

TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER

ANNÉE 2019

Le 25 mai 2019

Rôle des affaires : No. 26

**AFFAIRE RELATIVE À L'IMMOBILISATION
DE TROIS NAVIRES MILITAIRES UKRAINIENS**

(UKRAINE c. FÉDÉRATION DE RUSSIE)

Demande en prescription de mesures conservatoires

ORDONNANCE

Présents : M. PAIK, *Président* ; M. ATTARD, *Vice-Président* ; MM. JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, Mme KELLY, MM. KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, Mme CHADHA, MM. KITTICHAISAREE, KOLODKIN, Mme LIJNZAAD, *juges* ; M. GAUTIER, *Greffier*.

LE TRIBUNAL,

ainsi composé,

après délibéré,

Vu l'article 290 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, « la Convention ») et les articles 21, 25 et 28 du Statut du Tribunal (ci-après, « le Statut »),

Vu les articles 89 et 90 du Règlement du Tribunal (ci-après, « le Règlement »),

Vu le document « Notification faite au titre de l'article 287 et de l'annexe VII, article premier, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et exposé des conclusions et des motifs sur lesquels elle se fonde » (ci-après, « l'exposé des conclusions ») daté du 31 mars 2019 et adressé par l'Ukraine à la Fédération de Russie, instituant la procédure arbitrale prévue à l'annexe VII de la Convention en rapport avec un « différend relatif à l'immunité de trois navires militaires ukrainiens et des vingt-quatre militaires présents à bord »,

Vu la demande de mesures conservatoires contenue dans l'exposé des conclusions et adressée par l'Ukraine à la Fédération de Russie en attendant la constitution d'un tribunal arbitral au titre de l'annexe VII de la Convention,

Rend l'ordonnance suivante :

1. Le 16 avril 2019, l'Ukraine a présenté au Tribunal une demande en prescription de mesures conservatoires (ci-après, « la demande ») au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention dans le différend qui l'oppose à la Fédération de Russie concernant l'immunité de trois navires militaires ukrainiens et des vingt-quatre militaires présents à bord. L'affaire a été inscrite au rôle du Tribunal en tant qu'affaire No. 26 et intitulée *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens*.

2. Par lettre du 16 avril 2019 adressée au Greffier, le Ministre ukrainien des affaires étrangères a notifié au Tribunal que Mme Olena Zerkal, Vice-Ministre des affaires étrangères, avait été nommée agent du Gouvernement ukrainien.

3. Le même jour, la Greffière adjointe a transmis par voie électronique un exemplaire de la demande au Ministre russe des affaires étrangères accompagné d'une lettre de l'Ambassadeur de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne. Par lettre du 16 avril 2019, la Greffière adjointe a également envoyé une copie certifiée conforme de la demande au Ministre russe des affaires étrangères.
4. Conformément à l'article 24, paragraphe 3, du Statut, le Greffier a notifié la demande aux Etats Parties à la Convention par note verbale du 17 avril 2019.
5. Conformément à l'Accord du 18 décembre 1997 sur la coopération et les relations entre l'Organisation des Nations Unies et le Tribunal international du droit de la mer, le Greffier a notifié la demande au Secrétaire général de l'ONU par lettre du 17 avril 2019.
6. Le 23 avril 2019, conformément aux articles 45 et 73 du Règlement, le Président du Tribunal a tenu des consultations téléphoniques avec l'agent de l'Ukraine et M. Evgeny Zagaynov, Directeur du Département juridique du Ministère russe des affaires étrangères, pour recueillir les vues de l'Ukraine et de la Fédération de Russie sur les questions de procédure.
7. Par ordonnance du 23 avril 2019, le Président a, conformément à l'article 27 du Statut et aux articles 45 et 90, paragraphe 2, du Règlement, fixé les dates des audiences aux 10 et 11 mai 2019. L'ordonnance a été communiquée aux Parties le même jour.
8. Par note verbale du 30 avril 2019, reçue au Greffe le même jour, l'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne a fait savoir que :

La Fédération de Russie estime que le tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe VII de la CNUDM n'a pas compétence, y compris *prima facie*, pour statuer sur la demande de l'Ukraine compte tenu des réserves faites par la Fédération de Russie et l'Ukraine au titre de l'article 298 de la CNUDM, où elles déclarent notamment ne pas accepter les procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes de l'article 2, partie XV de la Convention, pour les différends relatifs aux activités militaires. De plus, la Fédération de Russie a expressément

déclaré ne pas accepter lesdites procédures en ce qui concerne les différends relatifs aux activités militaires menées par des navires et aéronefs de l'Etat. Pour cette raison évidente, la Fédération de Russie est donc d'avis que la compétence du Tribunal international du droit de la mer sur la question des mesures conservatoires demandées par l'Ukraine est dénuée de fondement.

[...]

[L]a Fédération de Russie a l'honneur d'informer le Tribunal international du droit de la mer qu'elle a décidé de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine, sans que cela préjuge de sa participation à l'arbitrage subséquent si, malgré l'absence manifeste de compétence du tribunal dont la constitution est réclamée par l'Ukraine sur le fondement de l'annexe VII, l'affaire devait se poursuivre.

Ceci dit, afin d'aider le Tribunal international du droit de la mer et conformément à l'article 90, paragraphe 3, du Règlement, la Fédération de Russie compte présenter en temps utile des observations écrites plus précises exposant sa position sur les circonstances de l'affaire.

9. Par lettre du 30 avril 2019, le Greffier a transmis un exemplaire de cette note verbale à l'agent de l'Ukraine, tout en appelant son attention sur l'article 28 du Statut et l'informant que l'Ukraine avait jusqu'au 2 mai 2019 pour soumettre les observations qu'elle pourrait souhaiter formuler à cet égard.

10. Par lettre du 2 mai 2019, l'agent de l'Ukraine a fait savoir que l'Ukraine « pri[ait] le Tribunal, conformément à l'article 28 de son Statut, de bien vouloir poursuivre l'instance et rendre une décision sur les mesures conservatoires. »

11. Au vu de ces développements, le Président a, par ordonnance du 2 mai 2019, fixé la nouvelle date de l'audience au 10 mai 2019. L'ordonnance a été communiquée aux Parties le même jour.

12. Par note verbale du 7 mai 2019, reçue au Greffe le même jour, l'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne a transmis un « mémorandum de la Fédération de Russie concernant sa position sur les circonstances de l'affaire n° 26 » (ci-après, « le mémorandum »). Dans sa note verbale, l'ambassade de la Fédération de Russie a précisé que le mémorandum était transmis « conformément à l'article 90, paragraphe 3, du Règlement ». Dans une communication électronique accompagnant la note verbale, l'ambassade de la Fédération de Russie a indiqué que « la traduction des actes juridiques et des

documents de référence mentionnés dans le mémorandum sera[it] fournie ultérieurement ». Le Greffier a adressé le même jour un exemplaire électronique et une copie certifiée conforme du mémorandum à l'agent de l'Ukraine.

13. L'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne a transmis les documents susmentionnés le 8 mai 2019 et le Greffier en a adressé des exemplaires à l'agent de l'Ukraine le 9 mai 2019.

14. Le 8 mai 2019, l'Ukraine a déposé des documents supplémentaires. Le Greffier en a transmis un exemplaire à l'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne le 9 mai 2019.

15. Conformément au paragraphe 14 des Lignes directrices concernant la préparation et la présentation des affaires dont le Tribunal est saisi, l'Ukraine a communiqué les informations requises au Tribunal le 9 mai 2019.

16. Conformément à l'article 68 du Règlement, le Tribunal a tenu des délibérations initiales sur les pièces de la procédure écrite et la conduite de l'affaire le 9 mai 2019.

17. Le même jour, conformément à l'article 45 du Règlement, le Président a tenu des consultations avec l'agent de l'Ukraine au sujet des questions de procédure.

18. Conformément à l'article 67, paragraphe 2, du Règlement, le mémorandum et les documents y annexés ont été rendus accessibles au public à la date d'ouverture de la procédure orale.

19. Des exposés oraux ont été prononcés à l'audience publique du 10 mai 2019 par les représentants suivants :

Au nom de l'Ukraine : Mme Olena Zerkal, Vice-Ministre des affaires étrangères de l'Ukraine,

comme agent,

M. Jonathan Gimblett, membre du barreau de Virginie et du District de Columbia, Covington & Burling LLP,

M. Alfred H.A. Soons, professeur émérite de droit international public, Université d'Utrecht, membre associé de l'Institut de droit international,

Mme Marney L. Cheek, membre du barreau du District de Columbia, Covington & Burling LLP,

M. Jean-Marc Thouvenin, professeur à l'Université Paris-Nanterre, Secrétaire général de l'Académie de droit international de La Haye, membre du barreau de Paris, Sygna Partners,

comme conseil et avocats.

20. Au cours de la procédure orale, l'Ukraine a projeté sur écrans vidéo un certain nombre de pièces, dont des photographies et des extraits de documents.

21. La Fédération de Russie n'était pas représentée à l'audience publique.

* *

22. Au paragraphe 31 de l'exposé des conclusions, l'Ukraine prie le tribunal arbitral devant être constitué sous le régime de l'annexe VII de la Convention (ci-après, « le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ») de dire et juger que :

- a. en saisissant et immobilisant les navires militaires ukrainiens, le « Berdyansk », le « Yani Kapu » et le « Nikopol », la Russie a enfreint l'obligation qui lui est faite d'accorder aux navires militaires étrangers une immunité complète au titre des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention ;
- b. en détenant les 24 membres d'équipage du « Berdyansk », du « Yani Kapu » et du « Nikopol », et en engageant des poursuites pénales à leur encontre, la Russie a également contrevenu aux obligations qui lui incombent au titre des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention ;
- c. les violations susmentionnées constituent des faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité de la Fédération de Russie ;
- d. en conséquence, la Russie est tenue de : i) libérer le « Berdyansk », le « Yani Kapu » et le « Nikopol » ; ii) libérer les vingt-quatre militaires capturés en même temps que « Berdyansk », le « Yani Kapu » et le « Nikopol » ; iii) donner à l'Ukraine des assurances et garanties satisfaisantes de non-répétition ; et iv) accorder une réparation intégrale à l'Ukraine.

23. Au paragraphe 46 de la demande, l'Ukraine prie le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires enjoignant à la Fédération de Russie de promptement :

- a. libérer les navires militaires ukrainiens *Berdyansk*, *Yani Kapu* et *Nikopol*, et les remettre sous la garde de l'Ukraine ;
- b. suspendre les poursuites pénales engagées contre les vingt-quatre membres d'équipage ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites ; et
- c. libérer les vingt-quatre membres d'équipage ukrainiens détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine.

24. A l'audience publique du 10 mai 2019, l'agent de l'Ukraine a formulé les conclusions finales suivantes, dont une copie signée a été communiquée au Tribunal :

1. L'Ukraine prie le Tribunal d'indiquer des mesures conservatoires à l'effet d'enjoindre à la Fédération de Russie de promptement :
 - a. libérer les navires militaires ukrainiens *Berdiansk*, *Yani Kapu* et *Nikopol*, et les remettre sous la garde de l'Ukraine ;
 - b. suspendre les poursuites pénales engagées contre les vingt-quatre militaires ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites ; et
 - c. libérer les vingt-quatre militaires ukrainiens détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine.
2. Les militaires concernés par les mesures visées aux points b) et c) ci-dessus sont les suivants :
 - a. capitaine de frégate Volodymyr Volodymyrovych Lisovyy ;
 - b. capitaine de vaisseau Denys Volodymyrovych Hrytsenko ;
 - c. capitaine de corvette Serhiy Mykolayovych Popov ;
 - d. lieutenant de vaisseau de 1^{re} classe Andriy Leonidovych Drach ;
 - e. lieutenant de vaisseau de 1^{re} classe Bohdan Pavlovych Nebylytsia ;
 - f. lieutenant de vaisseau de 1^{re} classe Vasyl Viktorovych Soroka ;
 - g. lieutenant de vaisseau Roman Mykolayovych Mokryak ;
 - h. maître principal Yuriy Oleksandrovych Budzyloy ;
 - i. maître principal Andriy Anatoliyovych Shevchenko ;
 - j. second maître Oleh Mykhailovych Melnychuk ;
 - k. premier maître Vladyslav Anatoliyovych Kostyshyn ;
 - l. maître Serhiy Romanovych Chyliba ;
 - m. premier matelot Andriy Anatoliyovych Artemenko ;
 - n. premier matelot Viktor Anatoliyovych Bezpachenko ;
 - o. premier matelot Yuriy Yuriyovych Bezyazychnyy ;
 - p. premier matelot Andriy Andriyovych Oprysko ;
 - q. premier matelot Volodymyr Anatoliyovych Tereschenko ;
 - r. premier matelot Mykhailo Borysovych Vlasyuk ;
 - s. premier matelot Volodymyr Kostyantynovych Varymez ;
 - t. premier matelot Vyacheslav Anatoliyovych Zinchenko ;
 - u. matelot Andriy Dmytrovych Eider ;
 - v. matelot Bohdan Olehovych Holovash ;

- w. matelot Yevheniy Vitaliyovych Semydotskyy ; et
- x. matelot Serhiy Andriyovych Tsybizov.

* *

25. Comme il est indiqué au paragraphe 8, l'ambassade de la Fédération de Russie en République fédérale d'Allemagne a, par note verbale du 30 avril 2019, informé le Tribunal que la Fédération de Russie avait « décidé de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires dans l'affaire introduite par l'Ukraine ».

26. Le Tribunal relève que l'article 28 du Statut se lit comme suit :

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.

27. Le Tribunal rappelle que

l'absence d'une partie ou le fait, pour une partie, de ne pas faire valoir ses moyens, ne fait pas obstacle à la procédure et n'empêche pas le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires, pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties. (*« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, p. 242, par. 48)*)

28. Le Tribunal fait observer qu'il a transmis à la Fédération de Russie toutes les communications relatives à l'affaire pour assurer la pleine application du principe d'égalité des parties dans une situation où l'absence d'une partie risque de faire obstacle au déroulement régulier de la procédure et de nuire à une bonne administration de la justice. Il fait également observer que la Fédération de Russie, avant la clôture de la procédure orale, a soumis le mémorandum au Tribunal dont celui-ci a tenu compte conformément à l'article 90, paragraphe 3, du Règlement. Il estime donc que possibilité a largement été donnée à la Fédération de Russie de présenter ses observations.

29. Le Tribunal relève que l'Ukraine ne devrait pas subir les conséquences de la non-comparution de la Fédération de Russie à l'instance et qu'il « doit par conséquent déterminer et apprécier les droits respectifs des Parties en se fondant sur les preuves disponibles les plus fiables » (« *Arctic Sunrise* » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), *mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013*, p. 243, par. 56 et 57).

* *

30. Les faits sur lesquels se fonde la demande qui a été soumise au Tribunal peuvent être rappelés comme suit. Le 25 novembre 2018, trois navires militaires ukrainiens (le *Berdyansk*, le *Nikopol* et le *Yani Kapu*) ont été saisis et immobilisés et les 24 militaires membres d'équipage ont été arrêtés et placés en détention par les autorités de la Fédération de Russie. L'incident s'est produit dans la mer Noire près du détroit de Kertch. Le *Berdyansk* et le *Nikopol* sont des navires d'artillerie de la marine ukrainienne et le *Yani Kapu* est un remorqueur de mer ukrainien. Leur statut de navire de guerre ukrainien et de navire auxiliaire n'est pas contesté. Le statut de membre de la marine ukrainienne des membres d'équipage n'est pas non plus contesté par les parties.

31. Selon l'Ukraine, les trois navires militaires avaient appareillé du « port d'Odessa », en mer Noire, et leur mission était de transiter par le détroit de Kertch jusqu'au port de Berdyansk sur la mer d'Azov. L'Ukraine déclare :

[à] l'approche de l'entrée du détroit de Kertch, la nuit du 24 au 25 novembre, les navires ont été avertis par communications radio des garde-côtes russes – une division du service des frontières du Service fédéral de sécurité (le « FSB ») – que le détroit était fermé.

Lorsqu'ils ont commencé à pénétrer dans le détroit, le 25 novembre 2018, les navires ukrainiens ont été bloqués par des garde-côtes de la Fédération de Russie. Les navires ukrainiens ont ensuite fait demi-tour et se sont éloignés du détroit de Kertch mais ils ont été poursuivis par les garde-côtes. Au cours de la poursuite, un navire des garde-côtes a ouvert le feu sur le *Berdyansk*, blessant trois membres de son équipage et endommageant le navire. Ensuite, les trois navires ukrainiens ont

été saisis et immobilisés et les militaires à leur bord arrêtés et placés en détention par les garde-côtes de la Fédération de Russie. Selon le communiqué du Service de presse du FSB du 26 novembre 2018 (ci-après, « le communiqué du Service de presse du FSB »), les trois navires ont été « remis au port de Kertch » le 26 novembre 2018.

32. Aux termes du mémorandum présenté par la Fédération de Russie :

21. Les 26 et 27 novembre 2018, [les 24 militaires ukrainiens] se trouvant à bord des navires ont été officiellement arrêtés en vertu de l'article 91 du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie, au motif qu'ils étaient soupçonnés d'avoir commis le délit aggravé de franchissement illégal de la frontière étatique de la Fédération de Russie (section 3 de l'article 322 du Code pénal de la Fédération de Russie).

22. En vertu de décisions séparées des 27 et 28 novembre 2018 prononcées par le tribunal municipal de Kertch et le tribunal du district de Kievskiy de la ville de Simferopol, les militaires ont été placés en détention. L'enquête est toujours pendante et, par arrêt du 17 avril 2019, la Cour [le tribunal du district de Lefortovo à Moscou] prolongé la détention des militaires jusqu'au 24 juillet 2019.

I. Compétence *prima facie*

33. Aux termes de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention :

En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal international du droit de la mer [...] peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. [...]

34. L'Ukraine et la Fédération de Russie sont des Etats Parties à la Convention, ayant ratifié la Convention respectivement le 26 juillet 1999 et le 12 mars 1997. En application de l'article 287, paragraphe 1, de la Convention, les deux Etats ont choisi un tribunal constitué en application de l'annexe VII de la Convention comme « principal » moyen pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

35. Le Tribunal note que, par l'exposé des conclusions daté du 31 mars 2019 comprenant une demande en prescription de mesures conservatoires, l'Ukraine a institué la procédure arbitrale prévue à l'annexe VII de la Convention à l'encontre de la Fédération de Russie dans un différend relatif à « l'immunité de trois navires militaires ukrainiens et des vingt-quatre militaires présents à bord ». Il note également que, le 16 avril 2019, à l'expiration du délai de deux semaines prévu à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, et en attendant que soit constitué un tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, l'Ukraine a présenté la demande au Tribunal.

36. Le Tribunal ne peut prescrire des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait être fondée, mais il n'est pas tenu de s'assurer de manière définitive que ledit tribunal arbitral a compétence pour le règlement du différend porté devant lui (voir « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), *mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012*, p. 343, par. 60).

Existence d'un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention

37. L'Ukraine invoque les articles 286 et 288 de la Convention comme base sur laquelle la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait être fondée. La première question sur laquelle le Tribunal doit se prononcer est de savoir si le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII est « un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention » au sens desdits articles.

38. Dans sa note verbale datée du 15 mars 2019 adressée à la Fédération de Russie, l'Ukraine déclare que

[]e fait que la Fédération de Russie ait saisi et continue de détenir les trois navires militaires ukrainiens et leurs membres d'équipage, et qu'elle ait entamé une procédure pénale contre lesdits membres d'équipage, constitue une atteinte flagrante par la Fédération de Russie à ses obligations en vertu de la Convention, ainsi que des dispositions et des

principes du droit international, en particulier des articles 32, 58 et 95 de la Convention.

39. Dans son exposé des conclusions, l'Ukraine prie le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII de dire et juger, notamment, que :

- a. en saisissant et immobilisant les navires militaires ukrainiens, le « Berdyansk », le « Yani Kapu » et le « Nikopol », la Russie a enfreint l'obligation qui lui est faite d'accorder aux navires militaires étrangers une immunité complète au titre des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention;
- b. en détenant les 24 membres d'équipage du « Berdyansk », du « Yani Kapu » et du « Nikopol », et en engageant des poursuites pénales à leur encontre, la Russie a également contrevenu aux obligations qui lui incombent au titre des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention.

40. L'Ukraine fait valoir que les parties s'opposent manifestement quant à l'interprétation et à l'application des articles susmentionnés. Elle soutient que « la saisie et l'immobilisation continue des navires militaires par la Russie et les poursuites pénales qu'elle a engagées à l'encontre des militaires à bord des navires constituent une violation du principe de l'immunité des navires de guerre établi par ces articles. » Elle soutient également que « [l]a Russie, toutefois, continue à affirmer que ses actions sont licites en raison, parmi d'autres dispositions, de l'article 30 de la Convention. » D'après elle, « [c]'est cette divergence de vue que le tribunal arbitral constitué au titre de l'annexe VII devrait régler ; il serait compétent pour le faire en vertu des articles 286 et 288 de la Convention. »

41. La Fédération de Russie n'a pas répondu directement à l'argument de l'Ukraine sur cette question. Le Tribunal, toutefois, note que le communiqué du Service de presse du FSB a déclaré que

[l]es bateaux de patrouille frontalière *Don* et *Izumrud* ont commencé à suivre le groupe de navires militaires ukrainiens et leur ont communiqué l'ordre de stopper (conformément à l'**article 30 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et à l'article 12, paragraphe 2, de la Loi fédérale n° 155 du 31 juillet 1998** [...]).

Le Tribunal note également que dans le cadre des procédures pénales qui ont suivi dans la Fédération de Russie, les 24 militaires ont tous été accusés d'avoir commis l'infraction aggravée de franchissement illégal de la frontière étatique de la

Fédération de Russie en contravention à la section 3 de l'article 322 du Code pénal de la Fédération de Russie.

* *

42. L'article 288, paragraphe 1, de la Convention dispose qu'« [u]ne cour ou un tribunal visé à l'article 287 à compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui lui est soumis conformément à la présente partie. » Le Tribunal, en conséquence, doit décider si, à la date de l'institution de la procédure arbitrale, un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention opposait les parties.

43. La Fédération de Russie n'a pas clairement pris position sur la conformité de ses actions aux dispositions de la Convention invoquées par l'Ukraine, mais sa position sur cette question peut être déduite de la conduite qui a été la sienne par la suite. A cet égard, le Tribunal rappelle que dans *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, la Cour internationale de Justice (ci-après, la « CIJ ») a déclaré :

un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie.

(*Frontières terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89 ; voir également Navire « Norstar » (Panama c. Italie), exceptions préliminaires, arrêt, TIDM Recueil 2016, p. 69, par. 100*)

44. De l'avis du Tribunal, le fait que les autorités russes aient saisi et immobilisé les navires militaires ukrainiens et engagé des procédures pénales à l'encontre des militaires ukrainiens indique que la Fédération de Russie défend une position qui diverge de celle de l'Ukraine quant à la question de savoir si les événements qui se sont produits le 25 novembre 2018 ont donné lieu à la violation alléguée de ses obligations au regard des articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention. Le Tribunal fait

également observer que la Fédération de Russie refuse « la qualification de la situation comme conflit armé pour les besoins du droit international humanitaire ».

45. Le Tribunal, en conséquence, estime qu'il apparaît *prima facie* qu'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention existait à la date où la procédure arbitrale a été instituée.

Applicabilité de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention

46. Le Tribunal va maintenant examiner la question de savoir si l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention est applicable, ce qui aurait pour effet d'exclure le présent différend de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

47. L'article 298, paragraphe 1 b), of the Convention est libellé comme suit :

1. Lorsqu'il signe ou ratifie la Convention ou y adhère, ou à n'importe quel moment par la suite, un Etat peut, sans préjudice des obligations découlant de la section 1, déclarer par écrit qu'il n'accepte pas une ou plusieurs des procédures de règlement des différends prévues à la section 2 en ce qui concerne une ou plusieurs des catégories suivantes de différends :

[...]

b) les différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat utilisés pour un service non commercial, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains ou de la juridiction et que l'article 297, paragraphe 2 ou 3, exclut de la compétence d'une cour ou d'un tribunal ;

48. Lorsqu'elle a ratifié la Convention le 26 juillet 1999, l'Ukraine a fait la déclaration suivante :

conformément à l'article 298 de la Convention, [l'Ukraine] n'accepte aucune des procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes en ce qui concerne [...] les *différends relatifs à des activités militaires*, sauf disposition contraire de traités internationaux conclus par l'Ukraine avec les Etats intéressés. (Les italiques sont du Tribunal)

49. Lorsqu'elle a ratifié la Convention le 12 mars 1997, la Fédération de Russie a fait la déclaration ci-après :

conformément à l'article 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, [la Fédération de Russie] n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de ladite Convention pour les [...] *différends relatifs à des activités militaires, y compris les activités militaires des navires et aéronefs d'Etat*, et les différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains [...] (Les italiques sont du Tribunal)

50. Les Parties sont en désaccord sur l'applicabilité de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention et des déclarations qu'elles ont faites au titre de cette disposition. La Fédération de Russie soutient que le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII porte sur des activités militaires et que les déclarations des Parties l'excluent par conséquent de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. L'Ukraine affirme que le présent différend ne concerne pas des activités militaires, mais des actes d'exécution forcée, et que lesdites déclarations ne l'excluent donc pas de la compétence dudit tribunal arbitral.

51. La Fédération de Russie soutient que, d'après une « liste de contrôle préalable à l'appareillage » trouvée à bord du *Nikopol*, la mission des trois navires militaires ukrainiens concernait une « incursion "secrète" non autorisée » dans les eaux territoriales russes. Elle explique que cette mission, à laquelle s'est opposé le personnel militaire des garde-côtes russes, a abouti à la saisie des trois navires militaires ukrainiens et à l'arrestation des militaires ukrainiens. D'après la Fédération de Russie, l'immobilisation et la détention découlaient directement de l'incident du 25 novembre 2018 et ne sauraient par conséquent être examinées séparément de l'enchaînement des événements correspondants, dans lesquels étaient impliqués du personnel et du matériel militaires tant du côté russe que du côté ukrainien. Selon la Fédération de Russie, « [i]l s'agit manifestement d'un différend sur des activités militaires ».

52. La Fédération de Russie indique que « [d]ans l'affaire *Philippines c. Chine*, le Tribunal a défini une "situation intrinsèquement militaire" comme celle "qui implique les forces militaires d'une partie et une combinaison de forces militaires et

paramilitaires de l'autre, déployées en opposition l'une de l'autre" ». Elle estime que telle était la situation le 25 novembre 2018.

53. La Fédération de Russie soutient que l'Ukraine a, dans des déclarations faites en dehors des limites de la demande, notamment devant le Conseil de sécurité de l'ONU et lors de communications officielles subséquentes avec la Fédération de Russie, plusieurs fois déclaré que cet incident concernait des activités militaires. Elle ajoute que « [s]ans admettre d'aucune façon que la Russie aurait fait un usage illicite de la force, ni commis un acte d'agression, il est manifeste qu'il y a une identité de vues sur le fait que l'incident concernait des activités militaires ».

54. En réponse à l'affirmation de l'Ukraine selon laquelle la Fédération de Russie aurait traité cet incident comme une question liée au respect de la loi pénale, la Fédération de Russie soutient que son « comportement [...] subséquent à l'incident du 25 novembre 2018 est parfaitement conforme à la nature militaire de l'incident ».

55. L'Ukraine soutient que l'article 298 établit une distinction claire entre les activités militaires et les actes d'exécution forcée, et qu'il s'agit là de concepts distincts qui s'excluent mutuellement.

56. L'Ukraine argue que l'exception pour activités militaires n'est pas applicable en l'espèce, ceci pour deux raisons. Premièrement, invoquant l'*Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale*, l'Ukraine soutient que l'exception pour activités militaires ne s'applique pas lorsque la partie dont les actions sont en cause a qualifié elle-même ses activités de non militaires. Selon elle,

[l]a Russie, de manière répétée et constante, a déclaré que les actions qui font l'objet de la demande ukrainienne n'étaient pas militaires ou de nature militaire. En particulier, la Russie a soutenu que l'arraisonnement et l'immobilisation des navires ukrainiens et la détention et les poursuites judiciaires visant les militaires relevaient uniquement de l'exécution forcée.

57. Deuxièmement, l'Ukraine fait valoir que

cette exception [pour activités militaires] ne s'applique pas à la présente affaire, car, même en mettant de côté la qualification par la Russie de ses propres activités, l'Ukraine ne demande pas la résolution d'un différend

concernant des activités militaires. Les demandes de l'Ukraine ne font pas état d'une violation de la Convention sur la base d'activités militaires, ses demandes reposent sur l'exercice illicite par la Russie de sa compétence dans un contexte d'exécution forcée.

58. A cet égard, l'Ukraine soutient qu'un différend « ne concerne pas des activités militaires simplement parce que des navires de guerre sont impliqués ou étaient présents ». Selon elle, ce n'est pas le type de navire, mais plutôt le type d'activité entreprise par ledit navire qui est pertinent. Elle ajoute que, étant donné que nombre de pays utilisent leurs forces navales et leurs garde-côtes pour procéder à des actes d'exécution forcée en mer, il ne serait pas concevable d'appliquer l'exception pour activités militaires à tous les différends impliquant des navires militaires.

59. L'Ukraine soutient que ses navires de guerre « n'étaient pas en train d'affronter les forces militaires russes » et que « [l]es forces n'étaient pas déployées en opposition l'une de l'autre ». Selon elle, il est établi que ses navires de guerre étaient en train de quitter la zone et que les garde-côtes russes les ont pris en chasse afin de procéder à leur saisie pour avoir violé la loi russe. L'Ukraine fait valoir que c'est ce que l'on entend généralement par des mesures d'exécution forcée.

60. L'Ukraine a souligné que ni l'implication de la marine russe dans l'incident ni l'emploi de la force à lui seul ne transforment une action de police en une action militaire.

61. L'Ukraine affirme que « [l]a mission de ces navires était de naviguer du port ukrainien d'Odessa vers le port ukrainien de Berdyansk sur la côte nord de la mer d'Azov, où ils allaient être stationnés de manière permanente ».

62. En réponse à l'argument de la Fédération de Russie selon lequel les navires de guerre préparaient une « incursion secrète », l'Ukraine soutient que « l'objet de ces instructions était d'éviter de provoquer des incidents inutiles avec les navires de l'Etat russe durant les deux jours nécessaires pour atteindre le détroit de Kertch depuis Odessa. » Elle ajoute qu'« [o]n ne peut pas non plus affirmer que ces instructions signifiaient que les navires avaient pour mission de passer secrètement par le détroit de Kertch, ce qui est totalement impossible étant donné la largeur du

détroit et des voies navigables ». L'Ukraine fait également observer que le commandant du *Berdyansk* a avisé les autorités russes que les trois navires avaient l'intention de poursuivre leur route par le détroit de Kertch.

* *

63. La question sur laquelle le Tribunal doit se prononcer est de savoir si le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII concerne des activités militaires. La Fédération de Russie soutient qu'il a trait à des activités militaires, alors que l'Ukraine estime que ses demandes portent sur « l'exercice illicite par la Russie de sa compétence dans un contexte d'exécution forcée. »

64. De l'avis du Tribunal, la distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée ne peut pas être fondée uniquement sur l'emploi de navires militaires ou de navires chargés de missions de police en mer pour mener les activités en question. Cela peut être un facteur pertinent mais la distinction traditionnelle entre navires militaires et navires chargés de missions de police s'agissant de leurs rôles respectifs s'est considérablement estompée. Le Tribunal note qu'il n'est pas inhabituel aujourd'hui pour les Etats d'employer les deux types de navire en les faisant collaborer à diverses fonctions maritimes.

65. La distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée ne peut pas non plus être fondée uniquement sur la qualification des activités et actes en question par les parties au différend. Cela peut être un facteur pertinent, en particulier dans le cas où une partie invoque l'exception pour activités militaires. Toutefois, cette qualification peut être subjective et être en contradiction avec la conduite effective.

66. De l'avis du Tribunal, la distinction entre activités militaires et actes d'exécution forcée doit être fondée principalement sur une évaluation objective de la nature des activités en question, en tenant compte des circonstances pertinentes de chaque cas.

67. Le Tribunal note que le différend soumis au tribunal prévu à l'annexe VII concerne la violation alléguée des droits conférés à l'Ukraine par les articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention, résultant de la saisie et de l'immobilisation de ses navires militaires et de l'arrestation et du placement en détention de leurs militaires et de l'exercice ultérieur par la Fédération de Russie de sa compétence pénale à leur égard. Pour décider si le différend concerne des activités militaires au titre de l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention, il est cependant nécessaire que le Tribunal examine la série d'évènements qui a précédé la saisie et l'arrestation puis l'immobilisation et le placement en détention. Le Tribunal estime que ces évènements sont susceptibles d'aider à répondre à la question de savoir si ces actes se sont inscrits dans le cadre d'une opération militaire ou d'une opération d'exécution forcée.

68. Le Tribunal estime que les trois circonstances suivantes sont particulièrement pertinentes à cet égard. Premièrement, il ressort des informations et des pièces présentées au Tribunal par les Parties que le différend sous-jacent ayant conduit à la saisie portait sur le passage des navires militaires ukrainiens par le détroit de Kertch. De l'avis du Tribunal, on peut difficilement affirmer d'une manière générale que le passage de navires militaires équivaut en soi à des activités militaires. Conformément à la Convention, le régime des passages, qu'il s'agisse du passage inoffensif ou du passage en transit, s'applique à tous les navires.

69. Le Tribunal note que le passage en question a été tenté dans un contexte de tensions persistantes entre les Parties. De plus, d'après le mémorandum soumis par la Fédération de Russie, l'incident du 25 novembre 2018 aurait été précédé par « des actions de provocation et une escalade militaire de la part de l'Ukraine ». D'un autre côté, l'Ukraine déclare que ses navires militaires étaient déjà passés précédemment par le détroit de Kertch. D'après l'Ukraine, « [d]'autres navires ukrainiens avaient effectué sans aucun problème le même trajet en septembre 2018, soit tout juste deux mois plus tôt. »

70. Le Tribunal estime, au vu des éléments de preuve dont il dispose, qu'une « incursion "secrète" non autorisée » par les navires militaires ukrainiens, comme

l'affirme la Fédération de Russie, aurait été peu probable compte tenu des circonstances de l'espèce, y compris celles décrites au paragraphe 62.

71. Deuxièmement, il apparaît que la cause spécifique de l'incident qui s'est produit le 25 novembre 2018 était le refus opposé par la Fédération de Russie au passage des navires militaires ukrainiens par le détroit de Kertch et la tentative faite par ces navires pour malgré tout poursuivre leur route. D'après le mémorandum, ce passage a été refusé pour deux motifs : le non-respect par les navires militaires ukrainiens de la « procédure obligatoire imposée par le Règlement de 2015 » et la suspension temporaire du droit de passage inoffensif pour les navires militaires pour « des raisons de sécurité, à la suite d'une tempête récente ». Il n'est pas contesté que le commandant du *Berdyansk* a notifié que les navires militaires avaient l'intention de poursuivre leur route en invoquant un droit à la liberté de navigation sur le fondement du Traité de 2003 conclu entre la Fédération de Russie et l'Ukraine sur l'utilisation de la mer d'Azov et du détroit de Kertch. De même, il n'est pas contesté que, alors que les navires militaires ukrainiens poursuivaient leur route, ils ont été bloqués physiquement par les garde-côtes russes. Il a été ordonné aux navires d'attendre près d'une zone de mouillage, et leur liberté de déplacement a été restreinte. Ils y ont été retenus pendant environ huit heures.

72. Il ressort des faits susmentionnés que l'interprétation divergente que font les Parties du régime du passage par le détroit de Kertch se trouve au cœur du différend. De l'avis du Tribunal, ce différend n'est pas de nature militaire.

73. Troisièmement, il n'est pas contesté que la Fédération de Russie a employé la force pour procéder à la saisie. Le Tribunal considère à cet égard que le contexte dans lequel cette force a été employée revêt une importance toute particulière. Les faits rapportés par les Parties ne divergent pas sur ce point. Après avoir été retenus pendant environ huit heures, les navires militaires ukrainiens ont apparemment abandonné leur mission de passer par le détroit, ont fait demi-tour et se sont éloignés du détroit. Les garde-côtes russes leur ont ensuite ordonné de stopper et, lorsqu'ils ont ignoré cet ordre et poursuivi leur route, ont commencé à les poursuivre. C'est à ce moment et dans ce contexte que les garde-côtes russes ont employé la force, tout d'abord en tirant des coups de semonce puis en tirant des coups ciblés.

Un navire a été endommagé, des militaires ont été blessés et les navires ont été stoppés puis saisis.

74. De l'avis du Tribunal, au vu du déroulement des événements décrit ci-dessus, ce qui s'est produit relève plus de l'emploi de la force dans le cadre d'une opération d'exécution forcée que d'une opération militaire.

75. Les circonstances de l'incident du 25 novembre 2018 qui viennent d'être décrites montrent que la saisie et l'immobilisation des navires militaires ukrainiens par la Fédération de Russie ont eu lieu dans le cadre d'une opération d'exécution forcée.

76. Les poursuites qui ont ensuite été engagées contre les militaires et les accusations portées à leur encontre confirment elles aussi que les activités de la Fédération de Russie étaient des actes d'exécution forcée. Les militaires sont accusés d'avoir franchi illicitement la frontière étatique de la Fédération de Russie et celle-ci a invoqué l'article 30 de la Convention, intitulé « Inobservation par un navire de guerre des lois et règlements de l'Etat côtier », pour justifier l'immobilisation des navires.

77. Au vu des informations et des éléments de preuve dont il dispose, le Tribunal considère en conséquence que, *prima facie*, l'article 298, paragraphe 1 b), de la Convention ne s'applique pas en l'espèce.

L'article 283 de la Convention

78. Le Tribunal va à présent déterminer si les conditions prévues à l'article 283 de la Convention pour qu'il y ait échange de vues sont remplies.

79. L'article 283, paragraphe 1, de la Convention se lit comme suit :

Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

80. L'Ukraine soutient qu'elle « a pris des mesures raisonnables et promptes pour tenir un échange de vues avec la Fédération de Russie en vue du règlement du différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques. » D'après elle, toutes les tentatives faites pour obtenir la libération des navires immobilisés et des militaires détenus par les voies diplomatiques et judiciaires ont échoué.

81. Dans ce contexte, l'Ukraine attire l'attention du Tribunal sur la note verbale qu'elle a envoyée à la Fédération de Russie le 15 mars 2019 pour exiger, conformément à l'article 283 de la Convention, « que la Fédération de Russie procède promptement à un échange de vues sur le règlement de ce différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques. » Dans cette note verbale, l'Ukraine demandait également « à la Fédération de Russie d'exprimer immédiatement ses vues sur les moyens propres à régler ce différend et de tenir des consultations avec la partie ukrainienne sur la question dans un délai de dix jours. »

82. L'Ukraine déclare que, le 25 mars 2019, elle a reçu une note verbale de la Fédération de Russie accusant réception de la note de l'Ukraine et ajoutant que « d'éventuels commentaires relatifs à la note [...] de l'Ukraine seraient transmis séparément » et cela, d'après l'Ukraine, « sans que l'on sache si et quand la Russie finirait par accepter de prendre part à un échange de vues. » Elle indique que, quand elle a reçu cette note, elle « n'aurait pas pu prévoir que [la Russie], des semaines plus tard, accepterait sa demande de réunion. Il était donc légitime que l'Ukraine présume que de nouvelles tentatives de négociation ne donneraient pas des résultats concrets. » Elle explique aussi que le délai de 10 jours n'était pas « arbitraire », compte tenu de l'urgence de la situation. Elle ajoute qu'elle n'était pas obligée de reporter indéfiniment l'examen de sa cause et de permettre ce faisant un préjudice continu à ses droits. Elle estime donc qu'elle a satisfait à son obligation de procéder à un échange de vues le 25 mars 2019, soit avant l'institution de la procédure arbitrale.

83. L'Ukraine déclare également que « [s]i le Tribunal considère que les parties étaient toujours tenues de procéder à un échange de vues après le 25 mars, [...]

l'échange de vues tenu le 23 avril entre l'Ukraine et la Fédération de Russie remplit les obligations prévues à l'article 283. »

84. La Fédération de Russie soutient que « [l]es conditions prévues à l'article 283, paragraphe 1, de la CNUDM n'ont pas été remplies ». Elle déclare que l'Ukraine a imposé de façon arbitraire « un délai de dix jours ». De plus, elle fait observer que, dans les dix jours, c'est-à-dire le 25 mars 2019, elle a fourni par écrit une réponse d'attente.

85. La Fédération de Russie note que, le 16 avril 2019, elle a confirmé consentir à la tenue de consultations avec l'Ukraine sur le fondement de l'article 283 de la Convention. A son avis, l'Ukraine n'a pas participé de façon sérieuse aux consultations qui se sont tenues le 23 avril 2019. Elle ajoute qu'elle avait déclaré « qu'elle était disposée à poursuivre un dialogue sur le règlement des différends par des moyens pacifiques, mais [que] l'Ukraine a[vait] déclaré qu'elle ne souhaitait pas poursuivre dans cette voie et choisi de demander la tenue d'une audience sur les mesures conservatoires ».

* *

86. Le Tribunal note que l'Ukraine, dans sa note verbale du 15 mars 2019, a clairement exprimé sa volonté de procéder à un échange de vues avec la Fédération de Russie dans un délai précis concernant le moyen de régler leur différend relatif à l'immunité des navires militaires immobilisés et des militaires détenus. Le délai de 10 jours indiqué par l'Ukraine dans sa note verbale ne peut être considéré comme « arbitraire » compte tenu de l'obligation de procéder promptement à un échange de vues. De l'avis du Tribunal, la réponse de la Fédération de Russie faite le 25 mars 2019, selon laquelle « d'éventuels » commentaires relatifs aux questions soulevées par l'Ukraine « seraient envoyés » séparément était de nature à conduire l'Ukraine à conclure raisonnablement dans ces circonstances que toute possibilité de règlement avait été épuisée.

87. A cet égard, le Tribunal rappelle qu'« un Etat Partie n'a pas obligation de poursuivre un échange de vues, lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités

de parvenir à un accord ont été épuisées » (voir *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, *TIDM Recueil 2001*, p. 107, par. 60 ; « *Ara Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, *TIDM Recueil 2012*, p. 345, par. 71 ; « *Arctic Sunrise* » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, *TIDM Recueil 2013*, p. 248, par. 76).

88. Le Tribunal rappelle également que « l'obligation de procéder "promptement à un échange de vues" vaut également pour les deux parties au différend » (*Navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, exceptions préliminaires, ordonnance du 15 mars 2016, *TIDM Recueil 2016*, p. 91-92, par. 213).

89. Par conséquent, le Tribunal estime que ces éléments suffisent à ce stade pour conclure que les conditions de l'article 283 étaient remplies avant que l'Ukraine n'institue la procédure arbitrale.

* * *

90. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal conclut que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait *prima facie* compétence pour statuer sur le différend qui lui est soumis.

II. L'urgence de la situation

Plausibilité des droits allégués par le demandeur

91. Le pouvoir du Tribunal de prescrire des mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention a pour objet de préserver les droits invoqués par la partie demanderesse en attendant la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal doit par conséquent s'assurer que les droits que l'Ukraine cherche à protéger sont au moins plausibles (voir « *Enrica Lexie* » (*Italie c.*

Inde), mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015, p. 197, par. 84 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015, p. 158, par. 58).

92. L'Ukraine déclare que le *Berdyansk* et le *Nikopol* sont des navires de guerre de la marine ukrainienne, battant pavillon naval, placés sous le commandement d'officiers de marine au service du Gouvernement ukrainien et que leur équipage est soumis aux règles de la discipline militaire de la marine ukrainienne. Selon l'Ukraine, ce sont des navires de guerre au sens de l'article 29 de la Convention. L'Ukraine déclare également que le *Yani Kapu* est un navire auxiliaire qui bénéficie également de l'immunité en vertu des articles 32 et 96 de la Convention et du droit international général.

93. Selon l'Ukraine,

les articles 95 et 96 de la Convention disposent que les navires de guerre et les « navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et utilisés exclusivement pour un service public non commercial » – dont les navires militaires auxiliaires sont l'exemple type –, « jouissent, en haute mer, de l'immunité complète de juridiction vis-à-vis de tout Etat autre que l'Etat du pavillon. » L'article 58 étend l'application de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, à la zone économique exclusive. L'article 32, ainsi que le droit international coutumier, garantit cette même immunité dans les eaux territoriales.

L'Ukraine soutient également que l'immunité prévue par la Convention protège non seulement les navires de guerre et les navires auxiliaires, mais aussi leurs équipages.

94. L'Ukraine soutient que « [l']immunité accordée aux navires et aux militaires ukrainiens les met à l'abri de toute forme de saisie ou d'immobilisation, d'arrestation ou de détention, et rend illicite pour un Etat tiers d'arraisonner les navires ou de les empêcher de toute autre manière "d'accomplir [leur] mission et de remplir [leurs] fonctions". » Elle soutient également qu'« [e]n procédant à l'immobilisation des navires militaires ukrainiens et à la mise en détention des militaires, et en ne les

libérant pas, la Fédération de Russie a violé l'immunité accordée par la Convention et le droit international coutumier. »

* *

95. A ce stade de la procédure, il n'est pas demandé au Tribunal d'établir de façon définitive l'existence des droits revendiqués par l'Ukraine, mais uniquement de décider si ces droits sont plausibles (voir « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), *mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015, TIDM Recueil 2015*, p. 197, par. 84).

96. Le Tribunal note que les droits invoqués par l'Ukraine sont des droits à l'immunité des navires de guerre et des navires auxiliaires, ainsi que des militaires présents à bord, qui découlent de la Convention et du droit international général.

97. De l'avis du Tribunal, il apparaît que le *Berdyansk* et le *Nikopol* sont des navires de guerre au sens de l'article 29 de la Convention et que le *Yani Kapu* est un navire appartenant à un Etat, ou exploité par lui, et utilisé exclusivement pour un service public non commercial, au sens de l'article 96 de la Convention. Le Tribunal estime 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.

98. Le Tribunal note également que les 24 militaires à bord des navires sont des membres des forces armées et des services de sécurité ukrainiens. La nature et la portée de leur immunité peuvent nécessiter un examen plus approfondi, mais le Tribunal considère que les droits à l'immunité des 24 militaires que revendique l'Ukraine sont plausibles.

99. En conséquence, le Tribunal estime que les droits que l'Ukraine entend protéger dans le cadre du différend sont plausibles.

Risque réel et imminent d'un préjudice irréparable

100. En application de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, le Tribunal peut prescrire des mesures conservatoires si l'urgence de la situation l'exige. En

conséquence, le Tribunal ne peut prescrire ces mesures que s'il estime qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige avant la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII (voir « *Enrica Lexie* » (*Italie c. Inde*), *mesures conservatoires, ordonnance du 24 août 2015*, *TIDM Recueil 2015*, p. 197, par. 87). Le Tribunal doit dès lors déterminer s'il existe un risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige et si ce risque est réel et imminent.

101. L'Ukraine fait valoir que les mesures conservatoires demandées sont nécessaires pour protéger ses droits contre le préjudice grave et irréparable qui sera causé par la poursuite de l'immobilisation de ses navires militaires et de la détention de ses militaires.

102. Selon l'Ukraine, l'immobilisation d'un navire de guerre et la détention de son équipage portent atteinte à la dignité et à la souveraineté de l'Etat du pavillon et risquent d'interférer avec l'accomplissement de ses importantes fonctions de nature publique. En cela, elles « menace[nt] gravement de causer un dommage irréparable aux droits de l'Etat du pavillon ». L'Ukraine fait valoir que les ingérences russes visant à avoir accès à « des équipements les plus sensibles, y compris les instruments, les armements embarqués destinés à assurer une communication sécurisée entre le navire et son commandement », qui sont « sensible[s] et crucia[ux] pour la défense de l'Ukraine », sont à l'évidence de nature à lui causer un dommage grave. L'Ukraine soutient également que son incapacité « d'entretenir ces navires comme il se doit fait également courir le risque qu'ils subissent un dommage irréparable – en particulier, la perte prolongée ou définitive de l'emploi de ces navires à des fins publiques. » L'Ukraine affirme que la détention des militaires constitue une autre violation continue de l'immunité souveraine de l'Ukraine et inflige un préjudice irréparable aux droits individuels des militaires.

103. De l'avis de l'Ukraine, les dommages de cette nature ne peuvent être réparés par l'octroi d'indemnités.

104. L'Ukraine allègue que le risque qu'un préjudice irréparable soit causé non seulement existe mais est aussi réel et imminent. Selon elle, le préjudice causé à

ses navires militaires et à ses militaires s'aggrave chaque jour qui passe, si bien qu'il s'agit d'une situation « particulièrement urgente ».

105. L'Ukraine maintient que « [l]a nécessité urgente d'ordonner des mesures conservatoires est rendue d'autant plus pressante par les considérations pratiques et humanitaires de la présente affaire. » Selon elle, ces mesures ne peuvent attendre les mois que cela prendrait pour qu'un tribunal prévu à l'annexe VII soit constitué, pour qu'il siège et pour qu'il entende l'affaire alors que ses militaires ont déjà passé les cinq derniers mois dans des prisons russes et qu'ils risquent d'être traduits en justice et condamnés à de longues peines de prison pouvant aller jusqu'à six ans.

106. L'Ukraine affirme que l'urgence « ne fait aucun doute » lorsque le préjudice irréparable ou les conséquences irréparables « sont précisément actuels, c'est-à-dire s'ils sont déjà en cours et non pas seulement imminents. »

107. La Fédération de Russie fait valoir qu'il n'y a pas urgence comme l'exige l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Elle soutient que le critère de l'urgence doit être évalué en se référant à la période durant laquelle le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII n'est pas constitué. Elle déclare que la demande de l'Ukraine n'est pas urgente car l'Ukraine a « attendu plus de quatre mois » après l'incident pour demander au Tribunal de prononcer des « mesures conservatoires ».

108. En outre, la Fédération de Russie se réfère au fait que l'Ukraine avait déjà bénéficié de « mesures conservatoires » en saisissant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle note que l'Ukraine, dans sa première requête adressée à la Cour européenne, a demandé qu'une assistance médicale soit fournie à ses militaires. La Fédération de Russie précise qu'elle s'est conformée à l'ordonnance de la Cour européenne relative à ces « mesures conservatoires ». Elle note également qu'une autre demande de mesures conservatoires a été adressée par l'Ukraine à la Cour européenne, visant à ce que ses militaires soient transférés en Ukraine, qui a été rejetée.

109. L'Ukraine déclare que les mesures ordonnées par la Cour européenne des droits de l'homme concernaient les conditions de détention de ses militaires. Elle fait valoir que ces mesures « n'influent donc nullement » sur les épreuves que continuent de subir les militaires détenus, qui, selon elle, constituent le fondement de l'urgence invoquée en l'espèce.

* *

110. Le Tribunal rappelle qu'il a déclaré dans « *ARA Libertad* » (*Argentine c. Ghana*), *mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 2012, TIDM Recueil 2012, p. 348, par. 94*) que le navire de guerre, tel que défini par l'article 29 de la Convention, « est l'expression de la souveraineté de l'Etat dont il bat le pavillon ». L'immunité dont il jouit en vertu de la Convention et dans le droit international général reflète cette réalité. Le Tribunal note que toute mesure affectant l'immunité des navires de guerre est susceptible de gravement nuire à la dignité et à la souveraineté d'un Etat et a le potentiel de compromettre sa sécurité nationale.

111. De l'avis du Tribunal, les mesures prises par la Fédération de Russie pourraient porter un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Ukraine à l'immunité de ses navires militaires et des militaires présents à bord si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII décidait que ces droits appartiennent à l'Ukraine. De plus, le Tribunal estime que le risque de préjudice irréparable est réel et subsiste dans les circonstances de la présente affaire.

112. En outre, la privation continue de liberté que subissent les militaires ukrainiens est préoccupante d'un point de vue humanitaire.

113. Vu la gravité des circonstances exposées ci-dessus, le Tribunal déclare qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de l'Ukraine en attendant la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Par conséquent, le Tribunal estime que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.

III. Les mesures conservatoires demandées

114. Compte tenu de la conclusion précédente selon laquelle les conditions pour la prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention sont remplies, le Tribunal « peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige », comme le prévoit l'article 290, paragraphe 1, de la Convention.

115. Le Tribunal note à cet égard que, conformément à l'article 89, paragraphe 5, du Règlement, il peut prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées.

116. L'Ukraine prie le Tribunal de prescrire des mesures conservatoires à l'effet d'enjoindre à la Fédération de Russie de promptement : libérer les trois navires militaires ukrainiens et les remettre sous la garde de l'Ukraine ; suspendre les poursuites pénales engagées contre les 24 militaires ukrainiens détenus et s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites ; et libérer les militaires détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine.

117. La Fédération de Russie soutient que si les trois navires et les militaires ukrainiens étaient libérés, elle n'aurait aucune possibilité d'exercer les droits qu'elle fait valoir sur eux car ils échapperaient à sa juridiction. Elle soutient également que, dans sa demande de mesures conservatoires, l'Ukraine demande les mêmes mesures que celles qu'elle demande sur le fond, ce qui reviendrait à préjuger le fond de l'affaire.

118. Ayant examiné les mesures demandées par l'Ukraine, le Tribunal considère qu'il est approprié, au vu des circonstances de la présente affaire, de prescrire des mesures conservatoires à l'effet d'enjoindre à la Fédération de Russie de libérer les trois navires militaires ukrainiens et les 24 militaires ukrainiens détenus, et de les autoriser à rentrer en Ukraine, afin de préserver les droits invoqués par l'Ukraine.

119. Le Tribunal n'estime pas nécessaire d'enjoindre à la Fédération de Russie de suspendre les poursuites pénales engagées contre les 24 militaires ukrainiens détenus et de s'abstenir d'engager de nouvelles poursuites.

120. Toutefois, le Tribunal considère qu'il est approprié d'enjoindre aux deux Parties de s'abstenir de toute mesure qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

121. Conformément à l'article 95, paragraphe 1, du Règlement, chaque partie est tenue de soumettre au Tribunal un rapport et des informations au sujet des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites. Le Tribunal est d'avis qu'il est conforme à l'objet de la procédure visée à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention que les Parties fassent également rapport au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, à moins que celui-ci n'en décide autrement. En conséquence, il pourrait s'avérer nécessaire pour le Tribunal de demander aux Parties de fournir des informations supplémentaires sur l'application des mesures conservatoires prescrites et il convient, à cet égard, que le Président soit autorisé à demander ces informations en vertu de l'article 95, paragraphe 2, du Règlement.

122. La présente ordonnance ne préjuge en rien la question de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité des demandes de l'Ukraine ou au fond même de l'affaire, et laisse intacts les droits de l'Ukraine et de la Fédération de Russie de faire valoir leurs moyens sur ces questions.

123. Le Tribunal réaffirme que la partie qui ne comparaît pas est néanmoins partie à la procédure (voir *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 103 et 104, par. 24 ; « *Arctic Sunrise* » (*Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, TIDM Recueil 2013, p. 242, par. 51), avec les droits et les obligations qui en découlent, y compris l'obligation d'appliquer promptement toute mesure conservatoire prescrite au titre de l'article 290 de la Convention.

IV. Dispositif

124. Par ces motifs,

LE TRIBUNAL,

1) *prescrit*, dans l'attente d'une décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, les mesures conservatoires suivantes au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention :

a) par 19 voix contre 1,

La Fédération de Russie doit procéder immédiatement à la libération des navires militaires ukrainiens *Berdyansk*, *Nikopol* et *Yani Kapu*, et les remettre sous la garde de l'Ukraine ;

POUR : M. PAIK, *Président* ; M. ATTARD, *Vice-Président* ; MM. JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, Mme KELLY, MM. KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, Mme CHADHA, MM. KITTICHAISAREE, Mme LIJNZAAD, *juges* ;

CONTRE : M. KOLODKIN, *juge*.

b) par 19 voix contre 1,

La Fédération de Russie doit procéder immédiatement à la libération des 24 militaires ukrainiens détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine ;

POUR : M. PAIK, *Président* ; M. ATTARD, *Vice-Président* ; MM. JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, Mme KELLY, MM. KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, Mme CHADHA, MM. KITTICHAISAREE, Mme LIJNZAAD, *juges* ;

CONTRE : M. KOLODKIN, *juge*.

c) par 19 voix contre 1,

L'Ukraine et la Fédération de Russie doivent s'abstenir de toute mesure qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

POUR : M. PAIK, *Président* ; M. ATTARD, *Vice-Président* ; MM. JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, Mme KELLY, MM. KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, Mme CHADHA, MM. KITTICHAISAREE, Mme LIJNZAAD, *juges* ;

CONTRE : M. KOLODKIN, *juge*.

2) par 19 voix contre 1,

Décide que l'Ukraine et la Fédération de Russie, chacune en ce qui la concerne, lui présenteront au plus tard le 25 juin 2019 le rapport initial visé au paragraphe 121 et *autorise* le Président à leur demander tous nouveaux rapports et compléments d'information qu'il jugera utiles après ce rapport.

POUR : M. PAIK, *Président* ; M. ATTARD, *Vice-Président* ; MM. JESUS, COT, LUCKY, PAWLAK, YANAI, KATEKA, HOFFMANN, GAO, BOUGUETAIA, Mme KELLY, MM. KULYK, GÓMEZ-ROBLEDO, HEIDAR, CABELLO, Mme CHADHA, MM. KITTICHAISAREE, Mme LIJNZAAD, *juges* ;

CONTRE : M. KOLODKIN, *juge*.

Fait en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, dans la Ville libre et hanséatique de Hambourg, le vingt-cinq mai deux mille dix-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives du Tribunal et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de l'Ukraine et au Gouvernement de la Fédération de Russie.

Le Président

(signé)

Jin-Hyun PAIK

Le Greffier

(signé)

Philippe GAUTIER

M. le juge Kittichaisaree joint une déclaration à l'ordonnance du Tribunal.

Mme la juge Lijnzaad joint une déclaration à l'ordonnance du Tribunal.

M. le juge Jesus joint une opinion individuelle à l'ordonnance du Tribunal.

M. le juge Lucky joint une opinion individuelle à l'ordonnance du Tribunal.

M. le juge Gao joint une opinion individuelle à l'ordonnance du Tribunal.

M. le juge Kolodkin joint une opinion dissidente à l'ordonnance du Tribunal.