



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 1/2022

1. DELIMITATIONS MARITIMES: L'AUTONOMIE DE LA COUR DANS LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DES ETATS TIERS

Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), fond

Le 12 octobre 2021 la Cour internationale de Justice a rendu son arrêt établissant la délimitation maritime entre Somalie et Kenya (« arrêt »). L'instance avait été introduite par la Somalie en 2014 suite à l'impossibilité de trouver une solution par la voie de négociation directe avec le Kenya aux revendications réciproques de souveraineté sur une vaste zone maritime riche en ressources halieutiques et potentiellement en hydrocarbures.

Le 2 février 2017 la Cour avait rejeté les objections préliminaires du Kenya en établissant sa compétence sur la base des déclarations des parties d'acceptation de sa juridiction obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. La crise diplomatique entre les deux pays avait atteint son pic début 2019 et le Kenya avait décidé de ne pas participer à la phase orale de la procédure sur le fond. Ceci n'a pas été d'obstacle à l'exercice de la fonction contentieuse de la Cour qui a défini la frontière maritime entre les parties dans son arrêt sur le fond de 2021.

Après avoir rappelé le contexte historique et géographique de l'affaire, la Cour s'est penchée dans une première partie de l'arrêt sur l'une des thèses principales du Kenya suivant laquelle la frontière entre les parties aurait été déjà convenue entre elles et aurait dû suivre le parallèle passant par 1° 39' 43,2" de latitude sud. La Cour a rejeté cette position n'ayant pas pu conclure que la Somalie avait acquiescé à une telle délimitation (arrêt, §80 et 89).

Quant à la définition de la frontière maritime entre les parties, la Cour a commencé par établir son point de départ, elle a ensuite tracé la ligne de délimitation de la mer territoriale pour se pencher ensuite sur la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental aussi bien en deçà qu'au-delà de 200 milles marins (« mm »).

La dernière partie de l'arrêt est dédiée aux allégations de la Somalie suivant lesquelles le Kenya aurait violé sa souveraineté et certains principes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. La Cour a conclu qu'elle n'était pas en mesure de déterminer qu'avant 2009 – date à laquelle le différend entre les parties s'était cristallisé – le comportement du Kenya était contraire à ses obligations internationales (*ibid.*, §203) et par conséquent que la responsabilité du Kenya était engagée (*ibid.*, §212).

L'aspect de cette décision qui retiendra notre attention est l'ajustement de la ligne de délimitation effectué à l'avantage du Kenya par la Cour sur la base de raisons d'équité et notamment à cause de la concavité qui caractériserait le « contexte géographique plus large », c'est-à-dire la côte de la Somalie, du Kenya et de la Tanzanie considérée dans son ensemble. La prise en compte de pays tiers lors des délimitations maritimes est conçue par la Cour comme une situation délicate parce qu'elle engendre des positions potentiellement en conflit : celle des parties qui s'opposent normalement aux intrusions dans « leur » différend, d'une part, et l'existence d'intérêts plus larges de tiers ou plus en général de bonne administration de la justice, d'autre part. En principe, l'équilibre entre ces positions est assuré par un élargissement des situations que la Cour elle-même serait capable, en toute liberté, de prendre en compte. Tout de même, la décision de 2021 suggère qu'il faut veiller à ce que cet élargissement de la discrétion de la Cour ne dépasse le point d'équilibre recherché entre ces intérêts divergents.

1. La délimitation entre Somalie et Kenya au-delà de la mer territoriale

En ce qui concerne plus particulièrement la zone économique exclusive et le plateau continental, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit, aux articles 74 et 83, que la délimitation maritime se fait « par voie d'accord conformément au droit international ... afin d'aboutir à une solution équitable ». La voie de l'accord a été écartée par la Cour, nous venons de le rappeler. Il fallait donc procéder à une délimitation par voie judiciaire.

À cet égard, la Cour a suivi la méthode qui est depuis 2009 (*Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009, p. 61*) désormais traditionnelle et à laquelle sa jurisprudence a recours avec une uniformité déclarée (arrêt, §123-125). Elle se caractérise par trois étapes: la première mène à la définition de la ligne provisoire d'équidistance, la deuxième consiste à vérifier l'existence de facteurs (« circonstances pertinentes») appelant un ajustement de cette ligne provisoire et la troisième implique la prise en compte du principe de proportionnalité pour s'assurer que la délimitation effectuée n'entraîne pas de disproportion marquée entre les parties.

Une fois identifiées les côtes et la zone pertinentes de la délimitation (*ibid.*, § 137 et 141), la Cour a pu tracer la ligne provisoire d'équidistance (*ibid.*, §146). Le Kenya a invoqué cinq circonstances pertinentes qui toutes justifiaient, à son avis, un ajustement de la ligne aboutissant à ce qu'elle suive le parallèle. La Cour a rejeté les trois allégations n'ayant pas de caractère géographique: les intérêts vitaux des parties en matière de sécurité, les conséquences néfastes pour les pêcheurs kényans et le comportement des parties en matière de concessions pétrolières (*ibid.*, §158-160). En revanche, elle a partiellement pris en compte les deux derniers arguments du Kenya visant 1) l'effet d'amputation que la ligne provisoire aurait produit sur ses espaces maritimes en deçà et au-delà des 200mm et 2) le contexte régional plus large justifiant un ajustement de la ligne provisoire. Ce qui a conduit la Cour à ajuster la ligne d'équidistance et à la déplacer en faveur du Kenya. Cette même ligne (ajustée) a été prolongée au-delà des 200 mm pour définir la frontière maritime entre les parties (*ibid.*, § 196).

2. L'ajustement de la ligne provisoire d'équidistance

Le facteur géographique qui a fourni à la Cour la raison principale pour procéder à l'ajustement de la ligne provisoire d'équidistance est la concavité de la côte entre Somalie, Kenya et Tanzanie. Cette concavité aurait produit un effet d'amputation potentielle des droits marins du Kenya étant contraire aux principes d'équité à la base de toute délimitation entraînant la nécessité d'un ajustement de la ligne provisoire.

La possibilité de prendre en compte l'effet d'amputation est largement reconnu par la jurisprudence internationale (de la Cour et d'autres tribunaux internationaux) comme « circonstance pertinente » aux fins de l'ajustement de la ligne provisoire d'équidistance (arrêt, § 162). Il en est de même pour la concavité du littoral qui a l'inconvénient de réduire l'espace marin du pays situé au centre d'une côte concave (*ibid.*, § 165-166). Toutefois, l'effet d'amputation découlant de la concavité de la côte a normalement été pris en considération seulement « dans le secteur à délimiter » (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 443, § 291) c'est-à-dire seulement si la concavité caractérisait la côte *des parties à l'instance*.

La nouveauté de la décision de 2021 est de définir l'existence d'un effet d'amputation dû à la concavité du littoral en prenant en considération le « contexte géographique plus large » (arrêt, §167), c'est-à-dire une côte allant au-delà de celle des parties et incluant celle d'*Etats tiers* pourtant totalement étrangers à la procédure. Voici la raison pour laquelle la côte prise en considération par la Cour est celle entre Somalie, Kenya et Tanzanie. En effet, la décision part de la constatation selon laquelle « aucune concavité n'apparaît » entre Somalie et Kenya (*ibid.*, §164) et reconnaît que ce littoral devient « incontestablement concave » seulement si l'on considère le contexte macro-géographique, notamment en ajoutant la côte tanzanienne (*ibid.*, §168). Pour la Cour il en découle que la ligne provisoire d'équidistance fournit une solution inéquitable car elle produit pour le Kenya une amputation de ses droits marins.

Cette nouveauté est problématique pour deux raisons principales. La première est la prise en compte de la position d'Etats tiers. Cette possibilité ne semble pas reposer sur la pratique judiciaire consolidée de la Cour ou d'autres tribunaux internationaux. La seconde est la condition de gravité qui doit être remplie pour que l'effet d'amputation soit pris en compte dans l'ajustement de la ligne provisoire.

Quant au premier aspect, bien que la décision de 2021 renvoie à plusieurs sentences arbitrales et précédents de la Cour, en réalité seul le tribunal arbitral qui s'est prononcé dans l'affaire de la *délimitation entre Guinée et Guinée-Bissau* avait affirmé pouvoir prendre en compte le contexte macro-géographique aux fins de la délimitation maritime (*Délimitation de la frontière entre la Guinée et la Guinée-Bissau, sentence arbitrale du 14 février 1985, RSA, vol. XIX*, § 103-110). Force est de rappeler tout de même que dans cette affaire le tribunal avait pris en considération aussi bien la direction générale de la côte africaine (le « littoral long ») qui était convexe et la direction de la côte entre les parties et l'Etat tiers, la Sierra Leone, (le « littoral court ») qui était concave (*ibid.*, § 108). En règle générale, le différend devrait être tranché sur la base de la seule position des parties, le tiers absent ne pouvant y jouer aucun rôle.

Les autres affaires qui ont effectivement pris en considération la concavité de la côte pertinente et son effet d'amputation ne concernaient pas des Etats tiers (voir notamment la décision du TIDM concernant le *différend relatif à la délimitation maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt du 14 mars 2012, §290-297 et *l'arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, *RSA vol. XXXII*, § 415-421). La valeur du précédent de la Cour dans l'affaire du *plateau continental de la mer du Nord* reste ambiguë: les affaires entre Allemagne et Danemark, d'une part, et entre Allemagne et Pays-Bas, de l'autre, demeuraient certes formellement

distinctes mais le déroulement de l'instance avait été joint, signe que les deux affaires portées à l'attention de la Cour méritaient un traitement unique aux fins de la bonne administration de la justice. Difficile alors d'en déduire que la Cour aurait dû ignorer la position des Pays-Bas dans le premier cas et, réciproquement, du Danemark dans le second. Revenant à l'affaire entre Somalie et Kenya, il est au contraire bien moins évident d'imaginer la pertinence de la position de la Tanzanie.

En ce qui concerne le second aspect, la décision de 2021 rappelle que le caractère «suffisamment grave» de l'effet d'amputation dû à la concavité du littoral est une condition indispensable pour procéder à l'ajustement de la ligne provisoire d'équidistance. La jurisprudence de la Cour et celle des tribunaux internationaux sont uniformes à cet égard (arrêt, § 170). Le TIDM dans le *différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)* a par exemple considéré que l'effet d'amputation au détriment de la Côte d'Ivoire n'était «pas, en soi, grave au point de nécessiter l'ajustement de la ligne d'équidistance provisoire» ([arrêt du 23 septembre 2017](#), § 425). L'on pourrait exprimer des doutes également sur la gravité de l'effet d'amputation concernant le Kenya, au-delà de l'effet déjà produit par l'accord bilatéral de délimitation que cet Etat a conclu avec la Tanzanie et qui reste, comme la Cour le reconnaît, *res inter alios acta* par rapport à la Somalie.

Ces critiques se retrouvent chez les juges qui n'ont pas partagé la décision de 2021 et qui ont avancé deux arguments principaux. D'un point de vue factuel, les juges doutent que dans les circonstances du cas d'espèce les conditions de l'effet d'amputation soient remplies (arrêt, [opinion du juge Abraham](#), § 11, 13-15, et [opinion du juge Yusuf](#), § 23-30). Par ailleurs, la prise en compte de la concavité de la côte plus large incluant des Etats tiers ne serait pas soutenue par la pratique judiciaire internationale en matière de délimitations maritimes (*ibid.*, § 31-48).

L'aspect qui nous intéresse ici n'est pas tellement la vérification de l'amputation effective dans le cas d'espèce, mais plutôt l'affirmation de principe selon laquelle la Cour peut prendre en compte la situation d'Etats tiers dans la délimitation entre d'autres parties. Ce pouvoir correspond à une tendance plus générale de la CIJ à garder une large autonomie dans la prise en compte des intérêts et de la position d'Etats autres que les parties, du moins dans le cadre des délimitations maritimes.

3. La prise en compte des Etats tiers par la Cour dans les délimitations maritimes

Cette autonomie sert principalement à contrebalancer la réticence de la CIJ à ouvrir la procédure contentieuse à la participation d'Etats tiers. Traditionnellement, la fonction contentieuse de la Cour internationale de Justice se caractérise par un bilatéralisme assez poussé. La procédure est elle-même conçue pour traiter des différends essentiellement bilatéraux. Les situations dans lesquelles le régime procédural du contentieux devant la Cour envisage la participation du tiers sont extrêmement limitées. Certes, les Etats tiers ne sont normalement pas disposés à participer ou intervenir dans une affaire portée devant la Cour par d'autres Etats, ne fût-ce que pour un sentiment de réciprocité qui les freine même s'ils sont impliqués dans ces affaires. Qu'il s'agisse d'une cause ou d'un effet, la jurisprudence de la Cour a interprété de manière très stricte les possibilités de participation en réduisant encore plus l'ouverture des prévisions du Statut (B. I. BONAFÉ, *La protezione degli Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, 2014). Trois exemples particulièrement significatifs peuvent être donnés ici.

Le premier concerne la possibilité d'intervention du tiers. En général, elle est déjà limitée car le Statut n'envisage que l'intervention pour la protection d'intérêts privés du tiers (article 62 du Statut de la Cour) et d'intérêts collectifs mais seulement sur la base de règles conventionnelles (article 63 du Statut) et non du droit international général. Dans la pratique les demandes d'interventions sont plus exceptionnelles que rares (14 au sens de l'article 62 et 8 au sens de l'article 63, depuis la création de la CPJI). La jurisprudence de la CIJ a interprété de manière très étroite les conditions devant être remplies pour que le tiers soit admis à intervenir, spécialement au sens de l'article 62. Le résultat est que dans l'histoire de la Cour et de sa devancière seules 3 demandes d'intervention au sens de l'article 62 et 3 déclarations d'intervention au sens de l'article 63 ont été admises.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'intervention dans les affaires de délimitation maritime la situation reste plutôt incertaine. Les Etats tiers ont typiquement demandé d'intervenir pour informer la Cour de leurs intérêts pour éviter qu'ils fussent affectés par la délimitation en cours. A l'occasion de deux premières affaires la Cour a rejeté les demandes d'intervention de Malte (*Plateau continental (Tunisie/Libye)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *CIJ Recueil* 1981, § 33) et de l'Italie (*Plateau continental (Libye/Malte)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *CIJ Recueil* 1984, § 28-37). En 1999 la demande de la Guinée équatoriale a été acceptée sans fournir de raisons particulières au changement radical de position de la Cour (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, requête à fin d'intervention, ordonnance, *CIJ Recueil* 1999, §13-16). En 2011 la demande du Costa Rica a été rejetée avec des argumentations de principe qui semblent exclure toute possibilité future d'intervention en tant que non-partie dans une délimitation maritime (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, requête du Costa Rica à fin d'intervention, arrêt, *CIJ Recueil* 2011, § 55-90). La Cour a considéré que le Costa Rica n'avait pas prouvé posséder un intérêt suffisamment qualifié, c'est-à-dire pouvant être affecté par la future délimitation entre les parties. Pour la Cour, le tiers est suffisamment protégé par l'article 59 de son Statut, d'une part, et par les instruments dont la Cour dispose pour que la délimitation n'atteigne pas l'Etat tiers intéressé (comme les flèches directionnelles), de l'autre. Quant à la demande du Honduras de pouvoir intervenir en tant que partie dans la même affaire, la Cour l'a rejetée puisque la position juridique de l'Etat tiers avait déjà été établie dans un arrêt de 2007 et, par conséquent, il n'avait pas montré avoir un intérêt légitime suffisamment qualifié (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, requête du Honduras à fin d'intervention, arrêt, *CIJ Recueil* 2011, § 61-70).

La jurisprudence rappelée montre tous les efforts de la Cour de protéger les parties à un différend, spécialement à une délimitation maritime, de l'intrusion éventuelle d'Etats tiers. Ces derniers ne peuvent alors que compter sur les assurances de la Cour qui se considère capable de protéger leurs intérêts même lorsqu'ils ne sont pas admis à intervenir. La solution envisagée pour pallier l'impossible participation du tiers à l'instance est alors l'extension de l'appréciation par la Cour d'intérêts *extra causam*. En d'autres termes, c'est l'élargissement de l'autonomie du juge dans la prise en considération de facteurs extérieurs au différend qui devrait garantir l'équilibre entre la position des parties et celle du tiers.

Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour concernant la jonction d'instances montre une tendance tout à fait similaire. D'une part, un formalisme assez poussé permet à la Cour de maintenir la séparation entre affaires qui sont identiques dans la substance à raison essentiellement de l'opposition des parties. C'est le cas des affaires du *plateau continental de la mer du Nord* évoquées plus haut ou des affaires *Lockerbie* (voir en particulier *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de*

Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt et *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. Etats-Unis)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 1998, déclaration commune des juges Bedjaoui, Guillaume et Ranjeva). S'oppose à la considération de l'unité de l'instance contentieuse un obstacle purement abstrait. Il s'en suit que dans la pratique judiciaire de la Cour la jonction d'instances a été possible seulement dans des circonstances tout à fait particulières. A défaut de jonction, la prise en compte des intérêts *extra causam* dépendra de l'appréciation de la Cour.

Troisièmement, le Règlement de la Cour contient un instrument très simple qui peut permettre d'ouvrir une instance à une certaine participation des tiers intéressés. Au sens de l'article 53 la Cour a le pouvoir d'accorder aux Etats tiers qui en feraient la demande l'accès aux pièces de procédure et aux documents annexés. La pratique montre un recours à cet instrument assez remarquable de la part des Etats tiers (B. I. BONAFÉ, *La protezione degli Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*, cit., p. 213-215). Mais encore une fois l'approche de la Cour va dans le sens d'accorder une priorité à la protection des parties avec le résultat que l'instance contentieuse reste inapprochable pour le tiers. L'accès aux documents des affaires est remis au consentement des parties, ce qui se traduit typiquement par l'exclusion de l'accès pendant toute la phase écrite alors que, par exemple, la demande d'intervention doit être soumise avant l'ouverture de la phase orale. C'est le cas aussi de l'affaire entre Somalie et Kenya. La Colombie avait soumis une demande au sens de l'article 53 du Règlement pour pouvoir avoir accès aux pièces de la procédure écrite. Toutefois, la demande a été rejetée : elle n'a pas été considérée comme « appropriée » par la Cour en raison de l'objection élevée par l'une des parties (arrêt, § 9).

4. L'autonomie de la Cour dans la prise en compte des Etats tiers

La décision de 2021 concernant la frontière maritime entre Somalie et Kenya doit être lue dans le contexte de prise en compte des positions des tiers que l'on vient de décrire. Alors que le tiers est formellement tenu à l'écart de la procédure contentieuse, la Cour se reconnaît une marge d'appréciation suffisamment large pour prendre en considération sa position dans la définition de la solution judiciaire.

Cette décision confirme que le contentieux en matière de délimitation maritime est conçu comme naturellement bilatéral, que la participation directe du tiers n'est certainement pas favorisée et que, pour contrebalancer cette situation, la Cour s'accorde une liberté considérable dans la prise en compte des intérêts et de la position d'Etats tiers à l'instance. L'équilibre entre la protection des parties et des absents est par conséquent laissée à l'œuvre spontanée de la Cour.

L'affaire concernant la délimitation entre Somalie et Kenya montre aussi que cette solution peut parfois mettre en cause l'équilibre voulu et qu'une participation directe du tiers pourrait être préférable à la libre considération du juge. Ce n'est pas tellement le cas de la Tanzanie qui est déjà liée au Kenya par un accord bilatéral définissant leur frontière maritime. Mais on ne peut pas exclure que dans d'autres circonstances la participation directe du tiers se rendrait préférable, si non nécessaire, ne serait-ce que parce que le tiers possède des informations sur sa position ou ses intérêts dont la Cour ne dispose pas et qui assureraient une meilleure administration de la justice entre les parties et indirectement vis-à-vis du tiers.

BEATRICE I. BONAFÉ