

## Opinion individuelle de Mme la juge *ad hoc* Petrig

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté en faveur de l'ordonnance de prescription de mesures conservatoires. Cela étant, j'estime nécessaire de préciser ma position sur les divers éléments constitutifs de la mesure conservatoire prescrite au paragraphe 146, alinéa 1).

### *La libération du navire et de sa cargaison, ainsi que celle du capitaine et des trois officiers*

2. J'estime que la libération du navire et de sa cargaison, *ainsi que* celle du capitaine et des trois officiers, est une mesure appropriée. Je souscris au raisonnement exposé aux paragraphes 128 à 130 de l'ordonnance, qui démontre que la condition de l'existence d'un risque réel et imminent de préjudice irréparable est satisfaite en l'espèce. Il faudrait ajouter un autre argument, qui trouve son fondement dans la Convention elle-même.

3. L'article 56, paragraphe 2, de la Convention dispose que lorsqu'il exerce, dans la zone économique exclusive, les droits que lui confère la Convention, l'Etat côtier « agit d'une manière compatible avec la Convention ». L'article 225 de la Convention, intitulé « Obligation pour les Etats d'éviter les conséquences néfastes que peut avoir l'exercice de leurs pouvoirs de police », est l'une de ces dispositions et se lit ainsi :

Lorsqu'ils exercent, en vertu de la Convention, leurs pouvoirs de police à l'encontre des navires étrangers, *les Etats ne doivent pas* mettre en danger la sécurité de la navigation, ni faire courir aucun risque à un navire ou *le conduire à un port ou lieu de mouillage dangereux* ni non plus faire courir de risque excessif au milieu marin. (italique de l'auteur)

4. Bien que cette disposition se trouve dans la partie XII de la Convention, qui porte sur la protection et la préservation du milieu marin, l'Etat côtier doit également l'observer lorsqu'il exerce ses pouvoirs de police en vertu de la partie V de la Convention. Cela découle des termes « en vertu de la Convention », qui indiquent un champ d'application plus large que les termes « en application de la présente partie » ou « en vertu de la présente partie », qui sont utilisés

dans d'autres dispositions sur les garanties de la partie XII (dans les articles 224 et 227 de la Convention, par exemple). L'interprétation selon laquelle l'article 225 de la Convention a une portée générale – et s'applique donc aux pouvoirs de police fondés sur la partie V de la Convention – a déjà été confirmée par le Tribunal dans l'affaire du « Virginia G » (*Navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau), arrêt, TIDM Recueil 2014*, p. 105, par. 373). L'obligation qui incombe à l'Etat côtier de ne pas conduire un navire arrêté à un lieu de mouillage dangereux y est formulée de manière inconditionnelle.

5. Aux audiences, les Parties ont évoqué le fait que la piraterie et les vols à main armée commis à l'encontre de navires sont endémiques dans le golfe de Guinée<sup>1</sup>. Le paragraphe 129 de l'ordonnance évoque le rapport sur la piraterie et les vols à main armée visant des navires (1<sup>er</sup> janvier–31 mars 2019) établi par la Chambre de commerce internationale – Bureau maritime international, qui indique que sur 38 actes de piraterie et de vol à main armée visant des navires dans le monde entier, 14 ont eu lieu dans les eaux nigérianes. En ce qui concerne plus particulièrement le lieu de l'immobilisation, la Chambre de commerce internationale – Service contre les délits commerciaux signale sur son site Web « une recrudescence importante d'attaques / de détournements / d'enlèvements d'équipages » au large de l'île de Bonny et de Port Harcourt et « conseille aux navires de prendre des précautions supplémentaires dans ces eaux à haut risque »<sup>2</sup>. Comme l'ordonnance le relève au paragraphe 129, ce risque s'est concrétisé le 15 avril 2019, lorsque le « San Padre Pio » a subi une attaque à main armée qui a mis en péril la vie de ceux qui se trouvaient à bord. Par ailleurs, la Suisse a signalé que les collisions constituaient une autre source de risques. Elle a précisé que, le 5 juin 2019, « le navire « Invictus » a [vait] chassé sur son ancre et heurté à deux reprises le « San Padre Pio » » et que « [l]e rapport d'inspection indiqu[ait] qu'il n'y avait pas d'équipage à bord de l'« Invictus », qui [était] immobilisé par les autorités nigérianes depuis plus de trois ans »<sup>3</sup>. Ces éléments de preuve permettent de conclure que *Bonny Inner Anchorage*, qui est le lieu où le « San Padre Pio » est immobilisé, ne saurait être considéré comme un lieu de mouillage sûr.

1 Voir notamment, TIDM/PV.19/A27/1, p. 10, l. 32 à 42, et TIDM/PV.19/A27/2, p. 9, l. 39 à 41 et p. 10, l. 1 et 2, et p. 10, l. 11 à 15.

2 *International Chamber of Commerce-Commercial Crime Service, Piracy & Armed Robbery Prone Areas and Warnings*, [www.icc-ccs.org/index.php/piracy-reporting-centre/prone-areas-and-warnings](http://www.icc-ccs.org/index.php/piracy-reporting-centre/prone-areas-and-warnings) (consulté le 5 juillet 2019) [traduction du Greffe].

3 TIDM/PV.19/A27/1, p. 37, l. 2 à 5.

6. L'article 225 de la Convention interdit de conduire les navires à un lieu de mouillage dangereux parce que cela peut avoir des « conséquences néfastes » pour le navire, comme on le déduit du titre de cette disposition. Cette disposition repose donc sur l'hypothèse que le mouillage dans une zone dangereuse implique *en tant que tel* un risque de conséquences néfastes pour le navire et l'équipage. Il existe *a fortiori* un risque réel et imminent de préjudice irréparable lorsque les risques de sécurité liés à un lieu de mouillage dangereux particulier se sont déjà concrétisés – comme c'est le cas en l'espèce. Il s'ensuit que la condition de l'existence d'un risque réel et imminent de préjudice irréparable est manifestement satisfaite.

7. La situation dans laquelle le navire immobilisé se trouve est la conséquence directe de la violation prétendument commise par le Nigéria de la liberté de navigation et de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon. Cette situation expose la santé, la vie et la liberté des membres de l'équipage du « San Padre Pio » à un risque imminent et réel. Avec la libération du navire et de sa cargaison, ainsi que du capitaine et des trois officiers, le Tribunal reconnaît « les réalités humaines qui se cachent derrière les différends entre Etats » (Rosalyn Higgins, *Interim Measures for the Protection of Human Rights*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 36 (1998), p. 108) [traduction du Greffe] – une réalité qui suscite des préoccupations humanitaires en l'espèce.

#### *La caution ou autre garantie financière*

8. Puisque « l'ordonnance doit protéger les droits des deux Parties » (« *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), *mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015*, TIDM Recueil 2015, p. 203, par. 125), la libération du navire et de sa cargaison, ainsi du capitaine et des trois officiers, doit être contrebalancée par des mesures qui protègent suffisamment les droits revendiqués par le Nigéria. A mon avis, le système de contrepartie mis au point par le Tribunal n'est pas entièrement satisfaisant, mais il représente une formule qui a obtenu l'adhésion d'une solide majorité des juges.

9. Bien que la caution n'ait pas été adoptée dans le cadre d'une procédure de prompt mainlevée, rien ne justifie de s'écarter du principe qui préside à ce type de procédure, selon lequel la caution devrait être raisonnable, car c'est le caractère raisonnable de la caution qui garantit la conciliation de l'intérêt de l'Etat du pavillon à ce que le navire, la cargaison et l'équipage soient libérés, avec l'intérêt de l'Etat côtier à ce que les droits qu'il revendique soient protégés.

10. En l'espèce, le Tribunal a choisi une caution ou autre garantie financière sous la forme d'une garantie bancaire d'un montant de 14 000 000 de dollars des Etats-Unis. Il a été estimé qu'au 8 décembre 2017, la valeur du navire était de 10 500 000 de dollars<sup>4</sup>. Toutefois, il faut supposer que cette valeur est inférieure aujourd'hui, en raison non seulement de l'immobilisation du navire et du fait qu'il n'a pas reçu un entretien complet, mais aussi tout simplement en raison du temps écoulé (cette estimation est celle de la valeur du navire il y a 19 mois). La Suisse précise qu'à la date de la saisie, le navire avait à bord une cargaison restante de 5 075,056 tonnes métriques de gasoil, estimée à environ 3 060 000 de dollars des Etats-Unis<sup>5</sup>. La valeur du navire et de la cargaison n'est bien entendu pas le seul facteur dont il convient de tenir compte pour fixer le montant de la caution ; une somme destinée à garantir le retour du capitaine et des trois officiers, si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII décidait que le Nigéria a compétence pour les juger, en est certainement un autre. Pourtant, au vu des chiffres précités et par comparaison avec d'autres décisions du Tribunal (même en tenant compte du fait qu'elles ont été rendues il y a plusieurs années), le montant de la caution est plutôt élevé. Cela d'autant plus que la libération a été subordonnée à la satisfaction d'une condition supplémentaire, que je vais maintenant examiner.

### *L'engagement d'assurer le retour*

11. Aux termes du paragraphe 146, alinéa 1) b),

la Suisse s'engagera à faire en sorte que le capitaine et les trois officiers soient disponibles et présents lors de l'instance pénale au Nigéria si le tribunal prévu à l'annexe VII jugeait que la saisie et l'immobilisation du « San Padre Pio », avec sa cargaison et son équipage, et l'exercice par le Nigéria de sa juridiction sur les événements qui se sont produits les 22 et 23 janvier 2018 ne constituent pas une violation de la Convention.

12. Il semble important de préciser le caractère juridique de cet engagement et de signaler certaines limitations d'ordre pratique et juridique inhérentes à cette mesure.

13. Je souscris à la conclusion figurant au paragraphe 141 de l'ordonnance, selon laquelle cet engagement « constituera une obligation liant la Suisse en droit international ». En effet, la Cour internationale de Justice a estimé que

<sup>4</sup> Exposé des conclusions, annexe PM/CH-51.

<sup>5</sup> Exposé des conclusions, par. 10.

[e]n son sens ordinaire, le terme « s'engagent » signifie promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation. C'est là un terme qui est souvent utilisé dans les traités énonçant les obligations des parties contractantes [...]. Il ne revêt pas un caractère purement incitatif et ne se limite pas à l'énoncé d'une finalité. (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 111, par. 162).

14. Cela dit, il importe tout autant de souligner que la notion de « s'engager à faire en sorte » (*undertake to ensure*) ne fait pas naître une obligation de résultat, mais une obligation de comportement. La Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a eu l'occasion d'interpréter la notion d'« obligation de veiller à » (*responsibility to ensure*) figurant à l'article 139, paragraphe 1, de la Convention. Elle a d'abord précisé que s'agissant de cette disposition, le terme anglais *responsibility* signifie « obligation » (*Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 30, par. 65). Elle a ensuite interprété la notion d'« obligation de veiller à » (*responsibility to ensure* qui, nous venons de le voir, équivaut à *obligation to ensure*) et a indiqué que

[l]'obligation de l'Etat qui patronne « de veiller à » n'est pas une obligation d'obtenir dans chaque cas le résultat que le contractant patronné respecte les obligations précitées. Il s'agit plutôt d'une *obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat*. Pour utiliser la terminologie actuelle du droit international, cette obligation peut être caractérisée comme une obligation « *de comportement* » et non « de résultat », et comme une *obligation de « diligence requise »*. (*Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif*, 1<sup>er</sup> février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 41, par. 110). (italique de l'auteur)

Cette interprétation a été reprise par le Tribunal dans l'avis consultatif qu'il a rendu à la demande de la Commission sous-régionale des pêches (*Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, avis consultatif*, 2 avril 2015, TIDM Recueil 2015, p. 38 à 40, par. 125 à 129).

15. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice apporte quelques précisions en ce qui concerne les « paramètres [qui] entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un Etat s'est correctement acquitté » d'une obligation de comportement. Elle a jugé que le premier paramètre « est évidemment la capacité [...] à influencer effectivement » la situation de fait dont il s'agit, et précisé :

[p]ar ailleurs, la capacité d'influence de l'Etat doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque Etat ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale ; de ce point de vue, la capacité d'influence dont dispose un Etat peut varier selon la position juridique qui est la sienne à l'égard des situations et des personnes concernées par le risque, ou la réalité, du génocide. (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430). (italique de l'auteur)

16. Enfin, la Cour internationale de Justice a précisé dans quelles circonstances un Etat, auquel s'impose une obligation de comportement, engage sa responsabilité internationale :

[l]a responsabilité d'un Etat ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'Etat a manqué *manifestement* de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 221, par. 430). (italique de l'auteur)

17. Compte tenu de cette jurisprudence, le paragraphe 146, alinéa 1) b), devrait s'interpréter comme suit :

a) L'engagement de la Suisse à faire en sorte que le capitaine et les trois officiers soient disponibles et présents lors de l'instance pénale au Nigéria est une obligation de comportement – et non de résultat. Il s'ensuit que la Suisse se sera correctement acquittée de son obligation si elle prend des mesures appropriées et s'efforce autant que possible d'obtenir le retour au Nigéria du capitaine et des trois officiers pour qu'ils assistent à leur procès.

b) Pour apprécier si la Suisse s'est correctement acquittée de son obligation, il est nécessaire de prendre en compte, entre autres, les deux paramètres énoncés par la Cour internationale de Justice : i) il faut que la Suisse ait la « capacité à influencer effectivement » la situation de fait ; et ii) la Suisse « ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale », en particulier dans celles fixées par le droit international des droits de l'homme. La capacité à influencer effectivement la situation de fait et le respect du droit international dans l'accomplissement de l'obligation sont dans une large mesure étroitement liés. Comme la Suisse ne peut agir que dans les limites du droit international, sa capacité à influencer effectivement le retour du capitaine et des trois officiers risque d'être limitée. Par exemple, selon les circonstances concrètes qui peuvent se présenter à l'avenir, il se peut que la Suisse ne soit pas en mesure de forcer le capitaine et les trois officiers à rester en Suisse – en raison notamment des droits consacrés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auquel la Suisse comme le Nigéria sont parties, et plus précisément en raison du droit inscrit à l'article 12 de pouvoir quitter tout pays, quel qu'il soit. En conséquence, il n'est pas exclu que la Suisse perde, du moins dans une large mesure, sa capacité à influencer effectivement le retour du capitaine et des trois officiers. De plus, s'ils devaient rester en Suisse, le principe de non-refoulement pourrait interdire ce retour (à moins que le Nigéria fournisse des assurances suffisantes). Dans l'ensemble, respecter le droit international peut, dans certaines circonstances, signifier que la Suisse n'aura pas la capacité à influencer effectivement la situation de fait, c'est-à-dire la capacité à faire en sorte que le capitaine et les trois officiers retournent au Nigéria.

c) Enfin, la responsabilité de la Suisse ne sera pas engagée pour la seule raison que le retour du capitaine et des trois officiers n'aura finalement pu se faire, mais uniquement pour avoir « manqué manifestement » à prendre toutes les mesures propres à obtenir ce retour. Il est clair qu'il n'y aura aucun « manquement manifeste » de ce genre si la Suisse n'est finalement pas en mesure de garantir la présence et le retour du capitaine et des trois officiers parce qu'elle respecte le droit international, notamment le droit international des droits de l'homme.

18. Dans l'ensemble, la brève analyse à laquelle je viens de me livrer démontre que le droit international peut considérablement limiter la marge de manœuvre de la Suisse sur les plans légal et pratique. A mon avis, le paragraphe 146, alinéa 1) b), aurait dû expressément disposer que le retour du

capitaine et des trois officiers devait s'effectuer dans le respect du droit international. Il n'est pas nécessaire – pour les raisons expliquées plus haut – d'assortir cet engagement d'une telle réserve, mais cela en aurait rendu les limites inhérentes plus visibles. De plus, cela aurait inscrit plus clairement cet élément de la mesure dans le cadre plus large du droit international, notamment du droit international des droits de l'homme.

(*signé*) Anna Petrig