

Opinion dissidente de M. le juge Kateka

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté contre le dispositif parce que je suis en désaccord avec le Tribunal sur la question de l'urgence. Le Tribunal affirme que les droits revendiqués par le demandeur pourraient subir un préjudice irréparable et que ce préjudice est réel et constant¹. Je ne partage pas ce point de vue, et je vais m'en expliquer. Avant de donner les raisons de mon désaccord avec la majorité, je traiterai quelques questions préliminaires importantes. Je commencerai par l'examen des conditions qui doivent être remplies pour que des mesures conservatoires soient prescrites. Puis j'expliquerai pourquoi le dépôt d'une caution n'aurait pas dû être invoqué dans la présente affaire, qui porte sur des mesures conservatoires, et pourquoi le dépôt d'une caution est plus approprié dans les affaires de prompt mainlevée. J'exprime également des doutes quant à la possibilité de mettre en œuvre les assurances qui font partie des mesures du dispositif².

Les conditions à satisfaire pour la prescription de mesures conservatoires

2. La Convention prévoit deux procédures de prescription de mesures conservatoires. La première est celle de l'article 290, paragraphe 1. Aux termes de cette disposition, une cour ou un tribunal (y compris le Tribunal international du droit de la mer – ci-après, « le Tribunal ») peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige. Le terme « peut » implique qu'il est laissé à la discrétion de la juridiction de prescrire ou non de telles mesures. La juridiction doit examiner s'il est approprié en la circonstance de prescrire les mesures. Les circonstances varient d'une affaire à l'autre. Même si les conditions pour prescrire des mesures conservatoires sont réunies, à savoir la compétence *prima facie*, la plausibilité et l'urgence, il n'en reste pas moins que la discrétion et l'opportunité judiciaires doivent s'appliquer. C'est pour cela que, sur les dix affaires de mesures conservatoires qui lui ont été soumises, le Tribunal a prescrit des mesures conservatoires dans certaines et s'est abstenu de le faire dans d'autres. Dans certaines affaires, le Tribunal a eu recours à la disposition de son Règlement qui lui confère compétence pour prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées.

¹ Par. 129 de l'ordonnance.

² Par. 146, alinéa 1), lettre b).

3. La deuxième procédure de prescription de mesures conservatoires est celle de l'article 290, paragraphe 5, qui est celle que le demandeur a invoqué en l'espèce. Aux termes de cette disposition, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires s'il considère *prima facie* que le tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII aurait compétence et que l'urgence de la situation l'exige. Les paragraphes 1 et 5 de l'article 290 doivent être lus conjointement, mais ces deux dispositions présentent quelques différences. Le paragraphe 1 dispose qu'une juridiction peut se déclarer à la fois compétente *prima facie* pour prescrire des mesures conservatoires et compétente pour connaître du fond du différend. Le paragraphe 5 habilite le Tribunal, comme c'est le cas en l'espèce, à prescrire des mesures conservatoire dans un différend qui a été soumis à un tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Cela exige du Tribunal qu'il fasse preuve de prudence et de sagesse judiciaire afin de ne pas causer de préjudice aux droits des parties ou préjuger le fond de l'affaire. La lecture qui vient d'être faite des deux paragraphes tout juste cités montre, à mon sens, que le Tribunal doit faire preuve de davantage retenue lorsqu'il prescrit des mesures conservatoires sur le fondement du paragraphe 5 de l'article 290 que lorsqu'il le fait sur le fondement du paragraphe 1.

Le dépôt d'une caution

4. Il est regrettable que le Tribunal ait, pour la deuxième fois dans l'histoire de sa jurisprudence, exigé le dépôt d'une caution. La première avait été dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*, en 2013. Cette tendance pourrait conduire à l'incorporation permanente de mécanismes de prompt mainlevée aux procédures de mesures conservatoires. C'est une tendance que je déplore, car il existe d'importantes différences entre ces deux procédures. Je m'en rapporte, à cet égard, à l'opinion individuelle de M. le juge Jesus dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*. Il a émis des réserves au sujet de cette procédure, qui était alors invoquée pour la première fois. Selon lui, la libération d'un navire contre le dépôt d'une caution équivalait à un « détournement » de la procédure de prompt mainlevée. Je partage cette préoccupation. D'ailleurs, l'Etat défendeur dans l'affaire qui nous occupe a fait la remarque prémonitoire suivante, vers la fin du premier tour de ses plaidoiries : « Il convient de relever en passant qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire de prompt mainlevée, donc d'une affaire dans laquelle l'Etat est tenu, de par la Convention, d'accorder la mainlevée du navire et de permettre le départ de l'équipage »³.

³ TIDM/PV.19/A27/2, p. 36, l. 15 à 17.

5. Le dépôt d'une caution est une mesure appropriée pour les affaires de prompt mainlevée au titre de l'article 292 de la Convention. Cet article prévoit la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire et la prompt libération de son équipage dès le dépôt d'une caution ou autre garantie financière raisonnable. C'est une procédure obligatoire qui oblige un Etat à libérer un navire immobilisé battant pavillon d'un autre Etat. Conformément à l'article 73, paragraphe 3, de la Convention, il est interdit de sanctionner des infractions de pêche par des peines d'emprisonnement ou d'autres châtiments corporels. Dans les affaires de prompt mainlevée, seules sont prévues des sanctions pécuniaires. Des conditions semblables s'appliquent aux infractions de pollution du milieu marin, en application des articles 220 et 226 de la Convention. La règle qui veut que seules des peines pécuniaires puissent être prononcées ne s'applique pas aux affaires de prompt mainlevée. En l'espèce, le capitaine et les trois officiers accusés d'avoir violé la loi nigériane peuvent être condamnés à des peines d'emprisonnement. C'est pourquoi le fait d'ordonner la libération de l'équipage contre le dépôt d'une caution porte atteinte aux droits du Nigéria si les membres de l'équipage du « San Padre Pio » poursuivis n'y retournent pas.

6. Une autre différence entre les procédures de prompt mainlevée et celles de mesures conservatoires tient à ce que, contrairement à la procédure de mesures conservatoires de l'article 290, la procédure de prompt mainlevée prévue à l'article 292 n'est pas incidente à une procédure au fond. Une procédure de prompt mainlevée est une procédure distincte et indépendante. Cette différence de taille a été expliquée très clairement par le TIDM dans sa première affaire, celle du navire « Saiga »⁴. Lorsqu'une juridiction exerce ses fonctions judiciaires dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires, elle le fait, comme c'est le cas pour le Tribunal, de manière incidente et subordonnée au fond de l'affaire, que celui-ci soit tranché par elle directement ou par une autre juridiction.

7. Le Tribunal affirme que l'article 290 de la Convention l'habilite à prescrire comme mesure conservatoire le dépôt d'une caution ou autre garantie financière contre la libération du navire et des personnes détenues⁵, et cite à cet égard l'ordonnance qu'il a rendue dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*. Bien qu'il soit permis de douter qu'une compétence aussi large lui soit conférée par ledit

4 *Navire « SAIGA » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), prompt mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 1997, p. 27, par. 50.*

5 Par. 137.

article, dans l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »* tout au moins, les Pays-Bas s'étaient enquis auprès de la Fédération de Russie si le dépôt d'une caution ou autre garantie financière faciliterait la libération du navire et de son équipage. Dans l'affaire qui nous occupe, aucune question comparable relative au dépôt d'une caution n'a pas été posée. La majorité, en la présente affaire, fait observer que la libération d'un navire contre le dépôt d'une caution est prévue par une procédure administrative au Nigéria, comme un conseil du Nigéria l'a affirmé aux audiences en réponse à une question du Tribunal⁶. Il est vrai qu'un conseil du Nigéria a confirmé qu'un navire pouvait être libéré dans le cadre d'une procédure administrative dès le dépôt d'une caution. Mais il a ajouté que le propriétaire du « San Padre Pio » avait décidé de ne pas se prévaloir de cette voie de recours pour obtenir la libération du navire moyennant dépôt d'une caution⁷.

La fourniture d'assurances

8. La majorité estime que le Nigéria doit recevoir l'assurance expresse, par voie d'engagement, que le capitaine et les trois officiers seront disponibles et présents aux instances pénales au Nigéria si le tribunal prévu à l'annexe VII jugeait que la saisie et l'immobilisation du « San Padre Pio », avec sa cargaison et son équipage, et l'exercice par le Nigéria de sa juridiction sur les événements qui se sont produits en janvier 2018 ne constituent pas une violation de la Convention. Le Tribunal prescrit que la Suisse « s'engagera à faire en sorte que le capitaine et les trois officiers soient disponibles et présents lors de l'instance pénale au Nigéria ». Un tel engagement « constituera une obligation liant la Suisse en droit international »⁸.

9. Je ne doute pas que la majorité était mue par de bonnes intentions lorsqu'elle a prescrit la fourniture de pareilles assurances⁹, mais je tiens à faire part de mes doutes quant à la réalité et à la praticabilité d'une telle mesure. Permettez-moi de commencer en faisant observer que la question des assurances avait été évoquée dans la phase des mesures conservatoires de l'affaire *Incident de l'« Enrica Lexie »* entre l'Italie et l'Inde. Dans cette affaire, le Tribunal a pris acte des assurances et engagements donnés aux audiences par

6 Ibid.

7 TIDM/PV.19/A27/4 p. 4, l. 37 à 39.

8 Par. 141.

9 Par. 146, alinéa 1, lettre b) du dispositif.

les deux Parties¹⁰. Également, dans l'ordonnance relative à la demande en prescription de mesures conservatoires qu'il a rendue le 29 avril 2016 dans cette même affaire, le tribunal arbitral de l'annexe VII a ordonné la fourniture d'assurances semblables à celles ordonnées par le Tribunal en l'espèce. Toutefois, avant que le tribunal arbitral ne statue sur les assurances, les parties à l'arbitrage lui avaient donné l'assurance que le régime de contrôle judiciaire des fusiliers marins serait assoupli. Par ailleurs, les fusiliers marins accusés devaient rester placés sous l'autorité de la Cour suprême de l'Inde durant la période précédant le prononcé de la sentence. L'Italie avait également pris et renouvelé l'engagement solennel de veiller au retour des fusiliers marins en Inde. Il existait donc dans cette affaire un arrangement sans faille entre les parties avant que le tribunal arbitral prononce son ordonnance relative aux assurances et engagements.

10. Il est regrettable qu'il n'en soit pas ainsi en l'espèce. Tout comme pour le dépôt de la caution, les Parties n'ont pas profité de la possibilité que leur offraient les parties écrite et orale de l'instance pour trouver un accord sur les assurances. Au contraire, aux audiences, le demandeur a relativisé les assurances que lui avait données le défendeur concernant la libération sous caution. L'agent du demandeur a, le deuxième jour de la procédure orale, accusé le Nigéria de ne pas avoir

respecté les conditions de libération sous caution par le passé [...] comment pourrions-nous faire confiance à leurs prétendues nouvelles assurances ? Cela est d'autant plus vrai que la note diplomatique dans laquelle ces prétendues assurances se trouvent nous est parvenue cette semaine seulement [...]. La présomption de bonne foi est importante, mais elle ne doit pas aller à l'encontre des faits¹¹.

Précisant une déclaration faite par la Suisse le premier jour des audiences, selon laquelle « [a]u besoin, certaines procédures existent pour obtenir le retour des officiers ukrainiens »¹², le conseil de la Suisse a, en réponse à la troisième question du Tribunal, affirmé au deuxième jour de la procédure orale qu'il avait été très prudent lors de sa déclaration de la veille. Il a ajouté que si le Tribunal était décidé à trouver des moyens de garantir que les mesures

10 « *Enrica Lexie* » (Italie c. Inde), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, par. 130.

11 TIDM/PV.19/A27/3 p. 2, l. 28 à 34.

12 TIDM/PV.19/A27/1 p. 29 l. 23 et 24.

prescrites ne portent pas préjudice aux droits du Nigéria, il pourrait étudier la question avec les autorités nigérianes, voire avec les autorités de l'État de nationalité du capitaine et des trois officiers. Il a ajouté que les conditions de la libération sous caution pourraient être modifiées dans le but de permettre au capitaine et aux trois officiers de quitter le Nigéria.

11. J'ai cité les détails qui précèdent afin de montrer les difficultés auxquelles la Suisse s'est heurtée au cours de la procédure orale en ce qui concerne la fourniture d'assurances. Le demandeur sera encore confronté à ce problème lorsqu'il s'agira d'appliquer la mesure prescrite dans le dispositif concernant les assurances relatives au retour des membres de l'équipage pour qu'ils assistent à leur procès dans le cas où le tribunal arbitral de l'annexe VII en décidait ainsi. Malgré la bonne foi indéniable de la Suisse, il lui sera difficile de garantir que les quatre défendeurs seront disponibles. La raison principale en est qu'ils ne sont pas des nationaux suisses. Ils sont nationaux de l'Ukraine, qui n'est pas partie à la présente procédure devant le Tribunal. Ils ne sont même pas résidents en Suisse. Il est difficile pour la Suisse de faire en sorte qu'ils rentrent au Nigéria pour y être jugés au pénal. La bonne mise en œuvre des assurances et engagements aurait été facilitée si les Parties avaient pu trouver un accord avant que le Tribunal ne se prononce sur les mesures conservatoires. Faisons observer que la manière dont la majorité a formulé les points du dispositif relatifs à la caution et aux assurances n'aide guère. Le paragraphe 1) du dispositif est un ensemble constitué par la caution et les assurances devant être fournies par la Suisse au Nigéria. En ce qui concerne la caution, on ne voit pas bien quel montant correspond au navire, à la cargaison et à l'équipage. Cette ambiguïté risque de créer des problèmes. Les assurances fournies prennent la forme d'une déclaration unilatérale de la Suisse. Le Tribunal considère que cet engagement constitue une obligation liant la Suisse en droit international. À cet égard, espérons que la coopération que réclament la formulation et la mise en œuvre de l'engagement entre les Parties se concrétisera grâce aux bonnes relations existant entre le Nigéria et la Suisse.

L'urgence

12. La majorité considère qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de la Suisse d'ici à la constitution et à l'entrée en fonctions du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Elle considère que l'urgence de la situation impose la prescription de mesures conservatoires

au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention¹³. Cette conclusion est la principale raison de mon désaccord avec la majorité. Je suis d'avis qu'un tel risque imminent de préjudice irréparable n'existe pas.

13. L'urgence est l'une des deux conditions préalables à la prescription des mesures conservatoires prévues par l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. L'urgence est définie comme « la nécessité de prévenir le risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la décision définitive ne soit rendue »¹⁴. L'urgence est une condition essentielle à la prescription de mesures conservatoires. Si l'article 290, paragraphe 5, de la Convention la prévoit expressément, tel n'est pas le cas du paragraphe 1 du même article. Il n'empêche que, de par leur nature, les mesures conservatoires sont urgentes et l'urgence est donc sous-entendue dans le paragraphe 1. Cette interprétation est étayée par la pratique de la Cour internationale de Justice (ci-après, « la CIJ »). Bien que le Statut de la CIJ ne mentionne pas expressément l'urgence, ce n'est qu'en cas d'urgence que la Cour a exercé son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires. Par conséquent, une juridiction ne saurait prescrire des mesures conservatoires en l'absence d'urgence.

14. Je suis d'avis qu'il n'y a pas d'urgence en l'espèce. Les mesures conservatoires de l'article 290, paragraphe 5, ne peuvent être prescrites que s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties au différend avant la constitution et l'entrée en fonctions du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. En l'espèce, le délai pour la constitution dudit tribunal arbitral a commencé à courir le 6 mai 2019, lorsque le demandeur a déposé sa notification et son exposé des conclusions¹⁵. Le tribunal arbitral sera établi dans quelques mois. Au vu de ce court délai, il ne semble pas y avoir urgence.

15. Avant de se prononcer sur la préservation des droits de l'Etat demandeur, le Tribunal doit veiller à ce que les droits des deux parties soient protégés. A cet égard, je ne puis abonder dans le sens de la majorité lorsqu'elle soutient que la saisie et l'immobilisation du « San Padre Pio » et l'exercice par le Nigéria de sa compétence pénale à l'encontre du navire et de son équipage pourraient

13 Par. 131.

14 *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015, p. 156, par. 42.*

15 Article premier de l'annexe VII de la Convention.

causer un préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Suisse à la liberté de navigation et à l'exercice de sa juridiction exclusive sur ce navire, en sa qualité d'Etat du pavillon [...] le risque existe qu'une simple indemnité pécuniaire ne puisse suffire à réparer intégralement la lésion qui serait causée aux droits revendiqués par la Suisse à l'égard du navire, de la cargaison et de l'équipage, qui constituent une unité¹⁶.

Il s'agit d'une assertion grave qui concerne le fond de l'affaire. Elle ne tient pas non plus compte du fait que lorsqu'elle a ordonné la libération des quatre défendeurs, la majorité a causé un préjudice irréparable aux droits du Nigéria. Ce préjudice ne peut pas non plus être réparé par une indemnité pécuniaire. Le droit souverain du Nigéria à exercer sa juridiction pénale ne saurait être quantifié en termes monétaires.

16. Par contre, le dommage qui aurait été causé au navire et à sa cargaison est de nature économique et peut être réparé par l'indemnité pécuniaire que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourra prescrire dans sa sentence¹⁷. Je tiens à bien faire comprendre ici que, d'après moi, la libération du capitaine et des officiers constitue un préjudice irréparable causé au Nigéria. Aucun risque imminent ne les menace puisqu'ils sont à bord du navire de leur plein gré. La Haute Cour fédérale du Nigéria les a libérés sous caution. Ils sont libres de séjourner où bon leur semble au Nigéria. Le capitaine et les trois officiers ne sont pas en détention, contrairement à ce que soutient le demandeur¹⁸. La remise de leurs passeports aux autorités nigérianes est une contrainte normale que de nombreux pays dans le monde imposent. Le demandeur met également en doute les conditions de sécurité au Nigéria et cite des attaques de pirates comme raison motivant la demande de libération des quatre défendeurs. Ces préoccupations relatives à la sécurité du navire et de l'équipage ont été prise en compte par le Nigéria, qui a déployé des gardes armés à bord du navire depuis qu'il est immobilisé¹⁹. C'est pourquoi il n'y a pas d'urgence.

17. A cet égard je tiens à souligner mon désaccord avec le raisonnement de la majorité au sujet de l'arrestation et de la détention des quatre défendeurs. La majorité considère que les restrictions imposées à la liberté du capitaine et des trois officiers pendant une longue période de temps soulèvent

16 Par. 128.

17 Par. 123.

18 Par. 116.

19 Par. 127.

des préoccupations humanitaires²⁰. Ce faisant, elle semble mettre en cause le système juridique nigérian, qui fonctionne pourtant bien. Comme l'a dit le Nigéria dans ses écritures et ses plaidoiries, les quatre défendeurs bénéficient d'un procès équitable. Ils se trouvent actuellement en liberté sous caution. L'appareil judiciaire nigérian a veillé à ce qu'ils bénéficient d'une procédure régulière. Le demandeur s'est plaint des seize mois qui se sont écoulés depuis que les accusés ont pour la première fois été traduits devant la Haute Cour fédérale. Il est utile de rappeler que cette durée est normale dans de telles affaires. Cette durée est comparable à celle de la procédure dans l'*Affaire du navire « Norstar »*, où de nombreuses années se sont écoulées avant que le procès aboutisse.

18. La mise en cause du système juridique nigérian a également été rapprochée des conditions de sécurité dans le golfe de Guinée. L'attaque « de pirates » menée contre le « San Padre Pio » a été citée comme exemple de danger menaçant l'équipage²¹. La présence de soldats de la marine nigériane à bord du navire, qui ont déjoué cette attaque, est passée sous silence. Au lieu de cela, le Tribunal cite des statistiques du Bureau maritime international de la Chambre de commerce internationale décrivant des actes de piraterie et d'attaque à main armée visant des navires²². La majorité se sert de ces statistiques pour justifier son affirmation selon laquelle « il semble » que le navire et l'équipage, tout comme les autres personnes à bord, « restent vulnérables ». Cela n'est pas justifié par la situation sur le terrain. Il est malencontreux de réduire les conditions de sécurité au Nigéria à la piraterie et aux vols à main armée qui sévissent dans le golfe de Guinée. La réalité est que le monde dans lequel nous vivons recèle de nombreux problèmes complexes, qui sont toutefois sans incidence sur la situation qui règne dans tel ou tel pays en matière de paix et de sécurité. Il serait regrettable de juger des conditions de sécurité dans les pays de l'Afrique de l'Ouest par le prisme des problèmes jumeaux que sont la piraterie et la pêche illicite, non déclarée et non réglementée – elle-même alimentée par un troisième problème émergent, le soutage illicite – dans le golfe de Guinée. L'argument tiré des préoccupations humanitaires est inopérant et devrait être manié avec beaucoup de circonspection. Il devrait être réservé aux situations graves, comme celle qui existait dans l'affaire du navire « Louisa ».

20 Par. 130.

21 Par. 129.

22 Ibid.

19. En conclusion, je tiens à dire que la majorité n'a pas suivi sa jurisprudence en prescrivant des mesures conservatoires dans la présente affaire. La nature des circonstances fait que le Tribunal n'aurait pas dû prescrire les mesures demandées par la Suisse. Comme je l'ai dit, outre qu'il n'y a pas d'urgence, les mesures ordonnées préjugeront le fond. Le Tribunal n'aurait pas dû les prescrire pour éviter de toucher des questions liées au fond de l'espèce²³. Par les mesures qu'il a ordonnées, le Tribunal a lésé le Nigéria dans ses droits.

(signé) J.L. Kateka

23 « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, *TIDM Recueil* 2015, par. 132.