

Note: Cette traduction a été préparée par le Greffe à des fins internes et n'a aucun caractère officiel

Note verbale KEH/LEG/5A/VOL.II (81) en date du 30 septembre 2016
adressée au greffier par l'ambassade du Kenya

[Traduction]

L'ambassade de la République du Kenya au Royaume des Pays-Bas présente ses compliments au greffier de la Cour internationale de Justice et a l'honneur de lui faire tenir ci-joint copie d'une lettre (réf. AG/CONF/19/153/2 VOL. IV) datée du 29 septembre 2016 par laquelle l'agent de la République du Kenya transmet les observations du Gouvernement kényan sur la réponse écrite de la République fédérale de Somalie en date du 27 septembre 2016.

L'original de cette lettre sera transmis dès qu'il aura été reçu par les voies diplomatiques ordinaires.

L'ambassade de la République du Kenya au Royaume des Pays-Bas saisit cette occasion pour renouveler au greffier de la Cour internationale de Justice les assurances de sa très haute considération.

**Lettre AG/CONF/19/153/2 vol. IV en date du 29 septembre 2016 adressée au greffier
par l'agent de la République du Kenya**

[Traduction]

Au sujet de l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, la République du Kenya a l'honneur de vous communiquer ci-après ses observations sur la réponse écrite de la République fédérale de Somalie, en date du 27 septembre 2016, aux deux questions que M. le juge Crawford a posées aux Parties à l'issue du deuxième tour de plaidoiries, le 23 septembre 2016, lors des audiences consacrées aux exceptions préliminaires soulevées par le Kenya.

En ce qui concerne la première question posée par le juge Crawford, les Parties s'accordent à considérer que les deux réunions tenues en 2014 au niveau technique ont porté sur toutes les zones maritimes en litige et qu'elles ont eu lieu dans la perspective de fixer à terme une frontière unique délimitant entre les deux Etats la mer territoriale, la ZEE et le plateau continental en deçà et au-delà de la limite de 200 milles marins¹. Cela confirme l'entente entre les Parties consignée à l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord, qui prévoit qu'après que la Commission des limites du plateau continental aura émis ses recommandations, sera conclu «un accord entre les deux Etats» sur toutes les «frontières maritimes dans la zone en litige», et non pas seulement sur la délimitation entre eux du plateau continental au-delà de 200 milles marins comme le prétend la Somalie². L'engagement de négocier pris en vertu du mémorandum d'accord vise donc la fixation d'une frontière maritime unique départageant toutes les zones en litige, si bien que la réserve du Kenya s'applique aux articles 15, 74 et 83 de la CNUDM, nonobstant leurs dispositions renvoyant aux procédures prévues à la partie XV.

Les Parties ne sont pas d'accord sur la réponse à donner à la seconde question posée par le juge Crawford. En résumé, la position fondamentale du Kenya sur le mémorandum d'accord est que : *a)* il prévoit l'obligation d'établir la délimitation par un accord négocié ; *b)* il prévoit l'obligation de finaliser la frontière convenue après que la Commission des limites du plateau continental aura émis ses recommandations ; *c)* il n'exclut pas la conclusion d'accords temporaires ou d'«arrangements provisoires de caractère pratique» conformément au paragraphe 3 de l'article 74 et au paragraphe 3 de l'article 83 de la CNUDM ; et *d)* si une Partie renonce expressément aux droits qu'elle tient du mémorandum d'accord, ou si les Parties s'entendent expressément sur une procédure différente de règlement du différend, il en résulte que toute disposition du mémorandum incompatible avec cette renonciation ou cette entente est amendée. Rien, dans la manière dont se sont déroulées les deux réunions de 2014, n'est incompatible avec le mémorandum d'accord, et il ne s'y est rien produit qui impliquât une quelconque renonciation ou dérogation à ses clauses.

La communication écrite de la Somalie n'apporte aucune réponse satisfaisante à la question du juge Crawford, et ne réfute pas non plus la position fondamentale du Kenya.

Le Kenya relève en premier lieu que la Somalie a répété certains de ses arguments alors qu'ils sont totalement dénués de pertinence en tant que réponses aux questions du juge Crawford ou aux exceptions préliminaires soulevées par le Kenya. En particulier, elle souligne, une fois encore, que même dans «l'hypothèse où le texte du mémorandum pourrait *bel et bien* ... créer une obligation de négocier un règlement concerté ... après seulement que la Commission des limites aurait présenté ses recommandations finales», les deux réunions tenues en 2014 au niveau technique pourraient «satisfaire à toute obligation de négociation qui ... aurait ainsi été imposée

¹ Réponse de la Somalie en date du 27 septembre 2016 aux questions posées par le juge Crawford, par. 3.

² Voir par exemple EPK, par. 53 ; CR 2016/10, p. 19-20, par. 15-16 (Akhavan) ; p. 33, par. 3 et p. 39, par. 18 (Forteau) ; p. 63, par. 16 (Lowe).

[aux Parties]», et que, «[à] l'issue de ces négociations, le mémorandum d'accord ne pouvait donc plus être invoqué pour exclure d'autres modes de règlement du différend frontalier, dont le recours à la Cour»³. Cette assertion n'est en rien pertinente parce que : *a)* la seconde question du juge Crawford porte uniquement sur l'obligation d'attendre que la Commission des limites du plateau continental ait émis ses recommandations et ne concerne pas l'obligation distincte de négocier ; et, *b)* la Somalie continue de ne pas tenir compte du fait que l'engagement de négocier pris en vertu du mémorandum d'accord, même s'il n'était pas assorti de l'obligation supplémentaire d'attendre que la Commission achève l'examen des deux demandes, resterait pleinement dans le champ d'application de la réserve du Kenya en ce qu'il constitue un autre mode de règlement, ce qui exclurait la juridiction de la Cour⁴.

Deuxièmement, l'assertion de la Somalie selon laquelle la position du Kenya sur l'obligation de négocier en application du mémorandum d'accord aurait «évolué»⁵ est totalement infondée. Dans ses écritures et ses plaidoiries comme dans sa réponse à la seconde question du juge Crawford, le Kenya a clairement et constamment soutenu : *a)* que le mémorandum d'accord prévoit l'obligation de *finaliser* un accord, et ce seulement après que la Commission des limites du plateau continental aura émis ses recommandations⁶ ; *b)* que, conformément à la procédure convenue en vertu du mémorandum, les Parties peuvent évidemment négocier avant que la Commission n'ait rendu ses recommandations, et même conclure des accords provisoires portant sur une partie ou la totalité des zones maritimes en litige, accords qui seront ensuite finalisés une fois connues les recommandations de la Commission⁷ ; et, *c)* que les Parties sont manifestement libres de convenir par consentement mutuel d'une autre procédure, mais que sans un tel accord ultérieur, elles restent dans l'obligation de se conformer à la procédure prévue par le mémorandum⁸.

Troisièmement, l'assertion que la Somalie persiste à avancer, selon laquelle des échanges «intenses» auraient épuisé le potentiel de négociation après deux réunions tenues au niveau technique⁹, lors desquelles a eu lieu un échange de vues préliminaire, est à la fois dénuée de pertinence dans une réponse aux questions du juge Crawford et totalement contredite par les éléments de preuve soumis à la Cour¹⁰. En fait, l'assertion de la Somalie selon laquelle la deuxième réunion tenue au niveau technique aurait consisté en «d'après discussions [se déroulant] sans [qu'on] aper[çût] la moindre solution» et selon laquelle également la ministre kényane des affaires étrangères aurait admis que les positions des Parties étaient si «éloignées» qu'il n'y aurait ensuite qu'une seule tentative «finale» de parvenir à une solution amiable¹¹ est fondée uniquement sur sa «note» interne, rédigée en anglais (et donc destinée à l'usage d'anglophones) plutôt qu'en somali quelques jours seulement avant le dépôt de sa requête. Le Kenya a contesté l'exactitude et la crédibilité de ce document¹², qui contredit absolument le compte rendu conjoint de la deuxième réunion technique des 28 et 29 juillet 2014 — document considéré par les Parties comme «rend[ant] compte de manière exacte» des discussions —, selon lequel «les deux Parties [étaient] convenues de suspendre la réunion et d'en convoquer une nouvelle devant se tenir les 25

³ Réponse de la Somalie, par. 7.

⁴ Voir par exemple CR 2016/10, p. 20-21, par. 17 et 22 (Akhavan) et CR 2016/12, p. 10-11, par. 44 (Akhavan).

⁵ Réponse de la Somalie, par. 6.

⁶ EPK, par. 31, 46, 69, 73, 116 et 146. CR 2016/10, p. 15, par. 10 (agent) ; p. 20-21, par. 18 (Akhavan), p. 64, par. 17 (Lowe) ; EPK, annexe 1, mémorandum d'accord entre le Kenya et la Somalie, RTNU, vol. 2599, p. 35 (2009).

⁷ Par exemple, lors de la première réunion technique de 2014, les Parties se sont entendues sur le «point de départ» de la frontière maritime (voir MS, par. 3.50 et annexe 31, par. 3-4).

⁸ CR 2016/12, p. 13, par. 7 (Akhavan).

⁹ Réponse de la Somalie, par. 2, 4 et 6.

¹⁰ EPK, par. 98-102 et 109 ; CR 2016/10, p. 46-49, par. 4-11 (Muchiri).

¹¹ Réponse de la Somalie, par. 4.

¹² EES, annexe 4.

et 26 août 2014 à Mogadiscio (Somalie) afin de poursuivre les discussions sur ces questions et de [combler le fossé entre leurs positions]»¹³. La formule «combler le fossé entre leurs positions» a en fait été introduite dans le texte du compte rendu conjoint sur proposition de la Somalie¹⁴. De plus, à supposer même que l'on admette l'assertion fort peu plausible de la Somalie¹⁵ selon laquelle le fait que la délégation kényane n'ait pas pu se rendre à Mogadiscio en raison d'inquiétudes concernant sa sécurité aurait brutalement épuisé toute possibilité de négociation, cela ne changerait absolument rien au fait que la procédure convenue en vertu du mémorandum d'accord *relève* incontestablement de la réserve émise par le Kenya, ce qui exclut la juridiction de la Cour.

Quatrièmement, la Somalie expose ce qu'elle estime être le droit applicable¹⁶ à la modification des traités et à la renonciation à des droits, mais, d'une part, néglige de mentionner que selon la jurisprudence de la Cour, toute renonciation à un droit doit être expresse¹⁷ et, d'autre part, n'établit nullement que la doctrine de la renonciation peut être appliquée aux faits de la présente affaire¹⁸. En particulier, la Somalie ne tient aucun compte de faits incontestés : *a*) elle a renié unilatéralement le mémorandum d'accord et l'a déclaré «nul et non avenue», ce qui signifie que pour elle, il n'existe pas en tant que traité, si bien qu'il n'y aurait pas eu de traité susceptible d'être amendé par renonciation¹⁹ ; *b*) elle a ensuite élevé une objection à l'examen de la demande soumise par le Kenya à la Commission des limites du plateau continental, en violation du mémorandum d'accord²⁰ ; et, *c*) elle a refusé catégoriquement de même *aborder* la question du mémorandum lors de la première réunion tenue au niveau technique, qui avait été convoquée à l'initiative du Kenya²¹. Etant donné ces circonstances, on voit mal comment il pourrait être affirmé plausiblement que la Somalie a vu dans l'initiative de négociations prise par le Kenya la manifestation d'un comportement qu'elle a pu assimiler à une renonciation expresse (ou même seulement implicite) au droit de celui-ci d'attendre les recommandations de la Commission des limites²² et, *a fortiori*, à une renonciation à son droit de recourir à un règlement négocié plutôt que

¹³ CR 2016/10, p. 50, par. 17 (Muchiri).

¹⁴ MS, annexe 32.

¹⁵ Mémorandum en date du 15 août 2014 adressé à la ministre kényane des affaires étrangères et du commerce international par le directeur de la division de la Corne de l'Afrique (document communiqué à la Cour le 14 juin 2016).

¹⁶ Réponse de la Somalie, par. 9-10.

¹⁷ *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9-26 («[l']abandon ne saurait être présumé ni déduit ; il doit être déclaré expressément») ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14-33, par. 45 («à défaut de renonciation expresse la réserve limite l'étendue de la juridiction volontairement acceptée par les Etats-Unis»), *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240-247, par. 13 («il ... suffit [à la Cour] de constater qu'en fait ces autorités n'ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque») ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005*, p. 161-266, par. 293 («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», citant doc. A/56/10, rapport de la CDI (2001), p. 308, «[s']il est possible d'inférer une renonciation du comportement des Etats concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque»). La jurisprudence arbitrale est concordante : *Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal) (1931), RSA*, vol. II, p. 1156, («il est de principe, admis par le droit de tous les pays, que les renonciations ne se présument jamais et que, constituant des abandons d'un droit, d'une faculté ou même d'une espérance, sont toujours de stricte interprétation») ; *The «Kronprins Gustaf Adolf» (Suède, Etats-Unis d'Amérique) (1932) RSA*, vol. II, p. 1299 («la renonciation à un droit ou à une prétention ne saurait être présumée. Elle doit être attestée par des preuves concluantes») [traduction du Greffe].

¹⁸ EPK, par. 72, 99-100, 104 et annexe 37 ; par. 109, 116 et annexe 13 ; par. 119-122 et MS, annexe 50 ; par. 124-125 et annexe 44.

¹⁹ MS, annexes 24 et 41.

²⁰ *Ibid.*, annexes 41 et 42.

²¹ EPK, par. 100 ; MS, annexe 24.

²² Réponse de la Somalie, par. 11.

judiciaire²³. Il est également difficile de comprendre comment la Somalie a pu aller jusqu'à insinuer que le Kenya aurait dû «réserver» explicitement ses droits au titre du mémorandum d'accord²⁴, alors que les négociations ne faisaient que débiter et qu'aucun accord susceptible d'avoir une incidence sur la délimitation maritime n'était en vue et que, de surcroît, la Somalie avait refusé catégoriquement de même aborder la question du rejet et de la violation par elle du mémorandum lors des réunions techniques tenues en 2014. La Somalie ne saurait maintenant se prévaloir de son comportement illicite (*ex turpi causa non oritur actio*)²⁵.

De plus, les éléments de preuve soumis à la Cour montrent clairement que le Kenya n'a jamais, expressément ou implicitement, donné à entendre que les procédures convenues en vertu du mémorandum d'accord avaient cessé d'être valides ou applicables ou que le mémorandum avait été autrement modifié. Il a engagé de bonne foi une démarche qui avait pour but, en favorisant l'instauration d'un climat de confiance entre les deux Etats, d'amener la Somalie à se conformer au mémorandum en levant son objection à l'examen de sa demande par la Commission des limites du plateau continental et à revenir sur la position qu'elle avait exprimée en juin 2013 par son refus de négocier avec lui au sujet de la délimitation de la frontière maritime²⁶. Contrairement à ce que prétend la Somalie, le Kenya a clairement et constamment insisté pour qu'elle se conforme au mémorandum d'accord, notamment en remplissant son obligation de «non-objection» — et y a fait expressément référence en maintes occasions, y compris dans ses communications avec la Commission²⁷ et dans le communiqué de presse conjoint en date du 31 mai 2013 des ministres kényan et somalien des affaires étrangères²⁸ relatifs à une rencontre où il avait été question de mettre sur pied un mécanisme en vue du règlement négocié du différend relatif à la frontière maritime conformément à l'avant-dernier paragraphe du mémorandum²⁹.

Cinquièmement, et c'est là le point le plus important, le Kenya n'avait aucune raison de «réserver» sa position sur le mémorandum d'accord. Sa position est que le mémorandum constitue un accord prévoyant que la frontière maritime sera fixée par un accord négocié, et non par la voie judiciaire. Les réunions de 2014 étaient des négociations. Le mémorandum dispose ce qui suit :

«[I]a délimitation des frontières maritimes dans la zone 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.»

Rien n'interdit de conclure des arrangements ou accords particuliers avant que ce stade ne soit atteint. Les négociations de 2014 étaient conformes à l'engagement pris de procéder à la délimitation des zones en litige par la voie d'un accord ; emprunter la voie judiciaire ne l'est pas.

Veillez agréer, etc.

²³ Pour la même raison, l'argument de la Somalie selon lequel le mémorandum d'accord aurait été en quelque sorte «amendé» par consentement mutuel (par. 11 de sa réponse) est dénué de fondement. En effet, pareil amendement doit être exprès, de même d'ailleurs qu'une renonciation.

²⁴ Réponse de la Somalie, par. 12.

²⁵ [Note de bas de page illisible.]

²⁶ [Note de bas de page illisible.]

²⁷ Voir par exemple EPK, par. 116 et annexe 43.

²⁸ EPK, par. 88 et annexes 31 et 32.

²⁹ CR 2016/12, p. 13, par. 8 (Akhavan), citant MS, annexe 61.