

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE KOLODKIN

1. Pour les raisons exposées ci-après, je n'ai pas été en mesure de me rallier au Tribunal pour conclure que, *prima facie*, l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention (ci-après, la « Convention » ou « CNUDM ») ne s'applique pas en l'espèce¹ et que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII (ci-après, le « tribunal arbitral ») institué par l'Ukraine (ci-après, le « demandeur ») aurait *prima facie* compétence pour statuer sur le différend qui lui est soumis². A mon avis, le tribunal arbitral n'a pas *prima facie* compétence pour connaître du différend parce que l'« exception pour activités militaires » prévue à l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention est applicable *prima facie* en l'espèce. En conséquence, le Tribunal n'était pas fondé à prescrire des mesures conservatoires.

2. La Fédération de Russie (ci-après, le « défendeur »), lorsqu'elle a exprimé son consentement à être liée à la Convention, a déclaré que « conformément à l'article 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, [la Fédération de Russie] n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention pour les [...] différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat ». A peu de chose près, le demandeur a fait la même déclaration³.

3. Le demandeur, notant les déclarations faites par les parties conformément à l'article 298, a déclaré qu'aucune des limites aux procédures obligatoires de règlement des différends prévues aux articles 297 et 298 de la Convention ne s'appliquait en l'espèce⁴. Il a développé cette thèse dans ses plaidoiries. En particulier, il a indiqué que le différend qu'il a porté devant le Tribunal, d'un point de vu objectif, ne concerne pas des activités militaires et qu'il faudrait que les actes dont il se plaint soient des actes militaires, mais qu'ils ne le sont pas et concernent plutôt l'exercice de la compétence nationale dans un contexte d'exécution forcée⁵.

¹ Ordonnance, par. 77.

² Ibid., par. 90.

³ Ibid., par. 48 et 49.

⁴ Demande en prescription de mesures conservatoires présentée par l'Ukraine au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 16 avril 2019, par. 18.

⁵ ITLOS/PV.19/A26/1, p. 20.

Le demandeur a dit que sa demande concerne la saisie et l'immobilisation de ses navires et l'arrestation et la détention de leur équipage en dépit de l'immunité de juridiction dont ils jouissent vis-à-vis du demandeur, et que ces demandes ne concernaient pas des activités de nature militaire⁶.

4. Je n'ai pas l'impression que le défendeur ait affirmé, du moins directement, que le présent différend ne portait pas sur l'immobilisation des navires et la détention des militaires ou sur leur immunité vis-à-vis de sa juridiction. Au contraire, citant sa déclaration, le défendeur a affirmé que « le présent différend porte sur des activités militaires et échappe donc manifestement à la compétence d'un tribunal arbitral constitué sur le fondement de l'annexe VII »⁷.

5. Ainsi, comme le Tribunal l'a constaté, les Parties sont en désaccord sur l'applicabilité de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention et des déclarations qu'elles ont faites au titre de cette disposition⁸.

6. Le Tribunal a noté qu'il n'est pas inhabituel aujourd'hui pour les Etats d'employer des navires militaires et des navires chargés de missions de police en les faisant collaborer à diverses fonctions maritimes ; que la distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée ne peut pas non plus être fondée uniquement sur la qualification des activités et actes en question par les parties au différend ; et que cette distinction doit être fondée principalement sur une évaluation objective de la nature des activités en question, en tenant compte des circonstances pertinentes de chaque cas⁹. Il a également indiqué que pour décider si le différend soumis au tribunal arbitral concerne des activités militaires au titre de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention, il est nécessaire d'examiner la série d'évènements qui a précédé la saisie et l'arrestation puis l'immobilisation et le placement en détention¹⁰. Je suis d'accord.

⁶ Ibid., p. 21.

⁷ Mémoire du Gouvernement de la Fédération de Russie, 7 mai 2019, par. 26 et 27.

⁸ Ordonnance, par. 50.

⁹ Ibid., par. 64 à 66.

¹⁰ Ibid., par. 67.

7. Mais je ne peux suivre ni l'interprétation et l'appréciation juridique des circonstances de l'espèce, ni le raisonnement juridique que fait le Tribunal et sur lesquels il se fonde pour ne pas appliquer au présent différend l'« exception pour activités militaires » prévue à l'article 298, paragraphe 1 b).

8. En particulier, je suis en désaccord avec l'avis exprimé par le Tribunal selon lequel « on peut difficilement affirmer d'une manière générale que le passage de navires militaires équivaut en soi à des activités militaires »¹¹. Le Tribunal n'a certes pas dit directement que les navires militaires du demandeur n'exerçaient pas d'activité militaire lorsqu'ils ont tenté de traverser le détroit de Kertch, mais cela se lit en filigrane dans les paragraphes 68 à 70 de l'ordonnance. Je ne saurais l'accepter. Je suis également en désaccord avec le Tribunal lorsque ce dernier estime que « l'interprétation divergente que font les Parties du régime du passage par le détroit de Kertch se trouve au cœur du différend »¹² ou que « ce qui s'est produit relève plus de l'emploi de la force dans le cadre d'une opération d'exécution forcée que d'une opération militaire »¹³.

* * *

9. Je considère que les activités de navigation en mer des navires de guerre d'un Etat sont intrinsèquement militaires, ou du moins le sont à première vue. Lorsque par exemple les navires de guerre d'un Etat exercent leur liberté de navigation en haute mer ou dans la zone économique exclusive, cela doit normalement être considéré comme une activité militaire. Il en va de même pour le passage de navires de guerre par certaines zones maritimes. Seules certaines circonstances dans une situation particulière peuvent justifier une conclusion différente. Cela s'applique également, selon moi, aux fins de l'« exception pour activités militaires » prévue à l'article 298, paragraphe 1 b) de la CNUDM.

* * *

¹¹ Ibid., par. 68.

¹² Ibid., par. 72.

¹³ Ibid., par. 74.

10. L'incident du 25 novembre 2018 portait bien sur des activités militaires menées par les Parties.

11. Il est de notoriété publique que le demandeur a officiellement commencé à qualifier la situation existant entre lui-même et le défendeur de conflit armé bien avant la survenue de cet incident (et qu'il continue à le faire depuis). Le demandeur a officiellement accusé le défendeur (et continue de le faire) d'avoir commis une « agression » à son encontre. C'est par conséquent sciemment que le demandeur a envoyé ses navires de guerre traverser des eaux contrôlées par les garde-côtes et les forces militaires de l'« ennemi ».

12. La « liste de contrôle préalable à l'appareillage » qui se trouvait à bord de la vedette « Nikopol », l'un des navires qui étaient censés passer par le détroit de Kertch¹⁴, est également révélatrice. Dans la déclaration de l'amiral Tarasov présentée par le défendeur, l'amiral nie que cette « liste de contrôle » constituait un ordre officiel, mais ne la décrit pas moins comme un « document »¹⁵.

13. Cette « liste de contrôle », qui a manifestement été établie par la marine du demandeur alors qu'elle préparait le départ de ses navires de guerre à destination du port de Berdyansk via le détroit de Kertch, indique notamment l'objet de leur mission et les moyens à mettre en œuvre pour l'accomplir. Le demandeur n'a contesté ni le fait que cette « liste de contrôle » était un document établi par sa marine, ni sa teneur, et il l'a lui-même mentionné dans ses plaidoiries¹⁶.

14. La « liste de contrôle » explicite notamment :

- qu'il s'agissait d'une mission du « groupe tactique de vedettes n° 5 » (c'est-à-dire d'une unité militaire composée en l'occurrence des vedettes armées « Berdyansk » et « Nikopol ») ;

¹⁴ Demande, annexe F, appendice A, « Nikopol Small Armored Gunboat, Checklist for Readiness to Sail (09:00 Hours on 23 November 2018 to 18:00 Hours on 25 November 2018) ».

¹⁵ Demande, annexe F, par. 9.

¹⁶ ITLOS/PV.19/A26/1, p. 9.

- qu'en mission, ce groupe devait « se concentrer sur l'approche et la traversée furtives du détroit de Kertch » (cela est indiqué deux fois dans la « liste de contrôle ») ;
- que dès le matin du 23 novembre, les préparatifs devaient être effectués pour « l'action et le passage » (pas seulement pour le passage) ;
- qu'à l'arrivée au port de Berdyansk, les navires de guerre devaient « se tenir prêts à effectuer des missions de stabilisation de la situation sur le théâtre d'opération de la mer d'Azov » ;
- et enfin, que la principale opération ou que l'une des principales opérations de la mission consistait à « [e]xécuter les principales tâches d'entraînement au combat pour la mission assignée »¹⁷.

15. Le « groupe tactique de vedettes n° 5 » n'a annoncé à l'administration de la navigation du défendeur ses intentions de traverser le détroit de Kertch avec le remorqueur auxiliaire de la marine « Yani Kapu » qu'à 5 h 35, le 25 novembre, c'est-à-dire 8 heures après avoir été contacté par les garde-côtes du défendeur et questionné au sujet de ses intentions¹⁸. Après quoi, les vedettes et le remorqueur ont continué à manœuvrer pendant des heures dans les parages du détroit de Kertch, ignorant les tentatives que faisaient les garde-côtes du défendeur pour les stopper, jusqu'à ce qu'ils se trouvent bloqués. Cela n'a pas empêché ce groupe naval du demandeur de tenter de forcer le blocage, au mépris de la réglementation applicable invoquée par le défendeur et des ordres des garde-côtes du défendeur lui intimant de stopper¹⁹. Ce n'est qu'après que les navires du défendeur eurent ouvert le feu que les navires de guerre du demandeur ont vraiment été stoppés par les garde-côtes (« Berdyansk » et « Yani Kapu ») et l'armée (« Nikopol ») du défendeur.

16. A mon avis, il ressort clairement de ce qui précède que, *prima facie*, la mission et l'activité de la marine du demandeur en l'espèce étaient militaires. Il ne me semble pas qu'il s'agissait d'une tentative de passage ordinaire n'ayant pu être menée à bien. Même à considérer que c'était le cas, le simple fait qu'il était prévu que le passage en question soit tenté par des navires de guerre témoigne de la

¹⁷ Ibid., par. 3 à 5.

¹⁸ Mémoire, par. 12 et 13.

¹⁹ Ibid., par. 14 à 17.

nature militaire de cette activité, en particulier si l'on tient également compte des objectifs du passage, du détail de ses préparatifs et de la manière dont il a été projeté et tenté d'être mis en œuvre.

17. Selon moi, bien peu de ce qui a été dit dans les plaidoiries vient étayer la thèse selon laquelle « l'interprétation divergente que font les Parties du régime du passage par le détroit de Kertch se trouve au cœur du différend », malgré le fait que le passage a été refusé par le défendeur pour des motifs tenant à sa réglementation nationale. Je pense qu'en l'espèce, le demandeur, du moins à ce stade, ne conteste pas le régime du passage par le détroit, qui est avant tout fondé sur le Traité sur la coopération et l'usage de la mer d'Azov et du détroit de Kertch conclu par la Fédération de Russie et l'Ukraine en 2003 (et les Parties ne semblent pas en désaccord sur ce point). Ce que le demandeur fait valoir n'est que la question circonscrite de l'immunité de ses navires militaires au regard des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention. Aucune des Parties n'a affirmé que la question de la licéité du refus opposé par le défendeur au passage des navires militaires du demandeur par le détroit se trouvait au cœur du différend ou en formait la toile de fond.

18. La position officielle du demandeur s'agissant des actes du défendeur lors de l'incident est demeurée la suivante pendant des mois : dès le début, il les a qualifiés d'actes d'agression et d'usage de la force par le défendeur²⁰. Ce faisant, le demandeur n'établissait pas de distinction entre les actes des garde-côtes du défendeur, d'une part, et ceux de son armée, d'autre part, qui étaient tous deux impliqués dans cet incident. En cela, le défendeur ne dévie pas de la position officielle qu'il a formulée bien avant l'incident du détroit de Kertch. Le demandeur s'imagine qu'il mène un conflit armé avec le défendeur, et il croit donc que ce qui s'est passé le 25 novembre était un nouvel épisode de ce conflit. Dans cet esprit, il a, pendant plusieurs mois, exigé que les militaires en détention, qu'il considérait être des prisonniers de guerre, soient traités selon les règles du droit humanitaire et des droits de l'homme, et il n'a pas revendiqué leur immunité au titre de la CNUDM²¹. Dans les documents présentés au Tribunal, rien n'indique que le demandeur ait

²⁰ Ibid., par. 32.

²¹ Ibid.

revendiqué l'immunité avant le 15 mars. Et même après cette date, dans les procès devant les tribunaux du défendeur, les défenseurs des militaires du demandeur ont continué d'insister sur le fait que ceux-ci avaient été capturés par le demandeur « au cours d'un conflit armé » lors « d'un incident frontalier précis qui s'est produit le 25 novembre », qu'ils étaient des prisonniers de guerre, et ils n'ont pas revendiqué leur immunité²².

19. Pourtant, devant le Tribunal, le demandeur affirme que les actes du défendeur étaient des actes d'exécution forcée, faisant observer que le défendeur a lui-même « traité cet incident comme une question de respect de la loi pénale » et que les militaires font l'objet de poursuites « devant des tribunaux civils »²³.

20. Le défendeur n'a pas dit que ses actes lors de l'incident constituaient un usage de la force dans un conflit armé. Selon moi, il n'a pas non plus, en invoquant les dispositions de la CNUDM et celles de sa législation pénale, décrit ses actes lors de l'incident comme relevant de l'exécution forcée. Au contraire, le défendeur souligne l'intervention de son armée dans l'incident, qui a abouti à la saisie des trois navires de guerre et à l'arrestation des militaires, et il déclare que l'immobilisation de ces navires et la détention de ces personnels a directement résulté de cet incident. Il affirme que les activités menées lors de cet incident étaient de nature entièrement militaire et que, par conséquent, le traitement subséquent de la Russie importait peu et que les activités en cause ici étaient de nature militaire²⁴.

21. Pour moi, la réalité des actes du défendeur lors de l'incident se présente *prima facie* comme suit. Dans un premier temps, il s'agissait d'actes d'exécution forcée lorsque les navires militaires du demandeur ont été détectés, contactés et avertis par les garde-côtes du défendeur. Puis on les activités ont pris une tournure militaire lorsque la marine et l'armée de l'air sont intervenues. Elles ne se trouvaient pas simplement dans les parages, mais participaient activement aux opérations. Elles sont intervenues d'abord pour faire obstacle aux activités auxquelles le groupe naval du défendeur était en train de se livrer, et ensuite pour y porter un coup d'arrêt

²² Demande, annexe G, appendice A, p. 5.

²³ Voir, par ex., demande, annexe A, par. 11.

²⁴ Mémoire, par. 28 et 33.

et en prévenir d'autres, lorsqu'un hélicoptère de combat du Ministère de la défense du défendeur a stoppé la vedette « Nikopol » et qu'une corvette de la flotte du défendeur en mer Noire a surveillé les manœuvres de la marine du demandeur²⁵. Comme le demandeur l'a lui-même fait observer, lorsque ses navires ont commencé à pénétrer dans le détroit le 25 novembre, ils ont été bloqués par des navires de la marine et des garde-côtes du demandeur²⁶. Ce n'est qu'après que le groupe naval du demandeur et que ses activités militaires eurent été stoppées, avec l'intervention et l'aide directes de l'armée du défendeur, que ce dernier a repris ses actes d'exécution forcée à proprement parler (en particulier, la saisie et l'immobilisation du « Nikopol » n'a eu lieu qu'après qu'il eut été stoppé par les forces armées). A mon avis, l'activité du défendeur lors de cet incident était *prima facie* militaire, tout du moins dans une large mesure.

22. Les activités que chacune des Parties a menées au cours de cet incident ont contribué à lui conférer sa nature. Elles étaient manifestement liées entre elles et il convient d'en considérer la totalité pour apprécier l'incident dans son ensemble. Les activités du demandeur étaient de nature purement militaire et les activités du défendeur étaient militaires dans une large mesure. La réalité de cet incident, pris dans sa totalité, révèle un affrontement, avec usage de la force, entre les forces armées d'un Etat et les forces de l'ordre et les forces armées de l'autre Etat. Les événements qui ont immédiatement précédé la saisie et l'immobilisation, en particulier si on les apprécie objectivement *prima facie*, me semblent davantage constituer un accrochage naval ou, pour reprendre les termes des défenseurs des militaires, un incident frontalier, qu'une opération d'exécution forcée. Ces événements n'étaient pas de l'ordre d'un conflit armé, mais ils ont dépassé l'exécution forcée.

23. J'estime que la saisie et l'immobilisation des navires du défendeur sont *prima facie* si étroitement liées aux activités militaires qui les ont immédiatement précédées qu'elles ne sauraient être considérées séparément. En conséquence, le présent différend concernant l'immobilisation des navires a en même temps trait

²⁵ Mémoire, par. 19.

²⁶ Demande, annexe A, par. 8.

prima facie à des activités militaires. En tant que tel, il échappe *prima facie* à la compétence du tribunal arbitral par le jeu de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention.

(signé) Roman A. Kolodkin