

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE LUCKY

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté pour les mesures prescrites dans l'ordonnance. Je voudrais cependant formuler les observations suivantes.

2. La demande en prescription de mesures conservatoires de l'Argentine vise, pour résumer, à obtenir la mainlevée de l'immobilisation d'un navire de guerre argentin, l'*ARA Libertad*. Ce navire était en visite au port de Tema, au Ghana. Il a été saisi alors qu'il se trouvait dans le port, en application d'une ordonnance de la High Court of Justice ghanéenne (Division commerciale), dans laquelle une société financière étrangère, NML Capital Limited, a obtenu condamnation de l'Argentine pour défaut de paiement d'une dette envers elle. L'Argentine affirme qu'un navire de guerre jouit de l'immunité et ne peut être saisi.

3. L'Argentine demande au Tribunal international du droit de la mer (ci-après dénommé « le Tribunal ») de prescrire la mesure conservatoire suivante :

que le Ghana autorise sans condition la frégate *ARA Libertad*, navire de guerre argentin, à quitter le port de Tema et les eaux relevant de la juridiction du Ghana, et à être avitaillée à cet effet.

4. Les demandes en indication ou prescription de mesures conservatoires introduites devant les cours et tribunaux internationaux s'apparentent aux requêtes en injonction des procédures de référé engagées devant les tribunaux nationaux. Les circonstances invoquées doivent présenter un caractère d'urgence et de nécessité.

5. Quand une partie à un différend demande au Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, celui-ci doit s'assurer qu'en faisant droit à cette demande, il empêche les parties de prendre des dispositions qui rendraient vaine la décision définitive sur le fond. En d'autres termes, l'ordonnance doit maintenir le *statu quo* et préserver les droits des parties. De plus, conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après dénommée « la Convention »), le Tribunal doit s'assurer, *prima facie*, que le tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII aura compétence pour connaître de l'affaire.

6. A ce stade de la procédure, le Tribunal doit établir la base juridique sur laquelle se fondent les demandes faites par l'Argentine au titre de la Convention. Autrement dit, il doit s'assurer que les dispositions invoquées par l'Argentine donnent lieu à un différend relatif à l'interprétation ou l'application de la Convention, conformément à l'article 288 de cette dernière.

7. Le Tribunal doit veiller à ne pas empiéter sur la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII et à ne pas se prononcer de manière définitive sur les principaux points contestés. Sa propre jurisprudence, telle qu'elle ressort de son ordonnance en l'affaire du *Navire « Saiga » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, est pertinente en l'espèce :

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quant au fond de l'affaire, mais [...] il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée. *Navire « Saiga » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), mesures conservatoires, ordonnance du 11 mars 1998, TIDM Recueil 1998, p. 24, par. 29*

8. L'article 290, paragraphe 5, de la Convention dispose qu'en attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi du différend en vertu de la section 2, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige.

9. Dans ces circonstances, le Tribunal doit se demander si les droits des parties courent un danger immédiat, afin de s'assurer que les conditions d'urgence et de nécessité sont bien remplies.

10. Dans l'examen des demandes en prescription de mesures conservatoires, le niveau et les critères de preuve requis n'ont pas besoin d'être concluants; l'exigence de la preuve concluante est réservée au juge du fond, que ce soit le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ou le Tribunal international du droit de la mer si ce dernier est saisi de l'affaire au fond.

11. Dans ce genre de procédure, le Tribunal n'est pas tenu au même niveau de preuve que celui qui sera requis dans la décision définitive en l'espèce pour établir l'existence des droits revendiqués par l'Argentine. Cela dit, il doit déterminer, *prima facie*, s'il y a des preuves de l'existence d'un différend relatif à ces droits.

11. L'Argentine soutient que l'immunité de juridiction de l'*ARA Libertad* à l'égard des autorités ghanéennes (y compris la branche judiciaire de l'Etat) découle à la fois du droit international général et de l'article 32, entre autres dispositions, de la Convention. Elle affirme que l'article 32 ne se limite pas à la mer territoriale, mais s'applique également aux eaux intérieures du Ghana.

12. Le Ghana soutient que l'immunité à laquelle peut prétendre l'*ARA Libertad* ne découle d'aucune disposition de la Convention, et assurément pas de son article 32, lequel ne prévoit pas l'immunité dans les eaux intérieures, notamment les ports. Il ne conteste pas l'affirmation de l'Argentine pour qui, selon le droit international général, l'*ARA Libertad* n'est pas soumis à la juridic-

tion des autorités ghanéennes. Comme je l'ai mentionné plus haut, le Ghana se contente de soutenir que les dispositions de l'article 32 de la Convention ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce.

13. A mon avis, les questions relatives à l'immunité de l'*ARA Libertad* ne pourront être tranchées qu'après que les prétentions et les arguments des parties auront été examinés minutieusement par la cour ou le tribunal qui sera appelé à statuer sur le fond. Cet examen portera notamment sur l'interprétation de l'article 32 et sur la question de savoir si les droits et obligations qui y sont énoncés sont applicables. On se contentera de mentionner ici que, dès lors que la demande en prescription de mesures conservatoires s'apparente à la procédure de référé devant les tribunaux nationaux et que les parties ont fait valoir des moyens contradictoires concernant le champ d'application de l'article 32 de la Convention, il est nécessaire d'examiner les articles pertinents de la Convention pour déterminer s'ils sont interdépendants. Il existe un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des articles 18, paragraphe 1, 87, paragraphe 1, et 32 de la Convention. Par conséquent, selon moi, le Tribunal a compétence *prima facie* pour examiner la demande et statuer sur elle.

Urgence

14. L'article 290, paragraphe 5, prévoit, entre autres dispositions, que le Tribunal

peut prescrire [...] des mesures conservatoires s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige.

15. Dans la présente procédure, l'Argentine et le Ghana ont joint des déclarations sous serment aux pièces de la procédure écrite.

16. L'Argentine a présenté des déclarations sous serment tendant à démontrer l'urgence de la situation. Le Ghana a soumis une déclaration sous serment et d'autres dépositions pour expliquer les raisons pour lesquelles l'*ARA Libertad* a été saisi.

17. Je crois qu'il importe de formuler quelques observations sur la valeur probante des déclarations sous serment.

18. Le Règlement du Tribunal est muet sur la question de la recevabilité des déclarations sous serment. S'il est vrai que certains tribunaux et cours internationaux considèrent que ces déclarations constituent des preuves recevables, leur valeur probante n'en a pas moins été contestée. Des cours internationales et d'éminents juristes ont fait observer que « les dépositions de témoins produi-

tes sous la forme de déclarations sous serment doivent être traitées avec prudence » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 731, par. 244).

19. Dans sa déposition, le commandant de l'*ARA Libertad*, Pablo Lucio Salonio, qualifie la situation de « tendue et instable ». Il déclare qu'il est dans l'impossibilité de se rendre à terre à cause de l'ordonnance prise contre lui pour refus d'obtempérer à une décision de justice, et que l'équipage est affecté par la tension régnante et par la fatigue découlant du fait que 43 hommes doivent faire le travail de 135.

20. En réponse, le Ghana a produit une déclaration sous serment exposant les raisons pour lesquelles l'immobilisation de l'*ARA Libertad* ne devrait pas être levée et ce navire ne devrait pas être autorisé à appareiller, de peur qu'il ne prenne la fuite pour échapper à la juridiction de la High Court (Division commerciale) ghanéenne. Le déclarant n'a ni confirmé ni réfuté les dires du commandant Salonio. Le Conseil fait toutefois valoir que la situation actuelle n'a rien de fâcheux et qu'en fait les positions des parties ne sont guère divergentes. La divergence tient au fait que la déclaration sous serment du Ghana ne réfute pas les faits exposés dans la déclaration sous serment du commandant Salonio.

21. Pour déterminer la valeur probante des déclarations sous serment, le Tribunal doit tenir compte de leur crédibilité et des intérêts des déclarants.

22. A la lumière de ce qui précède, j'ai examiné les déclarations sous serment présentées en l'espèce, tout particulièrement sous l'angle de l'urgence et de la nécessité. La déclaration de Pablo Lucio Salonio, conjuguée à d'autres éléments de preuve, notamment des photographies, semble offrir un tableau exact de ses observations et, à mon avis, a dans les circonstances une valeur probante s'agissant d'apprécier si la situation est urgente et si des mesures conservatoires sont nécessaires. J'ai tenu compte du fait que sa déclaration sous serment n'a pas été soumise à un examen contradictoire. Néanmoins, il semble y avoir beaucoup de vérité dans le témoignage apporté par sa déclaration.

23. Il n'est guère contesté non plus que l'Autorité portuaire du Ghana a perdu et perd encore des recettes considérables du fait de la présence de l'*ARA Libertad* dans le port. C'est là cependant une question qui relève de l'examen de l'affaire au fond, dans la perspective d'éventuels dommages-intérêts si le tribunal en décide ainsi.

Droits invoqués au titre de la Convention

24. Il me semble que le Tribunal n'a pas, à ce stade de la procédure, à formuler de conclusions définitives concernant l'interprétation de l'article 32 de la Convention et son applicabilité. C'est au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII qu'il appartiendra de statuer sur ce point, après que les parties auront fait valoir l'ensemble de leurs moyens.

25. La question que devra trancher le tribunal arbitral ou tout autre tribunal saisi de l'affaire au fond est celle de savoir si les droits garantis par des articles de la Convention invoqués par l'Argentine ont été violés par le Ghana.

26. Pour résumer, l'Argentine soutient qu'en rapport avec l'*ARA Libertad*, des droits qui lui sont reconnus par la Convention et par le droit international général ont été violés par le Ghana du fait du comportement d'un organe de cet Etat, et plus précisément du pouvoir judiciaire : Ces droits sont énoncés dans les articles suivants :

- article 32, relatif aux immunités des navires de guerre et autres navires d'Etat utilisés à des fins non commerciales ;
- article 18, relatif au droit de passage inoffensif et à la signification du terme « passage » ;
- article 56, paragraphe 2, et article 58, relatifs au droit de passage dans les eaux archipélagiques et dans la zone économique exclusive ;
- article 87, paragraphe 1, alinéa a), relatif à la liberté de navigation ; et
- article 90, relatif au droit de navigation.

27. Je commencerai par l'article 32. Je ne crois pas que le Tribunal puisse parvenir, dans le cadre de la présente procédure, à une conclusion sur l'interprétation et l'application de cet article sans avoir entendu les deux parties exposer leurs moyens de façon exhaustive. Cela n'est tout simplement pas possible tant que les questions relatives à l'immunité telle qu'elle est prévue audit article n'auront pas été approfondies au cours des audiences du tribunal prévu à l'annexe VII.

28. Je suis d'un autre avis en ce qui concerne l'application de l'article 18, paragraphe 1, de l'article 87, paragraphe 1 et de l'article 90 de la Convention.

29. A en juger d'après les faits, qui ne sont pas contestés, l'*ARA Libertad* a reçu l'autorisation de traverser la mer territoriale et les eaux intérieures ghanéennes, puis d'entrer dans le port ghanéen de Tema. Ce faisant, ce navire a exercé son droit de passage inoffensif dans la mer territoriale et poursuivi sa route dans les eaux intérieures pour relâcher audit port. Après avoir passé une journée dans ce port, il a été saisi en exécution d'une ordonnance prise par la High Court of Justice (Division commerciale) d'Accra. En conséquence, je considère qu'en empêchant ce navire de quitter son poste d'amarrage pour repartir

de façon aussi inoffensive qu'il était venu, le Ghana semble priver l'*ARA Libertad* des droits que lui reconnaissent l'article 18, l'article 87, paragraphe 1, et l'article 90 de la Convention. Tous ces droits sont garantis par la Convention et par le droit international général.

30. Comme je l'ai dit plus haut, l'*ARA Libertad* avait été invité et autorisé à entrer dans les eaux intérieures du Ghana et dans le port de Tema. Il était en visite officielle. Il n'est pas contesté que, tant qu'il se trouvait en haute mer, dans la zone économique exclusive et dans la mer territoriale du Ghana, ce navire jouissait de l'immunité prévue à l'article 32 de la Convention. A mon avis, cette immunité a subsisté quand il est entré dans les eaux intérieures et dans le port, parce que le droit de passage inoffensif reste intact – pour des raisons bien compréhensibles – dans le port en attendant le départ du navire. Par conséquent, lorsque l'*ARA Libertad* est prêt à appareiller, ces droits continuent d'exister. C'est la conclusion logique qui s'impose dans les circonstances.

31. L'*ARA Libertad* a fait l'objet d'une saisie dont l'Argentine prétend qu'elle est contraire aux dispositions de l'article 32 de la Convention. Le Ghana fait valoir que l'article 32 ne s'applique pas aux eaux intérieures et que, par conséquent, l'*ARA Libertad* n'y jouit pas de l'immunité, et que de surcroît, la Constitution ghanéenne garantissant la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges, l'exécutif ne saurait faire obstacle à l'ordonnance de la High Court of Justice (Division commerciale).

32. A mon avis, le moyen de défense que le Gouvernement ghanéen tire de la règle de droit et de la séparation des pouvoirs garantie par sa Constitution n'exonère pas légalement l'Etat ghanéen de sa responsabilité en droit international. Le droit international général précise que les Etats ne peuvent s'abriter derrière leur droit interne, y compris leur Constitution, pour se soustraire à leurs obligations internationales.

33. L'article 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite dispose que :

Comportement des organes de l'Etat

1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat.

Le projet d'article 4 reflète le droit international coutumier (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 44, à la p. 203, par. 388).

34. L'Argentine et le Ghana sont tous deux parties à la Convention, dont l'article 293, paragraphe 1, dispose que :

Une cour ou un tribunal ayant compétence en vertu de la présente section applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci.

35. Les décisions des tribunaux des Etats-Unis et du Royaume-Uni ne concernent l'*ARA Libertad* ni en droit ni en fait. Les procédures engagées devant les tribunaux nationaux opposent NML Capital Limited à l'Argentine, et non le Ghana à l'Argentine.

36. L'exécution de la décision par voie de saisie de l'*ARA Libertad* et la validité de l'ordonnance de la High Court (Division commerciale) ghanéenne ne relèvent pas de la compétence du Tribunal de céans.

37. L'Argentine prétend que le Ghana a violé les articles 2, paragraphe 3, 18, 32 et 87 ainsi que d'autres articles de la Convention. Le Ghana lui oppose que l'article 32 concerne l'immunité des navires de guerre dans la mer territoriale et ne fait aucune mention d'une telle immunité dans les eaux intérieures, et qu'« il était entendu que le régime des ports et des eaux intérieures serait [...] exclu de la Convention de 1982 ». Il soutient que l'immunité des navires de guerre dans les eaux intérieures est sans rapport avec l'interprétation ou l'application de la Convention et que, s'il existe de telles règles, on ne pourra les trouver qu'en dehors de la Convention, que ce soit parmi les règles du droit international coutumier ou parmi celles du droit international conventionnel.

38. Je pense que le droit international et les articles pertinents de la Convention devraient être considérés dans leur ensemble et que, dans les circonstances, l'article 32 peut être réputé inclure les eaux intérieures; non seulement parce qu'il n'exclut pas expressément l'immunité des navires de guerre dans les eaux intérieures, mais aussi parce qu'il doit se lire en accord avec les autres règles du droit international qui garantissent cette immunité. Il s'ensuit que, là où le droit est muet, les tribunaux devraient suivre une approche pragmatique et, compte tenu des circonstances de l'espèce, comprendre et interpréter le droit en conséquence. A mon avis, l'*ARA Libertad* jouit de l'immunité dans les eaux intérieures du Ghana et il convient d'interpréter l'article de manière extensive. Etant donné qu'il s'agit de mesures conservatoires, et je pourrais revoir ma position si l'affaire est examinée au fond.

39. J'ai approuvé la prescription des mesures provisoires énoncées dans l'ordonnance du Tribunal et voté en ce sens.

(signé) A. Lucky