

OPINION INDIVIDUELLE DE M. MENSAH

[Traduction]

Je souscris à la conclusion du Tribunal selon laquelle, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'urgence de la situation n'exige pas la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande. Compte tenu des faits présentés au Tribunal dans la présente affaire, je ne juge pas que les conditions de la prescription de mesures conservatoires énoncées au paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention soient satisfaites en ce qui concerne les droits qui, selon les allégations de l'Irlande, auraient été violés par le Royaume-Uni.

Lorsqu'il examine une demande en prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290, le Tribunal est régi par les paragraphes 1 et 5 de cet article. Le paragraphe 1 définit les paramètres et les conditions de la prescription de mesures conservatoires en général. Comme indiqué dans cette disposition, des mesures conservatoires peuvent être prescrites si la cour ou le tribunal saisi d'une demande à cet effet estime que ces mesures sont « appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive. » La jurisprudence des juridictions internationales atteste clairement que les mesures conservatoires sont par essence exceptionnelles et ont un caractère discrétionnaire, et qu'elles ne sont appropriées que si la cour ou le tribunal saisi est convaincu que deux conditions ont été remplies. La première est que la cour ou le tribunal doit juger que les droits de l'une ou l'autre des parties risquent de subir un préjudice si les mesures demandées ne sont pas prescrites, c'est-à-dire s'il existe une possibilité crédible que les droits en question subissent un tel préjudice. La seconde condition est que ce préjudice doit être irréparable, au sens où il ne serait pas possible matériellement de rétablir la partie lésée dans la situation qui aurait prévalu en l'absence de l'atteinte alléguée, ou que cette atteinte « ét[ant] reconnue comme continuant à produire ses effets, ne saurait être réparée moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle ». (Affaire concernant la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, C.P.J.I. série A no 8, p. 7). Dans le cas d'une demande au titre de l'article 290 de la Convention, des mesures conservatoires peuvent aussi être prescrites pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves.

Il n'est pas nécessaire aux fins de la présente opinion d'examiner de manière approfondie quels sont les éléments essentiels de la notion de « préjudice irréparable » causé à des droits, ni même celle de « dommages graves au milieu marin ». Il suffit de dire qu'une cour ou un tribunal ne prescrira pas de mesures conservatoires s'il n'est pas convaincu qu'en

l'absence de telles mesures un préjudice irréversible serait causé aux droits ou des dommages graves causés au milieu marin.

Mais quels que soient les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la prescription de mesures conservatoires est appropriée au regard du paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention, il importe de reconnaître que ce ne sont pas les seuls facteurs à prendre en compte pour examiner une demande de mesures conservatoires au titre du paragraphe 5 de l'article 290. En d'autres termes, bien que les conditions de la prescription de mesures conservatoires énoncées au paragraphe 1 soient nécessaires pour prescrire des mesures en vertu du paragraphe 5, elles ne sont pas suffisantes. Il en est ainsi parce que les situations envisagées dans les deux paragraphes sont différentes sur deux points importants. La première différence est que si une demande en prescription de mesures conservatoires au titre du paragraphe 1 de l'article 290 est examinée par la cour ou le tribunal « dûment saisi d'un différend » (qui, en conséquence, devra connaître du fond du différend, y compris, le cas échéant, des questions de compétence, de recevabilité et de fond), une demande en prescription de mesures conservatoires relevant du paragraphe 5 est examinée par une cour ou un tribunal qui ne connaîtra d'aucun des aspects du fond du différend, excepté la question relativement simple de savoir si il y a ou non des raisons de considérer, *prima facie*, que la cour ou le tribunal auquel le différend serait soumis serait compétent pour en connaître. La seconde différence est qu'une cour ou un tribunal saisi d'une demande de mesures conservatoires au titre du paragraphe 1 de l'article 290 est tenu d'envisager des mesures appropriées pour préserver des droits ou prévenir des dommages « en attendant la décision définitive » en l'espèce. D'autre part, une cour ou un tribunal examinant une demande de mesures conservatoires relevant du paragraphe 5 de l'article 290 n'est habilité à prescrire de telles mesures qu'en attendant la constitution du tribunal arbitral auquel le différend est soumis, c'est-à-dire le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Ces différences ne sont pas purement techniques, elles ont des répercussions importantes en ce qui concerne non seulement les considérations et les facteurs que les cours ou tribunaux doivent prendre en compte mais aussi l'approche qu'ils doivent adopter lorsqu'ils examinent les éléments de preuve qui leur sont soumis. Par exemple, s'agissant de la possibilité qu'un préjudice soit causé à des droits ou que des dommages graves soient causés au milieu marin, une cour ou un tribunal agissant en vertu en paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention doit se souvenir qu'il ne peut examiner, et encore moins décider, s'il y a une possibilité qu'un tel préjudice ou de tels dommages se produisent « avant [que] la décision définitive » soit prise sur les demandes et demandes reconventionnelles des parties au différend. Cette cour ou ce tribunal est seulement appelé et habilité à décider si, compte tenu des preuves qui lui ont été présentées, il existe une possibilité raisonnable qu'un

préjudice soit causé à des droits des parties (ou que le milieu marin subisse de dommages graves) *avant la constitution du tribunal arbitral auquel le fond du différend est soumis*. Cette différence dans l'aspect temporel de la compétence du tribunal impose certaines limites à la liberté d'action de la cour ou du tribunal saisi d'une demande de mesures conservatoires en vertu du paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention. Ces limites s'appliquent pleinement au Tribunal en la présente espèce.

Ceci signifie que le Tribunal doit exercer une autodiscipline considérable pour éviter de se prononcer, même en apparence, sur des questions qui ne relèvent pas de sa compétence. Ceci vaut en particulier pour la manière dont il apprécie les éléments de preuve qui peuvent lui être présentés par les parties en ce qui concerne la possibilité qu'un préjudice soit causé à des droits ou que le milieu marin subisse des dommages, et tout spécialement lorsque, comme dans la majorité des cas, il existe de larges divergences dans les opinions des parties et de leurs experts. Dans une telle situation, il est important que le Tribunal garde à l'esprit qu'il lui appartient de déterminer, non s'il existe une possibilité abstraite de préjudice à des droits ou de dommages au milieu marin, mais si la preuve est rapportée qu'un préjudice ou un dommage risque de se produire durant la période pendant laquelle il est compétent, c'est-à-dire la période qui précède la constitution du tribunal arbitral prévue à l'annexe VII. Là encore, il ne s'agit pas seulement d'un point de détail mineur. Ce point a une importance substantielle pour ce qui est de l'urgence, qui est une condition préalable de la compétence particulière que le paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention a conférée au Tribunal. Cette disposition stipule expressément que des mesures conservatoires peuvent être prescrites si « l'urgence de la situation l'exige ». Cela implique que le Tribunal est tenu non seulement de conclure qu'il est possible qu'un « préjudice irréparable » soit causé aux droits de l'une ou l'autre des parties (ou que des dommages graves soient causés au milieu marin), mais aussi que cette possibilité risque de se concrétiser avant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Ainsi, le Tribunal peut juger qu'il n'est pas approprié de prescrire des mesures conservatoires même lorsqu'il y a des preuves qu'un préjudice ou des dommages peuvent être ultérieurement causés à des droits ou au milieu marin. Tel serait le cas s'il concluait que le préjudice ou les dommages ne se matérialiseront vraisemblablement pas avant la constitution du tribunal arbitral. Il peut aussi refuser de prescrire des mesures conservatoires s'il juge qu'un préjudice ou des dommages peuvent se produire mais que ce préjudice ou ces dommages ne seraient pas irréversibles (« irréparables »). Dans de tels cas, il serait tout à fait raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il n'est pas approprié de prescrire des mesures conservatoires parce que l'urgence de la situation ne l'exige pas durant la période pendant laquelle il est compétent pour intervenir en vertu du paragraphe 5 de l'article 290. Ceci ne signifie pas, bien entendu, que le

préjudice ou le dommage à prévenir doivent nécessairement produire tous leurs effets avant la constitution du tribunal arbitral. Loin de là. Le Tribunal est compétent pour agir, et de fait est tenu d'agir, afin d'empêcher que des droits ne subissent un préjudice ou qu'un dommage ne soit causé qui peuvent raisonnablement être prévus, même si leur plein effet ne se concrétiserait qu'après la constitution du tribunal arbitral. De toute manière, il faut qu'il soit bien clair que le fait pour le Tribunal de juger que les éléments de preuve produits ne le convainquent pas qu'un préjudice ou des dommages irréparables risquent de se produire avant la constitution du tribunal arbitral n'implique en aucune manière qu'il déclare ni même suggère qu'un tel préjudice ou de tels dommages ne risquent pas de se produire à un moment ou à un autre alors que l'affaire est pendante. Et cela ne signifie certainement pas que le *Tribunal a jugé qu'un tel dommage ne se produira pas*, mais simplement qu'on ne lui a pas présenté assez de preuves pour qu'il soit convaincu qu'il est approprié d'exercer ce qui est universellement considéré comme un pouvoir exceptionnel et discrétionnaire. En l'espèce, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé s'agissant d'une période qui est beaucoup plus courte que dans le cas d'une demande de mesures conservatoires au titre du paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention.

Ces considérations m'amènent à penser que le Tribunal a bien fait de ne pas accorder trop d'attention à l'existence ou à la nature des risques « à long terme » de préjudice à l'Irlande ou de dommages au milieu marin du fait de la mise en service de l'usine MOX. Sur ce point, la divergence d'opinions entre les parties est nette et palpable, et l'existence ou l'absence de preuves est telle que des esprits raisonnables peuvent aboutir à des conclusions différentes, et le feraient probablement. Mais, selon moi, il n'est ni nécessaire ni approprié que le Tribunal statue sur ce point. Le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura largement la possibilité d'examiner la question et de se prononcer (et, il faut l'espérer, disposera d'informations pertinentes plus nombreuses et plus complètes pour ce faire), comme il est de sa compétence exclusive de le faire. Et, de toute manière, quelle que soit la conclusion à laquelle le Tribunal aurait pu parvenir, elle aurait pu être modifiée ou rejetée par le tribunal arbitral. En l'espèce, tout ce que le Tribunal était tenu de faire était de se demander si des droits de l'Irlande ou du Royaume-Uni, ou encore le milieu marin, en raison d'une menace de dommages graves, devaient être protégés durant la période précédant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Sur ce point, je souscris à la conclusion selon laquelle les éléments de preuve présentés au Tribunal ne suffisent pas à démontrer qu'un préjudice irréversible risque d'être causé à des droits de l'Irlande ou que le milieu marin risque de subir des dommages graves du seul fait de la mise en service de l'usine MOX *d'ici à la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII*. Pour aboutir à cette conclusion, j'ai tenu compte de l'indication selon laquelle la constitution de

ce tribunal devrait intervenir avant le début du printemps 2002, ainsi que de l'assurance donnée par le Royaume-Uni qu'il n'y aurait pas de transports maritimes de matières radioactives avant l'été 2002 (paragraphe 78 et 79 de l'ordonnance).

Je note que l'Irlande a soutenu que « le caractère inévitable d'un préjudice irréparable au droit qu'à l'Irlande d'insister sur les conditions préalables à la mise en service de l'usine, si celle-ci devait être mise en service avant qu'une décision n'ait été rendue sur le fond de l'affaire, est évident » (paragraphe 148 de la demande en prescription de mesures conservatoires). Je n'estime pas que cela soit exact. Le Tribunal n'est pas compétent pour prescrire des mesures conservatoires pour prévenir un préjudice irréparable « avant une décision sur le fond » de la demande irlandaise. Il ne peut intervenir que s'il est convaincu qu'un préjudice irréparable risque d'être causé *avant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII*. Cette condition s'applique aussi bien aux « droits procéduraux » qu'invoque l'Irlande dans sa demande, tels que les droits énoncés aux articles 123, 197, 206 et 207, qu'aux « droits liés au fond », tels que ceux énoncés aux articles 192 et 194.

En ce qui concerne le droit de l'Irlande à ce que son milieu marin ne soit pas pollué du fait de la mise en service et des opérations de l'usine MOX, les éléments de preuve présentés ne sont pas, à mon avis, suffisants pour démontrer que la mise en service de l'usine MOX le 20 décembre causerait, en elle-même, un préjudice irréparable à l'Irlande avant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Les deux parties semblent convenir dans leurs écritures que ni l'autorisation de l'usine MOX ni sa mise en service ne sont techniquement irréversibles. De fait, les éléments de preuve donnent à penser que c'est le Royaume-Uni qui court le plus de risques s'il met l'usine en service et si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII lui ordonne ultérieurement d'agir autrement en ce qui concerne cette mise en service ou les opérations de l'usine.

Toutefois, si je souscris à la conclusion du Tribunal selon laquelle, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'urgence de la situation n'exige pas la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, j'aurais été plus à l'aise si le Tribunal avait indiqué en termes clairs et précis pour quelle raison il était parvenu à cette conclusion. A mon avis, c'est parce qu'il n'est pas raisonnable de penser que le milieu marin de l'Irlande risque d'être pollué durant la période séparant le prononcé de l'ordonnance du Tribunal et la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, avant le printemps 2002.

En ce qui concerne les « droits procéduraux » (coopération et consultations) dont la violation par le Royaume-Uni est alléguée par l'Irlande, je pense avec le Tribunal qu'il peut être « approprié de préserver » au moins certains de ces « droits » par des mesures conservatoires conformément à l'article 290 de la Convention (paragraphe 82 de l'ordonnance). Toutefois, je

ne pense pas qu'un préjudice irréparable a été causé ou risque d'être causé à l'Irlande avant la constitution du tribunal arbitral. A mon avis, aucune des violations des droits procéduraux découlant de l'obligation de coopérer ou de mener des consultations ou de procéder à une évaluation adéquate de l'impact sur l'environnement n'est « irréversible », en ce que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait, par sa décision, effectivement assurer le respect de ces droits s'il devait conclure que de telles violations se sont en fait produites. Ce tribunal arbitral serait par exemple compétent pour ordonner au Royaume-Uni soit de déclasser l'usine MOX complètement, soit de « reprendre sa copie » et de faire en sorte de satisfaire à toutes les prescriptions procédurales qui, selon le jugement du tribunal arbitral, auraient dû être respectées avant que soit accordée l'autorisation finale pour l'usine MOX. Ainsi, à mon avis, les violations de « droits procéduraux » dont se plaint l'Irlande peuvent être corrigées par toutes réparations que le tribunal arbitral peut juger appropriées. Je regrette que le Tribunal n'ait pas jugé nécessaire de se pencher expressément et directement sur cet aspect de la question.

(Signé) Thomas A. Mensah