

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE
DE M. LE JUGE WOLFRUM ET MME LE JUGE KELLY

(Traduction du Greffe)

1. Nous avons voté pour l'ordonnance de mainlevée de l'immobilisation de l'*Arctic Sunrise* et de mise en liberté de toutes les personnes qui se trouvaient à son bord et qui ont été placées en détention en rapport avec l'immobilisation de ce navire. A notre avis, il est impératif que l'ordonnance de mise en liberté s'applique à toutes et chacune de ces personnes, quelle que soit leur nationalité. Compte tenu des derniers développements, il peut s'avérer utile de souligner que les mesures de mainlevée et de mise en liberté prescrites par le Tribunal dans son ordonnance signifient que ce navire et toutes ces personnes auront le droit de quitter le territoire de la Fédération de Russie, y compris ses zones maritimes.

2. Cette opinion a pour objectif, premièrement, de souligner, et peut-être d'enrichir, le raisonnement que fait le Tribunal, dans son ordonnance, sur la question de la non-comparution de la Fédération de Russie. Deuxièmement, elle traitera de la déclaration dont la Fédération de Russie a assorti sa ratification de la Convention sur le droit de la mer. Troisièmement, elle abordera brièvement quelques questions qui concernent la compétence du Tribunal aux termes de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Selon nous, la compétence du Tribunal est plus large que ce que l'ordonnance suggère. Quatrièmement, cette opinion examinera les pouvoirs d'exécution forcée que revendique la Fédération de Russie dans sa zone économique exclusive, sous l'angle du principe selon lequel les mesures conservatoires doivent tenir compte des droits et des intérêts des deux parties au différend. Ce dernier aspect, en effet, est absent de l'ordonnance du Tribunal en raison de l'approche restrictive que celui-ci a adoptée concernant sa propre compétence en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. De même, et pour les mêmes raisons, les questions relatives aux droits de l'homme sont absentes de l'ordonnance, malgré la place importante qu'elles ont occupée dans l'argumentation des Pays-Bas.

3. Le Tribunal examine le défaut de comparution de la Fédération de Russie aux paragraphes 46 à 56 de son ordonnance. Il rappelle à juste titre que l'absence d'une partie ne l'empêche pas de prescrire des mesures conservatoires (paragraphe 48) et que la partie qui ne comparait pas est néanmoins partie à la procédure et liée par la future décision, conformément à l'article 33 du Statut du Tribunal. L'ordonnance s'abstient de renvoyer à l'article 28 du Statut, qui est ainsi conçu :

Lorsqu'une des parties au différend ne se présente pas ou ne fait pas valoir ses moyens, l'autre partie peut demander au Tribunal de continuer la procédure et de rendre sa décision. L'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens ne fait pas obstacle au déroulement de la procédure. Avant de rendre sa décision, le Tribunal doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit.

4. La raison pour laquelle l'article 28 du Statut n'est pas mentionné dans l'ordonnance est que sa dernière phrase, si on la prend à la lettre, ne semble pas être en harmonie avec l'article 290 de la Convention. Selon la procédure prévue au paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention, le Tribunal ne peut établir sa compétence que *prima facie*. Selon le paragraphe 5 du même article 290 de la Convention, le Tribunal a pour fonction d'établir la compétence *prima facie* d'un tribunal arbitral visé à l'annexe VII encore à constituer. Cependant, quand on interprète l'article 28 du Statut du Tribunal, on doit tenir compte du fait que cet article appartient à la section 3 du Statut, intitulée « Procédure », ce qui signifie qu'il est censé couvrir l'ensemble des procédures, y compris celle qui régit les mesures conservatoires. Ces dernières sont d'ailleurs mentionnées dans la section 3 du Statut et ne peuvent donc pas en être exclues. Selon une interprétation soucieuse d'harmonisation, il faut comprendre les conditions relatives à la compétence et au bien-fondé de la demande en fait et en droit comme renvoyant aux exigences propres à la procédure en cause. Cela veut dire que l'article 28 s'applique à la procédure des mesures conservatoires aussi bien qu'aux autres procédures visées à la section 3 du Statut dès lors que le Tribunal (ou, dans le cas du paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention, le tribunal arbitral devant être constitué) a conclu qu'il avait compétence *prima facie*. Cette approche aurait été plus convaincante que celle qui consiste, comme le fait l'ordonnance du Tribunal, à suivre tacitement la pratique de la Cour internationale de Justice. Le Tribunal a manqué une bonne occasion de contribuer à l'interprétation de l'article 28 de son Statut.

5. Dans ce contexte, l'ordonnance du Tribunal aurait pu mieux éclairer la question de savoir comment le défaut de comparution doit être reçu dans un système de procédures obligatoires de règlement des différends tel que celui qu'institue la partie XV de la Convention. La partie non-comparante non seulement affaiblit sa propre position dans le différend, mais encore empêche l'autre partie de défendre ses droits et ses intérêts en développant une argumentation juridique dans le cadre de la procédure en cause. Plus important encore, elle gêne le travail de la cour ou du tribunal international saisi de l'affaire. Dans une telle situation, la cour ou le tribunal international peut être obligé de s'appuyer sur les faits et les arguments juridiques présentés par une partie sans avoir le bénéfice d'entendre l'autre partie.

Cela ne peut pas être entièrement compensé en faisant appel aux faits qui sont dans le domaine public.

6. Il reste à examiner un point encore plus fondamental. Dans le cas des Etats qui ont consenti à un système de règlement des différends en général – comme l'ont fait les Pays-Bas et la Fédération de Russie en ratifiant la Convention sur le droit de la mer – le défaut de comparution est contraire à l'objet et au but de ce système, qui est en la présente espèce le système de règlement des différends mis en place par la partie XV de la Convention. Certes, comme l'affirme l'article 28 du Statut du Tribunal, l'Etat non-comparant reste partie à la procédure et est lié par les décisions qui seront prises. Cependant, et si essentiel que cela soit, cela ne vise pas le cœur ou la substance de la question. Une procédure judiciaire a pour condition que les parties engagent un dialogue juridique et qu'elles coopèrent toutes les deux avec la cour ou le tribunal international concerné. Le défaut de comparution compromet ce processus. Comme le disait Sir Gerald Fitzmaurice dans un article intitulé « The Problem of Non-Appearing Defendant Government » (*British Yearbook of International Law*, (1980), vol. 51, p. 115), le défaut de comparution laisse intacte l'« enveloppe extérieure » du système de règlement des différends, mais il la vide de sa substance. C'est pourquoi l'article 28 ne doit pas s'interpréter comme une disposition qui accorderait aux parties à un différend un droit de ne pas comparaître; il est simplement le reflet d'un monde où certains Etats, en dépit de l'engagement qu'ils ont pris de coopérer avec la cour ou le tribunal international en question, prennent ce genre de décision. L'ordonnance du Tribunal n'exprime pas suffisamment ces préoccupations et semble par trop diplomatique.

7. Une des questions les plus importantes en l'espèce est que, dans sa note verbale du 22 octobre 2013, la Fédération de Russie, invoquant sa déclaration du 12 mars 1997, a déclaré qu'« elle n'accepte pas la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII de la Convention engagée par les Pays-Bas eu égard à l'affaire du navire *Arctic Sunrise* ». Cette déclaration est ainsi conçue :

La Fédération de Russie déclare que, conformément à l'article 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, elle n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention aboutissant à des décisions obligatoires pour les différends concernant l'interprétation ou l'application des articles 15, 74 et 83 relatifs à la délimitation des zones maritimes ou les différends qui portent sur des baies ou titres historiques; les différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat, les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction et les différends pour

lesquels le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies exerce les fonctions qui lui sont conférées par la Charte des Nations Unies...

8. Dans la mesure où la Fédération de Russie s'est appuyée sur cette déclaration pour justifier son défaut de comparution, il importe de dire que cette déclaration ne saurait justifier ladite non-comparution. Quand bien même la déclaration exclurait la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, c'est à ce tribunal qu'il revient de se prononcer sur sa compétence et non à la Fédération de Russie. Les cours et tribunaux internationaux sont seuls habilités à décider de leur compétence (ils ont la compétence de la compétence, soit en allemand *Kompetenz-Kompetenz*).

9. L'ordonnance du Tribunal reproduit la déclaration de la Fédération de Russie au paragraphe 41, cite la position des Pays-Bas au paragraphe 43, et déclare, au paragraphe 45, que la déclaration de la Fédération de Russie ne s'applique qu'aux différends que l'article 297, paragraphe 2 ou 3, de la Convention exclut de la compétence d'une cour ou d'un tribunal, et que, par conséquent, le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait compétence *prima facie*. Il manque à cet endroit un raisonnement convaincant, qu'il importe de faire. Clarifier la portée de la déclaration de la Fédération de Russie est une question centrale dans la présente espèce. Ce n'est que si le Tribunal considère, *prima facie*, que la déclaration de la Fédération de Russie n'exclut pas la compétence du futur tribunal arbitral prévu à l'annexe VII qu'il pourra examiner si les conditions prévues à l'article 290 de la Convention sont remplies, à savoir que, *prima facie*, les Pays-Bas ont soumis une demande crédible et que l'urgence de la situation exige que des mesures conservatoires soient prescrites.

10. Tenter d'interpréter la déclaration de la Fédération de Russie et de répondre à la question de savoir si cette déclaration est applicable en l'affaire de l'*Arctic Sunrise* ne constitue pas un empiètement sur les compétences du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Il ressort clairement de la formulation de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention que les réponses à de telles questions ne préjugent en rien les décisions du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII comme l'ordonnance semble le suggérer. Le tribunal arbitral a le droit de modifier, rapporter ou confirmer les mesures conservatoires qui auront été prises (article 290, paragraphe 5, de la Convention, dernière phrase). Il s'agit d'un dispositif destiné à empêcher toute immixtion du Tribunal dans les fonctions du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII mais qui ne vise nullement à imposer une retenue au Tribunal lorsqu'il statue en application de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.

11. S'agissant d'interpréter la déclaration de la Fédération de Russie et son application au présent différend, il convient de noter que cette déclaration a été faite expressément sous le régime de l'article 298 de la Convention et qu'elle couvre le paragraphe 1 dudit article. La déclaration s'écarte du texte du paragraphe 1) b) de l'article 298 en ce qu'il ne contient pas, comme le fait le paragraphe 1) b) in fine, la formule limitative « et que l'article 297, paragraphe 2 ou 3, exclut de la compétence d'une cour ou d'un tribunal ». L'article 297, paragraphe 2 ou 3, de la Convention concerne le pouvoir juridictionnel des Etats côtiers à l'égard de la recherche scientifique marine et la pêche. Supprimer cette formule limitative étendrait la portée de la déclaration très au-delà de celle qui est envisagée dans l'article 298 de la Convention et reviendrait à exclure du règlement par voie judiciaire tous les différends potentiels concernant l'exercice par un Etat côtier de sa juridiction dans sa zone économique exclusive. Cependant, si l'on se fonde sur le fait que la déclaration mentionne expressément l'article 298 de la Convention, on est en droit de considérer, au moins *prima facie*, que la Fédération de Russie entendait, avec cette déclaration, rester à l'intérieur du champ d'application de l'article 298. *Prima facie*, cette interprétation est confirmée par la deuxième partie de la déclaration, par laquelle la Fédération de Russie déclare qu'elle formulera des objections à toute déclaration qui ne serait pas compatible avec l'article 310 de la Convention. Il convient par ailleurs de faire observer que les activités menées par les autorités russes ne peuvent pas être considérées *prima facie* comme les « activités militaires » visées dans la déclaration.

12. L'ordonnance du Tribunal ne traite pas du fait que l'*Arctic Sunrise* a été saisi dans la zone économique exclusive de la Fédération de Russie, alors que seules quelques-unes de ses embarcations gonflables avaient pénétré dans la zone de sécurité de la plateforme et que très peu de personnes avaient essayé d'escalader cette dernière. Or cela aurait pu être pertinent pour la prescription de mesures conservatoires en vertu de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. A cause de la non-participation de la Fédération de Russie, les faits de l'incident ne sont pas connus dans tous leurs détails. L'ordonnance aurait dû tenir compte du fait que l'Etat côtier n'a que des compétences limitées en matière d'exécution forcée dans sa zone économique exclusive. Il s'agit, entre autres, des compétences visées aux articles 73, 110, 111, 220, 221 et 226 de la Convention. La situation est différente en ce qui concerne les îles artificielles et les installations, sur lesquelles, selon l'article 60, paragraphe 2, de la Convention, l'Etat côtier a juridiction exclusive, ainsi que sur les zones de sécurité entourant ces îles artificielles et installations. Cette juridiction comprend la compétence législative et réglementaire et la compétence d'exécution correspondante.

13. En ce qui concerne les mesures d'exécution forcée dans la zone économique exclusive en général, la compétence de l'Etat côtier est limitée si elle n'est pas légitimée par l'une des exceptions susmentionnées. C'est à l'Etat du pavillon qu'il appartient de prendre les mesures d'exécution forcée que la Convention du droit de la mer ne place pas sous la juridiction de l'Etat côtier. Que cela soit une façon de procéder non seulement faisable, mais encore efficace, trouve son illustration dans l'injonction d'un tribunal néerlandais qui a interdit à Greenpeace International de pénétrer dans la zone de sécurité d'une plateforme située dans la zone économique exclusive au large du Groenland (voir Rechtbank Amsterdam, Uitspraak, 09-06-2011, No. 491901/KGZA 11-870 Pec/PV).

14. Cette répartition des prérogatives d'exécution forcée entre l'Etat côtier et l'Etat du pavillon aurait dû jouer un rôle dans la formulation des mesures conservatoires, puisque ces mesures auraient dû tenir compte de ce que la Fédération de Russie dispose, pour assurer la protection de la plateforme à l'intérieur de la zone de sécurité, de compétences en matière d'exécution forcée dont, en l'état actuel de notre connaissance des faits, elle ne disposait pas à l'égard de l'*Arctic Sunrise* dans sa zone économique exclusive. Dans la zone économique exclusive, Greenpeace pouvait invoquer, entre autres, la liberté d'expression garantie par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, tandis que dans la zone de sécurité, en fonction des faits, l'exercice de ces droits pouvait être subordonné aux préoccupations de sécurité de l'exploitant de la plateforme.

(signé) R. Wolfrum
(signé) E. Kelly