

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

« [L]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 ».

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

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,

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 «[l]es revendications des deux Etats côtiers couvrent une zone de chevauchement du plateau conti-

nemental 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-

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^{me} 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.

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

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.