorial of Saint Vincent and the Grenadines was duly filed on 10 June 2011.

15. Pursuant to article 60 of the Rules, the Tribunal, taking into account the agreement reached during consultations held by the President with the Parties on 11 January 2011, by Order dated 30 September 2011, authorized the submission of a Reply by Saint Vincent and the Grenadines and a Rejoinder by Spain, and fixed the following time-limits for the filing of those pleadings in the case: 11 December 2011 for the Reply of Saint Vincent and the Grenadines, and 11 February 2012 for the Rejoinder of Spain. On 1 October 2011, the Registrar transmitted a copy of the Order to each Party.

16. By letter dated 4 October 2011, the Agent of Spain requested an extension of the time-limit fixed for the submission of the Counter-Memorial of Spain. The President, having ascertained the views of the Parties, by Order dated 4 November 2011, extended as follows the time-limits for the submission of the Counter-Memorial and the subsequent written pleadings in the case: 12 December 2011 for the Counter-Memorial of Spain, 10 February 2012 for the Reply of Saint Vincent and the Grenadines, and 10 April 2012 for the Rejoinder of Spain. On 4 November 2011, a copy of the Order was transmitted by the Registrar to each Party.

17. The Counter-Memorial of Spain was duly filed on 12 December 2011. The Reply of Saint Vincent and the Grenadines was duly filed on 10 February 2012. The Rejoinder of Spain was duly filed on 10 April 2012.

18. During consultations with the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines and the Agent of Spain held in Hamburg on 13 January 2012, the President ascertained the views of the Parties regarding the conduct of the case and the organization of the hearing.

19. By letter dated 27 April 2012, Saint Vincent and the Grenadines requested the Tribunal

to conduct an inquiry and obtain relevant evidence under Articles 81 and 82 [of the Rules of the Tribunal] which would include:

- (1) The Auto de Procesamiento del Juzgado de [Instrucción] No. 4 de Cadiz, 27 October 2010, including but not limited to, the authenticity and actual date of authorship of the document and the reason the document was hidden from the public until December 2010 in Hamburg. [...]
- (2) The Report of 29 July 2010. [...]
- (3) Relevant Communications between representatives of the Kingdom of Spain and the Juzgado de [Instrucción] No. 4 de Cadiz.

20. In a letter dated 19 June 2012, Saint Vincent and the Grenadines submitted additional information relating to this request. By letters dated 10 May and 20 June 2012, the Agent of Spain raised objections to the request of 27 April 2012.

21. By letter dated 15 May 2012, the Registrar informed the Parties that the matter would be placed before the Tribunal prior to the hearing. By a further letter dated 4 September 2012, the Registrar informed the Parties that the President was of the view that, since the issues raised could be the subject of further information and argument during the hearing, the Tribunal would take a decision on this matter, if appropriate, after having heard the Parties.

22. By Order dated 4 July 2012, after having ascertained the views of the Parties, the President fixed 4 October 2012 as the date for the opening of the hearing. On 4 July 2012, the Registrar transmitted a copy of the Order to each Party.

23. During telephone consultations with the Co-Agents of Saint Vincent and the Grenadines and the Agent of Spain held on 11 September 2012, the President ascertained the views of the Parties regarding the organization of the hearing.

24. The Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines and the Agent of Spain submitted the materials required under paragraph 14 of the Guidelines Concerning

the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal, on 28 September 2012 and 1 October 2012, respectively.

25. Prior to the opening of the oral proceedings, in accordance with article 68 of the Rules, the Tribunal held initial deliberations on 1 and 2 October 2012.

26. By letter dated 26 September 2012, pursuant to article 71 of the Rules, the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines requested that Saint Vincent and the Grenadines be allowed to submit additional documents. On the same date, pursuant to article 71, paragraph 4, of the Rules, the Registrar invited the Agent of Spain to communicate the views of Spain on the request made by Saint Vincent and the Grenadines. By letter dated 28 September 2012, the Agent of Spain objected to the said request. Subsequently, in a letter dated 3 October 2012, the request was amended by the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines. A copy of this letter was transmitted to the Agent of Spain. In an electronic communication dated 3 October 2012, the Agent of Spain maintained the objection of Spain regarding the production of additional documents.

27. Pursuant to the initial deliberations of the Tribunal held on 2 October 2012 and after having ascertained the views of the Parties during consultations held prior to the hearing on 4 October 2012, the President informed the Parties that only two of the documents referred to in the request (i.e., one photograph of the M/V "Louisa" and the English translation of Judgment No. 147 of 24 May 2010 from the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Algeciras* (Court of Criminal Investigation No. 4 of Algeciras)) would be accepted by the Tribunal pursuant to article 71, paragraph 2, of the Rules.

28. By letter dated 2 October 2012, the Registrar communicated to the Parties a list of questions which the Tribunal wished the Parties specially to address in accordance with article 76, paragraph 1, of the Rules. The questions were as follows:

To the Applicant:

1. What is the legal justification for Saint Vincent and the Grenadines to request the release of the vessel *Gemini III* not flying its flag?

To the Respondent:

2. Are there any provisions in Spanish law that have a bearing on the compensation for financial losses suffered by the owner of a detained vessel, because of lengthy detention of the vessel which may not necessarily result in liability for the ship owner?
3. Would it be possible to clarify the timing and the purpose of the order that the Court of Cádiz issued on 29 July 2010 indicating to the owner of the *M/V Louisa* three options concerning the fate of the vessel: to maintain the vessel by the owner, to designate a depository or to auction it, having in mind that the vessel was detained at Puerto de Santa María since 1 February 2006?

To both Parties:

4. Is the Spanish criminal legislation applicable in the present case in conformity with the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea including article 303 thereof or other rules of international law, including in particular the UNESCO Convention of 2 November 2001 on the Protection of the Underwater Cultural Heritage?
5. What are the provisions of the applicable Spanish law that govern boarding and search of a foreign vessel in the Spanish internal waters and whether they have been complied with in this particular case? Are there any international obligations which the Kingdom of Spain is required to follow in this regard?
6. How is the owner of a foreign-flag ship supposed to fulfil the international requirements for seaworthiness while the ship is detained in a port in the course of criminal proceedings without access to it being granted?

The Parties addressed these questions in the course of the hearing. In addition, the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines provided written responses to the questions by letter dated 11 October 2012.

29. From 4 to 12 October 2012, the Tribunal held 13 public sittings. At these sittings the Tribunal was addressed by the following:

For Saint Vincent and the Grenadines:

Ms Rochelle A. Forde,
Mr S. Cass Weiland,
as Co-Agents, Counsel and Advocates,

Mr William H. Weiland,
as Counsel and Advocate,

Mr Myron H. Nordquist,
as Advocate.

For Spain:

Ms Concepción Escobar Hernández,
as Agent, Counsel and Advocate,

Mr Mariano J. Aznar Gómez,
Mr Carlos Jiménez Piernas,
as Counsel and Advocates.

30. At public sittings held on 4, 5 and 6 October 2012, the following witnesses and experts were called by Saint Vincent and the Grenadines:

Ms Alba Avella, witness
(examined by Mr S. Cass Weiland, cross-examined by Ms Escobar Hernández);

Mr Mario Avella, independent contractor of Sage/representative of Sage in Spain, witness
(examined by Mr S. Cass Weiland, cross-examined by Mr Aznar Gómez and Ms Escobar Hernández, re-examined by Mr S. Cass Weiland);

Mr Wesley Mark McAfee, oil and gas consultant, expert
(examined by Mr S. Cass Weiland, cross-examined by Mr Aznar Gómez, re-examined by Mr S. Cass Weiland);

Mr Frederick Palmer Mesch III, public accountant and tax lawyer, expert
(examined by Ms Forde, cross-examined by Mr Aznar Gómez and Ms Escobar Hernández).

31. At public sittings held on 8, 9 and 10 October 2012, the following experts were called by Spain:

Ms Carmen Martínez de Azagra Garde, Adviser to the Office of the Secretary of State for Energy at the Ministry of Industry, Energy and Tourism, Spain
(examined by Ms Escobar Hernández, cross-examined by Mr S. Cass Weiland, re-examined by Ms Escobar Hernández);

Mr Dorrik Stow, Head of the Institute of Petroleum Engineering at Heriot-Watt University, Edinburgh, United Kingdom
(examined by Mr Aznar Gómez, cross-examined by Mr S. Cass Weiland, re-examined by Mr Aznar Gómez);

Mr James Preston Delgado, Director of Maritime Heritage in the Office of National Marine Sanctuaries in the National Oceanic and Atmospheric Administration, Department of Commerce, United States of America (examined by Mr Aznar Gómez, cross-examined by Mr S. Cass Weiland, re-examined by Ms Escobar Hernández);

Mr José Antonio Martín Pallín, former prosecutor in the Public Prosecutor's Office and former judge of the Spanish Supreme Court (examined by Ms Escobar Hernández, cross-examined by Mr S. Cass Weiland, re-examined by Ms Escobar Hernández).

In the course of their testimonies, Mr McAfee and Mr Pallín responded to questions put to them by Judge Cot and Judge Lucky, respectively, in accordance with article 76, paragraph 3, of the Rules. Ms Martínez de Azagra Garde and Mr Pallín gave evidence in Spanish, and were examined and re-examined by Ms Escobar Hernández, in the same language. Pursuant to article 85 of the Rules, the necessary arrangements were made for the statements of those experts as well as for the questions posed by Ms Escobar Hernández to be interpreted into the official languages of the Tribunal.

32. In the course of the oral proceedings, the Parties displayed a number of exhibits on screen, including photographs, maps, and excerpts of documents.

33. The hearing was broadcast on the internet as a webcast.

34. Pursuant to article 67, paragraph 2, of the Rules, copies of the pleadings and documents annexed thereto were made accessible to the public on the date of the opening of the oral proceedings. In accordance with article 86, paragraph 1, of the Rules, the transcript of the verbatim records of each public sitting was prepared by the Registry in the official languages of the Tribunal used during the hearing. In accordance with article 86, paragraph 4, of the Rules, copies of the transcripts of the said records were circulated to the judges sitting in the case, and to the Parties. The transcripts were also made available to the public in electronic form.

35. In the course of the hearing, on 10 October 2012, the President held consultations with the Co-Agent of Saint Vincent and the Grenadines and the Agent of Spain in order to ascertain the views of the Parties on procedural matters.

36. By letter dated 11 October 2012, the Registrar communicated to the Parties an additional list of questions which the Tribunal wished the Parties specially to address in accordance with article 76, paragraph 1, of the Rules. The questions were as follows:

1. Under what permit was the Louisa authorized to conduct activities in the internal waters and the territorial sea of Spain? In this respect was the permit contained in Annex 6 to the Memorial of the Applicant preceded or followed by other permits and what were the expiry dates of each permit? Is it possible to receive copies of the other permits?
2. Under what permit was the Gemini III authorized to conduct activities in the internal waters and the territorial sea of Spain? In this respect was the permit contained in Annex 6 to the Memorial of the Applicant preceded or followed by other permits and what were the expiry dates of each permit? Is it possible to receive copies of the other permits?
3. Under the permit, was any report on the result of the activities communicated to the Spanish authorities and, if so, is it possible to receive a copy thereof?
4. What were the terms of the contract concluded between the company Sage and the company Tupet? Is it possible to receive a copy of the contract?
5. What were the terms of the contract concluded with the company Plangas regarding the use of the Gemini III? Is it possible to receive a copy of the contract?
6. Under Spanish law, what would be the further legal proceedings which would have to be pursued/instituted, if any, in the present case in order to exhaust the local remedies in accordance with international law?

37. Saint Vincent and the Grenadines and Spain addressed these questions by two separate letters dated 17 and 18 October 2012, respectively.

II. Submissions of the Parties

38. In its Application, Saint Vincent and the Grenadines requested the Tribunal to adjudge and declare that:

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.

39. In its Memorial, Saint Vincent and the Grenadines

requested the Tribunal, in paragraph 2, to:

- (a) declare that the Memorial is admissible, that the allegations of the Applicant are well-founded, and that the Respondent has breached its obligations under the United Nations Convention on the Law of the Sea ("Convention");
- (b) order the Respondent to return the vessel *Louisa* and its tender, the *Gemini III*;
- (c) order the return of scientific research data and property held since 2006;
- (d) order the Respondent to pay direct damages for its improper and illegal actions in the amount of \$5,000,000 (USD);
- (e) order the Respondent to pay consequential damages for its improper and illegal actions in the amount of \$25,000,000 (USD); and
- (f) order the Respondent pay the costs incurred by the Applicant in connection with this Request, including but not limited to Agents' fees, attorneys' fees, experts' fees, transportation, lodging, and subsistence.

requested the Tribunal, in paragraph 86, to:

- (a) declare that the Request is admissible;
- (b) declare that the Respondent has violated Articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention;
- (c) order the Respondent to release the *MV Louisa* and *Gemini III* and return property seized;
- (d) declare that the detention of any crew member was unlawful;
- (e) order reparations in the amount of \$30,000,000 (USD); and
- (f) award reasonable attorneys' fees and costs associated with this request as established before the Tribunal.

40. In its Reply, Saint Vincent and the Grenadines made the following submissions on page 30:

[...] Saint Vincent and the Grenadines urges the Tribunal to accept jurisdiction, to find violations of Articles 73, 87, 226, 227, 245, and 304, and to award damages, legal fees, and costs as requested.

41. In its Counter-Memorial, Spain made the following submissions in paragraph 191:

[...] Spain respectfully asks the Tribunal to reject the requests made in paragraphs 2 and 86 of the Applicant's Memorial. Spain therefore asks the Tribunal to make the following orders:

(5) to declare that this honourable Tribunal has no jurisdiction in the case;

(6) subsidiarily, to declare that the Applicant's contention that Spain has breached its obligations under the Convention is not well-founded;

(7) consequently, to reject each and all of the requests made by the Applicant; and

(8) to order the Applicant to pay the costs incurred by the Respondent in connection with this case, including but not limited to Agents' fees, attorneys' fees, experts' fees, transportation, lodging, and subsistence.

42. In its Rejoinder, Spain made the following submissions in paragraph 61:

Spain respectfully asks the Tribunal to declare that it has no jurisdiction in this case; subsidiarily, Spain asks the Tribunal to declare that the Applicant's contention that Spain has breached its obligations under the Convention is manifestly unfounded. In consequence, Spain asks the Tribunal to reject each and all of the petitions made by Saint Vincent and the Grenadines, and moreover to oblige the latter to pay all the costs incurred by Spain in connection with this case.

43. In accordance with article 75, paragraph 2, of the Rules, the following final submissions were presented by the Parties at the conclusion of the last statement made by each Party at the hearing:

On behalf of Saint Vincent and the Grenadines:

The Applicant requests the Tribunal to prescribe the following measures:

- (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 Szusky 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, Szusky 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, Szusky 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 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) Szusky 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.

On behalf of Spain:

On the grounds set out in the written pleadings and then elaborated in the course of its oral statements, and on any other grounds, the Kingdom of Spain requests the International Tribunal for the Law of the Sea to adjudge and declare that:

1. the Application submitted by Saint Vincent and the Grenadines is not admissible and must be dismissed;
2. this honourable Tribunal has no jurisdiction in the case;
3. subsidiarily, the Applicant's contention that Spain has breached its obligations under the Convention is not well-founded;
4. consequently, each and all of the requests made by the Applicant must be rejected; and
5. the Applicant be ordered to pay the costs incurred by the Respondent in connection with this case, as determined by the Tribunal, but in an amount no less than US\$ 500,000.

III. Factual background

44. The M/V "Louisa" is a vessel flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines. When the vessel was detained on 1 February 2006, it was being operated by Sage Maritime Scientific Research Inc. The owner of the vessel is Sage Maritime Partners Ltd., an affiliate of Sage Maritime Scientific Research Inc. Both these corporations were registered in the State of Texas (United States of America).

45. The M/V "Louisa" arrived in the port of Cadiz (Spain) on 20 August 2004. From the time of its arrival in Cadiz until October 2004, the M/V "Louisa" conducted operations in the territorial sea and the internal waters of Spain.

46. According to Saint Vincent and the Grenadines, the M/V "Louisa" conducted surveys of the sea floor with a view to locating oil and gas deposits, on the basis of a permit issued on 5 April 2004 by the Spanish Ministry of the Environment to the company Tupet Sociedad de Pesquisa Marítima S.A., a partner of Sage Maritime Scientific Research Inc. It states that this company had requested a permit for "an echo-mapping and video-photo study in the waters of Andalusia and Galicia". It adds

that the permit authorizes “the extraction of samples from the seabed in order to carry out an Environmental Impact Report on the seabed”, during a period of twelve months.

47. According to information provided on 17 October 2012 by Saint Vincent and the Grenadines in response to questions put to the Parties by the Tribunal on 11 October 2012, the relationship between Sage Maritime Scientific Research Inc., and Tupet Sociedad de Pesquisa Marítima S.A. was governed by an “Agreement for the Exploration and Study of Marine Geological Formations” dated 9 June 2004. Article I, section 1.01., of the said agreement, in its relevant part, provided:

Sage and the Contractors agree to conduct marine research and exploration for the purpose of studying marine geological formations.

(i) The Contractors agree to work exclusively with Sage to study various geological formations found in marine topography.

(ii) If by happenstance, during the course of marine research and exploration, the Contractors and Sage discover historical artifacts, sunken vessels, or any other lost items of value, Contractors and Sage agree to pursue acquisition of those items or payment for the intrinsic value of those items under the law of the sovereign owner.

(iii) If Contractors and Sage discover by happenstance a shipwrecked vessel, the Parties agree to salvage that vessel and any other shipwrecked vessel discovered while conducting that salvage according to the law of the sovereign owner of said vessel(s). Contractors agree that no other contracts, agreements, understandings or negotiations have been made or will be made with any other entity, individual or corporate, regarding salvage operations for these vessels. Contractors agree during the term of this Agreement not to acquire Finder’s Rights or salvage permits for any vessels for any party other than Sage. During the term of the Agreement, Sage will have the “First Right of Refusal” to conduct any salvage mission for shipwrecked vessels, historical artifacts or any other items of value discovered by Contractors and Sage.

[...]

Section 1.03. of the agreement, in its relevant part, provided:

(i) All actions taken by Contractors under this Agreement are taken as Independent Contractors and not as employees of Sage nor any affiliate of Sage. Contractors understand and agree that they will be fully responsible for all taxes of any character that may be levied upon Contractors by any jurisdiction.

(ii) From the Effective Date of this contract, Sage agrees to pay in monthly installments: 3000 euros to Luis A. Valero de Barnabe Gonzalez,

2500 euros to Claudio Bonifacio, 1000 euros to each of two (2) assistants for duties performed under this contract. The Parties agree to an exchange rate of 1.3 US dollars to 1 euro. Sage will pay Contractors on the last business day of each month worked.

Section 1.04. of the agreement, in its relevant part, provided:

Division and Payment for Recovery. If in the course of routine marine exploration and study, Sage and Contractors discover by chance any shipwrecked vessel(s), historical artifacts, or any items of value, the Parties agree to the following terms and conditions regarding their division, valuation and proportionate compensation to all parties with interest:

[...]

(viii) Sage and Contractors agree that all recovered items of value, including items of purported Roman or Phoenician origin or any other foreign origin, found and identified during a salvage operation, will be included in the total assessed value for determination of the division of or payment for recovery. The recovered items shall include but not be limited to gold bars and discs, gold chains, two- four- and eight-escudo gold coins, silver bars, wedges or barretones, silverware and gilded silverware, one- two- four- and eight-real silver coins, navigational instruments, loose and set precious stones [...], jewelry [...], religious artifacts [...], bronze cannons, swords, muskets, daggers, and all other materials of value.

The Tribunal notes with regret that a copy of this agreement was not provided by the Applicant until after the request was made by the Tribunal.

48. From October 2004, the M/V “Louisa” was voluntarily docked at the port of El Puerto de Santa María (Spain) where, on 1 February 2006, it was boarded, searched and detained by Spanish authorities. According to the Spanish authorities, during the search of the vessel, “diverse pieces of undersea archaeological origin were found, as well as five assault rifles, considered weapons of war, and a handgun”.

49. According to the Spanish authorities, the boarding and search of the M/V “Louisa” took place in connection with preliminary proceedings initiated by Order dated 30 November 2005 of the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz* (Court of Criminal Investigation No. 4 of Cadiz).

50. According to Saint Vincent and the Grenadines, the boarding and search of the vessel took place without the permission of the captain of the M/V “Louisa”, who was absent at that time, and without notice given to the consular authorities of Saint Vincent and the Grenadines.

51. In its Counter-Memorial, Spain states that its Embassy in Kingston, Jamaica, sent a note verbale on 15 March 2006 informing the Ministry of Foreign Affairs, Commerce and Trade of Saint Vincent and the Grenadines “of the entry into and search of the *Louisa* ‘for any necessary procedures’”.

52. The note verbale of 15 March 2006, in its relevant part, reads as follows:

The Embassy of Spain presents its compliments to the Ministry of Foreign Affairs, Commerce and Trade of St. Vincent and the Grenadines and has the honour to inform that on February 1 and 2, the N° 4 Court in Cadiz processed the entry and registration of the vessel Louisa flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines.

The Embassy requests that this information be conveyed to the relevant authorities in St. Vincent and the Grenadines for any necessary procedures.

53. For its part, Saint Vincent and the Grenadines maintains that

[t]here is no evidence that this was ever properly communicated to Saint Vincent and the Grenadines. But if it was communicated, it completely failed to notify the flag country. [...] Applicant submits that these words do not communicate the boarding and search of a vessel flagged in a foreign jurisdiction.

54. As of the end of the hearing, the vessel remained under detention in connection with criminal proceedings initiated by the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz*. According to the indictment (*Auto de Procesamiento*) issued by this court on 27 October 2010, pursuant to Spanish criminal law, the M/V “Louisa” was seized “due to its direct relationship as an instrument” for carrying out “the crime of possession and depositing of weapons of war [...] together with the continued crime of damaging Spanish historical patrimony”.

55. On 1 February 2006, the Spanish authorities detained a second vessel, the “Gemini III”. This vessel had been purchased in February 2005 by Sage Maritime Scientific Research Inc.

56. According to Saint Vincent and the Grenadines, during the first few months of 2005, the “Gemini III” conducted the operations previously performed by the M/V “Louisa”. Saint Vincent and the Grenadines further states that all operations ceased in April 2005 and that the “Gemini III” was subsequently chartered, under a bare boat lease agreement dated 5 September 2005, by Sage Maritime Scientific Research Inc. to Plangas S.L., a company registered in Ciudad Real, Spain. It adds that the agreement was concluded with a view to leasing the “Gemini III” and the equipment required to carry out ancillary marine works for environmental projects.

57. According to Spain, by 15 December 2005, the “Gemini III” had come into dry dock in Puerto Sherry (Spain).

58. The “Gemini III”, measuring 11.5 metres in length, was not registered in Saint Vincent and the Grenadines. Saint Vincent and the Grenadines indicates that the place of registration was either the United States of America or the Netherlands or that it was not registered in any State. It appears from the material submitted by the Parties that there is no certainty as to the place of registration of the “Gemini III”.

59. On the day the M/V “Louisa” was detained, Spanish authorities also arrested three persons and took them into custody, namely Mr Geller Sandor and Mr Szuszký Zsolt, two crew members of Hungarian nationality, and Ms Alba Avella, a national of the United States and daughter of another member of the crew, Mr Mario Avella. According to her testimony, Ms Avella was not a member of the crew but was visiting her father as a tourist and was residing on the M/V “Louisa” during her stay in Spain.

60. During her testimony, Ms Avella stated that she had been detained in a prison cell which was a small room situated in the basement of a police station, with no chair, no place to sleep and no bathroom facility, and that she was presented to a judge five days after her arrest, on 6 February 2006. Ms Avella added that she and the two crew members of Hungarian nationality were released from custody on that

day. According to Saint Vincent and the Grenadines, they were, however, unable to leave Spain as their passports were retained by the Spanish authorities for another eight months, during which each of them had to report regularly to the Spanish authorities. The information on record does not disclose that charges were ever brought against Ms Avella, Mr Sandor or Mr Zsolt.

61. Spain, however, contends that

the basic rights of Ms Avella, Mr Avella and the two members of the Hungarian crew have not been breached. They were detained in strict compliance with the law; they were informed of their rights; they were brought before a judge; they were heard by that judge; they were able to submit written statements, applications and appeals to defend their rights and interests.

62. Mr Avella, a national of the United States, was arrested in Portugal in May 2006, on the basis of a European Arrest Warrant. He was presented to a judge in Portugal before being handed over to Spanish authorities. Mr Avella was then kept under detention in Spain until February 2007. After his release from detention, his passport was retained by the Spanish authorities, to which he had to report regularly. Mr Avella was unable to leave Spain until he was issued a new passport by the United States Consulate in Barcelona in April 2008.

63. By Order dated 1 March 2010, the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz* transformed the preliminary proceedings referred to in paragraph 49 relating to the “extraction in the year 2005 of diverse pieces of vessels belonging to the Spanish historic heritage which had sunk in Spanish waters off the coast of the Province of Cadiz” and an “offence of possession or storage of weapons of war” into a “*procedimiento sumario*”. According to Spain, the *procedimiento sumario*, “- not being a ‘summary’ procedure as might be inferred from its name -, is the one with most legal safeguards and privileges for the accused”.

64. According to the indictment issued on 27 October 2010 by the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz*, Mr Avella was charged with “the crime of possession and depositing of weapons of war”. Mr John Foster, a national of the United States, who, according to Saint Vincent and the Grenadines, is one of the “beneficial owners” of

the M/V “Louisa”, was also charged in the indictment with “the crime of possession and depositing of weapons of war [...] together with the continued crime of damaging Spanish historical patrimony”.

65. An appeal against the indictment of 27 October 2010 was lodged “by the persons concerned” on 17 December 2010. By Order of 31 October 2011, the indictment was upheld. According to Spain, at the time of the hearing, an appeal against the said order was pending before the *Audiencia Provincial* of Cadiz.

66. On 10 June 2008, the investigating judge of the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz* ordered Mr Foster to appear before him to give a statement. On 22 July 2008, the investigating judge rejected a petition from the lawyer of Sage to authorize Mr Foster to give his statement via video conference. Pursuant to an Order dated 12 July 2011 of a new investigating judge of the *Juzgado de Instrucción No. 4 de Cádiz*, Mr Foster, on 21 July 2011, “gave his statement via Skype transmission at the office of the Consulate General of Spain, in Houston, Texas”.

67. According to the Memorial of Saint Vincent and the Grenadines submitted on 10 June 2011, “Sage has filed a motion in the Cadiz Court requesting the return of the computers confiscated by Respondent or copies of the hard drives of those computers”. In its Memorial, Saint Vincent and the Grenadines also states that “[i]n 2011 the Court apparently ordered the Guardia Civil to turn over the equipment and information requested but to date the Guardia Civil has not complied with the Court’s order”.

68. In its Counter-Memorial filed on 12 December 2011, Spain maintains that “the return of a copy of the electronic data to Sage” was authorized on 12 July 2011, and that “the copy of the documents was delivered to the interested parties on 27 July and 2 August 2011.”

69. According to Spain, at the closure of the oral proceedings, criminal proceedings before the Spanish courts were still pending.

IV. Jurisdiction

70. Both Saint Vincent and the Grenadines and Spain are States Parties to the Convention.

71. The Parties disagree as to whether the Tribunal has jurisdiction to entertain the case.

72. The relevant provisions on jurisdiction are articles 286, 287, paragraph 4, and 288, paragraph 1, of the Convention and article 21 of the Statute.

Article 286 of the Convention reads:

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 reads:

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 reads:

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 reads:

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.

73. In this context, it is also relevant to refer to article 288, paragraph 4, of the Convention, which reads:

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.

Scope of the declarations

74. Spain ratified the Convention on 15 January 1997 and made a declaration under article 287 of the Convention on 19 July 2002. The declaration, in its relevant part, states:

Pursuant to article 287, paragraph 1, the Government of Spain declares that it chooses the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice as means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of the Convention.

75. Saint Vincent and the Grenadines ratified the Convention on 1 October 1993 and made a declaration under article 287 of the Convention on 22 November 2010. The declaration states:

In accordance with Article 287, of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, I have the honour to inform you that the Government of Saint Vincent and the Grenadines declares that it chooses the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI, as the means of settlement of disputes concerning the arrest or detention of its vessels.

76. The Parties disagree on the scope of the jurisdiction conferred on the Tribunal by their declarations made under article 287.

77. Spain argues that, by virtue of reciprocity, the Tribunal would have jurisdiction only to the extent that the two declarations made under article 287 of the Convention cover identical legal ground. In this case, Spain argues that the jurisdiction of the Tribunal would be limited to disputes under the Convention concerning the arrest or detention of vessels, i.e., disputes falling under any provision of the Convention which expressly contains the term “arrest” or “detention” of vessels.

78. Saint Vincent and the Grenadines takes the position that the terms of its declaration do not limit the scope of the dispute and that it accepted the Tribunal as the means of settlement of disputes “concerning the arrest or detention of its vessels”. It further argues that the expression “concerning” in its declaration clearly

indicates that its declaration extends to all articles of the Convention which have a bearing on the arrest or detention of its vessels. In particular, Saint Vincent and the Grenadines explicitly rejects any attempt to limit the scope of its declaration to disputes concerning only those provisions of the Convention that refer expressly to “arrest” or “detention” and argues that such an interpretation would have the effect of replacing its declaration under article 287 with one to the liking of Spain.

79. The Tribunal finds it appropriate to underline that the Convention does not preclude a declaration limited to a particular category of disputes or the possibility of making a declaration immediately before filing a case.

80. The Tribunal observes that some States Parties to the Convention have limited the scope of their declarations under article 287 of the Convention. This is also the well-established practice of States under article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice (hereinafter “the ICJ”).

81. In this connection, the Tribunal is of the view that, in cases where States Parties have made declarations of differing scope under article 287 of the Convention, its jurisdiction exists only to the extent to which the substance of the declarations of the two parties to a dispute coincides. As the ICJ stated in the case of *Certain Norwegian Loans*:

[S]ince two unilateral declarations are involved, such jurisdiction is conferred upon the Court only to the extent to which the Declarations coincide in conferring it. A comparison between the two Declarations shows that the French Declaration accepts the Court’s jurisdiction within narrower limits than the Norwegian Declaration; consequently, the common will of the Parties, which is the basis of the Court’s jurisdiction, exists within these narrower limits indicated by the French reservation. (*Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 9, at p. 23; see also *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. 6, at p. 39, para. 88)

82. Jurisdiction is conferred on the Tribunal only insofar as the dispute is covered by the more limited declaration. This makes it necessary for the Tribunal to interpret the declaration of Saint Vincent and the Grenadines, which is more limited than that of Spain. In doing so, the Tribunal deems it appropriate to emphasize that a

declaration made under article 287 of the Convention is a unilateral act of a State. Accordingly, in interpreting such a declaration, particular emphasis should be placed on the intention of the State having made it.

83. The question to be answered is whether the wording of the declaration of Saint Vincent and the Grenadines refers only to the provisions of the Convention which explicitly contain the term “arrest” or “detention”. It is appropriate to underline that the declaration of Saint Vincent and the Grenadines refers to disputes “concerning the arrest or detention” of vessels. In the view of the Tribunal, the use of the term “concerning” in the declaration indicates that the declaration does not extend only to articles which expressly contain the word “arrest” or “detention” but to any provision of the Convention having a bearing on the arrest or detention of vessels. This interpretation is reinforced by taking into account the intention of Saint Vincent and the Grenadines at the time it made the declaration, as evidenced by the submissions made in the Application. From these submissions, it becomes clear that the declaration of Saint Vincent and the Grenadines was meant to cover all claims connected with the arrest or detention of its vessels. On the basis of the foregoing, the Tribunal concludes that the narrow interpretation of the declaration of Saint Vincent and the Grenadines as advanced by Spain is not tenable.

84. The Tribunal therefore considers that the declaration of Saint Vincent and the Grenadines covers the arrest or detention of its vessels and all matters connected therewith.

85. The next question to be answered relates to the meaning of the expression “its vessels” in the declaration of Saint Vincent and the Grenadines. The M/V “Louisa” was registered in Saint Vincent and the Grenadines and therefore is to be regarded as one of “its vessels” within the meaning of the declaration.

86. Saint Vincent and the Grenadines argues that, while the “Gemini III” was not flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines, it served as a tender for the M/V “Louisa” and was thus “inextricably linked” to it. It further points out that a vessel “inextricably linked” to another vessel is not required to have a flag of its own.

87. Even if this view is to be accepted, the Tribunal considers that the “Gemini III” worked independently of the M/V “Louisa”. The “Gemini III” operated in conjunction with the M/V “Louisa” only from the time it was purchased by Sage Maritime Scientific Research Inc. in February 2005 until the termination of the activities of both vessels in April 2005. The “Gemini III” was subsequently chartered by its owner to another company and operated independently of the M/V “Louisa”. The “Gemini III” thus enjoys an identity of its own. Consequently, it is not covered by the declaration of Saint Vincent and the Grenadines. The Tribunal therefore concludes that in respect of the “Gemini III” it lacks jurisdiction.

Prima facie jurisdiction and jurisdiction on the merits

88. Before proceeding to the question of the subject and existence of the dispute, the Tribunal finds it necessary to deal with the disagreement between the Parties on the effect that the Tribunal’s decision on *prima facie* jurisdiction in its Order of 23 December 2010 would have on the question of jurisdiction to deal with the merits of the case.

89. Saint Vincent and the Grenadines argues that the reasoning of the Tribunal in the Order referred to above, in which the Tribunal held that it had *prima facie* jurisdiction, offers “ample support” in favour of the jurisdiction of the Tribunal to deal with the merits of this case.

90. Spain argues that the jurisdiction of the Tribunal on the merits of the case cannot be linked to its decision on *prima facie* jurisdiction to deal with provisional measures.

91. The Tribunal notes that the relevant part of its Order reads as follows:

Considering that, at this stage of the proceedings, the Tribunal does not need to establish definitively the existence of the rights claimed by Saint Vincent and the Grenadines, and that, in its Order of 11 March 1998 on provisional measures in the M/V “SAIGA” (No. 2) Case, the Tribunal stated 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) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, *Provisional Measures, Order of 11 March 1998, ITLOS Reports 1998*, p. 24, at p. 37, para. 29)
 (*M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, *Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010*, p. 58, at p. 69, para. 69)

92. The Tribunal wishes to state that the question of jurisdiction to deal with the merits of this case can be decided only after consideration of the written and oral proceedings and not on the basis of the decision it took on *prima facie* jurisdiction in connection with the Request for the prescription of provisional measures. As the Tribunal held in its Order:

Considering that the present Order in no way prejudices 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” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, *Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010*, p. 58, at p. 70, para. 80; see also *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, *Order of 11 March 1998, ITLOS Reports 1998*, p. 24, at p. 39, para. 46)

Subject and existence of the dispute

93. Although both Parties agree that the origin of this case lies in the detention of the M/V “Louisa” and its crew, they disagree on the question whether a dispute concerning the interpretation or application of the Convention exists.

94. Attention is drawn in this connection to article 24, paragraph 1, of the Statute and article 54, paragraphs 1 and 2, of the Rules.

Article 24, paragraph 1, of the Statute reads:

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.

Article 54, paragraphs 1 and 2, of the Rules read:

1. 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.

2. The application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Tribunal is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based.

95. It is appropriate to refer in this connection to the established jurisprudence of the ICJ according to which “it is for the Applicant, in its Application, to present to the Court the dispute with which it wishes to seise the Court and to set out the claims which it is submitting to it” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 432, at p. 447, para. 29).

96. The Tribunal notes that the case before it has two aspects: one involving the detention of the vessel and the persons connected therewith and the other concerning the treatment of these persons. The first aspect relates to the claim originally submitted by Saint Vincent and the Grenadines on the basis of articles 73, 87, 226, 227 and 303. The second aspect was introduced by Saint Vincent and the Grenadines on the basis of article 300 of the Convention only after the closure of the written proceedings. It was discussed during the oral proceedings and included in the final submissions of Saint Vincent and the Grenadines.

97. The Tribunal will deal with these two aspects successively.

98. Saint Vincent and the Grenadines argues that the detention of the M/V “Louisa” and of its crew constitutes breaches of articles 73, 87, 226, 227 and 303 of the Convention. Spain argues that the provisions of the Convention invoked by Saint Vincent and the Grenadines are plainly not applicable to the facts of this case and cannot serve as a legal basis for the claims of Saint Vincent and the Grenadines.

99. To enable the Tribunal to determine whether it has jurisdiction, it must establish a link between the facts advanced by Saint Vincent and the Grenadines and the provisions of the Convention referred to by it and show that such provisions can sustain the claim or claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines. The ICJ, in the *Oil Platforms* case, stated:

[T]he Court cannot limit itself to noting that one of the Parties maintains that such a dispute exists, and the other denies it. It must ascertain whether the violations of the Treaty of 1955 pleaded by Iran do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to Article XXI, paragraph 2.
(*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 810, para. 16)

100. In respect of the alleged violation of article 73 of the Convention, Saint Vincent and the Grenadines argues that under paragraph 2 of this provision,

interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the Article, that the Respondent was under an obligation to fix a reasonable bond or other security in respect of arrested vessels and their crew and to release the arrested vessels promptly upon the posting of that bond or security.

Saint Vincent and the Grenadines further states that

[w]hile Article 73 is located in Part V dealing with operation in the Exclusive Economic Zone, Saint Vincent and the Grenadines would highlight the intent of the article. It does not exist to supplant local laws and procedures, but it serves to protect the basic rights of foreign vessels and their crews.

101. Saint Vincent and the Grenadines also contends that Spain was required under article 73 of the Convention to notify Saint Vincent and the Grenadines, as the flag State, of the detention of the vessel.

102. Spain emphasizes that article 73 of the Convention solely relates to the exploration and exploitation of the fisheries resources in the exclusive economic zone. It maintains that the M/V "Louisa" never operated in this zone. Spain further points out that its Embassy in Kingston, Jamaica, by note verbale dated 15 March

2006, officially informed Saint Vincent and the Grenadines of “the entry into and search of the *Louisa*”.

103. Article 73, paragraph 1, of the Convention reads:

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.

104. The Tribunal notes that the M/V “Louisa” was not detained for the reason that the laws and regulations of Spain concerning the living resources in the exclusive economic zone had been violated. The detention was made in the context of criminal proceedings relating to alleged violations of Spanish laws on “the protection of the underwater cultural heritage and the possession and handling of weapons of war in Spanish territory.”

105. Accordingly, in the view of the Tribunal, article 73 of the Convention cannot serve as a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines in respect of the detention of the M/V “Louisa” and its crew.

106. Saint Vincent and the Grenadines argues that because of the detention of the M/V “Louisa” the vessel was denied access to the high seas and that this detention violates the freedom of vessels under the flag of Saint Vincent and the Grenadines to navigate on the high seas as provided for in article 87 of the Convention. It further argues that this freedom would mean very little if a port State were permitted to detain a foreign vessel for a long period of time for an alleged violation of the port State’s law.

107. In response, Spain points out that the detention did not take place on the high seas but while the M/V “Louisa” was docked voluntarily in a Spanish port. Spain argues that the interpretation given to article 87 by Saint Vincent and the Grenadines is not in conformity with the true meaning of this provision, which is a codification of the long-standing norm of “*mare apertum*”.

108. Spain adds that the M/V “Louisa” “cannot navigate, not only because of its current legitimate seizure [...] but also because it does not fulfil the international requirements for seaworthiness”. According to Spain, the certificates for the vessel under the SOLAS Convention and the MARPOL Convention had expired well before the detention of the M/V “Louisa” on 1 February 2006. Therefore, in the view of Spain, “the contention that Spain has violated Article 87 of the Convention by its seizure of the *Louisa* not only goes against the correct interpretation of this article [...] but also against logic and the facts surrounding the *Louisa*”. On the other hand, Saint Vincent and the Grenadines argues that the “lack of present seaworthiness [...] does not diminish Respondent’s liability for violating Article 87.”

109. The Tribunal notes that article 87 of the Convention deals with the freedom of the high seas, in particular the freedom of navigation, which applies to the high seas and, under article 58 of the Convention, to the exclusive economic zone. It is not disputed that the M/V “Louisa” was detained when it was docked in a Spanish port. Article 87 cannot be interpreted in such a way as to grant the M/V “Louisa” 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 Tribunal, therefore, concludes that the arguments advanced by Saint Vincent and the Grenadines do not establish that article 87 of the Convention could constitute a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines in respect of the detention of the M/V “Louisa”.

110. In view of the above, the Tribunal does not consider it necessary to pronounce upon the arguments of the Parties related to the seaworthiness of the M/V “Louisa”.

111. Saint Vincent and the Grenadines also invokes articles 226 and 227 of the Convention as a basis for its claims. Article 226 of the Convention deals with the investigation of foreign vessels for violation of applicable laws and regulations or international rules and standards for the protection and preservation of the marine environment. Article 227 provides that States, “[i]n exercising their rights and performing their duties” under Part XII, “shall not discriminate ... against vessels of any other State.” Acknowledging that the scope of the application of these provisions

is confined to the marine environment, Saint Vincent and the Grenadines nevertheless holds that “[a]rticles 226 and 227 reflect values in international law that should be given consideration in this case, specifically freedom from undue seizure and inspection, and freedom from discrimination.”

112. In response, Spain underlines the limited scope of articles 226 and 227 and points out that they deal with the obligations of States, in particular those of coastal States, when taking recourse to enforcement actions based upon articles 216, 218 and 220 of the Convention. Spain further argues that the latter provisions are designed to address the competences of port States concerning the protection and preservation of the marine environment and that to broaden their scope of application, as indicated by Saint Vincent and the Grenadines, would not only be contrary to their very language but also to their object and purpose.

113. The Tribunal wishes to recall that the M/V “Louisa” was detained in the context of criminal proceedings relating to the alleged violations of Spanish laws on “the protection of the underwater cultural heritage and the possession and handling of weapons of war in Spanish territory.” Therefore, articles 226 and 227 of the Convention cannot serve as a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines in respect of the detention of the M/V “Louisa”.

114. Although Saint Vincent and the Grenadines did not include article 245 of the Convention in its final submissions, it invokes this provision as a basis for its claims in its written pleadings and argues that the owner of the M/V “Louisa” had obtained a permit pursuant to the applicable legislation to conduct research in the territorial sea of Spain “and thus had the express consent of the State to operate” therein. It states that “[n]otwithstanding this, Respondent has seized vessels and scientific equipment and denied the Applicant the opportunity to pursue oil and gas opportunities”.

115. Spain states that the M/V “Louisa” “was not seized because of the violation of the permits and the conditions established herein”. It maintains that

[t]he *Louisa* was seized because it was used to manifestly violate Spanish legislation [...] with regard to the protection of the underwater cultural

heritage and the possession and handling of weapons of war in Spanish territory.

116. Article 245 of the Convention reads:

Coastal States, in the exercise of their sovereignty, have the exclusive right to regulate, authorize and conduct marine scientific research in their territorial sea. Marine scientific research therein shall be conducted only with the express consent of and under the conditions set forth by the coastal State.

117. The Tribunal finds that the question of violation of the research permit does not arise since, as noted earlier, the M/V “Louisa” was detained in the context of criminal proceedings for alleged violations of Spanish laws on “the protection of the underwater cultural heritage and the possession and handling of weapons of war in Spanish territory.” Accordingly, the Tribunal is of the view that article 245 of the Convention cannot serve as a basis for the claim submitted by Saint Vincent and the Grenadines that the detention of the M/V “Louisa” violated its right to conduct marine scientific research.

118. While in its Memorial and final submissions Saint Vincent and the Grenadines invoked article 303 of the Convention as a basis for a breach of the Convention, in its Reply it stated that

[t]he reference to article 303 in Paragraph 86 of the Memorial appears to be a typographical error in that Saint Vincent and the Grenadines is not claiming a substantive right under Article 303. Rather, this part of the Memorial should have referenced Article 304 which provides that Respondent’s liability and responsibility to pay reparations to Applicant is not exclusively determined by provisions in the Convention, but is also found under jurisprudence of international law.

119. The Tribunal notes that, while article 303 of the Convention was invoked in the final submissions made by Saint Vincent and the Grenadines, this provision refers to the duties and rights of the coastal State to protect objects of an archaeological and historical nature found at sea. As stated by Saint Vincent and the Grenadines in its Reply, it is not relevant to the present case.

120. Although there was no reference to article 304 of the Convention in the final submissions of Saint Vincent and the Grenadines, it is relevant to note that Saint

Vincent and the Grenadines nevertheless deals with this provision in the Reply, as quoted in paragraph 118 above.

121. Article 304 of the Convention reads:

The provisions of this Convention regarding responsibility and liability for damage are without prejudice to the application of existing rules and the development of further rules regarding responsibility and liability under international law.

122. The Tribunal considers that the question of the application of article 304 of the Convention may arise only if the Tribunal were to hold that it has jurisdiction to deal with the merits of the case.

123. Saint Vincent and the Grenadines argues that the boarding of the M/V “Louisa” without the prior permission of its captain or of the Consul of Saint Vincent and the Grenadines constitutes not only a violation of general international law but also a violation of article 561 of the Code of Criminal Procedure of Spain.

124. Spain denies that such obligation exists under general international law. While acknowledging that its Code of Criminal Procedure requires prior permission of the captain of a vessel for boarding, it maintains that, pursuant to the interpretation given to the said provision by its national courts,

[a] number of exceptions have been made [...] in order to prosecute certain types of criminal activity, such as drug trafficking and terrorism, and also when it is necessary to board a vessel for humanitarian reasons or because of crimes committed on board.

125. The Tribunal notes that there is no provision in the Convention which requires a port State to notify the flag State or to obtain the authorization of the flag State or of the master of a foreign vessel operated for commercial purposes such as the M/V “Louisa” before boarding and searching such a vessel docked at its port. Further, it is not incumbent upon the Tribunal to determine whether Spain has violated article 561 of its Code of Criminal Procedure by boarding the M/V “Louisa” without authorization. The Tribunal considers that the arguments advanced by Saint Vincent and the Grenadines in this regard have no bearing on the question of its jurisdiction.

126. The Tribunal will now proceed to deal with the arguments concerning the applicability of article 300 of the Convention to the facts and circumstances of this case.

127. After the closure of the written proceedings in the case, Saint Vincent and the Grenadines, in a letter dated 25 September 2012 addressed to the Registrar, stated that its advocate

will address certain jurisdictional issues, including but not limited to human rights violations committed by the Respondent and its representatives in Cadiz and elsewhere. He will relate these violations to, *inter alia*, basic precepts of international law and Article 300 of the Convention.

128. In response to this, Spain, in a letter dated 28 September 2012 addressed to the Registrar, stated that:

Spain would like to draw the attention of the Tribunal to the circumstance that the Applicant has never mentioned article 300 of the United Nations Convention on the Law of the Sea in its Memorial nor in its Reply, nor has it made any reasoning based on the relation among article 300 and possible violations of human rights by Spain in this case.

[...] Those are therefore new arguments that have never before been made public by Saint Vincent and the Grenadines during the written proceedings. The incorporation of these arguments to the oral proceedings would mean the introduction of arguments which were not known by the Defendant and against which Spain was not able to defend herself during the written proceedings.

[...] This behaviour is against the principle of “equal arms” (*égalité des armes*) which governs every contradictory proceedings and therefore contravenes the most basic principles of due process central to all proceedings before any international tribunal this honourable Tribunal included.

In consequence, Spain is equally opposed to this new argument which, seemingly, Saint Vincent and the Grenadines is trying to advance, in an unexpected and untimely manner, in order to be able to use it during the hearings on the merits of this case.

129. In the course of the oral proceedings, Saint Vincent and the Grenadines maintained that article 300 of the Convention “can be independently deployed”, that “a genuine dispute exists between the Parties over article 300 that in and of itself

confers jurisdiction, on the merits, for this Tribunal, in this case” and that none can “deny the legitimacy of international law treaty obligations dealing with abuse of rights and, in the instant case, abuse with respect to both human and property rights.”

130. While expanding the reasoning for its argument, Saint Vincent and the Grenadines contends that the jurisdiction of the Tribunal based on article 300 of the Convention follows from article 288, paragraph 1, of the Convention dealing with “Jurisdiction”. In this respect, it states:

Some might argue that article 300 opens the door to a form of judicial legislation. Truthfully, there is a degree of merit to that argument as, while unmistakably incorporating the abuse of rights doctrine into the law that this Tribunal must consider, little further guidance is given in the Convention. The Applicant respectfully submits that this does not mean that article 300 is devoid of meaning and can be discarded.

[...]

The article can be accurately characterized as inviting a broad interpretation and a liberal application. While the determinations are up to this Tribunal, the Applicant urges the Tribunal to accept the responsibilities entailed in article 300, since they are plainly delegated by the State Parties to the Convention. We believe that the Tribunal can and ought to rise to the challenge of the progressive development of international law delegated to it in article 300 and apply the abuse of rights doctrine, which is well rooted in international law, to the particular facts in the *Louisa* case. We reiterate that the Tribunal has the authority, and indeed in the Applicant’s view the obligation expressly provided in article 300 of the Convention, to interpret as well as apply the international law doctrine on abuse of rights to the particular facts in the *Louisa* case.

131. Saint Vincent and the Grenadines states that “the framers of the Convention deliberately made article 300 an overarching part of the Convention precisely because they wisely concluded that all factual and legal circumstances could not be predicted and covered by explicit rules”, that “article 300 fills a gap by authorizing this Tribunal to find justice in cases of abuse”, and that article 300 empowers the Tribunal with “residual authority to hear about instances of injustice and to provide remedies where merited”. It further states that, in light of article 300, “abuse of human rights, including [...] property rights, is a legitimate and necessary source of law for this Tribunal to examine.”

132. Saint Vincent and the Grenadines contends that the doctrine of abuse of rights is closely related to the principles of good faith and due process, and that this abuse occurred “when local authorities in Spain exercised their legal rights or authority in a manner that benefits from this exercise were unjustly disproportionate, to the detriment of Alba Avella, two Hungarian crewmen, Mario Avella, and John Foster as well as to Saint Vincent and the Grenadines as a sovereign.”

133. Saint Vincent and the Grenadines also maintains that Spain cannot object to article 300 of the Convention being invoked by it, since the latter expressly cited article 300 in paragraph 75 of its Response to the Request of Saint Vincent and the Grenadines for the prescription of provisional measures and in the context of the doctrine of abuse of legal process, referred to in article 294 of the Convention, as stated in paragraphs 186 to 190 of its Counter-Memorial. Saint Vincent and the Grenadines adds that Spain is, therefore, “estopped from asserting with any credibility that article 300 of the Convention is not relevant to this case”.

134. Spain argues that the interpretation of article 300 of the Convention as advanced by Saint Vincent and the Grenadines is untenable, that an abuse of rights may be invoked only in respect of the manner of the exercise of the rights, jurisdiction and freedoms “recognized” in the Convention, and that it is only when such rights, jurisdiction and freedoms are abused that article 300 may be applicable.

135. In response to the argument of Saint Vincent and the Grenadines that Spain is estopped from challenging its right to invoke article 300 of the Convention, Spain points out that it has no objection to the application of article 300, which “is a clear expression of the good faith principle”. Spain, however, maintains that article 300 “is applicable to each and every one of the provisions contained in the Convention”, and that Saint Vincent and the Grenadines “has not succeeded in identifying any such provisions” of the Convention. Spain further maintains that it does not believe that article 300 has a “life of its own” and that it has not relied upon article 300 independently of the other provisions of the Convention.

136. Article 300 of the Convention reads:

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.

137. The Tribunal finds that it is apparent from the language of article 300 of the Convention that article 300 cannot be invoked on its own. It becomes relevant only when “the rights, jurisdiction and freedoms recognised” in the Convention are exercised in an abusive manner.

138. Before examining whether article 300 of the Convention applies to this case, the Tribunal wishes to examine the argument advanced by Spain that Saint Vincent and the Grenadines is trying to change the nature of the dispute into one quite different from that set out in its Application. Spain contends that Saint Vincent and the Grenadines presented this argument “perhaps because it has come to the conclusion that its reference to articles 73, 87, 226, 227, and 245 of the Convention had no legal basis”. Spain further states that any such change is incompatible with the rules of adversarial procedure and the principle of “equality of arms” which, it maintains, must be respected in proceedings before the Tribunal.

139. Spain adds that Saint Vincent and the Grenadines has tried to introduce article 300 of the Convention as a “new title of jurisdiction” in respect of an “alleged breach of human rights, the rights of individuals arrested and the property rights of the owner of the *Louisa*” and that it, thereby, has tried to “change the nature of the dispute” and present a “new case”.

140. Spain further argues that the introduction during the oral proceedings of new arguments regarding the alleged breaches of human rights deprived Spain of the possibility of preparing its defence, as required by the principle of “equality of arms”. Spain states:

But let us return to the substance of the case, the alleged breaches of human rights, in all the guises in which they have been raised by the Applicant. This serious accusation only came to light during the oral hearings ... I cannot fail to point out that the introduction of these new

arguments at the oral stage of the proceedings deprived Spain of the possibility of preparing its defence, as required by the principle of equality of arms. [...]

[...] the Applicant ... has drastically modified its position during this oral phase, ditching all the Convention articles that were invoked at the written stage and forgetting all the arguments that it put forward.

141. The Tribunal observes that both the Application and the Memorial 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 of the Convention and its applicability to the facts of this case. 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.

142. 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 in the original claim. The Tribunal further observes that it is a legal requirement that any new claim to be admitted 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).

143. In this context, the Tribunal wishes to draw attention to article 24, paragraph 1, of its Statute. As noted earlier, this provision states, *inter alia*, that when disputes are submitted to the Tribunal, the “subject of the dispute” must be indicated. Similarly, by virtue of article 54, paragraph 1, of the Rules, the application instituting the proceedings must indicate the “subject of the dispute”. It follows from the above 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.

144. The Tribunal may also refer in this connection to the jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the ICJ in interpreting the corresponding provisions in their Statutes and Rules.

145. 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. 11, at p. 14*)

It added in the case concerning the *Société commerciale de Belgique*:

[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 [1936] 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. 160, at p. 173*)

146. The ICJ confirmed this jurisprudence in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru* and in the *Oil Platforms* case. In the latter case, the ICJ stated that:

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. 161, at p. 213, para. 117*)

147. There are no special circumstances in this case to warrant a departure from this jurisprudence.

148. In interpreting article 24, paragraph 1, of its Statute and article 54, paragraphs 1 and 2, of its Rules, the Tribunal concludes that these provisions are essential from the point of view of legal security and the good administration of justice (see also *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240, at p. 267, para. 69*).

149. For all these reasons, the Tribunal considers that it cannot allow a dispute brought before it by an Application to be transformed in the course of proceedings into another dispute which is different in character.

150. The Tribunal therefore is of the view that article 300 of the Convention cannot serve as a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines.

151. 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.

152. 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.

153. Since it has no jurisdiction to entertain the Application, the Tribunal is not required to consider any of the other objections raised to its jurisdiction or against the admissibility of the claims of Saint Vincent and the Grenadines.

154. While the Tribunal has concluded that it has no jurisdiction in the present case, it cannot but take note of the issues of human rights as described in paragraphs 59, 60, 61 and 62.

155. The Tribunal holds the view that States are required to fulfil their obligations under international law, in particular human rights law, and that considerations of due process of law must be applied in all circumstances (see "*Juno Trader*" (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004*, p. 17, at pp. 38-39, para. 77; "*Tomimaru*" (*Japan v. Russian Federation*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007*, p. 74, at p. 96, para. 76).

V. Costs

156. In its final submissions, Saint Vincent and the Grenadines requests the Tribunal to “award reasonable attorneys’ fees and costs associated with this request, as established before the Tribunal, of not less than €500,000”. For its part, Spain, in its final submissions, requests that “the Applicant be ordered to pay the costs incurred by the Respondent in connection with this case, as determined by the Tribunal, but in an amount no less than US\$500,000”.

157. During the proceedings relating to the request for the prescription of provisional measures, each party requested the Tribunal to award costs in its favour for expenses incurred in connection with that phase of the proceedings. In the Order of 23 December 2010, the Tribunal decided to reserve “for consideration in its final decision the submissions made by both parties for costs in the present proceedings”.

158. The rule in respect of costs in proceedings before the Tribunal, as set out in article 34 of its Statute, is that each party bears its own costs, unless the Tribunal decides otherwise.

159. In the present case, the Tribunal sees no need to depart from the general rule that each party shall bear its own costs with respect to both the provisional measures phase and the merits phase of the present proceedings.

VI. Operative provisions

160. For these reasons,

THE TRIBUNAL,

(1) By 19 votes to 2,

Finds that it has no jurisdiction to entertain the Application filed by Saint Vincent and the Grenadines on 24 November 2010.

FOR: *President* YANAI; *Vice-President* HOFFMANN; *Judges* MAROTTA RANGEL, NELSON, CHANDRASEKHARA RAO, AKL, WOLFRUM, NDIAYE, COT, PAWLAK, TÜRK, KATEKA, GAO, BOUGUETAIA, GOLITSYN, PAIK, KELLY, ATTARD, KULYK;

AGAINST: *Judges* JESUS, LUCKY.

(2) Unanimously,

Decides that each Party shall bear its own costs.

Done in English and in French, both texts being equally authoritative, in the Free and Hanseatic City of Hamburg, this twenty-eighth day of May, two thousand and thirteen, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Tribunal and the others transmitted to the Government of Saint Vincent and the Grenadines and the Government of Spain, respectively.

(signed)
SHUNJI YANAI
President

(signed)
PHILIPPE GAUTIER
Registrar

Judge PAIK, availing himself of the right conferred on him by article 125, paragraph 2, of the Rules of the Tribunal, appends his declaration to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) J.-H.P.

Judge NDIAYE, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his separate opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) T.M.N.

Judge COT, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his separate opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) J.-P.C

Judge KATEKA, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his separate opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) J.L.K.

Judge BOUGUETAIA, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his separate opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) B.B.

Judge JESUS, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his dissenting opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) J.L.J.

Judge LUCKY, availing himself of the right conferred on him by article 30, paragraph 3, of the Statute of the Tribunal, appends his dissenting opinion to the Judgment of the Tribunal.

(initialled) A.A.L.

DECLARATION OF JUDGE PAIK

1. I concur with both the conclusions and most of the reasoning of the Tribunal in the Judgment. However, I wish to add my observations on a few issues which I think are likely to recur in one form or another in proceedings before the Tribunal.

Nationality of the “Gemini III”

2. It is undisputed that the “Gemini III” was not flying the flag of Saint Vincent and the Grenadines at the time of its detention. However, Saint Vincent and the Grenadines claims that it was a “tender” of the M/V “Louisa” and was not required to have its own flag. In so doing, Saint Vincent and the Grenadines implies that the Gemini III, as such, possesses Vincentian nationality and should be considered one of “its vessels” under the declaration it made under article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (the “Convention”).

3. The Convention leaves the matter of a ship’s nationality to determination by the domestic law of States. The relevant provision of the Convention is Article 91, which reads as follows:

Article 91 Nationality of ships

1. Every State shall 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 nationality of the State whose flag they are entitled to fly. There must exist a genuine link between the State and the ship.

2. Every State shall issue to ships to which it has granted the right to fly its flag documents to that effect.

4. As the Tribunal noted in the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, “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” (*M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p. 10, at p. 37, para. 66). In case of dispute about the nationality of a ship, the initial burden of proof lies with the State claiming that a vessel possesses its nationality (“*Grand Prince*”

(*Belize v. France*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2001*, p. 17, at p. 38, para. 67). Therefore, it is Saint Vincent and the Grenadines that must first establish that the “Gemini III” was granted Vincentian nationality in accordance with its domestic law.

5. Saint Vincent and the Grenadines has completely failed in this regard. Despite the question directly posed by the Tribunal, namely, “[w]hat is the legal justification for Saint Vincent and the Grenadines to request the release of the vessel *Gemini III* not flying its flag?”, Saint Vincent and the Grenadines was unable to provide any evidence in its relevant domestic law or practice to support its claim other than repeating that the “Gemini III” served as a tender for the M/V “Louisa”. The only documents submitted by Saint Vincent and the Grenadines in this regard were the invoice for the purchase of the “Gemini III” issued on 17 February 2005 and the Small Commercial Vessel Certificate issued on 21 December 1999 (see Applicant Annex III to the Memorial of Saint Vincent and the Grenadines of 10 June 2011). These documents gave little hint about the nationality of the “Gemini III”.

6. Registration is the most widely used modality to grant nationality in the shipping legislation of many States. However, registration might not be required for small vessels not intended for international navigation. In any case, if the domestic shipping law or practice of Saint Vincent and the Grenadines allows “a tender” to possess the nationality of the “mother ship” without registration, Saint Vincent and the Grenadines should have adduced evidence to that effect as substantiation of the Vincentian nationality of the “Gemini III”.

7. In addition, even if such law or practice were to exist in Saint Vincent and the Grenadines, the Tribunal would find it difficult to accept the claim that the “Gemini III” possesses Vincentian nationality as a tender of the M/V “Louisa”, because the “Gemini III” operated independently of the M/V “Louisa” during most of the material times, as indicated in paragraph 87 of the Judgment.

8. Given the lack of evidence, both in law and in fact, to support the claim of Vincentian nationality of the “Gemini III”, the Tribunal could not but conclude that the “Gemini III” is not covered by the declaration of Saint Vincent and the Grenadines

and that it, therefore, has no jurisdiction to entertain the disputes concerning the arrest or detention of that vessel.

Approach for the determination of the existence of a dispute

9. A State, by becoming a party to the Convention, accepts the compulsory procedures under Part XV, section 2, of the Convention with respect to “any dispute concerning the interpretation or application of the Convention” which is submitted in accordance with this Part. In the present case, the Parties accepted the jurisdiction of the Tribunal, as they both chose the Tribunal as a means of settlement of their disputes by the declarations made under article 287 of the Convention. However, they disagree as to whether the dispute between them concerns the interpretation or application of the Convention. Thus the first question Tribunal should address is whether the dispute before it is such a dispute and the Tribunal has jurisdiction *ratione materiae* to entertain it.

10. In order to answer this question, it is not enough to note that one party maintains that such a dispute exists and the other denies it (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, p. 803, at p. 810, para. 16). The usual approach in determining the existence of a dispute concerning the interpretation or application of a treaty is to examine whether there is a link or connection between the facts of the claim of a party and the provisions of the treaty invoked by it. To put it differently, international courts or tribunals should examine whether the claims of a party “fall under” or “fall within” particular provisions of the treaty the party relies on, or whether the provisions invoked by a party “cover” the facts alleged and the claims made by it.

11. The Tribunal adopts this approach in the Judgment. It states in paragraph 99 that:

To enable the Tribunal to determine whether it has jurisdiction, it must establish a link between the facts advanced by Saint Vincent and the Grenadines and the provisions of the Convention referred to by it and show that such provisions can sustain the claim or claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines.

12. However, this approach gives rise to yet another question: that is, how much link or connection must be shown to establish the existence of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention? Must such a link be manifest? Or would a reasonable or even plausible link be sufficient? What should be the standard of appreciation in this regard?

13. The Tribunal has little jurisprudence on this matter. Although the Tribunal has been faced in provisional measures proceedings with the question of the existence of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention, the present case is the first in which it has had to deal with this question on a definitive basis. On the other hand, the International Court of Justice ("ICJ") has jurisprudence on it, but this jurisprudence is not entirely consistent. (For an analysis of ICJ jurisprudence, see *Separate Opinion of Judge Higgins, ibid.*, pp. 847-861.) It appears that the inconsistency of the jurisprudence has to do with the differing circumstances of the cases addressed by the ICJ.

14. Partly for this reason and also partly because the Tribunal's finding on the existence of a dispute in the present Judgment differs from its finding on the same question in the Order of 23 December 2010 on the request for the prescription of provisional measures, it would seem pertinent to examine briefly the question of the requisite degree of connection between the facts of claims and the provisions invoked.

15. In the earlier provisional measures stage, despite the disagreement between the Parties about the existence of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention, the Tribunal did not devote much attention to this question and concluded without elaborating any reason that "it appears *prima facie* that a dispute as to the interpretation and application of the provisions of the Convention existed between the parties on the date on which the Application was filed" (*M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010*, p. 58, at p. 67, para. 56).

16. In my Separate Opinion appended to the above Order, I made the following observations on this question:

while the provisions invoked by the Applicant as the legal basis of its claims do not appear to be manifestly related to the facts of the case, the Tribunal does not need to ascertain, at this stage, whether the allegations made by the Applicant are “sufficiently” arguable or plausible. The threshold of *prima facie* jurisdiction is rather low in the sense that all that is needed, at this stage, is to establish that the Tribunal “might” have jurisdiction over the merits. As long as the Tribunal finds that the Applicant has made an arguable or plausible case for jurisdiction on the merits, the requirement of *prima facie* jurisdiction should be considered to have been met. On the face of it, at least one provision invoked by the Applicant in its request, Article 87 of the Convention, may provide a basis for an arguable case on the merits, in light of the Respondent’s unreasonably long period of detention of the vessel without rendering an indictment or taking any of the necessary judicial procedures. Thus, it appears *prima facie* that “a dispute concerning the interpretation or application of the Convention” existed between the parties on the date the Application was filed. (*Separate Opinion of Judge Paik, ibid.*, pp. 73-74)

17. In the present Judgment, while the Tribunal has not specifically spelled out the standard for assessing the link, it has proceeded to examine the applicability of each provision invoked by Saint Vincent and the Grenadines to the facts and the claims it made. In so doing, the Tribunal has assured itself that there is no reasonable, let alone sufficient, link between them and that the provisions invoked do not provide substantive grounds for the existence under the Convention of a dispute between the Parties.

18. I believe that the Tribunal’s approach is correct. The methodology and the standard of appreciation to be applied for a definitive finding of jurisdiction cannot be identical with those for a *prima facie* finding. While “plausible connection” may be enough for *prima facie* jurisdiction, it falls far short for the present case, in which a definitive finding on the Tribunal’s jurisdiction must be made. It should surprise no one that different standards for a jurisdictional link can lead to different conclusions. This is indeed what has happened in the incidental and main proceedings before the Tribunal in this case.

19. In determining the existence of a dispute concerning the interpretation or application of the Convention, the Tribunal needs to make sure as much as it can, but certainly without intruding upon the merits of the case, that there is a sufficient

link between the provisions invoked and the claims made. The matter of jurisdiction should always be considered with great care, as it hinges on the consent of States. This is all the more so with respect to jurisdiction claimed under Part XV, section 2, of the Convention, because, unlike many multilateral treaties that have compromissory clauses providing for compulsory procedures and that allow reservations to the clause or make the compulsory procedures optional, the Convention provides its States Parties with neither possibility. It does not necessarily follow that Part XV of the Convention should therefore be interpreted and applied restrictively. However, it certainly follows that the determination of the existence of jurisdiction under the compulsory procedures of the Convention requires particular discretion and judicial scrutiny.

Applicability of article 87 of the Convention

20. I agree with the findings of the Tribunal on the applicability or otherwise of those provisions of the Convention invoked by Saint Vincent and the Grenadines. However, in light of what I stated in my Separate Opinion quoted above (para. 16), I find it appropriate to offer comments, in particular on the applicability of article 87 of the Convention. In this regard, I point out that what the Tribunal does at this stage is not to determine whether or not Spain violated the provisions invoked by Saint Vincent and the Grenadines, which is essentially a question of the merits, but to determine whether those provisions can cover the claims made by Saint Vincent and the Grenadines and thus be applicable.

21. Saint Vincent and the Grenadines did not contest the fact that the M/V “Louisa” was arrested in a port of Spain for acts committed in the territorial sea and the internal waters of Spain. However, Saint Vincent and the Grenadines maintains that its vessels have been denied “access” to the high seas by “wrongful detention” effected by Spain (*Memorial of Saint Vincent and the Grenadines of 10 June 2011*, paras. 72-73). It further contends that “this freedom [freedom of the high seas] means very little if a port State is permitted to detain a foreign vessel under a thinly alleged violation of the port State’s law involving the vessel” (*Reply of Saint Vincent and Grenadines of 10 February 2012*, p. 26). Thus Saint Vincent and the Grenadines appears to claim that its exercise of the freedom of the high seas, in particular

freedom of navigation, was impeded by the continued detention of its vessel by Spain.

22. It should be noted in this regard that in the “*ARA Libertad*” case, Argentina made a similar argument with respect to the detention of the frigate “*ARA Libertad*”. Argentina claimed that Ghana’s detention of the vessel prevented Argentina from exercising the freedom of the high seas regarding navigation as guaranteed by article 87 of the Convention (*The “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012*, para. 43).

23. Article 87 of the Convention, which provides for the freedom of the high seas, imposes upon States an obligation not to impede that freedom. The question is then whether the freedom of the high seas, in particular freedom of navigation, provided for in this provision includes the right of a State to have access to the high seas to enjoy that freedom, or whether such freedom can be extended to include the right of the flag State to ensure that a vessel of its nationality can leave a port of the coastal State without undue interference from it.

24. The Permanent Court of International Justice and the ICJ have had a few opportunities to address the notion of freedom of navigation, though neither directly nor in the context of article 87 of the Convention. In the *Oscar Chinn* case, for example, the Permanent Court, in referring to measures taken by the Belgian government to enjoin a reduction of tariffs for fluvial navigation in Belgian Congo, interpreted the freedom of navigation as follows: “According to the conception universally accepted, the freedom of navigation referred to by the Convention [Convention of Saint-Germain-en-Laye of 1919] comprises freedom of movement for vessels, freedom to enter ports, and to make use of plant and docks, to load and unload goods and to transport goods and passengers” (*Oscar Chinn, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63*, p. 65, at p. 83). Similarly, in the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, ICJ found that “the mining of the Nicaraguan ports by the United States is in manifest contradiction with the freedom of navigation and commerce guaranteed by Article XIX, paragraph 1, of the 1956 Treaty [Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua]”, which provides that “[b]etween the territories of

the two Parties there shall be freedom of commerce and navigation” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at paras. 278-279). In both cases, the notion of the freedom of navigation was interpreted broadly.

25. However, I must underline that the freedom of navigation in question in the above cases was such freedom in the context of the particular treaties concluded between the parties to the dispute. Typically, freedom of navigation under treaties of friendship, commerce and navigation includes the right of vessels of either party to have access to ports and waters of the other party open to foreign commerce and navigation. Therefore, the pronouncements in the above judgments should be understood in that particular context. On the other hand, the freedom of navigation invoked by Saint Vincent and the Grenadines is one under article 87 of the Convention on the freedom of the high seas. That article 87 of the Convention applies only to the high seas, and partly to the exclusive economic zone through article 58, paragraph 1, of the Convention, is clear from article 86 of the Convention, which provides that “the provisions of this part [high seas] apply to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic water of an archipelagic State. ...”

26. Article 125 of the Convention provides for the right of access to and from the sea and freedom of transit for land-locked States. In particular, paragraph 1 of this article states:

Land-locked States shall have the right of access to and from the sea for the purpose of exercising the rights provided for in this Convention including those relating to *the freedom of the high seas* and the common heritage of mankind. (*Italics added*)

Similarly, article 3, paragraph 1, of the Convention on the High Seas of 1958 provides that “[i]n order to enjoy the freedom of the seas on equal terms with coastal States, States having no sea coast should have free access to the sea”. However, the right of access or free access to and from the sea is confined to land-locked States only. Needless to say, the freedom of the high seas does not entail the general right of access for all States.

27. It should be recalled that one of the most important characteristics of the Convention is that it divides the ocean spaces into various maritime zones and provides for specific rights (and/or jurisdictions) and obligations of States Parties in those zones. The scope, extent and nature of the rights and obligations of States Parties vary in the different zones. Indeed, this spatial division constitutes a basis for the international legal order for the seas and oceans under the Convention, which is largely structured in accordance. Therefore, it is essential, in interpreting the Convention, to refer clearly to the maritime zones and the context in which specific rights or obligations are provided for.

28. Freedom of the high seas is one of the oldest principles of international law. It is well known that the Convention on the High Seas was the only one among the 1958 Geneva Conventions on the law of the sea which claimed to codify established principles of international law. While the content of the freedom of the high seas is subject to change, and indeed has evolved over time, it has been long established that this freedom is one which all States enjoy “in the high seas”.

29. To extend the freedom of the high seas to include a right of the State to have access to the high seas to enjoy that freedom is warranted neither by the text of the relevant provisions or the context of the Convention, nor by established State practice on this matter. For these reasons, I have come to the conclusion that article 87 of the Convention cannot afford a basis for the claim of Saint Vincent and the Grenadines.

(signed)
Jin-Hyun Paik

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 :

paragraphe 152 : 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.

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 la 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 limitant 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 fondement 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 la 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 compromissoires 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 soumis 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 1^{er} 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'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 56*
- *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 le 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 1^{er} 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 la 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 1^{er} 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 1^{er} 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 veulent » (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 œuvre 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 que pose 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 1^{er} 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 (duplique, 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 » (duplique, 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 ; duplique, paragraphe 20). L'Espagne invoque en outre les affaires *Cameroun/Nigeria* et *Fédération de Russie/Géorgie* (contre-mémoire, paragraphes 55 et 56 ; duplique, 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 ; duplique, 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 précontentieuse. 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, paragraphe 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 octobre 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'œuf toute possibilité de négociation en avisant de l'intention de Saint-Vincent-et-les Grenadines d'« tenter 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 : « [l']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, 1^{er} 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-Vincent-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) Szusky 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, n° 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 n° 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 originelle ». (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 British 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 Vihéar, 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 invoqués 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 Etats-Unis ont fourni des descriptions détaillées d'autres incidents étayant, selon eux, leurs demandes originelles. De l'avis de la Cour, les Etats-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 nuisibles 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 (épuiement 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 Panevezys-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, n° 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, n° 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 prompt 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 prompt mainlevée de l'immobilisation des navires et la prompt 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 œuvre 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 internes 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} 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 1^{er} 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 généralement 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 prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou de prompte 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 maritimes 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

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE COT

Avant-propos.

I. Les faits

L'enjeu. Les débats. La production du contrat Tupet. Les clauses du contrat.

II. Le cadre juridique

Les pouvoirs inhérents du Tribunal. Le droit applicable. Les précédents. Les principes éthiques fondamentaux. Les agents. Un code de conduite ? Les sanctions.

III. Fraude ou pas fraude ?

Les apparences. Conséquences sur le déroulement de la procédure. Conclusion.

Avant-propos

1. Fraude au Tribunal ? La question vaut d'être posée. J'emprunte la formule, provocatrice, au juge Schwebel qui l'a récemment utilisée à propos de l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice et tranchée en 1986.¹

2. Le Tribunal ne s'est pas étendu sur cet aspect de l'affaire du « Louisa ». Il s'est limité à l'expression d'un bref regret quant à la production tardive du contrat Tupet. Puis il a exposé les motifs de son incompétence pour traiter du fond de l'affaire. Je souscris à cette conclusion. Il m'a cependant paru utile de développer plus avant les problèmes éthiques posés dans le cadre de cette affaire.

I. Les faits

L'enjeu

3. En l'espèce, le différend dont était saisi le Tribunal portait sur la nature des activités entreprises par la société Sage à bord du « Louisa » et du « Gemini III ». Saint-Vincent-et-les Grenadines (ci-après Saint-Vincent), Etat du pavillon arboré par le « Louisa », introduisit une demande contre le Royaume d'Espagne (ci-après l'Espagne). Saint-Vincent demandait la mainlevée des navires, immobilisés dans le port de Cadix par les autorités espagnoles dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée notamment contre les dirigeants de la société Sage et la réparation des dommages causés du fait des poursuites abusives engagées.

4. Le « Louisa » et un bateau plus petit, le « Gemini III », étaient amarrés dans le port de Cadix. Ils effectuaient des recherches dans les eaux intérieures et territoriales espagnoles. La société Sage, propriétaire des embarcations, avait équipé les navires à cette fin avec notamment des sonars à balayage latéral. Le

¹ S. Schwebel. *Celebrating a Fraud on the Court*. A.J.I.L., vol. 106 (2012), p. 102-105. Et la controverse avec Paul Reichler, conseil pour le Nicaragua, dans le même périodique, p. 316-321 et p. 582-583.

demandeur estimait que la baie de Cadix pouvait receler d'importants gisements d'hydrocarbures. Par ailleurs, Cadix étant le port d'où partaient les galions espagnols à destination de l'Amérique pour rapporter de l'or et des objets précieux à l'occasion de la colonisation espagnole, la baie de Cadix était riche en épaves espagnoles ayant sombré pendant cette période.

5. L'Espagne, soupçonnant une opération de pillage archéologique illicite dans ses eaux intérieures et territoriales, engagea une procédure pénale contre M. John Foster, propriétaire de la société Sage et son représentant en Espagne, M. Mario Avella. Il était reproché aux deux hommes de participer à une opération complexe de pillage et de revente des objets archéologiques trouvés au large du port de Cadix. Les défendeurs et Saint-Vincent, Etat du pavillon du « Louisa », affirmaient pour leur part que ni M. Foster, ni M. Avella, n'effectuaient de recherches archéologiques. Leur seul objectif était de faire un levé des fonds marins afin de déterminer la présence d'hydrocarbures. Sans doute, Sage avait accepté d'embarquer des responsables et des nageurs d'une entreprise espagnole, Tupet, intéressés par les fouilles archéologiques. Mais Sage n'était pas concerné par ces activités, secondaires par rapport à la recherche d'hydrocarbures.

6. L'enjeu principal de la procédure était de déterminer si les activités menées par la société Sage, ses représentants et ses employés respectaient les permis délivrés par les autorités espagnoles. Si tel était le cas, il apparaissait que les poursuites engagées par les autorités judiciaires espagnoles étaient sans fondement. En revanche, si M. Foster et M. Avella participaient aux recherches archéologiques entreprises par la société Tupet sans avoir sollicité un permis à cette fin, il semblait légitime pour les autorités judiciaires espagnoles de les poursuivre pour atteinte au patrimoine historique espagnol et pour délit de trafic d'objets archéologiques.

Les débats

7. La procédure écrite, puis les débats oraux se concentrèrent sur la nature des activités menées par le « Louisa » et le « Gemini III » dans la baie de Cadix.

8. L'argumentation de Saint-Vincent était double. D'une part, les responsables de la société Sage ne s'intéressaient qu'à la recherche d'hydrocarbures, à l'exclusion de tout intérêt pour les fouilles archéologiques. D'autre part, si les responsables de Tupet, embarqués sur le « Gemini III », effectuaient des recherches archéologiques, cette activité ne concernait pas les responsables de la société Sage, qui en ignoraient les modalités et pouvaient de bonne foi croire que Tupet disposait des autorisations nécessaires.

9. L'Espagne contestait les deux affirmations. Elle considérait que les navires étaient pourvus d'équipements destinés à la recherche archéologique. Ces équipements ne se justifiaient pas dans le cadre de la seule recherche d'hydrocarbures. Les dirigeants de Sage ne pouvaient ignorer les activités de recherche archéologique puisque le navire avait été équipé à cette fin. La saisie à bord du « Louisa », lors de la perquisition initiale, d'objets archéologiques, renforçait leurs soupçons et justifiait l'ouverture de l'instruction pénale.

10. Lors de la procédure orale, des témoins furent appelés à la barre par l'une et l'autre partie, ceci afin de défendre leurs thèses respectives.

11. S'agissant de la nature des recherches effectuées à bord du « Gemini III », Saint-Vincent cita M. Mario Avella, représentant de Sage en Espagne le 4 octobre après-midi, le 5 octobre matin et le 5 octobre après-midi. L'interrogatoire fut mené par M. Weiland, le contre-interrogatoire par M. Aznar et Mme, Escobar. M. Avella précisa la nature de ses relations avec les pilleurs d'épave et affirma qu'il n'avait aucune relation avec MM. Valero et Bonifacio. Saint-Vincent cita ensuite le 6 octobre matin M. McAfee, qui avait une importante expérience en matière de recherche d'hydrocarbures et de forages pétroliers. Il fut interrogé par MM. Weiland et Aznar. Il affirma notamment l'utilité des équipements des navires et notamment des magnétomètres et sonars à balayage latéral. M. Mersch, expert-comptable de la société Sage, interrogé le 6 octobre par Mme Ford et M. Aznar, justifia le montant des indemnités demandées par Saint-Vincent. En réponse à une question, il précisa que certains plongeurs étaient rémunérés par Sage, les autres étant employés par Tupet.

12. L'Espagne cita Mme Martínez de Azagra Garde, conseillère technique à la direction générale de l'énergie et des mines du gouvernement espagnol. Mme Martínez fut interrogée le 8 octobre après-midi par Mme Escobar et M. Weiland afin de préciser les données disponibles aux fins de recherche d'hydrocarbures dans les archives espagnoles. Puis M. Stow, professeur à l'institut d'ingénierie pétrolière à Edimbourg, expert en recherche d'hydrocarbures fut cité le 9 octobre et interrogé par M. Aznar et M. Weiland. Il contesta l'utilité des équipements à bord du « Gemini III » pour la recherche d'hydrocarbures. Il signala en particulier que le pétrole n'avait pas de signature magnétique et que l'équipement en magnétomètres en se justifiait pas. Il s'interrogea sur l'intérêt des recherches entreprises à cette fin par Sage, les possibilités de trouver des gisements exploitables dans la zone étant très faibles à son avis. M. James Delgado, archéologue américain, fut interrogé par M. Aznar et M. Weiland le 9 octobre. Il affirma que les moyens mis en œuvre par Sage étaient ceux d'une recherche archéologique et que la carte de base utilisée aurait fort bien pu être une carte des épaves se trouvant dans la baie de Cadix.

13. Ces longs interrogatoires et contre-interrogatoires permirent aux deux parties de nourrir chacune sa thèse : la recherche d'hydrocarbures pour Saint-Vincent ; le pillage archéologique pour l'Espagne.

14. Saint-Vincent ne se contenta pas de produire des témoignages à l'assertion de ses dires. Les conseils de Saint-Vincent affirmèrent explicitement et de manière répétée que ni M. John Foster, propriétaire de la société Sage, ni M. Mario Avella, son représentant en Espagne, n'étaient intéressés par la recherche archéologique. Leur unique objectif était la recherche d'hydrocarbures.

15. Quelques déclarations actées au procès-verbal des audiences sont significatives à cet égard. Ainsi, le conseil pour Saint-Vincent affirma le 5 octobre 2012 que « ...Ni Mario Avella ni John Foster ne s'intéressait à des « trésors ». Ce qu'ils recherchaient, c'étaient des réserves de gaz en utilisant le sonar à balayage latéral du « Louisa ». Parfois, cet appareil peut permettre de repérer des inégalités sur les fonds marins pouvant présenter un intérêt pour la chasse au trésor. » Le conseil pour Saint-Vincent ajouta : « Pour ma part, je pense que les dirigeants du « Louisa » ont commis l'erreur de passer un contrat avec des chercheurs de trésors

qui leur ont fait valoir que les données que Sage avait l'intention de recueillir sur les fonds marins à proximité de Cadix auraient pu permettre de mettre au jour des trésors. » (*ibid.*).

16. Les conseils pour l'Espagne notèrent que Sage avait conclu un accord avec Tupet, une société dirigée par MM. Valero et Bonifacio, deux personnes ayant une certaine réputation dans les milieux du pillage archéologique. Saint-Vincent affirma que Sage ignorait la nature illicite des activités de Tupet à bord du « Gemini III ». Le représentant de Sage en Espagne, M. Avella, concéda néanmoins que Tupet était intéressé par les « trésors » archéologiques.

La production du contrat Tupet

17. Le texte du contrat Tupet ne fut pas produit par Saint-Vincent au cours de la procédure écrite ou de la procédure orale, alors même que les conseils de Saint-Vincent affirmaient que ses dirigeants étaient exclusivement intéressés par la recherche pétrolière. Il fallut que le Tribunal demande communication du contrat le 11 octobre 2012.

18. Le contrat Tupet fut transmis au Tribunal le 17 octobre 2012, une semaine après la clôture de la procédure orale. L'agent pour l'Espagne reçut le contrat pour observations. Dans un courrier du 18 octobre 2012, l'agent se contenta de déclarer :

En référence à la lettre susmentionnée, je me vois contrainte, en ma qualité d'agent du Royaume d'Espagne, d'exprimer ma ferme opposition aux manœuvres du co-agent de Saint-Vincent-et-les-Grenadines visant de toute évidence à présenter au Tribunal de nouveaux arguments alors que la procédure orale vient de se conclure.

19. L'agent demanda ainsi d'écartier de la procédure une pièce à conviction majeure à l'appui des thèses de l'Espagne, produite à la demande du Tribunal. Elle s'abstint de toute observation sur le fond.

20. Le co-agent et conseil pour Saint-Vincent connaissait parfaitement le contenu et l'importance dudit contrat, comme en témoignent ses déclarations lors de l'ultime plaidoirie orale de Saint-Vincent.

Les termes du contrat entre Sage et Tupet sont très intéressants et je me dois de présenter mes excuses au Tribunal, parce que quand j'ai vu cette question, j'ai alors revérifié nos annexes parce que j'étais certain que nous avions fourni ce contrat. Nous avons en tout cas l'intention de vous présenter le contrat entre Sage et Tupet. Je peux en résumer les principales dispositions. Je ne manquerai pas de donner au Tribunal une copie d'ici à l'audience de demain. Je n'ai pas pu mettre la main dessus dans les dernières minutes avant l'audience d'aujourd'hui.

Essentiellement, le contrat de Sage avec Tupet était un contrat de coentreprise : Sage acceptait d'utiliser le permis de Tupet et le contrat précisait que s'il advenait qu'une épave soit découverte, Tupet prendrait les mesures nécessaires pour obtenir les permis requis par la législation espagnole. Comme vous l'entendrez encore cet après-midi, nous n'avons jamais essayé de cacher que les intérêts de Sage étaient doubles ! Ils avaient cet accord avec Tupet. John Foster est le propriétaire de Sage et s'occupe de prospection pétrolière. Il voit que Tupet a un permis qui permettrait de remorquer des magnétomètres et des sonars dans une des zones les plus prometteuses de la planète concernant le pétrole et le gaz. Ils se sont mis d'accord sur le fait que si Sage trouvait quelque chose, Tupet obtiendrait les permis nécessaires. Je veillerai à vous fournir copie de ce contrat.

Les clauses du contrat

21. L'accord est consacré pour l'essentiel aux conditions dans lesquelles doit se dérouler la recherche d'objets archéologiques et le partage des profits ainsi espérés. De plus, M. Foster s'engage à verser des indemnités mensuelles aux dirigeants de Tupet et à leurs collaborateurs pendant la durée de la campagne.

22. Le texte de l'accord porte uniquement sur la recherche archéologique, comme en témoigne le texte intégral, consultable sur le site internet du Tribunal.² Il n'est pas question de recherche d'hydrocarbures. L'accord est signé personnellement par M. John Foster, le propriétaire de Sage.

23. L'article I, section 1.01., dudit accord stipule, dans le passage pertinent, que la Sage et les prestataires conviennent de mener des activités de recherche et d'exploration sous-marines aux fins d'étudier les formations géologiques marines. Si, au cours des activités de recherche et d'exploration sous-marines, les prestataires et la Sage découvrent fortuitement des objets historiques, épaves ou autres articles de

² Le texte complet de l'accord se trouve sur le site internet du Tribunal : <http://www.itlos.org/index.php?id=148&L=1>

valeur engloutis, les prestataires et la Sage conviennent de demander le rachat de ces articles ou une somme correspondant à leur valeur intrinsèque en vertu de la législation du propriétaire souverain.

24. Si les prestataires et la Sage découvrent fortuitement une épave, les Parties conviennent de récupérer ce navire et toute autre épave découverte pendant l'opération de récupération conformément à la législation du propriétaire souverain des navires. Les prestataires déclarent qu'aucun autre contrat, accord, protocole d'entente ou négociations n'ont été et ne seront conclus avec une quelconque autre personnalité, physique ou morale, en vue de la récupération de ces navires. Les prestataires conviennent de ne pas acquérir, pendant la durée du présent contrat, de droits d'inventeur ou de permis de récupération pour une partie autre que la Sage. Pendant la durée de l'accord, la Sage a le « droit de refus » s'agissant de toute mission de récupération d'épaves, d'objets historiques ou d'autres articles de valeur découverts par les prestataires et la Sage.

25. La section 1.04. de l'accord règle dans le détail la répartition des produits de la recherche archéologique. Rien n'est laissé au hasard. Qu'on en juge :

viii) La Sage et les prestataires conviennent que tous les articles de valeur récupérés, y compris ceux présumés d'origine romaine ou phénicienne ou de toute autre origine étrangère, découverts et identifiés au cours d'une opération de récupération, sont inclus dans la valeur estimative totale aux fins de déterminer la répartition des objets récupérés ou le versement d'une indemnité. Les articles récupérés peuvent comprendre, sans que cette liste soit exhaustive, barres et disques d'or, chaînes en or, pièces d'or de deux, quatre et huit escudos, barres d'argent de diverses dimensions, argenterie et argenterie à filigrane d'or, pièces d'argent d'un, deux, quatre et huit réals, instruments de navigation, pierres précieuses serties ou non [...], bijoux [...], objets religieux [...], canons de bronze, épées, mousquets, dagues et tout autre article de valeur.

26. De surcroît, la section 1.03 précise qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du présent contrat, la Sage convient de verser tous les mois : 3 000 euros à Luis A. Valero de Barnabe Gonzales, 2 500 euros à Claudio Bonifacio, 1 000 euros à chacun des deux assistants pour les tâches accomplies au titre du contrat. Les Parties conviennent d'un taux de change de 1,3 dollar des Etats-Unis pour 1 euro. La Sage paie les prestataires le dernier jour ouvrable de chaque mois.

II. Le cadre juridique

27. Les écarts vis-à-vis des principes éthiques fondamentaux ont été rares jusqu'à ce jour devant les juridictions internationales. Je pense qu'avec la mondialisation et l'ouverture du barreau international, ils risquent d'être plus fréquents à l'avenir. Je reviendrai sur ce point.

Le pouvoir inhérent du Tribunal

28. La première question qui se pose est celle du pouvoir du Tribunal pour se prononcer sur l'affaire. Ce pouvoir est inhérent à toute juridiction. La police de la procédure et de l'audience est nécessaire au bon déroulement des travaux de la juridiction, notamment pour faire respecter le principe de l'égalité entre les parties.

29. Ce pouvoir inhérent des juridictions internationales remonte à loin. Il est affirmé dès l'aube de l'arbitrage international contemporain, dans l'affaire de la *Baie de Fundy* en 1814. Le président du tribunal arbitral demande alors aux agents de s'engager à respecter les principes élémentaires de loyauté ans les débats (Moore, *International Adjudications*, vol. VI, p. 22). Il est réaffirmé lors de l'adoption du statut de la Cour permanente de Justice internationale en 1920. Il est fondé sur les exigences élémentaires d'administration de la justice et la nécessaire police des débats, comme l'a souligné Chester Brown (« The Inherent Powers of International Courts and Tribunals », *BYBIL*, vol. 66 (2005), p. 195-244).

30. La Cour internationale de Justice a constaté ce pouvoir inhérent dans l'*Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)* :

23. A cet égard, il convient de souligner que la Cour possède un pouvoir inhérent qui l'autorise à prendre toute mesure voulue, d'une part pour faire en sorte que, si sa compétence au fond est établie, l'exercice de cette compétence ne se révèle pas vain, d'autre part pour assurer le règlement régulier de tous les points en litige ainsi que le respect des « limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire » de la Cour et pour « conserver son caractère judiciaire » (*Cameroun septentrional, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 29). Un pouvoir inhérent de ce genre, sur la

base duquel la Cour est pleinement habilitée à adopter toute conclusion éventuellement nécessaire aux fins qui viennent d'être indiquées, découle de l'existence même de la Cour, organe judiciaire établi par le consentement des Etats, et lui est conféré afin que sa fonction judiciaire fondamentale puisse être sauvegardée. (arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 259-260)

31. Ce pouvoir n'a jamais été contesté devant les tribunaux internationaux. Il s'agit d'une exigence fonctionnelle sans laquelle l'administration de la justice est inconcevable. Le pouvoir inhérent n'entre en jeu qu'en l'absence de règles plus précises, ce qui est les cas pour un certain nombre de juridictions internationales, dont le présent Tribunal.

32. Ce pouvoir comprend-il celui d'édicter des règles de conduite assorties de sanctions explicites ? La question ne se pose pas d'une manière aussi tranchée. Je constate que les juridictions internationales n'ont pas hésité à adopter des directives de procédure. Ces directives ne sont pas obligatoires. Les parties s'y tiennent cependant, sachant fort bien qu'elles courent des risques à ne pas les suivre.

Le droit applicable

33. Le Statut et le Règlement du Tribunal ne contiennent guère d'indications touchant le respect des règles éthiques par les parties au procès. La situation est comparable à celle de la Cour internationale de Justice ou de la Cour permanente d'arbitrage. En revanche, nombre de tribunaux internationaux spécialisés de création récente ont été dotés de codes de conduite applicables aux avocats et conseils. Il en est ainsi de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour pénale internationale.

34. On notera que, seul parmi les principaux codes de déontologie interne, le code de conduite britannique oblige les membres du barreau britannique à respecter les règles déontologiques énoncées devant les juridictions internationales. Est-ce à dire que les autres avocats ou les conseils non inscrits à un barreau ont toute liberté de conduite ? Sûrement pas ! Pour être affranchis du respect de leurs règles nationales, ils n'en sont pas moins tenus de respecter le code de déontologie propre à la juridiction internationale devant laquelle ils apparaissent. En l'absence d'un tel

code - ce qui est le cas dans la présente espèce -, ils sont tenus de respecter les règles de droit international général qui pourraient leur être applicables.

Les précédents

35. Les précédents internationaux sont intéressants à analyser. Nous nous en tiendrons aux tribunaux internationaux comparables : Tribunal international du droit de la mer ; Cour permanente de Justice internationale ; Cour internationale de Justice ; tribunaux arbitraux interétatiques. Les affirmations erronées ou frauduleuses ne sont pas inconnues des tribunaux internationaux. Je remercie M. Arman Savarian qui m'a permis de consulter les bonnes feuilles de son ouvrage *Professional Ethics at the International Bar*, ouvrage qui doit être publié prochainement par Oxford University Press, pour les précieuses indications et analyses de son ouvrage de référence en la matière.

36. Le problème s'était déjà posé dans l'affaire des *Phoques à fourrure de la mer de Behring*, tranchée par un tribunal arbitral en 1893. Le Gouvernement américain, défendeur, avait transmis un ensemble de documents en langue russe avec des traductions qui avaient enjolivé le texte original au profit de sa thèse. Il semble que cette « falsification », pour reprendre les termes employés par le Royaume Uni, ait eu lieu à l'insu de l'agent des Etats-Unis. La bonne foi du demandeur n'était pas en cause.

37. Dans l'*Affaire franco-hellénique des phares* (arrêt, C.P.J.I., Série A/B n° 62, p. 4), un des agents se référa à un document sans pouvoir attester de l'authenticité de la production. Interrogé par le président, il déclara attacher peu d'importance au document et consentit à le retirer (C.P.J.I., 16° Rapport, série E n° 16, p. 186).

38. La controverse entre le juge Schwebel, ancien président de la Cour internationale de Justice et M. Paul Reichler, l'un des défenseurs de Nicaragua, dans l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis d'Amérique, révèle un incident d'une nature différente. M. Schwebel a récemment accusé le Nicaragua de comportement frauduleux lors de l'instance de 1986. Il a intitulé son article « Fraud to the Court ». L'agent du Nicaragua avait produit un affidavit affirmant que le

Nicaragua n'apportait aucune aide à l'opposition salvadorienne. L'affirmation s'est révélée inexacte plusieurs années après le prononcé de l'arrêt. M. Reichler a contesté l'accusation (*AJIL*, vol. 106, 2012, p. 102-105 (Schwebel), p. 316-321 (Reichler), p. 582-584 (Schwebel et Reichler). Les faits litigieux, ayant été révélés trop tard, la Cour n'a pas pu s'en saisir.

39. Dans l'affaire opposant le Qatar à Bahreïn (*Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40), le Qatar a produit une série de 82 faux documents lors de la procédure écrite à l'appui de ses dires dans l'affaire qui l'opposait à Bahreïn. Bahreïn ayant exposé les faits devant le Président de la Cour, le Qatar a retiré les documents en question. L'incident était donc clos avant l'ouverture de la procédure orale sur le fond. Il semble en l'espèce que les conseils du Qatar n'aient pas été au courant de la fraude. Bahreïn a cependant souligné, lors de la procédure orale, que l'incident avait « pollué » les débats de manière durable (cf. plaidoirie Lauterpacht, 8 juin 2000, p. 11-15 ; *op. ind.* Fortier, p. 452, par. 4.).

40. Ces précédents appellent quelques observations. Il s'agit pour l'essentiel de documents falsifiés ou dont l'authenticité n'a pu être établie. Dans l'affaire des *Phoques à fourrure de la mer de Behring*, dans l'*Affaire franco-hellénique des phares* et dans l'affaire *Qatar/Bahreïn*, la contestation a pu être réglée avant que ne soit close la procédure. Dans l'affaire *Nicaragua/États-Unis*, la fraude alléguée a été découverte une dizaine d'années après le prononcé de l'arrêt et reste contestée par M. Reichler. Ces précédents confirment la compétence inhérente de la juridiction pour se saisir de la difficulté. Mais elles ne donnent guère d'indications sur les règles de droit applicables.

41. La difficulté résulte pour bonne part de la diversité des traditions juridiques nationales et en particulier de l'opposition entre la tradition romano-germanique d'une part, de la common law d'autre part. Certaines règles éthiques sont contradictoires. Il en est ainsi des règles relatives aux relations entre avocats et témoins. Tout contact est interdit avant l'audition des témoins dans la tradition romano-germanique. En revanche, la common law demande à la partie qui appelle un témoin d'indiquer le sens de son témoignage afin de permettre à la partie adverse

de préparer son contre-interrogatoire. Le droit américain exige même le « witness proofing », la préparation des témoins par les avocats. Une telle pratique serait considérée comme un délit pénal en France !

42. L'Association de droit international (I.L.A.) s'est saisie de la difficulté. Le groupe de travail constitué par l'Association a rédigé un ensemble de règles minimalistes publiées en 2010 sous l'appellation « Principes de La Haye ». Ces principes applicables aux avocats et conseils font suite aux « Principes de Burgh House » rédigés à l'intention des tribunaux internationaux et de leurs magistrats. Les principes énoncés sont utiles. On ne saurait les considérer comme obligatoires en soi. Certaines règles énoncées sont fort précises. D'autres relèvent de principes généraux communs aux grands systèmes juridiques internationaux. Il appartient aux diverses juridictions internationales de puiser dans ces règles et principes les éléments éventuels de codes de bonne conduite dont elles pourraient se doter.

43. En attendant et en l'absence d'un tel code dans le cas du Tribunal, est-ce à dire qu'aucune règle de droit international n'est applicable ? L'article 293 de la Convention sur le droit de la mer enjoint au Tribunal d'appliquer « ... les dispositions de la Convention et les autres règles de droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énonce les règles à appliquer et, parmi celles-ci, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. » (art. 38.1.c). Certains de ces principes éthiques se retrouvent dans tous les grands systèmes juridiques mondiaux.

44. Le Conseil des barreaux européens (CCBE) a adopté un ensemble de dispositions pertinentes pour notre affaire. Le CCBE rassemble les barreaux et sociétés juridiques (Law Societies) relevant des deux grandes traditions évoquées. Il présente les règles applicables dans deux documents distincts : une Charte des principes essentiels de l'avocat européen ; un Code de déontologie des avocats européens.

45. La distinction est significative. Le Code de déontologie comprend un ensemble de règles précises sur lesquelles les barreaux intéressés se sont mis d'accord. En revanche, les principes essentiels, de nature plus large, sont constatés

et proclamés. « Il existe des principes essentiels qui, même exprimés de manière légèrement différente dans les différents systèmes juridiques, sont communs à tous les avocats européens ... Les avocats européens sont soumis à ces principes qui sont essentiels à la bonne administration de la justice, à l'accès à la justice et au droit à un procès équitable ... Dans l'intérêt général, les barreaux, les cours et tribunaux, les législateurs, les gouvernements et les organisations internationales doivent faire respecter ces et protéger ces principes essentiels. »

46. Le principe « i » de la Charte des principes essentiels du C.C.B.E. décrit l'avocat comme « organe » ou « auxiliaire de la justice » (« officer of the court » dans le texte anglais) et précise qu'un avocat ne doit jamais fournir consciemment aux cours et tribunaux des informations erronées ou induisant en erreur.

47. Ce principe n'est pas spécifiquement européen. Il se retrouve dans tous les codes de conduite évoqués, qu'il s'agisse de l'International Bar Association, des « Principes de La Haye » de l'Association de droit international, des codes de bonne conduite de la Cour pénale internationale, etc. Il s'agit bien là d'un principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, applicable comme tel à la présente affaire.

Les agents

48. De tels principes s'appliquent-ils aux agents et co-agents, ou aux seuls avocats et conseils ? L'agent étant le représentant de l'Etat souverain, est-il concevable qu'il se retrouve sous la coupe d'une juridiction dont la compétence dépend du consentement dudit Etat ? La plupart des juridictions qui sont dotées d'un code de conduite distinguent le cas des agents de celui des avocats et conseils. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme exige des avocats et conseils qu'ils soient membres d'un barreau. Mais l'exigence ne s'étend pas aux agents, dont le choix est librement décidé par l'Etat souverain. Devant les juridictions internationales à caractère général, tels ce Tribunal ou la Cour internationale de Justice, la liberté de désignation des conseils et agents par les Etats souverains sans qualification particulière est la règle.

49. Si cette asymétrie dans la position respective des agents et des avocats et conseils se conçoit pour l'exigence de qualification des représentants de l'Etat devant certaines juridictions, il n'en est pas de même une fois le procès engagé. Car le principe dominant devient celui de la stricte égalité entre les parties. Lorsqu'il s'agit d'une juridiction interétatique, comme dans le cas présent, le respect de la souveraineté d'une partie trouve sa limite dans l'atteinte à l'égalité des droits – et donc à la souveraineté – de l'autre partie. L'observation vaut en particulier pour le respect des principes éthiques fondamentaux. Au demeurant, je n'ai pas connaissance d'une déclaration quelconque par laquelle un Etat souverain affirmerait pouvoir s'affranchir de ces règles fondamentales. Au contraire, on l'a vu à propos de l'arbitrage rendu en 1814 dans l'affaire de la *Baie de Fundy*, les agents des Etats n'ont pas hésité à prêter serment de loyauté au président de la juridiction arbitrale.

50. L'application des principes éthiques et des codes de conduite aux agents et co-agents s'impose d'autant plus aujourd'hui que la mondialisation a changé la donne. Alors que le contentieux international était limité à un petit nombre d'affaires portées en arbitrage international ou devant le Cour de La Haye, les agents, diplomates représentant leurs Etats, avaient un profil bien déterminé. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. La prolifération des tribunaux internationaux, la diversification des contentieux, ont ouvert la justice internationale et élargi le barreau international de manière substantielle. L'agent n'est plus toujours tenu, dans les faits, par le lien de subordination à l'autorité publique souveraine qui caractérisait sa situation naguère. Les contentieux de caractère mixte, semi publics, semi privés, se multiplient. Agents et co-agents sont souvent des représentants d'une personne privée agissant dans la fiction d'un contentieux intergouvernemental et d'une protection diplomatique en feuille de vigne.

51. Le phénomène est marqué en droit de la mer avec le développement des pavillons de libre enregistrement, ou « pavillons de complaisance ». L'Etat de libre enregistrement qui attribue son pavillon se désintéresse souvent de la suite des événements et notamment du contentieux international qui pourrait survenir à l'occasion. La Convention sur le droit de la mer a pris acte de cette réalité dans la procédure de prompt mainlevée. L'article 292, paragraphe 2 dispose que « la

demande de mainlevée ou de mise en liberté ne peut être faite que par l'Etat du pavillon ou en son nom. ». La formule vise le cas des Etats de libre enregistrement, afin de permettre à l'armateur d'agir en justice « au nom » de l'Etat du pavillon, pour faire valoir ses droits et ceux de l'équipage.

52. Dans le cas présent, il est peu probable que les autorités de Saint-Vincent aient suivi de près le déroulement de l'affaire du « Louisa ». L'agent ne s'est pas présenté à l'audience. La co-agente, ressortissante de Saint-Vincent, s'est retirée en milieu de procédure orale. Le poids de la procédure, tant écrite qu'orale, a été assumé par l'autre co-agent, un avocat américain, avocat par ailleurs de M. John Foster, le propriétaire du navire.

53. Les difficultés que pose ce type de représentation ne sont pas nouvelles. Dans l'affaire du « *Grand Prince* » (*Belize c. France*), *prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2001*, p. 17. Cf. *op. ind. Laing et décl. Cot*), le Tribunal avait eu à connaître d'une difficulté du même ordre. La représentativité de l'agent n'était pas évidente. Les départements ministériels de Belize semblaient avoir des vues différentes sur la conduite de l'affaire. Mais il n'était pas question d'un éventuel manquement aux principes éthiques fondamentaux.

Un code de conduite ?

54. La mondialisation de la justice internationale doit être saluée comme un progrès. La multiplication et la diversification des contentieux internationaux traduit une volonté de régler les différends internationaux et transnationaux par application de la règle de droit. L'élargissement du barreau international renouvelle heureusement une représentation de qualité, mais très limitée, celle du « barreau invisible » de naguère.

55. Mais le changement de donne conduit à un changement de l'encadrement normatif dans le cadre du procès international. Les objections faites naguère à la formulation explicite de codes de conduite valaient pour le « barreau invisible » (cf. par exemple Berman *in* Zimmerman et al., *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (2006), Art. 42, p. 975-976). Ces objections ne tiennent plus

face à la présence, à la barre, d'avocats spécialisés en droit interne, mais souvent ignorants des règles spécifiques du procès international.

56. On peut regretter que le « barreau international » ne soit pas doté d'un ordre professionnel ou d'une instance disciplinaire à laquelle soumettre ce type de problème. L'absence de code de conduite énonçant clairement les règles à respecter complique la situation. Les tribunaux interétatiques tels que la Cour internationale de Justice, ce Tribunal ou les tribunaux arbitraux n'ont aucun pouvoir explicite pour faire prévaloir les principes élémentaires reconnus dans tous les systèmes juridiques internes, alors même qu'un principe aussi essentiel que celui de l'égalité entre les parties est mis à mal par des manœuvres contestables.

57. La difficulté n'est pas juridique, mais politique. J'estime que les pouvoirs inhérents de la juridiction l'autorisent à adopter un code de conduite et donc à signifier clairement aux parties les normes applicables dans la conduite du procès. L'existence d'un code de conduite formelle présenterait des avantages importants. Quant à la procédure applicable, elle permettrait de clarifier la situation en optant pour des règles formelles identifiables.

58. Ainsi, la procédure internationale, on le sait, est de nature accusatoire et non inquisitoire. Mais les règles relatives à l'interrogatoire des témoins sont floues. Elles s'inspirent des règles de la common law, mais sans participer de leur rigueur. Lorsqu'un conseil pose une question suggestive (« leading question »), il est tenu de la reformuler en droit anglo-saxon. Il n'en est pas nécessairement ainsi devant une juridiction internationale. Juges et avocats ne sont pas toujours au courant des subtilités de la procédure. Dans la présente affaire du « *Louisa* », la partie espagnole n'a jamais remis en cause la formulation des questions par le conseil américain, sauf lorsqu'elle estimait que l'honneur du Royaume était en cause ... Une telle asymétrie profite évidemment à la partie qui maîtrise totalement la technique de la procédure accusatoire.

59. La résistance est cependant grande à l'adoption d'un code de conduite par les juridictions interétatiques. Les Etats parties y voient une possible atteinte à leur droit souverain de conduire le procès à leur guise. Je crois l'appréciation erronée en

raison de la mondialisation de la justice internationale et de son contentieux. Les Etats devraient plutôt se sentir rassurés par l'existence de règles du jeu explicites qui les mettent à l'abri d'éventuelles manœuvres dolosives. Il faut néanmoins prendre acte de cette résistance actuelle.

60. L'absence de codification ne dispense pas, on l'a vu, du respect des principes éthiques fondamentaux. Elle complique cependant l'application de ces principes. Quant à la procédure, il faut se résigner à de petits arrangements organisés par le président de la juridiction s'il en est temps. A défaut, des décisions peuvent être prises sans avoir été précédées par un débat contradictoire en bonne et due forme, permettant aux parties de s'expliquer sur le manquement allégué. C'est le cas dans la présente affaire, ou ledit manquement supposé a été révélé après la clôture de la procédure orale.

61. La situation est regrettable pour toutes les parties en cause. La partie lésée par l'éventuel manquement ne dispose pas d'une claire possibilité de recours et ne peut donc préciser ses griefs. La partie critiquée pour un éventuel manquement ne peut se justifier. La juridiction se trouve dans une situation embarrassante. Elle est privée de la possibilité d'établir avec certitude la réalité du manquement apparent ou allégué.

62. L'absence de codification complique aussi la question des sanctions. Les codes de bonne conduite adoptés par les juridictions spécialisées comprennent non seulement une procédure particulière, mais une gamme de sanctions. Rien de tel en l'absence d'un texte formel. La juridiction ne peut donc choisir une sanction formelle adaptée à la gravité du manquement considéré.

Les sanctions

63. En l'absence d'un code de conduite signifié préalablement aux parties, il est difficile d'imposer des sanctions formelles. La violation des principes fondamentaux, lorsqu'elle est attestée, n'est pas sans conséquences pour autant. Il y a un prix à payer. Le manquement pèse sans conteste sur le délibéré. Il entache la crédibilité des affirmations avancées. Si ce manquement est relevé par la juridiction

concernée, il porte atteinte à la réputation des conseils responsables dans le petit monde de la justice internationale.

64. D'autres sanctions informelles peuvent être envisagées. Un recours peut être intenté devant la juridiction ordinaire nationale. La formule est prévue dans certains codes de conduite, à la demande de la partie lésée. On peut estimer que cette possibilité entre dans le cadre des compétences inhérentes de la juridiction internationale. L'Etat dont le conseil a mis en péril la cause par un manquement aux principes fondamentaux peut lui-même exercer un recours pour faute devant ses propres tribunaux. Il en est de même pour le particulier sujet de la protection diplomatique. Il peut fort bien introduire une instance en réparation du dommage causé du fait du recours à des pratiques dolosives, ayant eu pour conséquence le débouté ou la condamnation dans l'instance principale du fait de la faute lourde (Sarvarian, *op. cit.*).

65. En l'absence d'un code de conduite en bonne et due forme, il s'agit néanmoins d'un ensemble peu satisfaisant de palliatifs. Il est à souhaiter que vienne le temps où les juridictions interétatiques à vocation générale adopteront des règles claires dans un code de conduite, plutôt que de s'en tenir à l'application, au coup par coup, de principes fondamentaux incontestables mais imprécis du fait même de leur généralité.

66. Le juge se prononce à un moment donné. Il met en œuvre les instruments à sa disposition. Au moins les juridictions internationales doivent-elles avertir les plaideurs de l'existence d'un corps de principes fondamentaux dont elles ont pour charge d'assurer le respect. L'inscription dans les directives de plaidoirie de ce Tribunal d'une référence à ces principes serait une mesure modeste et utile : modeste, puisque les directives n'ont pas de caractère formellement obligatoire ; utile, afin qu'agents et conseils sachent que le manquement aux principes éthiques fondamentaux implicites dans toute procédure judiciaire n'est pas sans conséquence.

III. Fraude ou pas fraude ?

67. On a noté que, dans la plupart des précédents évoqués devant les juridictions internationales, la difficulté avait pu être réglée en cours de procédure sous l'autorité du président. Il n'en est pas de même dans la circonstance présente. Le problème a été révélé après la clôture des débats, empêchant de ce fait le président du Tribunal de trouver une solution. En vérité, il aurait fallu rouvrir les débats pour permettre aux deux parties de s'expliquer sur les dispositions du contrat, c'est-à-dire recommencer la procédure orale, ce qui n'était pas envisageable.

Les apparences

68. Comme l'a rappelé l'Association de droit international dans ses « Principes de La Haye relatifs aux règles éthiques applicables aux conseils plaidant devant les cours et tribunaux internationaux » (2010) :

Un conseil se doit de présenter les éléments de preuve de manière raisonnable et équitable. Il s'abstiendra de présenter ou de se fonder sur des éléments de preuve dont il ou elle sait ou a quelque raison de croire que ces éléments sont faux ou de nature à induire en erreur.

69. Les apparences plaident pour la fraude. Il se peut que certains conseils de Saint-Vincent aient été tenus dans l'ignorance du contrat. Mais le co-agent était parfaitement au courant du contenu de l'accord conclu entre Sage et Tupet. Il en a fait état au dernier jour des plaidoiries orales de Saint-Vincent.

70. Que nous dit le contrat Tupet, découvert par hasard par le Tribunal (« by happenstance », pour reprendre une expression utilisée par le les rédacteurs dudit contrat) ? Il établit que les conseils de Saint-Vincent ont sciemment développé, tout au long de la procédure orale, une thèse qu'ils savaient pertinemment être fausse. Ils ont tenté de faire accroire au Tribunal que les dirigeants de Sage n'étaient pas intéressés par la recherche archéologique et que l'objet unique de la campagne du « Gemini III », à leurs yeux, était la recherche d'hydrocarbures.

71. Or le texte du contrat, consacré exclusivement à la recherche archéologique dans la baie de Cadix et au partage des bénéfices entre la société Sage et la société Tupet, est signé personnellement par M. John Foster. Celui-ci s'engage à rémunérer ses associés, MM. Valerio et Bonifacio, ainsi que leurs employés, de manière substantielle par des versements mensuels. Il met à leur disposition un matériel affecté à cette recherche.

Conséquences sur le déroulement de la procédure

72. En l'espèce, il semble que les conseils de Saint-Vincent aient tenté sciemment d'induire le Tribunal en erreur. De plus, ils ont gravement déséquilibré les débats et porté atteinte au principe de l'égalité entre les Parties. Nul doute que, si les conseils de l'Espagne avaient eu connaissance des termes de l'accord conclu entre Sage et Tupet, ils auraient organisé différemment leurs plaidoiries et notamment le contre-interrogatoire des témoins produits par Saint-Vincent.

73. Dans sa déclaration, le co-agent de Saint-Vincent ne fait pas état des indemnités mensuelles versées par Sage à MM. Valero de Barnabe Gonzalez, Bonifacio et leurs assistants. Le détail a son importance, car il indique le lien établi entre les deux parties au contrat au sujet de la recherche d'objets archéologiques. Ces indemnités importantes indiquent au minimum un lien de collaboration active entre M. Foster et MM. Valerio et Bonifacio dans la campagne de fouilles archéologiques sous-marines, sinon un lien de subordination des seconds au premier.

74. Le contrat n'a pas été transmis avant l'audience du lendemain, ce qui aurait permis à la partie adverse d'y répondre dans le cadre de la procédure orale. Il a été transmis une semaine plus tard, alors que la procédure était close.

75. Dans la lettre d'envoi du contrat Tupet, datée du 17 octobre 2012, l'agent adjoint précise que le contrat contient de nombreuses références à la découverte fortuite d'une épave (« happenstance discovery of a shipwrecked vessel »), au droit d'inventeur, au « droit de refus », etc. Il en déduit curieusement que le propriétaire

du navire pouvait donc croire que le permis Tupet couvrait la « collection de données ». Il est difficile de croire qu'un homme d'expérience comme M. Foster, ayant engagé des sommes substantielles dans l'affaire, n'ait pas vérifié l'existence ou non des permis nécessaires. Au demeurant, les références répétées dans le contrat aux découvertes « fortuites » indiquent bien la nature de l'opération : si une découverte est dévoilée, elle aura été le fait du hasard et non d'une recherche dûment autorisée par les autorités compétentes...

76. De son côté, le Tribunal n'a pas pu éclaircir la question comme il le souhaitait. Un juge posa une question sur le statut des plongeurs se trouvant à bord du « Gemini III » : étaient-ils employés par la société Sage ? Par la société Tupet ? Par les deux ? Si le Tribunal avait eu connaissance du contrat Tupet, le juge aurait certainement élargi la question et demandé si les clauses du contrat prévoyant la rémunération mensuelle des dirigeants de Tupet par Sage avaient été exécutées et pourquoi. Les débats auraient pris un tour différent.

77. La production tardive du contrat Tupet, après la clôture de la procédure orale, a complètement déséquilibré les débats sur la question fondamentale de la nature des activités menées par Sage dans la baie de Cadix et, par conséquent, le bien-fondé des poursuites engagées par les autorités judiciaires espagnoles. Si le contrat Tupet avait été produit en temps utile, c'est-à-dire lors de la procédure écrite, il aurait donné lieu à un débat contradictoire permettant d'en mesurer l'importance et les conséquences.

78. Alors, fraude ou pas fraude ? Le Tribunal, dans sa sagesse, s'est borné à regretter la production tardive du contrat Tupet et à rejeter la demande de Saint-Vincent (paragraphe 47 de l'arrêt). Il pouvait difficilement aller plus loin en l'absence d'une procédure contradictoire organisée pour permettre au co-agent de Saint-Vincent de s'expliquer sur la stratégie adoptée. Rouvrir les débats était peu concevable, d'autant que la partie adverse, l'Espagne, n'avait pas réagi au contenu du contrat et n'avait demandé aucune mesure particulière au Tribunal.

79. On se bornera donc à regretter que cette affaire ait pollué la procédure, « polluted the case », pour reprendre l'expression de sir Elihu Lauterpacht dans l'affaire *Qatar/Bahreïn*.

(signé)
Jean-Pierre Cot

SEPARATE OPINION OF JUDGE KATEKA

1. I have voted in favour of the Tribunal's finding that it has no jurisdiction to entertain the Application filed by Saint Vincent and the Grenadines. Nevertheless, I do not share the reasoning of the Tribunal, in particular concerning its consideration of article 300 of the Convention.

General remarks

2. The Tribunal as a court of law has the duty of dispensing justice to the litigants in accordance with the Convention, the Tribunal's Statute and the Rules of Procedure. This mandate cannot be abdicated by the Tribunal using technicalities to avoid pronouncing itself on important issues concerning the interpretation of the Convention, including article 300. In this regard, it is recalled that in the first case on the merits before the Tribunal, namely, the *M/V "Saiga" (No. 2) Case*, technical difficulties did not prevent the Tribunal from administering justice. In spite of some doubts about the registration of the Saiga at the time of its arrest, the Tribunal went ahead and dealt with the merits of the case in order to avoid far-reaching consequences for persons who had suffered loss as a result of the measures taken by the respondent State. The Tribunal concluded: "in the particular circumstances of this case, it would not be consistent with justice if the Tribunal were to decline to deal with the merits of the dispute" (*M/V "SAIGA" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999*, p.10, at p. 39, para. 73, sub-para. (d)).

3. The Tribunal should have been consistent with this jurisprudence including that of another of its cases where it stated that "[t]he Tribunal possesses the right to deal with all aspects of the question of jurisdiction, *whether or not they have been expressly raised by the parties*" (emphasis added) ("*Grand Prince*" (*Belize v. France*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2001*, p. 17, at p. 41, para. 79). Furthermore, article 288, paragraph 4, of the Convention provides for inherent power for the Tribunal: "[i]n 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". Thus in

not following its jurisprudence and the relevant Convention provisions, the Tribunal has exercised too much caution. I regret that the Tribunal has chosen to ignore its case law and the Convention in the present case.

4. I am in agreement with the Tribunal's procedural approach to the consideration of the present case under two aspects. The first aspect relates to the claim by Saint Vincent and the Grenadines on the basis of articles 73, 87, 226, 227 and 303 of the Convention. In my view, the Applicant has failed to establish its claims based on the articles invoked. On the other hand, the Respondent has argued its case convincingly to show that there is no dispute on the basis of these articles.

5. The Tribunal, after discussing each of the above articles, concludes that none can serve as a basis for the claims of the Applicant in respect of the detention of the M/V "Louisa" and its crew. The Tribunal also considered articles 245 and 304 of the Convention, although these articles were not included in the final submissions of the Applicant. Here too the Tribunal concludes that article 245 cannot serve as a basis of the Applicant's claims and that article 304 would arise only if the Tribunal were to hold that it had jurisdiction to deal with the merits of the case. I concur with the Tribunal's reasoning on these articles. I agree with the Tribunal that on the basis of the above articles the Applicant has not established any link of the articles with the facts of its claim.

6. Nonetheless, I believe that as this is the first time that the Tribunal has to pronounce itself on the question of the existence of a dispute in a merits case, it would have been helpful and logical for the Tribunal to spell out clearly its position at the outset. It should not have waited until the second stage when considering article 300. The question should have been considered fully in the first aspect of the case so that this analysis of the issue of the existence of the dispute applies to both aspects of the case. For example, the Tribunal should have dealt with the issue of the existence of a dispute at the date of the Application – should this be on the exact date of the submission of the dispute or around that date? Should the subject matter of the dispute on the interpretation or application of the Convention be determinative of the question rather than the date? What are the documents to be relied upon by the Tribunal concerning the evidence of the existence of a dispute?

7. As the Tribunal relies on the jurisprudence of the International Court of Justice (the ICJ) on its treatment of the subject and existence of the dispute, it may be pertinent to draw attention to the case *Concerning application of the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011*. The joint dissenting opinion of five judges criticised certain aspects of the ICJ's findings as being "at variance with the Court's most recent jurisprudence" (para. 16). Given this scenario of some inconsistency in the jurisprudence on the matter, the Tribunal would have helped to clarify matters by mapping out its position concretely in order to develop a consistent jurisprudence of its own.

8. Before dealing with the second aspect of the case, let me state that the consideration of the case under two aspects creates a dilemma for me. While I agree with the Judgment on the first aspect of the case, I do not agree with the second aspect, as will be shown below. Since the *dispositif* combines both aspects of the case, it was difficult for me to take a position on the matter.

Article 300

9. The second aspect of the case concerns "the applicability of article 300 of the Convention to the facts and circumstances of this case" (Judgment, para. 126). It is on this article that I differ with the Tribunal's approach and reasoning. In this regard, what the Tribunal says about article 300 is as interesting as for what it remains silent about.

10. The Tribunal cites extensively the arguments of the parties on article 300 (Judgment, para. 127ff). After citing a dozen paragraphs, the Tribunal changes track when it states that "[b]efore examining whether article 300 of the Convention applies to the facts of this case, the Tribunal wishes to examine the argument advanced by Spain that Saint Vincent and the Grenadines is trying to change the nature of the dispute into one quite different from that set out in its Application" (Judgment, para. 138).

11. The Tribunal agrees with Spain that reliance on article 300 of the Convention “generated a new claim in comparison to the claims presented in the Application; it is not included in the original claim” (Judgment, para. 142). The Tribunal refers to its own Statute and Rules as well as the case law of the ICJ that a dispute brought by Application cannot be transformed into another dispute which is different in character. The Tribunal then concludes that article 300 of the Convention cannot serve as a basis for the claims of the Applicant and 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 case before it” (Judgment, para. 151).

12. I do not share the Tribunal’s view that the invocation of article 300 of the Convention by the Applicant is tantamount to a new claim. In my view, it is an additional claim. The ICJ’s jurisprudence on the matter of a new claim shows that “an additional claim must have been implicit in the application or must arise directly out of the question which is the subject-matter of the Application” (*Phosphate Lands in Nauru* case, para. 67). It may be observed that neither in the Statute nor in the Tribunal’s Rules is there a provision which forbids a party to amend its claim up to the stage of its final submissions. If anything, the Rules by inference seem to allow such modification or amendment of the pleadings. Article 62, paragraph 4, can be cited in this connection.

13. The institution of proceedings is governed by procedural rules of the Tribunal. Article 54 paragraph 2 of the Rules states: “[t]he application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Tribunal is said to be based; it shall also specify the precise nature of the claim, together with a succinct statement of the facts and grounds on which the claim is based”. The expression “as far as possible” implies a less than absolute threshold. It is recalled that the origin of the case lies in the detention of the M/V “Louisa” and its crew. While Spain maintains that the dispute centres on the crime of damaging Spanish historical patrimony, Saint Vincent and the Grenadines contends that the boarding and detention of the M/V “Louisa” was unlawful and that this is the core of the dispute, including the detention of the crew and abuse of their human rights. The theme of the treatment of the crew and abuse of the human rights of Mario and Alba Avella is spelt out by the

Applicant from the start of the case i.e. at the submission of the Application. The Tribunal in spite of concluding that it has no jurisdiction in the case, has deemed it important to make an *obiter dictum* on the requirement of “States to fulfil their obligations under international law, in particular human rights law, and that considerations of due process of law must be applied in all circumstances” (Judgment, para. 155). This strand on the treatment of the crew and the Avellas is the genesis of the reliance on article 300 by the Applicant. It fulfils the requirement of “a link between the facts advanced by Saint Vincent and the Grenadines and the provisions of the Convention” (Judgment, para. 99), namely reliance on article 300 in this case. It is thus surprising to see that the Tribunal which went ahead and decided the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case* because of concern about the suffering of persons involved has in the present case acted contrary to its own jurisprudence.

14. It bears emphasizing that I am of the view that invocation of article 300 (good faith and abuse of rights) was implicit in the Application and that it arose in the context of the detention of the *Louisa* and the treatment of the crew. In its statement of facts (chapter 2 of the Applicant’s Request for the prescription of provisional measures), it is stated that “[t]his Request for provisional measures is made in conjunction with an Application to determine a dispute on the merits”. Hence the details in the Request “are adopted by reference as if fully set forth” in the Application instituting proceedings before the Tribunal (see letter dated 23 November 2010 by the Agent of Saint Vincent and the Grenadines to the Tribunal’s Registrar). The Applicant further states that “[t]he Annexes provided with the said Request are respectfully adopted herein and incorporated by reference” (attention is drawn to Annex 8 of the Request). Thus it can be concluded that the Applicant’s detailed Request for provisional measures should be read as if it is incorporated into the Application. Indeed it was this Request cum ‘incorporated Application’ that prompted Spain in its Written Response to the Request to remark that “the principle of good faith plays an important role”. In the same document Spain observes that good faith has not governed the attitude of Saint Vincent and the Grenadines (chapter 3 of the Written Response, para. 47). Spain also in paragraph 75 of the same document cites expressly article 300. Thus it can be concluded that article 300 was invoked by inference in the Application and that “the claim is closely related to the matrix of fact

and law” (*Phosphate Lands in Nauru* case, para. 63) related to the arrest and detention of the M/V “Louisa”.

15. Furthermore, in its written pleadings, Spain accuses Saint Vincent and the Grenadines of “abuse of process” (Counter-Memorial, para. 187); the evidencing by the Applicant in the Application of “an abuse of rights in the sense of article 300” (Counter-Memorial, para. 189); Spain also accuses Saint Vincent and the Grenadines of bad faith by neglecting to exchange views on its claim (Rejoinder, para. 58). All this goes to show that the invocation of article 300 of the Convention by the Applicant during the oral proceedings was not new. In any case, during the oral proceedings, Spain participated fully in the discussion of article 300. In fact Spain stated that it did not object to the application of article 300. Its only reservation was that article 300 did not have a life of its own.

16. In a remarkable way, the Tribunal agrees with the contention of Spain when “[t]he Tribunal finds that it is apparent from the language of article 300 of the Convention that article 300 cannot be invoked on its own” (Judgment, para. 137). The Tribunal then adds that “[i]t becomes relevant only when ‘the rights, jurisdiction and freedoms recognised’ in the Convention are exercised in an abusive manner” (ibid). Having avoided pronouncing itself on the applicability of article 300, the Tribunal makes this categorical assertion without any attempt to explain or elaborate on what it means. It is regrettable that the Tribunal has thus missed an opportunity to interpret article 300 of the Convention. I believe that the Tribunal should have analysed article 300 in detail in order to bring clarity to this article which raises cross-cutting issues. It would have helped the parties and the international community if the Tribunal had expanded on its statement that article 300 cannot be invoked on its own. For example, the Tribunal should have examined questions such as whether there is another provision in the Convention that could have been invoked together with article 300 to establish jurisdiction. The Tribunal should also have interpreted the meaning of the phrase “... shall exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognised in this Convention in a manner which would not constitute an abuse of right”. This phrase is compact and full of meaning and would have needed elucidation, especially when the examination of the *travaux préparatoires* of article 300 does not shed much light on this matter. The *travaux* in fact shows that there are

highly subjective elements in article 300 which are compensated by subjecting the article to the provisions of Part XV for the settlement of disputes.

Other issues

17. The Tribunal, in view of its finding that it has no jurisdiction *ratione materiae* to entertain the case before it, then concludes that it is not required to deal with the question of the obligation under article 283 of the Convention to exchange views. The Tribunal having reached a mistaken finding that there is no dispute between the parties has thus missed an opportunity to consider article 283 of the Convention. The parties in their pleadings referred to this article in great detail, although one party regarded it as a question of admissibility. The Tribunal has dealt with this article in its case law as a question of jurisdiction.

18. My final point is on paragraph 47 of the Judgment where, “[t]he Tribunal notes with regret” that a copy of the Agreement for the Exploration and Study of Marine Geological Formations between Sage Maritime Scientific Research Inc., and Tupet Sociedad de Pesca Maritima SA was not provided by the Applicant until after a request was made by the Tribunal. On this matter, I am of the view that the extensive quotations in paragraph 47 not only go into the merits but are also out of place. When dealing with inter-state litigation, a court or tribunal should approach with caution matters that may seem to criticise the parties. The sovereignty of States and equality of treatment of the parties should be respected. The Tribunal should avoid subtle comments which impinge on the sovereignty of States by seeming to censure counsel who act on behalf of the parties. Parties are under obligation to respect and adhere to the Tribunal’s procedures and guidelines and they normally do so.

(signed)

James L. Kateka

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BOUGUETAIA

1. En rédigeant ces quelques lignes, il n'est nullement dans mon intention de me démarquer de l'arrêt rendu par le Tribunal ni de remettre en cause ma décision de voter pour sa décision finale.

2. Il est évident que dans une affaire comme celle-ci il était difficile au Tribunal de faire l'unanimité autour de sa décision : la meilleure preuve en est le nombre d'opinions dissidentes ou individuelles qui ont été exprimées par les juges.

3. Mon opinion individuelle portera essentiellement sur le contenu du paragraphe 154 de l'arrêt et de sa relation avec l'article 300 de la Convention.

4. J'éprouve en effet quelques difficultés à suivre la logique du paragraphe 154 de l'arrêt, qui intervient juste après les paragraphes 151 et 153. Mais, avant d'aborder ces questions au fond, il me semble qu'un bref rappel de la procédure permettra au lecteur de mieux comprendre mes propos.

5. L'*Affaire du navire « Louisa »* (Affaire No. 18) opposant Saint-Vincent-et-les Grenadines au Royaume d'Espagne a fait l'objet de deux examens par le Tribunal international du droit de la mer.

6. Dans un premier temps, le Tribunal a eu à se prononcer sur une demande de mesures conservatoires présentée par Saint-Vincent-et-les Grenadines à l'issue de l'examen de laquelle il a adopté l'ordonnance du 23 décembre 2010 (*TIDM Recueil 2008-2010*, p. 69, par. 69). Le Tribunal a retenu sa compétence « *prima facie* » en faisant valoir « 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 ». En retenant sa compétence *prima facie*, le Tribunal a précisé dans son ordonnance qu'il considérait

que la présente ordonnance ne préjuge en rien de la question de la compétence du Tribunal pour connaître du fond de l'affaire, ni d'aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'elle laisse intact le droit de Saint-Vincent-et-les Grenadines et de l'Espagne de faire valoir leurs moyens en ces matières (*Ordonnance du 23 décembre 2010, TIDM Recueil 2008-2010, p. 70, par. 80*).

Ce faisant, le Tribunal a confirmé l'approche qu'il avait déjà retenue dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (ordonnance du 11 mars 1998, TIDM Recueil 1998, p. 39, par. 45)*.

7. Après avoir examiné les écritures et entendu les plaidoiries des Parties, le Tribunal a, à l'issue de son examen de l'affaire au fond, conclu

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 compétence ratione materiae pour connaître de l'affaire dont il est saisi* (les italiques sont de l'auteur) (arrêt du 28 mai 2013, par. 151).

8. Et au Tribunal d'ajouter que « puisqu'il n'a pas compétence pour connaître de la requête, le Tribunal *n'est pas tenu d'examiner les autres exceptions à sa compétence ou à la recevabilité des demandes de Saint-Vincent-et-les Grenadines* » (les italiques sont de moi) (arrêt du 28 mai 2013, par. 153).

9. Cependant, au paragraphe suivant (par. 154 de l'arrêt), le Tribunal considère, que

[b]ien qu'il ait conclu qu'il n'avait pas compétence pour connaître la présente affaire, le Tribunal se doit de noter les problèmes relatifs aux droits de l'homme exposés aux paragraphes 59, 60, 61 et 62.

Les paragraphes 59, 60 et 62 portent précisément sur la manière dont les autorités espagnoles ont exercé leur compétence en matière pénale à l'égard des personnes concernées, et notamment en ce qui concerne les conditions de détention de ces dernières, leur traitement après leur mise en liberté et le retard indu avec lequel certaines d'entre elles ont été officiellement inculpées.

10. En effet, nous estimons qu'à partir du moment où le Tribunal a déclaré son incompétence à connaître de l'affaire, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens relevés par les Parties.

11. Le Tribunal lui-même l'affirme dans le paragraphe 153 de l'arrêt « [p]uisqu'il n'a pas compétence pour connaître de la requête, *le Tribunal n'est pas tenu d'examiner les autres exceptions à sa compétence ou à la recevabilité des demandes de Saint-Vincent-et-les Grenadines* » (les italiques sont de moi).

12. Dans le paragraphe suivant (154), le Tribunal juge utile de « noter les problèmes relatifs aux droits de l'homme exposés aux paragraphes 59, 60, 61 et 62 », par conséquent le Tribunal se réfère à ce que Saint-Vincent-et-les Grenadine dénonce comme une atteinte aux droits de l'homme, aux principes élémentaires d'humanité et aux principes d'une procédure régulière. Or, quand le Tribunal a statué sur sa compétence, la procédure est close et la « porte est fermée » à toute autre prétention. C'est la règle en la matière. J'éprouve de grandes difficultés à accepter ce paragraphe 154, même si je partage profondément l'indignation du Tribunal que je considère pourtant quelque peu vaine en la circonstance.

13. Au paragraphe 154, le Tribunal me semble pêcher par deux fois :

a) Le Tribunal porte une appréciation sur la manière dont les autorités espagnoles ont exercé leur compétence en matière pénale, il se pose ainsi en censeur de l'exercice par l'Espagne des compétences prévues par son droit interne; ce n'est pas ce qui lui a été demandé.

b) Le Tribunal présente cette indignation [« se doit de noter les problèmes... »] comme un *obiter dictum* qui ne va modifier en rien sa décision. Plus grave encore le fait de reléguer une atteinte aux droits de l'homme dans un chapitre *obiter dictum* (notion avancée par certains juges pour maintenir la rédaction du paragraphe 154) me semble aller à contresens de l'évolution récente et progressive de la problématique des droits de l'homme.

14. A l'heure où la Cour internationale de Justice a réalisé une percée normative remarquable dans la protection de droit de l'homme en considérant leur respect comme une obligation *erga omnes*, le Tribunal aurait dû, à mon humble avis, aller au-delà du simple constat « *obiter dictum* » et en parler autrement qu'« en passant ». Les principes fondamentaux de la personne humaine ont désormais rejoint le corpus des normes juridiques qui ont un effet contraignant à l'égard de tous les Etats. Le respect de ces droits de l'homme est devenu une obligation *erga omnes* (voir CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 32*).

15. Il a indéniablement été porté atteinte aux droits humains des personnes arrêtées et maltraitées par la justice espagnole, qui ont subi à tout le moins une torture morale, voire physique si l'on considère les conditions de leur détention.

16. Le Tribunal le reconnaît du reste implicitement lorsqu'il « se doit de noter les problèmes... » (par. 151 de l'arrêt), mais surtout lorsqu'il

estime que les Etats sont tenus de s'acquitter des obligations qui leur incombent *en vertu du droit international*, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, et que les principes d'une procédure régulière doivent trouver application en toute circonstance (les italiques sont de l'auteur) (arrêt du 28 mai 2013, par. 155).

17. Au lieu de retenir l'atteinte aux droits de l'homme comme pouvant fonder sa compétence, le Tribunal a préféré suivre une autre logique :

- rejeter l'article 300 invoqué comme une des bases de la compétence du Tribunal par Saint-Vincent-et-les Grenadines ;
- prendre acte « en passant » de cette atteinte aux droits de l'homme visée précisément par l'article 300.

En somme une chose et son contraire !!!

« De l'avis du Tribunal, l'article 300 de la Convention ne saurait servir de base aux prétentions de Saint-Vincent-et-les Grenadines » (arrêt du 28 mai 2013, par. 150).

18. Le but de cette opinion individuelle n'est pas d'ouvrir le débat sur le fond de l'article 300 (sinon elle deviendrait opinion dissidente) mais de rappeler, même succinctement, le traitement réservé à l'article 300 de la Convention du droit de la mer, ce qui ne me semble pas être dénué d'intérêt pour le lecteur de ces lignes.

19. L'article 300 est ainsi libellé :

Les Etats Parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans le Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit.

20. Sans revenir aux moyens présentés par les Parties lors du débat relatif à l'article 300, nous nous fonderons sur les seules considérations du Tribunal pour en déduire que celui-ci aurait peut-être pu opter pour une approche différente.

21. « Le Tribunal note que l'affaire dont il est saisi comporte deux aspects : l'un porte sur l'immobilisation du navire et la détention des personnes se trouvant à son bord, *l'autre sur le traitement réservé à ces personnes...* Le deuxième aspect n'a été introduit par Saint-Vincent-et-les Grenadines, sur la base de l'article 300 de la Convention qu'après la clôture de la procédure écrite. Il a été examiné pendant la procédure orale et inclus dans les conclusions finales de Saint-Vincent-et-les Grenadines » (arrêt du 28 mai 2013, par. 96).

22. Je ne partage pas la radicalité avec laquelle le Tribunal considère que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'a invoqué l'article 300 qu'après la clôture de la procédure écrite et qu'il n'en a fait état que lors de la procédure orale et dans ses conclusions finales. Le demandeur n'a certes pas évoqué explicitement l'article 300 dans son mémoire, mais il y a fait implicitement référence quand, dans son paragraphe 81, il énumère les réparations qu'il cherche à obtenir.

Les réparations que le demandeur cherche à obtenir comprennent les éléments ci-après : [...]

3. *Des réparations pour les violations des droits de l'homme commises à l'encontre d'Alba et de Mario Avella.* » (les italiques sont de l'auteur) (mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines, p. 23, par. 81 3)).

23. La connexion entre la demande de Saint-Vincent-et-les Grenadines et l'article 300 ne semble faire aucun doute même si les choses ne sont pas dites expressément par le demandeur. Celui-ci confirme d'ailleurs ses intentions quand il « prie le Tribunal de prescrire les mesures suivantes : « c) déclarer que la mise en détention de tout membre de l'équipage était illicite. » (Mémoire de Saint-Vincent-et-les Grenadines, p. 27, par. 86 (d)).

24. Ces allégations ne semblent pas être au Tribunal un motif légitime appelant son examen puisqu'il « considère que le 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 dans la demande originelle... » (arrêt du 28 mai 2013, par. 142).

25. Nous estimons que l'introduction de l'article 300 par Saint-Vincent-et-les Grenadines a certes complété, voire changé le fondement juridique de sa réclamation, sans toutefois modifier aucunement l'objet du différend ; le demandeur n'a du reste jamais abandonné la série des dispositions sur lesquelles il appuyait sa réclamation.

26. L'Espagne a maintes fois cité l'article 300 dans la procédure écrite reconnaissant dès lors explicitement au demandeur le droit d'en faire autant (TIDM/PV.12/A18/11, p. 11 et suiv.).

27. Les deux Parties ont accepté de plaider l'article 300 et elles l'ont fait longuement.

28. Rien dans la Convention ni dans le Règlement du Tribunal n'interdit à une Partie de recourir en dernière minute à un ou plusieurs articles qui peuvent conforter ou renforcer l'assise juridique de sa réclamation.

« Le Tribunal considère qu'il ressort du libellé de l'article 300 de la Convention que celui-ci ne saurait être invoqué de façon autonome » (arrêt du 28 mai 2013, par. 137).

29. Le Tribunal a donc estimé que l'article 300, bien que pouvant être interprété comme une disposition horizontale s'appliquant à tous les articles de la Convention, elle demeurerait une disposition « qualifiante » qui ne peut être invoqué de façon autonome.

30. Le demandeur n'a pas pu ou pas su trouver le lien entre l'article 300 et les autres dispositions fondant sa réclamation, ce qui l'a privé de faire valoir ce moyen devant le Tribunal.

31. Je regrette personnellement que le Tribunal n'ait pas pu (sous prétexte de crainte de favoriser la position de l'une ou l'autre Parties) franchir le pas et rejoindre la CIJ dans son action de consécration de la défense des droits de l'homme.

32. Il aurait pu aisément, tout en faisant preuve de prudence, trouver le lien entre l'article 300 et d'autres dispositions de la Convention (malheureusement non invoquées par le demandeur).

33. L'article 2, paragraphe 3, de la Convention aurait parfaitement pu servir de disposition d'ancrage à l'article 300. Il y est dit que « la souveraineté sur la mer territoriale s'exerce dans les conditions prévues par les *dispositions de la Convention et les autres règles du droit international* » (les italiques sont de l'auteur) (art. 2, par. 3, de la Convention).

34. Il a été objecté que l'article 2 ne pouvait être retenu puisque les faits reprochés aux autorités espagnoles se sont produits dans un port espagnol, donc dans le cadre de l'exercice, par l'Espagne, de ses droits souverains.

35. Nous répliquons qu'aucun droit aussi souverain soit-il ne doit s'exercer jusqu'à produire des dérives d'abus de droit et d'arbitraire.

36. Qui plus est, l'article 2 de la Convention constitue une disposition générale de la Partie II qui, en sa section 2 « Limites de la mer territoriales », régit les règles applicables aux ports et aux eaux intérieures.

37. Enfin, même si, pour toutes les considérations exposées plus haut, il paraît difficile de trouver le lien entre l'article 300 et une autre disposition de la Convention qui aurait permis au Tribunal d'avoir une démarche plus volontariste et peut-être plus convaincante, je reste persuadé que le Tribunal pouvait s'inspirer du préambule de la Convention, qui affirme en son dernier alinéa « que les questions qui ne sont pas réglementées par la Convention continueront d'être régies par les règles et principes du droit international général » (Préambule de la Convention).

38. Le Tribunal aurait alors contribué de manière concrète, à sa façon, à la dynamique de protection des droits de l'homme.

39. Peut-être avons-nous manqué là un important rendez-vous avec un principe fondamental du droit des gens.

(signé)

Boualem Bouguetaia

DISSENTING OPINION OF JUDGE JESUS

1. My position of principle is that the case should have been dismissed on the basis of inadmissibility of the claims presented by Saint Vincent and the Grenadines and not on the basis of lack of jurisdiction of the Tribunal as such. I am of the view that the Tribunal has jurisdiction to entertain this case. Accordingly I could not join in the majority decision.

I shall detail my position in this regard:

A. Jurisdiction

2. At the outset, I would like to state that I agree with the analysis and the conclusions reached by the Tribunal that articles 73, 78, 226, 245 and 303 of the Convention are not applicable to the factual background of this case and, therefore, none of them can serve as legal grounds for establishing the jurisdiction of the Tribunal.

3. My main difference with the Tribunal's reasoning and conclusions concerns the applicability and the relevance of article 300 of the Convention as a legal basis on which to assert the Tribunal's jurisdiction in this case.

4. This difference in reasoning is as follows:

Saint Vincent and the Grenadines introduced article 300 of the Convention as a legal basis for the jurisdiction of the Tribunal at a late stage, after the closure of the written proceedings. It argued that this article provides the legal grounds on which the Tribunal could assert its jurisdiction to adjudicate upon the dispute. It failed though to establish or to demonstrate the link between this article and a provision of the Convention establishing any rights, jurisdiction or freedoms Spain's exercise of which may have involved an abuse of right, arguing that article 300 of the Convention could be "deployed independently".

5. The main arguments of Saint Vincent and the Grenadines adduced in this regard during the hearings are as follows: “A genuine dispute exists between the Parties over article 300 that in and of itself confers jurisdiction, on the merits, for this Tribunal, in this case” adding that “none can deny the legitimacy of international law treaty obligations dealing with abuse of rights and, in the instant case, abuse with respect to both human and property rights. It adds that

the doctrine of abuse of rights is closely related to the principles of good faith and due process, and that this occurred when the local authorities in Spain exercised their legal rights or authority in a manner that benefits from this exercise were unjustly disproportionate, to the detriment of Alba Avella, two Hungarian crewmen, Mario Avella and John Foster as well as to Saint Vincent and the Grenadines as a sovereign.

6. Spain counter-argues by stating that article 300 is applicable to each and every one of the provisions contained in the Convention, adding that the Applicant has not succeeded in identifying any such provisions of the Convention and further argues that it does not believe that article 300 has a life of its own. It concludes its position on this point by stating that Saint Vincent and the Grenadines has tried to introduce article 300 of the Convention as a new title of jurisdiction for alleged breach of human rights, the rights of the individuals arrested and the property rights of the owner of the “Louisa” and that, by so doing, the Applicant tried to “change the nature of the dispute” and present a new case.

7. The Tribunal - after concluding that articles 73, 78, 226, 245 and 303 of the Convention, as presented by the Applicant, had “no direct link to the question of jurisdiction” - dismissed the case, stating that, in its view,

article 300 of the Convention cannot serve as a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines. (see para. 150 of Judgment).

8. The Tribunal, consequently, found that it had no jurisdiction to adjudicate on the case because it considered Saint Vincent and the Grenadines’ argument on article 300 as introducing, in fact, a new dispute and therefore it concluded that

[...] a dispute brought before the Tribunal by an application cannot be transformed into another dispute which is different in character. (see para. 143 of Judgment)

9. The main reasoning developed in the Judgment on which the Tribunal relies to come to this conclusion may be summed up as follows:

[B]oth the Application and the Memorial focus on alleged violations by Spain of articles 73, 78, 226, 245 and 303 of the Convention and reparations arising therefrom. These two documents do not refer to article 300 of the Convention and its applicability to the facts of this case. 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.

The Tribunal considers that the reliance on article 300 of the Convention generated a new claim in comparison to the claims presented in the Application; it is not included in the original claim [...] (see paras. 141 and 142 of Judgment).

To justify the dismissal of the case, the Tribunal continued its reasoning, observing “that it is a legal requirement that any new claim to be admitted must arise directly out of the application or be implicit in it.”

10. This is the background against which I will now examine the relevance of article 300 as a basis of jurisdiction of the Tribunal in this case.

11. To determine whether article 300 could have offered a basis of the Tribunal’s jurisdiction, as argued by Saint Vincent and the Grenadines, one has first to address the following questions:

a) Did the argument of Saint Vincent and the Grenadines proposing article 300 as a basis of the jurisdiction of the Tribunal introduce a new claim in comparison to the claims presented in the Application, a claim that is different in character, as concluded in paragraph 142 of the Judgment, or - though admittedly no direct reference was made to article 300 as such before the oral proceedings - was there an implicit reference in the Application or Memorial to the object and purpose of the abuse-of-right provision contained in article 300 of the Convention and, if so, could the Tribunal have taken such implicit reference to the content of article 300 as relevant for the purposes of establishing its jurisdiction?

b) Does the Convention regulation cover the maritime areas of Spain in which it is alleged that Spanish laws concerning these areas were violated by the M/V “Louisa” and the persons connected therewith, violations that led to the arrest or detention of that vessel and those persons?

c) Since, on the one hand, articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention presented by the Applicant were not accepted by the Tribunal, and rightly so, as legal grounds for the Tribunal’s jurisdiction, and considering, on the other, that Saint Vincent and the Grenadines failed to indicate a provision of the Convention recognizing a right, a jurisdiction or a freedom which may have been exercised by Spain in a manner constituting an abuse of right, and which would then bring article 300 of the Convention into play, is it to be presumed that therefore, on these accounts only, the Tribunal has no jurisdiction to adjudicate upon the case, or indeed should the Tribunal itself attempt to find a legal basis in the Convention to establish its jurisdiction? In other words, is the Tribunal prevented, in the present case, from exercising its *compétence de la compétence* by itself finding a provision or provisions of the Convention on the basis of which it could assert its jurisdiction to entertain the merits of this case, in light of the stipulations of article 288, paragraph 4, of the Convention and article 58 of its Rules?

12. I will address the issues raised in these three questions in that order. The issues raised in the first question are:

a) Did the argument of Saint Vincent and the Grenadines, proposing article 300 as a basis of the jurisdiction of the Tribunal, introduce a new claim in comparison to the claims presented in the Application, a new claim that is different in character, as concluded in paragraph 142 of the Judgment?

b) or - although, admittedly, no direct reference was made to article 300 as such in the Application or in the Memorial - was there an implicit reference in those proceedings to the object and purpose of the abuse-of-right provision contained in article 300 of the Convention?

c) and, if so, could the Tribunal have taken the implicit reference to the content of article 300 as relevant for the purpose of establishing its jurisdiction?

13. As to the first issue raised in this question, that is, the character of the new claim, the Tribunal concluded 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 in the original claim,” and “it is a legal requirement that any claim to be admitted it must arise directly out of the application or be implicit in it” (see para. 142 of Judgment).

14. While I agree with the Tribunal that a new claim which is different in character in comparison to the claim made in the application is not acceptable unless it was implicit in the application – and, I would add here, the Memorial, in keeping with the relevant jurisprudence - the factual background of this case does not seem to support the conclusion of the Tribunal that “article 300 of the Convention cannot serve as a basis for the claims submitted by Saint Vincent and the Grenadines” because it introduced a new claim that was not included or implicit in the original claim submitted in the Application.

15. In my view, the Applicant’s argument introducing article 300 as legal ground for the jurisdiction of the Tribunal does not constitute a new claim. As I see it, this article-300 argument follows the same line of logic of earlier arguments articulated in the Application and Memorial, where the Applicant’s main assumption is that Spain, after the arrest, was abusing its rights “with respect to both human and property rights”, by not indicting the persons connected therewith and by not forfeiting the vessels, or by not setting a bond for their release. That is the underlying idea that can be drawn from several allegations by the Applicant, though expressed in different forms, some of which are quoted in paragraphs 18 to 20 of this opinion.

16. Therefore, it appears to me that the conclusion of the Tribunal that the Applicant’s article-300 argument introduced a new claim does not take full account of what is stated in this regard in the Application and the Memorial. The only thing that is new in this belated argument on jurisdiction made by the Applicant is the direct reference to article 300 of the Convention.

17. My interpretation of the facts is that, as stated, the new argument made by the Applicant on the basis of article 300 of the Convention did not introduce a new claim. But even if, for the sake of argument, one admits that the Applicant's article-300 argument introduced a new claim, as concluded by the Tribunal, it is factually difficult to deny that, at the very least, the reasoning behind the article-300 argument was implicit in several instances in the Application and the Memorial and, as such, it should not have been considered as introducing a new claim which is different in character in comparison to the original claim.¹

18. There are, indeed, several passages in the Application and the Memorial where Saint Vincent and the Grenadines raises, repeatedly, the issue having to do with, or bordering on, an abuse of right on the part of the Spanish authorities in connection with the arrests of the vessels and the persons connected therewith. Some examples:

On page 1 of the Application, Saint Vincent and the Grenadines, referring to Spain, states:

After imprisoning members of the crew of the "Louisa" for various periods of time and seizing weapons which had been placed on board for defensive purposes, Respondent has continued to hold the vessels without bond, such that the vessels now have greatly diminished- if any – value. Respondent's lawlessness has resulted in the necessity of securing counsel in Spain, the United States, and Germany, and required the expenditure of enormous resources.

19. In the very introduction in the Memorial, it is stated:

1. Pursuant to an Application Instituting Proceedings filed on 23 November 2010, the origins of the dispute date to 2006. At this time, the continued intransigence of the Respondent, the complete deterioration of two vessels seized by the Respondent, and the direct and consequential damages resulting from Respondent's unlawful activity fully support and justify the relief sought herein.

¹ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 240, at p. 266, para. 67.

20. Several other paragraphs of the Memorial echo the same idea of abuse of right, amongst them the following paragraphs:

23. Upon information and belief, the Spanish investigation included Mario Avella, the *Louisa* Crewmen, Sage and its owner and several Spanish citizens. The inquiry was initiated in Magistrate's Court N. 4 in Cadiz, under Judge de Diego Alegre. *After more than four and one-half (4 ½) years, no indictments were returned and no action to forfeit the vessels was ever undertaken;*

25. *Because of these procedural delays and lack of action by Respondent, the Louisa has deteriorated significantly in Puerto Santa Maria, to the point that she is completely unseaworthy and almost certainly a total loss.*

54. Based on its presentation in the hearing on Provisional Measures, we understand the *Respondent's defen[c]e on the merits to be based on the endless criminal investigation in Cadiz and the idea that the ship Louisa and the workboat Gemini III are instruments of a crime. Thus, Respondent argues that the Spanish authorities are entitled to hold the ships for an indefinite amount of time and that this Tribunal should avoid these important issues entirely*

75. Rather, Spain has insisted that *the detention and consequent destruction of Louisa and Gemini III are simply justified by a criminal investigation underway since 2005 which should not be disturbed. Similarly, it argues that the illegal detention of Mario Avella and his daughter, Alba, involved the criminal investigation conducted by a provincial court. Responsibility cannot be denied with such ease.*

21. These passages put in evidence that the Applicant in several instances in its Application and Memorial addressed the issue of the abuse of right, an issue which is, undeniably, the object of article 300 of the Convention. Therefore, it can be said that the issue of abuse of right was implicit in the Application and Memorial. As stated by the Tribunal itself, referring to several ICJ pronouncements in this regard, “[...] any claim to be admitted must arise directly out of the application or be implicit in it”.

22. In this context, it is to be noted that the term “application” should be understood to include claims made in the Memorial. “an applicant is entitled to adduce new grounds of jurisdiction even after having filed its application and the supplementary memorial”,² and that “there is no doubt that the term application

² Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2006, article 36, para. 6, p. 646.

referred to in article 71 of the Rules (ICJ) has to be understood in a broad sense as referring to the claim of the applicant detailed not only in the application but also the ensuing memorial and possibly also during oral hearings. Although at such later stages the scope of the application may be particularised and clarified and to some extent also broadened, such 'development' of an application may not be used to introduce "new" claims. A dispute cannot be transformed into another one different in character"³.

23. The question of a new claim and its character having been dealt with, it must now be established whether the Convention covers the maritime areas of Spain in which it is alleged that Spanish laws concerning these areas were violated by the M/V "Louisa" and the persons connected therewith, violations that led to the arrest or detention of that vessel and those persons. This leads to the issues raised by the second question listed above.

24. As shown in paragraph 45 of the Judgment, "[t]he M/V 'Louisa' arrived in the port of Cadiz (Spain) on 20 August 2004. [f]rom the time of its arrival in Cadiz until October 2004, the M/V "Louisa" conducted operations in the territorial sea and the internal waters of Spain". Spain admits that the arrests took place on account of alleged violations by the "Louisa" and the persons connected therewith of Spanish laws concerning internal waters, as well as its territorial sea.

25. It thus seems beyond doubt that the arrests concern violations of Spanish law in the territorial sea and in internal waters, indistinctively. This brings into play article 2 of the Convention concerning the territorial sea.

26. While the provisions of the Convention, in the circumstances of this case, may not cover the arrests that took place for alleged violations of Spanish law concerning its internal waters, the same cannot be said in relation to the arrests made by the Spanish authorities for alleged violations of Spanish law concerning its territorial sea.

³ *Ibid.*, article 36, para. 6, p. 644. See also *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, pp. 240, 262, para. 58, *Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78*, pp. 160, 173, and other cases cited by Zimmermann.

27. Having concluded that the article-300 argument of the Applicant introduced a claim that is implicit in the Application and Memorial, and that the arrests or detentions in this case were also made for alleged violations of Spanish laws applicable to the territorial sea, a maritime area, therefore, covered by the Convention, I will now attempt to establish the grounds for the jurisdiction of the Tribunal. The issues involved in this regard may be framed as follows:

a) Since, on the one hand, articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention presented by the Applicant were not accepted by the Tribunal, and rightly so, as legal grounds for the Tribunal's jurisdiction, and considering, on the other, that Saint Vincent and the Grenadines failed to indicate a provision of the Convention recognizing a right, a jurisdiction or a freedom which may have been exercised by Spain in a manner constituting an abuse of right, and which would then bring article 300 of the Convention into play, is it to be presumed that therefore, on these accounts only, the Tribunal has no jurisdiction to adjudicate upon the case?

b) or indeed should the Tribunal itself attempt to find a legal basis in the Convention to establish its jurisdiction? In other words, is the Tribunal prevented, in the present case, from exercising its *compétence de la compétence* by itself finding a provision or provisions of the Convention on the basis of which it could assert its jurisdiction to entertain the merits of this case, in light of the stipulations of article 288, paragraph 4, of the Convention and article 58 of its Rules?

28. Though, as mentioned in the beginning of this opinion, I agree with the analysis and conclusions of the Tribunal's decision in that, contrary to the arguments adduced by Saint Vincent and the Grenadines, articles 73, 87, 226, 227 and 303 do not provide a legal basis for the jurisdiction of the Tribunal, in my view the Tribunal could have asserted its jurisdiction to adjudicate upon this dispute based on article 300 in conjunction with article 2, paragraph 3, both of the Convention.

29. Article 300 (Good faith and abuse of rights) states that:

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.

30. This article applies, in a direct way, the well-established doctrine of abuse of right to the law of the sea, as contained in the Convention, establishing certain limits on the manner in which States may exercise their rights, jurisdiction and freedoms recognized by the Convention

31. I will not enter here into an analysis of the ambit of application of this article to the substance of this case, nor into an examination of whether any provision of the Convention has actually been exercised in an abusive manner by Spain. That is an assessment that would only have been required if and when consideration on the merits of this case were to take place, based on the evidence produced.

32. For the purposes of establishing whether, as argued by Saint Vincent and the Grenadines, the Tribunal has or does not have jurisdiction to adjudicate upon the dispute, based on article 300, there is no need, at this stage, to reach the conclusion that Spain exercised a right, jurisdiction or freedom recognized to it by the Convention in a manner which would constitute an abuse of right. This is a matter germane to the consideration on the merits, but certainly not to the stage of determination of whether or not the Tribunal has jurisdiction.

33. What is required in order to establish the jurisdiction of the Tribunal is the determination of whether the alleged abuse of right by Spain is related to, or concerns, any provision of the Convention recognizing a right, a jurisdiction or a freedom the exercise of which may have constituted an abuse of right.

34. It is clear to me that the letter and spirit of article 300 indicate that this article, at least as it relates to the provision on abuse of right, cannot per se apply, unless it is to be related to another provision concerning a right, jurisdiction or freedom recognized in the Convention which may have been exercised or implemented in an abusive manner by the coastal State.

35. As rightly pointed out by the Respondent, article 300 does not have a life of its own and cannot be relied on independently of other provisions of the Convention.

36. In my view though, article 2 of the Convention, in its paragraph 3, provides the link to article 300 that could have led the Tribunal to assert its jurisdiction to entertain this case.

37. The reasoning I relied on to establish such a link is the following:

Article 2, paragraph 1, establishes that “[t]he sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory [...], to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea”. The same article in its paragraph 3 states: “The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law”.

38. From these two paragraphs it seems clear that, while the Convention recognizes the sovereignty of the coastal State over the territorial sea, it establishes, at the same time, that this sovereignty is exercised subject to the Convention and the rules of international law. This, of course, is not to be construed as a limitation of the substantive rights, freedoms, jurisdictions or powers which the sovereignty of the coastal State over the territorial sea entails. Indeed, article 2, paragraph 3, does not interfere at all with the substantive rights, powers, benefits and exclusiveness inherent in the coastal State sovereignty. Nonetheless, this paragraph is clear that in some instances there may be some limitations or qualifications as to the manner in which the coastal State should exercise its sovereignty over the territorial sea.

39. These limitations or qualifications are those that may result from the Convention or other rules of international law. There may indeed be several instances in the Convention in which the exercise of the sovereignty of the coastal State over its territorial sea is subject to certain limitations or qualifications. For example, articles 17, 21, paragraphs 1 to 3, article 24 and 26, all related to the innocent passage regime, configure one of such instances of situations in which limitations are imposed on the exercise by the coastal State of its sovereignty over the territorial sea.

40. The same may be said about the limitations imposed by article 300 on the manner in which the coastal State may exercise its “rights, jurisdictions and freedoms” recognised in the Convention. Under article 2, paragraph 3, of the Convention, the exercise of the rights, jurisdictions and freedoms of the coastal State based on, or inherent in, its sovereignty over the territorial sea are subject to the Convention and, therefore, to its article 300.

41. Some may argue that article 300 of the Convention cannot be linked to article 2, paragraph 3, of the Convention since, while the former article refers to rights, jurisdictions and freedoms recognised in the Convention, article 2, paragraph 3, of the Convention refers instead to the “sovereignty” of the coastal State over the territorial sea. To those who may argue along these lines I would say - without entering into the theoretical argument on what is the content of the concept of sovereignty over the territorial sea - that, as a matter of practice, the sovereignty of the coastal State over its territorial sea is translated into rights, jurisdictions and freedoms it exercises daily.

42. Therefore, when article 2, paragraph 3, of the Convention states that the exercise of coastal State sovereignty is subject to the Convention, this is to be interpreted as meaning that the exercise of the rights, jurisdictions and freedoms inherent in the coastal State’s sovereignty over its territorial sea is subject to the Convention and other rules of international law.

43. It would be absurd if article 300 of the Convention, which introduces directly into the law of the sea the well-known and universally accepted doctrine of abuse of right, applied to the exercise of the rights, jurisdictions and freedoms individually recognized in the Convention but not to the rights, jurisdictions and freedoms exercised by the coastal State based on, or inherent in, its sovereignty over the territorial sea. If such an absurd interpretation were to hold, it would lead to the *contrario sensu* conclusion, equally absurd, that the coastal State, in exercising its rights, jurisdictions and freedoms based on, or inherent in, its sovereignty over its territorial sea, could cause unnecessary harm or injury to other States, because the

abuse-of-right limitation imposed by article 300 of the Convention did not apply to the territorial sea.

44. Indeed, as postulated by the abuse-of-right principle, no right, whether concerning the sea or the land, should be exercised in an arbitrary or malicious manner in such a way as to cause unnecessary harm or injury to others.

45. Article 300 merely states, in a direct way, for the law of the sea a general principle of law that applies equally to other fields of law, internal and international. The principle of abuse of right is a natural offspring of the good faith principle and, as such, its general applicability is to be expected even in situations in which it is not incorporated into a particular provision of a treaty or any other legal text. Its observance is of the essence if justice and peace are to prevail in inter-State relations.

46. The proceedings show that Saint Vincent and the Grenadines questioned the legality of the arrest and detention of the vessel “Louisa” and “Gemini III” and the persons connected therewith. It also repeatedly challenged the way the Spanish authorities were, throughout the detention period, exercising their jurisdiction over those vessels and persons, as shown in paragraph 18 to paragraph 20 of this opinion.

47. As I have already mentioned, for the sole purpose of establishing the basis of jurisdiction, it is immaterial to assess whether these allegations by Saint Vincent and the Grenadines are factually correct or not. That is an assessment that should be left to the merits. In my view, for the purpose of asserting its jurisdiction and that purpose alone, the Tribunal would have been justified in relying on article 300 and article 2, paragraph 3, of the Convention.

48. In this connection, a point may be made to the effect that Saint Vincent and the Grenadines did not provide the Tribunal with the link between article 300 and another provision of the Convention on the grounds of which jurisdiction could be established.

49. This leads me to the second issue raised in the third question: whether the Tribunal under its statutory and guiding rules should or should not itself find a title of jurisdiction in the Convention that would enable it to make the link between article 300 and article 2, paragraph 3, of the Convention, when the Applicant itself has failed to do so.

50. To address this point, I shall start with article 54, paragraph 2, of the Rules of the Tribunal, under Subsection I on Institution of Proceedings. This paragraph states: “The Application shall specify as far as possible the legal grounds upon which the jurisdiction of the Tribunal is said to be based [...]”.

51. The Tribunal’s position in this regard is that, for the determination 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 it submitted” (see para. 99 of Judgment).

52. My first observation on this conclusion is that the Tribunal does not follow its own jurisprudence in this regard. In the Grand Prince case, for example, the Tribunal rightly stated that it possessed the right to deal with all aspects of the question of jurisdiction, “whether or not they have been expressly raised by the parties”.⁴ While I agree that the Applicant should specify the legal grounds for the Tribunal’s jurisdiction, as required by article 54, paragraph 2, of the Rules, I am of the view that that specification should be made “as far as possible”, to use the language of this article itself.

53. It appears from the text of the Judgment, including paragraph 99, that it is incumbent upon the Applicant to point to a provision or provisions of the Convention as a basis of jurisdiction, presuming that it is not the Tribunal’s task in this case to find a basis of jurisdiction in the Convention as the legal title of jurisdiction.

⁴ “Grand Prince” (*Belize v. France*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2001*, p.17, at p. 41, para. 79.

54. This position of the Tribunal as reflected in the said paragraph 99 does not seem to square with either article 54, paragraph 2, of the Rules, as mentioned or, even worse, article 288, paragraph 4, of the Convention, whose content is translated into the said article 58 of the Rules of the Tribunal. It does not also follow the jurisprudence of international courts, including the Tribunal itself, as shown above.

55. Article 54, paragraph 2, only requires that *the Application specify* “as far as possible” the legal grounds upon which the jurisdiction of the Tribunal is said to be based. My interpretation of this provision is that, while the Application shall specify, as far as possible, these legal grounds, that specification must not be seen as the end of the road. This provision should not be construed as leading necessarily to the finding that the Tribunal has no jurisdiction in the event that the legal grounds indicated in the Application do not appear to the Tribunal to afford a basis for its jurisdiction to adjudicate upon the case. This view seems to be supported by the phrase “shall specify as far as possible”.

56. Indeed, the ultimate word on the legal basis for jurisdiction does not seem to rest with the Applicant or, for that matter, with the Respondent. Article 58 of the Rules of the Tribunal, a provision taken, as stated above, *ipsis verbis* from article 288, paragraph 4, of the Convention – whose terms are also similar to those of article 36, paragraph 6, of the ICJ Statute -, is clear when it states that “in the event of a dispute as to whether the Tribunal has jurisdiction, the matter shall be decided by the Tribunal”. The Tribunal is therefore ultimately free to determine the legal grounds for its jurisdiction in the event of a dispute thereon, as in the present case.

57. This interpretation is confirmed by the ICJ’s jurisprudence, as reflected in the *Oil Platforms (Preliminary Objections)* case, “where the parties differed on the question whether the impugned actions constituted a violation of the treaty introduced as the title of jurisdiction producing a dispute as to the interpretation or application of that treaty”:⁵ In that case the ICJ stated:

⁵ Shabtai Rosenne, *Law and Practice in International Courts, The Law and Practice in the International Court 1920–2005, 4th Ed.*, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 507, 508.

In order to answer that question the Court cannot limit itself to noting that one of the Parties maintains that such a dispute exists and the other denies it. It must ascertain whether the violations of the [title of jurisdiction] pleaded by Iran [the applicant] do or do not fall within the provisions of the title of jurisdiction and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain, pursuant to the title of jurisdiction [...].⁶

58. A well-known Commentary on the Statute of the International Court of Justice expresses similar views. Concerning article 36, paragraph 6, of the Statute of the Court, a rule similar to article 288, paragraph 4, of the Convention, that Commentary states: "It is a rule generally encountered in the statutes of international courts and tribunals that the judicial body concerned decides on its jurisdiction should any doubt arise. It enjoys *Kompetenz-Kompetenz*"⁷, and "[...] The Court feels obligated to examine its jurisdiction *ex-officio* or *proprio motu*".⁸

59. In the present case the Tribunal found that it lacked jurisdiction to adjudicate upon the dispute, since articles 73, 87, 226, 245 and 303 of the Convention referred to by Saint Vincent and the Grenadines do not provide the legal grounds for its claims (it meant jurisdiction) (see para. 98). The Tribunal failed to indicate whether, in its view, the Convention, as the title of jurisdiction, did or did not offer such grounds, as it should have, in compliance with article 288, paragraph 4, of the Convention and article 58 of the Rules.

60. On the other hand, the Tribunal's rejection of Saint Vincent and Grenadines' position that legal grounds for jurisdiction could be found in article 300 of the Convention, on the argument that the reference to such article was not included in the Application or in the Memorial (see para. 141 of Judgment) and that reliance on article 300 generated a new claim in comparison to the claims presented in the Application, does not seem an accurate interpretation of the relevant facts, as mentioned above.

⁶ *Ibid.*

⁷ Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Ed 2006, page 643, para 101.

⁸ *Ibid.*, *idem* pp. 646-647.

61. On the basis of the reasoning developed above, I came to the conclusion that article 300, interpreted in conjunction with article 2, paragraph 3, of the Convention provides the legal ground for the jurisdiction of the Tribunal in the present case. For these reasons, I dissent from the majority decision on the issue of jurisdiction of the Tribunal.

B. Admissibility

62. While, in my view, as reasoned above, the Tribunal had competence to decide on its jurisdiction in this case, and therefore it should have addressed the matter of its jurisdiction *ex-officio* or *proprio motu*, in the light of the different views of the Parties on this matter – obviously within the confines of the Convention as the title of jurisdiction and the Declarations under article 287 made by each one of the Parties –, it is for the Applicant to indicate clearly the claims it wishes to submit and the legal grounds on which the claims are to be founded. In the present case, this requirement does not seem to have been met by the Applicant.

63. All through the proceedings, from the Application to the final submissions, the Applicant has displayed some uneasiness and lack of clarity as to its claims and, especially, its difficulties in indicating the provisions of the Convention that supported its claims. Articles 73, 87, 226, 245, and 303, put forward by the Applicant for that purpose, clearly had no relationship whatsoever with the claims of the Applicant. The Applicant, as a last resort, presented article 300 to back its claims as if that article could be applied on its own or, as put by the Applicant, as if that article could be “deployed independently”.

64. As I have reasoned above, article 300, to be applicable, has to be related to a provision conferring a right, a jurisdiction or a freedom recognized in the Convention the exercise of which may have taken place in a manner which would constitute an abuse of right. The Applicant failed to establish the link between article 300 and such

a provision as a legal basis on which to found its claims. As PCIJ stated, “abuse of right cannot be presumed. It has to be demonstrated”⁹.

65. Unlike in the case of jurisdiction, it is not for the Tribunal to find legal grounds for the admissibility of the claims presented by the Applicant. That is a role that belongs to the Applicant. The Applicant failed, in my view, to establish the legal foundation in the Convention for its claims in the present case. This raises the issue of inadmissibility of the Applicant’s claims. On this ground, I am therefore in favour of the dismissal of this case.

C. Other issues

66. I do not share the approach taken by the Tribunal in paragraph 47 of the Judgment. The page-and-a-half transcription in the Judgment of the text of the agreement between Tupet Sociedad de Pesquisa Maritima S.S. and Sage Maritime Scientific Research could only make sense if it were an item of evidence in the event that the Tribunal were to adjudicate upon the merits of the dispute. Since the conclusion of the majority decision is that the Tribunal has no jurisdiction to entertain the case, I see no reason why the Tribunal should quote substantially that agreement in that context. The Tribunal cannot find that it lacks jurisdiction to entertain the case and, at the same time, reflect views in the Judgment that would only be justified in the context of consideration of the case on the merits.

67. Moreover, I do not subscribe to the idea underlying the expression of regret in this paragraph of the Judgment, as it presupposes that each party is obliged to produce documents in evidence to back its arguments or to contradict the arguments of the other party. In this regard, I follow the wise approach of the ICJ in the Corfu Channel Case, in which the ICJ drew no conclusion from the United Kingdom’s refusal to produce a specific document the Court had requested. In the present case, there was not even a refusal by the Applicant to hand over the agreement to the Tribunal. It merely took a few days before the Applicant was able willingly to deliver the document to the Tribunal.

⁹ *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 96, at p. 167.*

68. Finally, for reasons similar to those set out in paragraph 66, paragraphs 154 and 155 of the majority decision appear to me out of place. Here the Tribunal, reacting to the “testimony of Saint Vincent and the Grenadines as to the manner in which the Spanish authorities exercised their criminal jurisdiction over the persons concerned, such as the conditions of their detention, the treatment extended to them after their release and the undue delay in formally charging some of them” (see paragraph 154 of the Judgment), expresses the view that “States are required to fulfil their obligations under international law, including human rights law, and that considerations of due process of law must be applied in all circumstances” (see para. 155 of the Judgment).

69. There is nothing wrong with this statement. However, the Tribunal having concluded that it had no jurisdiction to adjudicate on this case, it should not act at the same time as if it had jurisdiction. I share the view of those who observe that “the principle in this respect must be [...] that ‘when dealing with jurisdiction a tribunal should not encroach on the merits’, because as Fitzmaurice observed ‘if a tribunal should decide that it is incompetent, and should have made any pronouncement on the merits, it will have done precisely what it found itself without jurisdiction to do’”.¹⁰

(signed)
José Luís Jesus

¹⁰ Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Oxford University Press (2013), p. 1631.

DISSENTING OPINION OF JUDGE LUCKY

A. Introduction

1. I have found it difficult to concur with all of the findings in the Judgment of the majority of the Tribunal. Consequently, I have felt obliged to cast a negative vote on the main operative paragraph of the Judgment. In my opinion, this case hinges on the question of jurisdiction and is more complex than it appears because of the interpretation, construction and application of articles 283, 288, paragraph 1, 283 and 300 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (the Convention).

2. The procedural history and factual background of the case are set out in the introduction to the Judgment and I shall not repeat them.

3. I do not agree with the decision of the majority that the Tribunal does not have jurisdiction. I find that article 300 of the Convention in conjunction with article 2, paragraph 3, of the Convention satisfies the requirement for jurisdiction. Further, as I will show later in this Opinion, Saint Vincent and the Grenadines has complied with article 283, if there was, *de facto* and *de jure*, the need for an exchange of views. Prior to filing this case, the Parties exchanged views orally before the Application for provisional measures was submitted. Consequently, I find it necessary to elaborate on the reasons why I do not agree with the operative provision 1.

4. This case is complex because several important issues have to be addressed. The Tribunal stated in paragraph 80 of its Order on the initial Application for provisional measures:

80. Considering that the present Order in no way prejudices 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 (see *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009*, p. 139, at p. 155, para. 74).

5. In this case, the Parties submitted arguments in accordance with the above paragraph and led evidence in support of their contentions, so that the Tribunal could

determine whether it had jurisdiction and whether the claim was admissible before dealing with the merits.

6. In addition the operative order in that Application reads:

1. by 17 votes to 4,
Finds that the circumstances, as they now present themselves to the Tribunal, are not such as to require the exercise of its powers to prescribe provisional measures under article 290, paragraph 1, of the Convention.

7. In light of paragraph 80, set out above, I find it obligatory to consider the evidence invoked by the Parties in order to determine whether Spain violated any of the articles cited by Saint Vincent and the Grenadines.

8. My approach is different from that in the Judgment because I find it necessary to consider: whether there is a dispute; the question of admissibility; the evidence led by both sides in support of their contentions; and the construction, interpretation and applicability of articles 283, 288, paragraph 1, and 300 of the Convention.

9. I think it is fair, just and equitable to consider all these issues in a judgment.

B. Is there a dispute?

10. Article 288, paragraph 1, of the Convention provides that:

A court or tribunal referred to in article 287 shall have jurisdiction over any *dispute* concerning the interpretation or application of the Convention that is submitted to it in accordance with this Part. (My emphasis.)

11. The first question to consider is whether there is a dispute.

12. The Memorial and Counter-Memorial disclose that there is a disagreement with respect to the application of the relevant articles 73, 87, 226, 245 and 303 (corrected to read 304) of the Convention.

13. The Parties are at variance because of the complex issues set out in the pleadings, documentary and oral evidence, which indicate diverse views and opinions.

14. It is clear to me that there is a dispute, because the Parties have disagreed in the memorials and oral submissions with respect to the applicability of the relevant articles of the Convention. I therefore disagree with paragraph 151 of the Judgment, which specifies that there is no dispute and therefore the Tribunal does not have jurisdiction *ratione materiae* to entertain the case before it. It is my opinion that the Tribunal has jurisdiction.

C. Article 283 of the Convention

15. Article 283 provides for an exchange of views regarding *settlement* by negotiation or other peaceful means. Article 283 of the Convention also provides for an obligation to “exchange views”.

Obligation to exchange views

1. 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.

2. The parties shall also proceed expeditiously to an exchange of views where a procedure for the settlement of such a dispute has been terminated without a settlement or where a settlement has been reached and the circumstances require consultation regarding the manner of implementing the settlement.

16. I find that there was a dispute, in accordance with the meaning ascribed to the word “dispute” in the jurisprudence of international law and in light of the divergence in the views of the Parties, prior to the filing of the Applications for provisional measures and for the main case. Representatives of Sage Maritime Scientific Research, Inc. (Sage) began negotiations with the Spanish authorities for the release of the vessels and the arrested crew members. At the initial stage, Saint Vincent and the Grenadines was not part of the negotiations. Sage continued to negotiate even after Saint Vincent and the Grenadines filed its Application for provisional measures and later the Memorial on its claim. Nevertheless, even though

the meetings involving the owner of Sage and its legal representatives did not strictly fulfil the requirements of article 283, the request for provisional measures appears to have been a last resort for settlement in these rather special circumstances.

17. Construed as a whole, article 283 provides for and sets out a means of settling disputes. It appears to me in the light of correspondence between, on the one hand, Sage, and later on the Applicant, and, on the other, the Spanish authorities, that there was no possibility of a settlement. In fact, the tenor and purport of Part XV, Section 1, and articles 279-285 is to provide means of settlement. Section 283 provides for an exchange of views regarding settlement. This cannot mean that the case will be dismissed if the parties do not exchange views.

18. I note that there is a view that an action filed will fail if the parties do not exchange views regarding a settlement by negotiation or other peaceful means. This cannot be the intent of the article. This will occur if the literal rule of statutory interpretation is applied. If this is the case, where parties do not or cannot submit their views to each other any action filed by one or the other will be dismissed. The article is primarily concerned with settlement by negotiation and does not seem to envisage settlement by a third party. I have to pose a rhetorical question: Are parties being forced to or compelled to negotiate among themselves, and if they do not comply, then will any subsequent court action fail? In these circumstances, the article could only make practical sense if “shall” is read as “may”.

19. Article 283 came into force some 30 years ago. The question is what is the true purport or purpose of this article? The true purpose of the article is to encourage States to settle their disputes by an exchange of views and to settle their differences by negotiation. If negotiation fails then the issue must be settled by peaceful means, alternatively, by consultation. There is no mention of settlement by a third party or in an international court or tribunal. I find the following passage from Bennion on *Statutory Interpretation, 5th edition 2008*, p 887, useful:

In construing an ongoing Act the interpreter is to presume that Parliament intended the act to be applied at any future time in such a way as to give effect to the true original intention. Accordingly, the interpreter is to make allowances for any relevant changes that have occurred since the Act's

passing, in law, social conditions, technology, the meaning of the words and other matters. An enactment of former days is thus to be read today in the light of dynamic processing received over the years, with such modification of the current meaning of its language as will now give effect to the original legislative intention. The reality and effect of dynamic processing provides the gradual adjustment. It is constituted by judicial interpretation year in and year out; it also comprises processing by executive officials.

20. Since the Convention came into force, there has been a proliferation of international courts and tribunals. As article 283 is still in force, it must now be construed and applied in a pragmatic sense and allow parties to disputes to approach a court or tribunal directly where one or the other is of the view that settlement by negotiation will not be successful.

21. I find that the provisions of article 283, if applicable, are satisfied. I therefore disagree with the view set out in paragraph 151 of the Judgment.

D. The relevant articles

22. Saint Vincent and the Grenadines submits and claims that Spain has violated its rights under articles 73, 87, 226, 227, 245 and 304 of the Convention. During the oral submissions, Counsel for Saint Vincent and the Grenadines argued that article 300 of the Convention was applicable and gave the Tribunal jurisdiction to hear and determine the case on the merits. In its Memorial, Saint Vincent and the Grenadines did not specifically mention “abuse of right” as set out in article 300 of the Convention; nevertheless, without specifically referring in its Memorial to the abuse of right cited in article 300 of the Convention, there is a subtle/cursory reference therein. Further, Spain expressly cited article 300 in paragraph 75 of its Response to the Request of Saint Vincent and the Grenadines for Provisional Measures in the context of the abuse of legal process referred to in article 294 of the Convention, as stated in paragraphs 186 to 290 of its Counter-Memorial. Therefore, I find it difficult to accept the argument that article 300 was not mentioned and Spain was not aware of any claim under article 300. The said article is relevant to the claims in the case. Therefore, it is necessary to give reasons to support a decision whether Spain violated the said articles and whether they are relevant to the claim.

23. Emphasis is necessary, where applicable, to show that the Spanish authorities arrested the “Louisa”, in the internal waters of Spain, for offences allegedly committed in the territorial sea of Spain, specifically in the Bay of Cadiz. The “Louisa” is an exhibit in criminal proceedings before the court in Spain. I agree that the Tribunal should not interfere in domestic criminal proceedings for offences against the relevant laws of Spain. However, where international law is also applicable, an international court can arrive at a finding and/or comment on the issue. Spain is a party to the Convention, therefore, if there is an infringement a court can examine the evidence and arrive at a decision. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines contends that the inordinate delay in the determination of the criminal proceedings infringes the rights of, not only the “Louisa”, but also the owner and crewmembers of the vessel who are still awaiting trial.

24. Both sides provided evidence, both documentary and oral, in support of their case. The question of jurisdiction is relevant and determines whether the application is admissible and whether the Tribunal can consider the merits of the case.

25. It is my view that the Judgment should reflect that the evidence has been considered and assessed before making a finding. The Judgment, however, does not consider and assess the evidence on the merits because of the finding that the Tribunal does not have jurisdiction; consequently, the Tribunal concludes that the claim is not admissible. I disagree with this approach for the reasons to follow.

26. Counsel for Spain submits that the delay in concluding the criminal proceedings is not the fault of the Spanish authorities. This is because the primary offenders were not cooperating with the investigating judicial officer and were using various means to delay the investigation. The foregoing are matters that most probably will be determined at the trial in the national court. In my view, the question is whether the inordinate delay before trial is an abuse of process and contrary to the Rule of Law.

27. I think that the evidence of the witnesses, who testified in support of the case for each party, is important, because their evidence is helpful in arriving at findings in the case.

28. It seems to me that the construction and interpretation of article 300 of the Convention is crucial because Saint Vincent and the Grenadines has always claimed that its rights, specifically, those of Mario Avella and his daughter as well as members of the crew, have been infringed. Mario was arrested and was held and imprisoned for over a year without being indicted. It must be emphasised in this context that it was only during the hearing on provisional measures in October 2010, and more specifically upon the insistence of Counsel for Saint Vincent and the Grenadines and in response to the request of the President of the Tribunal, that Spain produced a copy of the indictment. It must be noted that during the oral hearing of the Application for Provisional Measures that Counsel for Saint Vincent and the Grenadines questioned the authenticity of the copy of the indictment. The question remains unanswered: Why was the copy of the indictment produced at such a late juncture in those proceedings?

29. The M/V “Louisa” sailed into the Port of Cadiz with consent to conduct seismic research in the Bay for oil and gas deposits. It sailed into the Port on 20 August 2004 and soon after began to conduct operations in the territorial sea and internal waters of Spain. The “Louisa” was arrested and detained on 1 February 2006.

30. For purposes of clarification, I refer to the factual background set out in paragraphs 44-69 of the Judgment. The reason is to demonstrate the delay prior to the trial on indictment of those charged. During the oral hearing for provisional measures, Counsel tendered a copy of an indictment, dated 27 October 2010. In addition, I refer to the aforementioned paragraphs to demonstrate that the circumstances are such that “justice delayed is justice denied”. Therefore, the question is whether these actions or inactions amount to an abuse of process and an abuse of right under article 300 (see page 10).

31. Charges were never brought against Ms Avella, Mr Sandor and Mr Zsolt in the indictment issued on 27 October 2010 by the Court of Criminal Investigation in Cadiz.

Mario Avella and John Foster are charged with “the crime of possession and depositing of weapons of war” and with damaging Spanish historical patrimony.

E. The relevant articles

32. The issue is whether Spain violated articles 73, paragraphs 2 and 4, 87, 226, 227, 300 and 303 of the Convention.

F. Article 73, paragraph 2

33. The article must be construed as a whole and not in part. Article 73, paragraph 1, specifies that a State may exercise its sovereign rights over, and specifies, “living resources in [its] exclusive economic zone”. The “Louisa” was originally in the territorial sea of Spain. It is under the circumstances set out in article 73, paragraph 1, that a crew shall be promptly released upon posting of a bond. Saint Vincent and the Grenadines did not apply for prompt release of the “Louisa”, neither did it ask for the posting of a reasonable bond. In these circumstances, article 73, paragraph 2, has not been violated by Spain.

34. Further, article 73, paragraph 4, is part of article 73, paragraph 1. The “Louisa” was arrested and detained in the internal waters of Spain, albeit for criminal offences committed in the territorial waters of Spain. The question must be: if the alleged offences were committed in the territorial sea of Spain, was the arrest and detention of Mario Avella reasonable. Therefore, should he, in accordance with article 300 of the Convention, be afforded an action and /or is he entitled to claim of abuse of right under article 300? In other words, is there a link between article 73 and article 300? I do not think so, because article 73 provides for the exercise of rights over the living resources in the exclusive economic zone and for the release of arrested vessels and crews upon the posting of a reasonable bond or security. The article provides that penalties for violations of fisheries laws and regulations may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by States concerned, or any other form of corporal punishment. The “Louisa” and crew were not engaged in fishing in the exclusive economic zone of Spain but were arrested and detained for alleged violations of another nature.

G. Article 87 of the Convention

35. Saint Vincent and the Grenadines complains that the M/V “Louisa” has been denied its right to freedom of navigation. It sailed into the Port with consent, is detained therein and is not allowed to exercise its right of navigation in the high seas. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines advanced a novel argument. He contended that by preventing the M/V “Louisa” from leaving the Port to sail onto the High Seas, Spain has committed an infringement of the right to freedom of navigation. This may be so in a case where a vessel is detained without just cause. However, in the instant case, the vessel is the subject matter of criminal charges and until it is released by the municipal court, it cannot leave the port. In fact, Spain contends, and I agree, that this article is not applicable, because the vessel is subject to and is an exhibit in criminal proceedings, an investigation and charges under Spanish law and, under such law, is not permitted to leave.

36. Further, article 87 applies to the high seas. Therefore, even if given the widest and most generous interpretation, article 87 cannot be deemed to include the territorial sea or internal waters. If that were the case, the article would provide for such circumstances.

37. The sovereignty of a State must be respected and so too the laws of the State.

H. Articles 226, 227 and 228

38. The purpose of article 286 is to provide for the investigation of foreign vessels and deals with the method of investigation as it relates to proper documentation and the physical condition of the vessel. The article does not provide for situations where a vessel is detained because of a criminal investigation and is an integral part of the investigation, and where persons connected with the vessel are being investigated and are facing trial for criminal charges against them. Spain has not violated any of the provisions of the article.

39. The evidence presented shows that there has been no violation of articles 227 and 228 because there was, and is, no discrimination in the proceedings initiated by Spain. Spain does not claim that the vessel is liable to pollute the territorial sea or areas beyond the territorial sea.

I. Jurisdiction

40. Article 288, paragraph 1, of the Convention provides that a tribunal or court shall have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of the Convention. I find that there is a dispute and I alluded to this earlier. There being a dispute concerning the interpretation or application of the articles set out above, the Tribunal must construe and interpret the articles to determine whether the Respondent has violated any of the provisions therein. I have already considered the articles with the exception of article 300 of the Convention and I now turn to article 300 of the Convention

J. Article 300

41. The Applicant contends that the Tribunal has jurisdiction on the merits of the case based on its contention that article 300 is applicable. The Applicant claims that Spain has violated article 300, which reads:

Article 300
Good faith and abuse of rights

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.

42. Article 300 embodies general principles of International Law that emphasise “good faith” and abuse of right. The article must not be construed narrowly but should be given a wide and generous interpretation. It specifies that States shall exercise their rights, jurisdiction and obligations under the Convention in good faith and in a manner which does not infringe a right under the Convention. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines contends that the article is applicable per se and that the abuse of right, specifically abuse of Human Rights, is relevant because of

the treatment of the Avellas. They testified that the manner in which they were treated by the Spanish authorities amounted to an abuse of their human rights. The interpretation of the said article is important. Article 300 embodies a general principle of International Law that in this case must be considered in the context of the Convention. Therefore, where it is necessary to apply the principles set out in the article and no method or guidance is provided, the judge has to give the article a wide and generous meaning.

K. The Arguments of the Parties

43. The contentions of the Parties, that is, whether or not the doctrine of abuse of right provided for in Article 300 of the Convention, are already set out in paragraphs 129-135 of the Judgment, and therefore, it is not necessary to repeat them here.

44. In order to determine the applicability of the said article in these circumstances, the construction and interpretation of the said article is crucial. The submission of Saint Vincent and the Grenadines is set out in paragraph 128 of the Judgment. Counsel submits that article 300 is all-encompassing and provides for an action once an abuse of right is established.

45. Spain contends that article 300 cannot be invoked on its own. Counsel for Spain argues that Saint Vincent and the Grenadines attempted during the oral submissions to “change the nature of the dispute” and present a “new case” relating to an abuse of right. Further, Spain contends that it has not had the opportunity to answer this claim in accordance with the principle of “equality of arms”.

46. I am of the view that Spain was aware that Saint Vincent and the Grenadines invoked the provisions of Article 300, because Spain cited the said article in paragraph 75 of its response to the request of Saint Vincent and the Grenadines for provisional measures. I do not think that reliance on article 300 of the Convention creates a “new claim” It is implicit in the claim that there exists an abuse of right.

47. For purposes of emphasis, I have to repeat the relevant content of a letter, dated 25 September 2012, addressed to the Registrar of the Tribunal. Saint Vincent and the Grenadines stated that its advocate

will address certain jurisdictional issues, including but not limited to human rights violations committed by the respondent and its representatives in Cadiz and elsewhere. He will relate these violations to, inter alia, basic precepts of international law and article 300 of the Convention.

48. Spain responded and objected on the ground that article 300 was not mentioned in the Memorial or Reply of Saint Vincent and the Grenadines. It seems to me that Spain was aware of the claim and had many opportunities to prepare a defence, written or oral, to the claim. Nevertheless, Spain seems to rely on the principle that if an issue is not specifically pleaded, it cannot be raised at the trial. While this is the procedure in some municipal trials, where the Common Law is applicable, a party can apply to amend pleadings for just cause. If the amendment is granted, the other side can respond. As I understand it, this is not a specific requirement in a trial before an international court or tribunal where parties are not permanently present at the place of hearing. Written pleadings in the form of Memorials and Counter-Memorials and Replies are part of standard procedure. The court or tribunal does not and in my opinion should not depend solely on pleadings if evidence is presented and oral submissions are made. It is only fair and just that parties should be given an opportunity to fully present their arguments.

49. In a trial in open court, issues are determined by reviewing documentary and oral evidence. The trial incorporates both written and oral evidence of witnesses and submissions of learned counsel. Consequently, the principle of “equal arms” (*égalité des armes*) is open to both sides. For the avoidance of doubt with regard to the foregoing, I have to add that if a tribunal strictly adheres to written proceedings and does not take cognisance of all the evidence, inclusive of testimony of witnesses, their answers on cross examination and their demeanour and conduct in court, then cases will be determined on documentary evidence. I do not think this can be acceptable.

50. In construing article 300, the rules of statutory interpretation apply. It is necessary to examine the ordinary or plain meaning of the provisions of the article; secondly, to determine what is the object and purpose of the said provisions; and thirdly, to construe the true purport of the article. In doing this, the judge will not be making new law or leading to judicial legislation, but will be making a positive contribution to the development of international law. The law is not static; it is dynamic.

L. Statutory interpretation

51. The law on statutory interpretation will be helpful in construing article 300 of the Convention. Once more, I find the following passages relevant:

In construing an ongoing Act the interpreter is to presume that Parliament intended the act to be applied at any future time in such a way as to give effect to the true original intention. Accordingly, the interpreter is to make allowances for any relevant changes that have occurred since the Act's passing, in law, social conditions, technology, the meaning of the words and other matters. An enactment of former days is thus to be read today in the light of dynamic processing received over the years, with such modification of the current meaning of its language as will now give effect to the original legislative intention. The reality and effect of dynamic processing provides the gradual adjustment. It is constituted by judicial interpretation year in and year out; it also comprises processing by executive officials.

(*Bennion on Statutory Interpretation*, 5th edition, 2008, p. 887)

52. In order to determine whether the court should apply a rectification, construction guidance is also taken from *Bennion on Statutory Interpretation*, 5th Edition, 2008, p. 877, section 287, which states:

A flawed text has been promulgated as expressing the legislative intention, this needs judicial correction, yet those who have relied on it are entitled to protection. This raises a difficult conflict between literal and purposive *construction*. *The Courts tread a weary middle* way between the extremes; the Court must do the best it can to implement the legislative intention without being unfair to those who reasonably expect a predictable construction. The cases where rectifying construction may be required can be divided into five categories, which may overlap. These are: One, the garbled text, which is grammatically incomplete or otherwise corrupt; Two, the text containing an error of meaning; Three, the text containing a casus omissus; Four, the text containing a casus male inclusus; and five, the case where there is a textual conflict.

53. I do not think the text of article is "flawed". However, the text in article 300 provides a link to other relevant articles in the Convention. Therefore, I have resorted to article 2, paragraph 3, of the Convention, providing that "the sovereignty over the territorial sea [be] *exercised subject to this Convention and to other rules of international law*" (my emphasis).

54. Therefore, there can be reference not only to article 300 but also to rules of international law

55. In my opinion, article 300 does not provide for a right per se. It specifies that parties must act in good faith and in the manner in which they exercise their rights recognised in the Convention and these rights must be recognised in the Convention to prevent an abuse of right. Article 300 must be paired with a substantive right in the Convention to be invoked. The article has a horizontal effect in the Convention and must be linked to a right in the Convention, for example under article 73 of the Convention where members of a crew have been arrested and detained. The article does not provide for the protection of human rights. If it did, the article would have so provided. However, by inference, it envisages an abuse of human rights. The Applicant cited article 300 in its Application for provisional measures. In its Counter-Memorial, Spain responded to the citation by the Applicant. In fact, both sides addressed the Tribunal on the interpretation and application of article 300 specifically as it relates to the allegations of the Avellas. There is little or no guidance on the interpretation of article 300 in this context by the courts. Therefore, it seems to be incumbent on a judge to interpret the article without "making new law". Consequently, if the five categories mentioned above are applied to the articles, the reader will find that the judge is not making new law but rising to the challenge of contributing to the development of international law and providing an enhancement to the existing law set out in the Convention.

56. Article 31 of the Vienna Convention provides for methods of construction and I have applied it; I think references to this Convention will be helpful. Article 300 is set out under the rubric: *Good faith and abuse of rights*.

57. The questions are: What are the obligations Spain assumed under the Convention? Moreover, has Spain exercised its rights in a manner that has not constituted an abuse of rights? The obligations are set out in the relevant articles of the Convention. Spain has exercised its right to enforce its laws in its sovereign waters but in doing so, Spain must respect the rights of a person arrested and detained.

58. The principle of respect and protection of a person's right is applicable throughout the Convention and this seems to be the true purport of article 300. The said article is set out under *General Provisions* and not in relation to any specific provision. It is a "golden thread" running throughout the Convention and as a result can stand by itself in relation to an abuse of a right or in conjunction with a specific provision. This article is applicable throughout the Convention and guarantees that good faith will be recognised and that States Parties will not abuse any right under the Convention. In other words, the article provides that States, in exercising their rights and fulfilling their obligations under the Convention, must do so in a manner that does not give rise to an abuse of right. It is noticeable that the word "Convention" appears twice in the article and this in the context can only mean that any obligation or right abused must be set out in an article in the Convention. It seems to me that in exercising its rights, jurisdiction and freedoms, the State must do so without abusing the right of any person.

59. I recognise that there is a view that such a right must exist under the articles of the Convention and that article 300 cannot prescribe a right per se. Nevertheless, the right must be provided for in an article under the Convention.

60. In the Preamble to the Convention the relevant part for purposes of this case reads: "Affirming that matters not regulated by this Convention continue to be governed by the rules and principles of general international law ...".

61. It therefore seems to me that abuse of right is a rule and principle recognized in international law.

62. In the Memorial and during the hearing in the Application for provisional measures, evidence was led that the Mario Avella's right to a fair trial and a trial within a reasonable time was infringed. As I alluded to above, it was implicit in that Application that the right to a fair trial within a reasonable time is important in determining whether the rights of Mario Avella were abused. The question of what is a *reasonable time* will be considered later in this opinion. Therefore, it appears to me that Counsel for Spain must have known that this was part of the claim of Saint Vincent and the Grenadines, although the specific article was not mentioned until the hearing on the merits.

63. Bearing in mind that article 300 of the Convention must be linked to one or more of the articles of the Convention, I find that the said article can be linked to article 2, paragraph 3, of the Convention.

64. I think that in exercising its rights a State Party to the Convention must ensure that it respects and recognises the rights of those whom it has arrested. This is in accordance with the Rule of Law both nationally and internationally. Therefore, I do not agree with paragraph 154 of the Judgment.

65. I mentioned earlier that the M/V "Louisa" sailed into the Port of Cadiz with consent to conduct seismic research in the Bay of Cadiz for oil and gas deposits. It sailed into the Port on 20 August 2004 and began to conduct operations in the territorial sea and internal waters of Spain. The vessel, along with its workboat, the "Gemini III", was detained on 1 February 2006, while in internal waters, for offences allegedly committed in the territorial sea of Spain. The territorial sea falls under the Convention (see article 2, paragraph 3, of the Convention, which reads: "The sovereignty over the territorial sea is exercised *subject to this Convention and to other rules of international law.*" (My emphasis)

66. It seems clear to me that the sovereignty of a State is qualified, because it is subject to the Convention. Consequently, it will include the provisions of article 300 of the Convention. This means that when a person is arrested for an alleged offence in the territorial sea, his rights must not be infringed. The circumstances are that Mario Avella was arrested for alleged offences that took place in Spain's territorial

sea. Therefore, article 300 applies. There is no need to rehearse the facts once more but for clarity to repeat that he was arrested and kept in custody for an inordinately long time before he was released, and before an indictment was served on him. This contravenes article 2, paragraph 3, of the Convention and accordingly article 300 of the Convention.

67. In construing article 300 I am also guided by the principles set out in article 31 of the Vienna Convention: firstly, to consider the ordinary meaning of the words used; secondly, the object of the provisions in the article; and thirdly, the true purport of the article.

68. It seems to me that construed as a whole, in the context of the Convention, article 300 focuses on an abuse of right. In this context, article 300 provides that States Parties shall act in good faith in fulfilling *obligations assumed under the Convention and to exercise the rights, jurisdiction and freedoms recognised in the Convention*.

69. Several questions arise: What are the obligations Spain assumed under the Convention in the relationship with the M/V “Louisa”? Did Spain exercise its rights, jurisdiction and freedoms in good faith? Further, does the evidence led prove the contention of Saint Vincent and the Grenadines when compared with that of Spain? How therefore does the article apply to the facts presented by the Applicant in the context of the submissions and the law?

M. Burden of proof

70. Before proceeding further on the topic of evidence, it will be appropriate to consider the standard of proof required in cases before the Tribunal. I think the standard should be considered on a case-by-case basis because of the differences between common law and civil law requirements in this respect.

71. In common law, there are two main standards: one that is applicable in civil cases and the other in criminal cases.

72. The standard adopted in common law jurisdictions in criminal cases is proof beyond a reasonable doubt; in civil cases, the standard is based on the “preponderance of evidence” or “the balance of probabilities”.

73. In the civil law system, the concept of the standard of proof is different. It is not “on the balance of probabilities” but it is a matter for the personal appreciation of the judge, or “*l’intime conviction du juge*”. In other words, if the judge considers himself to be persuaded by the evidence and submissions based on the evidence, then the standard of proof has been met.

74. I have applied the foregoing when examining the documentary and oral evidence.

N. Evidence

75. Before dealing with the evidence, I refer to the following paragraph of the Judgment:

154. While the Tribunal has concluded that it has no jurisdiction in the present case, it cannot but take note of the issues of human rights as described in paragraphs 59, 60, 61 and 62.

76. In paragraph 61, the Judgment states that Spain contends that its actions complied with Spanish law.

77. The Tribunal merely “took note” but it did not make a finding. The question is therefore asked, “Why take note and what does that mean?” In these circumstances, I find it necessary to consider the evidence of the Parties.

78. Ms Alba Avella was examined in chief and cross-examined by Counsel. Having assessed her evidence, I am satisfied that she was speaking the truth. It is to be noted that her claim is not within the ambit of the Tribunal because she was not a member of the crew and only used the “Louisa” as a dormitory.

79. Mario Avella was an independent contractor of Sage and as such testified that he was not responsible for the items found in the vessel, neither was he directly responsible for any search for artefacts. These are issues for the trial judge to determine. He did complain about the inordinate time awaiting trial and the treatment he received from the authorities in Cadiz. It is noted that the charges against him are still pending.

80. Each Party led evidence of experts in the field of artefacts. Mr Wesley Mark McAfee, a gas consultant expert, on behalf of Saint Vincent and the Grenadines, and Mr James Preston Delgado, Director of Maritime Heritage in the Office of National Marine Sanctuaries in the National Oceanic and Atmospheric Administration, Department of Commerce, United States of America. Both witnesses were examined and cross-examined. Mr McAfee is indeed knowledgeable in his field but not as knowledgeable in the field of Maritime Heritage. Mr Delgado's evidence is clear and convincing and I accept his evidence as more informative and instructive.

81. Having considered the evidence of Mr Dorrik Stow, I am convinced that the equipment found on board the "Gemini III" can be used primarily in the search for artefacts; more so, when account is taken of the evidence that Sage hired divers and that one of them is a known treasure hunter. Mr Stow's evidence is clear, cogent and compelling and is corroborated by the documentary evidence tendered, comprising photographs of the equipment on board the "Gemini III" and the curiously cut oxygen tanks found on board the "Louisa" (see annex 1).

82. The evidence of Ms Carmen Martinez de Azagra Garde is clear and specific. It reflects that Sage was not granted a licence to conduct seismic research in the area specified by Sage. She testified that she was aware of the procedural requirements for the granting of licences and that Sage had not received the required licence.

83. I accept the evidence of former Judge Palin. In his testimony he spoke of the procedure in the criminal justice system in Spain from the investigative stage until the charges on indictment. Apparently this process can take a very long time. He explained the application of the provisions of article 561 of the Criminal Code. He

added that under this code a person should not be kept in custody for more than 72 hours before being charged. He said the record of the investigation was voluminous and could take a long time to prepare.

84. I am also aware of the evidence of Mr Javier Moscoso, a former prosecutor in Spain, a former Attorney General of Spain, former Speaker in the Parliament of Spain and Minister for the Presidency during the first government of Mr Gonzales. Excerpts from his testimony were read to the Tribunal. Mr Moscoso testified on behalf of Saint Vincent and the Grenadines during the hearing of the Application for provisional measures, which was heard by the Tribunal on 10 and 11 December 2010.

85. Mr Moscoso said with respect to the detention of the ship the M/V “Louisa” that the “the judge in Cadiz understands the ships are instruments of a crime – I do not share that opinion- but if the judge considers they are instruments of a crime, then he should apply article 127 of our Penal CodeI think that quarantine should have ended very briefly with a motivated judicial decision that those ships would have been placed in the hands of their owners with the guarantees that civil legislation establishes”.

86. The evidence of both witnesses was very helpful in understanding the Spanish judicial system.

87. Apparently, Spain contends that the allegations of plundering the patrimony of Spain in the Bay of Cadiz find support in the exhibits that are tendered in evidence, such as the equipment on board the “Gemini III”, the cannon balls found on the “Louisa” and the stones with holes that could have been used as weights for fishing nets. There is no evidence to identify the persons who placed them in the “Louisa” and who had control and possession of these artefacts (see annex 2). The captain and owner were not present, and although the person responsible will be, the captain, he has not given a statement... Mario Avella said he is unable to provide an explanation because he was not in charge of the “Louisa”.

88. As I said earlier, the “Louisa” arrived in the Port of Cadiz, Spain, on 20 August 2004. From that date until 4 October 2004 it conducted seismic research operations to determine whether there were deposits of oil and gas in the seabed. Apparently, the research was conducted under a licence with a Spanish firm, Tupet. On 1 February 2006, the “Louisa” was boarded, searched and arrested. The boarding and arrest were in accordance with an Order of the Court of Criminal Investigation No. 4 in Cadiz. Spain alleges that the “Louisa” was involved in the plundering of Spain’s patrimony in the Bay of Cadiz.

89. Evidence in support is that the authorities found pieces of artefacts, five rifles and a handgun on board. The rifles and handgun were seized and charges were preferred against Mr Foster and Mario Avella. Saint Vincent and the Grenadines led evidence through their expert that these artefacts are of little or no value. On the other hand, the expert of Spain testified that all such artefacts are valuable but a fixed price is difficult to specify. The fact is that artefacts were found on the “Louisa” and have financial value. Further, there are other exhibits consistent with diving, for example: oxygen tanks, equipment, and a carefully cut dive tank with an empty space. Saint Vincent and the Grenadines submits the dive tank was being sent for repairs, the Respondent says the space can be filled with materials and sealed. It is a matter for the municipal court to determine whether the artefacts are sufficient evidence to support a charge of theft or plundering Spanish heritage in the Bay.

90. The “Louisa” was arrested in the Port of Cadiz within the internal waters of Spain and is subject to the sovereignty of Spain. Spanish domestic law and procedure is applicable.

91. The following statement of Counsel for Saint Vincent and the Grenadines is noteworthy. In his closing address, he submitted:

We have been very open that Sage entered into this joint venture agreement with a person, Mr. Valero, which, as Mr. Nordquist later said, was a bad decision. It turns out he is apparently some notorious fellow in the annals of Spanish heritage police. He does not seem to have been in jail or anything but, they have criticised us heavily for having done business with him. Is that detrimental? Certainly, we do not think it is in terms of the outcome of the case.

92. I think, in the circumstances of the case, that the benefit of doubt is in favour of the veracity of the statement and that Sage may not have been aware that Mr Valero is a person of alleged notoriety.

O. Applicable law

93. It is trite law that the legal status of a foreign ship in the territorial sea is governed by the rules of law set out in the Convention. However, when a ship enters internal waters in a foreign port, the ship puts itself within the jurisdiction of the coastal State and that State is entitled to enforce its laws and regulations thereunder against the ship and those on board the ship. Article 2, paragraph 3, of the Convention set out above provides that: “3. The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.”

94. There is no equivalent provision in relation to internal waters or in a Port. It is not disputed that the “Louisa” was in the Port when it was arrested. It was not in the territorial sea; therefore the rules of the Convention do not apply. Vessels are subject to the laws of the State and the Port regulations made under these laws.

95. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines is asking the Tribunal to apply a rule outside the Convention and in accordance with article 300 to found an action for abuse of rights and release of the “Louisa”.

96. Mario Avella testified that he was an engineer on the vessel and was not the officer in charge at the time of the arrest, boarding and search. He was arrested sometime thereafter, and alleges inhumane treatment and arrest without trial for a long period. His passport was seized and he had to obtain a new passport to leave Spain. If his allegations are true, and there was no evidence before the Tribunal to refute his allegations, I think this is an issue to be determined by the Court in Cadiz whenever the charges against him are heard.

97. Mario Avella said that the “Louisa” was fitted with diving and sonar equipment. He was informed that they had “some sort of permits, authorisation to work in the waters off the coast of Spain. Someone who had a permit offered to enter into a joint

venture and approached Foster. The contract was with Tupet and permitted them to work in the area.” He understood that Tupet was interested in wrecks and shipwrecks and if a shipwreck was discovered by happenstance, Tupet would take further action.

98. It is noteworthy that Mr Foster did not testify before this Tribunal or in the Spanish court at the investigative stage of the proceedings. He is subject to the domestic laws of Spain and subject to the procedural requirements before trial. Former Judge Palin in his testimony set out for the Tribunal the procedure adopted and followed in the Spanish courts. I accept his testimony as the truth and find that while one may find the procedure of investigation long and tardy, this is an issue to be determined.

99. Mr Foster, the owner of the “Louisa”, has not testified in person in Spain and in fact has not appeared in Spain. A considerable time also elapsed before Mario Avella was charged and indicted.

100. By a letter of 11 October 2012, the Registrar of the Tribunal posed the following questions, *inter alia*, to the Parties:

What were the terms of the contract concluded between the company Sage and the company Tupet? Is it possible to receive a copy of the contract?

101. Saint Vincent and the Grenadines tendered a copy after the close of the oral proceedings. Spain was advised and expressed reservations and objections. I regret that this agreement was not tendered in evidence before the closure of proceedings. If that had been done, I am certain pertinent questions would have been asked which would have been of assistance in arriving at the truth of the matter. However, a court or tribunal cannot speculate. The evidence provided is that the “Gemini III” was a workboat carrying equipment that was more consistent with a search for artefacts than with seismic research only. This is reflected in the photographs and the evidence of the expert Mr Dorrik Stow, who said *inter alia*: “neither the equipment nor the ships or the area where they were working, as far as I can see, have any bearing on serious oil and gas exploration.” This sums up his evidence that the physical

evidence he had seen in the photographs was inconsistent with exploration for oil and gas in the Bay of Cadiz.

102. The Applicant called Mr Wesley Mark McAfee, an expert in the oil industry who has worked with several oil companies. Based on his interpretation of the maps and data he had seen, he felt that there were good prospects for oil and gas in the Bay of Cadiz. Mr Foster, the owner of Sage industries and the “Louisa”, contacted him. He suggested that if Mr Foster had a permit that overlapped any areas that were not subject to production permits, he could use it. In relation to the Tupet agreement Mr McAfee was shown a map of two permit areas granted to Tupet; he responded that “two areas marked in green show that someone has a search permit in that area”. He said that divers are used to take samples of soil for analysis. When asked by Judge Cot whether Sage or Tupet paid the divers, he said he did not know. However, Mr Mesch, a qualified accountant, testified that Sage Maritime and/or John Foster have been clients of his firm for over three decades. Sage was primarily engaged in exploration for oil and gas. His evidence with respect to potential damages was not refuted; he did say, among other things, that Tupet had divers on board the “Louisa” and that the records show “that people were paid”.

103. Ms Martinez De Azagra Garde testified that she is an adviser to the office of the Secretary of State for Energy at the Ministry of Industry. She read and studied the permit that was obtained by Tupet. She said that the said permit could not be considered a permit authorising searches for hydrocarbons under Spanish law. There is no evidence that Sage Maritime Research Inc., Sage Maritime SL, Tupet Sociedad de Pesquisa SA or Plangas obtained any authorisation to carry out activities related to hydrocarbons in Spanish waters, specifically in the Bay of Cadiz or the Gulf of Cadiz. Such applications are sent to the administration and must be registered. Her search of the registry reveals that no application has been filed. Martinez was cross-examined and was not shaken. I believe she is speaking the truth.

104. In the light of the foregoing, it seems to me that Sage was not operating under a valid licence and that the primary concern was allegedly to search for artefacts. Notwithstanding the agreement with Tupet that was not admitted in evidence during

the oral hearing, there is evidence that the equipment on board the “Gemini III” was more consistent with a search for artefacts. Further, there is evidence that Tupet and Sage employed divers. Spain alleges that these divers were treasure hunters in the employ of both Tupet and Sage, so it appears that there may be some truth in the allegation. This is supported by the fact that some artefacts, weights for nets and cannon balls were found on the “Louisa” and seized. Further, it is not disputed that one of the divers, Mr Bonifacio, is a well-known treasure hunter. The question is: Why was he hired? When all the evidence is assessed, it appears to me that the real interest of Tupet was not only to conduct seismic research for hydrocarbon deposits but also to salvage wrecks in the hope of finding treasure. It is curiously strange that neither the Applicant nor the Respondent asked for the production of the Tupet agreement during the submission of pleadings or during the oral hearings. It was only at the request of the Tribunal that the Applicant produced the Tupet agreement. Unfortunately, it was submitted after the close of the oral hearings. Counsel for the Applicant said he thought it had been produced and Counsel for Spain never asked for its production, although both sides led evidence of the agreement and witnesses were cross-examined about its contents. Strictly adhering to the rules of the Tribunal results in the said document not being admissible in evidence and I have not considered the contents of it in arriving at my conclusion.

105. Nevertheless, in my opinion the evidence provided is insufficient to prove that Sage was a partner with Tupet, Mr Valero and Mr Bonifacio in an enterprise to search for and plunder treasure under the pretence of conducting seismic research for oil and gas.

106. It seems to me that in the light of the evidence, the only issue for consideration is whether there is an abuse of right.

P. Abuse of right

107. The “Louisa” was arrested and detained in the internal waters of Spain and is subject to the domestic laws of Spain. Mario Avella was arrested and later detained in the Port of Cadiz. Ms Avella is not a member of the crew. She used the “Louisa” as a dormitory. Based on the evidence, she was not implicated in the commission of

any criminal offences. Nevertheless, there is clear and cogent evidence that the Spanish authorities at the Port abused her rights. She is a citizen of the United States of America. I am satisfied that her rights were abused.

Q. Delay

108. The evidence also discloses that the delays were occasioned by the reluctance of Mr Foster to appear in person before the Investigating Judge in Spain. Spain contends that this obviously resulted in stymieing the investigation. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines strenuously argued that it was not fair to permit such a delay because “delay defeats justice”. A delay militates against the human rights and dignity of an arrested person. Such treatment can be deemed “cruel and unusual”. He added that it was not fair for any person to have a charge pending for such a long time. As I mentioned earlier, the criminal proceedings are still pending in the National Court in Cadiz, Spain. The Tribunal cannot and should not interfere in domestic criminal proceedings. The “Louisa” is obviously an exhibit in the Criminal Court case and there is no application before the Spanish Court to release the vessel on the signing of a bond.

109. The claim that Spain infringed the articles mentioned in the final submissions of the Applicant has, *with the exception of article 300 in its link with article 2, paragraph 3, of the Convention*, not been proved. Further the claim of abuse of right of Mario Avella, based on the inordinate delay of his trial, needs further consideration. Therefore, as a judge I have to consider, examine and assess testimony, both oral and documentary. Mario Avella has denied any participation in carrying out “the crime of possession and depositing of weapons of war [...] together with the continued crime of damaging Spanish historical patrimony”. He is not the captain of the M/V “Louisa” and was not the officer in charge at the time of the boarding, arrest, search and detention of the said vessel. He was not in possession of the “weapons of war”; neither did he have control over the said weapons seized. He did not have access or the keys to the vault in which the weapons were kept. Spain did not lead any evidence to rebut or contradict his evidence. He was cross-examined at length and was not shaken. Therefore, I accept his evidence as the truth.

110. It is an accepted principle in criminal law that a man is innocent until proven guilty. This means that a judge and/or jury must be convinced beyond reasonable doubt that he is guilty. The evidence against him must be clear, cogent and convincing. This is not the case here. Therefore it is unjust and unfair to have him awaiting trial for such an inordinate time.

111. Paragraph 155 of the Judgment is instructive in that it sums up the relevant law on human rights and obligations of States. It reads:

The Tribunal is of the view that States are required to fulfil their obligations under international law, including human rights law, and that considerations of due process of law must be applied in all circumstances (see *M/V "SAIGA" (No. 2) Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10, at p. 61, para. 155: "*Juno Trader*" (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea Bissau*) Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2004, p. 17 at pp. 38-39, para. 77; "*Tomimaru*" (*Japan v. Russian Federation*), Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007, p. 74 at p. 96, para. 76).

112. I have considered and applied the above in the light of the law and evidence.

R. Damages

113. Before considering an award for damages for Mario Avella, for purposes of completeness I will deal with the claims of Mr Foster, the claim of the Hungarian crew members and that of Alba Avella. Firstly, Alba Avella was arrested in the Port of Cadiz. She was not a member of the crew and, as I alluded to earlier, was on the "Louisa" in the Port to use same as a place to stay. She is a citizen of the United States of America. Her evidence was not refuted. However, I do not think the question of citizenship is relevant when a person's human rights are infringed. The "Louisa" is registered in Saint Vincent and the Grenadines and as such Saint Vincent and the Grenadines is the flag State. The question must be what are the responsibilities of the flag State to ensure and make a claim if the rights of one of its guests is infringed? A State must ensure that the human rights of its citizens are not abused. This State responsibility applies to any person who is resident in the country or is a guest in the country. While Ms Avella may have a claim against the Spanish authorities for an abuse of right, I think the flag State has the legal right to enforce

her claim. She testified that she was arrested while awaiting transportation to the “Louisa”. She was not brought before a judge after arrest and was detained in a small room in the basement of the police station in Cadiz; there was no chair, no place to sleep, and no bathroom facility. She was taken to court and presented to a judge five days after her arrest on 6 February 2006 and released from custody that day. However, she was unable to leave Spain, because the Spanish authorities retained her passport for eight months, during which time she had to report on a regular basis to the Spanish authorities. No charges were brought against her. Spain did not lead any evidence to contradict what she alleges but contends that

the basic rights of Ms Avella, Mr. Avella and the two members of the crew have not been breached. They were detained in strict compliance with the law; they were informed of their rights; they were brought before a judge; that judge heard them; they were able to submit written statements, applications and appeals to defend their rights and interests.

114. In my opinion, the above statement does not answer the allegations of Ms Avella.

115. Therefore, I consider that in the light of the cogent and convincing evidence an award will be adequate.

116. Before awarding damages, a court or tribunal must consider several factors: firstly, the direct nexus between the unlawful action or inaction against the person claiming damages; secondly, evidence of an abuse of right and in the case of a claim for special damages, concrete proof of injury and medical evidence. There is no medical evidence, either physical or psychological; therefore a claim for special damages cannot be sustained. However, in a claim for general damages a claim on the evidence led can be sustained. Mr Geller Sandor and Mr Szuszy Zsolt, two crew members of Hungarian nationality, and Mr John Foster did not testify and were not cross-examined. I did not have the opportunity to observe their demeanour and conduct in court and I cannot in these circumstances award damages.

117. Spain did not lead evidence to refute the evidence of Mr Mesch in respect of the damages for Mario Avella. Spain has submitted that the Tribunal does not have jurisdiction to hear the case on the merits. Nevertheless, Mr Mesch was cross-

examined, presumably out of an abundance of caution. The questions to the witness were long and seemed to include the position of Spain. It is therefore quite difficult to discern what exactly the witness meant in his answers. Mr Mesch did agree that it is difficult, as he put it, “to come up with a value on someone’s liberty.” He based his assessment on a statement of Mario Avella of the amount he worked for per day. In assessing damages, I do not think this is sufficient. Further I have not seen any payment vouchers to support loss of earnings. I find it strange that he “took his word” and said, “That sounds reasonable”. In addition, he arrived at a figure of \$1,000 (USD) per day. So the question seems to be: What does a court do in such circumstances when there is a paucity of evidence? A judge has to consider what is reasonable in the circumstances. There is no concrete and compelling evidence to support the claim for damages given by Mr Mesch. The criminal proceedings are still pending; therefore I cannot find that Mario was unlawfully incarcerated or imprisoned and consequently unable to work. However, nominal damages for the inordinate delay before trial will be adequate.

118. The question whether it was fair to keep Mario Avella in custody for a long period seems to be a matter for the domestic courts. The outcome of the trial on indictment is crucial to the issue because the court may find him guilty. If on the other hand he is acquitted then the question of abuse of rights with respect to his incarceration pending trial will be considered in a court dealing with human rights.

119. Having found that the question of an abuse of right was raised, and the Convention is silent on the procedural aspects of same, I have considered Articles 5(3) and 6(1) of the European Convention on Human Rights (ECHR). Under the Convention I am permitted to refer to the ECHR because the ECHR is part of the corpus of international law and indeed a codification of “other rules of international law” that are referred to in article 2, paragraph 3, of the Convention. Counsel for Saint Vincent and the Grenadines contends that a delay of over six (6) years amounts to an abuse of process.

120. I have considered the decisions of cases heard at the European Court of Human Rights. It seems to me that the threshold of proof that must be crossed before a breach of the articles is established is high. The reasonable time

requirement in article 5(3) cannot be translated into a fixed number of days, weeks, months or years, *Steugmuller v Austria* (1979-1980) 1EHRR 155,191 at para. 4. Further, the circumstances must be exceptional. Consequently, the question must be asked: what are the exceptional circumstances in the applicant's case on behalf of each complainant? Apparently, there may be such circumstances because the criminal trial against Mario Avella and John Foster is still pending. Therefore, I consider that in the light of the evidence an award will be adequate.

S. Delay

121. The European Convention on Human Rights (ECHR) and the Inter-American Convention on Human Rights expressly require that hearings take place within a "reasonable time". I have read the recent report of the Icelandic Human Rights Centre dealing with the subject of reasonable time. The report reads:

The European Convention and the American Convention expressly require that hearings take place 'within reasonable time'. The ICCPR speaks of expeditious hearings, thereby also implying that justice be delivered expeditiously and within a reasonable time. A delay of justice is often equal to no justice at all; as the old saying goes: 'Justice delayed is justice denied.' It is especially important for a person charged with a criminal offence not to remain longer than necessary in a state of uncertainty about his/ her fate. No other subject of human rights is so often the subject of case-law before the European Court as 'the reasonable time requirement'. The European Court and the other major supervisory mechanisms have assessed what is reasonable time on a case-by-case basis. Elements to be considered include a) national legislation; b) what is at stake for the parties concerned; c) the complexity of the case; d) the conduct of the accused or the parties to the dispute; and e) the conduct of the authorities.

122. The provisions of article 6 of the ECHR are relevant and helpful in determining whether Mario Avella has suffered an abuse of right. Article 6 reads as follows:

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and the facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

T. Fair trial

Main article: Article 6 of the European Convention on Human Rights

123. Article 6 provides a detailed right to a fair trial, including the right to a public hearing before an independent and impartial tribunal within reasonable time; the presumption of innocence is important.

124. It seems clear to me that Mario is being denied justice for an inordinately long time and has been, and continues to be, in a state of uncertainty and, I add, mental distress for a longer period than necessary. He is entitled to damages .

125. However, a wide and generous interpretation of article 300 of the Convention allows the Tribunal to consider an abuse of right. With respect to the two crew members, I think there is a case to answer. However, the evidence in support is insufficient. Payment vouchers have not been submitted. Evidence of financial loss does not meet the standard required: I do not think the evidence of Mr Mesch can suffice in these circumstances where only one party led evidence. Nevertheless, I am satisfied that this inordinate delay before trial amounts to an abuse of right. It is contrary to the rule of law and amounts to an abuse of process. I have applied the law on human rights as set out in the Inter-American Convention on Human Rights,

the European Convention on Human Rights, the relevant case law, and recent decisions including the financial awards of the courts. I find that Mario Avella's right to trial within a reasonable time has been abused. He is entitled to an award for damages for a period of four years. I award him damages for four years because I have considered the fact that the investigation could have taken some time before he was charged; however, the trial on those charges is still pending.

126. After I determined the facts, I applied the relevant law established under the Convention and rules of international law.

127. In the light of my interpretation of article 300 of the Convention, I find that the Tribunal has jurisdiction in this case.

128. The Request is admissible.

129. The case should be determined on the merits, in other words on an assessment on the law and evidence.

130. While Spain has not violated articles 73, 87, 226, 227, 245 or 303 of the Convention, Spain has committed an abuse of right as provided in article 300 of the Convention.

131. Bearing in mind that the right to a trial within a reasonable time is of great importance for the proper administration of justice, and the high threshold that must be crossed before a breach is established, I consider nominal damages would be adequate compensation for Mario Avella.

132. As I mentioned above, I am of the view that a nominal award of damages will be adequate for Ms Avella.

133. Since its arrest and detention in the port of Cadiz, the M/V "Louisa" continues to deteriorate. The artefacts found on board have been seized and are in the possession of the Spanish court authorities. In most legal systems, the following can occur: the vessel can be released if the owner enters into a bond or guarantee to

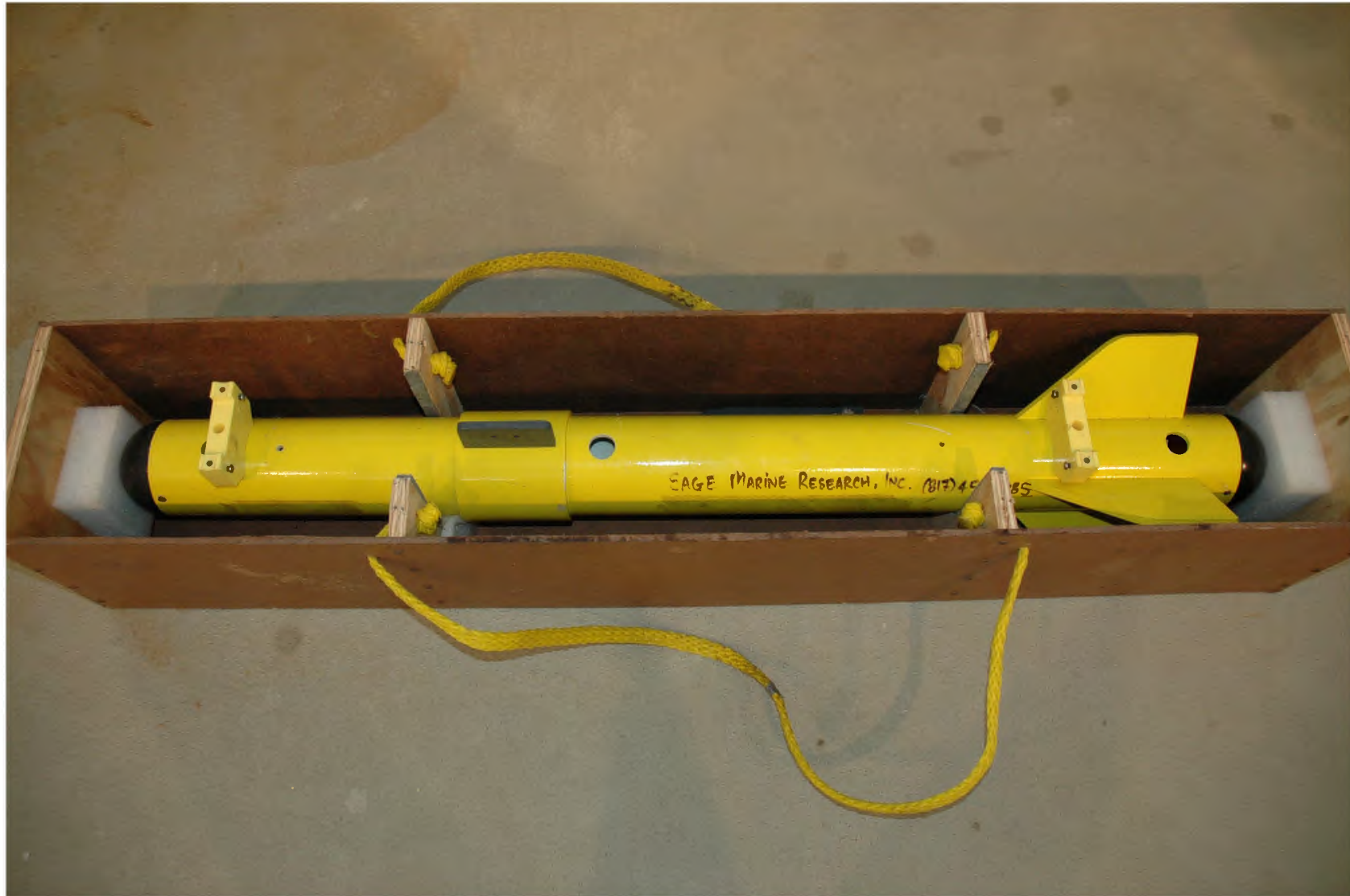
return the vessel if ordered by the judicial authority, or gives an undertaking, or makes a cash deposit for the release, upon agreeing that the sum deposited will be forfeited if the owner does not comply with the order. Mr Moscoso said words to this effect in his testimony. Bearing in mind the foregoing, it is my view that, subject to the sale of the M/V "Louisa", substantial damages by the appropriate court would be adequate for Sage Maritime Research, Inc.

(signed)

Anthony A. Lucky

Annex 1

Geometrics G-882 Magnetometer



JW Fishers ROV RMD-1 Metal detector



Handy metal detectors aboard the *Louisa*



The abnormal deflectors on board the *Gemini III*



The dive tank boom -shell



Annex 2

Archaeological objects



Archaeological objects



Archaeological objects



Archaeological objects

