

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE PAIK

(Traduction du Greffe)

1. Dans les procédures visant à obtenir des mesures conservatoires, le seuil relativement bas de déclenchement de la compétence *prima facie* est contrebalancé par les conditions plus strictes – telles que l'urgence et le caractère irréparable du préjudice – auxquelles est subordonnée la prescription de telles mesures. A mon avis, l'ordonnance devrait expliquer plus clairement en quoi la demande de l'Argentine répond à ces conditions. Telle est la raison des brèves observations qui vont suivre.

2. Pour apprécier l'« urgence de la situation » au sens de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, le Tribunal doit prendre en compte les facteurs suivants. Premièrement, une importance particulière doit être accordée à la nature des droits ou des intérêts juridiques que les mesures conservatoires demandées sont censées préserver. En l'espèce, parmi les droits en cause figure le droit de l'Argentine au respect de l'immunité dont doit bénéficier un navire de guerre dans le port d'un Etat étranger. Ce droit est clairement établi en droit international et constitue en fait l'un des plus importants piliers de l'« ordre public » des océans. En outre, comme il est dit au paragraphe 94 de l'ordonnance, le navire de guerre – objet du droit revendiqué par l'Argentine – est l'expression de la souveraineté de l'Etat dont il bat le pavillon, en même temps qu'il est un instrument de guerre. De là vient que tout différend impliquant un navire de guerre présente le risque de troubler la paix et la sécurité, et doit par conséquent être traité avec la plus grande prudence. Le fait que la frégate *ARA Libertad* est un navire-école non armé n'enlève rien à la gravité de la situation. La nature du droit en cause et de son objet indique qu'il y a un élément d'urgence dans la présente espèce.

3. Le second facteur à prendre en compte est d'ordre temporel. Aux termes de l'article 290, paragraphe 5, le Tribunal ne peut prescrire de mesures conservatoires que s'il est convaincu que les droits des parties subiront vraisemblablement un préjudice « en attendant la constitution d'un tribunal arbitral » et son entrée en fonctions. Le cadre temporel ainsi fixé par le paragraphe 5 de l'article 290 est beaucoup plus bref que celui prévu au paragraphe 1 du même article, qui permet de prescrire des mesures conservatoires pour préserver les droits respectifs des parties « en attendant la décision définitive ». De même, le critère lié à l'« urgence de la situation », dont le paragraphe 5 de l'article 290 fait une condition des mesures conservatoires, est plus strict que celui prévu au paragraphe 1, où les mesures conservatoires doivent simplement être « appropriées en la circonstance ». En la présente espèce, le Tribunal a appris que plusieurs procédures concernant la frégate *ARA Libertad* sont en cours devant les tribunaux ghanéens, parmi lesquelles la procédure relative à l'exécution de l'ordonnance

imposant l'immobilisation de ce navire de guerre et la procédure d'appel contre l'ordonnance qui impose au navire de changer de poste d'amarrage. Il ressort également des informations communiquées au Tribunal que l'auteur de la demande d'injonction interlocutoire et de conservation provisoire de l'*ARA Libertad*, qui a déclenché la série d'événements à l'origine de la présente affaire, est apparemment un plaideur très actif. Bien que l'on ignore encore quelle sera l'issue de ces procédures et quand elles aboutiront, le fait qu'elles soient pendantes et qu'elles risquent d'aggraver encore la situation ne doit pas être pris à la légère.

4. Le troisième facteur à prendre en compte est la présence ou l'absence d'engagements ou d'assurances de la part des parties garantissant qu'elles ne prendront aucune mesure susceptible de porter atteinte à leurs droits respectifs. Dans son appréciation de l'urgence d'une situation donnée, le Tribunal a attaché par le passé une importance certaine à de tels engagements ou assurances. Or, dans la présente affaire, le Ghana est dans l'impossibilité de donner des assurances qui ne sont pas de la compétence de son gouvernement (pouvoir exécutif). Les mesures de contrainte visant l'*ARA Libertad* ont été prises par la High Court ghanéenne. Comme l'a fait valoir le co-agent du Ghana, une stricte séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir judiciaire interdisent au gouvernement ghanéen d'interférer dans les décisions des tribunaux ghanéens. Bien que l'Autorité portuaire du Ghana ait déclaré sous serment, entre autres choses, que le navire de guerre est alimenté en eau et en électricité et que son équipage n'est pas visé par des actes de harcèlement ou d'agression psychologique, cette déclaration ne garantit nullement que l'*ARA Libertad* soit à l'abri de nouvelles mesures de contrainte qui pourraient être ordonnées par les tribunaux ghanéens. Au contraire, le navire et son équipage sont tout autant exposés à de telles mesures que par le passé, sinon plus. Le fait que le Ghana ne puisse donner d'assurances n'aide donc pas à réduire l'urgence de la situation.

5. Le quatrième facteur à prendre en compte pour la prescription de mesures conservatoires est que ces mesures doivent viser à préserver les droits respectifs des parties au différend. Pour préserver ces droits, il faut empêcher qu'ils ne subissent un préjudice ou une atteinte irréparable. Ce critère du « préjudice irréparable » a été élaboré principalement par la Cour internationale de Justice (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 12, à la p. 16, par. 21), bien qu'il faille préciser que son application par la Cour n'a pas toujours été cohérente et que ce critère n'est pas le seul qui puisse servir à justifier la prescription de mesures conservatoires. Selon ce critère, des mesures conservatoires peuvent être envisagées dès lors que risquent de survenir un préjudice ou une atteinte qui « ne saurai[en]t être réparé[s] moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle » (*Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865, ordonnances*

des 8 janvier, 15 février et 18 juin 1927, C.P.J.I. série A, n° 8, p. 7). Le but des mesures conservatoires est donc d'éviter la réalisation d'un préjudice ou d'une atteinte irréparables.

6. Dans la présente espèce, la violation prétendue des droits de l'Argentine a déjà été commise, et elle se poursuit. En outre, d'autres violations risquent d'être commises, en fonction notamment du déroulement et de l'issue des procès en cours devant les tribunaux ghanéens. A cela s'ajoute le fait que les droits dont la violation est alléguée sont de nature telle que le versement d'une indemnité ou une autre prestation matérielle risquent de ne pas pouvoir réparer le préjudice qui leur a été porté. Selon l'Argentine, il faut en effet inclure dans le préjudice ou l'atteinte portés à ses droits non seulement la menace qui pèse sur leur existence même, mais encore un certain nombre de dommages indirects, parmi lesquels le fait que son navire de guerre soit empêché de remplir ses missions et ses fonctions; le grave risque auquel est exposée la sécurité du navire et de son équipage; et l'offense faite à la dignité de l'État et aux sentiments de la population. Ce qui importe en l'espèce, c'est qu'une prolongation de cette situation entraînera probablement une nouvelle aggravation du risque déjà grave de voir les droits en cause subir un préjudice ou une atteinte irréparables.

7. Compte tenu de la nature et de l'objet de ces droits, des procédures en cours devant les tribunaux ghanéens et de l'aggravation de la situation qu'elles risquent d'entraîner, de l'impossibilité dans laquelle se trouve le Ghana de donner des assurances et de la nature et de la gravité du préjudice déjà subi et probablement encore à subir, je considère que les conditions, notamment d'urgence et du caractère irréparable du préjudice auxquelles est subordonnée la prescription de mesures conservatoires, sont remplies en l'espèce.

8. Le bien-fondé des mesures conservatoires étant ainsi établi, il reste à déterminer quelle devrait être leur nature. Étant donné que des mesures conservatoires peuvent être prescrites sans qu'il soit besoin de prouver de façon concluante que le tribunal sera compétent ou que les conclusions des parties sont valides, une demande sollicitant des mesures qui auraient pour effet de régler virtuellement le différend ne saurait être acceptée. La Cour permanente de Justice internationale a souligné ce point lorsqu'elle a déclaré que toute demande « tendant à obtenir un jugement provisionnel adjugeant une partie des conclusions de la [...] Requête [introductive d'instance] » devrait être rejetée (*Affaire relative à l'usine de Chorzów (indemnités)*, ordonnance du 21 novembre 1927, C.P.J.I. série A, n° 12, p. 10). Cela ne veut toutefois pas nécessairement dire qu'une partie ne pourrait demander à titre de mesures conservatoires des mesures qui seraient pour l'essentiel identiques aux demandes principales qu'elle a soumises dans le cadre de l'affaire au fond. La question dépend en grande partie des circonstances de l'espèce. Dans la présente espèce, la mesure conservatoire sollicitée par l'Argentine dans sa demande, à savoir la mainlevée sans conditions de l'immobilisation de l'*ARA Libertad*, est très proche, sur le fond, de la demande

principale figurant parmi les conclusions contenues dans la requête introduisant la procédure arbitrale. Cela ne devrait cependant pas empêcher le Tribunal d'examiner les mesures demandées par l'Argentine. De plus, les différents types de réparations demandés par l'Argentine dans sa notification introduisant la procédure arbitrale en vertu de l'annexe VII sont, bien entendu, de portée plus large que les demandes figurant dans sa demande en prescription de mesures conservatoires.

9. Lorsqu'il prescrit des mesures conservatoires, le Tribunal doit avoir en vue la préservation des droits *respectifs* des parties au différend. Autrement dit, il doit considérer pleinement et sauvegarder les droits respectifs de l'une et l'autre partie. Des mesures conservatoires qui préserveraient les droits d'une partie mais porteraient préjudice à ceux de l'autre ne sauraient être considérées comme appropriées. Dans la présente affaire, si l'Argentine décrit clairement les droits qu'elle entend préserver, le Ghana ne le fait pas en ce qui concerne ses propres droits. De surcroît, le Ghana ne disconvient pas avec l'Argentine que l'*ARA Libertad*, en tant que navire de guerre, a droit à l'immunité selon le droit international général et que son immobilisation doit donc être levée. Le co-agent du Ghana a déclaré devant la High Court of Justice d'Accra : « [L]e tribunal [de céans] devenait tenu, conformément aux principes établis, de prononcer la mainlevée du navire et de cesser toute poursuite à son égard. » (Audience tenue le mardi 9 octobre 2012 à la Superior Court of Judicature de la Commercial Division de la High Court of Justice d'Accra, devant le juge Richard Adjei-Frimpong. Déposition de M. Ebenezer Apraku, directeur du Bureau juridique et consulaire du Ministère des affaires étrangères et de l'intégration régionale du Ghana). Devant le Tribunal de céans, le co-agent du Ghana a encore déclaré, en audience publique, que :

Avec tout le respect que je vous dois, ce n'est pas à titre personnel que j'ai comparu devant la High Court, mais en ma qualité de conseiller juridique du Ministère des affaires étrangères, et les vues que j'ai exprimées étaient en accord avec ce que le ministre des affaires étrangères m'avait autorisé à dire. [...] Malgré nos efforts, la décision de la High Court n'a pas donné satisfaction à l'Argentine, et les vues exprimées par la branche exécutive de l'Etat, qui restent d'ailleurs inchangées, n'ont pas été retenues (ITLOS/PV.12/A20/4, p. 13, lignes 13 à 20).

A mon avis, cet accord entre les parties sur la nécessité de lever l'immobilisation de l'*ARA Libertad* présente une importance particulière pour le Tribunal dans sa décision d'accorder à l'Argentine la mesure qu'elle demande. En effet, la mainlevée sans conditions de l'immobilisation de l'*ARA Libertad* préserve les droits de l'Argentine sans porter atteinte ou préjudice à ceux du Ghana.

10. Lorsqu'il examine et prescrit des mesures conservatoires en vertu de l'article 290 de la Convention, le Tribunal jouit certes d'une marge d'appréciation et d'un pouvoir discrétionnaire importants. Il n'en reste pas moins que l'application de cet article aux faits de l'espèce ne doit pas être arbitraire ou varier avec la « longueur du pied du Chancelier ». Un peu plus de clarté dans le raisonnement du Tribunal aurait été utile à cet égard.

(signé) J.-H. Paik