

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE JESUS

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté pour l'ordonnance, bien que je ne souscrive pas entièrement à son raisonnement juridique ni à certaines de ses conclusions, sur des questions qui concernent la compétence, le dépôt d'une caution et le champ d'application de l'ordonnance en sa partie qui a trait à la mise en liberté des personnes détenues. Je soulèverai ces questions dans cet ordre :

Sur la question de la compétence

2. Dans la note verbale datée du 22 octobre 2013 qu'elle a adressée au Tribunal, la Fédération de Russie a informé le Tribunal que, par note verbale

la partie russe a notifié au Royaume des Pays-Bas... qu'elle n'accepte pas la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII de la Convention engagée par les Pays-Bas eu égard à l'affaire du navire « Arctic Sunrise » et qu'elle n'a pas l'intention de participer à la procédure devant le Tribunal international du droit de la mer en ce qui concerne la demande en prescription de mesures conservatoires soumise par le Royaume des Pays-Bas au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.

3. Dans la même note verbale, la Fédération de Russie explique que

[L]es mesures prises par les autorités russes à l'égard du navire « Arctic Sunrise » et de son équipage l'ont été, et continuent de l'être, dans l'exercice de la juridiction, y compris pénale, de la Fédération de Russie, en vue de faire respecter les lois et règlements de la Fédération de Russie, en sa qualité d'Etat côtier, conformément aux dispositions entes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

et appelle l'attention du Tribunal sur le fait que

[L]ors de la ratification de la Convention le 26 février 1997, la Fédération de Russie a fait une déclaration selon laquelle, entre autres, « elle n'accepte pas les procédures prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention aboutissant à des décisions obligatoires pour les différends concernant [...] les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction ».

4. Etant donné cette position de la Fédération de Russie, qui n'accepte pas la compétence du tribunal arbitral visé à l'annexe VII pour connaître du différend (une position qui peut avoir entraîné sa non-comparution à l'audience du Tribunal sur les mesures conservatoires), je suis d'avis que le Tribunal, en réponse à l'importante exception de compétence ainsi soulevée, aurait pu expliquer de façon plus claire et plus directe dans son ordonnance les raisons pour lesquelles, contrairement à la position de la Fédération de Russie, il considère que le tribunal arbitral visé à l'annexe VII aurait compétence *prima facie* pour connaître du différend dont il est saisi par les Pays-Bas.

5. Bien que je souscrive sans réserve aux conclusions du Tribunal selon lesquelles le tribunal arbitral aurait compétence *prima facie* pour statuer sur le fond de l'affaire et, par conséquent, le Tribunal peut connaître de la demande en prescription de mesures conservatoires, je considère que le Tribunal aurait dû développer le raisonnement juridique qu'il fait au paragraphe 45 de l'ordonnance et répondre expressément et clairement à l'unique mais important argument avancé sur le sujet par la Fédération de Russie dans la note verbale précitée. J'estime donc devoir exposer ma position sur la question comme suit :

a) Aux termes de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, la compétence du Tribunal pour connaître d'une demande de mesures conservatoires dépend de la réponse qui sera donnée à la question de savoir si, dans les circonstances de fait et de droit de l'espèce, le Tribunal considère, *prima facie*, que le tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention aurait compétence pour statuer sur le fond de l'affaire. C'est ce qu'indique ce paragraphe, qui dispose que

[e]n attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend... le Tribunal international du droit de la mer... peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article 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.

b) Par conséquent, en établissant la compétence *prima facie* du tribunal arbitral visé à l'annexe VII en l'espèce, le Tribunal aurait dû exposer un raisonnement en réponse à l'argument de la Fédération de Russie qui avance que

[l]ors de la ratification de la Convention le 26 février 1997, la Fédération de Russie a fait une déclaration selon laquelle, entre autres, « elle n'accepte pas les procédures prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention aboutissant à des décisions obligatoires pour les différends

concernant [...] les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction ».

- c) Sachant que la position de la Fédération de Russie est fondamentale pour l'examen de la question de la compétence du tribunal arbitral en l'espèce, et conscient que la déclaration dont la Fédération de Russie a assorti sa ratification de la Convention, le 26 février 1997, entendait exclure de la compétence obligatoire prévue à la section 2 de la partie XV les différends « concernant [...] les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction », le Tribunal aurait dû développer son raisonnement juridique sur ce point pour préciser ce qui suit :
- i) Aux termes de la Convention, les Etats parties à un différend dont est saisi une cour ou un tribunal visé à l'article 287 de la Convention sont soumis à des décisions obligatoires, comme le prévoit la section 2 de la partie XV, à moins que leur différend n'appartienne à l'une des catégories de différends visées à l'article 298 pour lesquelles les Etats peuvent déclarer qu'ils n'acceptent pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 ;
 - ii) S'il est vrai que l'alinéa b) du paragraphe 1) de l'article 298 de la Convention prévoit, en faveur des actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction, des exceptions à la compétence obligatoire instituée par la section 2 de la partie XV de la Convention, ces exceptions s'appliquent exclusivement à deux catégories de différends expressément définies à la fin dudit alinéa b). Ces deux catégories de différends sont celles qui concernent la recherche scientifique marine et la pêche, comme il est précisé aux paragraphes 2 et 3 de l'article 297 de la Convention. Les faits de l'espèce font apparaître à l'évidence que l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » par les autorités russes et la détention des personnes qui se trouvaient à bord n'ont rien à voir avec la recherche scientifique marine ni avec la pêche ;
 - iii) Il découle naturellement de ce qui précède que la déclaration dont la Fédération de Russie a assorti sa ratification de la Convention le 26 février 1997 ne peut s'interpréter comme ayant soustrait aux procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires instituées par la section 2 de la partie XV de la Convention le différend né de l'incident survenu le 19 septembre 2013 dans la zone économique exclusive (« ZEE ») de la Fédération de Russie qui a conduit à l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » et à la détention des personnes qui se trouvaient à bord ;

- iv) Cette déclaration de la Fédération de Russie ne saurait non plus s'interpréter comme excluant ou modifiant l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à la Fédération de Russie, puisque l'article 310 de la Convention ne l'autorise pas.
- d) Pour ces raisons, et sachant qu'aucune autre exception à la compétence n'a été soulevée par la Fédération de Russie ou ne semble autrement surgir, je considère que la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII sera solidement établie et qu'en conséquence le Tribunal est compétent pour statuer sur la demande en prescription de mesures conservatoires des Pays-Bas.

Sur la question de la caution

6. Dans sa sagesse collective, le Tribunal a décidé de prescrire à titre de mesure conservatoire la mainlevée de l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » et la mise en liberté des personnes à son bord, en attendant la constitution du tribunal arbitral visé à l'annexe VII. La mainlevée de l'immobilisation du navire et la mise en liberté des personnes concernées ont été subordonnées au dépôt d'une caution.

7. Bien que j'aie souscrit à la décision du Tribunal de prescrire la mainlevée de l'immobilisation du navire et la mise en liberté des personnes à bord, j'ai en ce qui concerne le dépôt d'une caution quelques réserves pour les raisons exposées ci-après :

- a) Bien que le Tribunal ait eu à connaître de plusieurs demandes en prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, la présente affaire est la première dans laquelle, dans le cadre de la procédure applicable aux mesures conservatoires, il a été prié de prescrire la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la mise en liberté des personnes détenues pour infractions à la réglementation maritime applicable à la ZEE d'un Etat côtier. Puisque cette affaire est susceptible de constituer un précédent, il est nécessaire de procéder à un examen approfondi des questions juridiques soulevées dans l'ordonnance.
- b) Le Tribunal, se fondant sur le libellé de l'article 290, paragraphe 1, qui dit que le Tribunal « peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige », a décidé à la majorité des voix de prescrire la mainlevée de l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » et la mise en liberté des personnes à bord à condition qu'une caution soit déposée. Cela équivaut à un détournement du recours de prompt mainlevée, que la Convention entendait appliquer exclusivement aux

affaires de pêche illégale dans la zone économique exclusive et aux situations particulières visées à l'article 226, paragraphe 1, lu ensemble avec l'article 220, paragraphes 3 et 8, de la Convention.

- c) Mes réserves à l'égard du raisonnement de la décision majoritaire visent l'idée même de demander des mesures conservatoires pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la mise en liberté de son équipage sur dépôt d'une caution. Je n'ai rien contre le recours à la procédure des mesures conservatoires pour obtenir la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et la mise en liberté de son équipage. Mes réserves naissent à partir du moment où la mainlevée et la mise en liberté sont subordonnées au dépôt d'une caution. Je m'explique :
- i) En règle générale, les mesures d'investigation et le lancement éventuel de poursuites judiciaires contre des personnes prévenues d'avoir enfreint les lois d'un Etat, lorsque ces mesures répondent aux conditions de fond et de procédure de l'Etat, constituent une mission normale de l'Etat et une émanation de sa souveraineté, compte dûment tenu à cet égard, bien entendu, de l'obligation de respecter les droits des détenus tels qu'ils ressortent des règles et normes internationales applicables.
 - ii) Les Etats doivent donc être autorisés à procéder, dans des délais raisonnables et sans ingérence indue de l'extérieur, aux mesures d'enquête et aux diligences judiciaires normales pour établir les points de fait ou de droit qui aboutiront ou non au déclenchement de poursuites judiciaires contre les détenus. Or une mise en liberté anticipée des détenus peut aller à l'encontre du but recherché par les mesures d'enquête et les diligences judiciaires.
 - iii) La mise en liberté de détenus avant la conclusion de l'enquête susceptible de conduire à l'ouverture de poursuites judiciaires contre eux peut être justifiée quand elle est expressément autorisée dans le cadre de procédures instituées par le droit interne ou international applicable, car on peut supposer que ces procédures auront prévu des mécanismes permettant d'éviter que l'enquête ou les poursuites ne se retrouvent sans objet.
 - iv) Dans le cadre du droit de la mer, la possibilité de lever l'immobilisation de navires étrangers immobilisés et de mettre en liberté les membres de l'équipage détenus avant que l'enquête ou les poursuites judiciaires dont ils sont l'objet aient abouti n'est expressément prévue que par la procédure d'urgence visée à l'article 292 de la Convention, une procédure spéciale qui s'applique exclusivement à deux types de situation, à savoir :

1. Les cas d'infraction à la législation de l'Etat côtier en matière de pêche (article 73, paragraphe 1, de la Convention) ; et
2. Les cas particuliers visés à l'article 226, paragraphe 1 b), lu ensemble avec l'article 220, paragraphes 3 et 8, de la Convention, qui concernent les infractions aux règles applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires.

8. En plusieurs occasions le Tribunal a été prié, conformément à la procédure de prompt mainlevée prévue à l'article 292 de la Convention, de prescrire, dès le dépôt d'une caution raisonnable, la mainlevée de l'immobilisation d'un navire soupçonné d'avoir enfreint la législation d'un Etat côtier en matière de pêche dans sa zone économique exclusive, ainsi que la libération de l'équipage dudit navire¹. Et de fait, dans le cadre des affaires dont il a été saisi en application de la procédure prévue à l'article 292, le Tribunal a rendu plusieurs ordonnances prescrivant la mainlevée de l'immobilisation du navire de pêche et la libération de son équipage, et ceci toujours contre le dépôt, auprès de l'Etat ayant procédé à l'immobilisation ou à l'arrestation, d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière dont le montant était fixé par le Tribunal lui-même.

9. Dans le cas de la procédure de prompt mainlevée ou libération prévue à l'article 292, la prompt mainlevée de l'immobilisation du navire ou la prompt mise en liberté de son équipage ne risquent pas d'entraver l'enquête pénale et les poursuites judiciaires diligentées par les autorités nationales puisque, aux termes de l'article 73, paragraphe 3,

Les sanctions prévues par l'Etat côtier pour les infractions aux lois et règlements en matière de pêche dans la zone économique exclusive ne peuvent comprendre l'emprisonnement, à moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, ni aucun autre châtiment corporel.

Cela suppose, bien entendu, que le montant de la caution tienne compte de toutes les peines pécuniaires et autres montants qui pourraient être imposés, comme le Tribunal l'a fait dans les affaires de prompt mainlevée ou libération dont il a eu à connaître.

10. Le même raisonnement vaut pour les cas particuliers visés à l'article 226, paragraphe 1 b), lu ensemble avec l'article 220, paragraphes 3 et 8, de la Convention, qui concernent les infractions aux règles applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires. De fait, dans ces cas, auxquels s'applique la procédure de prompt mainlevée et libération,

¹ Voir l'article 73 de la Convention.

[s]eules des peines pécuniaires peuvent être infligées en cas d'infraction aux lois et règlements nationaux ou aux règles et normes internationales applicables visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, qui ont été commises par des navires étrangers au-delà de la mer territoriale².

11. Par contre, le fait d'imposer le dépôt d'une caution comme condition de la mainlevée de l'immobilisation d'un navire et de la mise en liberté de son équipage dans le cadre de mesures conservatoires, comme en la présente espèce, risque de ne pas « préserver les droits » de l'Etat qui a immobilisé le navire et placé son équipage en détention, si, parmi les sanctions qui ont été prononcées ou qui peuvent l'être, figurent des peines d'emprisonnement qui, dans le droit interne de l'Etat considéré, ne pourraient pas être converties en peines pécuniaires.

12. Pour ces raisons, j'aurais préféré que le Tribunal assoie son raisonnement sur un autre fondement. A mon avis, la mainlevée de l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » et la mise en liberté des personnes qui se trouvaient à bord auraient dû être justifiées en invoquant la liberté de navigation dont l'Etat du pavillon du navire jouit en haute mer, cette liberté s'exerçant également dans la zone économique exclusive de la Fédération de Russie, conformément à l'article 58, paragraphe 2, de la Convention.

13. Selon ce raisonnement, la mise en liberté des personnes qui se trouvaient à bord de l'« Arctic Sunrise » aurait inclus les personnes ayant réussi à pénétrer dans la zone de sécurité instituée par la Fédération de Russie. Comme le Tribunal n'a malheureusement pas bénéficié de la participation de la Fédération de Russie à la procédure, il n'a pas pu s'appuyer sur un compte rendu complet des faits de l'espèce, y compris de faits qui auraient pu éclaircir pour lui un certain nombre de questions concernant ceux des membres du personnel de l'« Arctic Sunrise » qui ont pu pénétrer sans autorisation dans la zone de sécurité, en infraction aux règlements et aux mesures de sécurité de la Fédération de Russie. Pour cette raison, il lui aurait été difficile de distinguer entre ceux qui ont pu violer la zone de sécurité instituée par la Fédération de Russie et ceux qui sont restés dans la ZEE de la Fédération de Russie, à bord d'un navire qui exerçait sa liberté de navigation.

14. On pourrait arguer que si le Tribunal avait suivi cette voie, il aurait abordé le fond de l'espèce, qui doit être réservé au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII en sa qualité de juge du fond.

15. A cet argument, j'opposerais qu'il y a des questions de fond qu'un tribunal ou une cour saisi d'une demande de mesures conservatoires en vertu de l'article 290

² Voir l'article 230 de la Convention.

de la Convention ne peut s'abstenir de considérer. A l'appui de cette position, je soumets les arguments suivants :

- a) Premièrement, j'avancerais que l'objet même d'une demande de mesures conservatoires est, comme il est dit au paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention, de « préserver les droits respectifs des parties en litige ». A mon sens, il n'est tout simplement pas possible de prescrire des mesures pour préserver les droits des parties sans aborder, voire considérer de manière approfondie, certaines questions touchant au fond de l'espèce. Comme l'a dit la Cour internationale de Justice, « une demande en indication de mesures conservatoires a nécessairement, par sa nature même, un lien avec la substance de l'affaire » (*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), demande en indication de mesures conservatoires, 1979*) ;
- b) Deuxièmement, le Tribunal lui-même, dans sa jurisprudence relative aux mesures conservatoires, a parfois abordé le fond d'une affaire pour justifier des mesures visant à préserver les droits des parties. Telle est la jurisprudence qui est ressortie, par exemple, de l'*Affaire de l'« ARA Libertad »*. Dans cette affaire, en effet, le Tribunal a prescrit la mainlevée de l'immobilisation de ce navire de guerre argentin, sans dépôt préalable d'une caution, en se fondant sur son interprétation du droit matériel telle qu'elle s'exprime dans les paragraphes 94, 95, 98 et 100 de son ordonnance du 15 décembre 2012. Au paragraphe 95 de cette ordonnance, par exemple, l'incursion dans le droit matériel est manifeste quand le Tribunal déclare que « selon le droit international général, le navire de guerre jouit de l'immunité, y compris dans les eaux intérieures » ;
- c) La jurisprudence du Tribunal sur ce point n'est pas isolée. La Cour internationale de Justice elle-même en a fait autant. On en trouvera un exemple dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran, demande en indication de mesures conservatoires)*, où la Cour a manifestement indiqué des mesures conservatoires en se fondant sur son interprétation du droit matériel applicable ;
- d) Dans la présente affaire, le fait pour le Tribunal de décider de prescrire la mainlevée de l'immobilisation de l'« Arctic Sunrise » et la mise en liberté de son personnel sur la base de l'interprétation et de l'application des dispositions de fond de la Convention n'aurait pas constitué un empiètement sur la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pour connaître de l'affaire sur le fond, car les demandes dont les Pays-Bas ont saisi ce tribunal arbitral concernent plutôt des questions d'indemnisation et non pas la mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son personnel.

16. Je suis par conséquent d'avis que le Tribunal aurait pu prescrire la mainlevée de l'immobilisation du navire et la libération de son équipage sur la base des arguments exposés aux paragraphes 7 à 15 de la présente opinion, sans faire appel à une caution.

17. Il me semble que le Tribunal, lorsqu'il est saisi d'une demande en prescription de mesures conservatoires, devrait d'abord déterminer si le demandeur a de bonnes raisons d'obtenir les mesures conservatoires demandées, et, s'il conclut que tel est le cas, le Tribunal devrait alors prendre une décision en ce sens pour préserver les droits du demandeur *pendente lite* et, par conséquent, aucune caution ne devrait être imposée comme condition de la mainlevée de l'immobilisation et de la libération de l'équipage ; ou, à l'inverse, si les faits et le droit applicables à la demande ne justifient pas la prescription de mesures conservatoires, le Tribunal ne devrait pas les prescrire.

Sur la question du champ d'application de l'ordonnance en ce qui concerne la mise en liberté du personnel

18. La décision qu'a prise le Tribunal d'ordonner à la Fédération de Russie de mettre en liberté toutes les personnes détenues s'applique aux membres du personnel de nationalité russe. Je sais que le concept de navire considéré comme constituant une unité, que le Tribunal a élaboré dans l'*Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), place tous les membres de l'équipage d'un navire sous la protection judiciaire internationale de l'Etat dont il bat le pavillon, y compris les membres d'équipage qui ont une nationalité différente de celle de l'Etat du pavillon.

19. Tout en convenant sans réserve que les membres de l'équipage d'un navire qui ont une nationalité différente de celle de l'Etat du pavillon de ce navire devraient eux aussi bénéficier de la protection judiciaire internationale de l'Etat du pavillon, comme le veut le concept du navire considéré comme constituant une unité, je considère que ce concept ne devrait pas s'immiscer dans le rapport juridique particulier qui existe entre un Etat et ses citoyens sur son territoire.

20. Ordonner à un Etat de mettre en liberté ses propres citoyens alors que ceux-ci sont poursuivis devant ses tribunaux pour des infractions présumées à ses propres lois élargit peut-être un peu trop le champ d'application du concept de navire considéré comme une unité, qui constitue par ailleurs une utile contribution au droit international que le Tribunal a élaborée au tout début de sa jurisprudence et qui complète l'institution de la protection diplomatique. Pour ces seules raisons, j'aurais préféré que l'ordonnance de mise en liberté s'applique à l'ensemble du personnel, exception faite des citoyens russes.

(signé) J.L. Jesus