

# Opinion individuelle de M. le juge *ad hoc* Murphy

(Traduction du Greffe)

## I. Introduction

1. L'ordonnance du Tribunal prescrivant des mesures conservatoires vise à tenir compte de façon équilibrée des droits revendiqués par les deux Parties dans l'attente de la constitution et du fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII (ci-après, « le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ») pour le présent différend<sup>1</sup>.

2. S'agissant de la Confédération suisse (ci-après, « la Suisse »), le Tribunal a ordonné que le navire « San Padre Pio » (ci-après, « le navire ») et sa cargaison ainsi que le capitaine et les trois officiers du navire (ci-après, « les quatre officiers ») soient autorisés à quitter la République fédérale du Nigéria (ci-après, « le Nigéria »)<sup>2</sup>.

3. S'agissant du Nigéria, le Tribunal n'a pas accepté la demande de la Suisse tendant à ce qu'il ordonne au Nigéria de suspendre les procédures judiciaires et administratives relatives aux événements qui se sont produits en janvier 2018, ou de s'abstenir d'en engager de nouvelles<sup>3</sup>. En outre, il a ordonné qu'avant que le navire et sa cargaison et les quatre officiers ne quittent le Nigéria, deux mesures soient en place. Premièrement, une caution ou une garantie financière d'un montant très conséquent, revêtant la forme d'une garantie bancaire, doit être émise en faveur du Nigéria<sup>4</sup>. Le montant de cette garantie bancaire est supérieur à la valeur du navire et de sa cargaison, de manière à inclure un montant qui sera disponible si les quatre officiers ne reviennent pas au Nigéria pour les procédures pénales les concernant. Deuxièmement, le Tribunal a ordonné à la Suisse de prendre, à l'égard du Nigéria, l'engagement juridiquement contraignant d'assurer le retour des quatre officiers pour l'instance pénale<sup>5</sup>. Les deux mesures sont conçues, nonobstant le départ du Nigéria du navire et de sa cargaison et des quatre officiers, pour protéger les droits du Nigéria si ceux-ci prévalent devant le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

1 *Affaire du navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria)*, TIDM, demande en prescription de mesures conservatoires, ordonnance du 6 juillet 2019 (ci-après, « ordonnance du Tribunal »).

2 *Ibid.*, par. 138, 146, par. 1 c). Puisque l'équipage (à l'exception des quatre officiers) n'est pas retenu au Nigéria, la mesure conservatoire du Tribunal n'ordonne pas qu'il soit remis en liberté.

3 *Ibid.*, par. 142.

4 *Ibid.*, par. 139 et 140, 146, par. 1 a).

5 *Ibid.*, par. 141, 146, par. 1 b).

4. Si je peux souscrire globalement à l'approche équilibrée adoptée par le Tribunal, je souhaite faire part par écrit de mon opinion sur certains aspects de l'ordonnance. J'examinerai tout d'abord l'avis du Tribunal, qui estime qu'à ce stade de la procédure, les premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse semblent plausibles, tout en étant réticent à se prononcer sur le caractère plausible du troisième droit revendiqué par la Suisse (section II). Si je souscris aux conclusions du Tribunal, je tiens à expliquer plus en détail les raisons de ma position. Je donnerai ensuite mon avis sur la question de savoir si l'urgence de la situation exigeait la prescription de mesures conservatoires (section III). Enfin, je me demanderai si les mesures prescrites par le Tribunal sont pertinentes pour préserver les droits des Parties (section IV). En ce qui concerne ce point, je considère qu'il aurait été plus approprié de concevoir une mesure conservatoire en vertu de laquelle les quatre officiers seraient restés au Nigéria, laissant au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII le soin de décider, à un stade ultérieur, s'il y avait lieu de prescrire des mesures supplémentaires à cet égard. Quelle que soit l'urgence de la situation, elle ne semble pas nécessiter que les officiers soient autorisés à quitter le pays et, en dépit des deux importantes mesures conçues par le Tribunal pour protéger les droits du Nigéria, leur départ semble porter inutilement atteinte à ces droits.

5. Je tiens à souligner que les vues qui suivent ne préjugent en rien les questions dont le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait être saisi, y compris la question de sa compétence pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité des demandes ou à leur bien-fondé. Mes commentaires reposent uniquement sur le nombre très restreint d'arguments présentés au Tribunal et s'inscrivent dans le cadre très limité de cette phase de la procédure.

## II. L'urgence de la situation : les droits revendiqués par la Suisse sont-ils plausibles ?

6. L'article 290 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, « la Convention ») habilite le Tribunal à prescrire des mesures conservatoires a) s'il considère *prima facie* que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait compétence pour connaître du différend, b) s'il estime que l'urgence de la situation l'exige et c) si les mesures sont appropriées en la circonstance pour préserver les droits des Parties en attendant la décision définitive du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII<sup>6</sup>. Je suis d'accord avec le raisonnement du Tribunal

---

<sup>6</sup> Convention, article 290, par. 1 et 5.

en ce qui concerne le point a) et je ne vois pas la nécessité de l'examiner plus avant, si ce n'est pour noter que « de l'avis du Tribunal, *au moins certaines* des dispositions invoquées par la Suisse semblent constituer une base sur laquelle pourrait être fondée la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »<sup>7</sup>.

7. En ce qui concerne le point b), bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence expresse de l'article 290 de la Convention, la jurisprudence du Tribunal en matière de mesures conservatoires a évolué, la procédure exigeant désormais qu'il soit procédé tout d'abord à une évaluation de la plausibilité des droits revendiqués par un demandeur<sup>8</sup> puis que soit déterminée l'urgence qu'il y a à protéger ces droits. Si les droits ne sont pas plausibles, la démarche extraordinaire consistant à ordonner des mesures conservatoires n'est pas justifiée pour protéger les droits revendiqués. La notion exacte de « plausibilité » des droits est quelque peu floue ; elle semblerait impliquer un peu plus qu'une simple affirmation, mais un peu moins qu'une preuve complète<sup>9</sup>. En substance, la Partie doit démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que le droit qu'elle revendique existe légalement et que le tribunal, lorsqu'il jugera le fond, considérera le droit comme pertinent au regard des faits de l'espèce.

8. Les revendications de la Suisse, telles qu'elles sont exposées dans la « Réparation demandée » à la fin de la notification et de l'exposé des conclusions de la Suisse (ci-après, « exposé des conclusions »)<sup>10</sup>, sont que le Nigéria a violé ses droits en vertu de la Convention en portant atteinte :

- 1) au droit de la Suisse à la liberté de navigation (articles 58 et 87 de la Convention) (ci-après, « premier droit revendiqué ») ;
- 2) au droit de la Suisse d'exercer sa juridiction exclusive sur les navires battant son pavillon (articles 58 et 92 de la Convention) (ci-après, « deuxième droit revendiqué ») ; et

<sup>7</sup> Ordonnance du Tribunal, par. 60 (italique de l'auteur).

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 77.

<sup>9</sup> Voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, déclaration de M. le juge Greenwood, C.I.J. Recueil 2011, par. 4 ; *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, opinion dissidente de M. le juge Greenwood, C.I.J. Recueil 2014, par. 4 ; *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, opinion individuelle de M. le juge Abraham, C.I.J. Recueil 2006, par. 11.

<sup>10</sup> *Affaire du navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria)*, TIDM, notification et exposé des conclusions de la Suisse, 6 mai 2019, par. 45 (ci-après, « exposé des conclusions ») ; voir aussi ordonnance du Tribunal, par. 26.

- 3) au « droit de demander réparation au nom des membres d'équipage et de toutes les personnes impliquées dans les opérations du navire, quelle que soit leur nationalité, au regard de leurs droits découlant du Pacte relatif aux droits civils et politiques [ci-après, « PIDCP »] et de la Convention du travail maritime [ci-après, « CTM »], ainsi que du droit international coutumier » (ci-après « troisième droit revendiqué »).

La Suisse explique ailleurs dans son exposé des conclusions que cette revendication concerne une violation de l'obligation du Nigéria en vertu du paragraphe 2 de l'article 56 de la Convention de tenir dûment compte des droits et obligations de la Suisse, y compris en ce qui concerne la CTM, et des « obligations » de la Suisse en vertu de l'article 94<sup>11</sup>.

9. Le Tribunal conclut que les premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse sont plausibles<sup>12</sup>, mais ne se prononce pas sur la plausibilité du troisième droit revendiqué<sup>13</sup>. Je souscris à l'approche du Tribunal, mais je souhaiterais expliquer pourquoi elle me paraît correcte.

#### A. *Plausibilité des premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse*

10. Le premier droit revendiqué par la Suisse concerne le droit à la liberté de navigation dans la zone économique exclusive du Nigéria, conformément au paragraphe 1 de l'article 58 et à l'article 87 de la Convention. Le deuxième droit revendiqué est étroitement lié au premier, mais met davantage l'accent sur le droit de la Suisse à l'exercice d'une juridiction exclusive sur les navires battant son pavillon, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 58 et à l'article 92 de la Convention. Toutefois, ces libertés et droits sont exercés « dans les conditions prévues par les dispositions pertinentes de la présente Convention » (paragraphe 1 de l'article 58) et dans la mesure où ils sont « compatibles avec les autres dispositions de la Convention » (paragraphe 2 de l'article 58).

11. Parmi ces « autres dispositions » de la Convention figure le droit souverain du Nigéria d'exploiter et de gérer les ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol (paragraphe 1 a) de l'article 56), qui doit être exercé conformément à la partie VI de la Convention (paragraphe 3 de l'article 58). Le

<sup>11</sup> Exposé des conclusions, par. 40 c) et d).

<sup>12</sup> Ordonnance du Tribunal, par. 108.

<sup>13</sup> *Ibid.*, par. 110.

Nigéria a également compétence pour mettre en place et utiliser des îles artificielles, des installations et des ouvrages dans sa zone économique exclusive et pour assurer la protection et la préservation du milieu marin (paragraphe 1 b) de l'article 56). Il jouit également d'autres droits importants en tant qu'Etat côtier, notamment ceux prévus à l'article 60 sur les îles artificielles, installations et ouvrages et aux articles 208 et 214 concernant la pollution résultant des activités relatives aux fonds marins. On notera que le Tribunal a estimé que les « droits souverains » de l'Etat côtier « comprennent tous les droits nécessaires ou liés à l'exploration, à l'exploitation, à la conservation et à la gestion des ressources naturelles, y compris le droit de prendre les mesures d'exécution nécessaires »<sup>14</sup>, tandis qu'un tribunal arbitral constitué au titre de l'annexe VII a jugé « évident » qu'un Etat côtier avait le droit de faire appliquer sa législation en ce qui concerne les ressources non biologiques se trouvant dans la zone économique exclusive<sup>15</sup>.

12. Pour apprécier la plausibilité des premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse, la question qui se pose au Tribunal est de savoir si, compte tenu des faits tels qu'ils sont actuellement compris, il n'existe aucune possibilité raisonnable que les droits revendiqués par la Suisse soient juridiquement fondés et soient considérés par le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII comme pertinents eu égard aux faits de l'espèce. Il est difficile de déterminer si une telle possibilité existe ou non en raison de : a) l'absence d'un dossier factuel complet à ce stade de la procédure ; et b) l'absence, dans la Convention ou la jurisprudence, d'un traitement explicite des droits respectifs de l'Etat côtier et de l'Etat du pavillon, dans les circonstances de l'espèce telles qu'elles sont actuellement comprises.

13. S'agissant du dossier factuel, il apparaît qu'en janvier 2018, le navire s'est livré à deux transferts de navire à navire (STS) de gasoil à proximité du champ pétrolier d'Odudu au Nigéria, qui est exploité par *Total E & P Nigeria Ltd* et est situé dans la zone économique exclusive du Nigéria<sup>16</sup>. Il semble également

14 « *Virginia G* » (Panama/Guinée-Bissau), arrêt, *TIDM Recueil 2014*, p. 67, par. 211 (italique de l'auteur).

15 *Arbitrage Arctic Sunrise* (Pays-Bas c. Fédération de Russie), tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, Affaire CPA No. 2014-02, sentence sur le fond du 14 août 2015, par. 284 (ci-après, « *arbitrage Arctic Sunrise*, sentence sur le fond »).

16 *Affaire du navire « San Padre Pio »* (Suisse c. Nigéria), TIDM, exposé en réponse de la République fédérale du Nigéria à la demande en prescription de mesures conservatoires présentée par la Confédération suisse, 17 juin 2019, par. 2.1, 2.12 (ci-après « exposé en réponse du Nigéria »).

que les deux navires dans lesquels le carburant a été transféré l'ont sans doute transporté sur une courte distance aux fins d'un transfert ultérieur dans les installations du champ pétrolier d'Odudu, où le gasoil a ensuite été utilisé. Les Parties n'ont toutefois pas précisé la nature exacte de ces transferts ou de l'utilisation du carburant, de sorte qu'il est difficile de savoir s'il faut considérer la situation comme un simple transfert STS, qui s'entend normalement comme un transfert de cargaison entre deux navires de mer, ou comme un « avitaillement » en mer, qui s'entend normalement du remplissage par un navire des soutes d'un deuxième navire pour assurer le fonctionnement des moteurs de celui-ci. D'après les faits présentés, la situation semble être un hybride des deux types d'opérations, mais avec pour élément supplémentaire l'utilisation du gasoil pour le fonctionnement d'une installation pétrolière ; ainsi, les faits peuvent donner à penser qu'il s'agit d'un transfert STS étroitement lié à l'« avitaillement » d'une installation pétrolière.

14. Une exposition plus claire des éléments factuels aurait ainsi permis au Tribunal de mieux apprécier les arguments juridiques des Parties et les législations applicables aux premier et deuxième droits revendiqués. A ce stade de la procédure, les Parties ont eu tendance à interpréter de façon très extensive leurs droits respectifs, plutôt que de tenter de clarifier exactement comment ces droits s'appliquent aux faits de l'espèce. Ainsi, l'argument juridique de la Suisse pourrait être qu'un transfert de cargaison entre deux navires dans une zone économique exclusive fait partie, en vertu du paragraphe 1 de l'article 58, de sa liberté de navigation (ou de sa liberté d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites), qui ne peut être réglementé par l'Etat côtier, indépendamment du moment et des modalités d'un éventuel transfert ultérieur. L'argument juridique de la Suisse pourrait aussi être que le transfert, entre deux navires dans une zone économique exclusive d'une cargaison servant ensuite à « avitailler » une plate-forme pétrolière, ne peut pas être réglementé par l'Etat côtier parce qu'un tel transfert n'est pas lié à l'exploitation des ressources biologiques et, par conséquent, confère à l'Etat côtier des droits d'exécution moindres.

15. L'argument juridique du Nigéria pourrait être que ni les transferts STS ni l'avitaillement en mer ne peuvent en eux-mêmes être considérés comme de la « navigation » ni même sans doute comme une utilisation de la mer à « d'autres fins internationalement licites » en relation avec la navigation. Par ailleurs, le Nigéria pourrait considérer qu'un transfert STS de gasoil dans sa zone économique exclusive dans le but exprès et immédiat de fournir du carburant à une

installation pétrolière est une activité directement liée à l'exploitation de ses ressources, qui peut être réglementée au titre des droits souverains conférés à l'Etat côtier en application du paragraphe 1 de l'article 56 dans la gestion des dites ressources (et peut-être aussi en application de l'article 60).

16. Ces arguments juridiques ou d'autres n'ayant pas été développés, il est difficile de conclure que les premier et second droits revendiqués par la Suisse ne sont pas plausibles. Aucune disposition des articles 56, 58, 59 ou 60 de la Convention ne traite expressément des transferts STS ou des opérations d'avitaillement concernant des navires ou des installations dans la zone économique exclusive. En outre, ni l'une ni l'autre des Parties à la présente procédure n'a présenté une analyse poussée de la pratique des Etats aux termes de la Convention concernant la réglementation par les Etats côtiers des transferts STS ou des opérations d'avitaillement dans la zone économique exclusive, telle qu'elle ressort des législations nationales ou de l'adhésion par les Etats à d'autres traités ou directives pertinents.

17. Les deux Parties ont parfois fait référence à la jurisprudence internationale applicable à la Convention, mais aucune des affaires citées ne semble être directement en rapport avec les faits de l'espèce, du moins tels qu'ils sont actuellement compris. L'affaire du navire « Norstar » confirme la proposition générale selon laquelle l'avitaillement des navires de plaisance en haute mer fait partie de la liberté de navigation en vertu de l'article 87 de la Convention<sup>17</sup>. L'affaire du navire « Virginia G » confirme la proposition générale selon laquelle l'avitaillement des navires de pêche dans une zone économique exclusive peut être réglementé par l'Etat côtier, qui peut prendre des mesures à son encontre<sup>18</sup>. Dans le même temps, l'affaire du navire « Saiga » (No. 2) repose sur l'idée que, dans de telles circonstances, l'Etat côtier ne peut pas appliquer ses lois et règlements douaniers, même s'il peut le faire en ce qui concerne les îles artificielles, installations et ouvrages<sup>19</sup>. L'affaire du « Duzgit Integrity » confirme la proposition générale selon laquelle un Etat archipel peut réglementer les transferts STS de fioul dans les eaux archipélagiques et prendre des mesures à leur encontre<sup>20</sup>. Certaines des opinions individuelles, déclarations ou opinions dissidentes des juges ou des arbitres dans ces affaires ont porté

17 *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, TIDM, arrêt du 10 avril 2019, par. 219.

18 *Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, arrêt, TIDM Recueil 2014, p. 69, par. 217.

19 *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée)*, arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 54, par. 127.

20 *Arbitrage Duzgit Integrity (Malte c. São-Tomé-et-Príncipe)*, tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, Affaire CPA No. 2014-07, arrêt du 5 septembre 2016.

sur des questions qui pourraient être pertinentes dans la présente affaire. Par exemple, l'opinion individuelle du juge Anderson dans l'affaire du navire « Saiga » (No. 2) indiquant que l'avitaillement en mer, dans la zone économique exclusive, d'un navire qui, immédiatement avant et après avoir reçu du carburant, exerce son droit à la liberté de navigation « pourrait bien équivaloir à une utilisation internationalement licite de la mer liée à l'exercice de la liberté de navigation »<sup>21</sup>.

18. Il est compréhensible que les arguments juridiques des Parties n'aient pas été formulés de façon plus précise étant donné la brièveté de la procédure devant le Tribunal. Le fait que la jurisprudence internationale ne soit pas tout à fait adaptée aux faits tels qu'ils sont actuellement compris est également compréhensible, étant donné que la jurisprudence relative à la Convention reste relativement limitée. Il n'empêche qu'en raison de ces facteurs, il a été difficile de conclure dans la présente procédure qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que les premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse ont un fondement juridique ou qu'ils seraient reconnus par le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII comme applicables au cas de la Suisse.

### B. *Troisième droit revendiqué par la Suisse*

19. Si les premier et deuxième droits revendiqués par la Suisse sont plausibles, le Tribunal « estime [...] qu'il n'est pas nécessaire, à ce stade de la procédure, de se prononcer sur le caractère plausible du troisième droit »<sup>22</sup>. La réticence du Tribunal à se prononcer sur la plausibilité en l'absence d'un traitement beaucoup plus complet des faits et des dispositions juridiques est compréhensible pour les raisons exposées ci-après.

#### 1. Le « droit » de la Suisse de demander réparation

20. D'après le troisième droit revendiqué par la Suisse, tel qu'énoncé dans sa demande, les actions menées par le Nigéria en saisissant le navire et sa cargaison, en arrêtant son équipage et en engageant une procédure pénale auraient violé la Convention en ne tenant pas dûment compte, conformément au paragraphe 2 de l'article 56 des « droits et obligations » de la Suisse. Le « droit » de

21 *Navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999, opinion individuelle de M. Anderson, juge, p. 137.*

22 Ordonnance du Tribunal, par. 110.

la Suisse en question est défini comme l'exercice de son « droit de demander réparation au nom des membres d'équipage et de toutes les personnes impliquées dans les opérations du navire, quelle que soit leur nationalité, au regard de leurs droits découlant du PIDCP et de la CTM, ainsi que du droit international coutumier »<sup>23</sup>.

21. Alors que la Suisse a plaidé la violation d'une disposition de la Convention (paragraphe 2 de l'article 56) et a affirmé le déni d'un « droit de demander réparation » dans ce contexte, les faits de l'espèce, tels qu'ils sont actuellement compris, ne semblent avoir aucun rapport avec un tel droit. La saisie du navire et de sa cargaison et l'arrestation de son équipage par le Nigéria n'ont aucun lien apparent avec un déni du droit de la Suisse de demander réparation au nom de l'équipage ou de toute autre personne, que ce soit sur la base de la Convention, d'autres traités ou du droit international coutumier. Rien dans les actions du Nigéria n'empêche la Suisse de demander réparation, que ce soit en se joignant aux demandes présentées par des individus ou autrement, conformément aux règles et procédures qui lui sont applicables en vertu du droit international. De fait, le dépôt de la demande de la Suisse au titre de la Convention semble démontrer que les actions du Nigéria n'ont aucun lien avec la capacité de la Suisse de demander réparation pour les événements de l'espèce ou l'empêchent de présenter une telle demande.

22. L'exposé des conclusions de la Suisse fait également référence à l'obligation qui incombe au Nigéria en vertu du paragraphe 2 de l'article 56, de tenir dûment « compte des obligations de la Suisse qui découlent de l'article 94 » de la Convention<sup>24</sup>. L'article 94, qui concerne les obligations de l'Etat du pavillon, ne contient aucune disposition sur le « droit d'un Etat du pavillon de demander réparation » pour les personnes associées aux navires battant son pavillon.

23. Etant donné qu'il ne semble pas, à l'heure actuelle, y avoir une possibilité raisonnable qu'un tel droit de recours soit considéré comme pertinent par rapport aux faits de l'espèce, le troisième droit revendiqué par la Suisse dans sa demande ne semble pas plausible.

---

23 Exposé des conclusions, par. 45 a) iii).

24 *Ibid.*, par. 40 c).

2. Les « obligations » de la Suisse en vertu de l'article 94, du PIDCP ou la CTM

24. Lors des plaidoiries, le conseil de la Suisse a présenté le « droit » de la Suisse en question d'une manière différente de ce qui figure dans l'exposé des conclusions. Il a déclaré que « le Nigéria a empêché la Suisse [...] de s'acquitter envers l'équipage de ses obligations découlant du PIDCP, de la CTM et du droit international coutumier »<sup>25</sup>. Il a également fait référence à l'article 94 de la Convention<sup>26</sup> qui, comme indiqué ci-dessus, concerne les « obligations de l'Etat du pavillon ».

25. Dans cette formulation du troisième droit revendiqué, le « droit » en cause qui doit être protégé par des mesures conservatoires n'est pas le droit de la Suisse de demander réparation, mais plutôt quelque chose qui ne semble pas du tout être un « droit ». En fait, ce qu'il est demandé au Tribunal de protéger par des mesures conservatoires, ce sont les « obligations » de la Suisse envers l'équipage en vertu de l'article 94 de la Convention, du PIDCP, de la CTM et du droit international coutumier, que le Nigéria n'aurait pas pris dûment en considération en vertu du paragraphe 2 de l'article 56. Si l'article 290 de la Convention prévoit certes qu'un tribunal peut prescrire toute mesure conservatoire pour préserver les « droits » respectifs des parties en litige en attendant la décision définitive ; il ne parle en aucun cas de la protection des « devoirs » ou « obligations » d'une Partie. Il n'est pas non plus évident de savoir ce que cela signifie d'offrir une telle protection. Dans ces conditions, le troisième « droit » revendiqué par la Suisse ne semble pas plausible à l'heure actuelle.

26. Si cette difficulté pouvait être surmontée, l'une des questions à débattre entre les Parties serait de savoir si les « obligations des autres Etats » mentionnées au paragraphe 2 de l'article 56 ne sont que des obligations découlant de la Convention (et peut-être, plus précisément, des obligations des autres Etats dans la zone économique exclusive de l'Etat côtier)<sup>27</sup>. On peut supposer que le paragraphe 2 de l'article 56 ne fait pas référence à *toutes* les obligations qui incombent à un Etat du pavillon, telles que celles qui découlent de sa législation nationale, dont l'Etat côtier peut ne pas avoir connaissance. Même si, aux

25 *Ibid.*, par. 40 c).

26 TIDM/PV.19/A27/1, p. 18, lignes 22–26.

27 Comparer *ibid.*, p. 18, lignes 13–20, et TIDM/PV.19/A27/3, p. 5, lignes 47–50, et p. 6, lignes 1–5, avec TIDM/PV.19/A27/4, p. 6, lignes 7–20.

fins de la présente affaire, il est présumé que les obligations des autres Etats visées au paragraphe 2 de l'article 56 vont au-delà des obligations découlant de la Convention, il ne semble pas y avoir de lien entre les faits de l'espèce tels qu'ils sont actuellement compris et les obligations visées par la Suisse, comme indiqué aux paragraphes 28 à 30 ci-dessous.

27. Une autre question débattue entre les Parties concernait la question de savoir si l'article 293 de la Convention sur le « droit applicable » reconnaît à un tribunal arbitral prévu à l'annexe VII la compétence d'interpréter ou appliquer « d'autres règles du droit international non incompatibles » avec la Convention. Cependant, il convient une fois encore de rappeler, même si, en l'espèce, il est admis qu'il existe une compétence *prima facie* à l'égard du troisième droit revendiqué par la Suisse concernant une violation du paragraphe 2 de l'article 56 et de l'article 94 et en outre qu'un tribunal peut appliquer des règles du droit international autres que la Convention lorsqu'il interprète ces articles, il ne semble toujours y avoir aucun lien entre les faits tels qu'actuellement compris dans la présente affaire et les obligations que la Suisse se dit censée devoir exercer en application de ces autres règles.

28. La raison pour laquelle il ne semble pas y avoir de lien est la suivante : dans la mesure où les « obligations » en question concernent l'obligation de la Suisse de respecter le droit des personnes à bord des navires battant son pavillon de ne pas faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire (article 9 du PIDCP), rien dans les faits actuels ne semble indiquer que la Suisse, n'ayant arrêté ni détenu personne, a été empêchée de s'acquitter d'une telle obligation. Il ne semble pas non plus que la Suisse ait l'obligation de garantir ces droits à des personnes qui se trouvent sur son territoire et relèvent de la juridiction d'un autre Etat (voir paragraphe 1 de l'article 2 du PIDCP).

29. De même, dans la mesure où les « obligations » en cause concernent l'obligation de la Suisse de respecter le droit des personnes à bord des navires battant son pavillon d'avoir un lieu de travail sûr et sécurisé, ou de respecter les droits sociaux tels que la protection de la santé ou les soins médicaux (titre 4 de la CTM), rien dans les faits dont est saisi ce Tribunal ne semble indiquer que la Suisse n'a pas pu respecter ces droits. Dans la mesure où les « obligations » en cause concernent l'obligation de la Suisse d'assurer la conformité et la mise en application des dispositions de la CTM (titre 5), rien dans les faits actuels ne semble indiquer qu'elle a été empêchée de s'acquitter de cette obligation, ce qui, bien entendu, n'autorise pas un Etat à prendre des mesures de mise

en application dans un autre Etat. En résumé, le Nigéria ne semble actuellement pas avoir empêché la Suisse de respecter ces obligations ou des obligations similaires découlant des traités visés ci-dessus ou du droit coutumier international.

30. Etant donné qu'à l'heure actuelle, il n'y a apparemment pas de possibilité raisonnable qu'existe un droit que des mesures conservatoires puissent protéger, ni qu'une obligation de la Suisse soit en rapport avec les faits de l'espèce, il est difficile de déterminer si le troisième droit revendiqué par la Suisse, tel que reformulé au cours des plaidoiries, est plausible.

31. La question de savoir si le Nigéria, par sa conduite, n'a pas respecté les droits de l'équipage est une autre question, mais une telle obligation incombe au Nigéria en vertu du droit international et non à la Suisse, et ne met donc pas en jeu le paragraphe 2 de l'article 56. En outre, dans la mesure où le comportement du Nigéria est mis en cause dans l'optique de l'application des dispositions de la Convention en matière de règlement des différends, toute référence à d'autres traités ou au droit international coutumier devrait avoir pour objet d'interpréter les obligations spécifiques du Nigéria en vertu de la Convention, et non les obligations qui lui incombent directement aux termes de ces autres traités ou de cet autre droit<sup>28</sup>.

### III. Urgence de la situation : y a-t-il un risque réel et imminent de préjudice irréparable ?

32. Compte tenu de la plausibilité des droits 1 et 2 revendiqués par la Suisse, le Tribunal s'est demandé ensuite si « un risque réel et imminent exist[ait] qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige avant la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII »<sup>29</sup>. Si un tel risque existe, la situation peut être considérée comme « urgente » et justifier la prescription de mesures conservatoires.

<sup>28</sup> *Arbitrage Arctic Sunrise*, sentence sur le fond, par. 198.

<sup>29</sup> « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), *mesures conservatoires*, *TIDM Recueil 2015*, p. 197, par. 87 (ci-après « *Enrica Lexie*, mesures conservatoires ») ; voir ordonnance du Tribunal, par. 111.

A. *L'action examinée dans la présente affaire pouvant entraîner un préjudice irréparable*

33. Aux paragraphes 128 et 129 de son ordonnance, le Tribunal estime que la saisie du navire et son immobilisation pendant une période de temps considérable dans un lieu déterminé, à savoir Port Harcourt, *Bonny Inner Anchorage*, entraînent un risque réel et constant de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Suisse à la liberté de navigation et à l'exercice de sa juridiction exclusive en sa qualité d'Etat du pavillon.

34. A mon avis, le Tribunal aurait pu utiliser des termes plus clairs dans les paragraphes 128 et 129 pour décrire l'action qui en l'espèce pourrait causer un « préjudice irréparable » et indiquer pourquoi ce risque était réel et imminent. Le « préjudice irréparable » évoqué dans ces paragraphes n'est pas le simple fait que le Nigéria a saisi et immobilisé un navire, ainsi que sa cargaison et son équipage, qui se trouvaient dans sa zone économique exclusive, ni que ce préjudice demeure « réel et constant » aujourd'hui du seul fait que l'immobilisation se poursuit. Une telle conclusion ne serait pas conforme à la Convention, qui ne prévoit pas d'exigence de « prompt mainlevée de l'immobilisation » sauf pour assurer l'application des lois et règlements de l'Etat côtier relatifs aux ressources *biologiques* (paragraphes 1 et 2 de l'article 73 et article 292 de la Convention). De plus, une telle conclusion serait incompatible avec la jurisprudence du Tribunal. Par exemple, dans l'incident de l'« *Enrica Lexie* », l'Inde a immobilisé un navire italien et son équipage dans sa zone économique exclusive, mais le Tribunal n'en a pas moins refusé d'ordonner qu'un membre de l'équipage (un fusilier marin) soit autorisé à rentrer en Italie même après des années de détention. En effet, la jurisprudence constante du Tribunal est qu'une mesure conservatoire constitue une procédure extraordinaire à engager uniquement dans des situations exceptionnelles, et non une pratique courante pouvant intervenir chaque fois qu'un Etat affirme qu'ont été violés ses droits à la liberté de la navigation ou à l'exercice de sa juridiction exclusive en sa qualité d'Etat du pavillon dans la zone économique exclusive d'un autre Etat.

35. Dans les paragraphes 128 et 129 de son ordonnance, le Tribunal indique que, « dans les circonstances de la présente affaire »<sup>30</sup>, il existe bien un risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Suisse. Il ne s'agit pas

---

30 Ordonnance du Tribunal par. 128.

seulement de la saisie et de l'immobilisation du navire, mais aussi de l'immobilisation du navire et de sa cargaison pendant une période prolongée à Port Harcourt, *Bonny Inner Anchorage*, où « une menace constante pèse sur la sécurité du navire et de son équipage »<sup>31</sup>. De plus, ce risque de préjudice irréparable est « réel » et il n'est non seulement « imminent » mais aussi « constant », puisque le navire se trouve actuellement toujours dans le même lieu.

**B. *Existe-t-il un risque réel et imminent de préjudice irréparable ?***

36. Une fois déterminée l'action en cause pouvant en l'espèce entraîner un préjudice irréparable, la question se pose alors de savoir s'il existe un risque réel et imminent de préjudice irréparable lié à cette action. S'il est difficile de conclure qu'il existe un risque réel et imminent de préjudice irréparable pour la Suisse du fait de l'immobilisation du navire et de sa cargaison à Port Harcourt, *Bonny Inner Anchorage*, c'est parce que le préjudice économique causé au navire ou à sa cargaison n'est manifestement pas « irréparable ». Dans la mesure où un tel préjudice se concrétise en conséquence d'un acte internationalement illicite du Nigéria, une indemnisation peut être versée pour compenser intégralement la Suisse et ses ressortissants. Il n'est pas nécessaire de prendre une mesure conservatoire pour protéger les droits de la Suisse à cet égard.

37. Une autre difficulté soulevée par cette conclusion tient au comportement du propriétaire du navire et de l'affrètement, qui amène à douter qu'ils soient convaincus que le navire et la cargaison sont exposés à un risque réel et imminent de préjudice irréparable. Ces dix-huit derniers mois, le propriétaire du navire n'a apparemment pas cherché à déposer une caution auprès des tribunaux nigériens pour assurer la mainlevée de l'immobilisation du navire<sup>32</sup>. S'il estimait que le navire courait un risque imminent de subir un préjudice à un moment donné au cours de cette période, il aurait semblé naturel qu'il saisisse les tribunaux nigériens pour demander la mainlevée de son immobilisation, pour autant que cela soit possible. Interrogé à ce sujet par le Tribunal lors de l'audience, l'agent de la Suisse a déclaré ce qui suit : « selon nos informations, la possibilité de déposer une caution n'existe que dans une procédure civile » ou lorsqu'une victime récupère un bien dans une procédure pénale<sup>33</sup>. Le conseil du Nigéria a fait valoir, pour sa part, que les tribunaux nigériens étaient

---

31 *Ibid.*, par 129.

32 Exposé en réponse du Nigéria, par. 2.19.

33 TIDM/PV.19/A27/3, p. 4, lignes 20-25.

habilités à prendre une telle mesure, y compris dans les procédures pénales<sup>34</sup>. En tout état de cause, le fait que le propriétaire du navire n'ait pas demandé la mainlevée de l'immobilisation du navire et qu'il n'ait fourni aucune explication sur les raisons pour lesquelles il ne l'avait pas fait, éventuellement par le biais d'une déclaration de son conseil local au Nigéria, suscite une véritable interrogation quant à sa perception d'un risque de préjudice irréparable pour le navire.

38. Quant à la question de savoir s'il existe actuellement un risque imminent de préjudice irréparable pour la cargaison, la Commission nigériane contre les délits économiques et financiers a demandé à la Haute Cour fédérale du Nigéria en mai 2018 d'autoriser la vente de la cargaison et le placement du produit sur un compte portant intérêt, dans l'attente de la décision définitive qui serait prise une fois la procédure pénale arrivée à son terme<sup>35</sup>. Le but de cette requête n'était pas de soustraire la cargaison à un risque imminent, mais d'« éviter des déversements et d'empêcher toute pollution éventuelle pouvant résulter de ces déversements » et de prévenir un « risque élevé de fuite »<sup>36</sup>. Plutôt que de se déclarer favorable au retrait de la cargaison de son emplacement actuel de cette manière, ce qui semblait raisonnable s'il existait un risque imminent de préjudice, l'affréteur du navire a comparu devant les tribunaux nigériens (d'abord devant la Haute Cour fédérale du Nigéria et actuellement devant la Cour d'appel fédérale du Nigéria) pour contester la vente et la mise sous séquestre des fonds, préférant que la cargaison demeure sur le navire<sup>37</sup>. (Quant au risque de dommage au milieu marin en cas de déversements de la cargaison, la Suisse a déclaré qu'elle ne cherchait pas, à ce stade, à prendre des mesures conservatoires pour prévenir un tel dommage<sup>38</sup> et l'affréteur a soutenu devant les tribunaux nigériens que toute « préoccupation de déversement d'hydrocarbures ou de pollution [était] sans aucun fondement »<sup>39</sup>.)

39. La décision du Tribunal à cet égard n'est pas fondée sur le risque de préjudice irréparable pour le navire ou sa cargaison, mais tient compte plutôt des facteurs suivants : a) le navire, la cargaison et l'équipage doivent être considérés comme constituant « une unité » lorsqu'on envisage un préjudice

34 TIDM/PV.19/A27/4, p. 4, lignes 26–35.

35 Exposé des conclusions, par. 21 ; exposé en réponse du Nigéria, par. 2.23–2.26.

36 Exposé des conclusions, annexe 36, par. 12 et 13.

37 Exposé des conclusions, annexe 38.

38 TIDM/PV.19/A27/1, p. 37, lignes 11–14.

39 Exposé des conclusions, annexe 38, déclaration sous serment à l'appui de la requête, p. 8, par. 8).

irréparable<sup>40</sup> ; b) pour que le navire soit conservé en sécurité et en bon état, son propriétaire a décidé d'y maintenir un équipage, dont la composition change au fil du temps, le Nigéria n'ayant imposé aucune restriction à cet égard<sup>41</sup>, sauf pour les quatre officiers ; c) l'équipage travaille et vit à plein temps sur le navire ; d) l'emplacement du navire à Port Harcourt, *Bonny Inner Anchorage*, expose l'équipage à un risque réel et imminent de préjudice irréparable ; et e) la meilleure solution est donc d'ordonner au Nigéria d'autoriser le navire et sa cargaison à quitter le pays, afin qu'il n'y ait plus d'équipage à cet endroit. Autrement dit, le risque imminent de préjudice ne concerne pas tant le navire ou sa cargaison que l'équipage qui reste à bord.

40. Ce raisonnement convient parfaitement aux choix faits par le propriétaire du navire et l'affrètement, comme indiqué ci-dessus. Il est également fondé sur l'idée que l'emplacement actuel du navire fait courir à l'équipage un risque réel et imminent de préjudice. Les éléments de preuve présentés par la Suisse dans le cadre de la présente procédure concernant ce risque ont été relativement peu convaincants, puisqu'il n'y a eu aucune déclaration écrite ou orale de membres actuels ou anciens de l'équipage, du propriétaire du navire ou de l'affrètement, de leurs agents ou conseils locaux ou de l'Ambassade ou du Consulat suisse au Nigéria. En fait, la Suisse a appuyé principalement son argumentation sur : a) des informations générales selon lesquelles des actes de piraterie et des vols à main armée avaient eu lieu dans le golfe de Guinée ; b) des informations selon lesquelles un vol à main armée avait été tenté contre le navire le 15 avril 2019 et avait été repoussé par les gardes de la marine nigériane ; c) des informations selon lesquelles un autre navire mouillé au large de Bonny Island aurait été attaqué une semaine après ; d) une déclaration orale affirmant qu'un navire sans équipage se trouvant dans le port avait récemment dérivé deux fois en heurtant le navire<sup>42</sup>.

41. Il convient de mettre ces éléments de preuve en regard de ceux présentés par le Nigéria, à savoir principalement une déclaration sous serment du commandant de la base d'opérations avancée de la marine nigériane à Bonny (ci-après « BOA de Bonny »), qui est située à environ un mille marin de

40 Ordonnance du Tribunal, par. 128.

41 Exposé en réponse du Nigéria, par. 2.17. Comme cela a été déjà indiqué, étant donné que l'équipage (à l'exception des quatre officiers) n'est pas détenu par le Nigéria, la mesure conservatoire du Tribunal n'ordonne pas qu'il soit remis en liberté.

42 Demande en prescription de mesures conservatoires, 21 mai 2019, par. 42 et 43 ; TIDM/PV.19/A27/1, p. 11, lignes 41-45, et p. 12, lignes 1-4.

l'emplacement du navire<sup>43</sup>. Depuis la date de son arraisonnement, le navire a été placé sous la protection de la marine nigériane, deux gardes armés de la BOA de Bonny étant en poste à son bord<sup>44</sup>. Depuis environ 18 mois, il n'y avait eu aucun acte de violence contre le navire autre que la tentative de vol à main armée du 15 avril 2019. Après cet incident, le nombre de gardes armés de la BOA de Bonny à bord du navire avait été augmenté et un navire armé de la marine nigériane avait été stationné la nuit à proximité immédiate<sup>45</sup>. Depuis lors, il n'y avait eu aucune autre tentative de vol à main armée contre le navire<sup>46</sup>.

42. A la lumière des informations exposées ci-dessus, il ne me semble pas que la Suisse ait démontré que le navire et son équipage étaient, à leur emplacement actuel, nécessairement confrontés à un risque réel et imminent de préjudice. Dans le même temps, la majorité des membres du Tribunal s'est déclarée convaincue de l'existence d'un tel risque, sur la base de la tentative de vol à main armée du navire en avril 2019 et d'informations générales concernant les incidents de piraterie ou les vols à main armée qui avaient visé des navires situés dans les eaux nigérianes au premier trimestre de 2019<sup>47</sup>. Compte tenu du caractère limité des données factuelles disponibles, d'aucuns pourraient raisonnablement avancer des positions différentes quant à la possibilité d'une nouvelle tentative de vol à main armée contre le navire, de sorte que je suis prêt à appuyer la conclusion de la majorité selon laquelle il existe un risque réel et imminent qu'un autre vol à main armée ne soit tenté contre le navire, au cours duquel des membres de l'équipage pourraient être blessés ou tués.

#### **IV. Compte tenu des circonstances, les mesures conservatoires prises par le Tribunal sont-elles appropriées pour préserver les droits respectifs des Parties ?**

43. J'en viens maintenant à la question de savoir si, compte tenu des circonstances, les mesures conservatoires du Tribunal sont appropriées pour préserver les droits respectifs des Parties, comme l'exige également l'article 290 de la Convention.

---

43 Exposé en réponse du Nigéria, annexe 8, par. 9.

44 *Ibid.*, annexe 8, par. 7-8.

45 *Ibid.*, para. 8.

46 *Ibid.*

47 Ordonnance du Tribunal, par. 129. Les informations générales citées par le Tribunal sont tirées de l'exposé des conclusions, annexe 53.

44. Le Tribunal a décidé, à juste titre selon moi, de ne pas accepter la demande de la Suisse visant à ordonner au Nigéria de suspendre toutes les procédures judiciaires et administratives et de s'abstenir d'en engager de nouvelles<sup>48</sup>. Le Nigéria peut donc poursuivre ces procédures et en engager de nouvelles si nécessaire dans l'exercice de sa juridiction nationale concernant les faits de l'espèce.

45. S'agissant de la libération du navire et de son équipage, le Tribunal a demandé qu'une caution ou une autre garantie financière d'un montant de 14 millions de dollars des Etats-Unis soit d'abord déposée auprès d'une autorité compétente du Nigéria sous la forme d'une garantie bancaire<sup>49</sup>. Il n'a pas été précisé si ce dépôt devait être effectué par la Suisse ou par une autre entité, telle que le propriétaire du navire, mais le montant de la garantie semblait suffisant pour couvrir la valeur actuelle du navire et de sa cargaison. Dans ces conditions, si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII venait à conclure que la saisie et l'immobilisation du navire, de sa cargaison et de son équipage par le Nigéria ne constituaient pas une violation de la Convention, et si un tribunal nigérian dans l'exercice de sa juridiction imposait une amende au navire, le Nigéria ne devrait pas avoir plus de difficultés à obtenir le paiement de cette amende que si le navire et sa cargaison restaient au Nigéria.

46. Il a toutefois été ordonné au Nigéria de permettre aux quatre officiers poursuivis pour infraction aux lois pénales nigérianes de quitter le pays. A mon avis, cette mesure conservatoire n'aurait pas dû aller aussi loin. Une fois que le navire et sa cargaison étaient autorisés à quitter le Nigéria, les quatre officiers n'avaient plus à se loger sur le navire dans des eaux que le Tribunal considérait comme dangereuses. Ils pouvaient résider où ils voulaient dans le pays. Dans la mesure où la Suisse était préoccupée par la sécurité des quatre officiers résidant au Nigéria, il n'y avait aucune raison qu'elle ne puisse contribuer à trouver pour eux un logement sûr, comme elle le faisait sans doute pour son propre personnel diplomatique et consulaire. Une mesure conservatoire du Tribunal aurait même pu demander au Nigéria de coopérer avec la Suisse pour trouver un tel logement, au besoin.

47. Pourtant, le Tribunal a plutôt choisi de prévoir dans la mesure conservatoire que le Nigéria devait autoriser les quatre officiers à quitter le pays. Le Tribunal n'explique pas pourquoi la mesure conservatoire va aussi loin.

---

48 *Ibid.*, par. 142.

49 *Ibid.*, par. 139-140, 146, par. 1 a).

48. On peut supposer que la raison pour laquelle les quatre officiers ont été autorisés à quitter le Nigéria n'est pas parce que le refus par un Etat côtier de permettre à un individu pénalement mis en cause de quitter son territoire constitue, ipso facto, une forme différente de risque imminent de préjudice irréparable, ni parce que les officiers d'un navire doivent toujours rester avec lui pour former « une unité ». Si tel était le cas, le Tribunal aurait alors ordonné dans l'affaire *Incident de l'« Enrica Lexie »* qu'un fusilier marin italien, détenu en Inde depuis plus de trois ans, soit autorisé à rentrer en Italie, mais il ne l'a pas fait<sup>50</sup>. En outre, ce raisonnement impliquerait que tout Etat côtier exerçant une juridiction pénale dans les eaux territoriales ou dans les eaux où il a des droits souverains ne peut pas maintenir sur son territoire un membre d'équipage d'un navire battant pavillon étranger accusé d'infraction à son droit pénal. Le Tribunal ne semble pas par le passé avoir ordonné automatiquement le départ du territoire de l'Etat côtier. Il semble ne l'avoir ordonné que dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'immunité d'un navire de guerre et de son équipage était refusée<sup>51</sup> ou lorsque l'absence du défendeur dans la procédure avait entraîné des incertitudes quant au statut et à la situation des personnes placées en détention<sup>52</sup>.

49. Une autre raison pouvant expliquer la mesure conservatoire pourrait être la nature des accusations pénales portées par l'Etat côtier et des sanctions qui leur sont associées. Dans l'affaire *Incident de l'« Enrica Lexie »*, l'allégation portait sur un meurtre commis dans la zone économique exclusive et non sur une activité criminelle liée aux ressources biologiques. Cependant, si le degré de gravité des charges est à l'origine de la mesure conservatoire du Tribunal, la grande majorité des raisons pour lesquelles un Etat côtier pourrait exercer sa juridiction pénale sur ses zones maritimes pourraient être insuffisantes pour maintenir sur son territoire une personne accusée. Si cette mesure s'explique par un aspect spécifique du droit nigérian à cet égard, aucune des Parties n'a présenté d'arguments en ce sens devant le Tribunal.

50. Une troisième raison pourrait être celle avancée par la Suisse au cours de l'audience. Selon l'agent de la Suisse,

50 *Enrica Lexie*, mesures conservatoires, par. 132.

51 « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), mesures conservatoires, *TIDM Recueil 2012*, par. 93–100 ; *Immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 25 mai 2019, par. 110–113.

52 « *Arctic Sunrise* » (*Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, *TIDM Recueil 2013*, par. 49 et 50, 54 et 55, 57.

à terre, les quatre hommes seraient confrontés à une situation sécuritaire très préoccupante. Pour ce qui est de Port Harcourt, des affrontements armés ont lieu régulièrement et il est expressément conseillé aux voyageurs de ne pas se rendre dans la zone côtière proche du « San Padre Pio ». *La situation n'est en fait pas meilleure dans le reste du pays*<sup>53</sup>.

Dans ce cas, l'argument serait que les quatre officiers ne peuvent résider nulle part au Nigéria parce que l'ensemble du pays n'est pas sûr. On peut douter ce soit l'explication de la portée de la mesure conservatoire du Tribunal, compte tenu de la superficie du Nigéria et du grand nombre d'étrangers vivant actuellement dans le pays, y compris ceux qui travaillent pour des sociétés étrangères et qui font partie de la communauté diplomatique et consulaire. En tout état de cause, aucun élément de preuve n'a été présenté au Tribunal indiquant que les quatre officiers étaient exposés à un risque réel et imminent de préjudice *partout* au Nigéria, et encore moins qu'ils couraient un tel risque si la Suisse leur accordait son assistance.

51. En revanche, le Nigéria a expliqué en détail au Tribunal pourquoi il est d'une importance cruciale pour lui d'être en mesure de régler et de sanctionner les activités criminelles complexes auxquelles il est actuellement confronté, comme le vol, le raffinage illicite et la vente sans licence de produits pétroliers sur son territoire et dans ses zones maritimes<sup>54</sup>. Dans cette optique, il a présenté au Tribunal, par le biais de déclarations sous serment<sup>55</sup> et de documents judiciaires nigériens<sup>56</sup>, les circonstances et les raisons de la saisie du navire et de l'arrestation de son équipage ainsi que les motifs des accusations portées contre eux. Si la Suisse s'est interrogée sur la rapidité avec laquelle la procédure pénale nigérienne avait progressé, le Nigéria semble avoir agi raisonnablement en retirant les accusations portées contre la plupart des membres de l'équipage du navire et en permettant que les quatre officiers soient libérés sous caution en attendant leur procès. En résumé, le Nigéria a démontré de bonne foi que les activités criminelles constituaient pour lui une grave menace et que, de son point de vue, les mesures prises à l'encontre du navire et de son équipage s'inscrivaient dans le cadre de l'effort continu mené pour faire face à cette menace.

---

53 TIDM/PV.19/A27/1, p. 11, lignes 26–29 (italique de l'auteur).

54 Exposé en réponse du Nigéria, par. 2.1–2.10 ; annexe 2.

55 *Ibid.*, annexes 2, 6, et 22.

56 Voir, par exemple, *ibid.*, annexes 7 et 9.

52. Si la Suisse ne parvient pas à convaincre le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII que son droit à la liberté de navigation ou à l'exercice de sa juridiction exclusive sur les navires battant son pavillon a été violé par le Nigéria ou que celui-ci l'a empêché de s'acquitter de ses obligations envers l'équipage d'un navire battant son pavillon, alors le droit du Nigéria de régler et de sanctionner le navire et son équipage sera incontestablement établi. Parmi les mesures d'exécution que peut prendre le Nigéria figure le droit d'engager des poursuites pénales devant ses tribunaux contre les quatre officiers. Du fait de l'adoption d'une mesure conservatoire se traduisant par le départ des quatre officiers du pays, le Nigéria risque de ne pas être en mesure de poursuivre en justice les quatre officiers et de les incarcérer s'ils sont condamnés à l'issue d'un procès, à moins que les quatre officiers ne reviennent sur son territoire. Si tel n'est pas le cas, le Tribunal n'aura donc pas réussi à préserver les droits du Nigéria.

53. Le Tribunal a tenté de protéger les droits du Nigéria à cet égard en exigeant certaines mesures, mais il a dû le faire sans propositions spécifiques de la part des Parties ni consultations avec elles. Lors de l'audience, le conseil de la Suisse a fait savoir au Tribunal qu'il existait des « procédures pour obtenir le retour des officiers ukrainiens », sans les préciser<sup>57</sup>. Interrogé par le Tribunal sur la nature de ces procédures, un autre conseil a répondu que cette question pourrait être réglée : a) de concert avec les autorités nigérianes ; b) de concert avec les autorités ukrainiennes ; et c) en faisant en sorte que les quatre officiers « pourraient être invités à s'engager formellement devant le tribunal de revenir dans certaines circonstances, en fonction du résultat de l'arbitrage. »<sup>58</sup>. Pour sa part, le Nigéria n'a fait aucune proposition et a maintenu son point de vue selon lequel les quatre officiers ne devraient pas être autorisés à quitter le pays.

54. En l'absence de propositions spécifiques ou de consultations avec les Parties, le Tribunal a décidé d'adopter deux mesures qui devaient être mises en place avant que les quatre officiers ne puissent quitter le Nigéria. Premièrement, la caution ou la garantie financière dont il est question ci-dessus (paragraphe 45) a été fixée à un niveau dépassant la valeur du navire et de sa cargaison, ce qui crée une incitation financière au retour des quatre officiers, ainsi que la possibilité pour le Nigéria – s'ils ne reviennent pas – de prélever une amende sur le montant du dépôt. Deuxièmement, la Suisse doit s'engager à assurer le

---

57 TIDM/PV.19/A27/1, p. 29, lignes 23–24.

58 TIDM/PV.19/A27/3, p. 13, lignes 5–16.

retour au Nigéria des quatre officiers dans le cadre de la procédure pénale<sup>59</sup>. L'ordonnance prévoit expressément que cet acte unilatéral de la Suisse à l'égard du Nigéria constitue une obligation liant la Suisse en droit international<sup>60</sup>. A ce titre, une violation de l'engagement constituera un fait internationalement illicite de la Suisse pour lequel le Nigéria pourra demander réparation.

55. Si ces deux mesures contribuent jusqu'à un certain point à protéger les droits du Nigéria, le fait que les Parties n'aient pas participé activement à leur mise en place soulève de sérieuses questions quant à la manière dont elles seront appliquées. Aucune procédure n'a encore été effectivement établie pour garantir le retour des quatre officiers au Nigéria. La caution ou la garantie financière peut constituer une incitation financière à leur retour, mais on ne sait toujours pas qui va la payer et quel pouvoir de contrôle le bailleur de fonds pourra exercer sur les quatre officiers s'ils ne souhaitent pas revenir au Nigéria. L'engagement de la Suisse lui impose une obligation internationale forte, mais les quatre officiers sont ukrainiens et non suisses, de sorte que l'on ne sait pas clairement quelle autorité la Suisse pourra exercer sur leurs déplacements, voire si elle sera en mesure d'exercer une quelconque autorité à cet égard. Le Gouvernement ukrainien n'est pas partie à la présente procédure et, au cas où les quatre officiers retournent en Ukraine, il semblerait que ce pays n'extrade pas ses propres ressortissants.

56. A mon avis, il aurait été préférable que le Tribunal n'ordonne pas au Nigéria de laisser les quatre officiers quitter le territoire pour le moment, car leur départ ne paraissait pas urgent une fois qu'ils auraient quitté le navire pour se loger quelque part dans le pays. La Suisse aurait pu être en mesure de démontrer une telle urgence au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, qui aurait élaboré une mesure conservatoire appropriée, sur la base de propositions spécifiques des Parties quant à la manière de garantir le retour des quatre officiers au Nigéria.

---

59 Ordonnance du Tribunal, par. 141, 146, par. 1 b).

60 *Ibid.*, par. 141 (« Il estime que l'engagement [...] constituera une obligation liant la Suisse en droit international ».); voir *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats susceptibles de créer des obligations juridiques*, Rapport de la Commission du droit international sur sa cinquante-huitième session, document des Nations Unies, A/61/10, par. 367 (2006).

57. Dans ces conditions, je ne pense pas que le Tribunal ait suffisamment protégé les droits du Nigéria en autorisant les quatre officiers à quitter le pays. Si le Tribunal avait conçu son dispositif de manière à permettre aux juges de voter sur les différents aspects des mesures conservatoires, j'aurais voté contre cet aspect de l'ordonnance du Tribunal.

(*signé*) Sean David Murphy