

DÉCLARATION DE M. LE JUGE KITTICHAISAREE

1. Ayant voté en faveur de l'ordonnance que vient de rendre le Tribunal, je souhaite faire quelques observations la concernant.
2. Premièrement, l'événement ayant donné naissance à la présente affaire concernait des opérations de transfert de navire à navire (STS) de gasoil dans la zone économique exclusive du Nigéria. Bien que les transferts STS et le soutage au large présentent des similarités, il existe des différences significatives entre les deux, en particulier en ce qui concerne leur objet respectif. Dans le cas du soutage au large, le navire qui procède au soutage transfère des hydrocarbures à un autre navire pour que ce dernier s'en serve comme carburant pour sa propulsion et son exploitation. A l'inverse, dans les transferts STS, les hydrocarbures transférés sont transportés en tant que cargaison par le navire qui les reçoit ou sont stockés au large¹. Certains auteurs affirment que les transferts STS n'étaient pas prévus par les auteurs de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (« la Convention ») et qu'ils devraient par conséquent relever de l'article 59 de la Convention², lequel dispose ce qui suit :

Dans les cas où la Convention n'attribue de droits ou de juridiction, à l'intérieur de la zone économique exclusive, ni à l'Etat côtier ni à d'autres Etats et où il y a conflit entre les intérêts de l'Etat côtier et ceux d'un ou de plusieurs autres Etats, ce conflit devrait être résolu sur la base de l'équité et eu égard à toutes les circonstances pertinentes, compte tenu de l'importance que les intérêts en cause présentent pour les différentes parties et pour la communauté internationale dans son ensemble.

3. Malgré les différences susmentionnées entre le soutage au large et les transferts STS, les Parties au litige n'ont pas invoqué l'article 59 de la Convention à l'appui de leurs demandes, préférant étayer leurs arguments sur la jurisprudence du

¹ Rainer Lagoni, « Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone », in Tafsir Malik Ndiaye et Rüdiger Wolfrum (dir.), *Law of the Sea, Environmental Law and the Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A Mensah*, Leiden, 2008, p. 615 ; David Testa, « Coastal State Regulation of Bunkering and Ship-to-Ship (STS) Oil Transfer Operations in the EEZ: An Analysis of State Practice and of Coastal State Jurisdiction under LOSC », *Ocean Development and International Law*, 2019, p. 2, 15 et 16.

² Par ex., Testa, *supra* note n° 1, p. 16 et 17 ; Richard Collins, « Delineating the Exclusivity of Flag State Jurisdiction on the High Seas: ITLOS issues its ruling in the *M/V 'Norstar'* Case », *EJIL Talk!*, 4 juin 2019, consultable à l'adresse <https://www.ejiltalk.org/delineating-the-exclusivity-of-flag-state-jurisdiction-on-the-high-seas-itlos-issues-its-ruling-in-the-m-v-norstar-case/#more-17250>, consulté le 5 juillet 2019 ; cf. Alexander Proelss (dir.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, édition en ligne, 2017, p. 452 et 453.

Tribunal concernant le soutage au large au lieu de s'aventurer sur le terrain relativement inconnu et inexploré de l'article 59 de la Convention. En conséquence, le Tribunal s'est confiné aux dispositions de la Convention invoquées par les Parties en ce qui concerne les activités du « San Padre Pio » dans la zone économique exclusive du Nigéria et il en a tiré une conclusion au paragraphe 108 de l'ordonnance.

4. Deuxièmement, selon le Nigéria,

[a]u stade actuel de l'instance, le Nigéria ne conteste pas la compétence *prima facie* du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII sur les première et deuxième demandes de la Suisse. Il conteste toutefois la compétence *prima facie* dudit tribunal arbitral sur la troisième demande de la Suisse³.

Comme le dit l'ordonnance à ses paragraphes 60, 71 et 76, cette concession du Nigéria en ce qui concerne la compétence *prima facie* du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pour connaître des première et deuxième demandes de la Suisse suffit au Tribunal pour pouvoir se prononcer sur la prescription des mesures conservatoires demandées par la Suisse.

5. Il est vrai que le Nigéria conteste la plausibilité des trois demandes de la Suisse. En ce qui concerne les deux premiers droits revendiqués par la Suisse en vertu de l'article 58 de la Convention, le Nigéria affirme qu'ils ne sont pas plausibles parce qu'en vertu des articles 56, paragraphe 1 a), 208 et 214 de la Convention, le Nigéria détient le droit souverain et l'obligation d'exercer sa juridiction d'exécution sur l'incident de soutage en question. Pour ce qui est des droits revendiqués au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention du travail maritime, le Nigéria avance qu'ils ne sont pas plausibles parce que la Suisse n'allègue aucun fait qui constitue une violation des droits spécifiés dans ces traités, et que la Convention de 1982 ne prévoit aucun droit de demander réparation pour la violation d'autres traités⁴. Cela étant, après avoir établi que les premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse étaient plausibles, le Tribunal a, au paragraphe 110 de son ordonnance, estimé à juste titre qu'il n'était pas nécessaire, à ce stade de la procédure, de se prononcer sur le caractère plausible du troisième droit.

³ Réponse du Nigéria, par. 3.45.

⁴ Réponse, par. 3.9 ; TIDM/PV.19/A27/2, p. 3, l. 29 à 31 et p. 21, l. 45 et 46.

6. Troisièmement, la ligne de partage entre les juges de la majorité et les juges dissidents au sujet des mesures conservatoires devant être prescrites en l'espèce traduit leurs perceptions respectives de ce que devrait être l'équilibre approprié entre la protection qu'il faut accorder aux droits plausibles de la Suisse face aux droits du Nigéria, qui, en sa qualité qu'Etat côtier, exerce sa compétence d'exécution dans sa zone économique exclusive. Dans cette appréciation, il fallait aussi tenir compte de situations compliquées, y compris du fait que le capitaine et les officiers sont de nationalité ukrainienne et que l'Ukraine n'extrade pas ses propres nationaux. Il fallait donc bel et bien préserver les droits des deux Parties sans pour autant préjuger le fond du différend, car plusieurs mois vont s'écouler entre le prononcé de l'ordonnance par le Tribunal et le moment où le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII sera constitué et pourra s'acquitter de son mandat. Le Tribunal reconnaît aussi, au paragraphe 128, qu'une simple indemnité pécuniaire risque de ne pas 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 unité.

7. Au paragraphe 141 de l'ordonnance, le Tribunal estime que l'engagement qu'il impose à la Suisse de prendre « constituera une obligation liant la Suisse en droit international. » De ce fait, le Tribunal suit le tribunal arbitral constitué au titre de l'annexe VII pour statuer sur l'incident de l'« *Enrica Lexie* »⁵. Il convient de noter que ledit tribunal arbitral a ajouté que dès lors qu'un Etat a pris l'engagement de se comporter de telle ou telle manière, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi⁶. Le Tribunal est même allé plus loin que ce tribunal arbitral, et à juste titre : au paragraphe 141 de son ordonnance, il exige de la Suisse comme du Nigéria qu'ils coopèrent de bonne foi pour donner effet audit engagement.

(signé) Kriangsak Kittichaisaree

⁵ *Enrica Lexie Incident (Italy v. India)*, Order of 29 April 2016 (Provisional Measures), par. 129.

⁶ *Ibid.*, par. 130, citant l'affaire relative à des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 158, par. 44.