

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE PAIK

1. J'ai voté en faveur de la conclusion énoncée au paragraphe 6 du dispositif selon laquelle « le Ghana n'a pas enfreint l'article 83, paragraphes 1 et 3, de la Convention ». Toutefois mon vote appelle quelques explications, notamment au sujet de la question de savoir si le Ghana a enfreint l'article 83, paragraphe 3, de la Convention. Le paragraphe 6 répond à la conclusion finale 2 iii) de la Côte d'Ivoire, dans laquelle celle-ci prie la Chambre spéciale de « dire et juger que les activités unilatéralement entreprises par le Ghana dans *l'espace maritime ivoirien* [...] constituent une violation [...] de l'obligation de ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord, telle que prévue par l'article 83, paragraphe 3 de la CNUDM » [italique de l'auteur]. Si j'ai dû rejeter ce point des conclusions et voter en faveur du paragraphe susmentionné du dispositif, c'est uniquement parce que les activités entreprises par le Ghana ne se sont pas déroulées dans l'espace maritime ivoirien mais dans une zone attribuée au Ghana, comme la Chambre spéciale l'a indiqué au paragraphe 633 de l'arrêt. Cette raison de forme mise à part, j'émet de sérieuses réserves quant à la licéité des activités du Ghana dans la zone litigieuse au regard de l'article 83, paragraphe 3, de la Convention. Je considère également que les raisons avancées par la Chambre spéciale à l'appui de sa conclusion sont insuffisantes et peu convaincantes. J'aurais voté différemment s'il n'avait pas été fait mention de « l'espace maritime ivoirien » à la conclusion finale 2 iii) de la Côte d'Ivoire. Je me sens donc tenu de préciser mon opinion sur cette question.

2. L'article 83, paragraphe 3, de la Convention dispose :

En attendant la conclusion de l'accord visé au paragraphe 1, les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font tout leur possible pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif. Les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale.

Cette disposition énonce « la procédure applicable lorsqu'un accord n'est pas intervenu au titre du paragraphe 1 » (voir Myron H. Nordquist (dir.), *UNCLOS, 1982: a commentary*, vol. II, p. 952). Elle impose deux obligations aux Etats concernés : celle de faire tout leur possible pour conclure des arrangements provisoires de

caractère pratique et celle de ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif.

3. L'obligation « de ne pas compromettre ou entraver » constitue un devoir fondamental de retenue dans la zone litigieuse en attendant la conclusion dudit accord. Comme l'a dit le tribunal arbitral constitué en vertu de l'annexe VII dans l'affaire *Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, cette obligation est « un aspect important de l'objectif de la Convention que sont le renforcement des relations pacifiques et amicales entre les nations et le règlement pacifique des différends » (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, par. 465). Elle revêt également une dimension pratique importante puisqu'il existe un grand nombre de zones maritimes dans lesquelles les revendications d'Etats voisins sur un même plateau continental se chevauchent et que la conclusion d'un accord sur une frontière maritime prend habituellement un temps considérable. (Pour un examen de la pratique des Etats relative aux zones maritimes non délimitées, voir British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligations of States under Article 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas*, 2016). L'obligation prévue à l'article 83, paragraphe 3, de la Convention, bien que formulée en termes très généraux, offre toutefois aux Etats des différentes parties du monde des indications sur la conduite à tenir dans une zone maritime litigieuse durant une longue période de transition. Le présent différend était l'occasion pour la Chambre spéciale de préciser le sens de cette obligation. Au vu de son importance comme norme fondamentale et de son utilité pratique, la question de savoir comment l'obligation de ne pas compromettre ou entraver devrait être interprétée et appliquée aurait mérité un examen attentif, mais la réponse de la Chambre spéciale n'est pas à la hauteur de nos attentes.

4. Je suis d'accord avec la conclusion que la Chambre spéciale énonce aux paragraphes 627 et 629 de l'arrêt selon laquelle les deux obligations prévues à l'article 83, paragraphe 3, de la Convention constituent une obligation de comportement. Il s'agit d'obligations, pour reprendre les termes employés par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal, « de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum » pour obtenir le résultat escompté dans la

disposition (*Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif du 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, par. 110*).

5. Il est évident que l'obligation de ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif ne signifie pas l'interdiction complète des activités des Etats concernés dans la zone maritime litigieuse. Cet avis est corroboré tant par le texte de la disposition que par les travaux préparatoires. Lorsqu'un arrangement provisoire existe, on s'attend à ce que les activités se déroulent conformément à cet arrangement. Toutefois, en l'absence d'arrangement de ce type ou lorsqu'un arrangement provisoire ne couvre qu'une catégorie limitée d'activités, l'obligation de ne pas compromettre ou entraver revêt une importance toute particulière pour régler le comportement des Etats dans la zone à délimiter.

6. Quelles sont les actions qui compromettraient ou entraveraient la conclusion d'un accord définitif ? L'article 83, paragraphe 3, de la Convention ne le précise pas. Selon moi, un critère essentiel est de savoir si les actions en question auraient pour effet de mettre en danger le processus de conclusion d'un accord définitif ou d'entraver la progression des négociations vers ce résultat. En d'autres termes, il s'agit d'une notion liée au résultat. En conséquence, la réponse à la question ci-dessus dépend dans une large mesure des circonstances propres à chaque espèce.

7. Aussi, je ne considère pas que définir d'une manière générale et abstraite les activités qui sont autorisées et celles qui ne le sont pas contribuerait à l'objectif de l'article 83, paragraphe 3, de la Convention. S'il est probable que les activités qui modifient de façon permanente les propriétés physiques du milieu marin sont de nature à entraver la conclusion d'un accord définitif, comme le tribunal arbitral l'a dit dans l'affaire *Guyana c. Suriname* (voir *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, par. 467), il n'est pas exclu que des activités moins invasives menées de façon unilatérale puissent également être la source de graves tensions entre les Etats et compromettent les chances de parvenir à un accord. La modification permanente des propriétés physiques du milieu marin peut donc être considérée comme un facteur parmi d'autres, mais ne devrait pas être appliquée comme un seuil strict déterminant ce qui compromet ou entrave la conclusion d'un accord définitif.

8. Je rappelle que dans son ordonnance du 25 avril 2015, la Chambre spéciale a indiqué qu'« une modification importante et permanente du caractère matériel de la zone en litige » constituait l'un des critères pour prescrire des mesures conservatoires suspendant tout nouveau forage dans la zone maritime litigieuse (*Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures provisoires, ordonnance du 25 avril 2015, TIDM Recueil 2015*, par. 89). Toutefois, cette conclusion a été formulée dans le contexte de la détermination de l'urgence en tant que préalable à la prescription de mesures conservatoires. Les mesures conservatoires sont une voie d'exécution exceptionnelle et ne peuvent être prescrites que s'il y a urgence, c'est-à-dire uniquement s'il existe un risque imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties dans l'attente de la décision définitive. La Chambre spéciale a déclaré que les activités qui entraînent une modification importante et permanente des propriétés physiques de la zone litigieuse risquent de causer un préjudice irréparable aux droits de la Côte d'Ivoire. Elle a également conclu que la collecte et l'utilisation d'informations sur les ressources de la zone litigieuse risquaient également de porter atteinte de façon irréversible aux droits de la Côte d'Ivoire.

9. Déterminer quels faits causeraient un préjudice irréparable aux droits des parties en attendant la décision définitive et déterminer quels faits auraient comme effet de compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif se rapportent à deux fonctions juridiques différentes. Il n'est donc pas dit que les critères utilisés dans le premier cas puissent être employés par analogie dans le deuxième cas. On s'en rend compte en comparant l'objet de ces deux fonctions : le but des mesures conservatoires est de protéger les droits des parties dans l'attente d'une décision définitive, celui de l'obligation de ne pas compromettre ou entraver est de faciliter et garantir la conclusion d'un accord définitif, partant de « renforcer la paix et les relations amicales entre les nations et le règlement pacifique des différends ».

10. Aux fins de déterminer si la conduite d'un Etat aurait pour effet de compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif, il convient de prendre en compte plusieurs facteurs. Le type et la nature de ces faits, l'endroit et le moment où ils se sont produits et la manière dont ils ont été accomplis peuvent notamment

avoir leur importance. Il n'existe pas de test ou de critère unique à appliquer de manière systématique dans toutes les situations. Une juridiction devant se prononcer sur la violation de l'article 83, paragraphe 3, de la Convention devrait prendre en compte tous ces facteurs pertinents et les apprécier au regard des relations qu'entretiennent les Etats concernés avant de prendre sa décision.

11. En l'espèce, le Ghana et ses contractants ont mené d'importantes activités d'exploration et d'exploitation dans la zone litigieuse. D'après les informations communiquées à la Chambre spéciale, pas moins de 30 forages, dont des forages de développement, ont eu lieu entre 2010 et 2014 tandis que les deux Parties menaient des négociations bilatérales sur la délimitation de la frontière maritime. Les zones maritimes dans lesquelles certains de ces forages ont eu lieu étaient très proches de la « frontière d'équidistance coutumière » revendiquée par le Ghana. D'après la Côte d'Ivoire, au moins deux gisements où le Ghana procédait à des forages, les champs Tano West 1 et TEN (tout spécialement « Enyenra »), chevauchaient la ligne d'équidistance provisoire, tant celle tracée par la Côte d'Ivoire que celle du Ghana. Il semblerait que ces forages aient été réalisés sans que la Côte d'Ivoire en ait reçu notification préalable. De plus, ils se sont poursuivis, et même intensifiés, malgré les demandes répétées de la Côte d'Ivoire en 2009, 2011 et 2014 pour obtenir la suspension de toute activité unilatérale dans la zone litigieuse en attendant la décision définitive sur la frontière maritime. Il convient également d'ajouter qu'en avril 2015, lorsque la Chambre spéciale a indiqué des mesures conservatoires, le projet de développement du champ TEN mené par le Ghana, qui comprenait le forage et la complétion de près de 24 puits de développement censés être raccordés par une importante infrastructure sous-marine dans la zone litigieuse, était en bonne voie pour que la production de pétrole commence comme prévu à la mi-2016.

12. Le Ghana affirme que les activités qu'il a menées dans la zone maritime en question n'étaient pas « unilatérales » et qu'elles ont été conduites avec la coopération de la Côte d'Ivoire sur la base d'une communauté de vues concernant l'emplacement de la « frontière d'équidistance coutumière ». Invoquant *Guyana c. Suriname*, le Ghana a également souligné qu'il importe, lors de l'application de l'article 83, paragraphe 3, de la Convention, de savoir si les activités

risquent de compromettre ou d'entraver la conclusion d'un accord définitif « en donnant l'impression de remettre en question le statu quo ». De l'avis du Ghana, comme elles s'inscrivaient dans une pratique longue de plusieurs décennies, les activités qu'il menait dans la zone en question, loin de modifier le statu quo, en étaient en réalité la continuation et ne compromettaient ni n'entravaient la conclusion d'un accord définitif.

13. La Chambre spéciale a considéré qu'il n'existait pas d'accord tacite entre les Parties sur la frontière maritime et que les conditions de l'*estoppel* n'étaient pas réunies en l'espèce. L'argument du Ghana selon lequel ses activités dans la zone litigieuse n'étaient pas unilatérales ne convainc donc pas. Je trouve tout aussi peu convaincant l'argument du Ghana selon lequel ses activités correspondaient au statu quo, car le fait de réaliser des forages dans la zone litigieuse est davantage susceptible de donner l'impression que le statu quo a été modifié que d'autres activités moins invasives comme des levés sismiques. A mon avis, c'est la raison pour laquelle la Côte d'Ivoire est sortie de son silence et a décidé de se manifester auprès du Ghana, tout d'abord en 1992, à ce qui semble, puis très clairement en 2009, 2011 et 2014.

14. Je suppose que le Ghana a longtemps cru que la Côte d'Ivoire consentait de manière tacite aux activités qu'il menait dans la zone en question. Il me semble également qu'il avait des raisons de le croire. Pourtant, au plus tard en février 2009 lorsque la Côte d'Ivoire a formulé une proposition de frontière fondée sur le méridien géographique, il savait, ou aurait dû savoir, qu'un différend existait et quel était l'emplacement de la zone litigieuse. Il a toutefois décidé d'ignorer ce développement et ses implications juridiques, choisissant de poursuivre ses activités unilatérales dans ladite zone et même de les intensifier. Une telle conduite était aux antipodes de l'exigence de retenue prévue à l'article 83, paragraphe 3, de la Convention.

15. Je reconnais que la Côte d'Ivoire n'a pas pleinement démontré quel avait été l'effet des activités unilatérales du Ghana sur les négociations qui étaient en cours à propos de la délimitation de la frontière maritime entre les Parties. Je reconnais également que les procès-verbaux des dix réunions de négociation ne donnent pas d'indication claire à cet égard. On peut toutefois raisonnablement considérer au vu

l'intensité de ses activités liées aux hydrocarbures et de l'importance de ses investissements financiers dans la zone litigieuse que le Ghana ne disposait que d'une faible marge de manœuvre dans ses négociations avec la Côte d'Ivoire. Cette hypothèse est d'ailleurs corroborée par le Ghana lui-même lorsqu'il a dit que l'objet des négociations bilatérales était simplement d'officialiser ce sur quoi les Parties s'étaient déjà mises d'accord.

16. Les activités unilatérales hautement invasives menées par le Ghana depuis 2009, si ce n'est plus tôt, dans la zone litigieuse à proximité de la « frontière d'équidistance coutumière » me semblent donc avoir été une importante source de tensions. En menant ces activités et en les intensifiant au mépris des protestations de la Côte d'Ivoire, le Ghana a, me semble-t-il, violé l'obligation inscrite à l'article 83, paragraphe 3, de la Convention de faire tout son possible, dans un esprit de compréhension et de coopération, pour ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif.

17. Le fait que le Ghana ait suspendu une grande partie de ses activités par suite de l'ordonnance de la Chambre spéciale du 25 avril 2015 (voir paragraphe 632 de l'arrêt) ne saurait l'exonérer de sa responsabilité, pas plus que le fait que les activités unilatérales du Ghana aient été menées dans la zone maritime que la Chambre spéciale a décidé de lui octroyer ne sauraient exclure l'illicéité desdites activités. L'obligation de ne pas compromettre ou entraver inscrite à l'article 83, paragraphe 3, de la Convention s'applique aux Etats concernés durant la période de transition. Il s'agit d'une obligation qui impose de faire preuve de prudence et de modération dans la zone dont le statut juridique doit être décidé. Cette obligation est donc enfreinte dès lors qu'un Etat manque à cette prudence et à cette modération dans l'attente d'un accord, indépendamment de la question de savoir à quel Etat la zone litigieuse est octroyée. Exonérer des faits susceptibles de compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif au motif que la zone est octroyée en fin de compte à l'Etat qui mène ces activités affaiblirait singulièrement la valeur de cette obligation.

18. Pour ce qui est des activités menées dans la zone litigieuse, l'obligation de ne pas compromettre ou entraver la conclusion d'un accord définitif inscrite à

l'article 83, paragraphe 3, de la Convention revêt d'autant plus d'importance au vu de la conclusion formulée par la Chambre spéciale au paragraphe 592 de l'arrêt selon laquelle « les activités maritimes menées par un Etat dans une portion du plateau continental qui a été attribuée à un autre Etat par une décision de justice internationale ne peuvent être considérées comme contrevenant aux droits souverains de ce dernier si elles ont été menées avant que l'arrêt ait été rendu et alors que la zone concernée faisait l'objet de revendications de bonne foi par les deux Etats ». On est dès lors en droit de penser que les Etats seront encore moins enclins à faire preuve de retenue dans la zone maritime litigieuse. Si rien n'empêche un Etat de demander malgré tout à être indemnisé du préjudice subi du fait des activités d'un autre Etat dans la situation qui vient d'être décrite, par exemple pour enrichissement sans cause, il n'en reste pas moins que l'article 83, paragraphe 3, de la Convention semble être le seul outil juridique fiable pour régler la conduite des Etats dans une zone devant être délimitée. Une raison de plus de ne pas prendre à la légère l'obligation de ne pas compromettre ou entraver.

19. Dans la présente affaire, la Chambre spéciale a décidé que les limites des concessions pétrolières des Parties ne pouvaient être assimilées à leur frontière maritime (voir paragraphe 225 de l'arrêt). Ce faisant, elle a fait observer, à juste titre me semble-t-il, que « [a]ssimiler les limites des concessions pétrolières à une frontière maritime reviendrait à pénaliser les Etats qui font preuve [de] circonspection et [de] prudence » et que cela « serait contraire [à] l'article 83, paragraphe 3, de la Convention ». La Chambre est même allée plus loin, en déclarant que cela « aurait aussi des répercussions négatives sur la conduite des Etats dans d'autres zones qui doivent être délimitées ». Dans le même esprit, tolérer des activités unilatérales d'une telle ampleur dans les circonstances de la présente espèce serait assurément envoyer un mauvais signal aux Etats qui, ailleurs dans le monde, réfléchissent à la stratégie à adopter dans d'autres zones maritimes litigieuses. C'est malheureusement ce que la Chambre spéciale vient tout juste de faire.

(signé) J.-H. Paik