

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* GUILLAUME

*Incompétence de la Cour — Déclarations formulées en vertu de la clause facultative — Réserve excluant les différends au sujet desquels les Parties en cause sont convenues d'avoir recours à un autre mode de règlement — Négociation en tant que mode de règlement des différends — Interprétation du mémorandum d'accord du 7 avril 2009 comme prévoyant un mode de règlement du différend maritime — Absence d'accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l'interprétation du mémorandum — Absence de renonciation aux droits prévus par le mémorandum — Non-épuisement de l'obligation de négocier.*

1. Je suis au regret de devoir exprimer mon désaccord avec le jugement par lequel la Cour s'est reconnue compétente pour connaître de la requête de la Somalie. J'estime en effet que, en concluant le mémorandum d'accord du 7 avril 2009, les deux Etats se sont engagés à régler leur différend maritime par la négociation en vue d'aboutir à un accord à une date ultérieure et que, par voie de conséquence, la Cour est incompétente compte tenu de la réserve du Kenya à sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour.

2. Le Kenya et la Somalie ont accepté tous deux la compétence de la Cour de manière générale en souscrivant une déclaration de juridiction obligatoire conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour. La déclaration du Kenya est cependant assortie d'une réserve concernant 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».

3. Le Kenya soutient que cette réserve est applicable en l'espèce. A cet effet, il se prévaut notamment d'un mémorandum d'accord conclu entre les deux Etats en 2009. Ce mémorandum avait pour objet principal de permettre à la Commission des limites du plateau continental d'examiner les demandes des Parties concernant les limites extérieures de leur plateau continental au-delà de 200 milles marins. A cet effet, le Kenya et la Somalie donnaient leur consentement préalable à l'examen de la demande de l'autre Etat par la Commission.

4. Le mémorandum comportait en outre un paragraphe 6 selon lequel

«[I]a délimitation des frontières maritimes dans les zones en litige, y compris la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers sur la base du droit international 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'établissement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins».

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* GUILLAUME

[Translation]

*The Court has no jurisdiction — Declarations made under the optional clause — Reservation excluding disputes in regard to which the parties to the dispute have agreed to have recourse to some other method of settlement — Negotiation as a dispute settlement procedure — Interpretation of the MOU of 7 April 2009 as providing a method of settlement for the maritime dispute — Absence of a subsequent agreement between the Parties concerning the interpretation of the MOU — No renunciation of the rights provided for by the MOU — Non-exhaustion of the obligation to negotiate.*

1. It is with regret that I must express my disagreement with the Judgment by which the Court has found that it is competent to entertain Somalia's Application. In my opinion, in concluding the Memorandum of Understanding (MOU) of 7 April 2009, the two Parties undertook to resolve their maritime dispute by negotiation with a view to reaching an agreement at a future date, and consequently, in view of Kenya's reservation to its declaration recognizing the Court's compulsory jurisdiction, the Court has no jurisdiction.

2. By making declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court recognizing its jurisdiction as compulsory, Kenya and Somalia have both consented to its general jurisdiction. However, Kenya has appended a reservation to its declaration, excluding "[d]isputes in regard to which the parties to the dispute have agreed or shall agree to have recourse to some other method or methods of settlement".

3. Kenya maintains that this reservation is applicable in the present case. To that end, it relies in particular on the MOU concluded between the two States in 2009. The principal aim of this MOU was to enable the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) to consider the Parties' submissions regarding the outer limits of their continental shelf beyond 200 nautical miles. For that purpose, Kenya and Somalia gave their prior consent to the consideration by the CLCS of the other's submission.

4. In addition, paragraph 6 of the MOU provides that:

"[t]he delimitation of maritime boundaries in the areas under dispute, including the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, shall be agreed between the two coastal States on the basis of international law after the Commission has concluded its examination of the separate submissions made by each of the two coastal States and made its recommendations to two coastal States concerning the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles".

5. La Cour a estimé que ce texte « traduit le fait que les Parties s'attendaient à conclure un accord sur la délimitation de leur plateau continental après réception des recommandations de la Commission des limites » (arrêt, par. 106). Selon la Cour,

« [c]e paragraphe n'impose cependant pas un mode particulier de règlement. Dès lors, le mémorandum ne constitue pas un accord par lequel les Parties seraient convenues « d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement », au sens de la réserve à la déclaration d'acceptation du Kenya. » (*Ibid.*)

La Cour en a conclu que « la présente affaire ne se trouve pas exclue, du fait de cet instrument, du champ de l'acceptation par cet Etat de la juridiction de la Cour » (*ibid.*).

6. Je ne partage pas cette analyse car j'estime que le paragraphe 6 du mémorandum d'accord imposait un mode de règlement du différend maritime existant entre les deux Etats et que, par voie de conséquence, la réserve du Kenya était applicable.

7. J'observerai en premier lieu que cette réserve concerne les différends au sujet desquels les Parties auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode ou d'autres modes de règlement. Cette disposition vise tout mode de règlement des différends. Conformément au paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte des Nations Unies, elle couvre donc la négociation, l'enquête, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le règlement judiciaire. Elle présente ainsi un caractère très général, ce qui la différencie d'autres réserves ayant un objet comparable.

Je relèverai en effet que plusieurs réserves de ce type ont une portée plus limitée. Certaines ne couvrent que les différends « dont les parties confieront le règlement à d'autres juridictions » (Estonie) ou « à d'autres tribunaux » (Pakistan). D'autres visent les recours « à une procédure d'arbitrage ou de règlement judiciaire aux fins d'une décision définitive et contraignante » (Japon). D'autres enfin mentionnent le recours à des procédures permettant de trancher le différend par « une décision définitive et obligatoire » (Lesotho, Roumanie) rendue par un tribunal arbitral ou une juridiction (Pérou). Or, la réserve à la déclaration du Kenya ne comporte aucune restriction de ce genre.

8. Le mémorandum constitue, comme l'a souligné la Cour, un traité créant des obligations entre les Parties. Son paragraphe 6 doit par suite être interprété conformément aux règles coutumières codifiées à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Selon le paragraphe 1 de cet article, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Il convient donc, selon la démarche habituelle de la Cour, de se pencher en premier lieu sur le texte même du paragraphe 6 du mémorandum d'accord et d'en rechercher le sens ordinaire avant de le replacer dans son contexte et d'analyser l'objet et le but de ce mémorandum.

9. A cet égard, on notera tout d'abord que, selon le paragraphe 6, la délimitation des frontières maritimes « shall be agreed between the two

5. According to the Court, this text “sets out the expectation of the Parties that an agreement would be reached on the delimitation of their continental shelf after receipt of the CLCS’s recommendations” (Judgment, para. 106). It goes on to state that this paragraph

“does not, however, prescribe a method of dispute settlement. The MOU does not, therefore, constitute an agreement ‘to have recourse to some other method or methods of settlement’ within the meaning of Kenya’s reservation to its Article 36, paragraph 2, declaration.”  
(*Ibid.*)

The Court concludes that “this case does not, by virtue of the MOU, fall outside the scope of Kenya’s consent to the Court’s jurisdiction” (*ibid.*).

6. I do not agree with this analysis: in my view, paragraph 6 of the MOU does impose a method of settlement for the existing maritime dispute between the two States, and Kenya’s reservation is therefore applicable.

7. I would first observe that this reservation excludes disputes in regard to which the parties have agreed or shall agree to have recourse to some other method or methods of settlement. This provision covers all methods of dispute settlement. It therefore includes negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration and judicial settlement, in accordance with Article 33, paragraph 1, of the United Nations Charter. It is thus very general in nature, which sets it apart from other reservations with a comparable object.

Indeed, many reservations of this type are more limited in scope. Some exclude only disputes, “the solution of which the parties shall entrust to other tribunals” (Estonia and Pakistan). Others cover disputes to be referred “for final and binding decision to arbitration or judicial settlement” (Japan). Finally, some refer to recourse to other procedures to settle disputes by a “final and binding decision” (Lesotho and Romania) of an arbitral or judicial body (Peru). Kenya’s reservation, however, contains no restrictions of this kind.

8. As the Court has pointed out, the MOU is a treaty which creates obligations between the Parties. Paragraph 6 of the MOU must therefore be interpreted in accordance with the customary rules codified in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Paragraph 1 of that Article states that: “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Thus, according to the Court’s usual practice, one must first consider the text of paragraph 6, and ascertain its ordinary meaning, before placing it in its context and analysing the object and purpose of the MOU.

9. It should first be noted in this regard that, according to paragraph 6, the delimitation of maritime boundaries “shall be agreed between the two

coastal States» («fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers»). L'utilisation du mot «shall» marque qu'il s'agit là d'une obligation. Cette obligation est une obligation de négociation en vue d'aboutir à un accord après que la Commission des limites aura conclu son examen des demandes des deux Parties concernant les limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins. Cette négociation doit porter sur les «zones en litige», y compris le plateau continental au-delà de 200 milles marins.

10. A première vue, ce texte est donc clair. En y souscrivant, les Parties ont décidé du mode de règlement de leur différend, à savoir la négociation qui constitue l'un des modes possibles de règlement prévu par le paragraphe 1 de l'article 33 de la Charte des Nations Unies et par la réserve kényane.

11. En vue d'échapper à ces constatations, la Somalie expose que le paragraphe 6 est inspiré par le paragraphe 1 de l'article 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (dénommée ci-après la «convention»), selon lequel «[l]a délimitation du plateau continental entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord conformément au droit international». Elle soutient que le paragraphe 6 se borne à rappeler ces dispositions de la convention. Il s'agirait là d'une obligation de négocier de bonne foi qui n'ajouterait rien au droit international applicable.

12. Il est exact que le paragraphe 6 prévoit une obligation de négociation dans des termes comparables à ceux du paragraphe 1 de l'article 83. On notera cependant que ces textes ont des objets fondamentalement différents. Le paragraphe 1 de l'article 83 pose les règles selon lesquelles la délimitation du plateau continental doit être opérée. Il précise que cette délimitation est effectuée par voie d'accord. Le paragraphe 2 ajoute que, si les Etats «ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, [ils] ont recours aux procédures [de règlement des différends] prévues à la partie XV [de la convention]».

Le paragraphe 6 du mémorandum se présente très différemment. Il dispose en effet que «[l]a délimitation des frontières maritimes dans les zones en litige ... fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers». Il crée une obligation de négociation en vue d'aboutir à un accord de délimitation relatif à des zones déterminées. De plus, outre la négociation, il ne prévoit pas le recours à d'autres modes de règlement, comme le fait le paragraphe 2 de l'article 83.

En outre, et comme l'observe la Cour,

«le sixième paragraphe du mémorandum va au-delà du libellé du paragraphe 1 de l'article 83 puisque, dans une seconde partie, il est précisé que «la délimitation ... fera l'objet d'un accord ... après que la Commission aura achevé [son] examen ... et formulé ses recommandations»» (arrêt, par. 92).

Ainsi le paragraphe 6 met à la charge des Parties une obligation de régler leur différend par voie de négociation en vue d'aboutir à un accord,

coastal States". The use of the word "shall" signals that this is an obligation. It is an obligation to negotiate with a view to reaching an agreement once the CLCS has reviewed the submissions of the two Parties concerning the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles. These negotiations must cover the "areas under dispute", including the continental shelf beyond 200 nautical miles.

10. At first sight, therefore, the text is clear. By agreeing to it, the Parties determined the method of settlement for their dispute, namely negotiation, which is one of the possible methods of settlement provided for by Article 33, paragraph 1, of the United Nations Charter and by Kenya's reservation.

11. In order to escape these facts, Somalia contends that paragraph 6 is inspired by Article 83, paragraph 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter the "Convention"), according to which, "[t]he delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law". It maintains that paragraph 6 merely recalls these provisions of the Convention. It is an obligation to negotiate in good faith, which adds nothing to the applicable international law.

12. It is true that paragraph 6 creates an obligation to negotiate in terms that are similar to those of Article 83, paragraph 1. It should be noted, however, that these texts have fundamentally different objects. Article 83, paragraph 1, sets out the rules by which the delimitation of the continental shelf is to be carried out. It stipulates that this delimitation shall be effected by agreement. Paragraph 2 adds that if no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV of the Convention.

Paragraph 6 of the Memorandum is worded very differently: it provides that "[t]he delimitation of maritime boundaries in the areas under dispute . . . shall be agreed between the two coastal States". It creates an obligation to negotiate with a view to reaching a delimitation agreement in respect of specific areas. Furthermore, unlike Article 83, paragraph 2, it does not make provision for recourse to any other method of settlement besides negotiation.

Moreover, as observed by the Court,

"the sixth paragraph of the MOU goes beyond the wording of Article 83, paragraph 1, by inclusion of the second part of the clause under consideration, providing that 'delimitation . . . shall be agreed . . . after the Commission has concluded its examination . . . and made its recommendations'" (Judgment, para. 92).

Thus, paragraph 6 obliges the Parties to resolve their dispute by negotiation with a view to reaching an agreement; however, this agreement

mais ce dernier ne peut intervenir qu'une fois connues les recommandations de la Commission des limites sur la limite extérieure du plateau continental. Le paragraphe 6 impose ainsi un mode de règlement du différend.

13. La Somalie tente d'échapper à ces constatations en se prévalant du contexte comme de l'objet et du but du mémorandum.

14. Il est exact que l'objet principal du mémorandum tel qu'il résulte de son intitulé et des paragraphes 1 à 5 est, comme la Cour l'a indiqué,

«de faire en sorte que la Commission des limites soit en mesure d'examiner les demandes soumises par la Somalie et le Kenya concernant la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins, et de formuler des recommandations à ce sujet, nonobstant l'existence d'un différend maritime entre les deux Etats» (arrêt, par. 75).

Mais tel n'est pas son unique objet. En effet, le mémorandum constate en outre dans son paragraphe 2 l'existence d'un différend maritime entre les deux Etats et leur fait obligation de régler ce différend conformément au paragraphe 6.

15. La fixation des limites extérieures du plateau continental et la délimitation des zones maritimes des deux Etats sont des opérations distinctes, comme l'a relevé la Cour. Aussi bien le mémorandum, précise-t-il en ses paragraphes 3, 4 et 5, que le processus engagé devant la Commission des limites sont sans préjudice des positions des Parties concernant leur différend ou la délimitation maritime elle-même. La Cour en déduit que le mémorandum ne présentait pas «la délinéation comme une étape du processus de délimitation» (*ibid.*, par. 77). Cela est parfaitement exact, mais il en résulte que la délimitation pouvait intervenir soit avant, soit après la délinéation. En souscrivant au paragraphe 6, les Parties ont choisi la seconde solution.

16. Je suis personnellement conforté dans cette conclusion par le fait que le mémorandum fait à plusieurs reprises référence au caractère futur de la délimitation. Le paragraphe 5 du mémorandum est à cet égard particulièrement net. Il précise que les communications formulées devant la Commission et les recommandations approuvées par cette dernière seront sans préjudice de la future délimitation des frontières maritimes dans la zone en litige. Une telle formulation traduit le fait que la délimitation n'interviendra qu'après la délinéation. De ce fait, on voit mal comment la Cour a pu dire qu'elle «n'est pas ... convaincue que l'utilisation de l'adjectif «futur» dans ce contexte puisse, en soi, être considérée comme dénotant l'existence d'une restriction temporelle quant au moment auquel la délimitation devait avoir lieu» (*ibid.*, par. 78).

17. Une question plus délicate est celle de savoir ce qu'il convient d'entendre au paragraphe 6 par les «zones en litige». La Cour rappelle à cet égard que, au paragraphe 2 du mémorandum, il est précisé que la délimitation du plateau continental entre les deux Etats n'a pas encore été fixée et que cette question, non encore résolue, doit être considérée comme un différend maritime. Ce paragraphe ajoute que «[I]es revendications des deux Etats côtiers couvrent une zone de chevauchement du plateau conti-

can only be reached once the CLCS has made its recommendations on the outer limit of the continental shelf. Paragraph 6 thus establishes a dispute settlement procedure.

13. Somalia tries to evade these facts by relying on the context and on the object and purpose of the MOU.

14. It is true that the principal object of the MOU — as reflected in its title and in paragraphs 1 to 5 — is, as the Court observed, to

“ensur[e] that the CLCS could proceed to consider submissions made by Somalia and Kenya regarding the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles, and to issue recommendations thereon, notwithstanding the existence of a maritime dispute between the two States” (Judgment, para. 75).

However, this is not its sole object: paragraph 2 of the MOU also records the existence of a maritime dispute between the two States and obliges them to resolve that dispute in accordance with the conditions set out in paragraph 6.

15. Establishing the outer limits of the continental shelf and delimiting the maritime zones of the two States are separate operations, as noted by the Court. Furthermore, the MOU states in paragraphs 3, 4 and 5 that the CLCS procedure is without prejudice to the Parties’ positions on their dispute or the maritime delimitation itself. From this the Court concludes that the MOU does not “treat delineation as a step in the process of delimitation” (*ibid.*, para. 77). This is perfectly correct, but it follows that delimitation may take place either before or after delineation. By agreeing to paragraph 6, the Parties chose the latter option.

16. This conclusion is, to my mind, confirmed by the fact the MOU makes several references to the future character of the delimitation. Paragraph 5 is particularly clear in this regard. It states that the submissions made before the CLCS and the recommendations approved by the latter will be without prejudice to the future delimitation of maritime boundaries in the area under dispute. This wording reflects the fact that delimitation will take place only after delineation. It is therefore difficult to see how the Court could state that it “is not convinced that the use of the word ‘future’ in this context can be taken, in and of itself, to indicate a temporal restriction on when delimitation was to take place” (*ibid.*, para. 78).

17. A more difficult question is what should be understood by the terms the “areas under dispute” in paragraph 6. The Court recalls in this regard that paragraph 2 of the MOU states that the delimitation of the continental shelf between the two States has not yet been settled and that this as yet unresolved issue must be regarded as a maritime dispute. It continues: “[t]he claims of the two coastal States cover an overlapping area of the continental shelf which constitutes the ‘area under dispute’”.



mental qui constitue la «zone en litige»). La Cour en déduit que les zones en litige au sens du paragraphe 6 ne peuvent concerner que le plateau continental (et non la mer territoriale ou la zone économique exclusive). Elle estime que l'emploi du pluriel au paragraphe 6 est à cet égard sans importance car le mémorandum en divers paragraphes utiliserait indifféremment tantôt le singulier, tantôt le pluriel.

18. En réalité, le mémorandum use d'ordinaire du singulier pour caractériser le différend relatif au plateau continental. Il en est ainsi à deux reprises au paragraphe 2, une nouvelle fois au paragraphe 3, à deux reprises au paragraphe 4 et à trois reprises au paragraphe 5. Dès lors on peut se demander si, en usant du pluriel au paragraphe 6, les Parties n'ont pas entendu couvrir l'ensemble des problèmes de délimitation maritime. Les travaux préparatoires pourraient conforter cette interprétation du fait que le pluriel a été substitué au singulier au paragraphe 6 à la dernière minute. Une telle interprétation serait d'autant plus raisonnable qu'il est impossible de fixer le point de départ de la ligne de délimitation du plateau continental entre deux Etats dont les côtes sont adjacentes sans établir préalablement les limites de leurs mers territoriales.

19. En tout état de cause, même si le paragraphe 6 devait être interprété comme ne concernant que le plateau continental, on voit mal comment on pourrait en déduire, comme semble l'avoir fait la Cour, qu'il ne crée pas un mode de règlement du différend frontalier (arrêt, par. 97). Dans cette hypothèse en effet, le paragraphe 6 imposerait à tout le moins un tel mode de règlement pour le plateau continental.

20. Dans ces conditions, rien dans le contexte ou dans l'objet et le but du traité ne vient contredire le sens ordinaire des termes utilisés au paragraphe 6 du mémorandum.

21. Reste une difficulté liée au fait que les Parties ont engagé des discussions concernant la délimitation de leurs frontières maritimes avant que la Commission des limites ait formulé ses recommandations. La Somalie en tire deux conséquences :

- a) Le Kenya aurait lui-même reconnu qu'il n'y avait pas lieu d'attendre les recommandations de la Commission des limites pour engager des négociations. Il ne saurait aujourd'hui soutenir le contraire.
- b) A supposer que le mémorandum ait imposé une obligation de négociation, celle-ci a eu lieu, elle a échoué. Par conséquent, les Parties seraient en tout état de cause déliées de leur obligation initiale.

22. Il est exact que, sur la proposition du Kenya, des discussions ont été engagées entre les deux pays en 2014 en ce qui concerne la délimitation de leur frontière maritime dans son ensemble. Deux réunions, au cours desquelles les experts de chacune des Parties ont exposé leurs thèses, ont eu lieu sans résultat et la troisième réunion envisagée ne s'est pas tenue. Quelles conséquences convient-il de tirer de ces faits ?

23. Pour en juger il convient de replacer cet épisode dans son contexte. La chronologie est à cet égard décisive. La Somalie, le 2 mars 2010, fait connaître aux Nations Unies que, du fait de la décision prise par son Par-

The Court concludes from this that the areas under dispute, in the sense of paragraph 6, can refer only to the continental shelf (and not to the territorial sea or the exclusive economic zone). It views the use of the plural in paragraph 6 as insignificant in this respect, since, it contends, the MOU uses the singular and the plural interchangeably.

18. In fact, the MOU typically uses the singular to characterize the dispute relating to the continental shelf. It does so on two occasions in paragraph 2, once again in paragraph 3, twice in paragraph 4, and three times in paragraph 5. It may therefore be asked whether, by using the plural in paragraph 6, the Parties did not intend to cover all issues of maritime delimitation. The *travaux préparatoires* might support this interpretation, since the singular in paragraph 6 was replaced by the plural at the last minute. Such an interpretation is further supported by the fact that it is impossible to establish the starting-point of the line of delimitation of the continental shelf between two States with adjacent coasts without first establishing the limits of their territorial seas.

19. In any event, even if paragraph 6 were to be interpreted as referring only to the continental shelf, it is difficult to see how this could lead one to conclude, as the Court appears to do, that it does not create a dispute settlement procedure for the determination of the boundary (Judgment, para. 97). Indeed, if it were so interpreted, paragraph 6 would at the very least impose such a method of settlement for the continental shelf.

20. Under these circumstances, there is nothing in the context or in the object and purpose of the treaty that contradicts the ordinary meaning of the terms used in paragraph 6 of the MOU.

21. There remains one difficulty, which lies in the fact that the Parties entered into discussions regarding the delimitation of their maritime boundaries before the CLCS had made its recommendations. Somalia draws two conclusions from this:

- (a) Kenya itself recognized that there was no need to wait for the recommendations of the CLCS before starting negotiations. It cannot now argue the contrary.
- (b) Supposing that the MOU did impose an obligation to negotiate, negotiations have taken place and failed. Therefore, the Parties are in any event no longer bound by their initial obligation.

22. It is true that, at Kenya's suggestion, the two countries entered into discussions in 2014 regarding the delimitation of their entire maritime boundary. Two fruitless meetings took place, during which the experts of each Party set out their arguments; a third meeting was planned but not held. What conclusions should be drawn from these facts?

23. This episode must be placed back in its context to make an assessment. The chronology is crucial here. On 2 March 2010, Somalia informed the United Nations that, in view of the decision taken by its parliament

lement en août 2009, le mémorandum devait être considéré comme « non opposable » (arrêt, par. 18).

Dans ces conditions, il existait un risque sérieux que la Commission des limites se refuse à examiner la demande du Kenya. Alors que la date d'examen de cette demande par la Commission approchait, le ministre des affaires étrangères du Kenya s'entretint de la situation avec son homologue somalien le 31 mai 2013. Selon un communiqué de presse commun, les deux ministres « ont souligné la nécessité de réfléchir aux modalités de la démarcation maritime à entreprendre » et « ont passé en revue les accords précédents ainsi que les mémorandums d'accord signés entre le Kenya et la Somalie tout en examinant dans quelle mesure ceux-ci avaient été mis en œuvre ». Mais, dès le 6 juin 2013, le cabinet somalien fit connaître qu'il rejetait fermement le mémorandum et n'entendait pas entrer en négociation « sur la démarcation maritime ou les limites du plateau continental ».

La date d'examen de la demande kényane par la Commission se rapprochant encore, la Somalie franchit une étape supplémentaire. Le 4 février 2014, elle demanda aux Nations Unies de retirer le mémorandum du registre des traités. Elle s'opposa le même jour formellement à l'examen par la Commission des limites de la demande du Kenya. De ce fait, en mars 2014, la Commission reporta l'examen de cette demande.

24. Dans l'intervalle, les services compétents s'étaient alarmés à Nairobi de la situation. Dans une note du 12 février 2014, M<sup>me</sup> Mwangi, « Head/Legal and Host Country Affairs Directorate » (ministère kényan des affaires étrangères), avait fait savoir au « Cabinet Secretary » qu'« [i]l est ... impératif que des consultations diplomatiques bilatérales soient engagées au plus haut niveau gouvernemental dès que possible pour régler la situation, de manière à garantir l'examen des demandes en 2014 ». Une semaine plus tard, le Kenya proposait à la Somalie des réunions de négociations.

Lors de la première réunion des 26 et 27 mars 2014, le Kenya proposa un ordre du jour portant à la fois sur l'application du mémorandum et la fixation des frontières maritimes. La délégation somalienne, selon son propre rapport, « souleva une objection concernant le point de l'ordre du jour proposé ayant trait à une discussion du mémorandum d'accord ». Toutefois, elle « indiqua qu'elle était disposée à discuter de toutes questions liées à la délimitation maritime, y compris le refus de consentir à l'examen par la Commission des limites de la demande du Kenya, comme un paquet global ». En d'autres termes, la Somalie refusa que l'exécution du mémorandum soit portée à l'ordre du jour, mais précisa qu'on pourrait en discuter plus tard dans le cadre d'un arrangement d'ensemble. Les discussions furent ainsi suspendues sur le mémorandum. Elles s'ouvrirent sur la délimitation des espaces maritimes. Comme on le sait, elles n'aboutirent pas.

25. Ajoutons que, par la suite, la Somalie, le 2 septembre 2014, renouvela son opposition à l'examen de la demande kényane par la Commission. C'est dans ces conditions que le Kenya, à son tour, le 4 mai 2015, s'opposa à l'examen de la demande de la Somalie. Il retira cependant cette opposition le 30 juin 2015 et la Somalie en fit autant le 7 juillet 2015.

in August 2009, the MOU was to be treated as “non-actionable” (Judgment, para. 18).

Under these circumstances, there was a considerable risk that the CLCS would refuse to consider Kenya’s submission. With the date for consideration of that submission by the CLCS drawing near, Kenya’s Minister for Foreign Affairs discussed the situation with his Somali counterpart on 31 May 2013. According to a joint press release, the two ministers “underlined the need to work on a framework of modalities for embarking on maritime demarcation” and “reviewed previous agreements and MOUs signed between Kenya and Somalia, and their level of implementation”. However, on 6 June 2013, the Somali Cabinet announced that it firmly rejected the MOU and did not intend to enter into negotiations “on maritime demarcation or limitations on the continental shelf”.

As the date for consideration of Kenya’s submission by the CLCS drew closer still, Somalia went one step further. On 4 February 2014, it asked the United Nations to remove the MOU from the register of treaties. The same day, it formally objected to the consideration by the CLCS of Kenya’s submission. As a result, in March 2014, the CLCS postponed its examination of that submission.

24. In the meantime, the competent authorities in Nairobi had become alarmed about the situation. In a Note of 12 February 2014, Ms Mwangi, Head/Legal and Host Country Affairs Directorate (Kenyan Ministry of Foreign Affairs), notified the Cabinet Secretary that “[i]t is . . . imperative that diplomatic and bilateral consultations be initiated at the highest level of Government as soon as possible to resolve the situation to ensure that the submissions are considered in 2014 without undue delay”. One week later, Kenya contacted Somalia to propose holding negotiations.

At the first meeting held on 26 and 27 March 2014, Kenya proposed an agenda addressing both the implementation of the MOU and the establishment of maritime boundaries. The Somali delegation, according to its own report, “objected to a line item in the proposed agenda referring to a discussion of the Memorandum of Understanding”. However, it “stated that they [were] willing to discuss all issues relating to maritime delimitation, including the failure to consent to the Commission’s review of Kenya’s submission, as a comprehensive package”. In other words, Somalia refused to include the implementation of the MOU on the agenda, but indicated that it could be discussed at a later date in a broader context. Discussions on the MOU were thus suspended and they turned to the delimitation of maritime spaces. As we know, those discussions did not succeed.

25. It should be added that subsequently, on 2 September 2014, Somalia renewed its opposition to the consideration of Kenya’s submission by the CLCS. It was under these circumstances that, on 4 May 2015, Kenya in turn objected to the consideration of Somalia’s submission. However, Kenya withdrew its objection on 30 June 2015 and Somalia followed suit on 7 July 2015.

26. On constate ainsi que, de mars 2010 à juillet 2015, la Somalie s'est constamment refusée à appliquer le mémorandum considéré par elle comme « nul et non avenue » (arrêt, par. 19). C'est à cette dernière date seulement qu'elle a levé son objection à l'examen de la demande du Kenya par la Commission des limites.

Relevons par ailleurs que, jusqu'en mai 2015, le Kenya a constamment tenté d'obtenir de la Somalie l'application du mémorandum. Se heurtant à un refus constant, il a cherché une issue en proposant à la Somalie de discuter à la fois de cette application et de la délimitation des frontières maritimes.

27. Cette acceptation de la négociation frontalière peut-elle aujourd'hui être opposée au Kenya? En d'autres termes, en y consentant, le Kenya a-t-il renoncé aux droits qu'il tenait du paragraphe 6 du mémorandum? J'ai les plus grands doutes à cet égard.

Observons tout d'abord que, selon une abondante jurisprudence, toute renonciation à un droit doit être claire et sans équivoque. Pour reprendre les termes retenus récemment par la Cour, « toute renonciation à des prétentions ou à des droits doit ou bien être expresse, ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l'Etat qui aurait renoncé à son droit » (*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 266, par. 293). Dans la pratique, je n'ai pu retrouver aucune affaire dans laquelle la Cour avait reconnu l'existence d'une renonciation.

28. Qu'en est-il en l'espèce?

Le Kenya en 2014 est incontestablement entré en discussion avec la Somalie sur la délimitation de l'ensemble de leurs espaces maritimes. Faut-il en déduire qu'il a implicitement renoncé de ce fait aux droits qu'il tenait du paragraphe 6 du mémorandum?

Je ne le pense pas. A l'époque, la Somalie considérait ce mémorandum comme « nul et non avenue » et s'opposait à l'examen de la demande kényane par la Commission des limites. En vue de lever ce veto, le Kenya proposa une discussion portant à la fois sur l'application du mémorandum et la fixation des frontières maritimes. Le Kenya s'était engagé dans cette double discussion dans l'espoir d'obtenir de la Somalie qu'elle lève son objection à l'examen de la demande kényane par la Commission des limites. La Somalie a lors de la première réunion refusé que le mémorandum soit inscrit à l'ordre du jour. Mais elle s'est en même temps déclarée prête à envisager un accord global avec le Kenya et celui-ci a alors consenti à entrer dans l'étude des frontières. Ce consentement était conditionnel. Il avait été donné sous réserve d'une discussion ultérieure du mémorandum à laquelle il n'a jamais été procédé.

En réalité, ce qui était envisagé en 2014, c'était la conclusion d'un nouvel accord global se substituant au mémorandum. Dans ce nouvel accord, les Parties auraient pu fixer leurs frontières, consentir à l'examen de leurs demandes par la Commission des limites et régler les autres problèmes maritimes les opposant. Elles auraient ainsi abrogé ou modifié le paragraphe 6 de l'ancien mémorandum. Elles étaient libres de le faire. Elles ne

26. Thus, from March 2010 to July 2015, Somalia continually refused to implement the MOU, which it regarded as “void and of no effect” (Judgment, para. 19). It was not until July 2015 that it withdrew its objection to the consideration of Kenya’s submission by the CLCS.

It should further be noted that, up until May 2015, Kenya made repeated attempts to get Somalia to apply the MOU. Faced with the latter’s persistent refusal, it tried to resolve the issue by proposing to discuss the implementation of the MOU and the delimitation of maritime boundaries simultaneously.

27. Can this willingness to enter into boundary negotiations now be used against Kenya? In other words, by consenting to these negotiations, did Kenya renounce its rights under paragraph 6 of the MOU? I doubt it very much.

It is first worth noting that, according to extensive jurisprudence, any renunciation of a right must be clear and unequivocal. As the Court stated recently, “waivers or renunciations of claims or rights must either be express or unequivocally implied from the conduct of the State alleged to have waived or renounced its right” (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2005*, p. 266, para. 293). In practice, I have been unable to find a single case in which the Court has recognized the existence of a renunciation.

28. What about in this case?

In 2014, Kenya undeniably entered into discussions with Somalia on the delimitation of all their maritime spaces. Should it be concluded that, in so doing, it implicitly waived its rights under paragraph 6 of the MOU?

I do not believe so. At that time, Somalia regarded the MOU in question as “void and of no effect”, and objected to the consideration of Kenya’s submission by the CLCS. With a view to lifting this veto, Kenya proposed holding simultaneous discussions on the implementation of the MOU and the establishment of maritime boundaries. Kenya initiated these twofold discussions in the hope that Somalia would withdraw its objection to the consideration of Kenya’s submission by the CLCS. At the first meeting, Somalia refused to include the MOU on the agenda. At the same time, however, it stated that it was willing to consider a comprehensive agreement with Kenya and the latter then agreed to enter into a study of the boundaries. This consent was conditional. It was given on the understanding that the MOU would be discussed at a later date, which never happened.

In fact, what was envisaged in 2014 was the conclusion of a new, comprehensive agreement to replace the MOU. In this new agreement the Parties could have established their boundaries, consented to the consideration of their submissions by the CLCS and resolved the other maritime issues between them. They would thus have repealed or modified paragraph 6 of the old MOU, which they were free to do. They

l'ont pas fait, le mémorandum est resté en vigueur et le Kenya peut aujourd'hui s'en réclamer.

Il me paraît en effet difficile de déduire des discussions menées en 2014 par le Kenya avec la Somalie en vue de la signature d'un accord global la conclusion que le Kenya aurait alors renoncé aux droits qu'il tenait de l'accord existant, alors que ces droits étaient niés par la Somalie, que le Kenya se trouvait dans l'impossibilité de s'en prévaloir du fait de l'attitude de la Somalie et qu'il cherchait à lever le veto somalien à travers les discussions engagées.

29. Reste un dernier argument de la Somalie. Celle-ci expose à titre subsidiaire que, même si le mémorandum avait créé une obligation de négociation, cette négociation a bien eu lieu en 2014 et que par suite la Cour peut être saisie dès maintenant.

Cet argument se heurte, me semble-t-il, à une double difficulté. D'une part, les discussions de 2014 ne se situaient pas dans le cadre du mémorandum que la Somalie récusait alors et dont le Kenya cherchait à obtenir l'application. D'autre part, elles se sont réduites à deux exposés parallèles des points de vue des Parties sans la moindre recherche de compromis. Or comme la Cour l'a souligné dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* (arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85), il n'y a pas de véritable négociation lorsque les parties insistent sur leur propre position sans envisager aucune modification (ce qui fut le cas en l'espèce).

30. Au total, à l'époque de cette négociation, la Somalie tenait le mémorandum d'accord comme « nul et non avenue ». Dès lors, le comportement adopté par les Parties en 2014 ne saurait être regardé comme un accord sur l'interprétation du mémorandum au sens du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Par ailleurs, le Kenya dans les circonstances de l'espèce ne saurait être regardé comme ayant renoncé aux droits qu'il tenait du paragraphe 6 du mémorandum.

31. Restent les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le mémorandum a été conclu. La Cour estime qu'ils confirment son interprétation du paragraphe 6. Je ne partage pas cette appréciation. En effet, comme la Cour l'a d'ailleurs reconnu, les travaux préparatoires sont quasiment muets en ce qui concerne ce paragraphe. Quant aux circonstances dans lesquelles le mémorandum a été conclu, elles ne nous éclairent pas davantage. Dès lors, ils ne peuvent ni infirmer ni confirmer l'interprétation du paragraphe 6.

32. Dans ces conditions, je demeure en désaccord avec l'interprétation donnée par la Cour du paragraphe 6 du mémorandum d'accord. Ce dernier détermine le mode et le moment de règlement du différend maritime opposant les Parties. Ce moment n'avait pas été atteint. Dès lors, et par application de la réserve à l'acceptation de la compétence de la Cour par le Kenya, la Cour est incompétente pour connaître de la requête de la Somalie.

(Signé) Gilbert GUILLAUME.

---

did not do so, the MOU remained in force and Kenya can rely on it today.

Indeed, I find it difficult to see how one could conclude from the discussions that Kenya held with Somalia in 2014 with a view to signing a comprehensive agreement that, in so doing, it renounced its rights under the existing agreement, when those rights were denied by Somalia, when Kenya could not avail of them because of Somalia's stance and when Kenya was seeking to lift Somalia's veto by means of the discussions entered into.

29. There is one remaining argument put forward by Somalia. The Applicant claims, in the alternative, that, even if the MOU had created an obligation to negotiate, such negotiations took place in 2014 and therefore the Court can now be seised.

In my view, there are two problems with this argument. First, the 2014 discussions did not fall within the framework of the MOU, which Somalia rejected at the time and which Kenya was seeking to have implemented. Second, they were nothing more than two parallel presentations of the Parties' points of view, with no attempt at compromise. And as the Court pointed out in the case concerning the *North Sea Continental Shelf* (*Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 47, para. 85), negotiations are not meaningful when the parties insist upon their own positions without contemplating any modification thereof (as was the case here).

30. Ultimately, at the time of the said negotiations, Somalia considered the MOU to be "void and of no effect". Thus, the Parties' conduct in 2014 cannot be regarded as an agreement on the interpretation of the MOU in the sense of Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Furthermore, in the circumstances of the present case, Kenya cannot be regarded as having renounced the rights it derives from paragraph 6 of the MOU.

31. This leaves the *travaux préparatoires* and the circumstances in which the MOU was concluded. In the Court's view, these confirm its interpretation of paragraph 6. I do not agree with this assessment. Indeed, as the Court moreover recognized, the *travaux préparatoires* are virtually silent on paragraph 6. Nor do the circumstances in which the MOU was concluded provide us with any further clarification. Therefore, they can neither contradict nor confirm the interpretation of that paragraph.

32. Under these circumstances, I continue to disagree with the Court's interpretation of paragraph 6 of the MOU. This paragraph establishes the method and the time for settling the maritime dispute between the two Parties. That time had not come. Therefore, and by virtue of the reservation to Kenya's declaration recognizing the jurisdiction of the Court, it is not competent to entertain Somalia's Application.

(Signed) Gilbert GUILLAUME.

---