

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GAO

1. J'ai voté en faveur de l'ordonnance, étant simplement animé par le souci et la volonté de défendre et de respecter le principe de base de l'immunité des navires de guerre, solidement établi de longue date et consacré par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (« la CNUDM » ou « la Convention ») et par le droit international coutumier. Toutefois, j'émet des réserves majeures sur la manière dont l'ordonnance a abordé et traité l'exception relative aux activités militaires.

2. Avant d'aborder la question de cette exception, je souhaite exprimer ainsi qu'il suit ma position sur l'immunité des navires de guerre de la manière la plus claire : les navires de guerre et les navires auxiliaires jouissent d'une immunité complète en vertu de la CNUDM et du droit international coutumier. En conséquence, les trois navires militaires ukrainiens (le « Berdyansk », le « Nikopol » et le « Yani Kapu ») et les 24 militaires se trouvant à leur bord n'auraient jamais dû, quoi qu'il en soit, être immobilisés et détenus. Il en découle que les navires et les militaires doivent être libérés sans conditions et sans retard.

3. La doctrine classique de l'immunité souveraine est énoncée par un auteur faisant autorité dans les termes suivants :

La doctrine générale est donc qu'un navire de guerre demeure sous la juridiction exclusive de son Etat du pavillon pendant son entrée et son séjour dans des ports étrangers et des eaux étrangères. Aucune procédure judiciaire ne peut être engagée contre lui, que ce soit pour en reprendre possession, pour obtenir des indemnités en cas de collision, ou une prime en cas de sauvetage ou pour tout autre motif, et aucun agent public de l'Etat territorial n'est autorisé à monter à bord du navire contrairement à la volonté de son capitaine.¹

¹ C.J. Colombos, *The International Law of the Sea* (4^e édition, 1959), Longmans Green & Co., London, p. 227.

4. Cette doctrine traditionnelle de l'immunité des navires de guerre est demeurée intacte au fil du temps, et a été réaffirmée dans les articles 32, 95 et 96 de la CNUDM: les navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et utilisés exclusivement pour un service public non commercial « jouissent ... de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon. »

5. Cela étant dit, la CNUDM a également injecté un nouvel élément dans la doctrine traditionnelle : l'exception, instituée par l'article 298, paragraphe 1 b), permettant de ne pas accepter les procédures obligatoires de règlement des différends, dans le cas des différends relatifs à des activités militaires. Bien que le concept traditionnel de l'immunité complète des navires de guerre puisse favoriser des puissances navales et maritimes, les Etats côtiers peuvent désormais bénéficier également, dans une certaine mesure, du nouveau régime de l'exception tirée des activités militaires, afin de sauvegarder leur souveraineté et leur juridiction.

6. En effet, la doctrine traditionnelle de l'immunité des navires de guerre peut dorénavant être limitée par l'exception instituée au titre des activités militaires, si, dans le cadre d'une procédure judiciaire, une cour ou un tribunal reconnaît l'existence et l'application d'une déclaration faite par une partie en vertu de l'article 298, paragraphe 1 b), aux fins d'exclure les activités militaires des procédures obligatoires de règlement des différends.

7. Comme je l'ai indiqué, ma réserve majeure concerne la manière dont l'ordonnance a interprété et appliqué l'exception relative aux activités militaires.

8. L'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention, relatif aux exceptions optionnelles à la compétence obligatoire du Tribunal, est libellé comme suit :

1. Lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un Etat peut, sans préjudice des obligations découlant de la section 1, déclarer par écrit qu'il n'accepte pas une ou plusieurs des procédures de règlement des différends prévues à la section 2 en ce qui concerne une ou plusieurs des catégories suivantes de différends :

[...]

b) les différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat utilisés pour un service non commercial, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée

accomplis dans l'exercice des droits souverains ou de la juridiction et que l'article 297, paragraphe 2 ou 3, exclut la compétence d'une cour ou d'un tribunal.

9. L'article 298 de la Convention représente un compromis soigneusement conçu et articulé entre les procédures obligatoires de règlement des différends, d'une part, et la souveraineté et la juridiction de l'Etat, d'autre part. Il instaure un équilibre en permettant aux Etats d'exclure de l'application de la section 2 de la partie XV de la Convention, afin de promouvoir une acceptation universelle de cette dernière, certains différends concernant des questions sensibles de souveraineté, tels les différends relatifs à la délimitation des zones maritimes, les différends portant sur des baies ou des titres historiques et les différends relatifs à des activités militaires, ainsi que les différends relatifs à certains actes d'exécution forcée.

10. L'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention dispose qu'un Etat Partie à la Convention peut déclarer qu'il n'accepte pas l'une ou plusieurs des procédures prévues à la section 2 au titre des

différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat utilisés pour un service non commercial, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice des droits souverains ou de la juridiction et que l'article 297, paragraphe 2 ou 3, exclut la compétence d'une cour ou d'un tribunal.

11. A ce jour, 27 Etats ont fait des déclarations en vertu de l'article 298, paragraphe 1 b), à propos de l'exception relative aux activités militaires, y compris :

- 1) l'Algérie (le 22.05.2018) ;
- 2) l'Argentine (lors de la ratification le 01.12.1995) ;
- 3) la Biélorussie (lors de la ratification le 30.08.2006) ;
- 4) le Cap-Vert (lors de la ratification le 10.08.1987) ;
- 5) le Canada (lors de la ratification le 07.11.2003) ;
- 6) le Chili (lors de la ratification le 25.08.1997) ;
- 7) la Chine (le 25.08.2006) ;
- 8) Cuba (lors de la ratification le 15.08.1984) ;
- 9) le Danemark (lors de la ratification le 16.11.2004) ;
- 10) l'Equateur (lors l'accession le 24.09.2012) ;
- 11) l'Egypte (lors de la ratification le 26.08.1983 et le 16.02.2017) ;
- 12) la France (lors de la ratification le 11.04.1996) ;
- 13) la Grèce (lors de la ratification le 21.07.1995 et le 16.01.2015) ;
- 14) la Guinée-Bissau (lors de la ratification le 25.08.1986) ;
- 15) le Mexique (le 06.01.2003) ;
- 16) le Nicaragua (lors de la ratification le 03.05.2000) ;
- 17) la Norvège (lors de la ratification le 24.06.1996) ;
- 18) le Portugal (lors de la ratification le 03.11.1997) ;

19) la République de Corée (le 18.04.2016) ; 20) la Fédération de Russie (lors de la signature le 10.12.1992 et lors de la ratification le 12.03.1997) ; 21) l'Arabie Saoudite (le 02.01.2018) ; 22) la Slovénie (le 11.10.2011) ; 23) la Thaïlande (lors de la ratification le 15.05.2011) ; 24) la Tunisie (lors de la ratification le 24.04.1985 et le 22.05.2001) ; 25) l'Ukraine (lors de la ratification le 26.07.1999) ; 26) le Royaume-Uni (le 12.01.1998 et le 07.04.2003) ; 27) l'Uruguay (lors de la ratification le 10.12.1992)².

12. L'Ukraine a déclaré ce qui suit, lors de la ratification le 26 juillet 1999 :

L'Ukraine déclare que, conformément à l'article 298 de la Convention, elle n'accepte aucune des procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes en ce qui concerne les différends relatifs à la délimitation des zones maritimes, les différends qui portent sur des baies ou des titres historiques et les différends relatifs à des activités militaires, sauf disposition contraire de traités internationaux conclus par l'Ukraine avec les Etats intéressés.³

13. La Fédération de Russie a déclaré ce qui suit, lors de la ratification le 12 mars 1997 :

La Fédération de Russie déclare, conformément à l'article 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qu'elle n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention pour les différends concernant l'interprétation ou l'application des articles 15, 74 et 83 relatifs à la délimitation des deux zones maritimes ou les différends qui portent sur des baies ou titres historiques ; les différends relatifs à des navires et aéronefs d'État, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains et les différends pour lesquels le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies exerce les fonctions qui lui sont conférées par la Charte des Nations Unies.⁴

14. Les deux Parties ont fait des déclarations afin d'exclure les différends concernant des activités militaires des procédures obligatoires de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de la Convention. Mais, par comparaison, la Fédération de Russie exclut en outre dans sa déclaration les

² Déclarations faites en vertu des articles 287 et 298 de la Convention, TIDM/47/11/Rev. 1, 26 février 2019.

³ Base de données de la collection des traités des Nations Unies.

⁴ Ibid.

« différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ».

15. En dépit de leurs déclarations identiques sur l'exception relative aux activités militaires, l'Ukraine et la Fédération de Russie expriment toutefois des vues opposées sur la caractérisation de l'incident et l'applicabilité de l'article 298, paragraphe 1 b).

16. Alors que la Fédération de Russie soutient qu'il « ne fait aucun doute que le différend actuel porte sur des activités militaires » et que les déclarations des Parties font échapper le différend à la compétence d'un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII, l'Ukraine affirme pour sa part que le différend ne concerne pas des activités militaires, mais plutôt des actes d'exécution forcée, de telle sorte que les déclarations n'excluent pas le différend des procédures obligatoires de règlement des différends.

17. Dans ces conditions, toute la question est de savoir si le différend qui oppose les Parties concerne des activités militaires ou des actes d'exécution forcée. Cette question est cruciale dans la présente affaire.

18. Le terme « activités militaires » est utilisé mais n'est pas défini dans la Convention. Il n'a pas non plus été explicité par des cours et des tribunaux internationaux dans la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention.

19. Néanmoins, la littérature semble généralement soutenir une interprétation relativement généreuse de ce concept. A titre d'exemple, S. Talmon partage l'opinion selon laquelle

il est très largement admis que, considérant la nature hautement politique des activités militaires, le terme doit faire l'objet d'une interprétation large. Les activités militaires ne sont pas limitées aux actions des navires de guerre et des aéronefs militaires ou des navires et aéronefs d'Etat utilisés pour un service non commercial.⁵

⁵ S. Talmon, « The South China Sea Arbitrations: is there a Case to Answer? » in S. Talmon et B.B. Jia, *The South China Sea Arbitration: A Chinese Perspective*, Hart Publishing, 2014, p. 57-58.

20. Une sentence arbitrale récente aborde brièvement la question de l'exception tirée des activités militaires. Le raisonnement adopté par le tribunal suggère que la présence d'un ou plusieurs navires militaires peut en soi caractériser la situation comme un « différend concernant des activités militaires, qui entraînerait l'exclusion des procédures de règlement des différends ... »⁶. Mais cette logique de raisonnement et cette conclusion ne semblent pas très convaincants : comme l'a relevé un auteur : « toutefois, cet élément de la décision est également problématique pour plusieurs raisons. L'une de ces raisons, au demeurant la plus importante, tient au fait que cet élément semble considérablement inférieur au seuil ... » qui déclenche l'exception relative aux activités militaires⁷. Un autre commentateur pointe également le fait que « le tribunal a manifestement fait une interprétation et une application contradictoires de l'article 298 1) b) »⁸.

21. L'interprétation et l'application de l'article 298 sont au centre de trois affaires récentes soumises à des tribunaux arbitraux constitués conformément à l'annexe VII⁹, et sont également au cœur de la présente demande en prescription de mesures conservatoires soumise au Tribunal de céans. Ces quatre affaires impliquent toutes un choix entre une interprétation étroite ou large de l'article 298, et une décision à ce sujet. La compétence des tribunaux dans ces cas dépend également, en totalité ou en partie, de l'interprétation et de l'application de l'article 298, paragraphe 1 b).

22. L'évaluation des activités militaires doit se fonder sur une combinaison de facteurs, tels l'intention et le but des activités, en tenant compte des circonstances

⁶ Arbitrage entre la République des Philippines et la République Populaire de Chine, Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la CNUDM, Sentence, 12 juillet 2016, par. 1161, consultable à l'adresse suivante : www.pca-cpa.org.

⁷ D. Letts, R. Mclaughlin et H. Nasu, « Maritime Law Enforcement and the Aggravation of the South China Sea Dispute: Implications for Australia », *Australian Year Book of International Law*, vol. 34, 2017, p. 53-63, à la p. 62.

⁸ K. Zhou & Q. Ye (2017), « Interpretation and application of Article 298 of the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal », *Ocean Development & International Law*, 48:331-344, p. 340.

⁹ *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine)*, *Arbitrage relatif à l'Arctic Sunrise (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie)* et *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*.

pertinentes de l'affaire, notamment la manière dont les Parties ont déployé leurs forces et celle dont les Parties se sont mutuellement engagées en mer.

23. Les faits de l'incident et la séquence des événements dans la présente affaire peuvent être divisés en deux phases distinctes : le passage en transit et l'affrontement en mer. Alors qu'ils avaient l'intention de traverser le détroit de Kertch le 25 novembre 2018, les trois navires militaires ukrainiens ont reçu l'ordre des garde-côtes russes de s'arrêter et de suspendre leur passage, au motif qu'ils ne s'étaient pas conformés aux procédures réglementaires applicables, et que le détroit était temporairement fermé pour des raisons de sécurité à la suite d'une récente tempête.

24. Au moment où ils ont ignoré l'ordre de stopper, les navires militaires ukrainiens ont été arrêtés et bloqués dans leur liberté de mouvement par des navires des garde-côtes russes, à proximité d'un mouillage, au motif prétendu qu'ils avaient franchi illégalement la frontière étatique de la Fédération de Russie.

25. C'est à partir de ce moment que l'incident a dégénéré ; ce qui était un passage normal est devenu un affrontement en mer à part entière, impliquant les trois navires militaires ukrainiens, d'une part, et un ensemble de dix navires de guerre et navires de garde-côtes russes, plus un hélicoptère de combat, d'autre part.

26. Après avoir été bloqués pendant huit heures, les navires ukrainiens ont commencé à mettre fin au blocage en faisant demi-tour et en s'éloignant du détroit de Kertch. L'affrontement s'est en outre caractérisé par une série d'actes violents en mer, y compris des tirs de semonce et des tirs ciblés sur le *Berdyansk*. Trois membres de l'équipage à bord du *Berdyansk* ont été blessés par les tirs ciblés.

27. En outre, l'hélicoptère de combat Ka-52 du Ministère de la défense russe a pris une part active dans la poursuite du navire militaire ukrainien *Nikopol* afin de le contraindre à stopper et de l'immobiliser. La corvette *ASW Suzdalets* de la flotte de

la Fédération de Russie en mer Noire a été déployée afin de se positionner à proximité pour « contrôler l'action des navires militaires ukrainiens »¹⁰.

28. En conséquence de ces graves affrontements en mer, les trois navires militaires ukrainiens ont été saisis et immobilisés et les 24 militaires ont été arrêtés et placés en détention par les navires des garde-côtes et l'hélicoptère de combat russes. Les 24 militaires ont ensuite été inculpés dans le cadre de procédures judiciaires intentées en Russie.

29. Ces procédures judiciaires subséquentes engagées contre les militaires en Russie peuvent constituer un facteur important dans cette affaire, mais ne devraient pas avoir une influence décisive sur la caractérisation des activités en question.

30. L'évaluation objective des activités en question devrait également tenir compte des actions internationales, des positions officielles et des documents juridiques des Parties.

31. Avant le dépôt de la demande en prescription de mesures conservatoires présentée à ce Tribunal, l'affaire avait déjà été soumise par l'Ukraine au Conseil de sécurité de l'ONU et à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) le 26 novembre 2018.

32. Il est notoirement connu que seuls les cas d'emploi ou de menace de la force constituant une violation potentielle de l'article 2, paragraphe 4), de la Charte des Nations Unies peuvent être soumis au Conseil de sécurité de l'ONU aux fins de prononcé d'une résolution ; les autres différends concernant l'interprétation et l'application de la Convention sont normalement susceptibles d'être réglés par voie diplomatique ou judiciaire.

33. Etant donné que ce Tribunal a jugé dans l'affaire de l'« *ARA Libertad* » que « le navire de guerre est l'expression de la souveraineté de l'Etat dont il bat le

¹⁰ Exposé de la demande (Demande de l'Ukraine) ; mémorandum de la Russie, 7 mai 2019.

pavillon »¹¹, il conviendrait de reconnaître que le tir de coups ciblés contre un navire militaire équivaut donc à l'emploi de la force contre la souveraineté de l'Etat dont ce navire bat le pavillon. Ce fait important caractérise manifestement des activités militaires.

34. Ce fait est peut-être le facteur le plus décisif, parmi toutes les informations et les preuves dont dispose le Tribunal, afin d'évaluer la nature des activités en question. Ce simple facteur a effectivement transformé ce qui était initialement une opération d'exécution forcée en une situation militaire.

35. La nature militaire des activités est également officiellement reconnue dans la demande de mesures conservatoires déposée par l'Ukraine devant la CEDH :

l'hélicoptère de combat russe a lancé une attaque contre les navires ukrainiens ... Les navires ukrainiens étaient encerclés par 10 navires des garde-côtes russes et de la flotte de la mer Noire de la marine russe ... les membres de la marine ukrainienne, capturés par les forces russes à la suite d'un combat armé alors qu'ils suivaient les ordres de leurs supérieurs du Commandement de la marine ukrainienne, devraient être traités par les autorités russes comme des prisonniers de guerre et bénéficier du traitement prévu dans la troisième Convention de Genève.¹²

36. Dans cette demande de mesures conservatoires d'urgence, l'Ukraine a explicitement demandé que les « membres de la marine ukrainienne soient traités comme *des prisonniers de guerre* conformément à la troisième Convention de Genève de 1949 et qu'ils soient rapatriés sans retard » (nous soulignons).¹³

37. Ces actions et procédures judiciaires internationales entre les deux Parties fournissent une preuve manifeste à l'appui de la nature militaire des activités en cause.

38. Néanmoins, il est regrettable que l'ordonnance n'ait pas prêté attention à ces faits importants et aux preuves produites au Tribunal et n'en ait pas tenu compte.

¹¹ « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Recueil 2012*, p. 332, par. 94.

¹² Cité au paragraphe 32 e) du Mémorandum du gouvernement de la Fédération de Russie, 7 mai 2019, originellement par. 11, 13-14 et 31 de la Demande de mesures conservatoires de l'Ukraine, 26 novembre 2018.

¹³ Communiqué de presse, CEDH 412 (2018), 30 novembre 2018.

39. Pendant la confrontation, toutes ces activités, tels l'affrontement prolongé entre les forces militaires ukrainiennes et la combinaison de forces militaires et paramilitaires russes, la « poursuite » et l'éperonnage, le tir de coups de semonce et de coups ciblés, devraient être réputées constituer des activités militaires pour les besoins de l'article 298, paragraphe 1 b).

40. Or, l'ordonnance propose au contraire une caractérisation et une interprétation différentes de ces activités. L'ordonnance considère en effet 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 »¹⁴ et que « le Tribunal considère en conséquence que, *prima facie*, l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention ne s'applique pas en l'espèce. »¹⁵

41. Cette partie de l'ordonnance est peut-être problématique pour plusieurs raisons. L'une de ces raisons, qui est la plus importante, est qu'elle semble avoir considérablement relevé le seuil d'application de l'exception relative aux activités militaires. Fixer un seuil aussi élevé pour l'application de l'article 298, paragraphe 1 b), risque d'avoir des implications juridiques et également politiques.

42. La décision prononcée en l'espèce et la récente sentence arbitrale statuant sur l'exception relative aux activités militaires proposent des interprétations et applications contradictoires de l'article 298, paragraphe 1 b).

43. Alors que la sentence arbitrale a jugé que la situation « impliquant les forces militaires, d'une part, et une combinaison de forces militaires et paramilitaires de l'autre, disposées en opposition l'une par rapport à l'autre » constitue « *par essence une situation militaire* » (italique ajouté)¹⁶, l'ordonnance prononcée en l'espèce considère, bien que les navires militaires russes soient apparus à proximité afin de surveiller le mouvement des navires militaires ukrainiens et que l'hélicoptère de

¹⁴ Par. 73 de l'ordonnance, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens*, TIDM, 25 mai 2019.

¹⁵ Ibid., par. 77.

¹⁶ Supra note 6.

combat ait participé à l'opération, que « ce qui s'est produit relève plus de l'emploi de la force dans le cadre d'une *opération d'exécution forcée* ... » (italique ajouté)¹⁷.

44. Ces interprétations contradictoires de l'article 298, paragraphe 1 b), et les doubles critères employés dans son application donneront certainement lieu à une confusion juridique entre les Parties et parmi les Etats.

45. Fixer un seuil élevé pour l'application de l'exception tirée des activités militaires pourra inciter des Etats à se livrer à une escalade plutôt qu'à une désescalade d'un conflit, en déployant un grand nombre de navires militaires et en augmentant le niveau de forces employées, afin de faire jouer l'exception relative aux activités militaires permettant d'échapper aux procédures obligatoires de règlement des différends.

46. Les Etats qui ont fait des déclarations en vertu de l'article 298, paragraphe 1 b), seraient frustrés et déçus d'apprendre qu'en vertu de la jurisprudence leurs déclarations à propos de l'exception relative aux activités militaires, faites conformément à la Convention, ne peuvent guère servir leur intention et leur but originels, étant donné que la jurisprudence a adopté une interprétation stricte pour l'application de cette disposition. Une telle interprétation pourrait également jeter le doute dans l'esprit de ces Etats quant à l'impartialité et à l'efficacité du système obligatoire de règlement des différends.

47. Les récents développements judiciaires à cet égard peuvent donc susciter la crainte générale que les organes de règlement des différends de la CNUDM puissent s'immiscer dans des activités militaires exclues de leur sphère de compétence.

48. Les divergences d'interprétation et d'application de l'article 298, paragraphe 1 b), observées dans des affaires récentes, pourraient créer une fragmentation non seulement dans la compétence des organes de règlement des différends mais également dans la jurisprudence internationale. Les Etats Parties

¹⁷ Supra note 14.

pourraient être incités par la pratique judiciaire récente à réfléchir à ce que sont les critères juridiques objectifs (éventuels) de l'exception relative aux activités militaires.

49. En conclusion, bien que les « activités militaires » et les « actes d'exécution forcée » visés à l'article 298, paragraphe 1 b), doivent être considérés littéralement comme des catégories distinctes, ils ne sont pas toujours aussi clairement différenciés et mutuellement exclusifs en réalité. Par exemple, un acte initial d'exécution forcée peut finalement dégénérer en une situation militaire pour une raison ou une autre. L'incident du détroit de Kertch en est peut-être un exemple.

50. A mon avis, le différend en cause revêt, à tout le moins, une nature mixte combinant à la fois des activités militaires et d'exécution forcée ou, en d'autres termes, il s'agit d'un différend mixte impliquant à la fois des éléments militaires et d'exécution forcée.

51. C'est peut-être cet élément d'exécution forcée d'un différend mixte qui semble également fournir la base sur laquelle la compétence *prima facie* du tribunal constitué en application de l'annexe VII pourrait être reconnue. Malheureusement, l'ordonnance n'a pas emprunté cette voie plausible.

52. La présente opinion n'estime pas nécessaire d'appliquer un test de prépondérance à ce stade des mesures conservatoires pour déterminer quel élément, militaire ou d'exécution forcée, est prédominant, étant donné qu'il appartiendra au tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe VII de statuer dans la procédure arbitrale subséquente.

53. Enfin, une dernière observation s'impose, et non la moindre. Il est possible qu'en statuant définitivement à ce stade sur la nature de l'incident, qu'elle a qualifié d'actes d'exécution forcée, l'ordonnance ait touché au fond de l'affaire, voire même préjugé de celui-ci.

54. La pratique judiciaire récente sur la question du traitement de l'exception relative aux activités militaires instituée dans la Convention, au demeurant encore très limitée, ne semble pas éclairer beaucoup l'interprétation et l'application de l'article 298, paragraphe 1 b).

55. Une approche juridiquement solide et viable du problème en question devrait s'efforcer, dans la lignée de l'historique de négociation de la Convention, d'éviter d'introduire et d'appliquer un seuil très bas ou très élevé pour l'application de l'exception tirée des activités militaires.

(signé) Zhiguo Gao