

DÉCLARATION COMMUNE
DE MM. LES JUGES GAJA ET CRAWFORD

[Traduction]

Compétence — Article 36, paragraphe 2, du Statut — Absence d'incidence sur la compétence de la Cour du sixième paragraphe du mémorandum — Mode de règlement visé par la réserve devant permettre de résoudre effectivement le différend — Négociation de bonne foi pouvant ne pas aboutir à un règlement — Sixième paragraphe n'entrant pas dans le champ de la réserve du Kenya, à défaut de constituer un pactum de contrahendo ou de prescrire un mode de règlement exclusif.

Recevabilité — Nécessité, d'après les termes du sixième paragraphe du mémorandum, que la Commission formule ses recommandations avant que les Parties ne puissent recourir à la négociation — Parties s'étant toutefois affranchies de cette exigence temporelle en entamant des négociations, sans réserve, avant d'avoir reçu les recommandations de la Commission — Recevabilité consécutive de la requête.

1. Nous pensons, comme la majorité, que le mémorandum d'accord ne prescrit pas un « mode de règlement » des différends relatifs à la délimitation maritime qui aurait pour effet de faire jouer la réserve du Kenya à sa déclaration formulée en vertu de la clause facultative, et que le sixième paragraphe du mémorandum n'a pas davantage pour effet de rendre la requête de la Somalie irrecevable. Nos raisons de parvenir à ces conclusions ne sont toutefois pas les mêmes.

2. En ce qui concerne la compétence, l'enjeu, au regard de la première exception préliminaire du Kenya, est de savoir si les Parties sont convenues, dans le sixième paragraphe du mémorandum, « d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement », au sens de la déclaration du Kenya formulée en vertu de la clause facultative. Rappelons que, aux termes de ce paragraphe, la délimitation maritime « fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers ... après que la Commission aura ... formulé ses recommandations ... concernant l'établissement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins ».

3. Le sixième paragraphe du mémorandum ne pourrait avoir d'incidence sur la compétence de la Cour que s'il entrait dans le champ de la réserve du Kenya à sa déclaration formulée en vertu de la clause facultative. Or, il nous semble qu'il n'aurait pu en être ainsi que s'il avait prescrit un moyen de régler le différend relatif à la frontière maritime — si, par exemple, il avait imposé aux Parties de parvenir à un accord sur la délimitation (si, en d'autres termes, il avait constitué un *pactum de contrahendo*), ou défini la négociation comme *seul et unique* mode de règlement. Les Parties s'accordent à penser que le sixième paragraphe ne leur impose pas de parvenir à un accord (voir, pour le Kenya : CR 2016/12, p. 35, par. 18, mais aussi *ibid.*, p. 25-26, par. 27 ; et, pour la Somalie : CR 2016/13, p. 16,

par. 11). La question est donc de savoir s'il emportait de part et d'autre engagement à ne résoudre le différend d'aucune autre façon. Dans la négative, l'accord devrait être interprété comme touchant simplement au cadre temporel dans lequel s'inscriraient des négociations ; il ne prescrirait pas de mode de règlement au sens de la réserve.

4. Les négociations peuvent bien sûr mener à un accord et, ce faisant, avoir pour effet de régler un différend (cf. article 33 de la Charte des Nations Unies). Mais, même lorsqu'il existe une obligation de négocier, les négociations ne constituent pas, en tant que telles, un mode de règlement car leur issue est incertaine, en tant qu'elle est fonction, totalement ou en partie, de la position de l'un des Etats en présence. Des Etats qui conviennent de négocier, tout en n'excluant aucune éventualité quant à l'issue de leurs négociations, ne sont pas nécessairement convenus d'un mode de *règlement* : leur différend pourra aussi bien ne pas être réglé. Si, dans le contexte d'une déclaration intéressant la juridiction obligatoire de la Cour, et les autres voies de recours possibles, une réserve renvoie à un autre mode de règlement, celui-ci doit s'entendre d'un moyen qui permettra, s'il y est recouru, de régler effectivement le différend et non d'un moyen pouvant tout aussi bien avoir pour effet que celui-ci demeure à jamais irrésolu.

5. Cette conclusion est indépendante de l'obligation de mener les négociations de bonne foi imposée par le droit international. Deux parties peuvent, alors même qu'elles agissent l'une et l'autre de bonne foi, ou qu'il ne peut à tout le moins être établi qu'elles agissent de mauvaise foi, échouer à parvenir à un accord. L'obligation de négocier de bonne foi ne garantit pas le règlement du différend soumis à négociation.

6. Dès lors, il nous paraît clair que les Parties, bien que d'accord pour que des négociations se tinsent, n'excluaient pas de recourir à d'autres modes de règlement dans l'hypothèse où ces négociations échoueraient.

7. La Cour, dans son arrêt, indique à plusieurs reprises que le sixième paragraphe n'interdisait pas aux Parties de mener des négociations, voire de parvenir à un accord sur le différend les opposant au sujet de leur frontière maritime. Mais là n'est pas la question — la question est de savoir si chacune des Parties était libre, au regard du sixième paragraphe, d'agir unilatéralement en vue d'amorcer le règlement du différend avant que la Commission des limites du plateau continental ait formulé ses recommandations. Or, la réponse ne peut être que non.

8. Voilà qui nous mène à la question de la recevabilité. Selon nous, le sixième paragraphe du mémorandum exclut la recevabilité d'une requête soumise à la Cour avant que les Parties aient reçu les recommandations de la Commission des limites du plateau continental sur la fixation de la limite extérieure de leur plateau continental et aient entrepris de conclure un accord en matière de délimitation. Il prévoit, d'après ses termes clairs, que les Parties devront conclure un accord sur la délimitation des frontières maritimes «après que la Commission aura achevé l'examen des communications séparées effectuées par chacun des deux Etats côtiers et formulé ses recommandations aux deux Etats côtiers concernant l'établis-

sement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins». L'emploi de l'auxiliaire «shall», en particulier, connote une obligation de respecter cette chronologie. Le sixième paragraphe du mémorandum impose donc une condition préalable ayant pour effet de rendre irrecevable toute requête qui serait portée devant la Cour avant que la Commission ait formulé ses recommandations. Les Parties sont de fait convenues que le différend ne serait prêt à être soumis à un quelconque type de règlement que passé cette échéance.

9. Le sixième paragraphe du mémorandum semble clairement justifié s'agissant de la délimitation du plateau continental étendu, compte tenu de l'incidence que les conclusions de la Commission quant à la délinéation sont susceptibles d'avoir à cet égard. Sa raison d'être est moins évidente en ce qui concerne les autres espaces maritimes couverts par ce même paragraphe, qui vise «[l]a délimitation des frontières maritimes dans les zones en litige, *y compris* la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins» (les italiques sont de nous). Dans leur cas, il est difficile de voir quel intérêt une Partie, et *a fortiori* les deux, pourrait avoir à retarder la conclusion d'un accord. Mais le paragraphe a peut-être été inclus pour apaiser toute crainte que les demandes adressées à la Commission puissent avoir des conséquences sur la délimitation des frontières maritimes en général.

10. En tout état de cause, les Parties étaient assurément libres de conclure sans attendre un accord visant à délimiter certaines, voire l'ensemble, de leurs frontières maritimes. C'est du reste ce qu'elles ont entrepris de faire en 2014, lorsque, à la demande du Kenya, agréée par la Somalie, elles ont entamé des négociations couvrant l'ensemble de leurs frontières maritimes. Ce faisant, les Parties ont dérogé à la chronologie prescrite par le mémorandum. Elles ont agi ainsi alors que la Commission était peu susceptible de formuler ses recommandations dans un proche avenir.

11. Le Kenya a fait valoir que les négociations entre Etats ne conduisent pas nécessairement à un accord immédiat (CR 2016/10, p. 22-23) et que, partant, la Somalie et lui n'étaient nullement revenus sur ce qu'ils avaient établi dans le mémorandum. Il semble toutefois ressortir implicitement du comportement des Parties, tel qu'elles en ont l'une et l'autre rendu compte (annexes 31 et 32 du mémoire de la Somalie), qu'elles n'entendaient pas attendre jusqu'à vingt ans pour conclure l'accord qu'elles avaient entrepris de négocier. Rien n'indique que les négociations aient uniquement visé à un accord provisoire conclu en attendant, comme convenu, que la Commission ne formule ses recommandations (voir l'argument développé par la Somalie dans le CR 2016/11, p. 16, sur un point que le Kenya n'a pas contesté). En outre, aucune des Parties n'a formulé de réserve tendant à indiquer que l'issue de ces négociations supposait le respect de la chronologie prescrite par le mémorandum.

12. Ces considérations nous amènent à conclure que, si les Parties ont en effet implicitement imposé une condition à la recevabilité d'une requête devant la Cour en fixant dans le mémorandum une contrainte de temps,

elles se sont affranchies de cette contrainte en convenant, en 2014, sans réserve ni autre précision, d'entamer des négociations visant la conclusion anticipée d'un accord.

(Signé) Giorgio GAJA.

(Signé) James CRAWFORD.
