

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE AD HOC KOHEN

1. À mon grand regret, je ne peux rejoindre la majorité du Tribunal. L'ordonnance omet certains éléments de fait très importants (**Partie I** de cette opinion dissidente). La décision néglige aussi d'importantes règles de la Convention qui semblent *prima facie* offrir une base de juridiction. Ce faisant, des droits potentiellement existants dans l'affaire ne sont pas du tout pris en considération (**Partie II**). Les conditions d'urgence et d'existence d'un risque de préjudice irréparable qui exigent l'indication de mesures conservatoires n'ont même pas mérité une motivation fondée pour être écartées (**Partie III**). Le résultat est que le Tribunal n'a pas jugé opportun d'indiquer des mesures conservatoires. J'estime pour ma part devoir mentionner celles que le Tribunal aurait pu prescrire, dans le respect des droits des deux Parties (**Partie IV**). Cette opinion conclut avec quelques commentaires finaux (**Partie V**).

2. La décision sur le fond du litige étant pendante, il existe pour le Tribunal la possibilité d'ordonner quelle est la conduite que l'une ou les deux Parties doivent suivre afin de sauvegarder les éventuels droits qui seront tranchés dans l'affaire. Le but est d'éviter de vouer à l'échec la décision sur le fond. En prenant sa décision sur la demande d'indication de mesures conservatoires du demandeur, je suis d'avis que le Tribunal a failli à préserver non seulement de potentiels droits qui sont en cause dans cette affaire, mais aussi l'intégrité et l'efficacité d'une éventuelle décision judiciaire sur le fond.

### I. Des précisions nécessaires sur les éléments de fait

3. Il convient de rappeler les éléments de fait pertinents à la demande d'indication de mesures conservatoires. Cette description contient plus d'éléments que celle de l'ordonnance.

4. Le 5 octobre 2023, le « Zheng He » a quitté Freeport (Bahamas) à destination de Tampico (Mexique). Le 9 octobre, l'agent local du propriétaire du navire (*JVV Logistics*) a envoyé aux douanes mexicaines un « préavis d'arrivée d'un navire hauturier » les informant que le « Zheng He » arrivera « à la zone de mouillage de Tampico pour relève d'équipage et ravitaillement. Le navire accostera ensuite le quai

fiscal pour entamer une procédure d'importation temporaire devant le bureau de douane maritime de Tampico : il se placera à votre disposition pour tout type de contrôle que vous estimerez nécessaire ».

5. Le 10 octobre, la Capitainerie du Port de Tampico a délivré une « Autorisation d'arrivée de navire ou de grands bâtiments hauturiers » au « Zheng He ».

6. Le 11 octobre, le navire est arrivé à la zone de mouillage de Tampico se trouvant dans la mer territoriale du Mexique et y est resté en attendant les instructions pour l'entrée au port. Le 17 octobre, *JVV Logistics* a informé les autorités portuaires qu'il s'y trouve pour ravitaillement, relève d'équipage et enlèvement des déchets et des boues et a demandé à cette fin l'autorisation pour accoster au quai N° 3 de l'Administration du système portuaire national (ASIPONA) du port de Tampico pour une période d'environ trois à quatre semaines (Demande, MC7 et Réponse, Annexe 5).

7. Le 21 octobre, l'autorité portuaire a délivré l'« autorisation de modification » du « Zheng He » « actuellement ancré dans la zone de mouillage de Tampico [...] pour être positionné dans le quai d'ASIPONA 3 ». L'autorité portuaire avait émis la veille une alerte météorologique pour la nuit du 22 octobre. Le « Zengh He » est entré au port le 21 octobre.

8. Le 23 octobre, *JVV Logistics* a informé les douanes mexicaines (ANAM) que, après avoir obtenu l'autorisation d'ASIPONA pour utiliser le quai 3, le « Zheng He » était mouillé à ce quai depuis le 21 octobre à 14h20 « dans le seul but de procéder au ravitaillement du navire, à la relève d'équipage et à un entretien préventif, tout en restant dans l'attente d'instructions. Il était prévu que la drague reste environ 3 à 4 semaines à partir de la date d'accostage » (souligné dans l'original).

9. Le 24 octobre, l'ANAM a infligé une amende de 9 '570,00 pesos (environ 500,00 USD) à *JVV Logistics*, avec une réduction du 50 % du montant en cas de paiement dans les 10 jours ouvrables. Il y est signalé que « le navire « **ZHENG HE** », battant pavillon luxembourgeois, qui a **accosté au quai 03** de la Zone portuaire de Tampico, le samedi **21 octobre 2023** passé, **arrivé par haute mer en provenance**

**des BAHAMAS, pour effectuer une procédure d'importation temporaire** ». Selon la décision, le quai n°3 est un « **lieu non autorisé aux navires hauturiers** » et par conséquent un « **lieu non autorisé pour les navires de la catégorie dont relève ce navire** ». La décision affirme que : « s'il est vrai que le 9 octobre 2023, l'Agent maritime JVV LOGISTICS, S.A. DE C.V., a introduit devant l'Unité de contrôle de gestion de ce bureau de douane de Tampico, une lettre signée par le Capitaine Alejandro Rosas Duque, à laquelle a été attribuée le numéro de dossier 3943, où il se réfère à l'avis d'arrivée du navire hauturier, annonce son eTA (préavis d'arrivée) à la zone de mouillage de Tampico pour le 11 octobre 2023 à 6h00, pour procéder à la relève d'équipage et au ravitaillement, **indiquant qu'ensuite il accostera le quai fiscal pour entamer la procédure d'importation temporaire devant le bureau de douane maritime de Tampico, en se mettant à la disposition de l'autorité douanière**, la vérité est que ce navire aurait dû se présenter à son entrée devant l'autorité douanière pour **inspection et contrôle**, comme indiqué dans l'article 20 de la Loi sur les douanes en vigueur. C'est la raison pour laquelle les déclarations du contribuable, **JVV LOGISTICS, S.A. DE C.V., ne sont pas suffisantes pour considérer que l'obligation susmentionnée a été remplie** » (souligné dans l'original).

10. Le 30 octobre, *JVV Logistics* s'est acquitté de l'amende avec le bénéfice de 50 % de réduction (4 785,00 pesos).

11. Le 31 octobre a connu une succession de faits relatifs au « Zheng He ». L'autorité portuaire a autorisé le déplacement du navire du quai n° 3 au quai fiscal n° 6. L'ADECEN (Bureau régional pour le Nord-Est de l'Administration d'audit du commerce) a ordonné une « visite domiciliaire » au quai n° 3 « dans le but de procéder à la vérification de la propriété légale, de la titularité, du stockage, de la détention ou de l'importation des biens » qui s'y trouvent. Ce document a été notifié aux responsables du navire le lendemain, lors de la « visite domiciliaire ». Le même 31 octobre, l'autorité portuaire a émis un bulletin d'alerte météorologique ayant pour objet la suspension des mouvements internes « au cours de la nuit et jusqu'à nouvel ordre ».

12. Le déplacement du « Zheng He » était programmé pour le 1<sup>er</sup> novembre à 7h00. Le pilote en charge de la manœuvre est monté à bord du « Zheng He » à 6h45. Les remorqueurs étaient prêts à faire le déplacement à 6h50. À 7h00 le pilote a reçu l'instruction du capitaine du port de ne pas procéder à la manœuvre, le port étant fermé. Les remorqueurs sont partis à 7h45. L'autorité portuaire a émis un nouvel avis météorologique, autorisant à nouveau les déplacements à partir de 10 heures.

13. À 10h30, les inspecteurs de l'ADECEN ont entamé la « visite domiciliaire » au quai n° 3, montant à bord du « Zheng He ». Les autorités portuaires n'ont pas été informées et n'ont pas été présentes lors de cette « visite domiciliaire » au quai n° 3. Les contrôleurs de l'ADECEN, « sur la base du fait qu'il a été constaté que le « comparant » n'a présenté aucun document attestant l'importation, le séjour et/ou la détention à caractère légal des marchandises d'origine étrangère » (c'est-à-dire le « Zheng He »), procèdent à la saisie à titre conservatoire du navire et à l'ouverture d'une procédure administrative en matière douanière (« PAMA »).

14. Après la saisie conservatoire du navire et pendant la « PAMA », la manière de régulariser la situation selon la législation mexicaine était l'importation définitive de la « marchandise » (Règle 2.5.1., voir *Exposé en réponse des États-Unis du Mexique à la demande en prescription de mesures conservatoire du Grand-Duché du [sic] Luxembourg*, note de bas de page 53).

15. Le 10 novembre 2023, le propriétaire du navire a introduit une instance judiciaire (*recurso de amparo indirecto*) devant le Tribunal du district de Tampico contre la procédure suivie par l'ADECEN et sa décision de saisie conservatoire et d'ouverture de la procédure administrative douanière.

16. Le 15 février 2024, l'ADECEN, poursuivant la procédure, a décidé à la fois l'imposition de taxes et d'amendes au propriétaire du navire d'un montant de 1 616 462 343,62 pesos (environ 96.000.000 USD) et la confiscation du « Zheng He », qui devenait ainsi propriété du trésor fédéral (« *dicha mercancía pasa a propiedad del fisco federal* »).

17. Le 22 mars 2024, le Tribunal du district de Tampico, considérant que le navire « se trouvait légalement sur le territoire national » et que « la procédure douanière du trente et un octobre et du premier novembre deux mille vingt-trois, respectivement, violent la garantie de légalité et de sécurité juridique que doit contenir tout acte d'autorité selon les termes de l'article 16 de la Constitution », a accepté le *recurso de amparo indirecto* du propriétaire du « Zheng He ». En conséquence, l'ordonnance de « visite domiciliaire », la saisie du navire et la procédure douanière ont été considérées sans effet.

18. Le délai pour faire appel de cette décision (*recurso de revisión*) arrivait à échéance pour l'ADECEN le 12 avril 2024. Le 17 avril, à la demande du propriétaire du navire, le Tribunal de district, sans nouvelles de l'ADECEN, a rendu une ordonnance déclarant que la question était *res iudicata*.

19. Le 19 avril, le propriétaire du navire a notifié cette certification de décision judiciaire définitive à l'autorité portuaire et a demandé l'autorisation de départ du « Zheng He ». Aucune décision d'autorisation de départ n'a pourtant été prise.

20. Selon l'Exposé de réponse du Mexique, le 22 mai, le Tribunal de district a reçu le *recurso de revisión* de l'ADECEN qui avait été envoyé par la poste le 12 avril 2024. Le 6 juin, c'est-à-dire trois jours après l'introduction de la présente instance par le Luxembourg devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), le Tribunal de district a transféré le dossier au Deuxième Tribunal collégial en matière administrative et civile du 19<sup>e</sup> circuit. Le 12 juin 2024, c'est-à-dire cinq jours après la demande du Luxembourg en indication de mesures conservatoires, le Tribunal collégial a décidé que le *recurso de revisión* de l'ADECEN avait été introduit dans le délai prescrit et qu'il était par conséquent recevable.

21. Selon le Mexique, le 17 mai 2024, l'ADECEN a envoyé aussi par la poste un *recurso de queja* contre la décision du 17 avril par laquelle le Tribunal de district avait déclaré que la décision en faveur du « Zheng He » était *res iudicata* et donc exécutoire. Ce *recurso de queja* a été renvoyé au Deuxième Tribunal collégial le 6 juin, c'est-à-dire, trois jours après l'introduction de la présente instance par le Luxembourg. Le Tribunal collégial a admis le *recurso de queja* le 12 juin, c'est-à-dire

cinq jours après la demande en indication de mesures conservatoires par le Luxembourg devant ce Tribunal.

22. Le 19 juin, la Cour suprême de justice mexicaine (CSJN) a reçu une requête de l'ADECEN demandant que le *recurso de revisión* soit renvoyé à la CSJN. Cette requête est actuellement en cours d'instance.

23. Tous ces faits sont documentés et non contestés, même si les Parties divergent sur l'interprétation à leur donner.

## **II. Les droits que le Luxembourg cherche à protéger n'ont pas été pris en considération**

24. Il n'est pas contesté que les Parties ont conféré compétence au Tribunal pour connaître de leurs différends. L'ordonnance reconnaît l'existence d'un différend entre les Parties et que l'exigence d'un échange de vues de l'article 283 est satisfaite en l'espèce. L'ordonnance ne se prononce pas à ce stade sur l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, dont l'absence pourrait selon l'article 295 constituer un obstacle à la prescription de mesures conservatoires si cela est exigé par le droit international. Il convient de mentionner que le Luxembourg a invoqué un certain nombre de droits qui lui sont propres.

25. Deux de mes trois divergences fondamentales avec la majorité résident dans la manière de traiter, d'une part, l'existence d'un différend entre les Parties relatif à l'interprétation ou application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et, d'autre part, les droits du Luxembourg qui seraient en cause dans l'affaire et pourraient être préservés à travers l'indication de mesures conservatoires.

26. Le Tribunal se contente de mentionner qu'il lui semble qu'un article de la Convention, l'article 131, « semble *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée » (par. 85), pour noter ensuite « l'opposition des thèses des Parties quant à l'inégalité de traitement alléguée du « Zheng He » dans le port de Tampico » (par. 122) et enfin pour estimer que les droits revendiqués par le

Luxembourg « sur le fondement de l'article 131 de la Convention sont plausibles » (par. 125).

27. L'ordonnance ne distingue pas entre l'existence d'un différend et la plausibilité des droits qui devraient être protégés durant la procédure. La simple lecture des notes échangées, de l'interprétation que les deux Parties font des entretiens diplomatiques et des positions défendues d'un côté et de l'autre, témoignent des prétentions très divergentes sur des droits et des compétences qui seraient reconnus aux Parties à la Convention.

28. L'existence d'un différend sur des dispositions de la Convention permet d'affirmer qu'il semble *prima facie* que le Tribunal est compétent, ce qui permet ensuite d'examiner si les autres conditions pour l'indication de mesures conservatoires sont remplies, y compris la plausibilité des droits allégués qui devraient être préservés. Il se peut qu'il existe un différend sur plusieurs dispositions de la Convention, sans que toutes ces dispositions ne soient pertinentes quant au fait que les droits y contenus paraissent plausibles. L'ordonnance se contente d'invoquer l'article 131 tant pour une question que pour l'autre.

29. Je ne mentionnerai pas toutes les dispositions sur lesquelles il semble qu'il existe un différend entre les Parties. Je me bornerai ici à souligner que plusieurs droits invoqués par le demandeur semblent plausibles. Au stade des mesures conservatoires, il n'est pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si l'invocation de ces droits est fondée ou pas. Cette tâche est réservée au fond du différend. Je ne suis d'accord ni sur l'invocation d'un seul droit, ni sur le choix opéré sur l'article 131.

30. L'ordonnance se contente de considérer un seul article comme étant pertinent. Certes, elle laisse ouverte la possibilité que d'autres le soient aussi. Cependant, la détermination des droits qui semblent plausibles et donc susceptibles d'être protégés est fondamentale au moment d'évaluer les autres conditions requises et les éventuelles mesures conservatoires à prescrire. La commodité de choisir seulement un droit porte atteinte au reste de l'analyse nécessaire pour traiter convenablement de la question.

31. Je vais donc examiner les droits en jeu dans le différend dont l'invocation me semble plausible. Il s'agit du droit de passage inoffensif dans la mer territoriale (Art. 17), du droit de quitter les eaux intérieures pour se diriger vers le large (Art. 18), de la liberté de navigation dans d'autres espaces maritimes (Art. 58 et 87), du droit au maintien du pavillon de l'État (Art. 92), de l'exercice des devoirs en tant qu'État du pavillon du « Zheng He » (Art. 94), du droit à ne pas être discriminé (Art. 131) et du droit à ne pas être soumis à un traitement abusif dans l'exercice par l'État côtier de sa juridiction sur ses eaux intérieures, ses ports et sa mer territoriale (Art. 300).

#### **A. Le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale**

32. Du 11 au 24 octobre 2023, le « Zheng He » se trouvait dans la mer territoriale du Mexique se dirigeant au port de Tampico, après avoir obtenu l'autorisation des autorités portuaires d'y entrer. La décision de l'ADECEN du 15 février 2024 infligeant une amende et la confiscation du navire considère que « le propriétaire de la marchandise (SHIP), avant son entrée sur le territoire national, aurait dû procéder à l'importation temporaire de celle-ci ». En d'autres termes, l'autorité mexicaine estime que le « Zheng He », en exerçant son droit de passage inoffensif dans la mer territoriale, était déjà en situation illicite au point de vue du droit interne. Le Luxembourg considère que le droit de passage inoffensif de ses navires n'est pas respecté et qu'il doit l'exercer pour quitter le port de Tampico. À ce stade, il ne s'agit pas d'établir si le défendeur a commis un fait illicite en appliquant correctement ou incorrectement son droit interne. Il suffit de constater que le droit des navires battant pavillon luxembourgeois à un passage inoffensif sur les eaux territoriales mexicaines semble plausible.

#### **B. Le droit du « Zheng He » de quitter le port de Tampico pour exercer son droit de passage inoffensif et sa liberté de navigation dans la zone économique exclusive mexicaine et la haute mer.**

33. Les Parties ont débattu l'existence de ce droit et ont des positions diamétralement opposées. Il est évident que la Convention reconnaît la souveraineté des États côtiers sur ses ports et ses eaux intérieures. Il est évident aussi que la



Convention contient diverses dispositions en la matière, y compris une d'un intérêt particulier pour le cas d'espèce : l'article 131 relatif au traitement à accorder dans les ports étrangers à des navires battant pavillon d'États sans littoral.

34. La définition du terme « passage » à l'article 18 1) b) envisage le passage par la mer territoriale comme le fait de « se rendre dans les eaux intérieures ou les quitter, ou faire escale dans une telle rade ou installation portuaire ou la quitter ». Il n'est pas nécessaire à ce stade de discuter si cet article reconnaît explicitement ou non un droit de quitter les eaux intérieures. Les navires étrangers peuvent entrer dans les eaux intérieures des États uniquement avec l'autorisation de ceux-ci. Les États côtiers ont le droit de ne pas accepter l'entrée de navires étrangers dans leurs ports et eaux intérieures. Cependant, une fois qu'ils ont accepté cette entrée, ils ne peuvent pas empêcher les navires étrangers de les quitter, à moins qu'il n'y ait une raison valable à cela. Cette raison valable ne peut pas se trouver uniquement dans le droit interne. Il faut également que cette raison soit conforme au droit international. En dehors de cette situation, la décision du navire étranger de quitter le port ou les eaux intérieures ne peut être empêchée. C'est un aspect crucial du droit de la navigation, l'activité élémentaire en mer sans laquelle aucune autre activité ne peut être envisagée. Un navire étranger n'a pas vocation à séjourner de manière permanente dans les eaux territoriales ou dans les eaux intérieures d'un autre État. Selon la documentation du demandeur, le « Zheng He » devait se diriger de nouveau vers les Bahamas. Selon la documentation du défendeur, le navire avait pour destination les Pays-Bas. Le Tribunal a raté ici l'occasion de préciser ses observations relatives au droit de quitter les eaux intérieures faites dans les affaires du « Louisa » et du « Norstar » (*Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, *TIDM Recueil 2013*, p. 36-37, par. 109 ; *Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, arrêt, *TIDM Recueil 2018*, p. 74, par. 221).

35. Considérer que la Convention, et par conséquent le Tribunal, n'ont rien à dire sur cette question élémentaire du droit de la mer équivaldrait à ébranler l'une des bases mêmes de la Convention. Dans son préambule, les États ont précisé qu'en la concluant, ils étaient « [a]nimés du désir de régler, dans un esprit de compréhension et de coopération mutuelles, *tous les problèmes concernant le droit de la mer (...)* [c]onscients que *les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et*

doivent être envisagés dans leur ensemble » (...) et que l'un de leurs buts était d'établir « un ordre juridique pour les mers et les océans *qui facilite les communications internationales* » (italiques ajoutées).

36. C'est dans ce contexte que l'on doit interpréter la revendication du Luxembourg de voir reconnaître le droit du navire battant son pavillon de quitter le port, puis d'exercer son droit de passage inoffensif et ensuite sa liberté de navigation dans la zone économique exclusive et la haute mer.

37. Dans l'affaire relative à *l'Immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)*, les droits invoqués par l'Ukraine concernaient les immunités de ses navires de guerre et des navires auxiliaires, ainsi que des militaires présents à bord. Dans son ordonnance prescrivant des mesures conservatoires, « [l]e Tribunal estim[a] que les droits revendiqués par l'Ukraine sur le fondement des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention sont plausibles au vu des circonstances » (*Immobilisation de trois navires militaires ukrainiennes (Ukraine c. Fédération de Russie)*, ordonnance du 25 mai 2019, p. 306, par. 97). L'article 58 a trait à la zone économique exclusive et les articles 95 et 96 à la haute mer. Or, l'incident s'était produit dans la mer Noire près du détroit de Kertch, c'est-à-dire dans aucun de ces deux espaces maritimes. Le Tribunal a donc estimé comme plausible l'invocation du droit au respect de l'immunité des navires de guerre dans des zones autres que celle où les navires ont été arrêtés par la Russie. Le Tribunal aurait dû suivre cette jurisprudence dans la présente affaire.

38. Sans me prononcer sur le point de savoir si les droits en cause ont été respectés ou violés, il me semble que les droits susceptibles d'être protégés sont plausibles.

### **C. Le droit au maintien du pavillon de l'État**

39. L'État du pavillon a droit à voir respecté son statut. Selon l'article 92, « [a]ucun changement de pavillon ne peut intervenir au cours d'un voyage ou d'une escale, sauf en cas de transfert réel de la propriété ou de changement d'immatriculation. » Dans le cas d'espèce, il existe un risque réel de transfert de la propriété du

« Zheng He », du fait de sa confiscation au profit de l'État mexicain décidée par les Douanes. Un transfert de propriété au profit du Mexique risquerait d'impliquer également un changement de pavillon du navire. Dans ces conditions, il semble également que le droit invoqué par le demandeur soit plausible.

**D. Le droit d'exercer ses obligations en tant qu'État du pavillon du « Zheng He »**

40. Bien que le titre de l'article 94 parle des « Obligations de l'État du pavillon », son paragraphe premier affirme que « [t]out État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon. » Ce qui est en cause ici c'est le droit du Luxembourg d'exercer effectivement la juridiction et le contrôle décrits. Si ces droits et obligations sont exclusifs en haute mer, ils s'exercent aussi sur les eaux intérieures et territoriales d'un autre État mais en conjonction avec les droits de ce dernier. Même si un navire se trouve en cale sèche sur la terre ferme d'un autre Etat, l'État du pavillon garde ses prérogatives.

41. Il est vrai qu'un État sans littoral est dans une situation particulière à l'égard de ses droits et obligations comme État du pavillon : il n'a pas de mer territoriale ou d'eaux intérieures dans lesquelles il peut exercer ses compétences. Par la force des choses cela doit se faire soit en haute mer, soit dans des espaces maritimes sous la juridiction d'autres États.

42. Lorsqu'un État a des obligations internationales, il a le droit de les exercer sans qu'un autre État ne l'empêche d'agir. Le fait que le « Zheng He » se trouve au port de Tampico n'est pas un obstacle pour considérer que les droits et obligations du Luxembourg reconnus à l'article 94 semblent plausibles.

**E. Le droit de ne pas subir un traitement arbitraire, discriminatoire ou abusif**

43. Pour considérer que les droits revendiqués par le Luxembourg sur la base de l'article 131 sont plausibles, la majorité se fonde sur l'opposition des thèses des

Parties quant à l'inégalité de traitement alléguée du « Zheng He » au port de Tampico et sur le fait qu'elles n'ont pas eu la possibilité de soumettre toutes les preuves afin d'étayer leurs arguments (paragraphe 123-125). Si le traitement accordé au « Zheng He » au port de Tampico n'est pas égal aux navires battant d'autres pavillons, il y aurait un traitement discriminatoire prohibé par l'article 131.

44. J'estime que sous la rubrique du traitement discriminatoire, l'article 131 de la Convention n'est pas le seul pertinent. Sur la base de l'article 300, le Mexique est tenu de ne pas se comporter de manière arbitraire et discriminatoire et de ne pas exercer sa juridiction dans ses eaux intérieures de manière abusive. L'article 300 peut se lire de manière conjointe avec un certain nombre d'articles qui reconnaissent la souveraineté de l'État côtier sur ses eaux intérieures et territoriales, à commencer par l'article 2 1) de la Convention.

45. L'article 300 puise son origine dans une proposition du Mexique (Platzöder, Renate (dir.), *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents*, vol. IX, 1986, p. 355 ; *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, Publications des Nations Unies, vol. IX, 1980, p. 192). Il se lit comme suit :

**Bonne foi et abus de droit.** Les États Parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit.

46. La prohibition de l'abus de droit est une règle générale de droit international (*Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. Série A N° 17*, p. 30 ; *Affaire des Zones franches*, arrêt du 6 décembre 1930, *C.P.J.I., Série A N° 24*, p. 12, et arrêt du 7 juin 1932, *Série A/B No. 46*, p. 167 ; *Affaire des pêcheries*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 142 ; *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie ; 32 Etats intervenants)*, exceptions préliminaires, arrêt de la CIJ du 2 février 2024, par. 143). Il est remarquable que la Convention impose de manière explicite aux États Parties de ne pas exercer leurs compétences d'une manière qui constitue un abus de droit. Raison de plus pour que le Tribunal soit très attentif à la manière dont les États exercent ces compétences. La majorité reste silencieuse sur cet aspect très

important de la Convention, que les Parties contractantes ont estimé nécessaire de mentionner en tête des dispositions générales applicables sur l'ensemble du texte conventionnel.

47. L'arbitraire et l'abus de droit vont de pair. Comme le dit la Cour internationale de Justice :

L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. La Cour a exprimé cette idée dans l'affaire du *Droit d'asile*, quand elle a parlé de « l'arbitraire » qui « se substitue au règne de la loi » (*Droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 284). Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique. (*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil/1989*, p. 76, par. 128)

48. Un traitement arbitraire peut à certains égards être considéré comme étant discriminatoire, puisqu'on peut présumer que les États côtiers n'appliquent pas comme règle générale un traitement arbitraire aux navires étrangers.

49. Selon l'article 4.2.11 des Règles générales du commerce extérieur pour 2023 et 2024 du Mexique, pour que les navires puissent demander une importation temporaire, il est nécessaire de présenter le contrat de concession ou d'autorisation correspondant, pour la prestation des services requis (article 4.2.11 reproduit à la page 150 de la décision de l'ADECEN du 15 février 2024). Il n'est pas contesté qu'il n'existait aucun contrat pour des opérations de dragage au Mexique au moment de l'entrée du « Zheng He ».

50. La disposition précitée, les circonstances de fait entourant l'arrestation temporaire du navire, le montant de l'amende et la confiscation prononcés par les autorités douanières, ainsi que la qualification par le Tribunal de district de sa décision comme étant exécutoire car n'ayant pas fait l'objet de recours dans les délais, puis sa décision contraire considérant qu'un recours avait été envoyé dans les délais, permettent de considérer que l'invocation par le demandeur du droit du navire battant son pavillon à ne pas être traité de manière discriminatoire ou arbitraire semble plausible. Si l'affaire arrive au stade du fond, le Tribunal pourrait être en mesure de décider de la licéité ou non du traitement accordé au navire.

## F. Les droits relatifs à l'équipage du « Zheng He »

51. Les deux Parties semblent être d'accord sur le besoin de protection de l'équipage du « Zheng He », bien qu'elles aient des avis très divergents sur la question de savoir si cette protection découle de règles applicables au cas d'espèce. Les articles 94 et 293 de la Convention semblent être pertinents pour prendre en considération les obligations du Luxembourg à propos de la Convention sur le travail maritime et les obligations des deux Parties relatives aux Pactes internationaux des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels. Le Tribunal a de manière constante pris en compte des « considérations d'humanité » (*Navire « SAIGA », (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 61-62, par. 155 ; « Juno Trader » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau), prompte mainlevée, arrêt, TIDM Recueil 2004, p. 38-39, par. 77 ; Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), arrêt, TIDM Recueil 2013, p. 46, par. 155 ; « Enrica Lexie » (Italie c. Inde), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, p. 204, par. 133 ; Immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 25 mai 2019, TIDM Recueil 2018–2019, p. 309, par. 112 ; Navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria), mesures conservatoires, ordonnance du 6 juillet 2019, TIDM Recueil 2018–2019, p. 405, par. 130).*

## III. Il existe un risque de préjudice irréparable et une urgence

52. La troisième et fondamentale différence avec la majorité porte sur la manière de traiter les conditions de l'existence d'un risque de préjudice irréparable et de l'urgence pour prescrire des mesures conservatoires. Je suis consterné par le fait que l'ordonnance ne motive pas les raisons pour lesquelles la majorité du Tribunal écarte l'existence d'un tel risque ainsi que l'urgence d'indiquer des mesures conservatoires. Le paragraphe 143 se borne à affirmer que,

[à] la lumière des informations factuelles et des arguments juridiques présentés par les Parties, le Tribunal considère qu'il n'y a pas actuellement d'urgence, en ce sens qu'il n'existe pas de risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués par le Luxembourg.

53. Il s'agit d'une question cruciale pour la décision d'ordonner ou non des mesures conservatoires. Il n'y a pas une seule ligne d'explication sur la manière dont la majorité a examiné « les informations factuelles et les arguments juridiques des Parties » ni sur une éventuelle évaluation propre non plus.

54. La tâche du Tribunal à ce stade n'est pas celle d'établir qu'il y aura un préjudice irréparable, mais que le risque existe. À mon avis, ce risque existe à l'égard d'un certain nombre de droits revendiqués par le demandeur.

55. Si la Cour Suprême mexicaine confirme la validité de la procédure douanière, alors la décision d'imposer une taxe/amende (crédit fiscal) d'environ 96 000 000,00 USD et la confiscation du « Zheng He » seront fermes et exécutoires au Mexique. Le Tribunal devrait-il attendre que cette décision de la Cour suprême soit prise et exécutée ? Les douanes mexicaines ont auparavant déjà tenté de faire exécuter leur décision. Poser cette question montre déjà que le risque imminent d'un préjudice irréparable est existant. Si le Tribunal avait décidé de prescrire des mesures conservatoires, cela n'aurait pas été la première affaire dans laquelle le Tribunal indique de telles mesures alors que des procédures judiciaires nationales concernant un navire et son équipage sont en cours (cf. « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Recueil 2012*, p. 332 ; « *Arctic Sunrise* » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, *TIDM Recueil 2013*, p. 230 ; « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, *TIDM Recueil 2015*, p. 182 ; *Immobilisation de trois navires ukrainiens* (*Ukraine c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 25 mai 2019, *TIDM Recueil 2018–2019*, p. 283 ; *Navire « San Padre Pio »* (*Suisse c. Nigéria*), mesures conservatoires, ordonnance du 6 juillet 2019, *TIDM Recueil 2018-2019*, p. 375).

56. La Cour permanente de Justice internationale a donné une indication sur la manière d'appréhender la notion de préjudice irréparable dans sa toute première ordonnance en indication de mesures conservatoires. Il s'agit d'une infraction à un droit qui « ne saurait être réparée moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle » (*Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865, Ordonnance du 8 janvier 1927, C.P.J.I. Série A, N° 8, p. 7*)

57. Dans l'affaire du « San Padre Pio », le Tribunal a eu l'occasion de se pencher sur le caractère irréparable du risque encouru aux droits de l'État du pavillon et a affirmé ce qui suit :

Le Tribunal fait remarquer que, dans la présente affaire, le « San Padre Pio » a été saisi et immobilisé en raison d'activités de soutage qu'il menait dans la zone économique exclusive du Nigéria. Il estime que, dans les circonstances de la présente affaire, cette saisie et cette immobilisation risquent de causer un préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Suisse à la liberté de navigation et à l'exercice de sa juridiction exclusive sur ce navire, en sa qualité d'État du pavillon, si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII devait reconnaître ces droits à la Suisse. De l'avis du Tribunal, le risque existe qu'une simple indemnité pécuniaire ne puisse suffire à réparer intégralement la lésion qui serait causée aux droits revendiqués par la Suisse à l'égard du navire, de la cargaison et de l'équipage, qui constituent une unité (*Navire « San Padre Pio » (Suisse c. Nigéria), mesures conservatoires, ordonnance du 6 juillet 2019, TIDM Recueil 2018–2019, p. 404, par. 128*).

58. Même si les situations sont différentes (il n'existe pas deux situations parfaitement identiques, comme la Cour internationale de Justice a eu l'occasion de le mentionner dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 290, par. 81), le raisonnement se rejoint dans les deux cas sur l'éventualité qu'une réparation pécuniaire ne puisse suffire. Je regrette que, dans la présente affaire, le Tribunal se soit écarté de cette manière de considérer la question.

59. On pourrait supposer que les éventuels préjudices que le Luxembourg aurait subis seraient en fin de compte réparables par le moyen d'une compensation pécuniaire. Cependant, si le Tribunal devait reconnaître les droits invoqués, le Luxembourg devrait être en droit de demander la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire un retour au *statu quo ante*. Or, le fait que le rétablissement du *statu quo ante* puisse



se relever impossible est considéré comme une raison suffisante pour qu'il existe un risque de préjudice irréparable (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, pp. 157-158, par. 42 ; *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016, p. 1169, par. 90). Dans le cas d'espèce, il faudrait que le « Zheng He » puisse être maintenu et utilisé à des fins de navigation et professionnelles par son propriétaire et que son État de pavillon soit en mesure d'exercer ses fonctions en matière de sécurité, traitement du personnel et certification du navire.

60. L'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* est également illustrative en ce qui concerne l'analyse du préjudice irréparable. Les faits concernaient des excavations et l'abattage d'arbres par le Nicaragua dans une zone humide costa-ricienne revendiquée par le Nicaragua. La Cour a indiqué des mesures conservatoires tendant à préserver l'environnement du territoire litigieux (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6). A la fin de la procédure, la Cour a déterminé le montant monétaire des dommages environnementaux causés par le Nicaragua (*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 15).

61. La question n'est donc pas simplement de savoir si, en fin de compte, le Mexique pourrait payer au Luxembourg la valeur de la drague et compenser d'autres pertes. Tous les droits du Luxembourg ne peuvent pas être réparés simplement par une somme d'argent. L'État du pavillon doit avoir le droit d'exercer sa juridiction et remplir ses devoirs et ne pas être soumis à des mesures arbitraires de la part d'autres États. Je considère également que les navires étrangers, une fois autorisés à entrer dans les ports ou les eaux intérieures, ont le droit d'en sortir s'il n'y a aucune raison légitime de les en empêcher. Dans le cas contraire, on laisserait les navires étrangers à la merci de l'État côtier, rendant leur droit de navigation dans d'autres zones illusoire ou tributaire de la volonté de l'État portuaire.

62. Le fait que le navire reste saisi par les autorités mexicaines et qu'il existe un risque de voir la décision douanière de confiscation devenir définitive et exécutoire en droit mexicain crée aussi, à n'en pas douter, un risque d'aggravation du différend.

#### IV. Les mesures conservatoires appropriées

63. Le Luxembourg a avancé un certain nombre de mesures qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer ou dont la formulation n'est pas pertinente. Il s'agit en particulier de celles relatives à la preuve et à la protection de l'équipage. Conformément à l'article 89 5) du Règlement, le Tribunal est libre de décider des mesures différentes de celles sollicitées.

64. L'ordonnance « prend acte des assurances » données par le co-agent du Mexique à la fin des audiences (par. 145). Il semble que ces manifestations mexicaines ont un rôle à jouer dans la décision prise par la majorité (par. 144). Cependant, ces assurances ne sont pas suffisantes. Elles ne sont pas aussi claires et décisives que celles prononcées dans d'autres affaires, dans lesquelles les assurances ont permis à une cour ou à un tribunal de considérer que l'indication de mesures conservatoires n'était pas nécessaire. Par exemple, dans l'affaire sur les *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, le Sénégal avait déclaré solennellement : « Le Sénégal ne permettra pas à M. Habré de quitter le Sénégal aussi longtemps que la présente affaire est pendante devant la Cour. Le Sénégal n'a pas l'intention de permettre à M. Habré de quitter le territoire alors que cette affaire est pendante devant la Cour. » (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 154, par. 68*).

65. L'affaire précitée *Costa Rica c. Nicaragua* montre aussi une situation où des « assurances » ne sont pas suffisantes. Le Nicaragua avait déclaré que ses travaux étaient terminés et qu'il « n'avait pas l'intention d'envoyer des troupes ou autre personnel dans la région ». La Cour internationale de Justice a toutefois indiqué une mesure provisoire visant à interdire à tout personnel militaire ou autre de pénétrer dans la zone, à l'exception du personnel costa-ricien en charge de l'environnement

(voir *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 23-25, par. 72, 75 et 77).

66. En l'espèce, la seule assurance concrète donnée par le Mexique est « que toute demande d'informations, strictement liée à cette affaire, sera dûment évaluée et fera l'objet d'une réponse ». Les autres affirmations ont un caractère plutôt abstrait. Selon le co-agent, « les droits de l'équipage sont de la plus haute importance et [...] leur bien-être et leur intégrité doivent être préservés », mais il ne dit ni par qui ni comment. Le Mexique parle également de la sécurité du navire et « de permettre des travaux de maintenance », mais aucune assurance n'est donnée quant à la possibilité de déplacer le « Zheng He » du quai si nécessaire. « Le Mexique souhaite soumettre des rapports de façon volontaire et périodique sur le traitement accordé à l'équipage et au navire, ainsi que leur situation actuelle. » Encore une fois, il s'agit d'un souhait et non d'une garantie qu'elle fournira ces informations de manière périodique. Plus important encore, aucune assurance n'est donnée à propos de la propriété et du pavillon du « Zheng He ». Tout cela montre que ces « assurances » ne sont pas spécifiques, concrètes et complètes pour mettre de côté la nécessité de mesures conservatoires.

67. Les circonstances de fait et de droit ci-dessus décrites assoient en effet le besoin de dicter des mesures conservatoires afin de permettre au Luxembourg de préserver ses droits en tant qu'État du pavillon et en tant que Partie à la présente procédure, tout en tenant compte du fait que le « Zheng He » se trouve au port de Tampico et donc sur un espace soumis à la souveraineté mexicaine.

68. Le 27 novembre 2023, un tribunal mexicain a jugé nécessaire d'ordonner une mesure conservatoire pour faciliter un accès sans restriction de l'équipage aux approvisionnements. Étant donné que les Parties sont d'accord sur le fait que le Mexique garantit la liberté de circulation de l'équipage et ne fait pas obstacle au ravitaillement ni au renouvellement de celui-ci, des mesures spécifiques ne semblent pas nécessaires, d'autant plus que la première mesure proposée ci-dessous prend en considération les obligations du Luxembourg en matière sociale et le besoin du Mexique de s'entendre avec le demandeur pour qu'il puisse les remplir.

69. Compte tenu du fait que les contrôles nécessaires à la sécurité et au respect des normes environnementales peuvent exiger le déplacement de la drague au-delà du quai, une mesure protectrice à cette fin s'impose. En attendant la fin de la procédure devant le Tribunal, le Mexique devrait s'abstenir de rendre effective l'amende contre le propriétaire du navire et de confisquer celui-ci. Si les autorités mexicaines voudraient toutefois recouvrer l'amende, il existe un risque réel que d'autres navires battant pavillon luxembourgeois appartenant au même propriétaire puissent être l'objet de mesures de contrainte à cette fin. A propos des moyens de preuve et de leur accès, il suffirait d'indiquer aux deux Parties de veiller à leur conservation et à leur disponibilité. Compte tenu du caractère continu de la situation, une mesure de non-aggravation semble pertinente. Finalement, conformément à l'article 89 5) du Règlement, les Parties devraient informer le Tribunal des moyens pris pour rendre effectives les mesures ordonnées.

70. Sur la base des considérations ci-dessus, le Tribunal aurait pu ordonner les mesures suivantes :

- 1) Le Mexique et le Luxembourg coopéreront pour permettre au Luxembourg d'exercer efficacement sa juridiction et son contrôle en matière administrative, technique et sociale sur le « Zheng He », et pour permettre toute mesure nécessaire à l'entretien préventif et correctif du navire afin d'assurer sa conformité aux normes nationales, européennes et internationales applicables aux navires battant pavillon luxembourgeois, notamment pour permettre au Luxembourg de déplacer le navire afin de procéder à des contrôles et prestations techniques lorsque cela est nécessaire ;
- 2) Lorsque cette procédure est en instance, le Mexique s'abstiendra de prendre toute mesure visant à transférer la propriété du « Zheng He » et à en changer le pavillon ; il s'abstiendra également de recouvrer tout crédit fiscal prétendument dû par le propriétaire du navire sur la base du régime douanier contesté ;
- 3) Dans l'attente de la fin de cette procédure, le Mexique ne retiendra ni ne confisquera en raison de la procédure douanière relative au « Zheng He », les navires battant pavillon luxembourgeois qu'ils soient la propriété de l'European Dredging Company SA, de sa société mère SOFIDRA ou de tout autre navire propriété d'une autre filiale de SOFIDRA.

- 4) Les Parties sont tenues d'assurer la conservation des preuves et de les maintenir disponibles en relation avec la présente affaire ;
- 5) Chaque Partie s'abstient de toute action susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend porté devant le Tribunal ou de le rendre plus difficile à résoudre ;
- 6) Chaque Partie est tenue de soumettre au Tribunal un rapport sur le respect des mesures provisoires prescrites au plus tard le 27 août 2024 et autorise le Président à demander toutes informations qu'il jugera appropriées après cette date.

71. Ces mesures auraient permis de sauvegarder les droits en cause des deux Parties, sans risque de préjudice irréparable ni pour l'une, ni pour l'autre : le demandeur aurait pu préserver ses droits relatifs au « Zheng He » et le défendeur son droit d'exercer sa compétence douanière sur ses eaux intérieures, ports et mer territoriale. En effet, le navire reste toujours dans des espaces soumis à la juridiction du Mexique et qui plus est toujours soumis à saisie par ses autorités.

## **V. Commentaires finaux**

72. La décision de la majorité non seulement n'est pas correcte pour les besoins de cette affaire mais aussi transmet un message aux États lourd de conséquences. Désormais, il est possible d'interpréter que les navires entrant dans les eaux intérieures ou les ports d'autres États sont à la merci des autorités de ces derniers, sans que l'organe judiciaire créé par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ne puisse prendre des mesures visant à protéger leurs droits les plus élémentaires, à savoir leur propriété, leur pavillon et le droit de quitter les eaux de l'État côtier vers le large s'il n'existe aucune raison valable pour les en empêcher sur la base du droit international. Désormais, du fait du silence de cette ordonnance, il est possible que certains interprètent dans des situations semblables, qu'il n'y a ni risque de préjudice irréparable ni urgence puisque l'État fautif pourrait à la fin de la procédure payer une somme d'argent à titre de compensation.

73. Il reste uniquement à espérer que, *pendente litis*, les autorités judiciaires, administratives et gouvernementales mexicaines, dans leur sagesse, ne commettent pas l'irréparable.

(signé)

Marcelo Kohen