

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BOUGUETAIA

1. Sans affecter ma solidarité avec le Tribunal avec lequel je suis d'accord sur l'essentiel de la démarche, je considère que certains passages de l'arrêt auraient pu gagner en crédibilité en collant un peu plus à la réalité et en tenant notamment compte du contexte de l'affaire.

2. Initialement je penchais en faveur du maintien, sur le territoire Nigérian, des quatre membres de l'équipage en attendant la décision du Tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de la Convention sur le Droit de la Mer. Certaines circonstances propres au cas d'espèce m'ont amené à revoir cette position et à rejoindre la majorité du Tribunal dans sa décision de faire libérer le « San Padre Pio » le capitaine et les trois officiers et qu'ils soient autorisés à quitter le territoire et les zones maritimes sous juridiction nigériane.

3. Après avoir purgé cinq semaines de prison (dans des conditions pour le moins pénibles) le capitaine et les trois officiers ont été libérés et autorisés à regagner le navire, le 13 avril 2018, après le dépôt d'une caution. Cette libération sous caution a été octroyée par une ordonnance de la Haute Cour Fédérale du Nigeria du 23 mars 2018 qui disposait notamment que :

Les défendeurs doivent déposer leur passeport international au greffe de cette cour

Les défendeurs ne doivent pas voyager hors du Nigéria sans un accord ou une ordonnance préalable de cette cour.

4. Cette prétendue liberté ou cet « élargissement » n'ont pas mis fin au calvaire des membres de l'équipage, bien au contraire, cette condition les a exposés à des risques autrement plus graves que ceux auxquels ils pouvaient être exposés lorsqu'ils étaient en détention.

5. Le 15 avril 2019 le « San Pedro Pio » a fait l'objet d'une attaque, par des assaillants armés dans le port de Bonny Inner Anchorage, au cours de laquelle un membre des gardes de la marine nigériane a été blessé.

6. Le Tribunal a lui-même pris note dans le paragraphe 129 de son ordonnance du « vol à main armée qui a eu lieu contre le « San Padre Pio » le 15 avril 2019 mettant en danger la vie de ceux qui se trouvaient à bord », comme il a souligné au paragraphe 130 que les « menaces qui pèsent sur la sûreté et la sécurité, ainsi que les restrictions imposées à la liberté du capitaine et des trois officiers du « San Padre Pio » pendant une longue période de temps, soulèvent des préoccupations humanitaires ».

7. C'est cette permanente insécurité, après les affres de la détention, qui m'a amené à suivre le Tribunal dans sa décision d'autoriser le capitane et les trois membres d'équipage à quitter le territoire et les zones maritimes sous juridiction nigériane.

8. Certes cette « envolée humanitaire » si elle met fin aux déboires de l'équipage en lui permettant de quitter le Nigéria, ses prisons, et la permanente insécurité qui sévit dans cette région du pays, ne garantit pas pour autant les droits du Nigéria qui n'obtient aucune assurance quant au retour des quatre marins si le Tribunal prévu à l'annexe VII venait à juger que le Nigéria a compétence pour statuer sur le différend qui l'oppose à la Suisse.

9. S'agissant de ressortissants Ukrainiens la Suisse n'a aucun moyen légal de garantir leur retour au Nigéria le cas échéant et elle ne peut dès lors prendre aucun engagement sérieux assurant leur retour devant les tribunaux nigériens.

10. On peut valablement considérer que la caution de 14 millions de dollars exigée par le tribunal couvre largement les préjudices potentiels invoqués par le Nigéria, mais du point de vue juridique, cette « dévolution incomplète » (non-retour des prévenus) met le Tribunal dans une position délicate dont il n'a pas pu ou plutôt n'a pas su se dédouaner.

11. Alors pour se faire il recourt à une désolante « chimère » par la rédaction du paragraphe 141 de l'ordonnance dans lequel il déclare que « Le Tribunal est d'avis 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 que se sont produits les 22 et 23 janvier 2018 ne constituent pas une violation de la Convention. A cet égard le Tribunal considère que le dépôt d'une caution, bien qu'efficace, ne saurait donner suffisamment satisfaction au Nigéria. Il décide donc que la Suisse devra s'engager à assurer le retour du capitaine et des trois officiers au Nigéria, si cela était requis en vertu de la décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Il estime qu'un tel engagement constituera une obligation liant la Suisse en droit international ». Voilà un vœu pieux bien naïf qui était jusque-là étranger à la rigueur et au réalisme du Tribunal.

12. Pour conforter cette « inconséquence » le Tribunal renvoie à la décision du tribunal arbitral dans l'affaire « Enrica Lexie » (ordonnance du 29 avril 2016) en omettant de citer son ordonnance du 24 août 2015 par laquelle il ordonnait le retour en Italie « d'un marin italien en attendant la suite de la procédure ». Dans ces affaires chaque cas est un « uni cum » et ces deux affaires ne peuvent pas être comparables : Dans l'« Enrica Lexie » le fusiller marin est de nationalité italienne et relève qui plus est d'une autorité italienne qui peut garantir son retour devant les juridictions italiennes.

13. Dans notre cas d'espèce les marins sont de nationalité ukrainienne et ne sont liés à aucune autorité de puissance publique. La Suisse ne peut non plus exercer une quelconque autorité sur des marins « libéraux » qui ne sont pas ses ressortissants et ne peut se prévaloir d'une quelconque coopération judiciaire avec l'Ukraine faute d'accord d'assistance judiciaire et surtout de l'inexistence de règles d'extradition de ressortissants ukrainiens par leur pays.

14. Le Nigéria est parfaitement conscient de cet écueil que relève justement le tribunal dans le paragraphe 135 de son arrêt lorsqu'il souligne que de l'avis du Nigéria « il faut que les accusés soient à la disposition de la Cour, sans quoi les poursuites ne sauraient aboutir, et la Suisse, n'étant pas l'Etat de nationalité ou de résidence du capitaine et des officiers, ni leur employeur, n'est pas en mesure de garantir qu'ils reviendraient au Nigéria pour y être jugés ».

15. Le Tribunal a, malgré cela, tenu à conserver cette obligation pour la Suisse à « s'engager à assurer le retour du capitaine et des trois officiers au Nigéria, si cela était requis en vertu de la décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VI. Il estime qu'un tel engagement constituera une obligation liant la Suisse en droit international » (paragraphe 141 de l'ordonnance).

16. Sachant pertinemment que la Suisse n'a aucun moyen d'assurer le retour des marins Ukrainiens, le Tribunal s'est engagé dans une démarche hypothétique en demandant à la Suisse de « s'engager à assurer le retour au Nigéria du capitaine et des trois marins » pour comparaître devant le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII si cela était requis par ce dernier .

17. Le rôle du Tribunal est « d'ordonner » donc de prendre des décisions impératives, il n'a pas pour vocation de produire des formules incantatoires, sachant que celles-ci n'apportent rien au raisonnement juridique et n'offrent

que des panacées rarement applicables; c'est précisément le cas dans cette affaire où le Tribunal demande à la Suisse de garantir un éventuel retour des marins et de leur capitaine, alors qu'elle n'exerce sur eux aucune autorité et ne peut légalement contrôler leurs mouvements une fois rendus à leur liberté. Le Tribunal ajoute toujours au paragraphe 141 que « les Parties coopéreront pour donner effet audit engagement », il rappelle à cet égard que « les Parties entretiennent des liens de coopération étroits dans divers domaines, y compris en matière d'entraide judiciaire pénale ». Ceci est fort intéressant, à cette réserve près que les liens de coopération « y compris en matière d'entraide judiciaire pénale » qu'entretient la Suisse avec le Nigéria ne lient aucunement l'Ukraine, pays dont ressortissent le capitaine et les trois marins; s'y ajoute le fait que l'Ukraine n'extrade pas ses ressortissants pour des poursuites de cette nature, d'où toute la vanité de la décision contenue dans le paragraphe 141 de l'ordonnance.

18. Il aurait été plus judicieux et plus innovateur pour le Tribunal de rechercher une solution réaliste et réalisable qui aurait pu « garantir » le retour des marins et de leur capitaine au Nigeria au cas où cela serait requis par le Tribunal arbitral.

19. Ce qui me paraît encore plus inapproprié c'est de faire figurer dans le dispositif de l'arrêt l'engagement de la Suisse à « faire en sorte que le capitaine et les trois officiers soient disponibles et présents lors de l'instance pénale 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 Nigeria de sa juridiction sur les événements qui se sont produits les 22 et 23 janvier 2018 ne constituent pas une violation de la Convention. A cette fin, la Suisse et le Nigéria coopéreront pour donner effet audit engagement ».

20. J'aurais volontiers voté en faveur de la disposition de l'article 146 paragraphe 1 (a) et (c) mais j'ai échoué dans ma tentative de faire figurer le (1b) dans un second paragraphe afin de ne pas lier dans une même obligation, le versement de la caution (1a), l'obligation pour le Nigéria de libérer le « San Padre Pio », sa cargaison ainsi que le capitaine et les trois officiers et veiller à ce qu'ils soient autorisés à quitter le territoire et les zones maritimes sous souveraineté Nigériane (1c), et l'engagement de la Suisse 1(b) de « faire en sorte que le capitaine et les trois officiers soient disponibles et présents lors de l'instance pénale au Nigéria » si le tribunal arbitral en décidait ainsi.

21. Le Tribunal a refusé de séparer les deux obligations réelles prévues au (a) et (c) du paragraphe 146(1), d'une « obligation » hypothétique dont personne, ni le Nigéria, ni la Suisse et encore moins le Tribunal, n'est en mesure d'en garantir l'exécution. C'est ce « package deal » fort maladroit et peu convaincant qui m'a fait voter contre cette ordonnance.

22. Seule une éventuelle compétence du Tribunal arbitral prévu à l'annexe VII dispensera notre Tribunal de l'obligation d'avoir à prouver que ses « souhaits » relèvent de toute autre chose que du réalisme juridique.

(signé) Boualem Bouguetaia