

CR 2016/12

CR 2016/12

Mercredi 21 septembre 2016 à 16 h 30

Wednesday 21 September 2016 at 4.30 p.m.

12 The PRESIDENT : Please be seated. The sitting is open. The Court meet today to hear Kenya's second round of oral argument. I now give the floor to Professor Akhavan.

M. AKHAVAN :

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA THÈSE DE LA SOMALIE

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, j'ai le plaisir d'ouvrir le second tour de plaidoiries du Kenya. Je commencerai par quelques observations générales sur les arguments que nous avons entendus lors du premier tour de plaidoiries de la Somalie. M. Forteau vous parlera ensuite de l'interprétation du mémorandum d'accord, suivi de M. Boyle qui se penchera sur l'article 282 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après «la CNUDM»), et de M. Lowe, qui examinera à la lumière de la jurisprudence de la Cour la déclaration faite par le Kenya en vertu de la clause facultative. Notre agent vous présentera ensuite les conclusions finales du Kenya.

2. Monsieur le président, hier, les conseils de la Somalie ont soigneusement évité la simple question qui se pose à la Cour, à savoir : l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord a-t-il ou non une quelconque signification ? M. Pellet a longuement parlé de tout sauf des termes ordinaires de ce texte. Il a contesté l'interprétation qu'en donne le Kenya, mais sans expliquer ce que le paragraphe pourrait bien vouloir dire d'autre¹. Le seul objectif du mémorandum, a-t-il répété, est d'«accorder... non-objection» à l'égard des demandes soumises à la Commission des limites du plateau continental (ci-après «la Commission des limites»)². Dans ce cas, pourquoi les Parties y ont-elles inclus l'avant-dernier paragraphe sur le règlement des différends ? C'est évidente. Nul besoin de convoquer un séminaire sur le droit des traités pour répondre à cette question. Les Parties ont inséré ce paragraphe parce qu'il fait partie intégrante de l'accord qu'exprime le mémorandum. Leur intention était de donner au texte un effet juridique pratique.

3. Monsieur le président, on dit souvent que l'habit ne fait pas le moine, mais M. Pellet voudrait qu'un titre fasse le traité ! Son argument peut en effet se résumer comme suit : retenez le

¹ CR 2016/11, p. 16, par. 1 (Pellet).

² *Ibid.*, p. 21, par. 13 (Pellet).

titre du mémorandum et oubliez le paragraphe qui dessert la thèse de la Somalie. Il ne saurait en être ainsi.

13

4. Le mémorandum d'accord établit un mode de règlement cohérent en trois étapes, dont la première est l'engagement de «non-objection» à l'égard des demandes à la Commission des limites, la deuxième, la formulation par celle-ci des recommandations attendues, et la troisième, la conclusion d'un accord final sur l'ensemble des zones en litige. L'expression «fera l'objet d'un accord» après l'examen de la Commission est dépourvue de toute ambiguïté. Pour M. Sands, ce n'est rien d'autre qu'une «clause standard» reflétant le paragraphe 1 de l'article 74 et le paragraphe 1 de l'article 83 de la CNUDM³. Ceux-ci disposent que la délimitation des frontières maritimes «est effectuée par voie d'accord»⁴. Le seul argument de M. Sands est que le mémorandum ne contient aucune «clause d'exclusion» écartant la compétence de la Cour⁵. Il est toutefois évident que cela n'est pas pertinent. La réserve du Kenya s'applique dès lors qu'il existe une procédure agréée autre que la saisine de la Cour⁶. Rien de plus n'est requis. Conformément à sa jurisprudence, la Cour donne plein effet aux réserves⁷. Or, M. Sands a fait totalement abstraction de cette règle d'interprétation dans son exposé, préférant appliquer un critère novateur de son invention, à savoir que les déclarations faites en vertu de la clause facultative doivent exclure la compétence «intentionnellement, d'une manière explicite et dépourvue d'ambiguïté»⁸. Cette nouvelle règle défie toute logique. S'il fallait que la saisine de la Cour soit expressément exclue par le mémorandum d'accord, la réserve du Kenya serait inutile. Selon cette étrange logique, une réserve unilatérale serait subordonnée au consentement des autres Etats. La même logique s'appliquerait aux 34 Etats qui ont fait des réserves analogues, privant celles-ci de tout

³ CR 2016/11, p. 54, par. 13 (Sands).

⁴ CNUDM, art. 74, par. 1 : «La délimitation de la zone économique exclusive entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable», et art. 83, par. 1 : «La délimitation de la zone économique exclusive entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable.»

⁵ CR 2016/11, p. 54, par. 13 (Sands).

⁶ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240.

⁷ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 452–53, par. 44 ; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000*, p. 29–31, par. 36–42 ; exceptions préliminaires du Kenya (ci-après «EPK»), par. 144.

⁸ CR 2016/11, p. 52, par. 8 (Sands).

effet. En réalité, M. Sands faisait écho à des propos tenus par le président de la Cour en 2010, qui confirmaient qu'en vertu de ces réserves-là, «tout autre mécanisme de règlement des différends convenu entre les parties l'emport[e] sur la compétence générale de la Cour». C'est parfaitement clair. Il n'y a rien à ajouter.

5. S'agissant des arguments que le Kenya fonde sur les procédures prévues à la partie XV de la CNUDM, M. Sands a déclaré, avec son sens habituel de la mesure, qu'ils étaient «manifestement voués à l'échec»⁹. Mais la seule raison qu'il oppose est que, selon l'article 282, la juridiction de la Cour l'emporte en présence de déclarations faites en vertu de la clause facultative qui «concordent, convergent et se recourent»¹⁰. Or, rien de tel en l'espèce. Nous avons d'un côté la déclaration de la Somalie, et de l'autre, celle du Kenya. Elles ne sont pas concordantes. Ni convergentes. L'article 282 ne trouve pas à s'appliquer. C'est, à l'évidence, la partie XV qui est pertinente ; c'est elle qui constitue la *lex specialis* procédurale applicable¹¹ entre les Parties en ce qui concerne la CNUDM. Cependant, point n'est besoin pour la Cour de rendre une décision d'application générale sur la base des dispositions de la partie XV. Le mémorandum d'accord étant un accord bilatéral instituant une procédure agréée, il suffit à exclure sa compétence à l'égard de la présente affaire.

14

6. Monsieur le président, la Somalie a formulé quelques allégations factuelles sur lesquelles il me faut revenir brièvement. Tout d'abord, M. Pellet a laissé entendre que le mode de règlement prescrit à l'avant-dernier paragraphe du mémorandum entraînait ce qu'il appelle «des effets pratiques ... pervers», au motif que la demande somalienne ne serait pas examinée par la Commission des limites avant 2033¹², selon ses propres calculs. Il ignore apparemment que des

⁹ CR 2016/11, p. 66, par. 48 (Sands).

¹⁰ *Ibid.*, p. 61, par. 29 (Sands).

¹¹ Voir, par exemple, *Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, par. 44 («Une ... pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles») ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 240, par. 25 («C'est ... à la *lex specialis* applicable ... qu'il appartient de déterminer...») ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004(I)*, p. 177-178, par. 105 ; *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* (1977), [I.L.R., vol. 52], p. 144, par. 39 (la règle *generalia specialibus non derogant*, en vertu de laquelle ... la disposition générale ... s'efface devant ... la disposition spéciale) ; *Décision du 27 juin 1955* (1955), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. [388] («il est un principe juridique universel, en matière d'interprétation, qu'en cas de conflit entre un texte général et un texte spécial, c'est le dernier qui doit l'emporter»).

¹² CR 2016/11, p. 30, par. 29 et 30 (Pellet).

objections ont été soulevées à l'égard d'au moins 16 demandes antérieures¹³, soit environ la moitié des communications en attente. Il ignore aussi que la Commission siège désormais durant 21 à 26 semaines par an et qu'elle a considérablement accéléré ses procédures¹⁴. La demande du Kenya, dont l'examen était initialement prévu en 2022, a finalement été traitée en 2014¹⁵. En tout état de cause, la négociation d'accords de délimitation maritime nécessite aussi plusieurs années, et dans les circonstances actuelles, un règlement immédiat n'est nullement requis. De fait, si la Somalie était vraiment pressée de parvenir à un règlement, elle n'aurait pas soulevé d'objection à la demande kenyane. Sa théorie alarmiste concernant les délais prolongés de la Commission ne résiste pas à l'examen.

15

7. Ensuite, M. Reichler s'est donné beaucoup de mal pour vous présenter ce qu'il appelle des «preuves» de «comportement ultérieur» à l'égard du mémorandum d'accord. Il vous a expliqué que les Parties, pendant une période de quatre mois, avaient eu des discussions préliminaires sur la délimitation maritime, ce qui démontrait de manière concluante que l'intervention de la Commission n'était pas une condition préalable ; or, c'est pendant cette même période que la Somalie a soulevé une objection à l'égard de la demande kenyane. Que répondre à cela ? Il est évident que les Parties sont libres de conclure un accord frontalier quand bon leur semble, si elles y consentent l'une et l'autre. Cependant, à défaut d'un tel consentement mutuel, la procédure agréée établie par le mémorandum qui prévoit l'intervention préalable de la Commission reste applicable. C'est aussi simple que cela.

¹³ Voir, par exemple, objections soulevées par les Philippines relativement à la demande de Palau (note verbale du 4 août 2009); objections soulevées par l'Argentine relativement à la demande du Royaume-Uni concernant notamment les Malouines (note verbale du 20 août 2009); objections soulevées par l'Islande relativement à la demande du Danemark concernant la région du plateau Féroé-Rockall (note verbale du 5 avril 2011); objections soulevées par le Venezuela relativement à la demande du Guyana (note verbale du 9 mars 2012); objections soulevées par le Japon relativement à la demande de la Chine concernant un secteur de la mer de Chine orientale (note verbale du 13 août 2013); objections soulevées par le Japon relativement à la demande de la République de Corée (note verbale du 28 août 2013); objections soulevées par la Colombie, Panama et le Costa Rica relativement à la demande du Nicaragua concernant le secteur sud-ouest de la mer des Caraïbes (notes verbales du 23 septembre 2013 et du 5 février 2014); objections soulevées par la République démocratique du Congo relativement à la demande de l'Angola (note verbale du 11 avril 2014); objections soulevées par la France relativement à la demande du Canada (note verbale du 17 décembre 2014); objections soulevées par les États-Unis d'Amérique relativement à la demande des Bahamas (note verbale du 12 novembre 2014); objections soulevées par le Canada relativement à la demande de la France concernant St-Pierre-et-Miquelon (note verbale du 3 septembre 2014).

¹⁴ Décision concernant le volume de travail de la Commission des limites du plateau continental, vingt et unième réunion, doc. SPLOS/229, 16 juin 2011.

¹⁵ Etat d'avancement des travaux de la Commission des limites du plateau continental, déclaration du président, 18 avril 2016, CLCS/93, par. 42.

8. Outre que l'on pourrait dire que son argument aussi est «voué à l'échec», M. Reichler s'appuyait sur des documents qui confirment en réalité que le Kenya a toujours vu la négociation comme étant le mode de règlement prescrit par le mémorandum. Permettez-moi de revenir rapidement sur ces documents. Je rappellerai, ce faisant, le numéro des onglets du dossier de plaidoiries de la Somalie sous lesquels ils figurent. Le résumé de la présentation faite par le Kenya à la Commission des limites en 2009 (onglet n° 9) était supposé vous démontrer qu'en concluant le mémorandum, les parties s'engageaient exclusivement à «ne pas faire objection» à l'examen de leurs demandes respectives¹⁶. Or, dans la phrase qui suit immédiatement celle qui vous était citée, la déléguée kenyane, Mme Nkoroi, confirme qu'«au moment opportun un mécanisme ser[a] mis en place pour mener à terme les négociations sur la frontière maritime avec la Somalie», conformément au mémorandum d'accord. Il en va de même pour le résumé de la demande que le Kenya a soumise à la Commission en 2009 (onglet n° 10). Il y est fait référence au mémorandum ainsi que, juste avant, au paragraphe 4 de l'article 4 de la loi kenyane de 1989 sur les espaces maritimes, qui dispose que «la zone économique exclusive entre le Kenya et la Somalie sera délimitée ... conformément à un accord conclu entre le Kenya et la Somalie sur la base du droit international»¹⁷. La déclaration ministérielle conjointe de 2013 (onglet n° 11) montre quant à elle que les Parties s'accordaient sur «la nécessité de réfléchir aux modalités de la démarcation maritime à entreprendre» et que leurs ministres ont passé en revue «les accords précédents ainsi que le mémorandum d'accord signé entre le Kenya et la Somalie et examiné également dans quelle mesure ceux-ci avaient été mis en œuvre»¹⁸. Autre exemple encore, la note verbale figurant sous l'onglet n° 20, dans laquelle le Kenya déclare que, conformément au mémorandum, la délimitation maritime «fer[a] l'objet d'un accord» entre les Parties, rappelant par ailleurs qu'il demeure attaché à un règlement «par voie d'accord bilatéral» et qu'il souhaite régler rapidement la question de l'objection soulevée par la Somalie à l'égard de sa demande à la Commission¹⁹. Malgré le

¹⁶ Mémoire de la Somalie (ci-après «MS»), vol. III, annexe 61 ; CR 2016/11, p. 39, par. 21 (Reichler).

¹⁷ MS, vol. III, annexe 59 ; CR 2016/11, p. 39, par. 22 (Reichler).

¹⁸ EPK, vol. II, annexe 31 ; CR 2016/11, p. 41, par. 27 (Reichler).

¹⁹ MS, vol. III, annexe 50 ; CR 2016/11, p. 49, par. 50 (Reichler).

16 non-respect du mémorandum par la Somalie, le Kenya est resté convaincu que la délimitation de la frontière maritime serait effectuée par voie d'accord.

9. Monsieur le président, les conseils de la Somalie n'ont cessé de prétendre que la voie des négociations avait été épuisée, pour tenter de convaincre la Cour que, si elle n'exerçait pas sa compétence en l'espèce, les Parties ne parviendraient jamais à s'entendre sur la délimitation maritime. M. Reichler a affirmé, sans avoir l'air d'y croire lui-même, que le mémorandum était un accord par lequel les Parties «seraient convenues de ne pas s'entendre», ajoutant qu'il faisait «obstacle aux négociations ou à un accord rapide»²⁰. M. Sands n'a pas hésité à le qualifier d'«impasse»²¹. Quant à M. Pellet, il s'est dit «perplexe» à l'idée que ce qu'il appelle deux Etats africains «démunis» fassent «traîner les choses» plutôt que de s'en remettre à la compétence de la Cour²². Rappelons que le Kenya est un pays à revenu intermédiaire selon la Banque mondiale, mais là n'est pas la question. Quand bien même la procédure instituée par le mémorandum ne permettrait pas aux Parties de parvenir à un accord après l'intervention de la Commission des limites, comme le prédit la Somalie, la perspective d'un règlement négocié ne disparaîtrait pas pour autant dans des limbes perpétuelles, car les procédures prévues à la partie XV de la CNUDM trouveraient toujours à s'appliquer. Il resterait toujours un autre mode de règlement même si la voie du mémorandum est épuisée, à un moment donné dans un proche avenir. Les prédictions apocalyptiques de M. Sands, annonçant de «très graves répercussions», d'«extrêmes conséquences», des «résultat[s] ... surprenant[s]» et d'autres calamités analogues pour la Cour, semblent être la manifestation d'une crise de grandiloquence aiguë -- mais qu'une bonne dose de faits objectifs suffit heureusement à calmer²³.

10. A ce propos, comment répondre aux reproches qui sont faits au Kenya, accusé de nourrir une «hostilité» envers la Cour parce que son argumentation aurait «toutes les chances d'être écartée» au fond et qui chercherait donc à «justifier la perpétuation de son comportement unilatéral» -- pour reprendre les termes de M. Sands²⁴ ? Il importe de souligner que la Somalie,

²⁰ CR 2016/11, p. 48, par. 48 ; p. 49, par. 51 (Reichler).

²¹ *Ibid.*, p. 57, par. 17 (Sands).

²² *Ibid.*, p. 33, par. 39 (Pellet).

²³ *Ibid.*, p. 56-57, par. 14 et 16 (Sands).

²⁴ *Ibid.*, p. 51, par. 4 (Sands).

dans ses écritures comme dans ses plaidoiries, a passé totalement sous silence la nécessité qu'a le Kenya de veiller à la sécurité maritime face aux terroristes chabab. Elle n'a pas contesté, ni par des arguments ni par des éléments de preuve, que l'insécurité dans la zone frontalière posait une menace fondamentale pour son voisin. La vérité, aussi embarrassante soit-elle pour la Somalie, est que des centaines de civils kenyans ont été massacrés lors d'attentats terroristes, et qu'empêcher les combattants chabab de pénétrer dans les espaces maritimes en cause est vital pour le Kenya, ainsi que celui-ci l'a répété à plusieurs reprises. Nous ne parlons pas ici d'un différend maritime entre la

17 Suède et la Norvège. Nous parlons d'un contexte de grande insécurité, où la situation encore fragile d'un pays — la Somalie — a une incidence directe sur son voisin — le Kenya. La Somalie ne nie pas que la marine kenyane patrouille depuis plusieurs années dans les eaux en litige, dans le cadre de la mission de l'Union africaine en Somalie (AMISOM), avec l'aval du Conseil de sécurité des Nations Unies. Face à une situation aussi complexe, peut-on reprocher au Kenya de vouloir négocier un règlement au moyen de la procédure convenue dans le mémorandum d'accord ?

11. Monsieur le président, un dernier point appelle un bref commentaire. Mme l'agent adjoint a évoqué «l'attitude mal inspirée du Kenya»²⁵ à l'égard des espaces maritimes en litige. Elle a laissé entendre que si le Kenya refusait la compétence de la Cour, c'était parce que «son argumentation au fond n'[était] pas solide»²⁶. En réalité, les arguments du Kenya au fond sont très solides, mais le fond n'est pas pertinent pour la question de la compétence. La Cour l'a clairement établi dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*²⁷. Cela n'a pas non plus le moindre rapport avec les raisons qu'a le Kenya d'insister pour négocier un règlement conformément au mémorandum d'accord. Ce qui importe ici, c'est seulement de replacer dans un juste contexte ce que la Somalie dénonce comme étant des actes unilatéraux. Le Kenya a exercé sa compétence dans les eaux en cause depuis 1979 sans rencontrer d'opposition. Mme l'agent adjoint a fait observer que la Somalie «ne souscriv[ait] pas»²⁸ à cette affirmation; mais aucun élément, fût-il tenu, ne confirme cela dans le mémoire. Et pendant 30 années, jusqu'à la conclusion du mémorandum

²⁵ CR 2016/11, p. 11, par. 9 (Al-Sharmani).

²⁶ *Ibid.*, p. 14, par. 25 (Al-Sharmani).

²⁷ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 452.

²⁸ CR 2016/11, p. 11, par. 9 (Al-Sharmani).

d'accord en 2009, la Somalie n'a pas émis la moindre protestation. Ainsi qu'il a déjà été dit, la frontière maritime longeant le parallèle résulte de la pratique anglo-italienne à l'égard de la mer territoriale, remontant à la période coloniale. Dans ces conditions, quel comportement raisonnable devrait-on attendre du Kenya ? Lorsqu'un Etat exerce une compétence incontestée pendant 30 ans et qu'un Etat voisin déclare soudain que leur frontière maritime est en litige, faut-il cesser immédiatement toutes activités d'exploration ? En particulier celles qui n'ont qu'un caractère transitoire -- et qui ont d'ailleurs été suspendues elles aussi ? Le Kenya a proposé à la Somalie de conclure des arrangements provisoires de caractère pratique, conformément au paragraphe 3 commun aux articles 74 et 83 de la CNUDM. N'est-il pas injuste de lui en tenir rigueur, compte tenu des circonstances, et de lui reprocher un comportement inapproprié ? Nous affirmons au contraire que son comportement est exemplaire. La version fallacieuse des faits que la Somalie a

18 échafaudée au cours de la présente instance pour convaincre la Cour d'exercer sa compétence au mépris de la réserve du Kenya est tout simplement dénuée de fondement.

12. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, ainsi s'achève mon exposé. Ce fut pour moi un honneur de plaider devant vous. Je vous prie de bien vouloir appeler maintenant M. Forteau à la barre.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. I give the floor to Professor Forteau.

Mr. FORTEAU

THE INTERPRETATION OF THE 2009 MOU

1. Thank you, Mr. President. Mr. President, Members of the Court, my task this afternoon is to return to the interpretation of the 2009 MOU. Rest assured, Mr. President, I am not about to embark on a lecture on the rules applicable to treaty interpretation. I shall merely apply them to the case at hand, by accurately comparing them to the evidence in the case file — something which Somalia has failed to do. I will then deal in turn, in response to our opponents' arguments, with the context in which the MOU was concluded (I), its scope (II), and the commitments contained

therein (III) — it being understood that, contrary to what was suggested by my very dear friend Professor Alain Pellet²⁹, the MOU is most definitely a treaty.

I. The context in which the MOU was concluded

19 2. Let us start with the context in which the MOU was concluded and, more specifically, with its *travaux préparatoires*, in the true sense of the term. As is often the case with bilateral agreements — in contrast to multilateral treaties — the *travaux préparatoires* of the 2009 MOU are not particularly voluminous³⁰. This Court stated in 1995, in the *Qatar v. Bahrain* case, that, in such instances, when the material is “fragmentary”, “whatever may have been the motives of each of the Parties, the Court can only confine itself to the actual terms of the [agreement] as the expression of their common intention . . .”³¹. This, then, takes us back to the text of the treaty, which I shall come to in a moment.

3. That said, there are, nonetheless, two key elements in the *travaux préparatoires* of the 2009 MOU that are completely overlooked by Somalia:

— one, the penultimate paragraph of the MOU, regarding delimitation, appeared in earlier versions of the draft Memorandum; when reading this paragraph, the Parties could not have misunderstood its meaning or its scope, and yet neither asked for it to be removed from the draft; this is highly significant;

— two, in the second version of the draft Memorandum, the penultimate paragraph referred to the “*area* under dispute”, in the singular³²; in the final version, it was decided to refer to the “*areas* under dispute”. This move from the singular to the plural necessarily has legal significance.

4. Mr. Reichler, for his part, did not mention anything in the *travaux préparatoires* which would contradict the content of the MOU’s penultimate paragraph. He simply made vague references to the so-called context in which the MOU was concluded, offering a distorted reading

²⁹CR 2016/11, pp. 17-18, para. 6 (Pellet).

³⁰See Preliminary Objections of Kenya (POK), Anns. 6 to 10.

³¹*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1995, pp. 21-22, para. 41.

³²See the letter from the Registry of the Court, dated 23 March 2016, transmitting Norway’s letter of 21 March 2016.

of certain documents³³, as demonstrated by Professor Akhavan a few moments ago. On the other hand, Mr. Reichler

- failed to respond to the evidence cited by Kenya in its first round of oral argument showing that the precise circumstances in which the MOU was concluded support Kenya’s interpretation³⁴;
- he also failed to mention evidence which proves that the 2009 MOU was concluded not solely for the purposes of delineation, but also for the purposes of delimitation. In its Note Verbale of 17 August 2011, for example, Norway made an explicit link between the delimitation of the Parties’ maritime areas and the conclusion of the 2009 MOU³⁵. Likewise, in its Memorial, Somalia presented the MOU as forming part of “[t]he Parties’ efforts to negotiate a maritime boundary agreement”³⁶. What is more, Mr. Reichler was once again unable to cite a single document which would convincingly establish that the MOU was supposed to have nothing to do with delimitation.

20

II. The scope of the MOU

5. I come now, Mr. President, to the scope of the 2009 MOU. As we know, the MOU’s penultimate paragraph contains two plural forms: it refers to “the delimitation of maritime *boundaries* in the *areas* under dispute”. According to Alain Pellet, these two plurals, however, have no legal effect, since, he argues, the singular and the plural forms can be “used interchangeably”³⁷ in a treaty. For a jurist with a love of Racine and Baudelaire³⁸, this is a very curious way of interpreting a treaty text!

6. It is clear, despite what Professor Sands says³⁹, that the use of these two plurals has legal significance: it is intended to indicate that the commitment set out in the penultimate paragraph of the MOU concerns the delimitation of all the maritime areas of the two Parties. What is more, this interpretation is confirmed by other evidence.

³³CR 2016/11, p. 34 *et seq.*, para. 5 *et seq.* (Reichler).

³⁴See CR 2016/10, pp. 43-45, paras. 30-34 (Forteau).

³⁵POK, Vol. II, Ann. 4, pp. 24-25.

³⁶Memorial of Somalia (MS), para. 3.36 *et seq.*

³⁷CR 2016/11, p. 24, para. 18 (2) (Pellet).

³⁸*Ibid.* p. 16, para. 2 (Pellet).

³⁹*Ibid.*, p. 55, para. 14 (4) (Sands).

7. First, Somalia's claim over the continental shelf happens to have been presented by Somalia as being inseparable from its claim over the territorial sea and over the areas up to a distance of 200 nautical miles. The 1972 Law on the Somali Territorial Sea in fact groups all of the areas up to a distance of 200 nautical miles together, as if they were one single maritime area, regarding them all as forming part of its territorial sea⁴⁰.

21

8. Somalia has not mentioned the 1972 Law in its dealings with the Court, save for implying in its Memorial that it had been repealed in 1988⁴¹. However, three pieces of evidence suggest otherwise:

- in 2011, Norway referred to the 1972 Law, pointing out that it needed to be brought into line with international law, which means that it was apparently still in force at that time⁴²;
- in its preliminary information submitted to the CLCS seven days after the conclusion of the MOU, Somalia itself made reference to its 1972 Law⁴³;
- and when in June 2013, four years after the conclusion of the MOU, Somalia refused to enter into negotiations with Kenya regarding the maritime delimitation, Somalia stated, in explicit connection to the MOU, that “[t]he government’s position” on the matter “is” the 1972 Law, which “defines Somali territorial sea as 200 nautical miles and continental shelf”⁴⁴.

9. Furthermore, it is well known that in contemporary international law, the various maritime areas are “interrelated” as regards their delimitation, as underlined by the Court on a number of occasions⁴⁵. This is particularly true when, as in this case, a single line of delimitation is claimed, which starts at the Parties’ coasts and runs until the extended continental shelf. In such instances, it is clear that the various parts of the delimitation are interdependent and must therefore be carried

⁴⁰See MS, Vol. II, Ann. 9.

⁴¹*Ibid.*, Vol. I, para. 3.3.

⁴²POK, Vol. II, Ann. 4, p. 23.

⁴³See MS, Vol. III, Ann. 66, section 3.

⁴⁴POK, Vol. II, Ann. 33.

⁴⁵See, in particular, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 441, para. 287.

out as a whole⁴⁶. In its Written Statement, Somalia further admitted that it was not possible to separate the various components of the delimitation⁴⁷.

22

10. Under these circumstances, it is clear that, as regards the areas under dispute between the Parties, the commitment contained in the penultimate paragraph of the 2009 MOU covers the delimitation of all their maritime areas. This is what the use of the two plurals expressly confirms.

III. The commitments made under the MOU

11. I come now, Mr. President, to the commitments made in the 2009 MOU. According to Professor Pellet, the interpretation of a treaty implies “not . . . separat[ing] from one another the four key elements set out in Article 31 [of the Vienna Convention]: text, object and purpose, context and subsequent practice”⁴⁸. The problem is that Somalia itself separates the most important of those four elements — the text of the treaty!

12. In order to achieve this, Somalia uses a ploy that will not fool the Court. It begins by postulating that the 2009 MOU has only one object and purpose — delineation⁴⁹; on the basis of that premise, it then endeavours to dismiss the penultimate paragraph of the 2009 MOU, on the simple pretext that it concerns delimitation and not delineation.

13. This pseudo-legal reasoning is of course flawed.

14. First, as regards its consequences, Somalia’s reasoning does not result in an interpretation, but *deprives of effect* a provision of the treaty on the simple pretext that it is not compatible with the treaty’s object and purpose as defined by Somalia, which is, of course, prohibited by the law governing treaty interpretation.

15. Second, as regards method, it is clear that to piece together the object and purpose of a treaty, one cannot simply pick from its text at will, laying emphasis on certain phrases so as better to overlook others, in a selective manner, as Professor Alain Pellet did yesterday. International law demands that the MOU be read faithfully and as a whole.

⁴⁶See CR 2016/10, p. 39, para. 19 (Forteau).

⁴⁷WSS, para. 3.70; see also MS, Vol. III, Ann. 51, p. 2.

⁴⁸CR 2016/11, p. 19, para. 8 (Pellet).

⁴⁹*Ibid.*, p. 13, para. 21 (Al-Sharmani); p. 55, para. 14 (2) (Sands); WSS, paras. 1.7-1.8.

23

16. Before briefly embarking on such an exercise, I would like to make one preliminary remark. It appears that between its Written Statement and its oral argument, Somalia has changed its strategy towards interpretation. In its Written Statement, it maintained the untenable position that the 2009 MOU has nothing to do with delimitation⁵⁰. Somalia's position now appears to be more nuanced: Professor Pellet acknowledged that, "[t]rue enough", the MOU contains a provision relating to delimitation⁵¹. In fact, it was hard to deny. What this means is that, however Somalia attempts to define the object and purpose of the treaty, it will always come up against the same obstacle: the penultimate paragraph *exists* and, since *pacta sunt servanda*, there is no way, and no reason, to deprive it of its legal effect.

17. Somalia's new theory is that the MOU's only effect on delimitation is that delineation is "without prejudice to . . . delimitation"⁵². Yet this new interpretation of the MOU is in flagrant contradiction with its text.

18. As you will recall, the 2009 MOU, which appears at tab 2 of your folder, is composed of seven paragraphs.

19. You will first note that the MOU is distinct in that it begins and ends with a clause relating to delimitation. In the second paragraph of the MOU, the Parties agree to consider that a dispute exists with respect to delimitation; in the sixth paragraph, they establish the procedure to be followed for delimitation, relating it to delineation. This is an important element, which shows that the commitments assumed in respect of delineation are related to the issues concerning delimitation. Moreover, it is evident that it is because the Parties note, in the second paragraph, that there is a dispute relating to delimitation, that they establish a procedure for settling delimitation in the sixth paragraph. The structure of the MOU thus confirms that it concerns both delimitation and delineation.

Slide 1: paragraph 3 of the 2009 MOU ("The two coastal States . . .")

20. In the first sentence of the third paragraph of the MOU, the Parties begin by adopting the wording of Article 76, paragraph 10, of the Montego Bay Convention, that is to say that delineation

⁵⁰WSS, paras. 1.7-1.8.

⁵¹CR 2016/11, p. 22, para. 13 (Pellet).

⁵²*Ibid.*, p. 25, para. 20 *in fine* (Pellet).

24 is without prejudice to delimitation. In Somalia’s view, the analysis should stop there — the exclusive object and purpose of the MOU are this: to state solely that delineation is “without prejudice to delimitation”⁵³.

21. But one must naturally read the rest of the text, which contains important additions and details that Somalia ignores. A little further on in the same paragraph, the Parties introduce a second element: “the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles” is “without prejudice to the *future* delimitation of the continental shelf”. This detail echoes the procedure agreed in the penultimate paragraph, that is, that the Parties decided to establish a certain *temporal* link between the procedures. Moreover, it can be inferred from the second sentence of the same paragraph that the priority for the Parties, in terms of their interest, at the time they concluded the MOU was delineation rather than delimitation. This element also explains the order of priority chosen for the procedure agreed in the penultimate paragraph of the MOU.

Slide 2: paragraph 4 of the 2009 MOU (“Before 13 May 2009 . . .”)

22. In the fourth paragraph, the same element is reiterated, and even specified: the penultimate sentence states that Somalia’s submission to the CLCS will be “without prejudice to the future delimitation of maritime boundaries”. Once again, and this time with regard to Somalia’s submission, we find this temporal link between the steps of the delineation and delimitation process.

Slide 3: paragraph 5 of the 2009 MOU (“The two coastal States agree . . .”)

23. Paragraph 5 continues this *crescendo*: its last sentence provides that not only the Parties’ submissions, but also “the *recommendations approved* by the Commission . . . shall be without prejudice to the *future* delimitation of maritime boundaries . . .”. This paragraph necessarily means that delimitation is understood as having to take place after the recommendations are approved.

25 24. All of this shows that the first five paragraphs of the MOU prefigure the commitment assumed in the penultimate paragraph. That in itself shows that, contrary to what our opponents claim⁵⁴, all of the paragraphs of the MOU are interdependent and point in the same direction: the

⁵³CR 2016/11, pp. 22-23, para. 15, first point (Pellet).

⁵⁴*Ibid.*, p. 23, para. 16 (Pellet).

object and purpose of the MOU is to organize, in an orderly manner, the procedures for delineation *and* delimitation.

Slide 4: paragraph 6 of the 2009 MOU (“The delimitation...”)

25. In the light of this context, the sixth paragraph of the MOU comes as no surprise; it follows on from the preceding paragraphs, and does so in terms that are so clear that they do not call for any interpretation. It does not state that delimitation “should be agreed”, or that it should be “settled”. It states that it “shall be agreed” — and there is no dispute between the Parties as to the fact that this means that the method chosen for delimitation is negotiation.

26. Nor does the sixth paragraph of the MOU state that delineation is without prejudice to delimitation — this was already stated in the first sentence of the third paragraph and therefore did not need to be repeated again in the sixth paragraph. The sixth paragraph has a different object which already appears in a different form in paragraphs 3, 4 and 5: it contains a legal commitment under which delimitation “shall be agreed . . . after” the adoption of the CLCS’s recommendations. In other words, the MOU provides, on the one hand, that delineation is without prejudice to delimitation, and *on the other hand* and at the *procedural* level, that delimitation is subject to prior delineation. One might not agree with this approach, but, in law, that is not the question: the fact is that the Parties decided, by means of a legally binding agreement, to follow this procedure.

26 27. Professor Pellet tried in vain to argue that this did not prevent the Parties from concluding an agreement before the CLCS’s recommendations were received, or even from seising the Court⁵⁵. Of course, what one agreement has done, another can undo. But to this day, the MOU has not been replaced with any agreement and it should therefore be given effect, since it has force of law between the Parties. Moreover, and in any event, delimitation by means of “agreement” is certainly not the same thing as judicial delimitation. From this standpoint, the MOU necessarily excludes the jurisdiction of the Court, since the agreed procedure is to have recourse to negotiations. What is more, the agreement to be concluded must come *after* the CLCS’s recommendations have been received — this is what distinguishes it from the procedure agreed by Ghana and Côte d’Ivoire in February 2009, for example, which, with all due respect to our

⁵⁵CR 2016/11, p. 27, para. 24 (Pellet).

opponents⁵⁶, is therefore not a relevant precedent in this case⁵⁷. This temporal requirement is a legal condition which must also be given effect.

28. Professor Pellet ultimately claimed that the only purpose of the sixth paragraph is to finalize the delimitation solely with respect to the terminus of the maritime boundary⁵⁸. This constitutes an outright revision of the 2009 MOU on Somalia's part, since the MOU says absolutely nothing of the sort. It is not limited to the terminus of the maritime boundary — which it could have specified, but does not. Its penultimate paragraph expressly provides that the procedure that it establishes concerns “the delimitation of maritime boundaries in the areas under dispute, including the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles”. According to the explicit terms of the MOU, it is indeed the entire maritime delimitation which is covered by the particular procedure agreed by Kenya and Somalia in 2009.

29. Mr. President, Members of the Court, this concludes my presentation. I thank you for your attention, and I should be very grateful, Mr. President, if you would now give the floor to Professor Alan Boyle.

The PRESIDENT: Thank you. I give the floor to Professor Boyle. Professor, if you please.

27

M. BOYLE :

L'ARTICLE 282 DE LA CNUDM NE DONNE PAS COMPÉTENCE À LA COUR

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, c'est un plaisir que de comparaître à nouveau devant vous et de répondre à mon cher ami, le professeur Sands, qui a décidément passé bien trop de temps à lire mes travaux. Mais je serai bref, et centrerai mon exposé sur l'article 282.

2. M. Sands a soutenu hier que l'interprétation que fait le Kenya de la réserve dont il a assorti sa déclaration d'acceptation aurait «pour effet de saper le rôle que la Cour p[ourrait] être

⁵⁶CR 2016/11, p. 35, para. 8 (Reichler).

⁵⁷See Submission by the Republic of Ghana to the CLCS. Executive Summary, para. 5.2 (available at: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_gha_26_2009.htm).

⁵⁸CR 2016/11, pp. 26-29, paras. 23-28 (Pellet).

amenée à jouer» dans le règlement des différends de délimitation maritime⁵⁹. Monsieur le président, le Kenya n'est en rien hostile à la Cour, ni désireux de saper son rôle dans ce domaine. L'argumentation de la Somalie méconnaît — et compromet, ce faisant — le régime complexe de règlement des différends établi par la partie XV de la CNUDM, un régime qui a fait ses preuves. La Somalie pose en effet pour acquis ce que les Etats qui ont négocié ce mécanisme entendaient précisément éviter : faire du recours à la Cour le mode de règlement par défaut des différends relatifs à la CNUDM. La Cour joue certes un rôle important dans ce régime, mais pas celui que la Somalie voudrait vous faire croire.

3. La partie XV a établi ce que l'on appelle — et le terme n'est pas de moi — le règlement des différends «à la carte», un système qui permet aux Etats de choisir l'instance qu'ils estiment la plus appropriée aux fins de leur différend particulier⁶⁰. C'est au coprésident de la commission chargée de définir un régime pour la convention, un diplomate kényan, que nous devons, me semble-t-il, ce système. La saisine de la Cour n'est qu'un des modes de règlement prévus dans la partie XV, et il est donc totalement vain de faire valoir, comme on l'a entendu hier, que l'Assemblée générale des Nations Unies a préconisé cette voie dans certaines de ses résolutions. Les mécanismes spécialisés de règlement des différends ont un rôle à jouer dans les relations internationales, et si les Etats y ont recours, c'est qu'ils ont de très bonnes raisons de le faire.. La partie XV est une composante essentielle de la CNUDM, et la Somalie, comme le Kenya, était partie au consensus qui a permis la négociation et l'adoption de la convention en 1982⁶¹.

4. Les seules procédures réellement obligatoires dans la partie XV sont celles prévues par l'article 287 et le paragraphe 1 de l'article 298 ; en substance, ce n'est qu'après — et après seulement — avoir épuisé les procédures décrites à la section 1, et à l'expiration des délais éventuellement convenus, que les parties à un différend de délimitation maritime relevant de la CNUDM sont tenues d'accepter le mécanisme de règlement établi à la section 2 de la partie XV.

⁵⁹ CR 2016/11, p. 53, par. 10 (Sands).

⁶⁰ Art. 287.

⁶¹ Publication des Nations Unies, *The Law of the Sea: UN Convention on the Law of the Sea* (New York, 1983), introduction, p. xx-xii ; troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, règlement intérieur, A/CONF.62/30/Rev.3 (1974), et acte final, partie V, A/CONF.62/121 (1982).

5. La question fondamentale, au regard de la partie XV, est donc celle de savoir si le Kenya a accepté la compétence de la Cour à l'égard du présent différend. Nous ne contestons pas que l'article 282 s'applique dès lors que les parties à un différend concernant la convention ont clairement accepté la compétence de la Cour par des déclarations concordantes faites en vertu de la clause facultative, cette priorité accordée à la Cour l'emportant alors sur toutes les autres procédures prévues à la section 2. Tous les auteurs cités hier par M. Sands s'accordent sur ce point parfaitement évident. Toutefois, aucun d'entre eux — je dis bien aucun, moi y compris — n'abordait la question qui se pose en la présente affaire : l'article 282 trouve-t-il à s'appliquer en présence d'une déclaration d'acceptation assortie d'une réserve comme celle du Kenya, qui privilégie d'autres procédures convenues ? Permettez-moi d'insister : aucun des juristes cités par M. Sands n'a même mentionné ce point. Peut-être la négative leur semblait-elle, comme à moi, tellement évidente que la question ne méritait tout simplement pas que l'on s'y arrête. Voici toutefois, pour vous donner une idée, ce que se contente de dire le juge Treves :

«[e]n vertu de l'article 282, s'agissant des différends entre Etats ayant accepté la compétence de la Cour en vertu de la clause facultative, la priorité juridictionnelle ainsi conférée au détriment du Tribunal international du droit de la mer s'applique à tous les cas de compétence obligatoire «prévus» dans la partie XV de la convention»⁶².

Certes, mais cela revient simplement à poser la question ; certainement pas à y répondre.

6. La Somalie affirme que, lorsqu'une déclaration a été faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, seule une exclusion intentionnelle et dépourvue d'ambiguïté permet d'écarter la compétence de la Cour. Elle soutient que le Kenya aurait pu et aurait dû exclure explicitement les différends de délimitation maritime dans sa réserve⁶³, et que, faute pour lui de l'avoir fait, celle-ci ne couvre pas de tels différends et ne trouve donc pas à s'appliquer en la présente espèce. Cette absence de précision rendrait, selon elle, la déclaration d'acceptation applicable, ainsi que l'article 282, et donnerait donc compétence à la Cour.

⁶² T. Treves, «Conflicts between the ITLOS and the ICJ», *NYU Journal of Int Law & Pol* (1999), vol. 31, p. 812 [traduction du Greffe].

⁶³ CR 2016/11, p. 54, par. 14 (Sands).

29

7. Cette interprétation, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, va à l'encontre de votre jurisprudence sur le paragraphe 2 de l'article 36⁶⁴. Et jusqu'où faudrait-il pousser l'explicitation pour n'être pas taxé d'imprécision ? Supposons qu'il existe entre la Somalie et le Kenya un différend au titre d'un accord relevant de l'OMC : si elle était retenue, la logique de la Somalie conduirait à considérer que la déclaration qu'a faite le Kenya en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 confère compétence obligatoire à la Cour à l'égard des différends relatifs à l'OMC, alors même que celle-ci dispose d'un mécanisme élaboré et spécialisé de règlement qui lui est propre. La Somalie prétend-elle réellement que, à moins qu'un Etat n'ait assorti de réserves autrement plus précises et explicites sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, c'est celle-ci qui prévaut ? Aucune juridiction n'a jamais retenu pareille interprétation.

8. Imaginons maintenant un différend opposant deux Etats à propos d'activités conduites dans les grands fonds marins. Selon la partie XI de la CNUDM, ce différend devrait relever de la compétence de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins⁶⁵. Mais en sera-t-il vraiment ainsi ? Si l'on retenait la thèse de la Somalie, la déclaration du Kenya fonderait la compétence obligatoire de la Cour à l'égard de ce différend du simple fait qu'elle ne l'exclut pas explicitement. Voilà qui ne manquerait pas de surprendre les Etats parties à la CNUDM.

9. La Somalie décrit ensuite un système en boucle, où la réserve kényane et l'article 282 renvoient sans fin l'un à l'autre en se rendant mutuellement inopérants⁶⁶. L'idée est certes amusante, mais, ainsi que l'ont déjà fait observer mes collègues, la partie XV de la CNUDM a, vis-à-vis du Statut de la Cour, la valeur de *lex specialis*. Dans son rapport sur la fragmentation du droit international, la Commission du droit international a relevé que «[l]'idée que le particulier l'emporte sur le général a une longue histoire en doctrine...». Se référant à Grotius, elle offre deux

⁶⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 49 : la Cour interprète une déclaration, y compris les réserves qui y figurent «d'une manière naturelle et raisonnable, en tenant dûment compte de l'intention de l'Etat concerné à l'époque où ce dernier a accepté la juridiction obligatoire de la Cour», et p. 453, par. 44 : les conditions ou réserves, «de par leur libellé, n'ont ... pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'Etat de la juridiction obligatoire de la Cour ; il n'existe donc aucune raison d'en donner une interprétation restrictive.» Voir également *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 39, par. 88 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011*, p. 125, par. 131 ; *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000*, p. 31, par. 42, et EPK, par. 144.

⁶⁵ Art. 187, point a).

⁶⁶ CR 2016/11, p. 64, par. 43 (Sands).

30

raisons à cela, exposant qu'«[u]ne règle spéciale va plus droit au but ... qu'une règle générale et elle gouverne la matière plus efficacement ... que les règles générales. On pourrait exprimer la même chose en disant que les règles spéciales sont mieux à même de prendre en compte les circonstances particulières»⁶⁷.

10. Grotius, si je puis dire, a parfaitement exprimé, il y a près de quatre siècles, la logique sous-tendant la partie XV de la CNUDM. Celle-ci ne rend pas inopérant, loin s'en faut, le Statut de la Cour. La Cour joue certes un rôle cohérent dans le cadre de la partie XV. Mais celle-ci établit un autre système de règlement plus spécialisé et plus diversifié pour toutes les sortes de différends relatifs à la CNUDM. La partie XV entre donc sans conteste dans les prévisions de la réserve du Kenya prise dans son sens ordinaire. Et cette réserve doit être interprétée à la lettre : or, selon ses propres termes, elle exclut — et a été formulée pour exclure — la compétence de la Cour à l'égard des «différends au sujet desquels les parties en cause auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement». Cette réserve, ainsi libellée, reconnaît le rôle important d'autres systèmes et procédures plus spécialisés de règlement des différends⁶⁸.

11. Si la partie XV de la CNUDM offre manifestement d'autres modes de règlement plus spécialisés, pourquoi échapperait-elle aux prévisions de la réserve dont le Kenya a assorti sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour ? Il n'y a tout simplement aucune raison à cela. Il est difficile de prétendre que cette réserve ne porte que sur les accords qui existaient en 1965, date à laquelle a été faite la déclaration. Voyez son libellé : l'expression «auraient convenu ou conviendraient» englobe bien tout accord conclu ultérieurement, comme la CNUDM. Il est également difficile de prétendre que ce libellé ne saurait couvrir l'ensemble des modes de règlement des différends prévus par la partie XV, et les termes «un autre ou ... d'autres modes de

⁶⁷ CDI, Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, par. 60. Voir également *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 44 («Une ... pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles.») ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 240, par. 25 («c'est ... à la *lex specialis* applicable ... qu'il appartient de déterminer ...») ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 177-178, par. 105 ; *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* (1977), I.L.R., vol. 52, p. 144, par. 39 (la règle *generalis specialibus non derogant*, en vertu de laquelle ... la disposition générale ... s'efface devant ... la disposition spéciale) ; *Décision du 27 juin 1955* (1955), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 388 («il est un principe juridique universel, en matière d'interprétation, qu'en cas de conflit entre un texte général et un texte spécial, c'est le dernier qui doit l'emporter»).

⁶⁸ M. Wood, «The United Kingdom's Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court», O.K. Fauchald, H. Jakhell et A. Syse (dir. publ.), *Festschrift Carl August Fleischer* (2006), p. 637 ; EPK, par. 143.

règlement» signifient clairement «autres que la Cour». Il n'y a pas de renvoi en boucle, pour reprendre l'expression de M. Sands. La seule chose à laquelle renvoie l'article 282, ce sont les déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour et autres accords qui établissent cette compétence de manière claire et univoque à l'égard des différends relatifs à la CNUDM, et que cet article a précisément pour objet de préserver.

31

12. Ne reste donc que l'argument précédent, à savoir que la réserve du Kenya n'est tout simplement pas assez précise pour exclure explicitement votre compétence. Parce qu'il n'y est pas fait mention des différends maritimes. Mais pourquoi s'arrêter là ? L'on pourrait dire aussi qu'elle ne mentionne pas le plateau continental étendu, ni la mer territoriale, ni les récifs de corail ou la chasse à la baleine à des fins scientifiques. A quel degré de précision M. Sands serait-il satisfait ? Un tel argument ne saurait être sérieusement débattu entre spécialistes du droit international. Une formulation générale peut recouvrir de nombreux cas particuliers sans qu'il soit nécessaire de les mentionner tous. Nul besoin non plus de s'aligner sur la déclaration de l'Australie, que M. Sands nous cite en exemple.

13. Le Kenya fait donc valoir que par sa déclaration d'acceptation, rédigée bien avant l'adoption de la CNUDM et dans un contexte très différent, il n'a jamais eu l'intention de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour à l'égard de différends relevant pleinement et sans conteste du ressort plus spécialisé des procédures établies par la partie XV, et que l'on ne saurait davantage voir aujourd'hui une telle intention dans le libellé clair et univoque de cette déclaration.

14. Je rappellerai, en conclusion, que l'Australie et le Japon, bien qu'ayant fait l'un et l'autre des déclarations en vertu du paragraphe 2 de l'article 36, ont choisi de ne pas soumettre à la Cour le différend qui les opposait dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*⁶⁹. Ce choix n'était peut-être pas très avisé de la part de l'Australie, mais il montre incontestablement que la déclaration d'acceptation de ce pays est assortie d'une réserve identique à celle du Kenya, alors que la déclaration du Japon exclut les différends soumis à une clause obligatoire d'arbitrage ou de règlement judiciaire. Ainsi, même ces deux Etats, qui figurent parmi les plus fervents partisans de la Cour, reconnaissent que les régimes spécialisés de règlement des différends ont aussi un rôle à

⁶⁹ *Affaire du thon à nageoire bleue entre l'Australie et le Japon et entre la Nouvelle-Zélande et le Japon*, décision du 4 août 2000, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, première partie.

jouer. C'est ce même point de vue que défend le Kenya s'agissant de la compétence de la Cour à l'égard du présent différend.

15. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, si vous n'avez pas de question, je clos ainsi mon intervention d'aujourd'hui. Je vous prie de bien vouloir appeler à présent le professeur Lowe à la barre.

The PRESIDENT : Thank you, Professor. I give the floor to Professor Lowe.

M. LOWE :

32

RÉSUMÉ

1. Je vous remercie, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour. Il m'échet de résumer une fois de plus les arguments du Kenya, et de clore notre plaidoirie.

2. Au premier tour, la Somalie a avancé deux arguments.

3. Le premier, développé par M. Sands, est que l'article 282 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (la «CNUDM» ou «convention») a pour effet de soustraire le présent différend à l'application de la partie XV et d'assurer la primauté sur cette dernière des déclarations des Parties faites en vertu de la clause facultative, et que la Cour se trouve ainsi compétente pour connaître de la présente instance.

4. Le second consiste à affirmer que le mémorandum n'est rien de plus qu'un accord par lequel le Kenya et la Somalie sont convenus de ne pas s'opposer à l'examen par la Commission des limites du plateau continental de leurs demandes respectives. Aux dires de M. Reichler, il n'était pas considéré comme un accord régissant le mode de règlement du différend frontalier⁷⁰.

5. Je répondrai à chacun de ces arguments, puis reviendrai sur l'affirmation de la Somalie selon laquelle la Cour devrait, pour des raisons d'opportunité, se déclarer compétente afin de ne pas compromettre son activité future.

⁷⁰ CR 2016/11, p. 10-15, par. 5-25 (Reichler).

L'article 282 de la CNUDM

6. Je commencerai par l'argument tiré de l'article 282 de la convention. M. Boyle a traité de l'allégation de la Somalie selon laquelle «la partie XV de la CNUDM n'a pas et ne saurait avoir d'incidence sur l'accord contraignant établi par les déclarations du Kenya et de la Somalie au titre de la clause facultative, déclarations qui concordent»⁷¹.

7. Or, point n'est besoin de longs raisonnements : les deux déclarations *ne* concordent *pas*. En 1965, le Kenya a exclu de la juridiction obligatoire de la Cour les différends au sujet desquels les parties en cause auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours «à un autre mode ou à d'autres modes de règlement» — «autres» que la CIJ, s'entend. Pas la Somalie. En 1989, lorsqu'ils ont ratifié la convention, la Somalie et le Kenya sont convenus que les différends relatifs à la délimitation maritime seraient régis par la partie XV de la CNUDM. En ne choisissant pas, comme le leur permettait l'article 287, de s'adresser à la CIJ pour le règlement de leurs litiges, les deux Etats ont accepté de soumettre leurs différends concernant la délimitation maritime aux procédures visées à la partie XV — soit les modes de règlements «autres» que la CIJ. Le présent différend entre donc dans les prévisions de la déclaration d'acceptation de la Somalie, mais pas de celle du Kenya. C'est aussi simple que ça.

33

8. Bien entendu, si le différend entrait dans les prévisions des déclarations des *deux* Etats, l'article 282 de la convention pourrait préserver la compétence de la Cour. Tel était l'argument développé par les auteurs qu'a cités M. Sands. Mais il n'entre pas dans les prévisions de ces deux déclarations. Le Kenya a exclu une catégorie de différends que la Somalie n'a pas écartée.

9. Au paragraphe 42 de son exposé, M. Sands a invoqué l'article 282 dans l'espoir d'escamoter la réserve dont le Kenya a assorti sa déclaration — au motif qu'elle serait supplantée ou ne «primerait» pas⁷². Il entend vous convaincre que, si la déclaration du Kenya renvoie le différend à l'«autre mode ... de règlement» convenu dans la partie XV de la convention, l'article 282, compris dans cette même partie, renvoie à son tour le différend devant la CIJ, par l'effet des déclarations prétendument «convergentes» faites par le Kenya et la Somalie en vertu de la clause facultative.

⁷¹ CR 2016/11, p. 61, par. 29 (Sands).

⁷² *Ibid.*, p. 63, par. 42 (Sands).

10. La Somalie règle le problème que soulève ce perpétuel renvoi en affirmant de manière péremptoire que «la juridiction établie par les déclarations convergentes faites en vertu de la clause facultative a ... préséance sur les procédures de règlement des différends prévues dans la partie XV de la CNUDM»⁷³. Mais au nom de quoi ? Au nom de quoi renverser le principe, bien établi en droit international⁷⁴, de la *lex specialis* ? Pourquoi un différend relatif à l'interprétation ou à l'application d'articles de la CNUDM consacrés à la délimitation ne relèverait-il pas des dispositions générales de la convention établissant les procédures à suivre aux fins du règlement de différends auxquelles le Kenya et la Somalie ont souscrit plusieurs décennies après avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour — en sus de constituer la *lex specialis*, la CNUDM n'est-elle pas le traité postérieur au sens de l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités ?

11. La Somalie n'offre aucune réponse — elle ne met en avant aucun principe, n'invoque aucun précédent, n'excipe pas même de questions d'opportunité, si ce n'est pour mettre la Cour en garde contre la perte de clients potentiels auquel elle se condamnerait en faisant droit à l'argumentation kényane, un point sur lequel je reviendrai dans un instant.

12. Mais en réalité, point n'est besoin pour la Cour de se prononcer sur cette question, car son incompétence pour connaître de l'affaire tient fondamentalement et avant tout à une autre raison, qui est que les Parties sont convenues de régler le différend relatif à leur frontière maritime non par la voie du règlement judiciaire, mais par celle de la négociation. Tel est en effet l'engagement qu'elles ont pris aux termes du mémorandum d'accord.

34

La nature du mémorandum d'accord

13. J'en viens donc au deuxième grand argument de la Somalie. Dans son mémoire, aux paragraphes 3.38 à 3.42, la Somalie a présenté son analyse du mémorandum d'accord et reproduit

⁷³ CR 2016/11, p. 61, par. 32 (Sands).

⁷⁴ *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 44 («Une ... pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles»); *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 240, par. 25 («C'est ... à la *lex specialis* applicable ... qu'il appartient de déterminer [ce qui constitue une privation arbitraire de la vie]»); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 177-178, par. 105; *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, 1977, I.L.R., vol. 52, p. 144, par. 39 («la règle *generalia specialibus non derogant*, en vertu de laquelle ... la disposition générale cède le pas à la ... disposition spécifique»); *Décision du 27 juin 1955, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, 1955, p. 388 («il est un principe juridique universel, en matière d'interprétation, qu'en cas de conflit entre un texte général et un texte spécial, c'est le dernier qui doit l'emporter»).

le libellé du paragraphe 6 — le paragraphe qui prévoit que les frontières maritimes entre le Kenya et la Somalie feront l'objet d'un *accord* entre les deux Etats *après* que la Commission des limites du plateau continental aura formulé ses recommandations concernant leurs demandes respectives. La Somalie n'a nullement laissé entendre que le paragraphe 6 serait superflu, étranger à l'objet du mémorandum d'accord ou encore qu'il serait à interpréter autrement que dans son sens naturel.

14. Dans son mémoire, la Somalie contestait l'«opposabilité» du mémorandum d'accord au motif qu'elle avait «voté contre [s]a ratification», semblant ainsi impliquer que le droit international permettait de faire abstraction de l'existence de cet instrument.

15. La Somalie a désormais renoncé à cette position. Elle affirme à présent que le mémorandum, dont elle semble maintenant admettre la validité juridique, est — selon les mots de M. Reichler — un «accord visant exclusivement à ce qu'aucune des Parties ne fasse objection à l'examen du dossier de l'autre par la Commission des limites»⁷⁵. Tels sont, vous ont dit MM. Reichler et Pellet, «l'objet et le but» du mémorandum d'accord.

16. Ni M. Reichler ni M. Pellet n'a évoqué la possibilité que le mémorandum ait plusieurs buts et objets, comme c'est généralement le cas des traités. Ni l'un ni l'autre n'a expliqué pourquoi, si le mémorandum n'était rien de plus qu'un accord de non-objection, ses auteurs ne s'en sont pas tenus au paragraphe 5, mais en ont ajouté un sixième. Ni l'un ni l'autre n'a expliqué pourquoi le paragraphe 6 ne pourrait être interprété suivant son sens ordinaire : les frontières maritimes entre le Kenya et la Somalie feront l'objet d'un accord entre les deux Etats après que la Commission des limites aura formulé ses recommandations. Pour la Somalie, le paragraphe 6, c'est l'«éléphant dans la pièce», comme le dit l'expression anglaise : sa présence dans le mémorandum d'accord est un mystère que l'on contemple les yeux ronds, en se grattant la tête, sans parvenir à se l'expliquer.

17. Mais comme l'a relevé M. Forteau, le paragraphe 6 a figuré dans les versions préliminaires du mémorandum d'accord, et il a fait l'objet d'amendements au cours du processus de rédaction. On ne saurait prétendre que les Parties n'en avaient pas connaissance, ou ne le considéraient pas comme pertinent ou digne d'attention. Il n'est pas complexe ni obscur — non

⁷⁵ CR 2016/11, p. 40, par. 23 (Reichler).

35 plus, d'ailleurs, que le reste du mémorandum, dont le texte tout entier est concis, simple et clair. Il n'y a aucune raison de penser que les Parties n'avaient pas conscience des obligations qui découleraient pour elles de cette disposition, ou qu'elles auraient pu se méprendre sur l'engagement qu'elles prenaient ainsi de fixer leurs frontières maritimes non pas en saisissant la CIJ, mais par voie d'accord, une fois formulées que la Commission des limites aurait formulé ses recommandations.

18. Le mémorandum d'accord impose aux Parties de rechercher un accord sur leurs frontières maritimes. Or, selon le Kenya, un Etat ne peut mettre fin à une obligation de négocier juridiquement contraignante simplement en se contentant de déclarer que les négociations sont au point mort ou que leur poursuite serait vaine. En réalité, la Somalie souhaite aller au-delà et exclure, en obtenant de la Cour une décision contraignante sur la frontière, toute possibilité de délimitation négociée à l'avenir – une approche qui permettrait aux Etats de suspendre comme bon leur semblerait leurs obligations juridiques de négocier.

19. M. Sands a soutenu que, quand bien même le mémorandum d'accord aurait rendu obligatoire la tenue des négociations, celles-ci ont été épuisées⁷⁶. Or cette affirmation est démentie par les faits. La Somalie prétend que les réunions bilatérales n'étaient pas d'ordre «technique» ni «préliminaire». Mais le document de mars 2014 est le compte rendu conjoint de la toute première rencontre entre les équipes, où chacune a exposé ses vues sur les questions de délimitation ; or, au premier paragraphe, cette rencontre y est bien qualifiée de réunion «au niveau technique» — le document pertinent figure à l'onglet 10 de vos dossiers de plaidoiries. Le compte rendu conjoint de la seconde réunion, qui s'est tenue en juillet 2014, indique que les deux représentants nationaux étaient présents en leur qualité de chefs de leurs équipes techniques respectives — je vous renvoie à cet égard à l'onglet 11.

20. Il est vrai que des ministres ont assisté à la réunion de juillet, dans le dessein de favoriser un climat de confiance. Mais rien n'indique que, au cours du mois qui s'est écoulé entre cette réunion des 28-29 juillet 2014 et le dépôt par la Somalie de sa requête, le 28 août, l'un ou l'autre d'entre eux ait évoqué cette question avec son gouvernement, afin d'arrêter une position officielle

⁷⁶ CR 2016/11, p. 57-59, par. 16-22 (Sands).

— ni, a fortiori, une position définitive — sur le différend frontalier, ou que les deux gouvernements aient communiqué sur cette question au niveau politique. C'est même le contraire qui ressort du dossier.

36

21. Dans le compte rendu de la réunion de juillet, il est consigné que les Parties se rencontreront une nouvelle fois les 25 et 26 août à Mogadiscio en vue «tenter de combler le fossé qui [les] sépare». La note interne du Kenya en date du 8 août, qui figure à l'onglet 12 de vos dossiers de plaidoiries, montre que les délégations «sont convenues qu'il était nécessaire, afin d'aller de l'avant, d'encadrer plus précisément le déroulement des réunions» et «que la prochaine réunion servirait à définir les principes devant présider aux négociations». A l'évidence, le 25 août — soixante-douze heures avant que la Somalie n'introduise sa requête —, les Parties continuaient de partir du principe qu'il restait possible de combler ce fossé, et s'apprêtaient à entreprendre cette tâche. Tel était du moins le postulat du Kenya. Messieurs Sands et Reichler ont tous deux cité une remarque du ministre somalien des affaires étrangères en date du 5 août 2014 déclarant, à propos de ces discussions, ne pas «apercevoir la moindre solution»⁷⁷, mais il n'a nullement été porté à la connaissance du Kenya que la situation était considérée comme sans issue.

22. La Somalie a par ailleurs fait grand cas de l'absence inexpiquée du Kenya à la réunion du mois d'août. Or, notre coagent vous en a donné les raisons : la délégation a reçu en dernière minute l'ordre de ne pas se rendre à Mogadiscio — ordre qui résonne autrement qu'un ordre de ne pas se rendre, par exemple, à La Haye, l'on en conviendra — car il y avait des motifs sérieux et précis de croire que sa sécurité n'y serait pas garantie. Le Kenya aurait-il dû s'en expliquer? Oui. Il est regrettable qu'il ne l'ait pas fait, à tous le moins dans les soixante-douze heures qui ont précédé l'introduction de la requête ; qu'il s'en soit abstenu après le dépôt de celle-ci peut être considéré comme reflétant l'état des relations bilatérales que la Somalie venait si brutalement de modifier. La Somalie aurait-elle dû s'enquérir de ce qu'il était advenu de la délégation kényane ? Peut-être. Mais tout cela ne change rien au fait qu'il restait possible de négocier, et que les Parties s'apprêtaient à tenter de combler le fossé qui les séparait.

⁷⁷ CR 2016/11, p. 59, par. 22 (Sands) ; *ibid.*, p. 47, par. 44 (Reichler).

23. D'un point de vue objectif, rien ne permet de conclure que les discussions étaient dans l'impasse. D'un point de vue subjectif, le Kenya demeurait disposé à participer à des discussions sur les frontières maritimes en 2014, et il demeure disposé à le faire aujourd'hui.

24. Dans le mémorandum d'accord, la Somalie a pris l'engagement juridiquement contraignant de fixer ses frontières maritimes avec le Kenya par voie d'accord. Elle ne peut simplement décider de passer outre à cet engagement — comme elle n'aurait du reste pas dû passer outre à son engagement de ne pas objecter à l'examen, par la Commission des limites, de la demande soumise par le Kenya. La Somalie semble s'estimer libre de faire litière des deux engagements qu'elle a contractés au titre du mémorandum d'accord, en les traitant tous deux comme «non opposables».

37

Economie générale du règlement des différends

25. Enfin, Monsieur le président, permettez-moi de revenir sur un autre volet de l'argumentation de la Somalie. Celle-ci a tenté de frapper les esprits en agitant la menace «de très graves répercussions»⁷⁸ et de conséquences «extrêmes ... qui n'avaient certainement pas [été] prévues»⁷⁹, dans l'hypothèse où son interprétation des faits et droits ne serait pas retenue. Elle prédit que la Cour serait privée de compétence à l'égard de nombreuses affaires.

26. Nous ne supposons bien sûr pas un seul instant que la décision de la Cour puisse d'une quelconque façon être motivée par le souci d'étendre sa compétence ou d'augmenter le nombre d'affaires inscrites à son rôle, mais cet argument n'en appelle pas moins une réponse.

27. Je commencerai par relever que tous les mécanismes ne permettent pas de régler avec un même degré d'efficacité tous les différends. Tel litige se prêtera mieux à tel mode de règlement qu'à tel autre.

28. Ainsi, il sera peut-être plus judicieux de soumettre un différend mettant en cause l'adéquation ou l'opportunité de mesures destinées à lutter contre la pollution ou à assurer la conservation de ressources halieutiques à un tribunal composé non pas exclusivement de juristes, mais également de scientifiques et d'experts techniques, tel que prévu à l'annexe VIII de la

⁷⁸ CR 2016/11, p. 57, par. 16 (Sands).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 56, par. 14 (Sands).

CNUDM. Dans le cas d'un différend relatif à la délimitation maritime mettant en jeu non seulement l'emplacement de la ligne frontière, mais également des arrangements transfrontaliers visant à garantir le maintien de l'ordre, il sera peut-être préférable de recourir à la négociation plutôt qu'à une instance judiciaire internationale.

29. C'est pourquoi la CNUDM, par exemple, autorise les Etats parties à choisir entre différents mécanismes aux fins du règlement des différentes catégories de litiges liés à la convention — selon le système que M. Boyle a qualifié de «à la carte». Vous trouverez aux articles 279 à 287, et 297 à 299 de la CNUDM les dispositions pertinentes, qui prévoient, entre autres modes de règlement, le recours à l'arbitrage, à un arbitrage spécial «technique», à la conciliation volontaire ou obligatoire, au Tribunal du droit de la mer, ou à la Cour.

30. Il en va de même devant la Cour de céans: un Etat peut décider à l'avance que toutes les catégories, tous les différends d'un certain type pourront être soumis à votre haute juridiction à la demande de l'une des parties en cause. Il pourra le faire en formulant une déclaration en vertu de la clause facultative ou en acceptant d'être lié par la clause compromissoire d'une convention. Mais il pourra aussi, en joignant à sa déclaration d'acceptation des réserves, et en s'abstenant de signer certains traités, choisir d'exclure de la compétence de la Cour les différends relevant d'une catégorie donnée. Ou bien décider au cas par cas, en s'abstenant de faire pareille déclaration. Ou encore assortir son acceptation de la juridiction de la Cour de conditions — des restrictions de nature temporelle, par exemple.

38

31. C'est à chaque Etat de décider du mécanisme par lequel tel ou tel différend sera réglé. Et force est de constater qu'au cours du dernier siècle, les frontières maritimes ont bien plus souvent été fixées par voie de négociation que par décision judiciaire — ce qui nous donne assurément une indication du mécanisme que les Etats jugent le plus adapté et le plus satisfaisant à cet effet. A l'heure où la tendance, dans la communauté juridique, est de promouvoir le recours aux procédures de règlement non judiciaires, en lieu et place de la procédure contentieuse, la Somalie semble naviguer à contre-courant.

32. M. Sands a aussi affirmé⁸⁰ que le mémorandum était libellé en des termes «standard», et que, s'il a pour effet d'écarter la compétence de la Cour, l'obligation d'effectuer la délimitation maritime par voie d'accord prévue aux articles 74 et 83 de la CNUDM aurait alors ce même effet dans tous les cas ; or, il n'en est rien. S'il s'avère qu'un tel accord est impossible, les parties sont libres, au regard des articles 74 et 83, de recourir à un autre mode de règlement ; c'est même une possibilité que le paragraphe 2 de l'article 283 de la CNUDM leur impose d'envisager. Le mémorandum d'accord a déterminé selon quelles modalités — par voie d'accord — et à quel moment — après que la commission des limites aurait formulé ses recommandations — se ferait la délimitation. Le moment n'est pas encore venu ; et il n'a pas été laissé aux négociations une véritable chance d'aboutir. Voilà ce qui distingue le mémorandum d'accord des articles 74 et 83 de la CNUDM.

33. J'observerai en second lieu que c'est à chaque Etat de décider dans quelle mesure exactement il entend consentir à la compétence de juridictions internationales. Ce droit est fondamental en ce qui concerne la compétence de la Cour. Ainsi qu'on peut le lire dans son propre *Guide pratique sur la reconnaissance de la compétence de la Cour internationale de Justice*,

«[I]a nature de la compétence de la Cour étant strictement consensuelle, les Etats sont libres d'inclure des réserves dans leurs déclarations... Les réserves ... protègent l'Etat déclarant — dans la mesure indiquée par les réserves — contre toute implication non désirée dans les procédures judiciaires.»⁸¹

39 34. Citant l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités armées*, la Cour a de nouveau réaffirmé en ces termes dans l'affaire *Géorgie c. Russie* que «les conditions auxquelles [le consentement exprimé] est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites»⁸². Aussi n'y a-t-il pas lieu, comme vous l'avez indiqué dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, de donner de ces réserves une interprétation restrictive⁸³. Les réserves ne dérogent pas à l'acceptation plus générale de la compétence de la Cour : elles définissent les paramètres de

⁸⁰ CR 2016/11, p. 54, par. 13 (Sands).

⁸¹ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/963&referer=/english/&Lang=F.

⁸² *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 39, par. 88 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I)*, p. 125, par. 131.

⁸³ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 452, par. 44 ; EPK, vol. I, par. 144.

l'acceptation par un Etat de la juridiction obligatoire de la Cour, et celle-ci, lorsqu'elle les interprète, «doit rechercher l'interprétation qui est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte», «en tenant dûment compte de l'intention de l'Etat concerné à l'époque où ce dernier a accepté [s]a juridiction obligatoire»⁸⁴.

35. Entre les Etats et la Cour se conclut un pacte solennel : la Cour respecte les limites du consentement de chaque Etat à sa juridiction et, dans ces limites, l'Etat respecte les attributions de la Cour et les obligations qu'il tient de son Statut. Comme l'a fort justement dit l'agent adjoint de la Somalie, la CIJ «rend ... justice *conformément au droit international*»⁸⁵, et les limites du consentement des Etats à sa juridiction font partie intégrante du droit international.

36. La Somalie souhaiterait vous voir remettre en question cet équilibre, et vous déclarer compétents pour connaître d'un différend qu'elle est convenue avec le Kenya, aussi bien dans le cadre du mémorandum que de la CNUDM, de régler par des voies autres que la saisine de la Cour. Ce n'est pas manquer de respect envers cette institution, garante ultime de la primauté du droit au sein de la communauté internationale, que d'espérer que la Somalie se verra intimé de s'en tenir aux accords qu'elle a contractés et qu'il sera donné effet aux termes de la déclaration par laquelle le Kenya a accepté la juridiction obligatoire de la Cour.

37. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, à moins que vous n'ayez des questions à me soumettre, je conclurai là ma plaidoirie au nom de la République du Kenya, et vous prierai d'inviter maintenant à la barre l'honorable agent du Kenya.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. I give the floor to the Honourable Mr. Githu Muigai, Agent of the Republic of Kenya. Your Excellency, you have the floor.

40 M. MUIGAI :

1. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, c'est un honneur pour moi que de m'adresser de nouveau à vous en cette instance pour présenter les conclusions finales du Kenya.

⁸⁴ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 454, par. 47, 49.

⁸⁵ CR 2016/11, p. 10, par. 2 (Al-Sharmani).

2. Ainsi que je l'ai dit lundi dans ma déclaration liminaire, le Kenya a le plus grand respect pour la Cour et est attaché au règlement pacifique des différends conformément au droit international. En l'espèce, le défendeur et le demandeur sont cependant convenus de recourir à d'autres modes de règlement que la saisine de la Cour, de sorte que le différend entre dans les prévisions de la réserve formulée par le Kenya à son acceptation de la juridiction de la Cour. Les exceptions préliminaires qu'il a soulevées sont fondées sur le principe de la bonne foi dans l'exécution des accords internationaux et celui du respect des limites du consentement des Etats à la juridiction de la Cour.

3. Le présent différend frontalier maritime s'inscrit dans un contexte politique sensible. La Somalie commence juste à sortir d'une longue période d'instabilité consécutive à une guerre civile, une catastrophe humanitaire et la forte prévalence du terrorisme. Elle est en particulier dépourvue de moyens de police maritime. Le Kenya s'inquiète vivement de la sécurité maritime dans la région, où les terroristes Chabab qui, se servant de la mer pour se livrer à leurs opérations, font peser sur lui et sur ses voisins une menace permanente. Il a déjà perdu nombre de soldats dans sa lutte contre les forces Chabab, et des centaines de civils kényans ont été tués. La délimitation de la frontière maritime entre le Kenya et la Somalie exige que soient menées de délicates négociations bilatérales, qui couvrent non seulement des questions purement juridiques, mais aussi nos préoccupations bien réelles d'ordre politique et sécuritaire, ainsi que des arrangements pratiques permettant d'y répondre. En 2014, après la période de transition marquée par l'instabilité que venait de traverser la Somalie, nous avons engagé avec elle ces pourparlers préliminaires au niveau technique qui ont tourné court en raison de l'introduction de la présente instance.

4. Le Kenya ne recherche nullement l'impasse ou l'incertitude perpétuelle. Nous aspirons à trouver une solution permanente qui favorise la paix et la sécurité dans la région. Nous sommes convaincus que cette solution sera l'aboutissement d'un processus graduel, souple et protéiforme. Le Kenya était disposé en 2014 à discuter de la frontière maritime, et il reste prêt à poursuivre les négociations de bonne foi. Nous persistons à croire qu'avec de la bonne volonté, les Parties finiront par se mettre d'accord.

5. Monsieur le président, le Kenya a volontairement suspendu ses activités transitoires d'exploration dans la zone litigieuse en gage de sa bonne foi. En mai, nous avons invité la Somalie

41

à conclure des arrangements temporaires dans l'attente d'un accord sur la frontière maritime et nous restons disposés à en discuter avec elle. Le présent différend peut être l'occasion pour nos deux pays d'ouvrir une ère nouvelle dans leurs relations, rendue possible par leur attachement aux accords bilatéraux. Je reste convaincu que les Parties parviendront à trouver une solution amiable conforme aux obligations que leur impose le mémorandum d'accord de 2009.

Conclusions finales

6. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, je vais à présent donner lecture des conclusions finales du Kenya.

«La République du Kenya prie respectueusement la Cour de dire et juger que :

elle n'a pas compétence à l'égard des demandes présentées par la Somalie contre le Kenya, qui sont en outre irrecevables et sont en conséquence rejetées.»

7. Monsieur le président, je remercie sincèrement la Cour pour sa patience et la grande attention qu'elle nous a accordée en la présente affaire. Je remercie également le greffier et ses proches collaborateurs pour le professionnalisme exemplaire avec lequel ils ont conduit cette procédure, ainsi que les interprètes, dactylographes et traducteurs du Greffe pour leur excellent travail. Je dois malheureusement retourner au Kenya ce soir même, appelé par d'autres affaires d'Etat urgentes. Notre coagent, Mme Muchiri, assistera toutefois à la dernière audience vendredi. Je vous remercie de votre compréhension et présente mes sincères excuses à la Cour et à la délégation somalienne.

8. Monsieur le président, voilà qui clôt les plaidoiries du Kenya. Je vous remercie.

The PRESIDENT: Thank you, Excellency. The Court takes note of the final submissions which you have just read out on behalf of Kenya. Somalia will present its second round of oral argument on Friday 23 September, at 10 a.m. The Court is adjourned.

The Court rose at 5.55 p.m.
