

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE JESUS

1. J'ai voté en faveur des mesures conservatoires dans cette affaire. Néanmoins, étant donné que la question du sens à donner aux activités militaires, en tant qu'exception d'incompétence du tribunal arbitral, en vertu de l'article 298, paragraphe 1 b), a constitué un élément central de la décision du Tribunal, j'ai estimé que je devrais clarifier ma position sur ce point, car j'estime qu'il n'a pas été clairement traité dans le texte de cette ordonnance sur les mesures conservatoires.
2. Ma première observation est que la question des activités militaires doit être examinée non seulement du point de vue des mesures prises par la Fédération de Russie autour de la saisie et de l'immobilisation des navires de guerre ukrainiens, mais également du point de vue des actes accomplis par les navires de guerre ukrainiens lors de l'exercice de leur droit de passage dans les eaux territoriales.
3. Le Tribunal semble avoir centré son attention exclusivement ou essentiellement sur la caractérisation des mesures prises par la Fédération de Russie, c'est-à-dire sur le point de savoir s'il s'agissait d'activités militaires excluant la compétence du tribunal arbitral conformément à l'article 298, paragraphe 1 b) de la Convention, ou s'il s'agissait plutôt d'actes d'exécution forcée. Le Tribunal est parvenu à la conclusion que les mesures prises par la Fédération de Russie, lors de la saisie et de l'immobilisation des navires de guerre ukrainiens paraissent revêtir la nature d'actes d'exécution forcée. Je partage les conclusions du Tribunal à cet égard et ne traiterai donc pas cette question ici. J'aborderai uniquement la question de savoir si les actes des navires de guerre ukrainiens équivalaient à de possibles activités militaires.
4. Dans cette affaire, la détermination *prima facie* de l'exception relative aux activités militaires dont se prévaut la Fédération de Russie est tout aussi importante que la caractérisation des activités des navires de guerre ukrainiens dans l'exercice de leur droit de passage dans la mer territoriale. J'exprimerai donc mon opinion sur la question de savoir si les navires de guerre ukrainiens peuvent s'être livrés à des activités susceptibles d'être considérées comme de nature militaire en vertu de la Convention.

5. En l'espèce, le cœur du débat portait sur l'argument de la Fédération de Russie, contestant la compétence du tribunal arbitral, sur la base de la déclaration qu'elle a faite en vertu de l'article 287 de la Convention lors du dépôt de son instrument de ratification, dans laquelle elle a expressément indiqué qu'elle « n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de la Convention, aboutissant à des décisions obligatoires, pour [...] les différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat ». La caractérisation des activités entourant la saisie et l'immobilisation des navires militaires ukrainiens est devenue la question centrale dans cette affaire, afin de déterminer si le tribunal arbitral a compétence *prima facie* pour statuer en l'espèce.

6. Bien qu'elle ait décidé de ne pas comparaître devant le Tribunal dans la présente affaire, la Fédération de Russie a néanmoins communiqué sa position sur la demande en prescription de mesures conservatoires présentée par l'Ukraine, dans un mémoire envoyé au Tribunal, daté du 7 mai 2019.

7. Se fondant sur sa déclaration en vertu de l'article 287 de la Convention, la Fédération de Russie a indiqué dans ce mémoire que le tribunal arbitral qui serait constitué à la requête de l'Ukraine « ... n'aurait pas compétence, pas même *prima facie* ... » et ajouté que « le présent différend porte sur des activités militaires ». Elle a en outre argué que

l'incident du 25 novembre 2018 concernait une incursion "secrète" non autorisée par trois navires militaires ukrainiens dans les eaux territoriales russes, à laquelle s'est opposé le personnel militaire des garde-côtes russes, suivie par la saisie des trois navires militaires ukrainiens et l'arrestation des militaires ukrainiens.

Elle a clarifié que

le différend introduit par l'Ukraine porte sur ces événements. L'immobilisation des trois navires militaires ukrainiens et la détention des militaires ukrainiens sont la conséquence directe de l'incident du 25 novembre 2018 et ne peuvent donc être examinés séparément de l'enchaînement des événements impliquant respectivement du personnel et du matériel militaires du côté russe et ukrainien. Il s'agit manifestement d'un différend sur des activités militaires.

8. En conséquence, il s'agissait essentiellement pour le Tribunal de déterminer *prima facie* si l'exception tirée des activités militaires, invoquée par la Fédération de Russie, s'applique ou non aux faits et circonstances de la cause.

9. Que nous disent les faits et circonstances articulés par les deux Parties ? Ils indiquent que l'Ukraine et la Russie ont toutes deux admis que les navires de guerre ont été immobilisés au motif, à la base, qu'ils n'ont pas obtempéré à l'ordre de ne pas traverser le détroit de Kertch.

10. Je n'ai pas trouvé dans les informations soumises par les Parties, y compris celles fournies par la Fédération de Russie au Tribunal, le moindre élément indiquant clairement que les navires ont été saisis pour s'être livrés à telle ou telle activité militaire concrète dans les eaux territoriales russes.

11. Il est vrai que la Fédération de Russie mentionne, dans un passage de ses écritures, que les navires ont violé l'article 19 (passage inoffensif) de la Convention, mais, à part cela, elle n'indique pas que cette violation ait été constituée par telle ou telle activité militaire particulière.

12. A mon avis, la caractérisation des activités militaires, en tant qu'exception à la compétence obligatoire prévue à la section 2 de la partie XV de la Convention, ne peut pas être faite in abstracto. Elle doit au contraire être faite dans le contexte d'une activité particulière intervenant dans un espace maritime particulier.

13. En l'espèce, étant donné que les navires de guerre naviguaient dans la mer territoriale, l'article 19 de la Convention semble fournir un contexte juridique particulier pour examiner si les activités entourant ou résultant de l'incident impliquant les navires militaires ukrainiens, lors de la traversée de la mer territoriale de la Fédération de Russie¹ dans leur tentative de rejoindre le détroit de Kertch, sont de nature militaire. En conséquence, l'examen des dispositions du paragraphe 2 de

¹ L'expression « mer territoriale de la Fédération de Russie » est employée dans la présente opinion par commodité. Elle est sans incidence sur les éventuels litiges relatifs à la souveraineté sur ces eaux.

l'article 19 précité peut fournir un éclairage juridique utile pour déterminer la nature des activités des navires de guerre ukrainiens lors de leur passage dans les eaux territoriales de la Fédération de Russie.

14. L'article 19 de la Convention, dont la Fédération de Russie invoque la violation, énonce en son paragraphe 2 les conditions dans lesquelles il convient de traiter le passage inoffensif des navires étrangers. La violation de l'une de ces conditions au moins peut justifier le droit de l'Etat côtier de s'opposer au passage, au motif qu'il serait considéré comme un passage non inoffensif.

15. Bien que la Convention ne donne aucune définition de ce que sont les activités militaires, elle énonce des activités spécifiques dont j'estime qu'elles sont de nature militaire. Tel est le cas, par exemple, des six premières activités au moins décrites aux sous-paragraphes a) à f) de l'article 19 de la Convention. Ces activités sont les suivantes :

- a) menace ou emploi de la force contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Etat côtier ou de toute autre manière contraire aux principes du droit international énoncés dans la Charte des Nations Unies ;
- b) exercice ou manœuvre avec armes de tout type ;
- c) collecte de renseignements au détriment de la défense ou de la sécurité de l'Etat côtier ;
- d) propagande visant à nuire à la défense ou à la sécurité de l'Etat côtier ;
- e) lancement, appontage ou embarquement d'aéronefs ;
- f) lancement, appontage ou embarquement d'engins militaires.

16. Si les navires de guerre ukrainiens avaient été immobilisés pour s'être livrés à l'une quelconque des activités visées ci-dessus, il aurait été indiqué au Tribunal que l'incident concernait des « activités militaires ». En conséquence, étant donné que les déclarations russes en vertu de l'article 287 excluent les différends concernant des activités militaires de la compétence obligatoire instituée par la partie XV, il aurait été possible d'en conclure que le tribunal arbitral serait incompétent, pour ce motif, afin de statuer sur l'affaire.

17. Il ressort de la procédure et du mémoire de la Fédération de Russie que l'immobilisation des navires a fondamentalement eu lieu en conséquence d'actes

d'exécution forcée de la part des garde-côtes de la Fédération de Russie. Lors de la saisie des navires de guerre, la Fédération de Russie n'a pas indiqué qu'elle ait procédé à cette saisie au motif que les navires de guerre s'étaient livrés à une ou plusieurs des activités visées à l'article 19, paragraphes 2 a) à f) de la Convention.

18. Il est vrai que la Fédération de Russie a argué que

l'incident du 25 novembre 2018 concernait une incursion « secrète » non autorisée par trois navires militaires ukrainiens dans les eaux territoriales russes, à laquelle s'est opposé le personnel militaire des garde-côtes russes, suivie par la saisie des trois navires militaires ukrainiens et l'arrestation des militaires ukrainiens.

19. En supposant que des navires, y compris des navires de guerre, aient effectivement fait une incursion « secrète » dans la mer territoriale, ce fait n'est pas l'une des activités énoncées à l'article 19, paragraphe 2, qui aurait donné un motif juridique valable de s'opposer au droit de passage des navires de guerre. Il est difficile de croire que les rédacteurs de la Convention auraient oublié d'inclure une disposition en ce sens dans l'article 19 de la Convention, s'ils avaient jugé que cette activité constituait une exception au droit de passage inoffensif. En effet, la Convention n'oblige pas les Etats à informer l'Etat côtier ou à demander une autorisation préalable à ce dernier si leurs navires, y compris des navires de guerre, projettent de faire usage de leur droit de passage inoffensif dans la mer territoriale de l'Etat côtier.

20. Il se peut que les navires de guerre ukrainiens se soient livrés à des actes qui pourraient être qualifiés d'activités militaires. Toutefois, dans le contexte de la présente demande en prescription de mesures conservatoires, nous n'avons pas reçu des informations suffisantes pour parvenir à cette conclusion *prima facie*, d'autant que la Fédération de Russie a choisi de ne pas comparaître devant ce Tribunal, et, qui plus est, ce n'est pas le rôle du Tribunal de déterminer, dans cette procédure, si les activités des navires de guerre ukrainiens, lors de leur passage dans la mer territoriale, constituaient réellement des activités militaires. Ce rôle est réservé au tribunal arbitral qui sera constitué sous le régime de l'annexe VII, en sa qualité de juridiction du fond. Dans cette procédure, le rôle de ce Tribunal était de déterminer s'il était plausible ou possible que les activités entourant le passage des

navires de guerre dans la mer territoriale de la Fédération de Russie n'aient pas été de nature militaire.

21. Ce que nous savons est que les deux Parties ont présenté des informations conduisant le Tribunal à la conclusion *prima facie* que l'incident entourant le passage des navires de guerre ukrainiens et l'usage de la force par la Fédération de Russie semblent constituer des actes d'exécution forcée. En revanche, nous ne savons pas, faute d'informations communiquées par les Parties sur ce point, si les navires de guerre ukrainiens ont été impliqués dans des activités militaires. Ces deux motifs permettent de conclure que le tribunal qui sera constitué en application de l'annexe VII a compétence *prima facie*.

(signé) José Luís Jesus