

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 (72) en date du 27 septembre 2016 adressée
au greffier par l'ambassade de la République 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 se référer aux questions posées aux Parties par M. le juge Crawford à la fin de l'audience publique tenue le 23 septembre 2016 en l'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*.

L'ambassade transmet ci-joint copie de la lettre (réf. : AG/CONF/19/153/2 VOL.IV) en date du 26 septembre 2016 qu'elle a reçue à cet égard de l'*Attorney General* et agent de la République du Kenya.

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 en date du 26 septembre 2016 adressée au greffier
par l'agent de la République du Kenya

[Traduction]

Au sujet de la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, la République du Kenya a l'honneur de vous communiquer ci-après ses réponses aux deux questions posées aux Parties par M. le juge Crawford le 23 septembre 2016 à la fin du second tour de plaidoiries lors des audiences consacrées aux exceptions préliminaires soulevées par le Kenya.

Eclaircissements préliminaires

Vu l'observation formulée par M. le juge Crawford dans son introduction à ses deux questions, à savoir que les Parties «ont mené des négociations» sur la délimitation maritime «sans formuler la moindre réserve quant au caractère prématuré de telles négociations, au regard de l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord», nous jugeons nécessaire d'apporter deux éclaircissements préliminaires.

Premièrement, comme le Kenya l'a fait valoir dans ses écritures et ses plaidoiries¹, l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord prévoit qu'un accord négocié sera *finalisé* après que la Commission des limites du plateau continental aura examiné les demandes des deux Etats². Il n'interdit évidemment pas aux Parties de conclure en attendant un ou plusieurs accords provisoires qui seront ensuite finalisés une fois connues les recommandations de la Commission sur la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins. En conséquence, les négociations menées par les Parties avant que la Commission n'émette ses recommandations, même si elles devaient conduire à la conclusion d'un ou plusieurs accords provisoires couvrant certaines ou la totalité des zones maritimes en litige, auraient lieu sous réserve de la procédure de finalisation convenue en vertu du mémorandum d'accord.

Deuxièmement, comme nous l'avons exposé dans nos écritures et nos plaidoiries, les deux réunions tenues en 2014 au niveau technique ont en fait eu lieu immédiatement après que la Somalie eut élevé une objection à l'examen par la Commission de la demande du Kenya et renié le mémorandum d'accord en le qualifiant de «nul et non avenue» dans une lettre en date du 4 février 2014 adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies³, et leur convocation était directement motivée par cette objection et ce reniement. Auparavant, à la suite du vote par lequel le Parlement somalien, le 1^{er} août 2009, avait prétendu *rejeter* le mémorandum d'accord, la Somalie avait adressé au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies une note verbale datée du 2 mars 2010 dans laquelle elle affirmait que le mémorandum d'accord était «non opposable», sans cependant s'opposer expressément à l'examen de la demande que le Kenya se

¹ 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).

² EPK, annexe 1 : mémorandum d'accord entre le Kenya et la Somalie, *Recueil des traités des Nations Unies (RTNU)* (2009), vol. 2599, p. 38 :

«La 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.»

³ EPK, par. 98-102 et 109 ; CR 2016/10, p. 46-47, par. 2 et 7 (Muchiri). Voir également la lettre en date du 12 février 2014 adressée à la Secrétaire de cabinet par le responsable de la direction du ministère kényan des affaires étrangères chargée des affaires juridiques et des relations du Kenya en tant que pays hôte, dossier des juges établi par le Kenya pour le premier tour de plaidoiries, onglet n° 11.

proposait de soumettre à la Commission des limites du plateau continental⁴. Le 17 août 2011, la Norvège avait adressé au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une lettre dans laquelle elle faisait observer que la note verbale de la Somalie datée du 2 mars 2010 était «dénuée d'effets juridiques», mais qu'elle «avait ... créé une nouvelle situation politique qui fai[sait] douter de la détermination [de la Somalie] à respecter le mémorandum d'accord ..., ainsi que de sa capacité de conclure des engagements internationaux juridiquement contraignants»⁵. Le 31 mai 2013, à la suite de démarches diplomatiques, les Parties avaient fait savoir, par une déclaration conjointe, qu'elles étaient convenues «de réfléchir aux modalités de la démarcation maritime à entreprendre» dans le cadre de la mise en œuvre du mémorandum d'accord, ce qui semblait indiquer que la Somalie était disposée à honorer ses engagements⁶. Cependant, le 6 juin 2013, elle est revenue sur sa position et a déclaré qu'elle estimait «inapproprié d'ouvrir de nouvelles discussions sur la démarcation maritime ou les limites du plateau continental avec toutes parties»⁷. C'est dans ce contexte qu'a été établi pour la première réunion, convoquée à l'initiative du Kenya, un projet d'ordre du jour dont le premier point portait sur le mémorandum d'accord⁸. La Somalie, toutefois, s'est immédiatement opposée à ce qu'il soit question du mémorandum et a exigé que toute mention de celui-ci soit retirée de l'ordre du jour, parce qu'il était selon elle «nul et non avenue»⁹.

Vu le rejet catégorique du mémorandum d'accord par la Somalie, on ne saurait dire que les deux réunions de 2014 avaient pour objet de mettre en œuvre les procédures convenues en vertu de celui-ci. Le défaut de réserve expresse quant au caractère prématuré des négociations au regard de l'avant-dernier paragraphe du mémorandum est donc dénué de pertinence et ne saurait être considéré comme révélateur du comportement ultérieur de l'une ou l'autre des Parties quant à l'interprétation du mémorandum d'accord. En fait, le Kenya se préoccupait d'abord d'engager un processus propre à renforcer la confiance entre les Parties et à amener la Somalie à lever son objection à l'examen de sa demande par la Commission des limites du plateau continental, processus qui permettrait de progresser vers la conclusion d'un accord sur les modalités de négociations conformes aux procédures convenues en vertu du mémorandum d'accord, et sur les principes directeurs auxquels elle devrait obéir¹⁰. Quand bien même les négociations se seraient écartées de la procédure prévue par le mémorandum d'accord en raison du refus de la Somalie d'honorer ses engagements, cette entorse, dès lors qu'elle aurait été consentie par le Kenya, n'aurait en rien entamé ou modifié les obligations imposées par le mémorandum.

Quoi qu'il en soit, le 4 août 2014, le Kenya a clairement manifesté qu'il comptait que la Somalie finirait par revenir sur sa position quant au mémorandum d'accord ; il a souligné que bien que «la Somalie n'a[it] pas abordé cet instrument au cours de la première réunion», il avait constaté que «la délégation de la Somalie s'[était] montrée mieux disposée à son égard lors de la seconde», tenue en juillet 2014¹¹. En octobre 2014, le Kenya a également souligné

⁴ EPK, par. 77 ; il fait référence à ce passage aux paragraphes 3.40 et 3.41 du mémoire de la Somalie.

⁵ EPK, par. 81 et annexe 4.

⁶ EPK, par. 88 et annexe 31.

⁷ EPK, par. 89-90.

⁸ EPK, par. 99 ; MS, annexe 31, p. 1.

⁹ EPK, par. 100 ; MS, annexe 24.

¹⁰ CR 2016/10, p. 47, par. 8 (Muchiri) ; CR 2016/12, p. 33, par. 20 (Lowe).

¹¹ EPK, annexe 41 : note confidentielle adressée au directeur général des services de renseignement par M. Karanja kibicho concernant la «proposition tendant à ce que la ministre des affaires étrangères et d'autres responsables du Gouvernement kényan se rendent à Mogadiscio pour discuter de la frontière maritime, y compris de la levée de l'opposition de la Somalie à l'égard du mémorandum d'accord portant non-objection à l'examen de la demande du Kenya», MFA.INT.8/15A (4 août 2014).

«que [les deux Etats], de même que l'ordre international, [avaient] tout intérêt à ce que la Commission procède aussitôt que possible à l'examen de la demande qu'il lui a[vait] soumise, ce qui permettrait précisément aux deux Etats *d'effectuer la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins de la manière initialement prévue dans le mémorandum d'accord du 7 avril 2009* et la communication du 19 août 2009»¹².

Questions posées par M. le juge Crawford

Ayant à l'esprit le contexte décrit plus haut, le Kenya apporte les réponses suivantes aux deux questions relatives aux deux réunions préliminaires qui ont eu lieu au niveau technique :

- 1) Les pourparlers ont porté sur toutes les zones maritimes, à savoir la mer territoriale, la ZEE et le plateau continental en-deçà et au-delà de la limite des 200 milles marins, comme le reconnaît la Somalie dans sa requête¹³. Cela ressort de ce qu'il a été question lors des réunions de la loi kényane de 1972 relative aux eaux territoriales, de la loi de 1989 relative aux zones maritimes, des proclamations présidentielles de 1979 et 2005 concernant la ZEE et de la série de diapositives illustrant la présentation PowerPoint, qui couvrait la totalité des zones maritimes en litige¹⁴. Le fait qu'une projection de diapositive ait eu lieu montre que les pourparlers ont eu un caractère très général, et la délégation du Kenya a fait observer qu'il lui faudrait un peu de temps pour pouvoir présenter convenablement sa position¹⁵. Il y a également lieu de noter que lors de la première réunion, les Parties ont examiné «plusieurs possibilités et méthodes» susceptibles d'aboutir à une délimitation équitable, «parmi lesquelles l'emploi d'une bissectrice, d'une perpendiculaire, d'une ligne médiane ou d'un parallèle» ; ces méthodes de délimitation de la frontière maritime ont été envisagées pour toutes les zones en litige¹⁶.

Les Parties ont enregistré des progrès lors de la première réunion, s'entendant notamment sur le «point de départ» à retenir pour la délimitation maritime¹⁷ ; lors de la deuxième réunion, elles ont décidé d'un commun accord de se rencontrer de nouveau en vue de parvenir à un accord sur les modalités des négociations ultérieures et les principes auxquels elles devraient obéir¹⁸. Les deux Etats ne comptaient pas que les négociations allaient aboutir à un accord définissant d'emblée la frontière maritime pour toutes les zones, et n'ont pris aucun engagement en ce sens. Les conditions dans lesquelles s'inscrivent les relations entre les Parties sont certes complexes, mais il était tout à fait possible de parvenir à des accords, considérés ou non comme des éléments permanents du régime frontalier à instaurer entre le Kenya et la Somalie, qui auraient couvert initialement une ou plusieurs zones maritimes (par exemple la mer territoriale, voire les eaux s'étendant jusqu'à une distance de peut-être 50 milles marins des côtes), à une ou plusieurs fins (telles que la police maritime, l'organisation de patrouilles anti-piraterie, le

¹² MS, annexe 50, p. 3 (les italiques sont de nous) ; note verbale n° 586/14 adressée à S. Exc. M. Ban Ki-moon, Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, par la mission permanente du Kenya auprès de l'Organisation.

¹³ Voir RS, par. 30 ; voir également MS, annexe 41, par. 2 et 3.

¹⁴ MS, annexe 31, compte rendu de la réunion sur la frontière maritime Kenya/Somalie tenue les 26 et 27 mars 2014 à Nairobi (Kenya) au ministère des affaires étrangères et du commerce international, établi conjointement par les Gouvernements de la République du Kenya et de la République fédérale de Somalie ; EES, par. 2.49 ; dossier des juges établi par la Somalie pour son premier tour de plaidoiries.

¹⁵ Dossier des juges établi par le Kenya pour son premier tour de plaidoiries, onglet n° 12, note en date du 8 août 2014 sur une réunion relative à la frontière maritime tenue entre la République du Kenya et la République fédérale de Somalie les 28 et 29 juillet 2014 à Nairobi (Kenya), p. 2, par. 1 (note communiquée à la Cour le 14 juin 2016).

¹⁶ MS, annexe 31, p. 6.

¹⁷ MS, par. 3.50 et MS, annexe 31, p. 3-4.

¹⁸ Dossier des juges établi par le Kenya pour son premier tour de plaidoiries, onglet n° 12, note en date du 8 août 2014 sur une réunion relative à la frontière maritime tenue entre la République du Kenya et la République fédérale de Somalie les 28 et 29 juillet 2014 à Nairobi (Kenya), p. 2, par. 1 (note communiquée à la Cour le 14 juin 2016).

contrôle du respect de la réglementation de la pêche, la portée des licences d'exploration des gisements d'hydrocarbures ou la désignation de zones de mise en valeur conjointe, entre autres), ce qui aurait été le prélude à la conclusion d'un accord final exhaustif. Il n'y avait pas alors, et il n'y a toujours pas nécessité pressante de déterminer d'emblée la frontière maritime dans sa totalité. En revanche, il y avait et il y a toujours nécessité pressante de s'entendre sur des arrangements pratiques provisoires portant sur la police des eaux voisines du point de la côte où aboutit la frontière terrestre entre le Kenya et la Somalie¹⁹. Les négociations et les accords se prêtent à cette souplesse et ce pragmatisme.

Si les deux réunions au niveau techniques tenues en 2014 s'étaient déroulées conformément à la procédure convenue en vertu du mémorandum, des accords de délimitation partielle ou des arrangements pratiques tels que ceux évoqués plus haut auraient pu être conclus en pleine conformité avec l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord. Après que la Commission des limites du plateau continental aurait émis ses recommandations, rendant possible un accord final, les Parties auraient pu soit confirmer leurs accords partiels antérieurs, soit décider de les modifier pour faire place à un nouvel accord, selon ce qu'exigeraient les circonstances. Par contre, un règlement judiciaire contraignant exclurait la délimitation par voie d'accord : les Parties auraient les mains liées et seraient privées de se prévaloir de la souplesse propre à conduire à une solution mutuellement acceptable prenant en considération une situation complexe et protéiforme. C'est dans la perspective d'une telle solution que le Kenya concevait la mise en œuvre de l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord, ce qui contribue à expliquer pourquoi il considère qu'en l'espèce, un règlement judiciaire serait un moyen inapproprié et intempestif de déterminer la frontière maritime.

- 2) Ainsi qu'il est exposé dans les écritures et les plaidoiries du Kenya, on ne saurait dire que la Somalie a négocié de bonne foi lors des réunions techniques de 2014, ni que des «négociations [ayant] un sens» selon la jurisprudence de la Cour ont eu lieu sur la délimitation de la frontière maritime²⁰. De surcroît, comme nous l'avons relevé plus haut, la Somalie a manifestement renié les engagements qu'elle avait pris en vertu du mémorandum d'accord, si bien que les deux réunions techniques de 2014 ne peuvent pas être considérées comme révélatrices de tel ou tel comportement ultérieur ou de quelque renonciation ou reniement réciproque touchant les droits et obligations des Parties en vertu de l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord. Comme il est expliqué plus haut, conclure un accord provisoire sur la frontière maritime sous réserve de finalisation en fonction des recommandations de la Commission des limites du plateau continental ne serait pas non plus incompatible avec les procédures convenues en vertu du mémorandum. Nous notons de plus que même si les Parties convenaient par consentement mutuel de conclure un accord final avant que la Commission des limites du plateau continental n'émette ses recommandations, cet instrument constituerait un accord ultérieur remplaçant les procédures convenues en vertu du mémorandum d'accord²¹. A ce jour, un tel accord n'existe pas, et les procédures prévues par le mémorandum restent donc en vigueur.

Au sujet d'une éventuelle renonciation à des droits conférés par le mémorandum d'accord, le Kenya a maintenu sa position, que ce soit avant ou après le rejet en 2009 du mémorandum par le parlement somalien²², pendant les réunions techniques de 2014, malgré le refus de la Somalie

¹⁹ CR 2016/10, p. 15, par. 8 (Muigai) ; p. 23, par. 25 (Akhavan) ; p. 63, par. 16 (Lowe) ; CR 2016/12, p. 14, par. 10 (Akhavan) ; p. 38, par. 3 (Muigai).

²⁰ *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark) (République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85 a) ; CR 2016/10, p. 20, par. 17 (Akhavan) ; p. 46-51, par. 1-20 (Muchiri) ; EPK, par. 98-102 et 109.

²¹ CR 2016/12, p. 13, par. 7 (Akhavan).

²² EPK, par. 72 ; MS, annexe 61, par. 95.

de même aborder la question du mémorandum d'accord²³, ou avant et immédiatement après le dépôt par la Somalie de sa requête devant la Cour²⁴ ; cette position est la suivante :

- a) le mémorandum d'accord reste juridiquement contraignant pour les Parties ; et
- b) le mémorandum d'accord prévoit l'obligation de conclure un accord négocié, devant être finalisé après que la Commission des limites du plateau continental aura émis ses recommandations²⁵.

Le Kenya rejette en conséquence catégoriquement toute insinuation selon laquelle, en prenant l'initiative des deux réunions techniques de 2014 et en y participant, il aurait renoncé au droit que lui confère le mémorandum d'accord d'attendre les recommandations de la Commission des limites du plateau continental avant de conclure un accord final de délimitation maritime avec la Somalie.

Enfin, le Kenya tient à souligner que nonobstant les allégations selon lesquelles il aurait renoncé à faire des recommandations de la Commission des limites du plateau continental un préalable à la conclusion d'un accord final, il n'a manifestement pas renoncé à son droit de conclure un accord négocié en tant que mode de règlement des différends prévu par le mémorandum d'accord. Etant donné que le Kenya assorti sa déclaration au titre de la clause facultative d'une réserve en faveur des procédures convenues de règlement des différends, l'avant-dernier paragraphe du mémorandum d'accord, dès lors qu'il prévoit l'obligation de parvenir à un accord négocié, exclut la juridiction de la Cour nonobstant l'obligation supplémentaire qu'il prévoit d'attendre que la Commission des limites du plateau continental achève son examen des demandes.

Telle qu'elle est exposée dans ses écritures et ses plaidoiries, la position du Kenya au sujet des procédures prévues à la partie XV de la CNUDM est que l'obligation d'attendre les recommandations de la Commission des limites du plateau continental avant de conclure un accord final sur la délimitation de la frontière maritime a pour effet d'établir un «délai» au sens de l'article 281 de la CNUDM²⁶. Néanmoins, c'est là une question dont la Cour n'est pas à proprement parler saisie, étant donné qu'elle n'a absolument aucune incidence sur celle de savoir si les procédures prévues par le mémorandum d'accord ou celles prévues à la partie XV, séparément ou conjointement, constituent un mode convenu de règlement du différend relatif à la frontière maritime au sens de la réserve du Kenya. En outre, le Kenya maintient sa position selon laquelle les dispositions du mémorandum d'accord ont pour effet d'exclure la juridiction de la Cour, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de prendre une décision d'application plus large sur l'effet juridique des procédures prévues à la partie XV pour les Etats ayant émis des réserves similaires à celles du Kenya en faveur d'autres modes de règlement.

Veillez agréer, etc.

²³ EPK, par. 99-100 et 109.

²⁴ EPK, par. 104 et annexe 37 ; par. 116 ; annexe 43, par. 119-122 ; MS, annexe 50 ; EPK, par. 124-125 et annexe 44.

²⁵ Voir par exemple CR 2016/10, p. 20-21, par. 18 (Akhavan) ; p. 63, par. 13 (Lowe).

²⁶ CR 2016/10, p. 24, par. 31 (Akhavan) ; p. 57-58, par. 20 (Boyle).