



HAL
open science

“ L’ordonnance du Tribunal international du droit de la mer dans l’affaire relative à l’immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c/ Fédération de Russie) du 25 mai 2019 ”

Kiara Neri

► To cite this version:

Kiara Neri. “ L’ordonnance du Tribunal international du droit de la mer dans l’affaire relative à l’immobilisation de trois navires ukrainiens (Ukraine c/ Fédération de Russie) du 25 mai 2019 ”. *Annuaire du droit de la mer* 2019 – tome XXIV, Pedone, 718 p., pp. 103-118, 2020, 9782233009647. hal-03087806

HAL Id: hal-03087806

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-03087806>

Submitted on 18 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License

**L'ORDONNANCE DU TRIBUNAL INTERNATIONAL
DU DROIT DE LA MER DANS L'AFFAIRE RELATIVE À
L'IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS
(UKRAINE C. FÉDÉRATION DE RUSSIE) DU 25 MAI 2019**

Kiara NERI

*Maître de Conférences HDR, Université Jean Moulin Lyon 3
Directrice du Centre de droit international*

Résumé

Le 25 novembre 2018, deux navires d'artillerie ukrainiens (le Berbyansk et le Nikopol) ainsi qu'un navire-remorqueur (le Yani Kapu) ont été interceptés, saisis et immobilisés par les autorités russes. Les 24 membres d'équipage, tous militaires ukrainiens ont été arrêtés et placés en détention. Cet incident, mieux connu sous la dénomination "incident du détroit de Kertch", a conduit l'Ukraine à demander la création d'un Tribunal arbitral et à saisir le Tribunal international du droit de la mer pour demander la prescription de mesures conservatoires. Courte et pourtant très riche, l'ordonnance du Tribunal dans cette affaire soulève, sans pour autant les trancher un nombre important de questions essentielles en droit de la mer. Elles concernent la compétence des tribunaux en charge de trancher les différends issus de l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, mais portent en elles des interrogations plus générales en droit international, comme celle de la qualification d'une activité militaire ou d'une activité de police.

Abstract

On November 25th 2018, two Ukrainian warships (the Berdyansk and the Nikopol) and a naval tugboat (the Yani Kapu) together with their 24 servicemen were arrested and detained by authorities of the Russian Federation. The so called "Kerch Strait incident" lead the Ukrainian authorities to request the creation of an arbitral Tribunal and to ask the International Tribunal for the Law of the Sea to prescribe provisional measures. Short but diverse, the Tribunal order in this case gives rise to essential law of the sea issues, without settling them. Among them, the questions relating to the competence of international tribunals in charged with settlement of disputes under the United Nations Convention on the law of the sea. Broader issues are also raised by the Tribunal order such as the identification of military activities or police operations under international law.

Resumen

El 25 de noviembre de 2018, dos buques de artillería ucraniana (el Berbyansk y el Nikopol) y un barco-remolcador (el Yani Kapu) fueron interceptados, incautados e

ÉTUDES

inmovilizados por las autoridades rusas. Los 24 miembros del equipo, todos militares ucranianos, fueron arrestados y detenidos. Este incidente, más conocido bajo la denominación de “incidente de estrecho de Kertch”, ha llevado a Ucrania a pedir la constitución de un tribunal arbitral y a recurrir al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, solicitando la adopción de medidas cautelares. Corta, pero sin embargo muy rica, la resolución del TIDM en este asunto plantea un número importante de cuestiones esenciales sobre el derecho del mar. Éstas afectan a la competencia de los tribunales encargados de resolver las diferencias derivadas de la aplicación de la CNUDM, aunque plantean interrogantes más generales en derecho internacional, como el relativo a la calificación de una actividad militar o de una actividad de policía.

Le 25 novembre 2018, deux navires d'artillerie ukrainiens (le *Berbyansk* et le *Nikopol*) ainsi qu'un navire-remorqueur (le *Yani Kapu*) ont été interceptés, saisis et immobilisés par les autorités russes. Les 24 membres d'équipage, tous militaires ukrainiens ont été arrêtés et placés en détention en vertu de l'article 91 du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie, pour franchissement illégal de la frontière étatique¹. Leur placement en détention a été décidé par le Tribunal municipal de Kertch et le Tribunal du district de Kievskiy (Simferopol) par deux décisions en date des 27 et 28 novembre 2018.

Les navires avaient appareillé au port d'Odessa et leur mission était de transiter par le détroit de Kertch jusqu'au port de *Berdyansk*, sur la mer d'Azov. À l'approche du détroit, les navires ukrainiens ont été informés par les autorités russes que ce dernier était fermé pour des questions de sécurité. Les navires ukrainiens ont malgré tout continué leur route, mais ont été bloqués par des garde-côtes russes. Les trois navires ont finalement fait demi-tour, mais les garde-côtes les ont poursuivis afin de les arrêter. Lors de cette arrestation, un des navires russes a ouvert le feu sur le *Berdyansk*, blessant trois membres d'équipage et endommageant le navire.

À la suite de ces événements, l'Ukraine a initié une procédure arbitrale contre la Fédération de Russie conformément à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM ou « la Convention »)². L'Ukraine a demandé la constitution d'un Tribunal arbitral en vertu de l'annexe VII de la Convention afin qu'il constate la violation par la Russie de l'immunité des navires de guerre étrangers et de leurs équipages prévue aux articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention. Cette affaire s'ajoute à une autre procédure arbitrale déjà pendante (initiée en 2016) opposant l'Ukraine à la Russie au sujet des droits de l'État côtier dans la mer noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch et directement liée à l'annexion de la Crimée en 2014³. L'Ukraine

¹ En vertu de l'art. 322 section 3 du Code pénal russe.

² L'affaire a été enregistrée sous le numéro 2019-28 par la Cour permanente d'arbitrage (*Dispute concerning the delimitation of Ukrainian naval vessels and servicemen*).

³ Une première sentence, relative aux exceptions préliminaires a été adoptée dans ce cadre : Arbitral tribunal constituted under annex VII to UNCLOS, Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait* (Ukraine v. The Russian Federation), 21 February 2020, PCA Case No. 2017-06. Le Tribunal retient la première exception préliminaire russe relative à la nature du différend et considère qu'il n'a pas compétence pour statuer

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

allègue en effet que la Fédération de Russie exerce des activités non autorisées dans les zones maritimes adjacentes à la Crimée, en violation des droits de l'Ukraine en vertu de la CNUDM⁴.

La procédure arbitrale initiée à la suite de l'incident du 25 novembre 2018 est complétée par une demande en prescription de mesures conservatoires devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) au titre de l'article 290§5 de la Convention⁵. L'Ukraine demande au TIDM d'adopter des mesures enjoignant la Russie à libérer les navires et leurs équipages et à suspendre les procédures pénales contre les militaires ukrainiens. Par 19 voix contre 1, le TIDM fait droit à la demande de l'Ukraine et prescrit les mesures conservatoires suivantes : « *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* », « *La Fédération de Russie doit procéder immédiatement à la libération des 24 militaires ukrainiens détenus et les autoriser à rentrer en Ukraine* » et « *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* »⁶. Dans une atmosphère de grande défiance à l'égard du TIDM, les autorités russes ont tout d'abord refusé la libération des marins ukrainiens et des navires. Toutefois, à la faveur d'un échange de prisonniers, la Russie a fini par les libérer le 7 septembre 2019, exécutant du même coup pour partie l'ordonnance du TIDM⁷.

L'absence de coopération russe se traduit également par le refus de participation à la procédure devant les juges de Hambourg⁸. Dans la note verbale du 30 avril 2019, la Fédération de Russie informait le Greffe de son intention de ne pas participer aux audiences sur les mesures conservatoires⁹. Les autorités n'ont donc pas pris part à la phase

sur des questions qui nécessiteraient de se prononcer, même implicitement, sur la souveraineté sur la péninsule de Crimée. Le Tribunal demande à l'Ukraine de lui soumettre une version révisée de son mémoire tenant dument compte de ces limites.

⁴ Voir Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait*, préc., §§1-7.

⁵ L'affaire a été donc inscrite au rôle du Tribunal (affaire n°26, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens*).

⁶ TIDM, Ordonnance, mesures conservatoires, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens* (Ukraine c. Fédération de Russie), n° 26, 25 mai 2019, §124.

⁷ https://www.lemonde.fr/international/article/2019/09/07/la-russie-et-l-ukraine-vont-proceder-a-un-echange-de-prisonniers_5507609_3210.html consulté le 26 août 2020.

⁸ Ces questions ne sont pas récentes : Voir notamment H. W. A. Thirlway, *Non-Appearance before the International Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985 ou J.B. Elkind, *Non-Appearance before the International Court of Justice: Functional and Comparative Analysis*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984. Elle occupe à nouveau le devant de la scène dans les années 2010 en raison du refus de la Chine et de la Russie de participer à des instances arbitrales, notamment dans les affaires *Arctic Sunrise* et *South China Sea*. Voir par exemple : Ma, Xuechan, « Introducing Non-legal Adjudicators as a Counterbalanced Measure for Non-appearance in Inter-State Adjudication and Arbitration », *Transnational Dispute Management*, 2017, Vol. 14, No. 2, pp. 23 ; A. Sarmiento Lamus, « Non-Appearance before the International Court of Justice and the Role and Function of Judges Ad Hoc », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2017, Vol. 16, No. 3, p. 398-412 ; Gau, M. Sheng-ti, « Issues of Jurisdiction in Cases of Default of Appearance », in Stefan Talmon and Bing Bing Jia (eds), *The South China Sea Arbitration. A Chinese Perspective*, Hart Publishing Ltd, 2014, pp. 81-106.

⁹ Note verbale de l'Ambassade de la Fédération de Russie à Berlin, 30 avril 2019, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/027_1_TR_NV_to_INTLOS_2019.04.30_LG.pdf consultée le 30 septembre 2020.

ÉTUDES

orale et seuls une note verbale lapidaire et un court mémorandum ont été communiqués durant la phase écrite. En tout état de cause, la non-participation d'une partie n'empêche nullement le TIDM de statuer conformément à l'article 28 de son Statut « *pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties* »¹⁰ et n'altère en rien la force obligatoire des mesures conservatoires adoptées. En effet, la partie qui ne comparait pas n'en est pas moins partie à la procédure¹¹. Toutefois, il semblerait que les autorités russes se soient décidées à participer à l'instance arbitrale sur le fond de l'affaire¹².

Les réticences de la Russie sont évidemment liées au caractère sensible de l'affaire sur fond de conflit dans l'est de l'Ukraine et d'annexion de la Crimée. Du point de vue du droit de la mer, l'incident du détroit de Kertch pose également des questions fondamentales, notamment celle du statut du détroit et celle de l'immunité des navires de guerre.

Dans un premier temps, la CNUDM impose aux États riverains d'un détroit servant à la navigation internationale de garantir le droit du passage en transit¹³, toutefois ce droit ne s'applique qu'aux détroits « *qui servent à la navigation internationale entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone économique exclusive* »¹⁴. Or le détroit de Kertch relie la mer noire à la mer d'Azov, considérée par la Russie (et l'Ukraine) comme faisant partie de leurs eaux intérieures¹⁵. L'applicabilité de cette disposition au détroit de Kertch est donc très incertaine¹⁶. Le Traité bilatéral entre l'Ukraine et la Russie de 2003 sur la coopération et l'usage de la mer d'Azov et du détroit de Kertch limite d'ailleurs la liberté de passage dans le détroit. Elle est néanmoins garantie pour les navires ukrainiens et russes, qu'il s'agisse de navires marchands ou de navire de guerre¹⁷. Depuis l'annexion de la Crimée

¹⁰ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §28. Voir également TIDM, Ordonnance, mesures conservatoires, *Affaire de l'« Arctic Sunrise »* (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), 22 novembre 2013, §48.

¹¹ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §123. Voir également CIJ, ordonnance en indication de mesures conservatoires, *Affaire des Essais nucléaires* (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France), 22 juin 1973, §24 ou TIDM, *Affaire Arctic Sunrise*, préc. § 51. T.M. Ndiaye, « Non-appearance before the International Tribunal for the Law of the Sea », *Indian Journal of International Law*, 2013, vol. 53.

¹² La note verbale précisait à ce propos que l'absence de participation aux audiences relatives aux mesures conservatoires « *ne préjuge[ait] [pas] de sa participation à l'arbitrage subséquent* », note verbale, préc. La Russie a désigné un agent et des Conseils dans le cadre de cette procédure.

¹³ CNUDM, art. 38.

¹⁴ CNUDM, art. 37.

¹⁵ Déclaration conjointe jointe au traité de 2003 considère que les eaux de la mer d'Azov et du détroit de Kertch sont des eaux intérieures de l'Ukraine et de la Russie, en raison de titres historiques.

¹⁶ Pour une analyse concluant à la non applicabilité des articles 37 et 38 de la CNUDM au détroit de Kertch, voir S. Katuoka et S. Klumbyte, « Kerch Strait incident in the light of UNCLOS », *Problems of legality*, 2019, vol. 145, pp. 225-243. Pour une opinion contraire, voir J. Kraska, « The Kerch Strait Incident : Law of the Sea or Law of Naval Warfare », *EJIL Talks !*, 3 December 2018. Le TIDM ne soulève pas cette question dans la mesure où il ne statue pas sur le fond de l'affaire, et laisse planer le doute sur l'applicabilité de ces dispositions, notamment en invoquant à la fois le droit de passage dans la mer territoriale et le droit de passage en transit, §68.

¹⁷ Traité bilatéral entre l'Ukraine et la Russie de 2003 sur la coopération et l'usage de la mer d'Azov et du détroit de Kertch, art. 2 : « *les navires marchands et les navires de guerre, ainsi que d'autres navires battant le pavillon de la Fédération de Russie et de l'Ukraine, utilisés à des fins non commerciales, jouissent de la liberté de navigation dans la mer d'Azov et le détroit de Kertch* ».

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

en 2014, le détroit est sous le contrôle effectif de la Russie, qui a établi une procédure de passage¹⁸. La liberté de transit était dans l'ensemble assurée jusqu'à l'incident du 25 novembre 2018. Les autorités russes ont indiqué avoir interdit le transit pour des raisons de sécurité à la suite d'une tempête entraînant la présence d'un grand nombre de navires dans la zone dont certains transportant une cargaison dangereuse¹⁹. La conformité de cette entrave à la liberté de transit est incertaine et fera l'objet de débats, sans doute nourris, devant le Tribunal arbitral.

Dans un deuxième temps, la question de l'immunité des navires de guerre est également soulevée de manière saillante par cette affaire. Elle est garantie par les articles 32, 58, 95 et 96 de la Convention en des termes non équivoques. Si l'on reconnaît que l'on se place en temps de paix (ce qui n'est pas forcément évident), alors la violation de la Convention est patente. En revanche, la compétence du Tribunal arbitral et, par ricochet celle du TIDM pour constater cette violation est loin d'être évidente.

En effet, l'instance devant le TIDM ne concerne pas le fond des éventuelles violations du droit de la mer par la Russie, mais uniquement la demande de libération des navires ukrainiens et de leurs équipages. Le TIDM n'a pas eu de mal à établir la nécessité des mesures conservatoires demandées, en revanche, l'établissement de sa compétence pour indiquer de telles mesures a été plus délicate et s'est heurtée à de très vives contestations, tant de la part des juges que de la doctrine. En effet, si l'analyse des conditions de l'article 290§5 pour pouvoir saisir le TIDM d'une demande de mesures conservatoires n'a soulevé aucune difficulté majeure (I), l'invocation par la Russie de sa réserve relative aux activités militaires a conduit le Tribunal à adopter une position contestée (II).

I. L'ÉTABLISSEMENT DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL AU TITRE DE L'ARTICLE 290§5

En vertu de l'article 290§5 de la CNUDM, « *en attendant la constitution d'un Tribunal arbitral [...] 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* ».

La compétence du TIDM pour prescrire des mesures conservatoires est donc établie si deux conditions sont réunies : la compétence *prima facie* du Tribunal saisi pour connaître du différend au fond (1.) et si la condition d'urgence est remplie (2.). Dans les deux cas, le TIDM estimera que les conditions sont remplies.

I.1. Compétence *prima facie* : l'existence d'un différend relatif à l'application de la CNUDM

Les deux États ayant fait une déclaration en application de l'article 287§1 et ayant tous deux choisi le Tribunal de l'annexe VII comme mode principal de règlement des

¹⁸ Décret du ministère russe des transports n°313 du 21 octobre 2015.

¹⁹ Mémorandum de la Fédération de Russie du 7 mai 2019, §12c, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/A26_Memorandum_TR.pdf consulté le 30 septembre 2020.

ÉTUDES

différends²⁰, la question du choix de l'instance ne s'est pas posée. La question du respect des conditions posées par l'article 283 de la Convention imposant aux parties à un différend de procéder « *promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques* »²¹ n'a pas non plus soulevé de difficultés particulières. La Russie a bien essayé de soutenir que ces conditions n'avaient pas été remplies en raison de l'imposition arbitraire par l'Ukraine d'un délai de 10 jours pour l'expression par la Russie de ses vues sur les moyens propres à régler le différend et pour l'organisation de consultations entre les parties. Toutefois, le TIDM écartera rapidement cet argument en considérant qu'un tel délai ne peut pas être considéré comme arbitraire compte tenu de l'obligation de procéder « promptement » à un échange de vues. Rappelant sa propre jurisprudence sur la question, le TIDM reconnaît que l'Ukraine n'avait pas l'obligation de poursuivre les négociations lorsque toute possibilité de parvenir à un accord avait été épuisée²².

En revanche, l'établissement de la compétence *prima facie* a soulevé deux questions juridiquement intéressantes, celle de l'existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, et celle des réserves à la compétence du tribunal arbitral formulées par les deux parties en matière militaire. La seconde ayant centralisé l'essentiel des débats devant le TIDM, elle sera traitée séparément (cf. *infra* II).

La Déclaration de la juge Lijnzaad soulève la question de la nature du différend. S'agit-il véritablement d'un différend qui porte sur l'application de la CNUDM ?²³ Elle relève que les notes diplomatiques adressées par l'Ukraine à la Russie soulèvent des fondements juridiques pour lesquels ni le Tribunal arbitral ni le TIDM n'ont pas compétence tels que les articles 33 et 51 de la Charte des Nations Unies, ou encore la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949. Plus largement, l'incident survenu aux abords du détroit de Kertch est inextricablement lié à la situation dans la zone, au conflit entre les deux États et au différend quant à l'exercice de la souveraineté sur la péninsule de Crimée et sur les eaux adjacentes.

Précisément, si le différend porté devant le Tribunal arbitral requiert de se prononcer, même implicitement sur la souveraineté sur la péninsule de Crimée, alors il n'est pas compétent. Dans la présente affaire, les questions de frontières et de souveraineté sont omniprésentes. Tel était d'ailleurs le motif retenu par les autorités russes pour l'arrestation des marins ukrainiens, poursuivis pour « *franchissement illégal de la frontière étatique de la Fédération de Russie* »²⁴. L'incident s'est par ailleurs produit sur

²⁰ La Déclaration suivante avait été faite par l'URSS en son temps : « *conformément à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, [l'URSS] choisit comme principal moyen pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention, le tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII* ». Le Déclaration ukrainienne est identique.

²¹ CNUDM, art. 283§1.

²² TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §87, TIDM, ordonnance, mesures conservatoires, *Affaire Usine Mox* (Irlande c. Royaume-Uni), 3 décembre 2001, §60 ; TIDM, ordonnance, mesures conservatoires, *Affaire « Ara Libertad »* (Argentine c. Ghana), 15 décembre 2015, §71 ou TIDM, ordonnance, mesures conservatoires, *Affaire « Arctic Sunrise »* (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie), 22 novembre 2013, §76.

²³ Déclaration de la juge Lijnzaad, §5,

https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_26/A26_Ord_2505_LL.pdf consultée le 30 septembre 2020.

²⁴ Voir *supra*.

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

fond de différend quant au contrôle du détroit de Kertch, qui est lui-même lié au différend relatif à la souveraineté sur la péninsule de Crimée. Comment alors débattre de la licéité de cette action sans évoquer le différend territorial ?

Toutefois, pour écarter la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral, il ne suffit pas de constater que le différend relatif à l'interprétation de la CNDUM est lié, même étroitement, à une autre question qui ne relève pas de sa compétence. Il faut au contraire que l'examen des prétentions des parties sur le fondement de la CNUDM requière nécessairement de se prononcer sur des questions pour lesquels il est incompetent, par exemple des questions de souveraineté. Le TIDM a considéré, sans pour autant l'expliquer, que la question des immunités des navires de guerre pouvait être traitée sans devoir se prononcer même de manière indirecte, sur des questions de souveraineté.

Les juges de Hambourg se contentent de constater que les deux parties invoquent des dispositions de la Convention pour justifier leurs positions (32, 58, 95 et 96 pour l'Ukraine ; 30 pour la Russie), ce qui « 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 »²⁵. Sur cette considération lapidaire, le TIDM valide la compétence *prima facie* du Tribunal arbitral, et par ricochet, sa propre compétence pour édicter des mesures conservatoires.

Les positions du Tribunal arbitral dans *l'affaire des droits de l'État côtier dans la mer noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch* semblent de prime abord remettre en cause la position du TIDM. En effet, dans l'affaire initiée en 2016 par l'Ukraine contre la Russie le Tribunal arbitral a considéré, dans une sentence relative aux exceptions préliminaires soulevées par la Russie, qu'il ne pouvait pas statuer sur les droits des États côtiers en mer d'Azov et dans le détroit de Kertch sans se prononcer, même de manière indirecte sur la question de la souveraineté sur la Crimée²⁶. Il s'exprime en ces termes :

*« In light of the foregoing, the Arbitral Tribunal concludes that pursuant to Article 288, paragraph 1, of the Convention, it lacks jurisdiction over the dispute as submitted by Ukraine to the extent that a ruling of the Arbitral Tribunal on the merits of Ukraine's claims necessarily requires it to decide, expressly or implicitly, on the sovereignty of either Party over Crimea. As a result, the Arbitral Tribunal cannot rule on any claims of Ukraine presented in its Notification and Statement of Claim and its Memorial which are dependent on the premise of Ukraine being sovereign over Crimea »*²⁷.

Et

« For these reasons, the Arbitral Tribunal unanimously

*a) Upholds the Russian Federation's objection that the Arbitral Tribunal has no jurisdiction over Ukraine's claims, to the extent that a ruling of the Arbitral Tribunal on the merits of Ukraine's claims necessarily requires it to decide, directly or implicitly, on the sovereignty of either Party over Crimea »*²⁸.

²⁵ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §44.

²⁶ Arbitral tribunal constituted under annex VII to UNCLOS, Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait* (Ukraine v. The Russian Federation, 21 February 2020, PCA Case No. 2017-06).

²⁷ *Ibid.*, § 197.

²⁸ *Ibid.*, § 492.

ÉTUDES

Toutefois, la question de l'exercice des droits de l'État côtier est plus directement liée à la souveraineté territoriale que celle des immunités des navires de guerre. Sans doute le TIDM aurait pu se demander si la question des immunités accordées aux navires de guerre et à leurs équipages pouvait être tranchée indépendamment du statut des eaux du détroit (mer territoriale russe ou mer territoriale ukrainienne). L'Affaire *Ara Libertad* aurait pu être mobilisée utilement à cet égard dans la mesure où le TIDM y reconnaît que les navires de guerre jouissent de l'immunité, y compris dans la mer territoriale et les eaux intérieures d'un État tiers²⁹. Il aurait alors pu conclure que l'arrestation de navires de guerre étrangers est contraire au droit international en général et à la CNUDM en particulier, indépendamment du statut de la zone maritime dans laquelle l'incident a eu lieu. Ainsi, trancher la question des immunités ne nécessite pas forcément de se prononcer sur des questions de souveraineté territoriale qui échappent à la compétence du Tribunal arbitral et du TIDM.

1.2. La caractérisation de la condition d'urgence

Le TIDM traite tout d'abord de la plausibilité des droits allégués par le demandeur avant de constater l'existence d'un risque réel et imminent de préjudice irréparable. Dans les deux cas, les juges de Hambourg l'établissent sans difficulté et considèrent la condition d'urgence remplie.

En effet, le TIDM vérifie tout d'abord que les droits invoqués par l'Ukraine sont « *au moins plausibles* »³⁰. Cette vérification sera facile³¹ dans la mesure où l'Ukraine invoque les immunités accordées par la Convention aux navires de guerre et que les 3 navires en cause disposent bien de ce statut au sens de l'article 29 de la Convention (ou du statut de navire public au sens de l'article 96). Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par la Russie. Sans doute la nature et l'étendue des immunités applicables aux agents à bord de ces navires nécessiteraient un examen plus approfondi, mais c'est sans difficulté que le TIDM reconnaît que leur immunité est plausible.

Ensuite, l'établissement de l'existence d'un risque réel et imminent de préjudice irréparable ne soulève pas non plus de difficulté dans la mesure où l'immunité des navires de guerre d'une part, et la privation de liberté des individus d'autre part, sont traditionnellement considérées comme constituant des situations dans lesquelles un risque grave et imminent de préjudice irréparable existe³². L'affaire *Ara Libertad* est un précédent solide sur lequel s'appuyer, dans la mesure où le TIDM semble y reconnaître que toute situation dans laquelle un navire de guerre est immobilisé remplit de manière automatique ce critère. En effet, « *tout acte qui empêche par la force un navire de guerre d'accomplir sa mission et de remplir ses fonctions est une source de conflit qui peut mettre en péril les relations amicales entre les États* »³³. Cette solution est dictée par le fait que le navire de guerre est l'expression directe de la souveraineté de l'État dont il bat le pavillon³⁴. Dès lors, « *toute mesure affectant l'immunité des navires de guerre est*

²⁹ TIDM, *Affaire « Ara Libertad »*, préc., § 95 : « [c]onsidérant que, selon le droit international général, le navire de guerre jouit de l'immunité, y compris dans les eaux intérieures ».

³⁰ TIDM, Ordonnance, Mesures conservatoires, *L'incident de l' « Enrica Lexie »* (Italie c. Inde), 24 août 2015, art. 290§5 CNUDM

³¹ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §§95-99.

³² Voir les affaires « *Enrica Lexie* » et « *Ara Libertad* », préc.

³³ TIDM, *Affaire « Ara Libertad »*, préc., §97.

³⁴ *Ibid.*, §94.

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

susceptible de gravement nuire à la dignité et à la souveraineté de l'État et a le potentiel de compromettre sa sécurité nationale »³⁵.

L'examen de la condition d'urgence ne présentait donc pas de difficulté. Toutefois, elle soulève une question intéressante qui est peu traitée par les juridictions internationales : celle de l'articulation entre les différentes procédures de demandes de mesures conservatoires ouvertes aux requérants. Dans cette affaire, l'Ukraine a également engagé une instance devant la **Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)** contre la Russie au sujet du même incident³⁶. Les autorités ukrainiennes ont au surplus utilisé la procédure de l'article 39 du règlement de la Cour pour formuler une demande de mesures provisoires. Apparaît alors la question de l'articulation entre ces deux procédures conservatoires, l'une devant le TIDM au titre de la CNUDM, l'autre devant la CEDH, au titre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En effet, l'Ukraine a formulé une première demande de mesures conservatoires à la CEDH, en vue de fournir une assistance médicale aux militaires ukrainiens. Cette demande a été acceptée par la Cour³⁷ et vraisemblablement exécutée au moins en partie par la Russie³⁸. En revanche, une seconde demande visant à leur libération et leur transfert en Ukraine a été rejetée par les juges de Strasbourg³⁹.

Deux questions intéressantes se posent à cet égard : si un État a déjà bénéficié de mesures conservatoires, peut-il à nouveau faire la demande à un autre juge international ? Si un juge a déjà refusé de telles mesures, le requérant étatique peut-il saisir un autre juge dans le cadre du même différend ? Les clauses limitant les recours successifs devant les juridictions (ou quasi-juridictions) internationales existent, mais elles sont limitées aux requêtes individuelles devant les organes de protection des droits de l'homme. À ce titre, l'article 35 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que « *la Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque [...] b) elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux* ». Cette clause ne s'applique néanmoins qu'aux requêtes individuelles, à l'exclusion des requêtes interétatiques. Rien ne semble donc empêcher l'Ukraine de formuler une demande de mesures conservatoires devant la CEDH, puis devant le TIDM pour les mêmes faits, notamment parce que les champs de compétences matériels de ces deux juridictions sont distincts. Si le TIDM voit sa compétence limitée aux obligations contenues dans la CNUDM, la CEDH, quant à elle, ne se penchera que sur celles issues de la Convention européenne. Les bases de compétence sont donc distinctes et, sans doute les contentieux ne se recoupent-ils pas ou très peu dans le cadre de l'examen au fond. En revanche, la distinction est moins nette dans le cadre des mesures conservatoires. L'Ukraine demandait en effet à la CEDH d'ordonner le « *rapatriement* » des militaires

³⁵ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §110.

³⁶ La requête interétatique a été introduite le 29 novembre 2018 et enregistrée sous le numéro 55855/18, Ukraine c. Russie (VIII).

³⁷ CEDH, Communiqué de presse, « *La CEDH fait droit à une demande de mesure provisoire dans une nouvelle affaire interétatique introduite par l'Ukraine contre la Russie concernant les événements survenus dans le détroit de Kertch* », CEDH 421 (2018) 04.12.2018.

³⁸ Voir mémorandum de la Russie, préc., §40.

³⁹ Demande formulée le 15 février 2019, voir mémorandum de la Russie, préc., §40.

ÉTUDES

ukrainiens et au TIDM la « libération » de ces mêmes agents. On ne peut que constater qu'en substance il s'agit de la même demande, refusée par la Cour européenne, puis acceptée quelques mois plus tard par le TIDM. Cette pratique, qui n'est pas si isolée⁴⁰, relance le sempiternel débat de la concurrence ou de la complémentarité des juridictions internationales et des risques de *forum shopping* qui accompagnent la multiplication de ces instances⁴¹.

Face à ce débat, la Russie met en avant un argument, qu'elle ne développe pas véritablement, selon lequel elle considère que la condition d'urgence n'est pas remplie dans la mesure où l'Ukraine a déjà bénéficié de mesures conservatoires accordées par les juges de Strasbourg. L'Ukraine considère quant à elle que ces mesures ne concernaient que les conditions de détention de ses militaires qui étaient toujours privés de liberté. Toutefois, après avoir exposé les positions des parties, le TIDM ne répond pas sur ce point et se contente de constater l'existence d'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 arbitral⁴², notamment parce que « *la privation continue de liberté que subissent les militaires ukrainiens est préoccupante d'un point de vue humanitaire* »⁴³. Si l'on peut sans doute regretter que le TIDM n'ait pas prêté plus d'attention à cet argument, il semble clair que ni le fait que certaines mesures provisoires aient déjà été accordées par la CEDH, ni le fait que la demande de rapatriement ait été rejetée par cette même juridiction n'a été considéré comme privant le TIDM de sa compétence pour ordonner à son tour des mesures conservatoires.

II. LE REJET PAR LE TRIBUNAL DE LA RÉSERVE RELATIVE AUX ACTIVITÉS MILITAIRES

La Fédération de Russie allègue dans sa note verbale ainsi que dans son mémorandum l'incompétence du Tribunal arbitral, y compris *prima facie* pour statuer sur la demande de l'Ukraine⁴⁴ en raison de l'exclusion des différends de nature militaire par les deux parties au différend (1.). Toutefois, le TIDM va procéder à une interprétation restrictive de la notion de « *différend de nature militaire* » ce qui le conduit à rejeter l'argumentaire russe (2.).

II.1. L'exclusion par les deux parties des différends de nature militaire

La Fédération de Russie et l'Ukraine ont formulé des réserves au titre de l'article 298 de la CNUDM, où elles déclarent ne pas accepter les procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes pour des différends relatifs aux activités militaires⁴⁵. En

⁴⁰ La question peut se poser dans le cadre du contentieux entre la Géorgie et la Russie en raison de la multiplicité des forums susceptibles de prononcer des mesures provisoires (CIJ, CEDH, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale). Pour un exemple de divergence dans l'appréciation des demandes de mesures provisoires, voir l'affaire *Lambert c. France* devant la CEDH (refus des mesures conservatoires le 30 avril 2019) et le Comité des Nations Unies pour les personnes handicapées (acceptées le 17 mai 2019).

⁴¹ Pour une synthèse du débat, voir J. Fourret et M. Prost, « La multiplication des juridictions internationales : de la nécessité de remettre quelques pendules à l'heure », *Revue québécoise de droit international*, 2002, pp. 117-138.

⁴² TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., § 113.

⁴³ *Ibid.*, §112.

⁴⁴ Note verbale de l'Ambassade de la Fédération de Russie à Berlin du 30 avril 2019, préc.

⁴⁵ *Ibidem*.

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

effet, l'article 298§1.b) de la Convention permet à un État de déclarer par écrit qu'il n'accepte pas les procédures de règlement des différends prévues par la partie XV pour certaines catégories de différends, notamment ceux relatifs aux activités militaires⁴⁶. 27 États ont émis ce type de déclarations⁴⁷, y compris les deux parties au différend devant le TIDM.

Lors de sa signature de la Convention, l'Union des Républiques socialistes soviétiques déclarait que :

« Conformément à l'article 298 de la Convention, elle n'accepte aucune des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires en ce qui concerne les différends relatifs à la délimitation de zones maritimes, les différends relatifs à des activités militaires 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 »⁴⁸.

L'Ukraine a fait des déclarations quasiment identiques, lors de sa signature⁴⁹ et de sa ratification⁵⁰ de la Convention. Ce type de réserves a déjà conduit à exclure pour partie

⁴⁶ Tel est également le cas des différends qui concernent les actes d'exécution forcée accomplis dans le cadre de l'exercice de droits souverains ou de juridiction (298§1b), les différends concernant l'interprétation ou l'application des art. 15, 74 et 83 relatifs à la délimitation de zones maritimes ou les différends qui portent sur des baies ou titres historiques (298§1.a) ou les différends pour lesquels le Conseil de sécurité de l'ONU exerce les fonctions qui lui sont conférées par la Charte des Nations Unies (298§1.c).

⁴⁷ Les 27 États sont listés par le Juge Gao dans son opinion individuelle, §11 : l'Algérie, l'Argentine, la Biélorussie, le Cap-Vert, le Canada, le Chili, la Chine, le Danemark, l'Équateur, l'Égypte, la France, la Grèce, la Guinée Bissau, le Mexique, le Nicaragua, la Norvège, le Portugal, la République de Corée, la Fédération de Russie, l'Arabie Saoudite, la Slovénie, la Thaïlande, la Tunisie, l'Ukraine, le Royaume-Uni, l'Uruguay.

⁴⁸ Déclaration de l'URSS formulée lors de la signature de la CNUDM, le 10 décembre 1982, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_fr#EndDec consultée le 26 août 2020. Nous soulignons.

⁴⁹ Déclaration de République socialiste soviétique d'Ukraine formulée lors de la signature de la CNUDM, le 10 décembre 1982, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_fr#EndDec consultée le 26 août 2020 :

« 1. La République socialiste soviétique d'Ukraine déclare que, conformément à l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, elle choisit comme principal moyen pour le règlement des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention le tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII. Pour l'examen des questions relatives à la pêche, la protection et la préservation du milieu marin, la recherche scientifique marine et la navigation, y compris la pollution par les navires et par immersion, la RSS d'Ukraine choisit le tribunal arbitral spécial constitué conformément à l'annexe VIII. La République socialiste soviétique d'Ukraine reconnaît la compétence du tribunal international du droit de la mer, prévue à l'article 292, pour les questions relatives à la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire ou la prompte mise en liberté de son équipage.

2. La République socialiste soviétique d'Ukraine déclare que conformément à l'article 298 de la Convention, elle n'accepte aucune des procédures obligatoires aboutissant à des décisions obligatoires en ce qui concerne les différends relatifs à la délimitation de zones maritimes, les différends relatifs à des activités militaires 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 ».

⁵⁰ Déclaration de République socialiste soviétique d'Ukraine formulée lors de la ratification de la CNUDM, le 26 juillet 1999, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_fr#EndDec consultée le 26 août 2020 : *« 2. L'Ukraine déclare que, conformément à l'article 298 de la Convention, elle n'accepte aucune des procédures obligatoires aboutissant à des décisions contraignantes en ce qui concerne les différends relatifs à la délimitation des zones maritimes, les différends qui portent sur des baies ou des titres historiques et les différends relatifs à des activités militaires, sauf disposition contraire de traités internationaux conclus par l'Ukraine avec les États intéressés »*, nous soulignons.

ÉTUDES

la compétence de tribunaux arbitraux formés en vertu de la partie XV de la CNUDM, notamment dans l'affaire *mer de Chine méridionale*⁵¹.

Toutefois, dans la présente affaire, les parties sont en désaccord sur l'applicabilité des déclarations au différend qui les oppose. La Russie considère que le différend porte sur des activités militaires, ce qui exclut la compétence du Tribunal arbitral et, par ricochet celle du TIDM. En revanche, l'Ukraine considère que le différend porte sur des actes d'exécution forcée, que les parties n'ont pas exclus dans leurs déclarations respectives. Pour donner raison à l'Ukraine sur ce point et établir sa compétence, le TIDM se fonde sur une interprétation très restrictive de la notion d'activités militaires.

II.2. L'interprétation restrictive de la notion d'activités militaires

Le TIDM écarte l'application de la réserve relative aux activités militaires, non sans provoquer de vives contestations, tant entre les juges⁵² qu'à l'extérieur, notamment de la part des États et de la doctrine. J. Kraska estime par exemple que

« *The ITLOS order is an effort to make Russia accountable for its aggression against Ukraine, which is a laudable goal. But in doing so, the Tribunal has eviscerated the military activities exemption* »⁵³.

Pour arriver à cette conclusion, le TIDM rejette le fait d'être lié par la qualification des parties et refuse d'appliquer le critère organique pour définir des activités militaires. Au contraire, il adopte explicitement le critère de la nature de l'opération.

En effet, dans un premier temps le TIDM refuse de se fier aux déclarations des parties, notamment celles de l'Ukraine qui, au lendemain de l'incident, avait invoqué le droit de légitime défense⁵⁴, l'applicabilité des Conventions de Genève et réclamé que ses marins soient traités comme des prisonniers de guerre⁵⁵, indiquant une coloration militaire à tout le moins. Les qualifications antérieures des parties seraient-elles alors inopérantes ? Il ne semble pas que l'on puisse aller aussi loin dans la mesure où les juges se servent de ces qualifications et du comportement de l'État comme des indices pour procéder à une qualification d'ensemble de la nature de l'opération. Dès lors, le TIDM s'appuie sur le fait que la Russie ait utilisé une infraction de droit commun pour poursuivre les militaires ukrainiens, par opposition à une infraction de type militaire⁵⁶. Le Tribunal arbitral dans la Sentence *mer de Chine méridionale* a également, dans une certaine mesure, utilisé l'absence de qualification par la Chine d'une opération comme étant militaire pour

⁵¹ Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Award on Jurisdiction and Admissibility, *The South China Sea Arbitration* (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), 29 October 2015, PCA Case N° 2013-19.

⁵² Voir les opinions et déclarations des juges : Déclaration du juge Kittichaisaree ; Déclaration de la juge Lijnzaad ; Opinion individuelle du juge Jesus ; Opinion individuelle du juge Lucky ; Opinion individuelle du juge Gao ; Opinion dissidente du juge Kolodkin.

⁵³ J. Kraska, « Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298? », *EjilTalks !*, 27 May 2019.

⁵⁴ Voir les déclarations de l'Ukraine au CS dans lesquelles elle invoque le droit de légitime défense, 26 novembre 2018, CS/13601.

⁵⁵ CEDH, Communiqué de presse, « *La CEDH pose des questions au gouvernement russe après avoir reçu une nouvelle requête interétatique introduite par l'Ukraine relativement aux événements qui ont eu lieu en mer d'Azov* », CEDH 412 (2018) 30.11.2018 : les autorités ukrainiennes « *Il a demandé également que ces marins soient traités comme des prisonniers de guerre conformément à la troisième Convention de Genève de 1949 et qu'ils soient rapatriés sans délai* ».

⁵⁶ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §76.

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

justifier de ne pas retenir l'exception issue de l'art. 298. La jurisprudence internationale reste donc ambiguë sur ce point et l'ordonnance du TIDM ne contribue en rien à l'éclaircir.

Dans un second temps, le TIDM rejette le critère organique, à savoir la nature des navires et des équipages. Le Statut militaire des navires ukrainiens en cause dans l'incident n'est pas contesté - deux navires de guerre et un navire gouvernemental utilisé pour un service public -. De la même manière, le statut des équipages ne fait guère de difficulté : il s'agit de militaires, donc d'agents de l'État ukrainien. Les navires russes impliqués sont également des navires gouvernementaux, appartenant au corps des garde-côtes qui dépend de la marine. Toutefois, le fait que les navires en cause soient des navires de guerre au sens de la Convention ne suffit pas à qualifier le différend de « *différend de nature militaire* ». En effet, selon le TIDM, « *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* »⁵⁷, notamment car « *il n'est pas inhabituel aujourd'hui pour les États d'employer les deux types de navires en les faisant collaborer à diverses fonctions maritimes* »⁵⁸. Sans être décisif, le critère organique peut néanmoins être pertinent dans l'évaluation globale de la situation par le Tribunal. Il a d'ailleurs été utilisé par le Tribunal arbitral dans l'affaire *mer de Chine méridionale*, qui a retenu, pour d'autres faits, la qualification d'activités militaires et donc exclus sa compétence au sujet d'incidents entre la marine des Philippines et des navires gouvernementaux chinois dont certains appartenaient aux forces armées. Pour le Tribunal le fait que les navires chinois ne soient pas tous des navires de guerre ne remettait pas en cause la nature militaire de l'opération dans la mesure où étaient en cause « *the military forces of one side and a combination of military and paramilitary forces on the other, arrayed in opposition to one another* »⁵⁹. Toutefois, il est clair que si l'opération n'avait comporté aucun navire militaire d'un côté ou de l'autre, le Tribunal n'aurait pas conclu à la nature militaire de l'incident.

Le TIDM se prononce donc expressément en faveur de l'adoption du critère de la nature des activités afin d'identifier des activités militaires « *la distinction entre activités militaires et acte 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* »⁶⁰.

C'est donc l'opération que le TIDM doit qualifier, soit d'opération militaire ce qui exclut *prima facie* sa compétence (et celle du Tribunal arbitral), soit d'opération d'exécution forcée pour laquelle les États n'ont pas exclu la compétence des organes de règlement des différends.

Pour le TIDM, la cause spécifique de l'incident est le refus des autorités russes de permettre le passage dans le détroit de Kertch. Dès lors, l'opération menée par la Russie est liée au contrôle du détroit de Kertch et à la réglementation du passage des navires étrangers. Le différend porte donc sur les modalités de l'exercice du droit de passage, qui

⁵⁷ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., § 64.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Award on Jurisdiction and Admissibility, *South China Sea*, préc., § 1161.

⁶⁰ TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., § 66.

ÉTUDES

n'est pas de nature militaire⁶¹ dans la mesure où il s'applique à tous les navires⁶². Ainsi : « *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* »⁶³.

Ce n'est pas la première fois qu'un tribunal international est confronté à cette question délicate de la frontière entre l'emploi de la force militaire et l'emploi de la force policière en mer. Dans l'affaire du différend entre le Guyana et le Suriname, le Tribunal arbitral avait été confronté à des arguments opposés des parties. Il était question d'une opération menée par la marine surinamaïse dans une zone maritime disputée contre une plateforme pétrolière et un navire d'une compagnie pétrolière canadienne bénéficiant d'une concession octroyée par le Guyana. Considérant qu'ils opéraient dans une zone sous juridiction du Suriname, les autorités surinamaïses avaient ordonné au navire privé de quitter la zone sous 12h, laissant entendre que passé ce délai un emploi de la force serait envisagé. Le Guyana alléguait la violation de l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies, donc une menace d'employer la force armée de nature militaire. À l'inverse, le Suriname considérait qu'il ne s'agissait que d'une opération de police et que, en conséquence, l'article 2 de la Charte n'était pas applicable : « *Suriname takes the position that exercise of coastal jurisdiction does not amount to armed force* »⁶⁴.

Le Tribunal arbitral reconnaît qu'en droit international la force puisse être utilisée dans le cadre d'activités de police ou d'exécution forcée⁶⁵ et est sur ce point en phase avec le TIDM dans l'affaire qui nous occupe. Toutefois, dans l'affaire de 2007, le Tribunal conclut de la manière suivante, sans explication sur les raisons de ce choix et les critères utilisés :

*« in the circumstances of the present case, this Tribunal is of the view that the action mounted by Suriname on 3 June 2000 seemed more akin to a threat of military action rather than a mere law enforcement activity »*⁶⁶.

Pourtant, il s'agissait d'une opération dont le caractère « militaire » semblait moins marqué que celle menée dans le détroit de Kertch puisque visant des navires privés soupçonnés de se livrer à une activité économique interdite. Ces affaires mettent en lumière une absence de consensus entre juges et arbitres internationaux sur ce qui constitue une activité militaire.

Bien que contestée, cette position du TIDM a été renforcée par la sentence arbitrale du 21 février 2020 prononcée dans l'*Affaire des droits de l'État côtier dans la mer noire, dans la mer d'Azov et dans le détroit de Kertch*, qui rejette à son tour l'exception soulevée

⁶¹ « *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* », TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §. 68.

⁶² TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens*, préc., §72

⁶³ *Ibid.*, §74

⁶⁴ Arbitral Tribunal constituted pursuant to article 287, and In accordance with annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the matter of an arbitration between *Guyana and Suriname*, Award, 17 September 2007, case n°2004-04, §270.

⁶⁵ « *The Tribunal accepts the argument that in international law force may be used in law enforcement activities provided that such force is unavoidable, reasonable and necessary* », Award, *Guyana v. Suriname*, préc., §445.

⁶⁶ *Ibid.* § 518

TIDM ET IMMOBILISATION DE TROIS NAVIRES UKRAINIENS

par la Russie⁶⁷. En effet, le Tribunal arbitral apporte trois éléments essentiels au débat. Le premier est lié à l'existence d'un conflit armé préalable. Le Tribunal considère que celui-ci n'emporte pas automatiquement la qualification d'« activités militaires » :

« *The Arbitral Tribunal considers that the military activities exception is not triggered in the present case simply because the conduct of the Russian Federation complained of by Ukraine has its origins in, or occurred against the background of, a broader alleged armed conflict. Rather, in the Arbitral Tribunal's view, the relevant question is whether "certain specific acts subject of Ukraine's complaints" constitute military activities* »⁶⁸.

Le second est la confirmation de l'adoption du critère de la nature de l'opération, au détriment du critère organique seul (§333 et s.) et le troisième porte sur les relations entre emploi de la force armée et qualification d'activités militaires. Pour le Tribunal arbitral, l'usage de la force ne suffit pas pour qualifier une opération de « militaire », notamment s'il a pour objectif la mise en œuvre d'activités non militaires, telles que les activités économiques :

« *Taking into account this larger context, the Arbitral Tribunal finds that the use of physical force alleged by Ukraine does not turn the dispute into one concerning military activities; rather such alleged force appears to have been directed towards maintaining civilian activities such as the exploitation of hydrocarbons and fisheries* »⁶⁹.

Cette dernière décision conforte la position du TIDM dans la mesure où l'exercice du droit de passage entre dans la catégorie des activités non militaires. Dès lors, l'usage de la force dans le cadre de sa réglementation ne tomberait pas sous le coup de la qualification d'activités militaires.

*

* *

Courte et pourtant très riche, l'ordonnance du TIDM, dans l'affaire relative à l'immobilisation de trois navires ukrainiens, soulève, sans pour autant les trancher, un nombre important de questions essentielles en droit de la mer. Elles concernent la compétence des tribunaux en charge de trancher les différends issus de l'application de la CNUDM mais portent en elles des interrogations plus générales en droit international, comme celles de la qualification d'une activité militaire ou d'une activité de police. L'affaire, au fond, devrait-elle aussi contenir son lot de pépites juridiques ? L'espoir est permis !

⁶⁷ Award concerning the preliminary objections of the Russian Federation, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait*, préc., § 341 : « For the above reasons, the Arbitral Tribunal rejects the Russian Federation's objection based on the military activities exception under Article 298, paragraph 1, subparagraph (b), of the Convention ».

⁶⁸ *Ibid.*, § 331.

⁶⁹ *Ibid.* § 336.