



### OBSERVATOIRE SUR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE N. 2/2014

#### 2. LE DIFFEREND MARITIME ENTRE LE PEROU ET LE CHILI ET L'EXISTENCE D'ACCORDS TACITES EN DROIT INTERNATIONAL

##### [Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime \(Pérou c. Chili\)](#)

Le différend tranché par la Cour dans son arrêt du 27 janvier 2014 concerne la délimitation entre les zones maritimes dans l'océan Pacifique du Pérou et du Chili. Les parties avaient adopté deux positions diamétralement opposées. Le Pérou, soutenant qu'il n'existait pas de frontière maritime convenue avec le Chili, priait la Cour de procéder à la délimitation maritime en utilisant la méthode de l'équidistance. Le Chili considérait au contraire que la déclaration de Santiago de 1952 avait établi une frontière maritime internationale suivant, sur une distance d'au moins 200 milles marins, le parallèle de latitude passant par le point de départ de la frontière terrestre le séparant du Pérou (arrêt, Croquis n. 2, p. 16).

Le tracé de la frontière établi par la Cour est composé de trois segments ayant une orientation différente. Le segment initial suit, en direction de l'ouest, le parallèle de latitude passant par la borne frontière n. 1 et il s'étend jusqu'au point A, situé à une distance de 80 milles marins. La frontière se poursuit, en direction du sud-ouest, jusqu'au point B le long de la ligne équidistante des côtes du Pérou et du Chili. Entre le point B et le point C, la frontière se poursuit, en direction du sud, jusqu'à la limite des 200 milles marins calculée depuis les lignes de base des mers territoriales du Pérou et du Chili (arrêt, Croquis n. 4, p. 66).

Deux questions méritent, à notre avis, une attention particulière.

##### *1. La compétence de la Cour*

Le Pérou invoquait, pour fonder la compétence de la Cour, l'article XXXI du Pacte de Bogotá de 1948 (arrêt, par. 1). Ce qui frappe est l'absence dans l'arrêt de tout établissement préalable et explicite de la compétence juridictionnelle de la Cour. Il est vrai que la compétence de la Cour *sur le différend maritime* ne semblait pas faire l'objet d'un désaccord entre les parties. A cet égard, une seule affirmation se retrouve dans la partie V de l'arrêt concernant le point de départ de la frontière maritime convenue : « La compétence de la Cour pour connaître de la question de la frontière maritime n'est pas

contestée » (arrêt, par. 163).

En effet le Chili ne contestait pas la compétence de la Cour (dupliche du Chili, p. 20, par. 2.3 : « Si le Chili avait été d'avis qu'un accord relatif à une frontière maritime avait été définitivement conclu en 1947, il aurait contesté la compétence de la Cour étant donné qu'un tel accord aurait été antérieur au pacte de Bogotá de 1948 »). Il précisait en revanche qu'étaient soustraites à la compétence de la Cour les questions concernant la frontière terrestre (contre-mémoire du Chili, par. 1.61-1.72).

La question de la compétence de la Cour se posait alors pour l'emplacement du point de départ de la frontière maritime : selon le Pérou, ce point devait correspondre au point terminal de la frontière terrestre (requête du Pérou, par. 11). Or, la frontière terrestre entre les deux Etats est établie par le traité de Lima de 1929 et, selon le Chili, l'article VI du Pacte de Bogotá s'opposait à ce que la Cour se prononce sur la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre, cette frontière étant régie par un accord en vigueur entre les parties à la date de la signature du Pacte de Bogotá (contre-mémoire du Chili, par. 1.66).

Ce qui explique pourquoi la Cour a eu besoin de préciser que la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre ne lui était pas posée, qu'elle se limitait à établir l'emplacement du point de départ de la frontière maritime, que sa compétence sur la frontière maritime n'était pas contestée (arrêt, par. 163) et que le point de départ de la frontière maritime aurait pu ne pas coïncider avec le point terminal de la frontière terrestre (arrêt, par. 175). A cet égard, la Cour a conclu que le point de départ de la frontière maritime est constitué par la « borne n. 1 » (arrêt, par. 174), en rejoignant la thèse avancée par le Chili (contre-mémoire du Chili, par. 1.65).

Reste le désaccord des parties sur l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre et sur sa coïncidence avec le point de départ de la frontière maritime. La Cour aurait-elle été compétente à trancher la question de l'emplacement du point de départ de la frontière maritime en cas de coïncidence avec le point final de la frontière terrestre ?

La position du Pérou à cet égard, selon laquelle la Cour aurait pu se prononcer sur le point terminal de la frontière terrestre, reposait sur deux arguments, pour la vérité, peu concluants. Le Pérou se référait, en premier lieu, à la décision concernant le différend entre Nicaragua et Colombie (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 2007*, par. 66, 88 et 97) pour montrer que la Cour peut être compétente à trancher des questions qui n'ont pas été « réglées » par un traité conclu en 1928 (réplique du Pérou, par. 1.15). Toutefois, cet argument peut difficilement s'appliquer à la question de l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre entre Pérou et Chili qui est explicitement réglée à l'article 2 de l'accord de 1929 (arrêt, par. 153 et dupliche du Chili, par. 2.196). Le Pérou ajoutait une interprétation particulière de l'article VI du Pacte de Bogotá selon laquelle la disposition priverait la Cour du pouvoir de se prononcer sur des accords conclus avant le Pacte, sans pour autant la priver du pouvoir de les *interpréter* (réplique du Pérou, par. 1.16-1.17). S'il est évident que la Cour peut interpréter des accords antérieurs au Pacte de Bogotá à fin d'établir sa propre compétence (dupliche du Chili, par. 2.198), l'argument du Pérou entraîne tout de même le risque de priver l'article VI du Pacte de tout effet utile.

Une expression en faveur de la coïncidence des deux points se retrouve dans l'opinion dissidente commune des juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña (« It seems logical to infer from paragraph IV [of the Santiago Declaration] that the parallel passing through the endpoint of the land frontier on the continental coastline between adjacent

States also marks the boundary between the maritime zones relating to the respective continental coasts of the same States », par. 7). Mais seul le juge Gaja a voté contre la décision de la majorité en ce qui concerne l'emplacement précis du point de départ de la frontière maritime (déclaration du juge Gaja, par. 3-4).

A propos de la compétence de la Cour nécessaire pour établir un point de départ de la frontière maritime qui correspondrait au point terminal de la frontière terrestre, le juge Gaja a observé que le Pacte de Bogotá « would preclude a decision by the Court which would have the object of determining where the land frontier runs. However, it does not prevent the Court from referring to that Treaty for the purpose of defining the starting-point of the maritime boundary » (déclaration du juge Gaja, par. 2). La différence est subtile mais essentielle pour affirmer la compétence de la Cour. La coïncidence entre l'emplacement du point terminal de la frontière terrestre et celui du point de départ de la frontière maritime n'efface pas la distinction entre les deux questions, la première étant préjudicielle par rapport à la seconde. La Cour, qui n'est saisie que de la seconde, serait néanmoins compétente à se prononcer sur la première et donc à interpréter l'accord de 1929 du moment que cette décision ne ferait pas partie de la chose jugée. Autrement, la coïncidence entre les deux questions, réglées par deux accords l'un antérieur et l'autre postérieur à la signature du Pacte de Bogotá, finirait par priver la Cour de la compétence que les parties ont voulu lui attribuer sur la base de l'accord postérieur.

## *2. Les critères permettant de conclure à l'existence d'un accord tacite en droit international*

Le tracé composite établi par la Cour se justifie par le fait qu'elle ait conclu qu'entre le Pérou et le Chili un accord tacite était intervenu pour délimiter les premiers 80 milles marins de leur frontière maritime (arrêt, par. 24-151), alors que le deuxième segment de la frontière a été établi par la Cour – en l'absence d'accord entre les parties – sur la base du critère de l'équidistance et de la méthode que la Cour applique régulièrement pour tracer des frontières maritimes (arrêt, par. 177-194).

En particulier, l'arrêt de janvier 2014 examine dans le détail les proclamations unilatérales des parties de 1947, la déclaration de Santiago de 1952, les divers accords de 1954 ainsi que les arrangements de 1968-1969 relatifs aux phares pour conclure qu'aucun de ces actes ne fixe une frontière maritime entre le Pérou et le Chili. Toutefois, la formulation de l'accord de 1954 reconnaît clairement « qu'une frontière maritime exist[ait] déjà » (arrêt, par. 90). En particulier, cet accord « a pour effet de consacrer » l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili visant leur frontière maritime (arrêt, par. 91). Quant à l'étendue de la frontière maritime ainsi convenue, la Cour conclut qu'elle « s'étendait sur une distance de 80 milles marins le long du parallèle à partir de son point de départ » (arrêt, par. 151). Cette étendue correspondant à « la distance à laquelle les Parties avaient, à l'époque, la capacité d'exploiter les ressources de la mer et de prendre des mesures d'exécution » (arrêt, par. 149).

La décision de la Cour aborde donc une question qui n'est pas nouvelle – celle de l'existence d'un accord international tacite – mais qui s'avère très délicate. Ce qui explique son intérêt pour les Etats toujours soucieux de préserver leurs pouvoirs souverains et de ne voir établir leur consentement tacite trop facilement. La Cour, pleinement consciente de ce souci, avait déjà eu l'occasion de préciser : « Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé

facilement. Une ligne *de facto* pourrait dans certaines circonstances correspondre à l'existence d'une frontière convenue en droit ou revêtir davantage le caractère d'une ligne provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il y avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale » (*Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, *CIJ Recueil* 2007, par. 253).

La question se pose alors de comprendre si la Cour disposait en effet d'éléments si convaincants pour conclure à l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili ayant le contenu indiqué. Les opinions des juges montrent combien les positions étaient partagées sur deux aspects principaux : les critères permettant d'établir avant tout l'existence même et ensuite le contenu de l'accord tacite entre le Pérou et le Chili.

a) L'existence même de l'accord tacite

L'approche de la Cour paraît assez prudente en ce qui concerne l'établissement de l'existence même de l'accord tacite entre Pérou et Chili. Si « le libellé des proclamations de 1947 ainsi que leur caractère provisoire ne permettent pas de les interpréter comme reflétant une manière commune, de la part des Parties, d'envisager la délimitation maritime » (arrêt, par. 43), la Cour a considéré que la déclaration de Santiago de 1952 laisse « supposer que les Etats parties ont pu, dans une certaine mesure, partager une manière commune et plus générale d'envisager la question de leurs frontières maritimes » (arrêt, par. 69). Ce qui ne veut pas encore dire s'accorder sur une frontière maritime précise. Ce sera la formulation de l'article 1<sup>er</sup> de l'accord de 1954 relatif à une zone frontière maritime spéciale à convaincre la Cour que les parties avaient de quelque manière trouvé un accord sur leur délimitation maritime (arrêt, par. 90). La disposition se lit comme suit : « Une zone spéciale est créée par le présent accord à une distance de [*a partir de*] 12 milles marins de la côte et avec une largeur de 10 milles marins de part et d'autre du parallèle qui constitue la frontière maritime [*el límite marítimo*] entre les deux pays ». Force est d'en déduire que, à partir de 12 milles marins de la côte, la frontière maritime entre le Pérou et le Chili doit nécessairement suivre le parallèle (arrêt, par. 91).

En d'autres termes, ce que la Cour décrit est un processus de rapprochement progressif de la « manière d'envisager la délimitation maritime » des deux Etats aboutissant à un accord tacite dont l'existence même est « consacrée » par l'accord de 1954. L'existence de l'accord tacite paraît alors établie de façon rigoureuse. Elle repose sur des manifestations explicites de la volonté des parties, des manifestations qui sont tout à fait « convaincantes » et par conséquent conformes au niveau de la preuve requis par la jurisprudence de la Cour.

Encore que certaines critiques aient été avancées à cet égard. Si l'on fait exception des juges qui ne partagent pas l'interprétation textuelle de l'accord de 1954 retenue par la Cour (opinion individuelle du juge Owada, par. 12 et 15) ou qui considèrent que l'acceptation d'une frontière maritime le long du parallèle ne trouve pas son fondement dans un accord tacite mais plutôt dans « specific treaty commitments undertaken by the Parties in 1952 and 1954, which in turn are related to the meaning and extent of the 1947 Proclamations » (opinion individuelle du juge Orrego Vicuña, par. 6 ; voy. aussi l'opinion dissidente commune aux juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña, par. 35), la décision concernant l'existence d'un accord tacite entre le Pérou et le Chili a été critiquée principalement à cause du fait que l'intention des parties ne ressortait pas suffisamment des éléments pris en compte par la Cour.

Certaines positions sont radicales : « nothing about the Parties' conduct or practice in

the relevant period indicates that they reached a common understanding on the limits of their respective maritime spaces » (déclaration du juge Sepúlveda, par. 9). D'autres arguments, plus nuancés, se concentrent sur des éléments spécifiques.

En particulier, le but spécifique et limité de l'accord de 1954 ne permettrait pas d'en déduire une intention des parties de procéder à une délimitation maritime définitive (déclaration du juge Sepúlveda, par. 6 et 10 ; opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 9). Pour la même raison, la délimitation à laquelle renvoie l'article 1<sup>er</sup> de cet accord pourrait être provisoire et ne pas avoir une vocation générale (opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 12). L'objet et le but de l'accord de 1954 ne sont toutefois pas à confondre avec l'intention des parties de délimiter tacitement leur frontière maritime. Le premier a certes un objet tout à fait limité, mais il ne s'agit que d'un élément, bien que « décisif » (arrêt, par. 91), permettant de conclure à l'existence de la seconde. L'existence de l'accord tacite ressort aussi de la pratique ultérieure des parties, telle que les arrangements de 1968-1969 (arrêt, par. 99) ou le mémorandum Bákula (arrêt, par. 141).

Le fait que la Cour fonde l'existence de l'accord tacite sur plusieurs instruments permet de partager l'affirmation qui se voudrait critique selon laquelle : « it is only through the scrutiny of years of relevant State practice that it is possible to discern the existence of an agreed maritime boundary of a specific nature and extent between the Parties » (déclaration du juge Sepúlveda, par. 16).

Plus spécifique est le propos selon lequel, si l'intention des parties avait été de conclure un accord tacite, elles en auraient plaidé l'existence devant la Cour (opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 3). Ce qui revient tout de même à écarter la position du Chili qui soutenait l'existence d'un accord sur la délimitation maritime (fondée sur la déclaration de Santiago de 1952). Or, la Cour ne s'est jamais considérée comme liée par les arguments avancés par les parties, qui auraient pu avoir tout intérêt à ne pas manifester l'existence d'un accord visant leur délimitation maritime. *Iura novit curia*.

Bien plus douteuse est la définition de la Cour du contenu de l'accord tacite entre Pérou et Chili.

#### b) Le contenu de l'accord tacite

Quant au contenu de l'accord tacite entre le Pérou et le Chili, la Cour conclut que la frontière maritime a vocation générale (arrêt, par. 102) et qu'elle s'étend jusqu'à 80 milles marins de la côte le long du parallèle à partir de son point de départ (arrêt, par. 151). A défaut de toute indication concernant l'étendue de la frontière maritime dans les instruments qui impliquent un accord tacite sur son existence (arrêt, par. 91), la Cour déduit le contenu de cet accord de la pratique des deux Etats mais aussi de l'évolution du droit de la mer.

En ce qui concerne en premier lieu la pratique pertinente, la décision contient une affirmation de principe tout à fait partageable selon laquelle la Cour doit prendre en considération un « contexte plus large » qui ne se limite pas à la pratique des Etats en matière de pêche (arrêt, par. 103). En réalité, la Cour déduit le contenu de l'accord tacite de la seule pratique concernant les activités halieutiques et les mesures de répression des infractions en matière de pêche. A son avis, sont sans pertinence ou intérêt particulier aux fins de la délimitation maritime la pratique législative des parties (arrêt, par. 119-122), le protocole d'adhésion de 1955 (arrêt, par. 123-125), les arrangements de 1968-1969 (arrêt, par. 130), les négociations avec la Bolivie (arrêt, par. 131-133), les positions des parties au cours de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (arrêt, par. 134-

135), le mémorandum Bákula (arrêt, par. 136-142), ainsi que la pratique postérieure à 1986 (arrêt, par. 143-148).

Par conséquent, la pratique que la Cour considère pertinente à la définition du contenu de l'accord tacite paraît trop limitée et révèle – à la différence de l'analyse de l'existence même de l'accord tacite – une certaine confusion entre les éléments permettant de prouver l'étendue de la délimitation maritime et les éléments qui montrent la zone d'application effective d'accords ayant un objet spécifique.

Ce qui s'explique difficilement est la raison pour laquelle une pratique concernant essentiellement des activités de pêche ne s'étendant pas au-delà de 60 milles marins devrait nécessairement impliquer que la frontière maritime ne s'étend pas au-delà de cette limite latérale (arrêt, par. 111 et 149 ; voy. à cet égard l'opinion dissidente du juge Sebutinde, par. 14). Autrement dit, que les activités concernant la pêche fussent limitées à une distance de 60 milles marins de la côte dans les années 1950 ne veut pas dire que, dans l'intention des parties, la frontière maritime ne s'étendît pas au-delà de cette limite.

La critique la plus fréquente dans les opinions des juges est en effet que la Cour aurait dû prendre en considération une pratique bien plus vaste pour respecter le niveau de la preuve requis par sa jurisprudence en matière d'accord tacite (voy. déclaration du juge Donoghue, déclaration du juge Guillaume, par. 10-13, déclaration du juge Skotnikov, par. 5-6). En particulier, l'on observe que l'étendue de la frontière maritime ne peut dépendre des activités liées à la pêche (déclaration du juge Tomka, par. 2, opinion individuelle du juge Owada, par. 24). Si l'objet limité de l'accord de 1954 ne prive pas la déduction de l'existence de l'accord tacite de sa valeur, à plus forte raison l'étendue de la frontière maritime ne peut dépendre de la seule pratique d'application de cet accord.

On notera en passant que tout à fait étrange est la limite latérale de la frontière maritime suivant le parallèle à laquelle la Cour est parvenue : 80 milles marins. Lors de l'examen de la pratique la Cour vérifie systématiquement que les activités pertinentes des Etats se sont déroulées dans un rayon de 60 milles marins de la côte (arrêt, par. 108, 117, 128, 147). Pourquoi alors conclure que le premier segment de la frontière atteint un point à 80 milles marins de la côte ?

Plus en général, on peut se demander si la pratique pertinente à la définition du contenu d'un accord tacite est seulement la pratique contemporaine à la conclusion de cet accord ou si la pratique postérieure devrait également être prise en compte. La Cour accorde un rôle décisif à la pratique contemporaine à la conclusion de l'accord, alors que selon le droit des traités la pratique successive peut tout à fait intégrer des engagements antérieurs. L'étendue de la frontière maritime entre le Pérou et le Chili, initialement limitée à 60 milles marins, pourrait alors par la suite s'avérer allant au-delà de la limite initiale s'il est vrai, entre autres, que, sans aucune protestation du Pérou, à partir de 1996 le Chili a arraisonné des navires avec une certaine fréquence au-delà de 60 milles marins (arrêt, par. 147).

Un deuxième aspect doit retenir notre attention : le critère employé par la Cour pour définir le contenu de l'accord tacite. Si l'existence de l'accord tacite se fondait sur l'intention des parties, manifestée dans l'accord de 1954 et d'autres instruments (arrêt, par. 40 : « cette méthode ne suffit pas à démontrer l'*intention claire*, de la part des Parties, de faire correspondre leur frontière maritime future à un parallèle », c'est nous qui soulignons), pour la Cour le contenu de l'accord tacite découle essentiellement de la pratique des parties. Une pratique bien limitée, comme l'on vient de noter.

Ce glissement du critère de l'intention au critère de la pratique n'est pas soi

dérangeant. L'accord tacite se déduit normalement d'actes concluants. Mais la pratique – ou ces actes concluants – devraient être pris en compte pour prouver quelle était la volonté commune, donc l'accord, des parties. Si les activités liées à la pêche montrent que l'accord tacite vise une frontière maritime s'étendant « au moins jusqu'à la distance de la côte correspondant, à l'époque considérée, aux activités en question » (arrêt, par. 103), au-delà de 80 milles marins l'intention des parties de faire poursuivre la frontière le long du parallèle pourrait ressortir de leurs revendications identiques à une zone maritime de 200 milles marins, des revendications tout à fait explicites et constantes (arrêt, par. 37, 38, 49, 77, 119, 122, 125).

Certains juges ont mis en exergue la nécessité de définir le contenu de l'accord tacite sur la base des « claims » des parties plutôt que d'une pratique limitée aux activités liées à la pêche (voy. déclaration du juge Tomka, par. 2, opinion individuelle du juge Orrego Vicuña, par. 14, mais aussi l'opinion dissidente commune des juges Xue, Gaja, Bhandari et Orrego Vicuña, par. 7, 9, 23, 24).

Enfin, lors de l'établissement du contenu de l'accord tacite la Cour accorde une importance toute particulière à l'évolution du droit international en matière de droits souverains sur les eaux baignant les côtes des Etats. Dans les années 1950, « la proposition [...] qui a été le plus près d'être acceptée sur le plan international était celle qui prévoyait une mer territoriale de six milles marins, à laquelle s'ajoutait une zone de pêche de six milles marins [...] la notion de zone économique exclusive de 200 milles marins 'allait encore mettre de longues années à s'imposer' » (arrêt, par. 116).

L'état incertain du droit international de l'époque ne peut vouloir dire que l'accord tacite, supposons allant jusqu'à 200 milles marins, était nul *ab initio* (déclaration du juge Tomka, par. 6). Ce qui reviendrait à introduire une nouvelle condition de validité des accords internationaux.

La conformité au droit international devrait servir, comme la pratique des Etats, à établir l'intention des parties. Alors la Cour voudrait-elle nous convaincre que les deux Etats n'auraient pas pu vouloir aller à l'encontre du droit international de l'époque ?

Cette conclusion est démentie par les accords de 1952 et de 1954. Si le droit international ne disciplinait pas (encore) la zone économique exclusive (donc les espaces allant jusqu'à 200 milles marins) il ne s'intéressait non plus aux espaces allant au-delà de 12 milles marins (arrêt, par. 116) alors que l'accord de 1954 visait à s'appliquer justement à une distance de la côte allant au-delà de 12 milles marins et l'accord de 1952 prévoyait une zone de 200 milles marins s'étendant autour des îles. Les engagements des parties de l'époque montrent que leur intention était bien d'assumer des obligations concernant des zones sur lesquelles elles ne pouvaient revendiquer aucun droit souverain (*idem*). L'on ne peut qu'exprimer de fortes perplexités sur une décision qui admet que les Etats puissent revendiquer des droits non conformes au droit international, mais qu'en même temps ils ne puissent pas passer un accord concernant ces droits.

BEATRICE I. BONAFÈ