

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE KULYK

(Traduction du Greffe)

Bien que j'aie voté contre l'ordonnance, je crois nécessaire d'apporter des éclaircissements sur certains points de la présente affaire. Les observations qui suivent visent à expliquer brièvement ma position sur les conditions requises par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (la « Convention ») pour la prescription de mesures conservatoires ainsi que mes réserves sur la fourniture d'une caution ou autre garantie en tant que mesure conservatoire.

1. La possibilité de prescrire des mesures conservatoires est bien connue des juridictions tant nationales qu'internationales. Le but principal de ces mesures est de garantir qu'en attendant le règlement d'un différend, l'objet dudit différend ou les droits et intérêts pertinents des parties ne subissent pas une transformation ou une déformation telle que la partie gagnante serait empêchée de recouvrer cet objet ou de jouir des droits et intérêts qu'elle revendique. Ainsi, les mesures conservatoires visent à encadrer ou orienter les mesures que les parties sont susceptibles de prendre avant la décision sur le fond du différend.

2. Aux termes du paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention, le Tribunal international du droit de la mer (le « Tribunal ») peut prescrire des mesures conservatoires « conformément au présent article » s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué – c'est-à-dire, en la présente espèce, le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de la Convention – aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Le paragraphe 5 précise qu'il s'agit de prescrire des mesures conservatoires « conformément au présent article », ce qui limite la portée du pouvoir discrétionnaire que la Convention confère au Tribunal, lequel ne peut prescrire que des mesures conservatoires « appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves ».

3. Il est bien établi dans la pratique du Tribunal que les droits respectifs des parties doivent être protégés contre des préjudices irréparables ou des dommages irréversibles et que les mesures prescrites doivent être appropriées aux circonstances de l'espèce. Dans l'affaire de l'*Usine MOX*, le Tribunal a dit

que, conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, les mesures conservatoires peuvent être prescrites, en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, si le Tribunal considère que

l'urgence de la situation l'exige, en ce sens que des actes préjudiciables aux droits de l'une ou l'autre partie pourraient se produire ou que le milieu marin pourrait subir des dommages graves avant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII
[...]

que le Tribunal doit, dès lors, se prononcer sur le point de savoir si des mesures conservatoires sont requises en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

(*Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 95, par. 64 et 65)

4. Le Tribunal a souligné, dans l'affaire des *travaux de poldérisation*, qu'il faut qu'il existe « un risque qu'il soit porté irrémédiablement atteinte aux droits qu'elle [la Malaisie] revendique en ce qui concerne une partie de mer territoriale, d'ici à l'examen de l'affaire au fond par le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII » (*Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, *TIDM Recueil 2003*, p. 10, par. 72). Il a précisé sa jurisprudence sur les mesures conservatoires dans l'affaire du navire « *Louisa* », en disant qu'il doit exister « un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige » (*Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, *TIDM Recueil 2008-2010*, p. 58, par. 72).

5. La jurisprudence qui précède signifie dans la pratique que, pour obtenir la prescription de mesures conservatoires – qui sont par nature exceptionnelles et discrétionnaires –, la partie qui les demande ne saurait se contenter d'affirmer que ses droits sont lésés du fait des mesures illicites et persistantes prises par la partie adverse. Elle doit prouver au Tribunal que ses droits ont subi un préjudice irréparable ou des dommages irréversibles, ou au moins que ces droits sont sous la menace réelle, voire imminente, de subir un préjudice ou des dommages. Ce préjudice ou ces dommages doivent être irréparables au sens que les juridictions internationales donnent à ce mot, qui veut dire dans la pratique que les droits de la partie lésée ne peuvent être réparés « moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle » (*Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865, ordonnance du 8 janvier 1927, C.P.I.J. Série A, n° 8, p. 7*). On pourrait également soutenir que ce préjudice ou ces dommages doivent pouvoir être de surcroît qualifiés de « graves », puisque le paragraphe 1 de l'article 290 invite à « empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves ». De plus, la condition de l'« urgence de la situation » posée au paragraphe 5 de l'article 290 signifie que l'on s'attend à ce que ce préjudice ou ces dommages surviennent

avant que le tribunal arbitral ne soit constitué et n'ait eu la possibilité d'examiner la demande en prescription de mesures conservatoires (ceci dit, la condition de « l'urgence de la situation » ne signifie pas que l'effet du préjudice doit être limité exclusivement à la période précédant la constitution du tribunal arbitral).

6. Par conséquent, l'une des questions dont était saisi le Tribunal en l'espèce était celle de savoir si les droits revendiqués par le Royaume des Pays-Bas risquaient de subir un préjudice irréparable ou des dommages irréversibles avant la constitution du tribunal prévu à l'annexe VII, du fait des manquements continus de la Fédération de Russie à ses obligations envers le Royaume des Pays-Bas. A mon avis, l'ordonnance aurait dû répondre expressément à cette question.

7. On peut aussi conclure que le Tribunal a choisi de ne pas s'appuyer sur les critères d'« irréparabilité » ou d'« irréversibilité » et de mettre plutôt l'accent sur l'urgence de la situation en l'espèce. Comme il a été dit plus haut, ce critère de l'urgence découle directement de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Le Tribunal ne peut pas prescrire de mesures conservatoires s'il ne s'est pas assuré que, dans les circonstances particulières de l'espèce, il existe une situation d'urgence qui réponde aux strictes conditions temporelles prévues par les dispositions pertinentes, ce qui veut dire qu'il ne suffit pas que le préjudice et les dommages causés aux droits existent en puissance; il faut que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que ce préjudice et ces dommages se matérialisent pendant la période menant à la constitution du tribunal prévu à l'annexe VII. Je crois que ces critères, associés aux limites posées par le fait que les mesures conservatoires doivent être « appropriées en la circonstance », restreignent le caractère discrétionnaire desdites mesures, qui ne doivent être prescrites qu'avec prudence et en accord avec le but visé. On ne doit pas les écarter à la légère.

8. Le fait d'avoir mis l'accent sur l'urgence rappelle à certains égards la demande de mesures conservatoires la plus récente dont ait été saisi le Tribunal, à savoir l'affaire de l'*ARA Libertad*, dans laquelle le Tribunal n'a évoqué directement ni le « préjudice irréparable » ni le « risque imminent », mais s'est assuré que, dans les circonstances de l'espèce, « l'urgence de la situation exige que le Tribunal prescrive, conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, des mesures conservatoires destinées à garantir le plein respect des règles applicables du droit international, préservant ainsi les droits respectifs des Parties » (« *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), *mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012*, par. 100). Je ne considère cependant pas que cela s'applique à la présente affaire. Il va de soi, en effet, que l'immobilisation d'un navire de guerre crée une situation d'urgence et qu'elle risque de causer un préjudice et des dommages irréparables aux droits de toutes les parties en litige.

9. Dans ses écritures comme dans ses plaidoiries, le Royaume des Pays-Bas a soutenu que le navire nécessitait une maintenance intensive, qu'il risquait de se dégrader, et que la détention prolongée des membres de l'équipage aurait des conséquences irréversibles. En ce qui concerne le navire, un brise-glace vieillissant, il a cité le mémorandum de l'Inspection de l'environnement et des transports au Ministère de l'infrastructure et de l'environnement (annexe VII de la demande en prescription de mesures conservatoires). Mais les dispositions pertinentes du mémorandum ne sont pas elles-mêmes dénuées d'ambiguïté. Le passage pertinent dit ce qui suit :

Laisser à quai un navire qui n'est pas en situation opérationnelle ne donne pas, en soi, nécessairement lieu à des problèmes, à condition que ledit navire ait été suffisamment préparé à cette éventualité. Si aucun préparatif n'a été fait, un navire ne peut être désarmé directement après une période de pleine exploitation sans que cela n'entraîne des risques de dommages. De graves problèmes peuvent survenir dans un tel cas lors de sa remise en service, compte tenu notamment des conditions météorologiques locales.

Ce passage appelle plusieurs observations. Premièrement, il ne dit rien concernant un dommage irréversible. Deuxièmement, si les procédures de maintenance correctes sont suivies, les risques que le navire ne subisse des dommages sont moins élevés. Et troisièmement, rien n'y indique que le navire subirait probablement des dommages irréversibles avant que soit constitué le tribunal prévu à l'annexe VII. Quasiment les mêmes arguments ont été répétés à l'audience, avec des références supplémentaires à certaines déclarations de l'exploitant de l'*Arctic Sunrise* qui se disait préoccupé par le fait que « si le navire était exposé longtemps au froid sans effectif à bord, les machines pourraient être endommagées, avec des risques d'incendie, d'invasion, de pollution et des problèmes de sécurité et de salubrité ».

10. Il est regrettable que le Tribunal n'ait pas eu la possibilité d'examiner les arguments de la partie adverse sur les faits de la cause et le droit applicable. De ce fait, il a dû apprécier, sans qu'ils puissent être contestés, les informations, les faits et les éléments de preuve disponibles, en particulier ceux concernant le risque de préjudice ou de dommages – ou le préjudice et les dommages actuels – causés aux droits des parties. Cela ne signifie cependant pas que certains des documents soumis dans le cadre de cette affaire, ou certaines parties de ces documents, ne méritent considération. Ainsi, à l'annexe 4 de la demande en prescription de mesures conservatoires figure un procès-verbal officiel de saisie de biens en date du 15 octobre 2013, également mentionné dans l'ordonnance, qui stipule clairement que les autorités et les représentants compétents de la Fédération de Russie assument la responsabilité des mesures de sécurité concernant l'*Arctic Sunrise* et

de toute perte que pourrait subir le navire. Vu qu'il s'agit d'un document officiel attribué à l'une des parties, ses dispositions doivent, jusqu'à preuve du contraire, être considérées comme confirmant à suffisance l'obligation que la Fédération de Russie s'est imposée. Adopter une approche différente à cet égard pourrait s'interpréter comme un rejet, de la part du Tribunal, de la bonne foi présumée d'au moins une des parties.

11. J'aurais par conséquent préféré que le Tribunal envisage d'autres possibilités de mesures conservatoires que la simple mainlevée de l'immobilisation du navire, allant par exemple dans le sens d'autoriser l'exploitant de l'*Arctic Sunrise* à monter à bord du navire afin d'y effectuer les opérations d'entretien et de maintenance nécessaires pour préserver ses fonctions.

12. La situation de l'équipage et des autres personnes détenues qui se trouvaient à bord de l'*Arctic Sunrise* est quelque peu différente. J'estime fondée l'invocation par le Royaume des Pays-Bas des droits des détenus qui se trouvaient à bord de ce navire à la liberté et à la sécurité et de leur droit de quitter le territoire et la zone maritime d'un Etat côtier, tous droits garantis par les articles 9 et 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et par le droit international coutumier. L'article 293 de la Convention ne permet pas de penser que les règles pertinentes ne s'appliqueraient pas a priori au cas d'espèce. Cela pourrait aussi avoir une incidence sur l'examen au stade des mesures conservatoires. Cela mis à part, je n'ai pas l'intention de développer la question dans le cadre de la présente opinion puisqu'au vu des développements récents, alors que la plupart des personnes détenues qui se trouvaient à bord de l'*Arctic Sunrise* ont été libérées sous caution, ce volet de la demande en prescription de mesures conservatoires est maintenant, selon moi, sans objet. Il convient de rappeler que le Tribunal était saisi d'une demande en prescription de mesures conservatoires visant à protéger les droits des parties, et qu'il ne s'agit pas d'une procédure de prompt mainlevée.

13. La procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou de prompt libération de son équipage moyennant le dépôt d'une caution ou autre garantie financière figure dans la Convention comme l'un des mécanismes visant à maintenir l'équilibre entre les nouveaux droits reconnus aux Etats côtiers dans la zone économique exclusive (ZEE) et la nécessité de garantir la continuité de l'exploitation et de la protection des navires, surtout des navires de pêche, et la protection de leurs équipages. Elle sert aussi de garantie au niveau international contre l'imposition de conditions exorbitantes pour la mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou la libération de son équipage ou contre l'imposition de sanctions excessives par les tribunaux nationaux. Le but visé par la caution ou autre garantie financière est pour l'essentiel, d'une part, de garantir que l'accusé

comparaîtra devant le tribunal et que la décision que celui-ci rendra pourra être exécutée contre le navire ou l'équipage, et, d'autre part, de protéger le propriétaire du navire, son exploitant, les autres personnes concernées ainsi que l'équipage contre les dommages qui peuvent résulter d'une longue période d'immobilisation et l'épreuve que constitue la détention en attendant le procès. En général, l'effet produit par une décision de mainlevée ou de libération moyennant le dépôt d'une caution est de transférer à la personne qui a assumé cette obligation selon les conditions stipulées par la caution la garde des accusés et l'obligation subséquente de garantir leur comparution devant les autorités de police et judiciaires compétentes.

14. La procédure de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou de prompt libération de son équipage peut être engagée indépendamment du fait qu'il existe ou non entre les Etats concernés un différend sous-jacent sur l'application ou l'interprétation de la Convention ; par conséquent, je ne pense pas que le Tribunal soit formellement empêché de prescrire également, à titre de mesure conservatoire, « la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou la mise en liberté de son équipage dès le dépôt d'une caution raisonnable ». Cependant, c'est précisément cette fonction de la « caution » consistant à garantir le respect de la compétence des tribunaux nationaux qui prête à controverse dans les situations où la compétence de ces tribunaux est particulièrement contestée au niveau international. Le Tribunal doit prendre soin de ne pas compromettre les droits des parties en prescrivant des mesures conservatoires qui, dans la pratique, risquent de passer pour une reconnaissance de la question même qui fait l'objet du litige. De plus, j'ai pu lire l'opinion individuelle de M. le juge Jesus et je tiens à faire savoir que je partage ses réserves quant au bien-fondé d'une caution en tant que mesure conservatoire dans les affaires où les sanctions éventuelles incluent des peines d'emprisonnement.

15. Dans la note verbale du 26 septembre 2013 adressée à l'ambassade de la Fédération de Russie par le Royaume des Pays-Bas, le Ministère des affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas a demandé « si ces démarches [prompt mainlevée de l'immobilisation du navire "Arctic Sunrise" et prompt libération de l'équipage] seraient facilitées par le dépôt d'une caution ou autre garantie financière et, dans l'affirmative, le montant de la caution ou de la garantie financière que la Fédération de Russie considérerait comme suffisant ». Le Royaume des Pays-Bas a évoqué expressément cette question à l'audience ; apparemment la possibilité de prescrire le dépôt d'une caution ou autre garantie financière pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation de l'*Arctic Sunrise* ou la mise en liberté de son équipage n'a jamais été rejetée en l'espèce. Par conséquent, j'aurais probablement estimé qu'une caution était acceptable dans les circonstances particulières

de l'espèce, n'eût été la forme qu'elle revêt et qui figure dans les dispositions de l'ordonnance. Le paragraphe 97 de l'ordonnance dispose que :

l'émetteur [banque présente en Fédération de Russie] de la garantie bancaire s'engage et s'oblige à payer à la Fédération de Russie, jusqu'à un maximum de 3 600 000 euros, telle somme qui aura été fixée, selon le cas, par décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ou par voie d'accord entre les Parties . . .

A mon avis, le fait de lier la « caution sous la forme d'une garantie bancaire » au tribunal prévu à l'annexe VII confond deux objectifs distincts – obtenir la mainlevée de l'immobilisation de l'*Arctic Sunrise* et la libération sous caution des personnes qui se trouvaient à bord et garantir l'exécution de la décision que rendra le tribunal prévu à l'annexe VII, sous peine de paiement de la caution à la Fédération de Russie. Ces conditions vont à l'encontre du but essentiel visé par l'introduction d'une caution en l'espèce, qui était d'obtenir la mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage, et, ce faisant, de protéger les droits respectifs des parties. En d'autres termes, la Fédération de Russie est censée procéder à la mainlevée de l'immobilisation du navire et à la libération de son équipage dès le dépôt d'une caution par le Royaume des Pays-Bas ; celui-ci reçoit le navire et l'équipage et assume l'obligation de déférer les personnes concernées à la juridiction compétente si le tribunal prévu à l'annexe VII décide en faveur de la Fédération de Russie ; laquelle, en cas de non-exécution de ladite obligation, serait en mesure d'obtenir une indemnisation grâce à la caution. Le fait de garantir que la somme qui sera fixée par le tribunal prévu à l'annexe VII sera effectivement payée à la Fédération de Russie n'a rien à voir avec la sauvegarde des droits du Royaume des Pays-Bas qui, selon ce que ce dernier prétend, subissent un préjudice ou risquent d'être lésés du fait des violations alléguées de ses obligations par la Fédération de Russie, de l'immobilisation prolongée de l'*Arctic Sunrise* et de la détention prolongée de son équipage et des autres personnes qui se trouvaient à bord.

(signé) M. Kulyk