

# **QUELLE PLACE POUR LA *RULE OF CAPTURE* DANS L'EXPLOITATION DES GISEMENTS OFFSHORE AFRICAINS ?**

**Etienne MARQUE**

*Docteur en droit privé et avocat au barreau de Paris*

L'Afrique s'impose depuis quelques années comme la nouvelle frontière pour les investissements dans le secteur des hydrocarbures marins. Dans un contexte mondial de net ralentissement des découvertes de gisements<sup>1</sup>, le continent africain s'érite en effet parmi les horizons où ont encore lieu des découvertes de classe mondiale. En attestent la découverte, en 2015, du gisement de *Grand Tortue / Ahmeyim*, au large du Sénégal et de la Mauritanie<sup>2</sup>, celle du gisement de *Brulpadda*, en 2019, au large de l'Afrique du Sud<sup>3</sup>, ou encore plus récemment, la découverte en 2021 du gisement *Baleine*, au large de la Côte d'Ivoire<sup>4</sup>.

Le potentiel pétrolier et gazier de l'Afrique invite à l'optimisme. Le rapport *Africa Energy Outlook* de l'Agence Internationale de l'Energie évoque même à cet égard l'hypothèse d'un XXI<sup>ème</sup> siècle qualifié de *Siècle Africain de l'énergie*<sup>5</sup>.

Cet afro-optimisme ne doit pour autant pas occulter les tensions suscitées par les convoitises pour les ressources en hydrocarbures. L'histoire contemporaine de l'Afrique n'est en effet que trop émaillée de conflits territoriaux où sont en jeu l'appropriation de gisements pétroliers ou gaziers<sup>6</sup>. A ce titre, pouvons-nous

<sup>1</sup> <https://www.lesechos.fr/2017/02/les-decouvertes-de-petrole-dans-le-monde-seffondrent-162405>

<sup>2</sup> <https://www.jeuneafrique.com/mag/581897/economie/gaz-mauritanie-senegal-le-projet-d-exploitation-dun-champ-offshore-se-developpe/>

<sup>3</sup> <https://www.ft.com/content/07b7798c-2abc-11e9-a5ab-ff8ef2b976c7>

<sup>4</sup> [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/09/02/la-cote-d-ivoire-annonce-une-decouverte-majeure-de-petrole-et-de-gaz-naturel\\_6093109\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2021/09/02/la-cote-d-ivoire-annonce-une-decouverte-majeure-de-petrole-et-de-gaz-naturel_6093109_3212.html)

<sup>5</sup> Le potentiel pétrolier et gazier ne saurait à lui seul suffire pour faire advenir ce *Siècle africain*. L'*Africa Energy Outlook* évoque également comme conditions le renforcement de la coopération régionale et un investissement dans le secteur énergétique à hauteur de 450 milliards de dollars d'ici à 2040. Voir, International Energy Agency, *Africa Energy Outlook – A Focus on Energy Prospects in Sub-Saharan Africa*, 2014, pp.181 et s.

<sup>6</sup> Voir, en général, sur cette question, l'ouvrage de référence, Gbenga ODUNTAN, *International Law and Boundary Disputes in Africa*, Routledge, 2015. Egalement, Wendy MILES QC, « International Boundary Disputes and Natural Resources » *International Arbitration in the Energy Sector*, OUP, 2018, 16.09-16.26 et Tim MARTIN, « Energy and international boundaries », *Research Handbook on International Energy Law*, pp. 181-195, p.181. Comme l'explique un auteur, « *The disputes in almost all the border cases have to do with discovery or prospects of discovery of oil or other natural resources in Africa which has led to the interest of States in laying claims to the maritime areas. This is aided by modern technology which has made possible to explore and access resources within the deep seas, thus improving the economic viability of such natural and biological resources. For instance, oil exploration blocks which are delineated by strict*

évoquer le différend entre le Sénégal et la Guinée-Bissau<sup>7</sup> des années 60, celui entre la Tunisie et la Libye qui marqua le début des années 80<sup>8</sup>, ou encore, celui qui vit plus récemment s'opposer le Nigéria et le Cameroun autour de la péninsule de Bakassi<sup>9</sup>.

Ces affaires témoignent que le droit de la mer joue un rôle essentiel dans la résolution des litiges d'ordre maritime. En Afrique, ces conflits de revendications suivent une tendance générale de judiciarisation se traduisant par une saisine plus récurrente des juridictions de l'ordre international. Le *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique* du 23 septembre 2017 et l'affaire de la *Délimitation maritime dans l'Océan indien (Somalie c. Kenya)* du 12 octobre 2021 en sont les plus parfaits exemples.

Pour autant, face à la question des exploitations concurrentes et non concertées des ressources naturelles des sous-sols marins, le droit de la mer positif reste bien peu disert.

Dans le système établi par la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM), un article 77 reconnaît en effet à l'Etat côtier, l'exercice de « *droits souverains sur le plateau continental aux fins de son exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles* »<sup>10</sup>, alors que ces ressources ne sont

*lines, often overlap maritime boundaries, and this had led to conflicts and even threat of war between the neighbouring states disputing ownership* » in Theodore OKONKWO, « Maritime Boundaries Delimitation and Dispute Resolution in Africa », *Beijing L. Rev.*, 2017, vol.8, pp. 55-78, p. 69. Egalement, Dola J. YOUNG, « Energy Development and Maritime Boundary Disputes: Two West African Examples, *Tex. Int'l L. J.*, 1984, vol.19, pp.435-461 et A. M. LADAN, « Twenty years of the Exclusive Economic Zone in Africa: Resource exploration, exploitation and management », *Comp. & Int'l L. J.*, 1996, vol.29, pp. 249-281

<sup>7</sup> *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal – Sentence du 31 juillet 1989, Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, 2006, Volume XX, pp.119-213.

<sup>8</sup> CIJ, *Plateau continental (Tunisie/Jamahirya arabe libyenne), arrêt du 24 février 1982, C.I.J. Recueil*, pp. 18 et s.

<sup>9</sup> CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil* 2002, pp.303 et s. Si dans cette énumération, le litige entre Ghana et la Côte d'Ivoire, tranché le 23 septembre 2017 par le TIDM, constitue le dernier exemple en date, peut-être devra-t-on demain compter avec de nouvelles décisions dans les conflits territoriaux opposant la Somalie et le Kenya ou la Namibie et l'Afrique du Sud. Voir, Marianthi PAPPA, « The impact of judicial delimitation on private rights existing in contested waters : implications for the Somali-Kenyan maritime dispute », *Journal of African Law*, 2017, vol.61, n°3, pp. 393-418.

<sup>10</sup> Précisément, l'article 77 de la CNUDM, intitulé « *Droits de l'Etat côtier sur le plateau continental* », dispose que « *1. L'Etat côtier exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de son exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles.*

*2. Les droits visés au par. 1 sont exclusifs en ce sens que si l'Etat côtier n'exploré pas le plateau continental ou n'en exploite pas les ressources naturelles, nul ne peut entreprendre de telles activités sans son consentement exprès.*

*3. Les droits de l'Etat côtier sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive, aussi bien que de toute proclamation expresse.*

*4. Les ressources naturelles visées dans la présente partie comprennent les ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le fond ou au-dessous du fond, soit incapables de se déplacer autrement qu'en restant constamment en contact avec le fond ou le sous-sol. »*

pas prises en compte pour la délimitation d'un plateau continental, « *prolongement naturel du territoire terrestre* »<sup>11</sup>.

Cet article 77 comporte à lui seul d'importantes ambiguïtés, particulièrement problématiques pour l'exploitation des gisements communs (gisements situés dans des zones maritimes non délimitées) et des gisements transfrontières (gisements chevauchants les délimitations établies). Dans le contexte des gisements partagés, un Etat, qui exercerait des droits souverains sur sa portion, revendiquée ou reconnue, du plateau continental serait susceptible de drainer et

<sup>11</sup> L'article 76 de la CNUDM, intitulé « Définition du plateau continental » dispose en effet que « *1. Le plateau continental d'un Etat côtier comprend les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure.*

- 2. Le plateau continental ne s'étend pas au-delà des limites prévues aux paragraphes 4 à 6.*
- 3. La marge continentale est le prolongement immergé de la masse terrestre de l'Etat côtier; elle est constituée par les fonds marins correspondant au plateau, au talus et au glacis ainsi que leur sous-sol. Elle ne comprend ni les grands fonds des océans, avec leurs dorsales océaniques, ni leur sous-sol.*
- 4. a) Aux fins de la Convention, l'Etat côtier définit le rebord externe de la marge continentale, lorsque celle-ci s'étend au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, par :*
  - i) Une ligne tracée conformément au paragraphe 7 par référence aux points fixes extrêmes où l'épaisseur des roches sédimentaires est égale au centième au moins de la distance entre le point considéré et le pied du talus continental; ou*
  - ii) Une ligne tracée conformément au paragraphe 7 par référence à des points fixes situés à 60 milles marins au plus du pied du talus continental.*
  - b) Sauf preuve au contraire, le pied du talus continental coïncide avec la rupture de pente la plus marquée à la base du talus.*
- 5. Les points fixes qui définissent la ligne marquant, sur les fonds marins, la limite extérieure du plateau continental, tracée conformément au paragraphe 4, lettre a), i) et ii), sont situés soit à une distance n'excédant pas 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, soit à une distance n'excédant pas 100 milles marins de l'isobathe de 2 500 mètres, qui est la ligne reliant les points de 2 500 mètres de profondeur.*
- 6. Nonobstant le paragraphe 5, sur une dorsale sous-marine, la limite extérieure du plateau continental ne dépasse pas une ligne tracée à 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. Le présent paragraphe ne s'applique pas aux hauts-fonds qui constituent des éléments naturels de la marge continentale, tels que les plateaux, seuils, crêtes, bancs ou éperons qu'elle comporte.*
- 7. L'Etat côtier fixe la limite extérieure de son plateau continental, quand ce plateau s'étend au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, en reliant par des droites d'une longueur n'excédant pas 60 milles marins des points fixes définis par des coordonnées en longitude et en latitude.*
- 8. L'Etat côtier communique des informations sur les limites de son plateau continental, lorsque celui-ci s'étend au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, à la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de l'annexe II sur la base d'une représentation géographique équitable. La Commission adresse aux Etats côtiers des recommandations sur les questions concernant la fixation des limites extérieures de leur plateau continental. Les limites fixées par un Etat côtier sur la base de ces recommandations sont définitives et de caractère obligatoire.*
- 9. L'Etat côtier remet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies les cartes et renseignements pertinents, y compris les données géodésiques, qui indiquent de façon permanente la limite extérieure de son plateau continental. Le Secrétaire général donne à ces documents la publicité voulue.*
- 10. Le présent article ne préjuge pas de la question de la délimitation du plateau continental entre des Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face. »*

de s'approprier des ressources pétrolières et gazières gisant dans une portion adjacente de ce plateau continental, mais placée sous la juridiction d'un autre Etat souverain.

La Cour Internationale de Justice (CIJ) a eu l'occasion de faire état des difficultés que peut engendrer un tel dispositif juridique en soulignant qu'« *il est fréquent qu'un gisement s'étende de deux côtés de la limite du plateau continental entre deux Etats et, l'exploitation de ce gisement étant possible de chaque côté, un problème naît immédiatement d'une exploitation préjudiciable ou exagérée par l'un ou l'autre des Etats intéressés* »<sup>12</sup>.

Ce dispositif est d'autant plus préoccupant qu'il fait peser sur les intérêts en présence des risques juridiques substantiels, dans un domaine que l'on sait sensible, aux enjeux stratégiques et économiques éminents<sup>13</sup>. Or, en pratique, les Etats continuent d'accorder unilatéralement des droits de prospection et d'exploitation dans des zones où reposent des gisements partagés<sup>14</sup>. Cette situation, récurrente dans le contexte africain, ne manque de soulever la délicate question de la légitimité en droit international des opérations extractives non concertées sur ce type de gisements. Or, porter le regard sur cette problématique implique nécessairement de se prononcer sur l'application, en droit international, d'une règle peu familière aux juristes de droit continental, dite de la *rule of capture*<sup>15</sup>.

La *rule of capture* puise ses racines dans le droit minier nordaméricain, dont elle reste une norme cardinale<sup>16</sup>. Dès l'origine de l'industrie pétrolière, à la fin du XIX<sup>ème</sup>, les juridictions étatsuniennes ont en effet eu à trancher des conflits de revendications de propriété portant sur les ressources en hydrocarbures extraites des sous-sols privés. Etant donné l'impossibilité, à l'époque, de déterminer avec précision l'origine et le déplacement de ces substances souterraines, les juges américains ont consacré un régime de liberté pour la captation des pétroles et gaz,

<sup>12</sup> CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, *op. cit.*, pp. 52-53, n° 97. Ce différend précède l'élaboration de la CNUDM. Toutefois, comme l'approche retenue par les juges exprime la doctrine sur le plateau continental telle qu'elle fut la suite codifiée par la CNUDM, le dispositif précité demeure d'actualité.

<sup>13</sup> On estime en effet que le coût d'un navire de prospection sismique 3D avoisinerait les 100 millions de dollars tandis que le coût d'un forage *offshore* s'élèverait à plus de 50 millions de dollars. Voir, Constantinos YIALLOURIDES, « Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS », *UCLJLJ*, 2016, vol.5, pp. 59-86, p. 83.

<sup>14</sup> Marianthi PAPPA, « Private Oil Companies Operating in Contested Waters and International Law of the Sea : A Peculiar Relationship », *OGEL*, 2018, Vol.16, n°1, pp. 1-26, p. 12.

<sup>15</sup> Paul M. BLYSCHAK, « Offshore Oil and Gas Projects amid Maritime Border Disputes: Applicable Law », *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 6, no 3, 2013, pp. 210-233, p. 232.

<sup>16</sup> Norme à partir de laquelle s'est développée l'industrie pétrolière, bien au-delà des frontières nordaméricaines. Pour une appréhension d'ensemble de cette règle, souvent mal comprise, nous recommandons vivement la lecture de cet ouvrage de référence, Terence DAINTITH, *Finders Keepers ? How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry*, 2010, RFF Press. Egalement, Joseph A. TOLORUNSE, *Protection of Property Rights in Discovered Petroleum Reservoirs*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 143-232 et notre these, Etienne MARQUE, *L'accès aux énergies fossiles en droit international économique*, PUAM, 2018, pp. 171-237.

par analogie avec la liberté d'appropriation des animaux sauvages<sup>17</sup> et des eaux souterraines<sup>18</sup>.

Ce « droit à la capture » ou *rule of capture*, appliquée aux hydrocarbures, a été assez justement décrit par Monsieur Bouvet comme entérinant « *dans le domaine du pétrole un état de fait : la propriété du puits détermine la propriété du produit capté dans ce puits. La capacité de ramener à la surface du sol le produit utile tiré du sous-sol confère le droit de propriété sur le produit, quelle que soit la partie du gisement d'où provient le produit* »<sup>19</sup>.

Reconnaitre l'application de la *rule of capture* reviendrait ainsi à reconnaître la faculté, pour le titulaire de droits miniers, de se rendre maître des ressources pétrolières et gazières extraites depuis sa zone de délimitation, quand bien même les substances extraites proviendraient d'une zone adjacente. Nier *a contrario* l'application de la *rule of capture* conduirait à engager la responsabilité d'un opérateur dont il aura été démontré que ses activités ont entraîné le drainage de ressources gisant initialement dans une zone non couverte par son droit, voire engager la responsabilité de l'Etat qui aurait unilatéralement conféré des droits miniers sur des gisements communs et transfrontières. Admettre ou non la licéité de la *rule of capture*, on le comprend, engagerait dans des directions tout à fait opposées les activités d'exploitation des gisements offshore.

Se prononcer sur la place laissée à la *rule of capture* dans le contexte africain mitigerait ainsi d'éminents risques juridiques qui viennent au surplus d'importantes incertitudes géologiques et commerciales. Or, cette problématique est appelée à devenir d'autant plus lancinante que s'intensifient en Afrique, les campagnes de prospection et d'exploitation, et que se généralise le recours aux techniques non-conventionnelles telles que la fracturation hydraulique et les forages directionnels.

A l'aune de l'attrait grandissant pour le potentiel pétrolier et gazier de l'Afrique, il nous semble donc essentiel de revenir sur la place qu'occupe la *rule of capture*. A cette fin, nous constaterons que, tandis que l'exploitation unilatérale de gisements communs paraît être contingentée dans le cadre de la délimitation du plateau continental africain (I), un régime de licéité, selon nous, perdure lorsque les gisements chevauchent des lignes de démarcation établies (II).

---

<sup>17</sup> Cour suprême de Virginie, *Wood County Petroleum Co. v. West Virginia Transportation Co.*, 28 W. Va. 210 (Vi 1886).

<sup>18</sup> Cour suprême de Pennsylvanie, *Westmoreland & Cambria Natural Gas Co. v. De Witt.*, Cour suprême de Pennsylvanie, 130 Pa. 235, 18 A. 724 (Pa 1889) et Cour suprême de Pennsylvanie, *Acheson v. Stevenson*, 145 Pa. 228 (Pa 1892).

<sup>19</sup> Jean-Pierre BOUVET, *L'unité de gisement*, L'Harmattan, Logique juridique, 2002, p. 406, § 888.

## **I. UNE PLACE RESTREINTE DE LA *RULE OF CAPTURE* DANS L'EXPLOITATION DES GISEMENTS COMMUNS AFRICAINS**

Le plateau continental africain, pour sa majeure partie, reste encore à délimiter<sup>20</sup>. Sur les zones maritimes non encore délimitées, des droits souverains des Etats côtiers demeurent, par voie de conséquence, géographiquement indéterminées. Pour parer à cette source d'instabilité juridique, la CNUDM impose aux Etats concernés, des obligations renforcées de coopération en vue de l'établissement des lignes de séparation. Le troisième paragraphe de l'article 83 de la CNUDM dispose en effet que dans la période précédant l'accord de délimitation du plateau continental, « *les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font tout leur possible* », non seulement « *pour conclure des arrangements provisoires de caractère pratique* », mais encore « *pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif* »<sup>21</sup>.

Les gisements communs, accessibles par les Etats côtiers des zones maritimes non délimitées, ne sont expressément visés par ces dispositions. C'est toutefois dans le cadre d'activités minières non concertées que cet article 83§3 a été invoqué pour encadrer et réguler le comportement des Etats. Les juridictions de l'ordre juridique international ont ainsi à quelques reprises précisé le contenu des obligations positives et négatives que contient cet article 83§3. Aussi, analyserons-nous, cette obligation de négocier des arrangements provisoires de caractère pratique (A) et cette obligation de ne pas compromettre la conclusion d'un accord définitif (B) afin de déterminer si elles sont en mesure de contingenter l'application de la *rule of capture* en droit international.

### **A. L'obligation de négocier des arrangements provisoires de caractère pratique**

Le droit de la mer fait peser sur les Etats qui revendiquent une même portion de plateau continental, une obligation renforcée de conclure des arrangements provisoires à caractère pratique dans la période précédant la délimitation dudit plateau.

Ce type d'accord, dans le secteur des hydrocarbures, prend généralement le nom d'accord de développement conjoint ou de *Joint Development Agreement*<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Theodore OKONKWO, « Maritime Boundaries Delimitation and Dispute Resolution in Africa », *Beijing L. Rev.*, 2017, vol.8, pp. 55-78, p. 67.

<sup>21</sup> Pour approfondir sur ces mesures provisoires en général, voir Rainer LAGONI, « Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements », *Am. J. Int'l L.*, 1984, vol.78, pp. 345-368 et Natalie KLEIN, « Provisional Measures and Provisional Arrangements in Maritime Boundary Disputes », *Int'l J. Marine & Coastal L.*, 2006, vol.21, pp. 423-460.

<sup>22</sup> Eddy WIFA, Mark AMAKOROMO et Ibiateli JOHNSON-OGBO, « Turning Towards A Joint Development Agreement in The Midst of Disputes and Uncertainties Over International Maritime Boundaries: Nigeria-Cameroon Dispute as A Case Study », *OGEL*, 2017, vol.15, n°1, pp. 1-20.

Cet accord consiste en une entente temporaire et circonstanciée sur les modalités d'exploration d'une zone non délimitée et, en cas de découverte, sur les modalités d'exploitation du gisement. Précisément, il importe avec l'accord de développement conjoint, d'appréhender le gisement dans son unité pour maximiser le taux de récupération des ressources à extraire<sup>23</sup>.

Etant donné la lourdeur de toute entreprise de délimitation maritime, les Etats sont naturellement enclins à recourir à ces accords pour rapidement tirer profit de l'exploitation des gisements pouvant reposer dans ces zones non délimitées<sup>24</sup>. Pour paraphraser ROUSSEAU, ce que l'Etat perdrait par un accord d'exploitation concertée, « *c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre ; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède* »<sup>25</sup>. Par ce contrat social d'un nouveau type, les Etats abandonnent en quelque sorte une puissance issue de l'état de nature d'une teneur réelle précaire pour un droit conventionnel au contenu clarifié et stabilisé.

Aussi, n'est-il pas surprenant que les juridictions de l'ordre international aient à plusieurs reprises exhorté les Etats à recourir à cette catégorie d'instruments collaboratifs<sup>26</sup>. Dès 1969, lors de *l'Affaire du plateau continental de la Mer du Nord*, la CIJ a ainsi expliqué que la problématique des gisements communs pouvait être résolue « *soit par une division des zones de chevauchement effectuée par voie d'accord ou, à défaut, par parts égales, soit par des accords d'exploitation en commun, cette dernière solution paraissant particulièrement appropriée lorsqu'il s'agit de préserver l'unité d'un gisement* »<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> T. A. REYNOLDS, « Delimitation, Exploitation, and Allocation of Transboundary Oil & Gas Deposits Between Nation-States », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 1, 1995, p. 135-170, p. 166. Egalement, « *l'avantage au plan technique est que l'exploitation unitaire permet d'augmenter, on dit même "optimiser", la quantité globale d'hydrocarbures qu'il sera possible de mobiliser et d'extraire du sous-sol marin* », J.-P. BOUVET, *op. cit.*, p. 208, n°502.

<sup>24</sup> J. Lang WEAVER et D. F. ASMUS, *op. cit.*, p. 11-12 et Constantinos YIALLOURIDES, « Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS », *UCLJLJ*, 2016, vol.5, pp. 59-86, p. 65.

<sup>25</sup> Cette comparaison nous paraît ici tout à fait éclairante pour saisir les enjeux de ce type d'accords, étant donné les similitudes entre l'état de nature et l'ordre international. On pourrait ainsi prolonger la citation : « *Pour ne pas se tromper dans ces compensations, il faut bien distinguer la liberté naturelle, qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile, qui est limitée par la volonté générale ; et la possession, qui n'est que l'effet de la force ou le droit du premier occupant, de la propriété, qui ne peut être fondée que sur un titre positif* », in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, GF Flammarion, 2001, p. 61.

<sup>26</sup> Comme l'explique un auteur, « *cooperative resource has been applauded for the following reasons : (1) it avoids or reduces wasteful exploitation and economic cost of repeated construction of drilling facilities ; (2) maximizes the ultimate recovery of petroleum from the reservoir by the employment of the best scientifically and technically enhanced method ; (3) protects correlative rights in the common reservoir ; (4) it minimizes the use of land and surface damage by avoiding unnecessary drilling of wells and construction of infrastructure ; and (5) promotes international cooperation and peaceful co-existence* », in Chukwuemeka MIKE OKORIE, « Have the Modern Approach to Unit Development of Straddling Petroleum Resources Extinguished the Applicability of the Primordial Law of Capture ? », *Currents : Int'l Trade L.J.*, 2010, vol.18, pp. 41-48, p. 43.

<sup>27</sup> Egalement, voir *Sentence du Tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (Délimitation maritime) Décision du 17 décembre 1999*, in Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XXII, pp. 335-410, p. 356, para.86 et PCA, *Guyana v. Suriname*, 23 septembre 2007, §§ 463-464.

Si les accords de développement conjoints représentent, dans notre contexte, des arrangements provisoires optimaux pour l'exploitation de gisements partagés, ces derniers ne requièrent pas moins une forte volonté politique des Etats concernés<sup>28</sup>. Ceci explique peut-être qu'à ce jour, et à notre connaissance, seuls cinq accords de développement conjoints aient été conclus sur le continent africain : l'accord entre la Tunisie et la Libye de 1988, l'accord entre le Sénégal et la Guinée Bissau de 1993<sup>29</sup>, l'accord entre le Nigéria et Sao Tomé-et-Principe de 2001<sup>30</sup>, l'accord entre le Congo et l'Angola de 2007<sup>31</sup> et l'accord entre les Seychelles et Maurice de 2012.

<sup>28</sup> Godswill AGBAITORO et Etta OJONG-OKONGOR, « Resolving the Implications of Maritime Boundary and Delimitation Disputes on Oil and Gas Industry Growth and Development in the West African sub-region: The Way Forward », *OGEL*, 2017, vol.15, n°1, pp. 1-19, p. 17.

<sup>29</sup> L'Accord de gestion et de coopération entre le Sénégal et la Guinée Bissau a été signé le 14 octobre 1993, suite à un long litige relatif à la délimitation de leurs frontières maritimes où étaient en jeu des gisements d'hydrocarbures. Par cet Accord, les Etats ont instauré une Agence à la personnalité juridique autonome chargée de la gestion de leurs droits sur la zone litigieuse pour la prospection et l'exploitation de ressources dont 85% devraient revenir au Sénégal et 15% à la Guinée Bissau (Article 2 de l'*Accord de gestion et de coopération entre le Gouvernement de la République de Sénégal et le Gouvernement de la République de la Guinée-Bissau (14 octobre 1993)*). Cet accord est actuellement en cours de renégociation, suite aux récentes découvertes commerciales du bassin MGSBC, ce qui n'est d'ailleurs pas sans indisposer certains opérateurs économiques tenus d'attendre la fin de ces renégociations avant de pouvoir solliciter l'Agence pour l'obtention de droits miniers. Voir « Cnooc gêné par les négociations secrètes sur les revenus de l'AGC », *Africa Energy Intelligence*, n°834, 4 septembre 2018.

<sup>30</sup> Le traité signé entre le Nigéria et Sao Tomé et Principe le 21 février 2001 qui rappelle en son préambule les obligations de coopération issues de la Convention de Montego Bay, a mis en place une autorité conjointe chargée de l'exploitation des ressources de la zone et de répartir les 60% des bénéfices de cette exploitation au Nigéria et les 40% restant à Sao Tomé et Principe (Article 3 of the *Treaty between the Federal Republic of Nigeria and the Democratic Republic of Sao Tome and Principe on the Joint Development of Petroleum and other Resources, in respect of Areas of the Exclusive Economic Zone of the Two States, 21 February 2001 in Delimitation Treaties infobase*, 2003). Pour une étude approfondie de cet accord et de son impact régional, J. Tanga BIANG, *Joint Development Between Nigeria and Sao Tome and Principe: A Case of Provisional Agreement in the Gulf of Guinea – International Law, State Practice and Prospects for Regional Integration*, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, 2010.

<sup>31</sup> L'exposé des motifs de la loi congolaise de ratification de cet Accord mérite d'être mentionné, tant il rappelle avec précision, la situation des Etats africains vis-à-vis des gisements partagés : « Depuis les indépendances des Etats africains, sur la côte ouest africaine, les compagnies pétrolières ont favorisé l'exploitation des hydrocarbures au détriment de la question de la délimitation des frontières maritimes. (...) Jusqu'à la conclusion de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en 1982, dite Convention de Montego Bay, l'offshore de l'ouest-africain et particulièrement du bassin du Congo était organisé suivant les besoins des compagnies pétrolières. Avec l'avènement de la convention de Montego Bay, plusieurs différends sur la délimitation des frontières ont surgi. (...) Dans le cas où deux Etats se disputent un espace vacant sur l'eau, la justice internationale applique les règles complexes de délimitation des frontières maritimes posées par la convention de Montego Bay de 1982 sur le droit de la mer. (...) L'application des instruments juridiques, ainsi que la jurisprudence internationale, institutionnelle ou arbitrale, constituent un important corpus qui inspire les Etats riverains à la recherche d'un accord de délimitation. Mais certaines ressources naturelles telles le pétrole peuvent dicter, en préliminaire, des négociations à dominance économique, lesquelles, du fait même de leur caractère original, imposent des établissements de coopération interétatique tel l'accord signé par l'Angola et la République Démocratique du Congo. Les deux Etats ont levé une option qui trouve également sa justification à l'article 83 de la convention de Montego Bay selon lequel « la délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord, afin d'aboutir à une solution équitable ». Le point 3 du même article ajoute que « En attendant la conclusion de l'accord visé, les Etats concernés, dans un esprit de compréhension et de coopération, font leur possible pour conclure des arrangements

Ces accords africains ont tous institué des Autorités en charge de négocier et d'attribuer, au nom et pour le compte des Etats concernés, des contrats pétroliers (prenant le plus souvent la forme de contrats de partage de production), sur des espaces maritimes que l'on pourrait ainsi qualifier de communautarisés.

Dans ce dispositif, on le comprend, l'hypothèse de la *rule of capture* deviendrait hors de propos. Il ne serait plus ici question de s'interroger sur les conséquences de l'exercice non concerté de droits miniers sur un gisement partagé puisque précisément ces droits seraient conférés par et pour une unique personne juridique.

Ces accords font toutefois figure d'exception, et ce d'autant que cette obligation renforcée de négocier des arrangements provisoires n'emporte point avec elle une obligation de résultat. Le Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM) a eu l'occasion de le réaffirmer lors du différend entre le Ghana et la Côte d'Ivoire en disposant que « *l'obligation de négocier de bonne foi est une obligation de comportement et non une obligation de résultat. Aussi ne peut-on pas dire que cette obligation a été violée pour la seule raison que le résultat attendu par l'une des parties ne s'est pas produit* »<sup>32</sup>.

Cette obligation, dans un esprit de compréhension et de coopération, de faire tout son possible pour conclure des arrangements, ne saurait pour autant être dénuée de tout contenu. En effet, pourrait-on affirmer avec le professeur AYNÈS, négocier, « *implique des actes et une attitude. Des actes : émettre et recevoir des propositions, faire connaître sa réaction et l'expliquer, informer. Une attitude : se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord* »<sup>33</sup>. C'est ainsi que les juridictions de l'ordre international ont, à plusieurs reprises, affirmé qu'un Etat en position de négociation ne pouvait se contredire au détriment d'autrui pour, au contraire, se conformer au principe d'*estoppel*<sup>34</sup>.

---

*provisoires de caractère pratique et pour ne pas compromettre ou entraver pendant cette période de transition la conclusion de l'accord définitif ». La dernière phrase du point 3 souligne que « les arrangements provisoires sont sans préjudice de la délimitation finale ». (...) L'Accord sur l'exploitation et la production des hydrocarbures dans une zone maritime d'intérêt commun entre le Gouvernement de la République Démocratique du Congo et le Gouvernement de l'Angola, signé en date du 30 juillet 2007 à Luanda, République d'Angola, signé en date du 30 juillet 2007 à Luanda, République d'Angola, entre précisément dans ce cadre. S'il ne s'agit pas d'un accord sur la délimitation des frontières, l'accord de Luanda ne trouve pas moins son fondement sur la Convention de Montego Bay. Les deux Gouvernements ont, en effet, considéré la volonté politique des Chefs d'Etat de la République Démocratique du Congo et de la République d'Angola, ainsi que leur propre détermination à promouvoir une coopération économique fructueuse en attendant l'aboutissement des discussions sur le tracé proprement dit » in Loi n° 07/004 du 16 novembre 2007 autorisant la ratification de l'Accord sur l'exploration et la production des hydrocarbures dans une zone maritime d'intérêt commun signé à Luanda, République d'Angola, le 30 juillet 2007 entre la République Démocratique du Congo et la République d'Angola.*

<sup>32</sup> TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique*, 23 septembre 2017, §604, p. 176.

<sup>33</sup> L. AYNÈS, « Le devoir de renégocier », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1999, pp. 11-21, p. 18.

<sup>34</sup> Comme l'a en effet rappelé le TIDM dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale* en 2012 « *en droit international, une situation d'estoppel existe lorsqu'un Etat, par sa*

Il importera alors de déterminer si cette obligation de négociation de bonne foi et cette interdiction de se contredire au détriment d'autrui conduisent, dans les zones maritimes non délimitées, à prohiber toute activité minière unilatérale. En soi, il peut paraître difficilement concevable de négocier de bonne foi et de faire tout son possible pour atteindre un arrangement provisoire tout en poursuivant des activités extractives non concertées sur un gisement commun. C'est l'obligation qui lui est corolaire, celle de ne pas compromettre la conclusion d'un accord définitif, qui aura toutefois conduit les juridictions de l'ordre international à prohiber l'exploitation unilatérale d'un gisement commun.

### **B. L'obligation de ne pas compromettre la conclusion d'un accord définitif**

L'obligation de ne pas compromettre la conclusion d'un accord définitif est éminemment contingente des faits d'espèce et pose à cet égard des problématiques particulières d'imputabilité. Le respect de cette obligation nécessiterait que soit en effet pesé et soupesé l'ensemble des causes d'espèce afin de déceler, parmi elles, l'acte précis auquel serait imputé la compromission de l'accord définitif.

A l'occasion de contentieux, les juridictions de l'ordre international ont tenté d'élaborer un critère plus objectif pour s'extraire de cette casuistique et ont retenu le critère du changement physique permanent qu'entraînerait l'activité litigieuse.

Ce critère fut d'abord décelé par la CIJ lors de l'*Affaire du plateau continental de la Mer Egée* en 1976<sup>35</sup>, soit avant l'élaboration de l'article 83§3, pour être ensuite repris et développé par un arbitrage rendu sous l'égide de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) à l'occasion de l'affaire *Guyana c. Suriname* en 2007. Le dispositif traduit de cette sentence mérite ici d'être cité : « *dans le cadre*

---

*conduite, a créé l'apparence d'une situation particulière, et qu'un autre Etat, se fondant en toute bonne foi sur cette conduite, a agi ou s'est abstenu d'agir à son détriment. La notion d'estoppel a pour effet qu'un Etat sera empêché, en raison de sa conduite, d'affirmer qu'il n'accepte pas ou ne reconnaît pas une situation donnée* » in § 124, p. 42.

<sup>35</sup> « *considérant que, d'après les renseignements dont la Cour dispose, les explorations sismiques menées par la Turquie et dont se plaint la Grèce sont effectuées par un bâtiment qui navigue à la surface de la haute mer et procède de temps à autre à de petites explosions sous-marines ; considérant que ces explosions ont pour but d'envoyer des ondes sonores à travers le lit de la mer et de recueillir ainsi des renseignements sur la structure géophysique de la terre sous-jacente ; considérant que l'on ne s'est pas plaint que ce genre d'exploration sismique risquait de causer un quelconque dommage physique au lit de la mer, à son sous-sol, ou à leurs ressources naturelles ; considérant que les explorations sismiques auxquelles procède la Turquie présentent toutes le caractère temporaire qui vient d'être décrit et ne s'accompagnent pas de l'établissement d'installations sur le fond ou au-dessus du plateau continental ; et considérant que n'il n'a prétendu que la Turquie se livrait à des opérations comportant l'appropriation effective ou tout autre usage des ressources naturelles dans les zones contestées du plateau continental ; considérant que l'exploration sismique des ressources naturelles du plateau continental effectuée sans le consentement de l'Etat riverain pourrait sans doute soulever une question du droit d'exploration exclusif de cet Etat ; et que, par conséquent, si la Cour devrait donner gain de cause à la Grèce sur le fond, l'activité d'exploration de la Turquie pourrait alors être considérée comme une telle violation et être invoquée comme une cause de préjudice éventuel aux droits exclusifs de la Grèce dans les zones qui auraient été reconnues comme relevant de cet Etat* » in CIJ, « *Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976* », Recueil CIJ p. 11, § 30-31.

*des activités entourant l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures, deux catégories d'activités dans les eaux contestées sont donc permises. La première comprend les activités entreprises par les parties conformément à des dispositions provisoires de nature pratique. La seconde est composée d'actes qui, quoiqu'unilatéraux, n'auraient pas pour effet de compromettre ou d'entraver l'atteinte d'un accord définitif sur la délimitation de la frontière maritime. Le Tribunal est d'avis que les actes unilatéraux qui ne causent pas de changement physique au milieu entrent généralement dans la deuxième catégorie. Toutefois, des actes susceptibles de provoquer des changements physiques devraient être entrepris en vertu d'un accord entre les parties, car ils pourraient entraver ou compromettre l'atteinte d'un accord définitif sur la délimitation. Une distinction doit donc être faite entre des activités de ce genre qui conduisent à un changement physique permanent, comme l'exploitation des réserves de pétrole et de gaz, et celles qui ne le sont pas, comme l'exploration sismique »<sup>36</sup>.*

A suivre le raisonnement du Tribunal arbitral, dans une zone maritime non délimitée, tout Etat pourrait opposer à un autre Etat adjacent menant unilatéralement des activités extractives sur un gisement commun, que le changement physique permanent généré par ces activités compromet la conclusion de tout accord définitif<sup>37</sup>. L'hypothèse de la *rule of capture* paraît alors très certainement écartée, comme l'ont remarqué nombre d'auteurs<sup>38</sup>.

Au-delà de ce critère pétrorien de changement physique permanent, la qualification d'acte compromettant tout accord définitif relève, nous semble-t-il, du domaine de l'Etat concerné qui pourrait, en toute hypothèse, maintenir les négociations alors que des activités minières seraient toujours menées par un autre

<sup>36</sup> Traduction libre de « *In the context of activities surrounding hydrocarbon exploration and exploitation, two classes of activities in disputed waters are therefore permissible. The first comprises activities undertaken by the parties pursuant to provisional arrangements of a practical nature. The second class is composed of acts which, although unilateral, would not have the effect of jeopardizing or hampering the reaching of a final agreement on the delimitation of the maritime boundary. The Tribunal is of the view that unilateral acts which do not cause a physical change to the marine environment would generally fall into the second class. However, acts that do cause physical change would have to be undertaken pursuant to an agreement between the parties to be permissible, as they may hamper or jeopardise the reaching of a final agreement on delimitation.* A distinction is therefore to be made between activities of the kind that lead to a permanent physical change, such as exploitation of oil and gas reserves, and those that do not, such as seismic exploration » in PCA, *Guyana v. Suriname*, 23 septembre 2007, §466-467 (nous soulignons). Il est intéressant également de noter que, sans se référer explicitement à ce critère de changement physique permanent, le TIDM a fait observer que l'octroi unilatérale d'une concession pétrolière ne saurait constituer de frontière maritime, et que telle approche serait contraire aux obligations de l'article 83§3 in TIDM, *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'Océan Atlantique*, 23 septembre 2017, p. 74, § 225. Voir également, CIJ, *Délimitation maritime dans l'Océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, p. 74, § 208.

<sup>37</sup> Pour une approche critique de ce critère, Constantinos YIALLOURIDES, « Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS », *UCLJLJ*, 2016, vol.5, pp. 59-86, pp. 74-85.

<sup>38</sup> En particulier, D. ROUGHTON, « Rights (and Wrongs) of Capture: International Law and the Implications of the Guyana/Suriname Arbitration », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 26, no 3, 2008, pp. 374-401, p. 385.

Etat adjacent. L'utilisation du conditionnel par le Tribunal arbitral confirme du reste que les conséquences à donner au changement physique permanent relèvent opportunément de l'appréciation subjective de l'Etat concerné.

Hormis ce cas d'école, la question demeure posée, à notre sens, de la légitimité d'un Etat *Alpha* à s'opposer à une exploitation unilatérale suite à une découverte résultant des prospections sismiques et des forages d'exploration menés par un Etat adjacent *Béta*<sup>39</sup>, dès lors que l'Etat *Alpha* avait sciemment laissé prospérer ces activités sans aucune contestation<sup>40</sup>.

En tout état de cause, nous devons ici prendre acte que les juridictions de l'ordre international tendent à restreindre, si ce n'est écarter, l'application de la *rule of capture* au titre de l'obligation de ne pas compromettre la conclusion d'un accord définitif, contenue à l'article 83§3 de la CNUDM. Toutefois, à la différence de ce que nous venons d'examiner pour les gisements des zones non délimitées, dans le contexte des gisements transfrontières, la *rule of capture* semble conserver une place tout à fait essentielle.

---

<sup>39</sup> « neither seismic nor drilling activities are themselves illegal acts, even when conducted unilaterally in the shared area. To be unlawful, an act must be positively prohibited in law (e.g. hunting of endangered species, acts threatening human life or the environment). However, nowhere in UNCLOS or case law such prohibition exists » in Marianthi PAPPA, « Private Oil Companies Operating in Contested Waters and International Law of the Sea : A Peculiar Relationship », OGEL, 2018, Vol.16, n°1, pp. 1-26, p. 17.

<sup>40</sup> La doctrine reste partagée sur la question des conséquences juridiques de l'inaction ou du refus de négocier d'un Etat concerné par les problématiques des gisements transfrontières. Certains estiment, à notre sens de manière erronée, que l'inaction ferait perdre à l'Etat le droit d'exercer ses droits souverains (« on considerations of pure sovereignty, the fact that while it is indeed possible to abandon title to property through failure to maintain a minimum of sovereign rights in the face of rival activity, a minimal response, such as a seasonal objection by one state in the case of unilateral exploitation of a common petroleum deposit by another interested state would certainly suffice to preserve such title as against damage or loss which such unilateral exploitation would cause », in W. T. ONORATO, « Apportionment of an International Common Petroleum Deposit », *International and Comparative Law Quarterly*, no 26, 1977, pp. 324-337, p. 329). D'autres, comme Lagoni, estiment à l'inverse que l'inaction d'un Etat le priverait de recours contre un Etat voisin qui aurait, après tentative de négociation, commencé à exploiter les ressources d'une zone litigieuse (« If a state remains inactive after another state has requested that it cooperate in determining the perimeter and contents of the deposit, it does not necessarily forgo its sovereignty or sovereign rights to the minerals in place in its territory or continental shelf. In other words, its inactivity does not automatically give the other state the right to exploit the whole common deposit. If the inactive state claims indemnification, however, because of an unknown quantity of petroleum or gas moved from its part of the common deposit into the other state's part, or if the conditions in its part have deteriorated because of that exploitation, the exploiting state may very well have a defense on the grounds of estoppel or acquiescence », in R. LAGONI, « Oil and Gas Deposits Across National Frontiers », *American Journal of International Law*, no 73, 1979, pp. 215-243, p. 238). Pour sa part, Dominic ROUGHTON estime qu'il est encore trop tôt pour se ranger derrière une telle position, in *op. cit.*, p.400. Cette question est loin d'être simple surtout si l'on considère que, pour des raisons qui lui seraient propres, l'Etat qui refuserait d'exercer son droit souverain sur le gisement commun empêcherait de fait l'exercice du droit souverain d'un Etat adjacent qui pourrait souhaiter extraire les ressources présentes dans sa sphère de souveraineté. Un auteur des plus autorisés, David ONG, propose que dans ces cas précis, les Etats aient à justifier toute attitude récalcitrante : in D. M. ONG, *op. cit.*, pp. 803-804.

## II. UNE PLACE CONSERVÉE DE LA *RULE OF CAPTURE* DANS L'EXPLOITATION DES GISEMENTS TRANSFRONTIÈRES AFRICAINS

Si nous persistons à penser que la *rule of capture* conserve une place centrale parmi le *corpus* de règles relativ à l'exploitation des gisements transfrontières, c'est précisément que le droit de la mer demeure indifférent à l'égard du caractère transfrontière de ces gisements. Ce désintérêt pour les gisements qui chevauchent les lignes de séparation du plateau continental conduit non seulement à faire perdurer un régime de licéité pour les activités extractives non concertées (A), mais plus fondamentalement, à faire de l'application de la *rule of capture*, le corollaire des droits souverains reconnus aux Etats côtiers (B).

### A. L'indifférence du droit de la mer à l'égard des gisements transfrontières

Comme nous avons pu le souligner, le droit de la mer ne confère pas de statut particulier aux gisements transfrontières et ne se préoccupe guère des risques d'une exploitation unilatérale de ces gisements (1). Dans ces circonstances, il appartient aux Etats de s'entendre sur les modalités d'exploitation des gisements chevauchant leurs lignes de démarcation. Or, la pratique des Etats africains demeure à ce jour bien timide et ne permet guère, au niveau régional, de rendre illicites les activités extractives non concertées (2).

#### 1. Le silence de la CNUDM

Si, à notre sens, l'hypothèse de la *rule of capture* demeure pertinente, c'est avant tout en ce que les obligations de négociations décrites jusqu'à présent, issues de l'article 83§3 de la CNUDM, n'ont d'effet que pour la période précédant la délimitation du plateau continental et non une fois celle-ci arrêtée<sup>41</sup>. Cette situation peut sembler incohérente<sup>42</sup>. Elle résulte pourtant de l'indifférence de principe du droit de la mer à l'égard des ressources naturelles, lors de la délimitation d'un plateau continental, appréhendé en droit comme le prolongement immergé des continents<sup>43</sup>. La CIJ, dans le litige opposant la Libye à la Tunisie, a ainsi précisé que des « *considérations économiques ne sauraient*

<sup>41</sup> Contrairement à ce qu'a pu affirmer de manière assez surprenante une plume des plus autorisée. Voir Peter CAMERON, « The Rules of Engagement: Developing Cross-Border Petroleum Deposits in the North Sea and the Caribbean, *Int'l & Comp. L. Q.*, 2006, pp. 559-570, p. 564.

<sup>42</sup> « *there is something highly unsatisfactory in the thought that on the one hand, in undelimited maritime areas, the state of international such that it prohibits unilateral development of oil and gas field, not least for the irreversible effects it causes to the sovereign rights of claimant States and the exerted impact on the marine environment. To then, subsequently, on the other hand argue that once such boundary been established and there is a straddling reservoir a rule of capture would, nonetheless, be activated no matter the extent of detriment to the these same sovereign rights, particularly loss of revenue, another coastal States would suffer were one coastal State to maximize production from its own side of the line* » in Youri Van LOGCHEM, « The Status of the Rule of Capture under International Law of the Sea with Regard to Offshore Oil and Gas Resource Related Activities, *Mich. St. Int'l. L. Rev.*, 2018, vol. 26.2, pp. 196-244, p. 244.

<sup>43</sup> Voir les critères de délimitation de l'article 76 de la CNUDM.

*être retenues pour la délimitation des zones de plateau continental relevant de chaque Partie. Il s'agit de facteurs quasiment extrinsèques, puisque variables et pouvant à tout moment faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre de façon imprévisible, selon les heures ou malheurs des pays en cause. Un pays peut être pauvre aujourd'hui et devenir prospère demain à la suite d'un événement tel que la découverte d'une nouvelle richesse économique »<sup>44</sup>. Plus récemment, le TIDM, à propos du différend entre le Ghana et la Côte d'Ivoire, a également rappelé que « d'après la jurisprudence internationale, la délimitation des zones maritimes doit être décidée objectivement en fonction de la configuration géographique des côtes pertinentes »<sup>45</sup>.*

Ainsi, alors que l'on pourrait de prime abord estimer que la délimitation du plateau continental a pour objet de conférer à chacun son bien, on constate que la CNUDM ne poursuit pas une logique de justice redistributive, comme l'a opportunément rappelé le TIDM dans le litige précité<sup>46</sup>. Notons bien, du reste, que le coût de cette délimitation maritime demeure une problématique spécifique<sup>47</sup> pour des Etats africains qui ne peuvent guère se permettre d'attendre l'établissement de lignes séparatives pour exploiter les richesses naturelles locales<sup>48</sup>.

La Commission du droit international (CDI) avait pourtant conscience, dès les années 50, des difficultés posées par les gisements chevauchant les lignes séparatives, et recommandé, nous le savons sans succès, l'intégration de cette circonstance pour la détermination des plateaux continentaux<sup>49</sup>. En outre, alors que la CDI s'était à nouveau emparée de cette problématique à travers ses travaux sur les *ressources naturelles partagées*<sup>50</sup>, elle dut rapidement prendre acte de la réticence des Etats à instaurer des règles universelles pour l'exploitation des gisements d'hydrocarbures transfrontières. La plupart des Etats consultés

<sup>44</sup> CIJ, *Affaire du plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 24 février 1982, Recueils CIJ 1982, p. 77, § 107. La Cour ajoutant tout de même, de manière quelque peu exceptionnelle, que la présence de puits de pétrole dans une zone à délimiter « peut, selon les faits, représenter un élément à considérer dans le processus au cours duquel tous les facteurs pertinents sont soigneusement pesés pour aboutir à un résultat équitable ».

<sup>45</sup> TIDM, *Défend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), Affaire No.23*, arrêt du 23 septembre 2017, p. 136, n°452. Voir également *Opinion dissidente du juge Evensen, Affaire du plateau continental (Tunisie / Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt du 24 février 1982, p. 278-322, p. 318, CPA, Barbades c. République de Trinité-et-Tobago, 11 avril 2006, § 241, p. 73 et CIJ, *Délimitation maritime dans l'Océan indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, 12 octobre 2021, § 87, p. 32.

<sup>46</sup> TIDM, *Défend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), Affaire No.23*, arrêt du 23 septembre 2017, p.136, n°452.

<sup>47</sup> Edwin EGEDE, « Africa and the Extended Continental Shelf under the Law of the Sea Convention (LOSC) 1982 », *J. Juris*, 2012, pp. 173-198.

<sup>48</sup> Le recours à cette délimitation maritime ne s'avérera en définitive d'aucune utilité pour les gisements qu'elle traversera et qui seraient, selon les critères même de la CNUDM, exploitables simultanément par plusieurs Etats adjacents. Voir ONG, *op. cit.*, p. 780.

<sup>49</sup> CDI, « Document A/CN.4/32 Memorandum présenté par le Secrétariat », in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol.II, pp. 67-118, p. 112, §337.

<sup>50</sup> Ch. YAMADA, *Ressources naturelles partagées*, DOCUMENT A/CN.4/533 et Add.1, 2003, pp. 122-145.

soulevèrent en effet l'inopportunité d'une codification des règles relatives à l'exploitation de ces gisements. La position américaine nous paraît à cet égard refléter l'*opinio juris* de la société des Etats sur cette question sensible. Elle énonce en effet que « *les Etats sont très conscients des enjeux politiques et économiques de ces ressources et n'ont donc pas autant besoin d'instructions ou d'incitations de la Commission pour les gérer. (...). Par conséquent, il ne serait pas très productif que la Commission cherche à induire un droit international coutumier de la pratique des Etats qui est hétéroclite et épars* »<sup>51</sup>. A l'issue de ces consultations, le rapporteur spécial Chusei YAMADA ne pouvait ainsi que constater que « *certaines Etats doutaient de la nécessité de règles universelles en la matière et conseillaient à la CDI de ne pas entreprendre un travail de codification, faisant observer essentiellement que la question du pétrole et du gaz naturel relevait des relations bilatérales, qu'elle était hautement technique et politiquement délicate et devait être traitée au cas par cas, tout en soulignant aussi la nécessité de se garder d'empêtrer sur les questions de délimitation maritime* »<sup>52</sup>.

Ces déclarations renforcent cet apparent constat d'une aridité du droit international à formuler des règles universelles pour l'exploitation des gisements transfrontières. Faire état d'une pratique étatique hétéroclite et épars, car hautement technique et politiquement délicate, n'écarte pas pour autant l'hypothèse de l'application de la *rule of capture*. Bien au contraire.

Assurément, le recours à ces accords bilatéraux pour la coordination de l'exploitation des gisements transfrontières est le reflet, pour les Etats concernés, du caractère inopportun des activités extractives non concertées. Pour autant, une telle pratique pourrait, à l'inverse refléter l'opinion selon laquelle, à défaut d'instrument conventionnel, ces activités extractives non concertées, aussi inopportunes soient-elles, évoluent dans un régime de licéité. Comme l'a très justement remarqué le professeur DAINTITH, « *c'est précisément le problème préempté – celui d'exploiter un gisement pétrolier scindé par une frontière maritime – qui soulève directement la question de l'applicabilité de la rule of capture en droit international* »<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Nations Unies, Assemblée générale, A/C.6/62/SR.22, Soixante-deuxième session, Documents officiels, Sixième Commission, Compte rendu analytique de la 22<sup>e</sup> séance, Tenue au Siège, à New York, le jeudi 1<sup>er</sup> novembre 2007, à 15 heures, 4 février 2008, pp. 18-19, § 89.

<sup>52</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, A/CN.4/608, Soixante-et-unième session, Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2009, *Ressources naturelles partagées, Document sur le pétrole et le gaz établi par M. Chusei Yamada, Rapporteur spécial sur les ressources naturelles partagées*, 18 février 2009, p. 4, § 7.

<sup>53</sup> « *it is precisely the problem they pre-empt – that of exploiting a petroleum deposit transected by an agreed maritime border – that most directly raises the issue of the applicability of the rule of capture in international law* », in T. DAINTITH, *op. cit.*, p. 398.

En tout état de cause, la licéité des activités extractives non concertées sur les gisements transfrontières doit être appréciée à l'aune de ces accords bilatéraux de concertation. Or, dans le contexte africain, force est de constater que cette pratique demeure encore à un stade embryonnaire.

## *2. Une pratique africaine encore balbutiante*

Les accords bilatéraux ayant pour objet l'organisation des activités extractives sur un gisement qui chevauche une ligne de démarcation sont communément appelés d'accords d'unification<sup>54</sup>. A l'instar des accords de développement commun pour les gisements situés dans des zones non délimitées, il s'agit d'exploiter de manière optimale le gisement partagé en faisant grand cas de son unité géologique.

Ce type d'accord exige, par définition, une forte volonté politique de coopération entre les Etats concernés. Par-delà la convoitise suscitée, la découverte de gisements transfrontières peut parfois renforcer cette volonté de collaboration bilatérale. En atteste la récente signature, le 9 février 2018, de l'accord de coopération interétatique entre le Sénégal et la Mauritanie pour l'exploitation concertée et le partage égalitaire entre ces deux pays de la rente pétrolière du gisement transfrontière *Grand Tortue / Ahmeyim*<sup>55</sup>.

Cet accord fait pourtant figure d'exception dans le contexte africain. A notre connaissance, en effet, il n'existe guère que l'accord portant arrangements provisoires relatifs à la délimitation de la frontière maritime entre l'Algérie et la Tunisie, signé le 7 août 2002, qui contient également une clause d'unité de gisement et ce dans les termes suivants : « *en cas de découverte de ressources*

<sup>54</sup> L'unification est également une institution juridique issue de la pratique contractuelle nordaméricaine. Par l'*unitization agreement*, les détenteurs américains de droits miniers sur des gisements communs s'accordent à ne plus exercer leurs droits de manière concurrentielle. Ils adoptent ainsi un comportement coopératif, permettant *in fine* de communautariser les risques et de stabiliser les résultats de l'extraction. Précisément, en droit américain des hydrocarbures, la pratique de l'unification serait à distinguer du pooling : « *in the United States, unitization is distinguished from pooling (although the terms are sometimes, regrettably, used interchangeably) (...). Pooling is the process of combining separately owned, small tracts of land into drilling units of the size required by a conservation commission in applications for example, 40 acres for an oil well or 640 acres for a gas well. Id. Pooling is done to avoid unnecessary recovery phase of Production (...). Unitization, by contrast, is a process of combining separately owned portions of a common producing reservoir or field into a large, fieldwide unit ; in the United States, it is usually done to implement secondary recovery of oil* », in J. Lang WEAVER et S. F. ASMUS, « Unitizing Oil and Gas Fields around the World : a Comparative Analysis of National Law and Private Contracts », *Houston J. of Int'l L.*, 2006, vol.28, n°1, pp. 3-197, note de bas de page n°2, p. 6. Egalement, « *it is important to distinguish pooling, which start from the division of the surface into lease areas and drilling units, from unitization, under which the aim is to develop the whole reservoir, or a substantial part of it, by placing wells in the best location regardless of lease boundaries, and distributing costs and production among all mineral interest owners according to formulae reflecting their respective stakes in the field* », in Terence DAINTITH, « The Common Law of Underground Energy Resources in the United States », *The Law of Energy Underground. Understanding New Developments in Subsurface Production, Transmission, and Storage*, OUP, 2014, pp. 37-58, p. 49.

<sup>55</sup> Voir la Loi n°2018-21 du 14 Juin 2018 autorisant le Président de la République à ratifier l'Accord de coopération inter-états portant sur le développement et l'exploitation des réservoirs du champ *Grand Tortue / Ahmeyim* entre le Sénégal et la Mauritanie, signé le 9 février 2018 à Nouakchott.

*minérales chevauchant les deux côtés de la ligne frontalière provisoire, les parties se concerteront afin de convenir des modalités d'exploitation équitable desdites ressources »<sup>56</sup>.*

Alors que certains auteurs confèrent aux procédures d'unitisation le statut de coutume internationale<sup>57</sup>, dans le contexte africain, cette pratique demeure, comme nous venons de le voir, encore balbutiante, pour ne pas dire exceptionnelle<sup>58</sup>. Si le recours aux accords bilatéraux d'unitisation est croyons-nous appelé à se développer à mesure de l'intensification des opérations extractives dans les zones maritimes africaines, cette pratique, encore embryonnaire, n'est toutefois guère en mesure de rendre illicites, à l'échelle régionale, les activités extractives unilatérales<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Article 5 de l'*Accord portant arrangements provisoires relatifs à la délimitation de la frontière maritime entre la République algérienne démocratique et populaire et la République tunisienne* in Journal Officiel de la République algérienne n°49, 17 août 2003. Dans un contexte d'établissement d'une frontière provisoire, et en rappelant dans son préambule les obligations issues de l'article 83(3), ce traité est à rapprocher des accords de développements conjoints, qui sont également susceptibles de contenir des clauses d'unité de gisement.

<sup>57</sup> Notamment, David M. ONG, « Joint Development of Common Offshore Oil and Gas Deposits: « Mere » State Practice or Customary International Law? », *Am. J. Int'l L.*, 1999, vol.93, pp. 771-803. *Contra*, Terence DAINTITH, *Finders Keepers? How the Law of Capture Shaped the World Oil Industry*, 2010, RFF Press, p. 402 et Josette BEER-GABEL, « Retour sur l'exploitation des ressources minérales du plateau continental. Entre stabilité et innovation », *Annuaire du droit de la mer*, 2004, t.IX, Pedone, pp.347-394, pp.362-363.

<sup>58</sup> En Afrique, le recours aux clauses d'unitisation ou d'unité de gisement pour les gisements chevauchant plusieurs surfaces contractuelles, mais au sein du même ordre juridique, n'est à notre connaissance, toujours pas majoritaires. L'Association des Pays Producteurs de Pétrole Africains, lors de l'adoption de son modèle de contrat pétrolier a pourtant impulsé un mouvement en ce sens, en incluant ce type de clause, dans les termes suivants « *si un Gisement d'Hydrocarbures situé dans la Zone Contractuelle s'étend au-delà de la cette zone, le Contractant sera tenu de procéder dans le respect de la Loi sur les Hydrocarbures. Le Contractant fera ses efforts raisonnables pour parvenir à un accord et un programme d'unitisation mutuellement acceptables avec toutes les autres Personnes affectées* » Association des producteurs de pétrole africains, *Etude comparative du Cadre Légal et Contractuel en Matière d'Hydrocarbures dans les Pays Membres de l'Association des producteurs de pétrole africains (APPA)*, 2012, article 24. Egalement, dans une perspective du renforcement des activités pétrolières offshore sur son plateau continental, le Sénégal s'est doté d'un nouveau Code pétrolier, le 23 janvier 2019, contenant des dispositions spécifiques sur la procédure d'unitisation. En effet l'article 60 de ce Code dispose que « *Lorsque les limites d'un gisement commercial se trouvent à cheval sur plusieurs autorisations d'exploration, les titulaires concernés, après attribution à chacun d'entre eux d'une autorisation exclusive d'exploitation sur la partie du gisement située dans la zone contractuelle faisant antérieurement l'objet de leur autorisation d'exploration, signent un accord d'unitisation pour le développement et l'exploitation commune. / Si un gisement d'hydrocarbures s'étend sur plusieurs zones d'exploitation distinctes, les titulaires des autorisations exclusives d'exploitation y afférentes s'efforcent de l'exploiter en commun dans les meilleures conditions d'efficacité technique et économique et dans un souci d'exploitation optimale. / Tout accord d'exploitation conjointe conclu entre les titulaires ainsi que les programmes y afférents sont communiqués au ministre chargé des Hydrocarbures dans un délai de quinze (15) jours à compter de la signature. / Les titulaires d'autorisation d'exploitation ont un délai d'un (01) an pour élaborer un programme d'exploitation conjointe. / En l'absence d'un accord à l'amiable à l'issue de ce délai, le ministre chargé des Hydrocarbures arrête un programme préparé conformément aux normes et pratiques internationales de l'industrie pétrolière qui sauvegarde les intérêts de chaque titulaire. / En cas de désaccord, le litige est soumis, à la charge des titulaires, à expertise ou aux voies de règlements des différends prévues conformément aux dispositions des contrats pétroliers applicables* ».

<sup>59</sup> Comme l'écrivit un auteur, « *notwithstanding the widespread practice of cooperative development, a deeper consideration of international law and academic opinions reflect that the rule does live on!* »,

Aussi, à défaut d'une pratique venant encadrer les activités extractives non concertées, ces dernières demeurent-elles, en principe, licites. Cette solution, au fond ne doit pas surprendre. Une analyse plus approfondie sur la nature des droits souverains reconnus aux Etats côtiers la confirme.

### **B. Une *rule of capture* corollaire de l'exercice des droits souverains reconnus aux Etats côtiers**

Le nœud gordien du débat portant sur l'application de la *rule of capture* paraît se situer dans ce dispositif paradoxal qui consiste en la reconnaissance de droits souverains exclusifs sur des portions du plateau continental pouvant renfermer des gisements s'étendant de part et d'autre des délimitations arrêtées. Il paraît en effet pour le moins contradictoire de reconnaître des droits *exclusifs* et souverains sur des ressources *communes* et simultanément accessibles par plusieurs Etats.

Aborder cette problématique sous cet angle, conduit toutefois à se méprendre sur la nature des droits souverains reconnus aux Etats côtiers. Et pour cause, la CNUDM reconnaît aux Etats côtiers non pas un droit de propriété sur les ressources découvertes ou à découvrir, mais des droits souverains aux fins de la prospection et de l'exploitation des ressources minières.

Cette distinction, si elle peut paraître sibylline, demeure essentielle. Nous savons en effet que la délimitation du plateau continental s'opère selon des critères géophysiques objectifs, sans que ne soit prise en considération la présence de gisements pétroliers ou gaziers. L'enjeu de la délimitation du plateau continental est en effet celui de détermination de la juridiction territoriale des Etats côtiers, pour l'exercice des droits souverains précités. Cette distinction s'inscrit dans l'approche kelsenienne d'un ordre international appréhendé comme ordre de répartition de compétences entre les ordres juridiques internes, et non comme ordre direct de répartition de ressources<sup>60</sup>.

---

Chukwuemeka MIKE OKORIE, « Have the Modern Approach to Unit Development of Straddling Petroleum Resources Extinguished the Applicability of the Primordial Law of Capture? », *Currents: Int'l Trade L. J.*, 2010, vol.18, pp. 41-48, p. 47.

<sup>60</sup> Dès 1932, KELSEN nous mettait en garde face à une pareille confusion : « *on appelle ce droit de l'Etat "souveraineté territoriale", et on appelle l'Etat envisagé dans ses rapports avec le territoire soumis à sa souveraineté : "Etat territoriale". Mais on doit se garder de voir dans la souveraineté territoriale un rapport juridique entre l'Etat et "son" territoire. On y est cependant facilement entraîné quand on personnalise l'Etat (lequel n'est pas autre chose que l'unité d'un ordre juridique valant pour un certain espace), que l'on considère cet Etat comme un individu physique ou psychique, comme une sorte d'homme ou de surhomme. On peut alors se laisser aller à admettre que l'Etat "possède" "son" territoire de la manière dont un homme possède "son" terrain, c'est-à-dire comme une propriété. Et, de fait, la souveraineté territoriale de l'Etat a été et est aujourd'hui encore interprétée comme une propriété de l'Etat sur son territoire ; la propriété étant alors entendue comme la domination exclusive d'un homme sur une chose. Ceci est faux parce que, dans la souveraineté territoriale, il ne s'agit pas d'un rapport entre un homme et une chose, mais du domaine de validité territorial d'un ordre, d'un ordre juridique garanti d'une certaine manière* », H. KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, t. XLII, 1932, pp. 117-352, pp. 209-210. Les droits souverains en effet occupent en effet en droit international les mêmes fonctions que les droits de propriété, sans pour autant qu'on ne puisse les

L'article 77§1 de la CNUDM pourrait, il est vrai, porter à confusion, en ce que l'exercice et non la jouissance de droits souverains y est évoqué. Les paragraphes 2 et 3 de cet article ajoutent toutefois que cet exercice est exclusif et indépendant de tout occupation effective de sorte que, comme que l'avait énoncé la CIJ, lors de l'*Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, « *si un Etat riverain choisit de ne pas explorer ou de ne pas exploiter les zones de plateau continental lui revenant, cela ne concerne que lui et nul ne peut le faire sans son consentement exprès* »<sup>61</sup>.

Nous ne saurions trop insister sur le fait que la CNUDM reconnaît aux Etats côtiers, une jouissance et non un simple exercice de droits souverains sur les différentes portions du plateau continental. Cette distinction entre jouissance et exercice d'un droit souverain est bien connue en droit international des investissements. La pratique arbitrale relative aux expropriations nous enseigne en effet que, quel que soit l'exercice effectif d'un droit souverain, jamais l'Etat ne pourra en perdre sa jouissance<sup>62</sup>. Il en est de la nature même du droit ainsi qualifié.

En somme, l'exercice de droits souverains sur une portion du plateau continental n'est pas susceptible de porter atteinte à la jouissance des droits souverains de l'Etat côtier adjacent. Il en va de même lorsque cet exercice conduit à la captation intégrale d'un gisement chevauchant une ligne de démarcation. Priver, au contraire, l'Etat côtier de sa faculté d'exercer ses droits souverains et ne pas reconnaître, dans ce contexte, la licéité des activités extractives unilatérales, nous apparaît en contradiction avec la lettre de la CNUDM qui, rappelons-le, ne s'intéresse pas aux questions de droits de propriété sur la ressource extraite.

Ce régime de liberté rapproche assurément le système de la CNUDM du système de la *rule of capture* issu des juridictions nordaméricaines. Cette similitude n'a pas manqué d'être soulignée par la doctrine de *Common law*. Le professeur TOWNSEND GAULT qualifie en effet les droits souverains des Etats de « *nouvelle forme d'intérêt* » et précise que ces droits sont « *analogues aux profits à prendre (...) et aux théories de la propriété développées par les tribunaux des juridictions des Etats pétroliers américains* »<sup>63</sup>. Le professeur DOW estime, pour

---

confondre. « *This is not to say that they are equivalent to other forms of private property, but to signify that they have sufficient "propertiness" about them for them to fulfill their given function. Any doubt about the precise extent and nature of sovereign rights has not prevented coastal States from implementing strong private property-based systems for the regulation of oil and gas deposits. The nature and extent of such property systems are largely at the discretion of the coastal state* », in R. BARNES, *Property Rights and Natural Resources*, Hart Publishing, 2009, p. 281.

<sup>61</sup> CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 et s., p. 22.

<sup>62</sup> Par exemple, souligne l'arbitre-unique DUPUY dans la sentence Texaco, « *il convient de faire, pour la souveraineté permanente, la distinction bien connue de la jouissance et de l'exercice. L'Etat concédant conserve de façon permanente la jouissance de ses droits souverains ; il ne saurait s'en voir privé d'une manière ou d'une autre ; le contrat qu'il conclut avec une entreprise privée ne s'analyse pas en une aliénation de cette souveraineté mais comme une limitation, d'ailleurs partielle et limitée dans le temps, de son exercice* » in R.-J. DUPUY, *Texaco/Calasatiatic c. Gouvernement libyen*, 19 janvier 1977, *JDI*, p.373.

<sup>63</sup> Traduction libre de « *new form of interest* » et de « *analogous to the profit à prendre, [...] and theories of ownership developed by courts in the petroleum-producing jurisdictions of the United States* »,

sa part, que « *la licence offshore (...) ne peut pas donner le droit de posséder le pétrole et le gaz dans le sol. La propriété des hydrocarbures est conférée à la première possession, c'est-à-dire à la tête du puits, au moyen d'une fiction juridique connue sous le nom de rule of capture. Avant ce moment, il n'y a pas de propriété directe des hydrocarbures* »<sup>64</sup>. De même, écrit enfin le professeur REDGWELL, « *les Etats côtiers jouissent du titre ou droit exclusif d'explorer et d'exploiter les ressources du plateau continental mais ne possèdent pas les ressources ; il s'agit d'un droit qui est conféré aux détenteurs des permis, la propriété n'étant reconnue que lorsque les ressources récupérées ont été appropriées* »<sup>65</sup>.

Cette analyse n'est pas l'unique apanage de la *Common law*. Dans une étude, semble-t-il oubliée aujourd'hui, sur *la nature de la cession du droit d'extraction des produits du sol*, le professeur DABIN revient sur le contenu du droit d'extraction, non réductible au droit de propriété sur la ressource extraite. En effet, rappelle l'éminent professeur, « *la chose donnée à bail en l'espèce, ce n'est pas le fonds ou même la mine ou la carrière qui, en effet, s'épuise par l'exercice du droit d'extraction ; c'est la faculté d'extraire qui, nonobstant l'exercice continu, plus ou moins intégral, du droit d'extraction, reste pourtant intacte, jusqu'au moment fatal, il est vrai, où elle disparaîtra faute de matières à extraire. Mais, dans ce dernier cas, l'extinction du droit ne sera que la conséquence de la perte de la chose, ainsi qu'il arrive pour tous les droits relatifs à une chose.* En attendant, le droit d'extraction demeure, dans sa réalité juridique immatérielle, sans aucune diminution ou altération de sa substance propre »<sup>66</sup>.

Cette mise en garde contre toute confusion entre le droit d'extraction et la mine ou, pour reprendre les termes de la CNUDM, entre le droit d'exploitation et la

I. T. GAULT, « Petroleum Development Offshore: Legal and Contractual Issues », in *Petroleum Investment Policies in Developing Countries*, 2<sup>nd</sup> edition, Kluwer, 2010, pp. 101-163, p. 107.

<sup>64</sup> Traduction libre de « *the offshore licence (...) cannot give a right to own oil and gas in the ground. Hydrocarbons are taken into ownership at first possession, that is, at the wellhead, by means of a legal fiction known as the rule of capture. Until that time there is no outright ownership of the hydrocarbons* », in S. DOW, « Energy Law in the United Kingdom », in *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation*, OUP, 2007, pp. 1169-1264, p. 1191, n°15.64.

<sup>65</sup> Traduction libre de « *coastal States enjoy the exclusive right or entitlement to explore and exploit the resources of the continental shelf but do not own the resources; it is this entitlement which is conferred on licensees, title passing only when the recovered resources are reduced to possession* », in C. REDGWELL, « International Regulation of Energy Activities », in *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation*, op. cit., p. 13-45, p. 44 (nous soulignons). Egalement, Marianthi PAPPA, « Private Oil Companies Operating in Contested Waters and International Law of the Sea: A Peculiar Relationship », *OGEL*, 2018, vol.16, n°1, pp.1-26, p. 3 et p. 7.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 101, n° 42 (nous soulignons). Egalement, « *il est bien évident que le droit d'extraction ne l'intéresse qu'en vue des produits à acquérir et, ultérieurement de leur emploi (...). Mais ce point de vue, qui relève sous des angles divers, de la technique, de l'économie et de la psychologie, n'est pas le point de vue du juriste. Même si une opération ou un droit ne constitue qu'un moyen ordonné à une fin (ce qui est toujours le cas), il faut juridiquement l'analyser par son objet. Or, l'objet de la convention, en l'espèce, c'est un certain mode d'utilisation du fonds ou du tréfonds, à savoir l'extraction des produits de ce fonds. C'est ce droit d'extraction, et lui seul qui constitue la matière de l'opération ; les produits à extraire ne sont que le résultat final, plus ou moins aléatoire d'ailleurs, du droit d'extraire d'ailleurs, du droit d'extraction concédé* » in J. DABIN, « De la nature de la cession du droit d'extraction des produits du sol », *Etudes de droit civil*, Bruylant, 1947, pp. 81-82, n°21.

ressource naturelle, est bienvenue. Elle nous permet d'appréhender, dans une perspective civiliste, que l'exercice du droit d'exploitation, même s'il conduit à la diminution voire à l'épuisement d'un gisement transfrontière, n'altère en rien la réalité juridique immatérielle et permanente des droits souverains. En somme, la *rule of capture* n'entre pas en confrontation avec les droits souverains reconnus aux Etats côtiers mais se présente bel et bien comme leur corollaire naturel et nécessaire pour les gisements transfrontières.

## CONCLUSION

A l'issue de cette étude consacrée à la licéité des activités minières non concertées sur les gisements partagés africains, plusieurs observations peuvent être avancées.

En ce qui concerne, d'abord, les campagnes de prospection et d'exploitation visant des gisements qui se situeraient dans des zones maritimes où le plateau continental africain reste encore à délimiter, nous avons établi que toute activité unilatérale qui conduirait à des changements physiques permanents est en principe prohibée. Par définition, ce critère écarte les activités d'exploitation tandis que les activités de prospection demeurent licites.

En ce qui concerne, ensuite, les opérations minières portant sur des gisements qui chevauchent une ligne de délimitation, cette étude aura montré que la *rule of capture* demeure la règle par défaut<sup>67</sup> en l'absence de tout accord fournissant un cadre pour une exploitation concertée.

Ce dispositif apparaît comme la conséquence naturelle et nécessaire de l'exercice de droits souverains dans le contexte particulier des gisements partagés. Il rend toutefois licite, voire légitime une course à la ressource aux conséquences potentiellement néfastes.

Au terme de cette analyse, nous ne pouvons donc que souhaiter que les Etats africains, titulaires de droits souverains et responsables de leurs exercices, s'entendent sur les modalités d'exploitation des gisements partagés. Certes, jusqu'à présent, les concertations furent davantage l'exception que la norme. Gageons toutefois que les récentes découvertes et l'affirmation de l'Afrique dans l'ordre énergétique mondial conduisent à un renforcement de la coopération régionale<sup>68</sup> et, ce faisant, précipitent ce tant attendu *Siècle Africain de l'énergie*.

---

<sup>67</sup> T. DAINTITH, *op. cit.*, p. 407.

<sup>68</sup> Concertation qui se matérialise notamment par la mise en place du programme frontière de l'Union Africaine. <http://www.peaceau.org/fr/article/conference-panafricaine-sur-les-frontieres-maritimes-br-et-le-plateau-continentale-sur-la-mise-en-oeuvre-du-br-programme-frontiere-de-l-union-africaine>. Comme le souligne M. BECKER-WEINBERG, cette coopération sera avant tout le fruit « *d'une impulsion économique plus que juridique. La volonté des Etats de conclure des accords de développement commun était principalement conditionnée par la nécessité de satisfaire la demande en sources d'énergie et non pas* »

## RÉSUMÉ

L'Afrique apparaît comme le continent d'avenir pour les activités de prospection et d'exploitation gazières et pétrolières, depuis que ses fonds marins, jusqu'alors largement inexploités, ont révélé des gisements de classe mondiale. L'exploitation de ces nouvelles ressources marines a toutefois pour conséquence d'exacerber les conflits de revendications sur le plateau continental africain. Ce risque de conflits est d'autant plus important qu'une partie significative de plateau continental reste à délimiter et que demeurent peu nombreuses les dispositions de la CNUDM relatives aux ressources qu'il renferme. Les enjeux et défis que posent les hydrocarbures marins sont donc considérables pour l'Afrique. Dans ce contexte, cet article explore la pertinence de la *rule of capture*. A cet égard, la pratique et la jurisprudence pertinentes suggèrent que si l'application de la *rule of capture* est écartée par les dispositions de l'article 83§3 de la CNUDM, l'exploitation unilatérale des gisements transfrontières demeure une pratique licite.

## SUMMARY

Africa looks to be the next frontier for hydrocarbons, as its untapped seabed has revealed world-class deposits. The exploitation of these newly discovered offshore resources, however, is likely to trigger conflicting claims to the African continental shelf. The possibility of such disputes is heightened in this context because much of the African continental shelf is far from being delimited and UNCLOS's guidance on this issue is sparse. The stakes and challenges are therefore high for Africa. Against this background, this article explores the relevancy of the rule of capture in the exploitation of common and transboundary offshore deposits and examines whether the unilateral exploitation of these deposits would be admissible under international law. In that regard, the relevant practice and jurisprudence suggest that if the application of the rule of capture is to be excluded by the provisions of UNCLOS Article 83§3, the uncoordinated exploitation of transboundary deposits remains far from being precluded by international law.

---

*la conviction que les Etats étaient légalement tenus de partager les ressources minérales communes ».* Traduction libre de « *of an economic drive, rather than a legal one. States' willingness to enter into joint development agreements was primarily conditioned by the need to satisfy the demand for energy sources and not the conviction that States were legally bound to share common mineral resources* », in BECKER-WEINBERG, *op. cit.* p. 199.

**RESUMEN**

África parece ser la próxima frontera de los hidrocarburos, ya que sus fondos marinos han revelado yacimientos de categoría mundial. Sin embargo, es probable que la explotación de estos recursos recién descubiertos en alta mar desencadene reivindicaciones conflictivas sobre la plataforma continental africana. La posibilidad de que se produzcan estas disputas es mayor en este contexto porque gran parte de la plataforma continental africana está lejos de estar delimitada y las orientaciones de la CNUDM son escasas. Por lo tanto, lo que está en juego y los desafíos son grandes para África. En este contexto, este artículo explora la pertinencia de la *rule of capture* en la explotación de yacimientos comunes y transfronterizos y examina si la explotación unilateral de estos yacimientos sería admisible en virtud del derecho internacional. A este respecto, la práctica y la jurisprudencia pertinentes sugieren que, si la aplicación de la *rule of capture* queda excluida por las disposiciones del artículo 83§3 de la CNUDM, la explotación no coordinada de los yacimientos transfronterizos está lejos de ser excluida por el derecho internacional.