

INDIVIDUAL OPINION, PARTLY CONCURRING AND
PARTLY DISSENTING, OF JUDGE ROBINSON

1. In this opinion, I explain the reasons for my disagreement with paragraph 214 (5) of the Judgment and make observations on other parts.

2. Paragraph 214 (5) of the Judgment reads as follows:

“[The Court] . . . [*decides* that from Point B, the maritime boundary delimiting the continental shelf continues along the same geodetic line until it reaches the outer limits of the continental shelf or the area where the rights of third States may be affected[.]”

3. Since Point B is the outer limit of the exclusive economic zone and continental shelf within 200 nautical miles, the formulation of this paragraph makes clear that the Court has delimited the continental shelf beyond 200 nautical miles. However, for the following reasons, the Court was not in a position to carry out such a delimitation.

4. First, the régime for a coastal State’s entitlement to a continental shelf within 200 nautical miles is different from the régime for its entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles, and it is this difference that makes the Court’s finding in paragraph 214 (5) questionable. Article 76 (1) of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “UNCLOS” or the “Convention”) provides as follows:

“The continental shelf of a coastal State comprises the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance.”

5. Although the Convention defines the continental shelf in geological and geomorphological terms as the sea-bed and subsoil of the submarine areas throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, it also provides that, in cases where the outer edge of the continental margin does not extend to 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, the continental shelf will extend to that distance. In effect, therefore, the distance criterion supersedes the geological and geomor-

OPINION INDIVIDUELLE, EN PARTIE CONCORDANTE
ET EN PARTIE DISSIDENTE, DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

1. Dans le présent exposé de mon opinion, j'expliciterai les raisons pour lesquelles je suis en désaccord avec le point 5 du dispositif de l'arrêt et formulerai des observations concernant d'autres parties du texte.

2. Le point 5 du dispositif de l'arrêt se lit comme suit :

«[La Cour] [d]écide que, à partir du point B, la frontière maritime délimitant le plateau continental se poursuit le long de la même ligne géodésique jusqu'à ce qu'elle atteigne la limite extérieure du plateau continental ou la zone où les droits d'Etats tiers sont susceptibles d'être affectés[.]»

3. Etant donné que le point B marque la limite extérieure de la zone économique exclusive et du plateau continental en deçà de 200 milles marins, cette conclusion, telle qu'elle est formulée, indique que la Cour a délimité le plateau continental au-delà de 200 milles marins. Or, pour les raisons exposées ci-après, celle-ci n'était pas en mesure de procéder à une telle délimitation.

4. Premièrement, le régime concernant le droit d'un Etat côtier à un plateau continental en deçà de 200 milles marins se distingue de celui qui régit son droit à un plateau continental au-delà de cette limite, et c'est cette distinction qui rend contestable la conclusion énoncée au point 5 du dispositif. Le paragraphe 1 de l'article 76 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la «CNUDM» ou la «convention») se lit comme suit :

«Le plateau continental d'un Etat côtier comprend les fonds marins et leur sous-sol au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet Etat jusqu'au rebord externe de la marge continentale, ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure.»

5. Bien que, selon la définition géologique et géomorphologique que la convention en donne, le plateau continental comprenne les fonds marins et leur sous-sol sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre jusqu'au rebord externe de la marge continentale, la convention dispose aussi qu'il s'étend jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure. Ainsi, le critère de la distance prime, de fait, sur les critères géolo-

phological criteria in defining a coastal State's entitlement to a continental shelf up to 200 nautical miles. However, where, as here, the question relates to a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles, different considerations apply.

6. In order to determine a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles there must be in existence a continental margin that extends beyond 200 nautical miles because, by virtue of Article 76 (1) of the Convention, the continental shelf extends to the outer edge of the continental margin. Paragraph 3 of Article 76 of the Convention defines the margin as "compris[ing] the submerged prolongation of the land mass of the coastal State, and consist[ing] of the seabed and subsoil of the shelf, the slope and the rise". Therefore, in order to delimit, the Court must have before it reliable evidence that there is in existence, in the area beyond 200 nautical miles, a "submerged prolongation of the land mass of the coastal State". According to paragraph 6 of Article 76 of the Convention, the outer limit of the continental shelf "shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured".

7. Thus, in relation to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, geological and geomorphological criteria supersede the distance criterion, because there can be no entitlement to a continental shelf in the area beyond 200 nautical miles and up to a distance of 350 nautical miles, unless there is certainty that there is in existence a continental margin in that area. Since under the Convention a coastal State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles is determined by geological and geomorphological factors, the Court must ensure that those factors exist before delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles.

8. The distinction between delineation of the outer limit of the continental shelf by the Commission on the Limits of the Continental Shelf (hereinafter the "CLCS" or "Commission") and maritime delimitation by the Court is clear. It is equally clear that recommendations by the CLCS on the outer limit of the continental shelf do not constitute a necessary precondition for maritime delimitation by the Court. But in order to carry out such a delimitation, the Court must have reliable evidence confirming the existence of a continental shelf in the area beyond 200 nautical miles.

9. The Judgment reflects an awareness of the requirement that the Court must have at hand reliable information confirming the existence of a continental margin in the area beyond 200 nautical miles if it is to be in a position to carry out a delimitation in that area. However, as will be seen, the Court ignores this requirement.

10. After citing Article 76 (4) of the Convention, the Judgment concludes that

"[t]he entitlement of a State to the continental shelf beyond 200 nautical miles thus depends on geological and geomorphological criteria.

giques et géomorphologiques dans la définition du droit d'un Etat côtier à un plateau continental sur 200 milles marins. Cependant, lorsqu'il est question, comme c'est le cas ici, du droit d'un Etat à un plateau continental au-delà de cette limite, d'autres considérations s'appliquent.

6. La détermination du droit d'un Etat à un plateau continental au-delà de 200 milles marins suppose l'existence d'une marge continentale se poursuivant sur une distance supérieure puisque, selon le paragraphe 1 de l'article 76 de la convention, le plateau continental s'étend jusqu'au rebord externe de ladite marge. Le paragraphe 3 de ce même article définit celle-ci comme «le prolongement immergé de la masse terrestre de l'Etat côtier [et précise qu'elle est] constituée par les fonds marins correspondant au plateau, au talus et au glacis ainsi que leur sous-sol». Pour procéder à une délimitation, la Cour doit par conséquent disposer d'éléments fiables attestant l'existence, au-delà de 200 milles marins, d'un «prolongement immergé de la masse terrestre de l'Etat côtier». Aux termes du paragraphe 6 de l'article 76 de la convention, la limite extérieure du plateau continental ne «dépassé pas une ligne tracée à 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale».

7. S'agissant de la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, les critères géologiques et géomorphologiques prennent donc le pas sur le critère de la distance, puisque, pour qu'un Etat ait droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins et jusqu'à la limite de 350 milles marins, il faut que l'existence d'une marge continentale dans cet espace soit certaine. Etant donné que, au regard de la convention, le droit d'un Etat côtier à un plateau continental au-delà de 200 milles marins est déterminé par des facteurs géologiques et géomorphologiques, la Cour doit s'assurer que ces facteurs sont réunis avant de délimiter le plateau continental dans cette zone.

8. Il est clair que la délinéation de la limite extérieure du plateau continental opérée par la Commission des limites du plateau continental (ci-après la «Commission des limites» ou la «Commission») se distingue de la délimitation maritime à laquelle procède la Cour. Il est tout aussi clair que la délimitation maritime de la Cour n'est pas subordonnée à l'existence de recommandations de la Commission concernant la limite extérieure du plateau continental. Pour autant, la Cour, pour pouvoir effectuer une telle délimitation, doit disposer d'éléments de preuve fiables confirmant l'existence d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins.

9. Si la Cour avait bien conscience, ainsi que le montre l'arrêt, de l'exigence pour elle de disposer d'informations fiables confirmant l'existence d'une marge continentale au-delà de 200 milles marins pour être à même d'effectuer une délimitation dans cette zone, elle a néanmoins, comme on le verra, fait fi de cette exigence.

10. Après avoir cité le paragraphe 4 de l'article 76 de la convention, la Cour dit, dans son arrêt, que

«[l]e droit d'un Etat à un plateau continental au-delà de 200 milles marins dépend donc de critères géologiques et géomorphologiques...

An essential step in any delimitation is to determine whether there are entitlements, and whether they overlap.” (Judgment, para. 193.)

The Court noted that the Tribunal in *Bangladesh/Myanmar* was only able to carry out delimitation of the shelf beyond 200 nautical miles because of what the Tribunal described as the “unique situation in the Bay of the Bengal”, a feature which the Judgment states explicitly “is not the same as [present case]”. The Special Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea (“ITLOS”) in *Ghana/Côte d’Ivoire* held that it “can delimit the continental shelf beyond 200 [nautical miles] only if such a continental shelf exists”¹, and that it had the benefit of the Commission’s affirmative recommendations in relation to Ghana; it also observed that the “geological situation [of Côte d’Ivoire was] identical to that of Ghana”². The Special Chamber emphasized that there is “no doubt that a continental shelf beyond 200 [nautical miles] exists in respect of the two Parties”³. The need for a court or tribunal to be certain about the existence of a continental shelf beyond 200 nautical miles if it is to carry out a delimitation in that area was also emphasized by the Tribunal in *Bangladesh/Myanmar*. The Tribunal stated that it would have been hesitant to proceed to delimit the area beyond 200 nautical miles if there was uncertainty about the existence of a shelf in that area⁴.

11. As if to contradict the cautionary note it had sounded in relation to any reliance on the decisions in *Bangladesh/Myanmar* and *Ghana/Côte d’Ivoire*, the Court in paragraph 194 rather unexpectedly announced its decision to delimit the continental shelf boundaries up to the outer limit of the continental shelf.

12. It is ironical that, having taken the pains to isolate and identify the critically relevant information that ITLOS and its Special Chamber had in the *Bangladesh/Myanmar* and *Ghana/Côte d’Ivoire* cases, the Court proceeded to delimit the Parties’ continental shelf in the area beyond 200 nautical miles without any convincing evidence as to the existence of a shelf beyond 200 nautical miles. This contrasts with the decision of the Court in *Nicaragua v. Colombia* not to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles, because Nicaragua relied on information it had submitted to the CLCS that did not substantiate its claim to a continental shelf beyond 200 nautical miles⁵.

¹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, Judgment, ITLOS Reports 2017, p. 136, para. 491.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 137, para. 496.

⁴ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 115, para. 443.

⁵ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 669, para. 129.

L'une des étapes essentielles dans tout processus de délimitation consiste à déterminer s'il existe des droits, et si ceux-ci se chevauchent.» (Arrêt, par. 193.)

Elle relève que, si, en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) a été en mesure de procéder à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, c'est uniquement en raison de ce qui était, selon lui, la «situation unique du golfe du Bengale», circonstances dont la Cour souligne qu'elles «n[']étaie[n]t pas les mêmes que celles [de la présente espèce]». En l'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, la Chambre spéciale du TIDM a jugé qu'elle «p[ouvai]t délimiter le plateau continental au-delà des 200 milles marins seulement si ce plateau continental exist[ait]»¹, et qu'elle disposait des recommandations favorables que la Commission avait formulées concernant le Ghana; elle a également fait observer que «[la] situation géologique [de la Côte d'Ivoire] [éta]it identique à celle du Ghana»². La Chambre spéciale a souligné qu'«il ne fai[sai]t aucun doute pour elle qu'il exist[ait] un plateau continental au-delà des 200 milles marins s'agissant des deux Parties»³. La nécessité, pour une juridiction, de s'assurer de l'existence d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins lorsqu'elle est appelée à effectuer une délimitation dans cette zone a également été mise en exergue en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, où le TIDM a indiqué qu'il aurait hésité à procéder à la délimitation au-delà de 200 milles marins s'il avait conclu à une incertitude quant à l'existence d'un plateau dans cette zone⁴.

11. Comme pour contredire la prudence dont elle a assorti toute invocation des décisions rendues dans les affaires *Bangladesh/Myanmar* et *Ghana/Côte d'Ivoire*, la Cour annonce ensuite de manière assez inattendue, au paragraphe 194, sa décision de délimiter le plateau continental jusqu'à la limite extérieure de celui-ci.

12. De manière paradoxale, la Cour, après avoir pris soin de déterminer et de circonscrire les renseignements pertinents dont disposaient le TIDM et sa Chambre spéciale dans les deux affaires susmentionnées, procède à la délimitation des portions de plateau continental relevant de chacune des Parties au-delà de 200 milles marins sans disposer du moindre élément de preuve convaincant s'agissant de l'existence d'un plateau dans cette zone. Cela tranche avec la décision qu'elle a prise en l'affaire *Nicaragua c. Colombie* de ne pas délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins, au motif que le Nicaragua invoquait des informations soumises par lui à la Commission des limites, qui n'étaient pas sa revendication de plateau continental étendu⁵.

¹ *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, p. 136, par. 491.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 137, par. 496.

⁴ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 115, par. 443.

⁵ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 669, par. 129.

13. The Judgment is bereft of even a scintilla of reliable evidence that the geological and geomorphological criteria, which the Judgment itself refers to in paragraph 193 as being essential in the determination of State entitlements, have been met.

14. The Court comes closest to identifying evidence of the existence of a continental shelf beyond 200 nautical miles when it noted “that in their submissions to the Commission both Somalia and Kenya claim on the basis of scientific evidence a continental shelf beyond 200 nautical miles and that their claims overlap” (paragraph 194 of the Judgment). However, this observation does not provide a sufficient basis for the delimitation because nowhere in the Judgment is there any reference to the content of this scientific evidence and, more importantly, nowhere in the Judgment is there any analysis of that content to show that the Court is satisfied that the necessary geological and geomorphological criteria have been met for the existence of a continental shelf beyond 200 nautical miles. It must be made clear that in this case the Court was not asked to examine any scientific data that would establish the existence of a continental shelf beyond 200 nautical miles. It is, of course, perfectly proper to refer to the Parties’ submissions to the Commission. However, if it relies on these submissions, the Court must explain why it finds them persuasive. Such an explanation is the more necessary where, as in this case, the Commission has not yet made any recommendations on the submissions of the Parties. Thus, it appears that the principal factors that explain the Court’s decision to delimit the continental shelf beyond 200 nautical miles are the criterion of the 350-nautical-mile distance as the outer limit of the continental shelf and the volition of the Parties to have the Court effect a delimitation. But, in delimiting the continental shelf beyond 200 nautical miles, geological and geomorphological factors supersede distance as the criteria for determining a State’s entitlement to that shelf, thereby rendering less consequential the request of the Parties to have the Court effect a delimitation in that area.

15. The lack of any evidence of geological and geomorphological data to substantiate the existence of a continental shelf, and thus, of the entitlement of the Parties to a continental shelf beyond 200 nautical miles, undermines the validity of the finding in paragraph 214 (5), which is the principal conclusion of the Court in the part of its Judgment devoted to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. Nonetheless, the present opinion will comment on other aspects of the Judgment relating to this finding.

16. Second, in the delimitation of the continental shelf in the area beyond 200 nautical miles the Court has overvalued the volition of the Parties and the fact that “neither Party questions the existence of the other Party’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles or the extent of that claim” (paragraph 194 of the Judgment). In the delimitation of the continental shelf up to 200 nautical miles, it is

13. L'arrêt ne contient pas l'ombre d'un élément fiable qui attesterait qu'il a été satisfait aux critères géologiques et géomorphologiques, dont il est pourtant souligné, au paragraphe 193, qu'ils sont essentiels aux fins de la détermination des droits des Etats.

14. Ce qui s'approche le plus d'une volonté de la Cour de définir les éléments attestant l'existence d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins est la constatation faite au paragraphe 194 de l'arrêt, selon laquelle, «dans les demandes qu'ils ont adressées à la Commission, la Somalie et le Kenya revendiquent tous deux, sur la base d'éléments de preuve scientifiques, un plateau continental s'étendant au-delà de 200 milles marins, et ... leurs revendications se chevauchent». Cette observation est cependant insuffisante pour fonder la délimitation, étant donné que l'arrêt ne mentionne nulle part la teneur de ces éléments de preuve scientifiques et, surtout, n'en fournit aucune analyse démontrant que la Cour a établi que les critères géologiques et géomorphologiques relatifs à l'existence d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins sont remplis. Il convient de préciser que, dans la présente affaire, la Cour n'était pas appelée à examiner des données scientifiques susceptibles d'établir l'existence d'un plateau continental au-delà de cette distance. Si elle est, de toute évidence, parfaitement fondée à se référer aux demandes soumises par les Parties à la Commission, la Cour est cependant tenue, dans un tel cas, d'expliquer pourquoi elle juge ces demandes convaincantes. Une telle explication s'impose *a fortiori* lorsque, comme c'est le cas en la présente espèce, la Commission n'a encore formulé aucune recommandation concernant les demandes des Parties. Il apparaît donc que la Cour a fondé sa décision de délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins essentiellement sur le critère relatif à la distance de 350 milles marins correspondant à la limite extérieure du plateau continental et la volonté des Parties de la voir effectuer une délimitation. Or, lorsqu'il s'agit de délimiter le plateau continental au-delà de 200 milles marins, les facteurs géologiques et géomorphologiques priment sur le critère de la distance pour déterminer le droit d'un Etat à cet égard, ce qui réduit la portée de la demande des Parties tendant à ce que la Cour procède à une délimitation dans cet espace.

15. L'absence totale de données géologiques et géomorphologiques étayant l'existence d'un plateau continental — et, partant, le droit des Parties à cet égard au-delà de 200 milles marins — nuit à la validité de la conclusion énoncée au point 5 du dispositif, qui constitue la conclusion principale de la Cour dans ce volet de l'arrêt, consacré à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins. Je commenterai néanmoins, dans le présent exposé de mon opinion, d'autres aspects de l'arrêt relatifs à cette conclusion.

16. Deuxièmement, la Cour, lorsqu'elle a délimité le plateau continental dans la zone située au-delà de 200 milles marins, a attaché trop d'importance à la volonté des Parties et au fait qu'«aucune d[elles] ne contest[ait] l'existence des droits de l'autre à un plateau continental au-delà de 200 milles marins ni l'étendue de cette revendication» (paragraphe 194 de l'arrêt). Lorsque la Cour délimite le plateau continental en deçà de

appropriate for the Court to act entirely on requests of the Parties for it to carry out such a delimitation, because in that area the distance criterion of 200 nautical miles prevails. However, where, as here, the Court is delimiting the continental shelf in the area beyond 200 nautical miles, the requests of the Parties, and the congruence of their views as to their respective entitlement to a shelf beyond 200 nautical miles and the extent of that entitlement, do not constitute a sufficient basis for delimitation in that area. By effecting a delimitation of a party's continental shelf beyond 200 nautical miles without any reliable evidence of the existence of a shelf in that area, the Court has effectively eliminated the important difference drawn by the Convention between a coastal State's entitlement to a shelf within and beyond 200 nautical miles. In the result, by delimiting on the presumption that the Parties are entitled to a shelf of up to 350 nautical miles, the Court has replaced the geological and geomorphological criteria required by the Convention for such an entitlement with a simple distance criterion of a maximum of 350 nautical miles. There is nothing in the Judgment that comes close to the categorical findings in the *Bangladesh/Myanmar* and *Bangladesh v. India* cases as to the existence of a continental shelf beyond 200 nautical miles.

17. Third, the Court has carried out a delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles in an environment riddled with uncertainty. Although the use of a directional arrow, such as the one contained in sketch-map No. 13 (p. 279), is not uncommon in delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, there must be some doubt as to whether this approach provides the level of certainty that one would expect in an exercise as consequential as the delimitation of a boundary between two States, which will have sovereign rights in the area attributed to them.

18. This uncertainty is even more evident in paragraph 197 of the Judgment, which reads:

“*Depending on the extent of Kenya's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles as it may be established in the future on the basis of the Commission's recommendation, the delimitation line might give rise to an area of limited size located beyond 200 nautical miles from the coast of Kenya and within 200 nautical miles from the coast of Somalia, but on the Kenyan side of the delimitation line ('grey area').*” (Emphasis mine.)

This reasoning is a conjecture built on a surmise founded on a hypothesis — scarcely a basis for the construction of a legal régime. Regrettably, the grey area that it identifies is not of “limited size”, but in the circumstances of this case, may be seen as applying to the entire area beyond 200 nautical miles. It is noted, however, that the Court decided not to address the question of the legal régime that would be applicable to this grey area.

200 milles marins, il y a tout lieu pour elle de s'en remettre entièrement aux demandes des Parties tendant à ce qu'elle procède à une telle délimitation, car c'est le critère de la distance des 200 milles marins qui prévaut dans cet espace. En revanche, lorsque, comme c'est le cas dans la présente espèce, la Cour délimite le plateau continental au-delà de cette limite, les demandes des Parties, et la convergence de leurs vues concernant l'existence de leurs droits respectifs à cet égard et l'étendue de tels droits, ne constituent pas une base suffisante pour procéder à la délimitation de cet espace. Le fait de délimiter le plateau continental d'une partie au-delà de 200 milles marins sans disposer du moindre élément fiable attestant l'existence d'un plateau dans cette zone revient pour la Cour à faire abstraction de la distinction importante établie par la convention entre le droit d'un Etat côtier à un plateau continental sur une distance de 200 milles marins et sa prétention à cet égard au-delà de cette limite. Ainsi, lorsqu'elle a procédé à la délimitation en se fondant sur l'hypothèse que les Parties avaient droit à un plateau continental jusqu'à 350 milles marins, la Cour a substitué aux critères géologiques et géomorphologiques auxquels la convention soumet un tel droit un simple critère de distance maximale de 350 milles marins. On est donc loin, dans l'arrêt, des conclusions catégoriques énoncées dans les affaires *Bangladesh/Myanmar* et *Bangladesh c. Inde* pour ce qui est de l'existence d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins.

17. Troisièmement, la Cour a effectué une délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins dans un environnement hautement incertain. Bien que le recours à une flèche directionnelle, telle que celle qui figure sur le croquis n° 13 (p. 279), n'ait rien d'inhabituel dans le cadre d'une délimitation de ce type, on ne peut que se demander si cette méthode fournit le degré de certitude escompté dans un exercice aussi lourd de conséquences que la délimitation d'une frontière entre deux Etats, qui auront des droits souverains dans l'espace qui leur sera attribué.

18. Cette incertitude est plus évidente encore au paragraphe 197 de l'arrêt, qui se lit comme suit :

« *En fonction de l'étendue des droits du Kenya à un plateau continental au-delà de 200 milles marins, selon ce qui pourra être déterminé à l'avenir sur la base de la recommandation de la Commission des limites, la ligne de délimitation pourrait engendrer une zone de taille limitée située au-delà de 200 milles marins des côtes du Kenya et en deçà de 200 milles marins de celles de la Somalie, mais du côté kényan de ladite ligne (« zone grise »).* » (Les italiques sont de moi.)

Ce raisonnement est une conjecture reposant sur une supposition elle-même fondée sur une hypothèse, ce qui ne saurait servir de base à l'interprétation d'un régime juridique. La zone grise qui y est mentionnée n'est hélas pas de « taille limitée », et pourrait, dans les circonstances de la présente espèce, être considérée comme couvrant l'intégralité de l'espace situé au-delà de 200 milles marins. Il convient cependant de relever que la Cour a décidé de ne pas traiter la question du régime juridique qui serait applicable à cette zone grise.

19. Notwithstanding that delineation of the outer limits of the continental shelf is carried out by coastal States on the basis of the recommendations of the CLCS, and not by the Court, there must be a concern that delimitation and delineation exercises may impact adversely on the area, defined in Article 1 (1) of the Convention as “the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction”. The area therefore begins where national jurisdiction ends. Article 136 provides that “[t]he Area and its resources are the common heritage of mankind”; Article 140 (1) provides that “activities in the Area” are to be carried out “for the benefit of mankind as a whole . . . and taking into particular consideration the interests and needs of developing States”. During the UNCLOS negotiations, generally, developing countries attached the greatest importance to the establishment of a meaningful régime for the area in the expectation that its exploration and exploitation would contribute to their growth and development in the interest of the common heritage of mankind.

20. Concerns about the possible impact of delimitation on the régime for the area were expressed by the Arbitral Tribunal in the *France-Canada Maritime Delimitation* case (Saint Pierre and Miquelon), in which France had requested delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. The Commission stated:

“Any decision by this Court recognizing or rejecting any rights of the Parties over the continental shelf beyond 200 nautical miles, would constitute a pronouncement involving a delimitation, not ‘between the Parties’ but between each one of them and the international community, represented by organs entrusted with the administration and protection of the international sea-bed Area (the sea-bed beyond national jurisdiction) that has been declared to be the common heritage of mankind.”⁶

While this Award, made not very long after the adoption of the Convention, may be seen as going too far, its underlying concern should not be disregarded: where it is appropriate, the interests of the international community in exploring and exploiting the area is a factor that must be taken into account in maritime delimitation in the area beyond 200 nautical miles. Moreover, in the *Bangladesh/Myanmar* case the Tribunal expressly considered the possible impact of the delimitation of the shelf beyond 200 nautical miles on the interests of the international community in the area, and determined in the following finding that those interests were not affected:

“In addition, as far as the Area is concerned, the Tribunal wishes to observe that, as is evident from the Parties’ submissions to the

⁶ *Delimitation of Maritime Areas between Canada and France, Award of 10 June 1992*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXI; *International Legal Materials (ILM)*, Vol. 31, p. 1172, para. 78.

19. Même si la délinéation de la limite extérieure du plateau continental est effectuée par les Etats côtiers sur la base des recommandations de la Commission des limites, et non pas par la Cour, il convient de garder à l'esprit que les deux exercices — délimitation et délinéation — risquent d'avoir des conséquences néfastes sur la zone, définie au paragraphe 1 de l'article premier de la convention comme «les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale». La zone commence donc là où la juridiction nationale prend fin. L'article 136 dispose que «[l]a Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité»; le paragraphe 1 de l'article 140 prévoit que les activités menées dans la zone le sont «dans l'intérêt de l'humanité tout entière ... et compte tenu particulièrement des intérêts et besoins des Etats en développement». Lors des négociations relatives à la CNUDM, les pays en développement attachaient, de manière générale, la plus grande importance à ce que soit créé un véritable régime relatif à la zone, espérant que l'exploration et l'exploitation de celle-ci contribueraient à leur croissance et à leur développement, dans l'intérêt du patrimoine commun de l'humanité.

20. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire de la *délimitation maritime entre le Canada et la France* (Saint-Pierre-et-Miquelon), dans laquelle cette dernière avait présenté une demande de délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, s'est inquiété des effets éventuels de la délimitation sur le régime relatif à la zone, indiquant ce qui suit :

«Toute décision par laquelle le Tribunal reconnaîtrait aux Parties des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins ou rejetterait de tels droits constituerait une décision impliquant une délimitation non pas «entre les Parties» mais entre chacune d'elles et la communauté internationale, représentée par les organes chargés de l'administration et de la protection de la zone internationale des fonds marins (les fonds marins situés au-delà de la juridiction nationale) qui a été déclarée patrimoine commun de l'humanité.»⁶

Si l'on peut la juger excessive, la conclusion énoncée dans cette sentence, rendue peu après l'adoption de la convention, est cependant sous-tendue par une préoccupation qui ne devrait pas être écartée: les intérêts de la communauté internationale en matière d'exploration et d'exploitation de la zone sont un facteur qui, lorsque cela est indiqué, doit être pris en considération aux fins d'une délimitation maritime effectuée dans l'espace situé au-delà de 200 milles marins. De même, en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, le TIDM a expressément examiné l'incidence que la délimitation du plateau continental au-delà de cette distance était susceptible d'avoir sur les intérêts de la communauté internationale dans la zone, concluant, dans le passage reproduit ci-après, que cette incidence était nulle :

«En outre, en ce qui concerne la Zone, le Tribunal observe que les demandes des Parties soumises à la Commission font apparaître clai-

⁶ *Délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française, sentence du 10 juin 1992, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXI, p. 292, par. 78.

Commission, the continental shelf beyond 200 nm that is the subject of delimitation in the present case is situated far from the Area. Accordingly, the Tribunal, by drawing a line of delimitation, will not prejudice the rights of the international community.”⁷

A fair inference from this finding is that the Tribunal would not have carried out the delimitation requested or, at any rate, would have given serious thought to declining that delimitation, had it found that this delimitation was to be carried out in an area that was near to the area in which the international community has an interest. It would seem that, in the instant case, a statement similar to that of the Tribunal in *Bangladesh/Myanmar* could not be made by the Court, because the continental shelf that is the subject of delimitation could possibly extend to the area. Nonetheless the Tribunal’s dictum is instructive in that it signifies an appropriate sensitivity to the interests of the international community in the area.

21. Fourth, Article 83 (1) of the Convention requires that the delimitation of the continental shelf be effected by agreement on the basis of international law in order to achieve an equitable solution. In the delimitation of the continental shelf within 200 nautical miles, the Court quite properly spent much time considering whether its three-stage methodology produced an equitable solution. On the other hand, in the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, the Judgment is silent on the question whether the methodology the Court has used produces an equitable solution. This is a significant omission in the Judgment and it raises serious questions as to whether the delimitation carried out has been effected in accordance with the Convention.

CONCAVITY

The Significance of the Kenyan “Concavity”

22. The best statement of the law on the relationship between a relevant circumstance, a concavity, the median line and a cut-off effect is the finding of the ITLOS in *Bangladesh/Myanmar* that

“concavity *per se* is not necessarily a relevant circumstance. However, when an equidistance line drawn between two States produces a cut-off effect on the maritime entitlement of one of those States, as a result of the concavity of the coast, then an adjustment of that line may be necessary in order to reach an equitable result.”⁸

23. The question is whether the cut-off effect produced by the equidistance line must result from a geographical feature that meets the minimum requirements for a concavity or whether it can result from any

⁷ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 97, para. 368.

⁸ *Ibid.*, p. 81, para. 292.

rement que le plateau continental au-delà de 200 milles marins, objet de la délimitation dans la présente espèce, est situé loin de la Zone. De ce fait, en traçant une ligne de délimitation, le Tribunal ne préjugera pas des droits de la communauté internationale.»⁷

Il est permis de déduire de cette conclusion que le TIDM n'aurait pas procédé à la délimitation demandée ou, en tout état de cause, aurait sérieusement envisagé de refuser de le faire, s'il avait jugé que cette délimitation devait intervenir dans un espace situé à proximité de la zone, dans laquelle la communauté internationale avait un intérêt. En la présente espèce, la Cour n'aurait, semble-t-il, pas pu faire de déclaration analogue à celle qu'a faite le TIDM en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, puisque le plateau continental objet de la délimitation était susceptible de se prolonger jusqu'à la zone. Le *dictum* du TIDM est néanmoins instructif en ce qu'il atteste d'une sensibilité toute justifiée aux intérêts de la communauté internationale dans la zone.

21. Quatrièmement, le paragraphe 1 de l'article 83 de la convention exige que la délimitation du plateau continental soit effectuée par voie d'accord, conformément au droit international, afin d'aboutir à une solution équitable. Lorsqu'elle a procédé à la délimitation du plateau continental en deçà de 200 milles marins, la Cour a, comme il se doit, consacré beaucoup de temps à rechercher si sa méthode en trois étapes produisait une solution équitable. En revanche, pour ce qui est de la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins, elle n'a nullement examiné si la méthode qu'elle avait suivie aboutissait à une solution équitable. C'est là une lacune notable de l'arrêt, qui soulève de sérieux doutes quant au point de savoir si la délimitation a bien été effectuée conformément à la convention.

CONCAVITÉ

L'importance de la « concavité » du Kenya

22. C'est le TIDM qui, en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, a formulé l'énoncé juridique le plus clair s'agissant du rapport entre circonstance pertinente, concavité, ligne médiane et effet d'amputation, en exposant que

«la concavité en soi ne constitue pas nécessairement une circonstance pertinente. Toutefois, lorsqu'une ligne d'équidistance tracée entre deux Etats produit, en raison de la concavité de sa côte, un effet d'amputation sur l'espace maritime auquel un de ces Etats a droit, l'ajustement de cette ligne peut être nécessaire de façon à aboutir à une solution équitable.»⁸

23. La question est de savoir si l'effet d'amputation produit par la ligne d'équidistance doit résulter d'une particularité géographique répondant aux exigences minimales de concavité ou s'il peut résulter de quelque

⁷ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 97, par. 368.

⁸ *Ibid.*, p. 81, par. 292.

geographical feature, such as a mere curvature or an indentation, even if that feature does not meet the minimum requirements for a concavity. Case law is generally unhelpful in identifying the minimum features for a concavity to result in the equidistance line producing a cut-off effect that requires its adjustment in order to achieve an equitable solution. The comments that one finds on this question are of a general nature; for example, in *Ghana/Côte d'Ivoire*, the Special Chamber found “that the coast of Côte d'Ivoire is concave, although such concavity is not as pronounced as in, for example, the case of the Bay of Bengal”⁹.

24. In the 1969 *North Sea Continental Shelf* cases, the Court found that the German coast was “markedly concave”¹⁰. It is not for nothing that in considering the German concavity, the Court referred to another coastline, that of Bangladesh, that was also markedly concave. Indeed, in *Bangladesh/Myanmar*, ITLOS held that the Bangladesh coast was “manifestly concave” and that, consequently, the equidistance line produced a cut-off effect warranting the adjustment of that line. One may also consider the Court’s decision in *Costa Rica v. Nicaragua*. However, that decision is not apposite because the Court did not examine in detail whether a concavity existed, but simply confined itself to the conclusion that the existence of a concavity did not produce a cut-off effect warranting an adjustment of the equidistance line. This is to be contrasted with the instant case in which the majority has found not only that there is a concavity, but that “[w]hen the mainland coasts of Somalia, Kenya and Tanzania are observed together, as a whole, the coastline is undoubtedly concave” and that, consequently, the equidistance line produces a cut-off effect that warrants some adjustment of that line. In *Cameroon v. Nigeria*, the Court found that there was no concavity in the sectors of the coastline relevant to the present delimitation¹¹. In *Guinea/Guinea-Bissau*, the Tribunal found that the coastline of Guinea-Bissau, Guinea and Sierra Leone, when considered together, was generally concave¹².

25. In accordance with the Court’s jurisprudence therefore, an adjustment of the equidistance line is only required when it produces a cut-off effect as a result of a coastal feature that is obviously concave or, to use the language of the Court in the *North Sea Continental Shelf* cases, “markedly concave” or that of the Tribunal in *Bangladesh/Myanmar*, “manifestly concave”. That the Court did not have in mind a cut-off effect resulting from a slight curvature or an indentation in a coast is clear

⁹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment, ITLOS Reports 2017, p. 120, para. 424.

¹⁰ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 50, para. 91.

¹¹ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 445, para. 297.

¹² *Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Award of 14 February 1985, *International Law Reports (ILR)*, Vol. 77, pp. 634-693.

autre particularité géographique, telle qu'une simple courbure ou une échancrure. De manière générale, la jurisprudence n'aide guère à déterminer les conditions minimales de concavité qui conduisent à ce que la ligne d'équidistance produise un effet d'amputation nécessitant un ajustement afin de parvenir à une solution équitable. Les observations formulées sur cette question revêtent un caractère général, la Chambre spéciale ayant ainsi jugé, en l'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, «que la côte ivoirienne [était] concave, même si cette concavité n'[était] pas aussi prononcée que, par exemple, dans l'affaire du golfe du Bengale»⁹.

24. Dans les arrêts qu'elle a rendus en 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a conclu que la côte allemande était «fortement concave»¹⁰. Lorsqu'elle a examiné la concavité de l'Allemagne, elle s'est, non sans raison, référée à un autre littoral, celui du Bangladesh, lui aussi fortement concave. De fait, le TIDM a par la suite estimé, en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, que la côte bangladaise était «manifestement concave» et que, en conséquence, la ligne d'équidistance produisait un effet d'amputation justifiant l'ajustement de cette ligne. L'on pourrait aussi mentionner l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, mais cette décision n'est pas pertinente car elle ne comporte aucune analyse détaillée de la question de savoir s'il existait une concavité, la Cour s'étant bornée à conclure que l'existence d'une concavité ne produisait pas d'effet d'amputation justifiant un ajustement de la ligne d'équidistance. Dans la présente espèce, en revanche, la majorité a conclu non seulement qu'il y avait une concavité, mais aussi que, «[s]i les côtes continentales de la Somalie, du Kenya et de la Tanzanie [étaient] considérées ensemble, comme un tout, le littoral ainsi formé apparaissait incontestablement concave», de sorte que la ligne d'équidistance produisait un effet d'amputation justifiant un certain ajustement de celle-ci. En l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, la Cour a jugé que les secteurs de côte pertinents aux fins de la délimitation ne présentaient aucune concavité¹¹. En l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*, le tribunal a conclu que, si l'on considérait ensemble les côtes de la Guinée-Bissau, de la Guinée et de la Sierra Leone, le littoral était plutôt concave¹².

25. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, un ajustement de la ligne d'équidistance n'est requis que lorsque celle-ci produit un effet d'amputation en raison du caractère nettement concave ou, pour reprendre les termes employés par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, «fortement concave», ou encore, pour citer le TIDM en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, «manifestement concave», du littoral. Le fait que la Cour ne considérait pas qu'un effet d'amputation pût résulter

⁹ Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (*Ghana/Côte d'Ivoire*), arrêt, TIDM Recueil 2017, p. 120, par. 424.

¹⁰ *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. 50, par. 91.

¹¹ Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (*Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenante)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 445, par. 297.

¹² Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, sentence du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 149-196.

from its finding in *Libya/Malta* 16 years later, that an equidistance line “may yield a disproportionate result where a coast is . . . markedly concave or convex”¹³. Here the Court was restating its finding in the 1969 *North Sea Continental Shelf* cases that an equidistance line may yield disproportionate results when a coastal feature has a concavity or convexity that would have the effect of pulling the line inwards or outwards. What is significant is that the Court found that this outcome must be the result of a markedly concave or convex coast.

26. The phrase, “as a consequence of a concavity” in the ITLOS dictum makes clear that the cut-off effect must result from a concavity, that is, a geographical feature that causes an equidistance line to produce a cut-off effect, warranting its adjustment in order to achieve an equitable result. The phrase has special significance in that it emphasizes the very important causal role that the concavity plays in the equidistance line producing a cut-off effect. If a geographical feature that is a mere curvature or an indentation rather than a concavity, produces a cut-off effect, then that effect is to be ignored, because to recognize it as capable of leading to an adjustment of the equidistance line would be to refashion geography and an equitable solution would not be achieved. The well-known proposition that maritime delimitation should not result in refashioning geography is reflected in paragraph 172 of the Judgment.

27. It can be inferred from the ITLOS dictum (cited above in paragraph 26) that it is not any and every geographical feature that will be sufficient to constitute a relevant circumstance; it is only a geographical feature meeting the minimum requirement for a concavity and producing a cut-off effect that will constitute a relevant circumstance requiring adjustment of the provisional equidistance line. Regrettably, the Special Chamber’s decision in *Ghana/Côte d’Ivoire* is inconsistent with the Court’s jurisprudence that an adjustment of the equidistance line is only required when it produces a cut-off effect as a result of a coastal feature that is markedly concave. The effect of the Special Chamber’s ruling in that case is that a coastal feature that would appear to be nothing more than a mere curvature constituted a concavity. However, the Chamber only found that there was a cut-off effect when the convexity of the Ghanaian coastline was also taken into account, and in any event, it found that the cut-off did not warrant an adjustment of the equidistance line. The decision of the Arbitral Tribunal in *Guinea/Guinea-Bissau* is also inconsistent with the aforementioned jurisprudence of the Court.

¹³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 44, para. 56.

d'une légère courbure ou d'une échancrure de la côte ressort clairement de l'énoncé figurant dans l'arrêt qu'elle a rendu 16 ans plus tard en l'affaire *Libye/Malte*, selon lequel une ligne d'équidistance «pouvait donner un résultat disproportionné quand la côte [était] ... fortement concave ou convexe»¹³. La Cour réaffirmait alors la conclusion à laquelle elle était parvenue en 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, à savoir qu'une ligne d'équidistance pouvait aboutir à des résultats disproportionnés lorsqu'une côte présentait une concavité ou une convexité ayant pour effet d'infléchir la ligne vers l'intérieur ou l'extérieur. Ce qui importe, c'est que la Cour a conclu que tel ne pouvait être le cas qu'en présence d'une côte fortement concave ou convexe.

26. L'expression «en raison de la concavité» tirée du *dictum* du TIDM précise que l'effet d'amputation doit résulter d'une concavité, c'est-à-dire d'une particularité géographique en conséquence de laquelle la ligne d'équidistance produit un effet d'amputation qui justifie, en vue de parvenir à un résultat équitable, que celle-ci soit ajustée. Cette expression revêt une importance particulière, en ce qu'elle souligne le lien de causalité essentiel entre la concavité et l'effet d'amputation découlant de la ligne d'équidistance. Lorsqu'on est en présence, non pas d'une concavité, mais d'une simple courbure ou d'une échancrure, il convient de faire abstraction de l'effet d'amputation éventuellement produit car, si celui-ci devait être reconnu comme justifiant l'ajustement de la ligne d'équidistance, cela reviendrait à redessiner la géographie et empêcherait l'obtention d'une solution équitable. L'idée bien établie selon laquelle la délimitation maritime ne doit pas aboutir à refaire complètement la géographie est formulée au paragraphe 172 de l'arrêt.

27. L'on peut déduire du *dictum* du TIDM (cité au paragraphe précédent) que toutes les particularités géographiques ne sont pas de nature à constituer une circonstance pertinente; seules celles qui satisfont à l'exigence minimale de concavité et produisent un effet d'amputation peuvent être considérées comme une circonstance pertinente appelant un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire. Il est regrettable que, en l'affaire *Ghana/Côte d'Ivoire*, la Chambre spéciale n'ait pas suivi la jurisprudence de la Cour selon laquelle un ajustement de la ligne d'équidistance n'est requis que lorsque celle-ci produit un effet d'amputation résultant d'une configuration côtière fortement concave. La décision rendue par la Chambre spéciale en cette affaire revient, de fait, à considérer une simple courbure de la côte comme une concavité. La Chambre a toutefois conclu que l'effet d'amputation n'existait que lorsque était également prise en considération la convexité du littoral du Ghana, et que, en tout état de cause, l'amputation ne justifiait pas un ajustement de la ligne d'équidistance. La décision du tribunal arbitral constitué en l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau* ne cadre pas, elle non plus, avec la jurisprudence susmentionnée de la Cour.

¹³ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 44, par. 56.

28. Although one cannot identify, with a fine degree of certainty, the minimum requirements for a concavity sufficient to produce a cut-off effect that calls for an adjustment of the provisional equidistance line, of the several coastal features considered in the previous paragraphs, it is only those of Germany and Bangladesh that would appear to meet those requirements. It is only those coastal features that can be said to be markedly concave. As will be seen in the sketch-maps below (pp. 336-342), it is those coastal features alone that, on their face, resemble a concavity in that they possess a shape that is markedly hollowed or markedly rounded inward like the inside of a bowl (*Merriam-Webster's Dictionary*). The more relaxed view of what constitutes a concavity, evident in *Ghana/Côte d'Ivoire* and *Guinea/Guinea-Bissau*, has not displaced the clear finding of the Court that it is a markedly concave coastal feature that produces a cut-off effect, calling for an adjustment of the provisional equidistance line.

29. In the instant case, there must be a doubt as to whether the curvature in the Kenyan coast or, for that matter, the curvature in the Somali, Kenyan and Tanzanian coasts, has the degree of concavity sufficient to result in the equidistance line producing a cut-off effect, requiring an adjustment of that line. Certainly, the greater part of the Kenyan coastline may fairly be described as a slight curvature. Since, in the result, the Court has held this curvature to be a concavity, the reasonable doubt that exists as to whether the feature constitutes a concavity means that any cut-off resulting would only warrant the slightest adjustment of the equidistance line, because that line does not in any significant way prevent Kenya from achieving its maximum maritime area in accordance with international law; in fact, the better view might very well be that no adjustment is warranted since the cut-off is neither serious nor severe.

30. In considering the curvature in the Somali, Kenyan and Tanzanian coasts as part of what the Judgment describes as the "broader geographical configuration", the Court has followed the Tribunal's decision in *Guinea/Guinea-Bissau* rather than its Judgment in *Cameroon v. Nigeria*. In the former case, the Tribunal considered the coastline of Guinea, Guinea-Bissau and Sierra Leone together; in the latter case, the Court was explicit in its finding that the Cameroonian concavity could only be a relevant circumstance "when such concavity lies within the area to be delimited"¹⁴. In order to show that the Cameroonian concavity did not meet that requirement, the Court observed that it was not facing Nigeria, but rather, the island of Bioko, that belonged to a third State, and was not within the area to be delimited. The Judgment has wrongly seized on this reference by the Court to an island of a third State to conclude that "the Court's statement thus should not be understood as excluding in all circumstances the consideration of the concavity

¹⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 445, para. 297.

28. Bien que l'on ne puisse déterminer avec un degré convenable de certitude les conditions minimales requises pour qu'une concavité produise un effet d'amputation appelant un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire, les seules côtes, parmi les exemples examinés aux paragraphes précédents, qui semblent remplir ces conditions sont celles de l'Allemagne et du Bangladesh. Elles seules peuvent être considérées comme fortement concaves. Comme on le verra sur les croquis ci-après (p. 336-342), elles seules présentent, à première vue, une concavité, c'est-à-dire un creux ou un arrondi marqué suivant la forme de l'intérieur d'un bol (selon la définition du terme anglais «concavity» donnée par le *Merriam-Webster's Dictionary*). La position plus souple visiblement adoptée dans les affaires *Ghana/Côte d'Ivoire* et *Guinée/Guinée-Bissau* quant à ce qui constitue une concavité ne remet nullement en cause la conclusion claire de la Cour selon laquelle c'est une configuration côtière fortement concave qui produit un effet d'amputation appelant un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire.

29. Dans la présente espèce, il y a lieu de se demander si la courbure de la côte kényane — ou, de fait, celle des côtes somalienne, kényane et tanzanienne — satisfait au degré de concavité requis pour que la ligne d'équidistance produise un effet d'amputation imposant un ajustement de cette ligne. La majeure partie du littoral du Kenya peut légitimement être considérée comme présentant une courbure légère. La Cour ayant, en définitive, jugé que celle-ci constituait une concavité, il résulte du doute raisonnable subsistant sur ce point que l'amputation produite, le cas échéant, ne justifiait qu'un très léger ajustement de la ligne d'équidistance, cette dernière n'empêchant guère le Kenya de se voir attribuer l'espace maritime maximal auquel il peut prétendre en vertu du droit international; en réalité, il est même tout à fait permis de dire que, n'étant ni grave ni importante, l'amputation ne justifiait aucun ajustement.

30. Lorsqu'elle a examiné la courbure des côtes somalienne, kényane et tanzanienne dans le cadre de ce que l'arrêt qualifie de «contexte géographique plus large», la Cour a suivi la sentence rendue en l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*, plutôt que l'arrêt qu'elle avait elle-même rendu en l'affaire *Cameroun c. Nigéria*. Dans la première de ces deux décisions, le tribunal avait envisagé conjointement les côtes de la Guinée, de la Guinée-Bissau et de la Sierra Leone; dans la seconde, la Cour avait expressément conclu que la concavité des côtes camerounaises ne pouvait constituer une circonstance pertinente que «lorsque cette concavité exist[ait] dans le secteur à délimiter»¹⁴. Afin de démontrer que cette exigence n'était pas remplie, elle avait fait observer que la concavité des côtes camerounaises se manifestait dans le secteur faisant face non pas au Nigéria mais à l'île de Bioko, qui appartenait à un Etat tiers et ne se trouvait pas dans la zone à délimiter. C'est à tort que la Cour s'est, dans son arrêt en la présente espèce, fondée sur cette référence qu'elle avait faite à une île appartenant à un Etat tiers

¹⁴ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 445, par. 297.



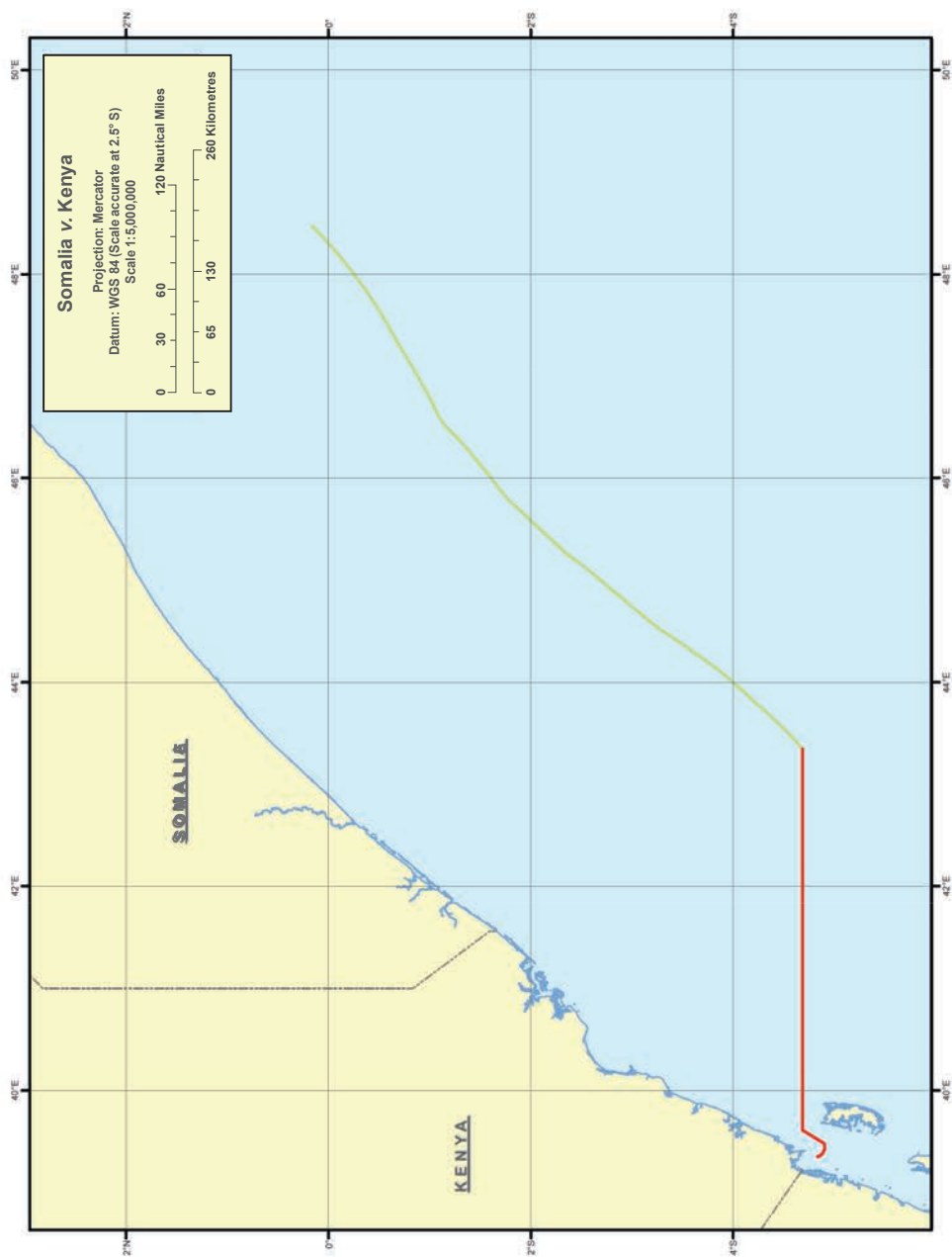


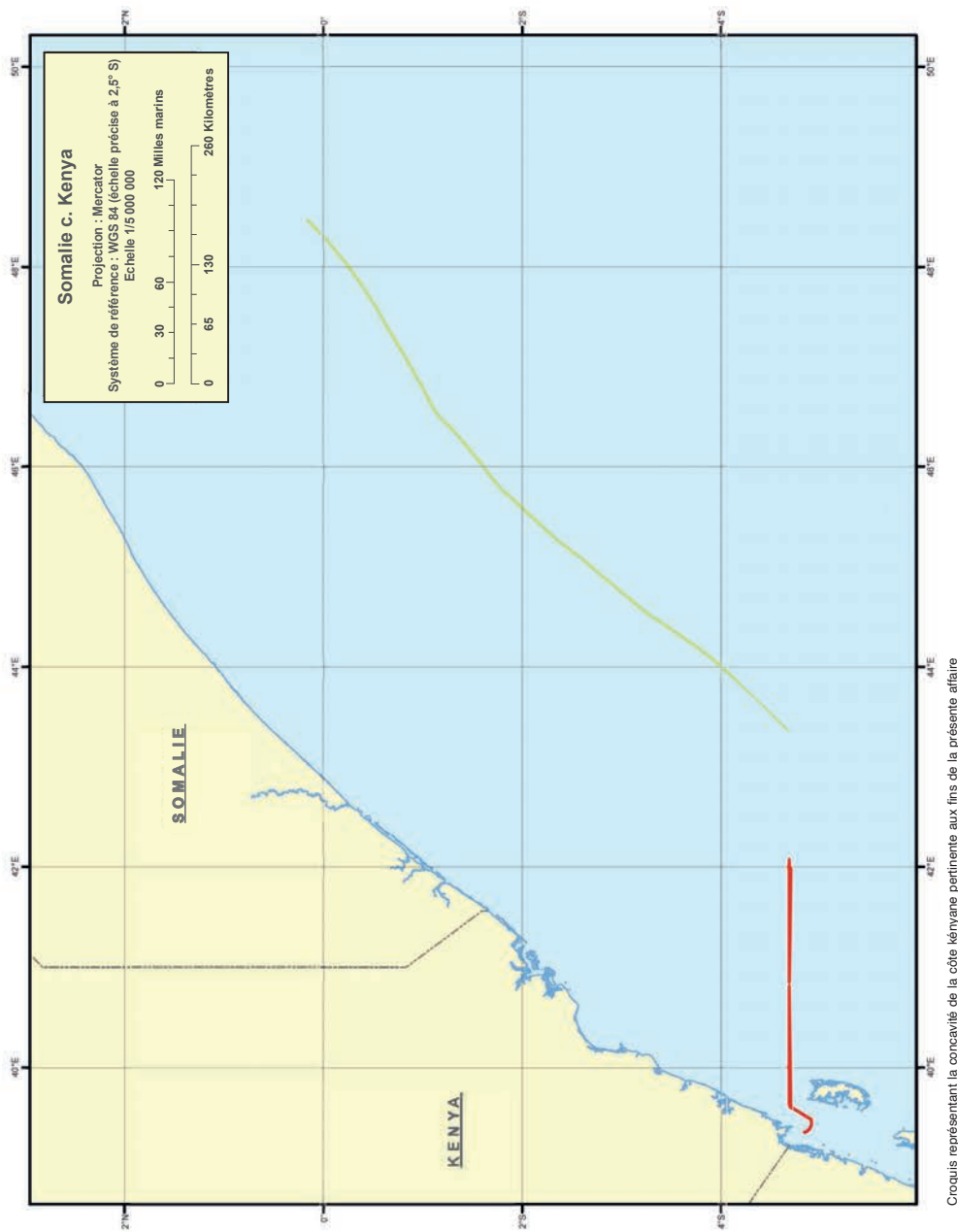
Croquis représentant la concavité dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord

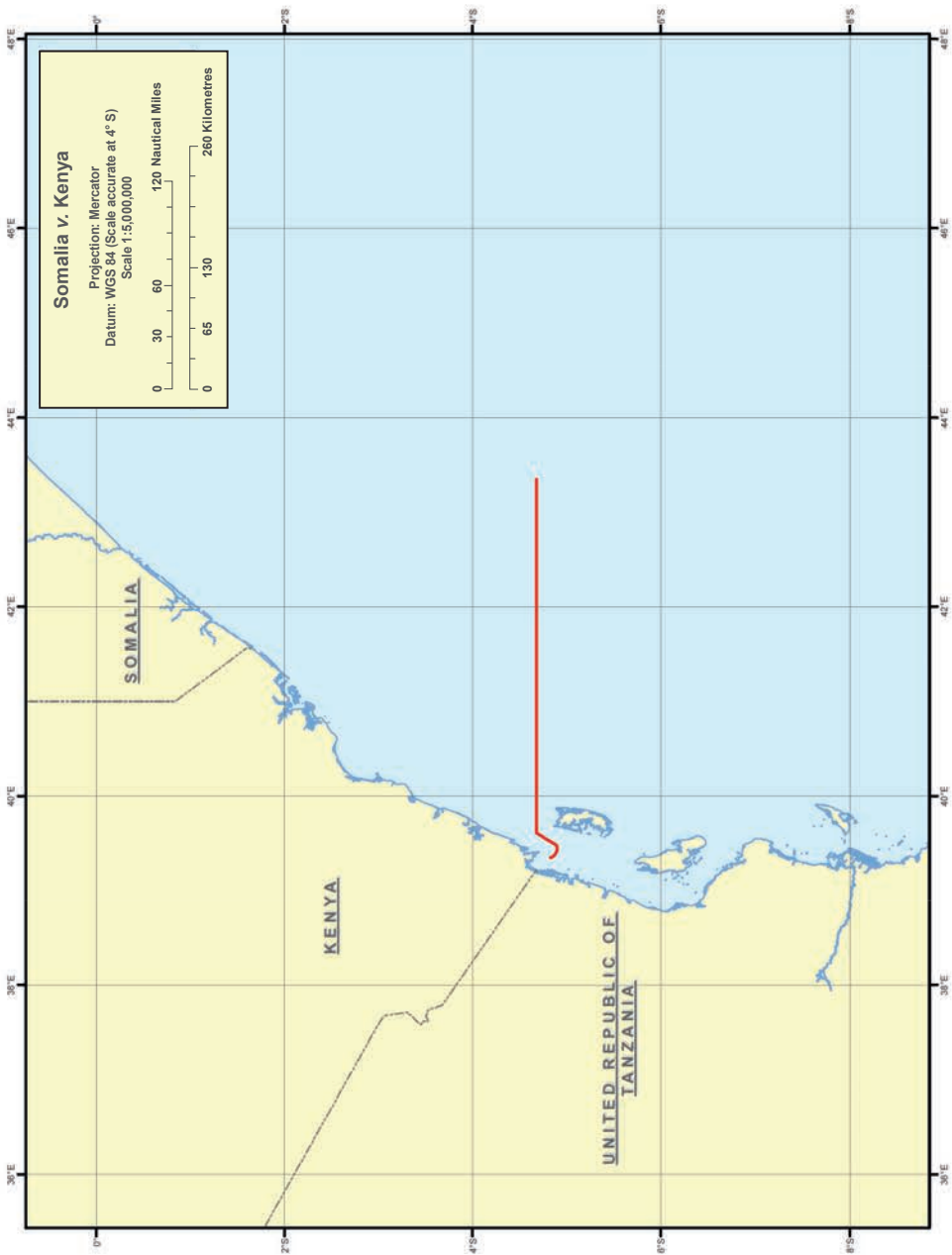




Croquis représentant la concavité en l'affaire *Bangladesh/Myanmar*

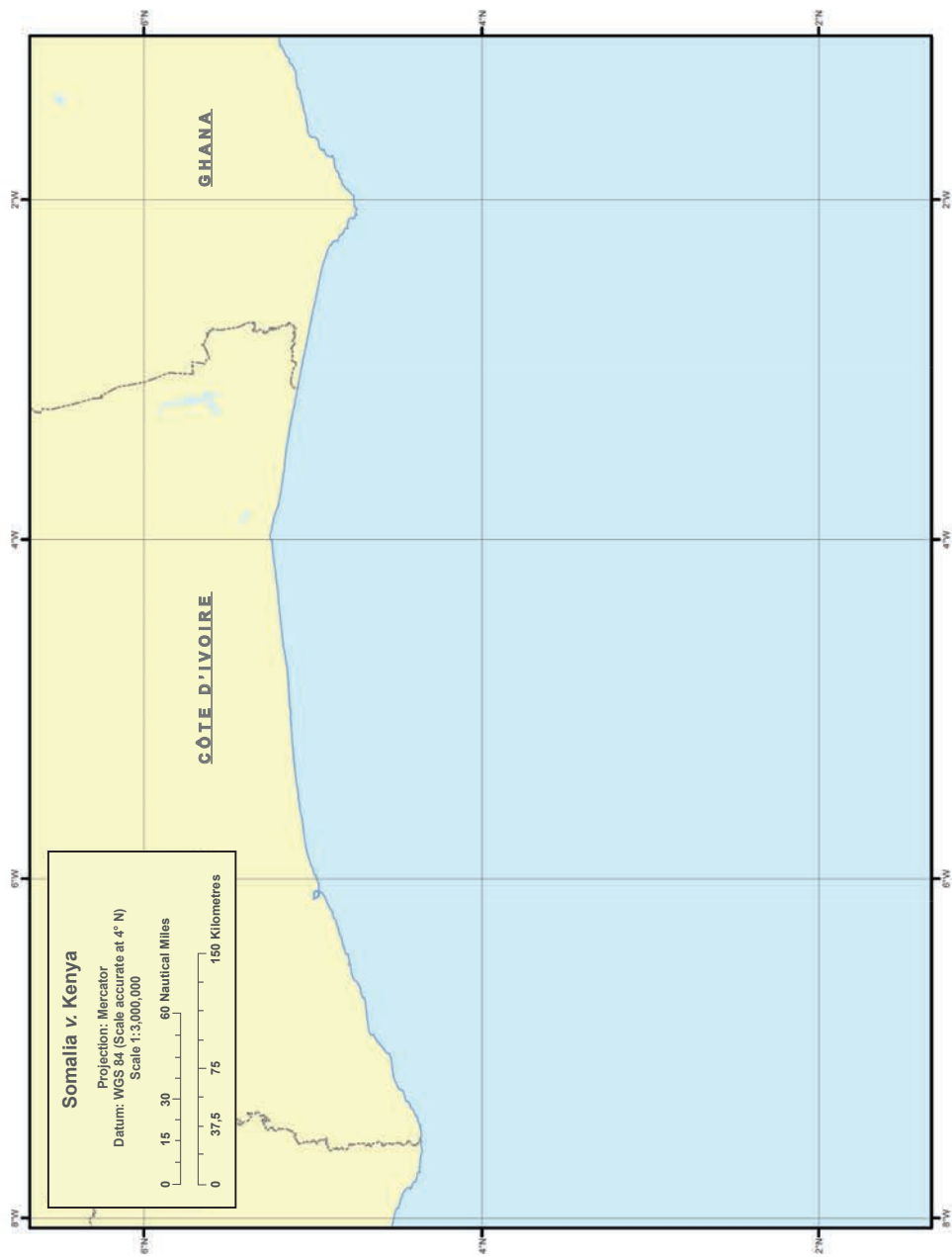




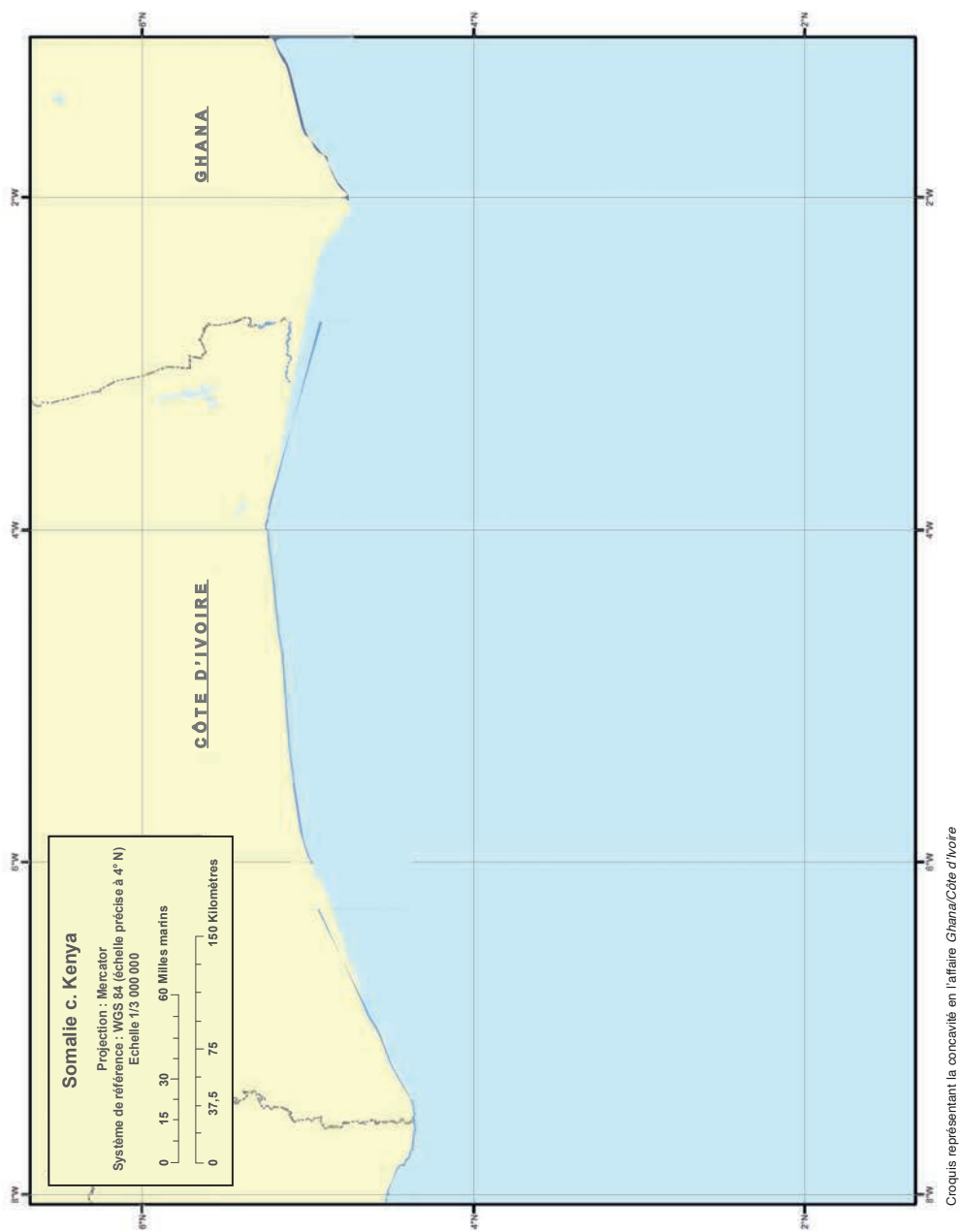




Croquis représentant la concavité de la côte tanzanienne pertinente aux fins de la présente affaire



Sketch-map depicting concavity in Ghana/Côte d'Ivoire

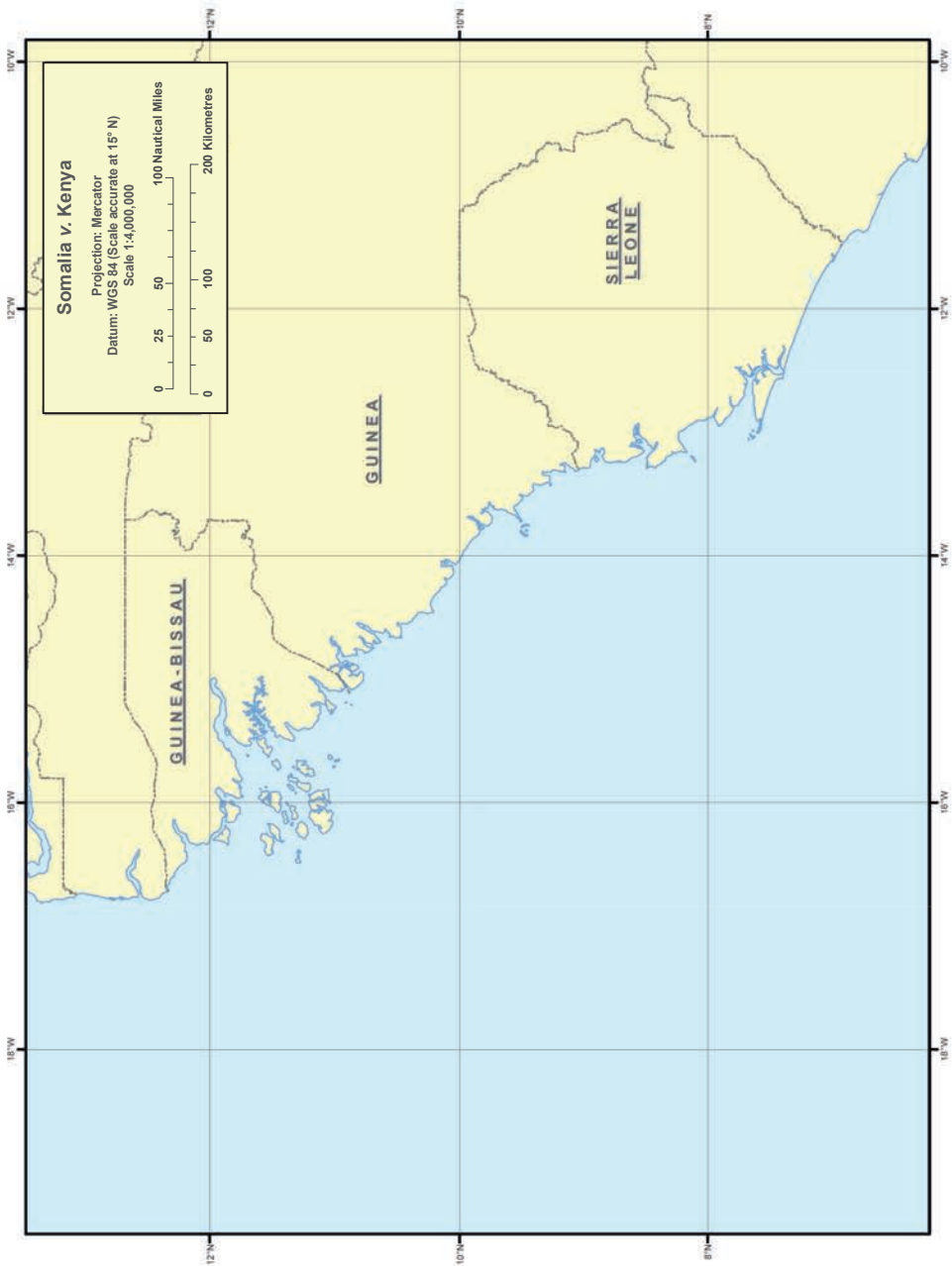


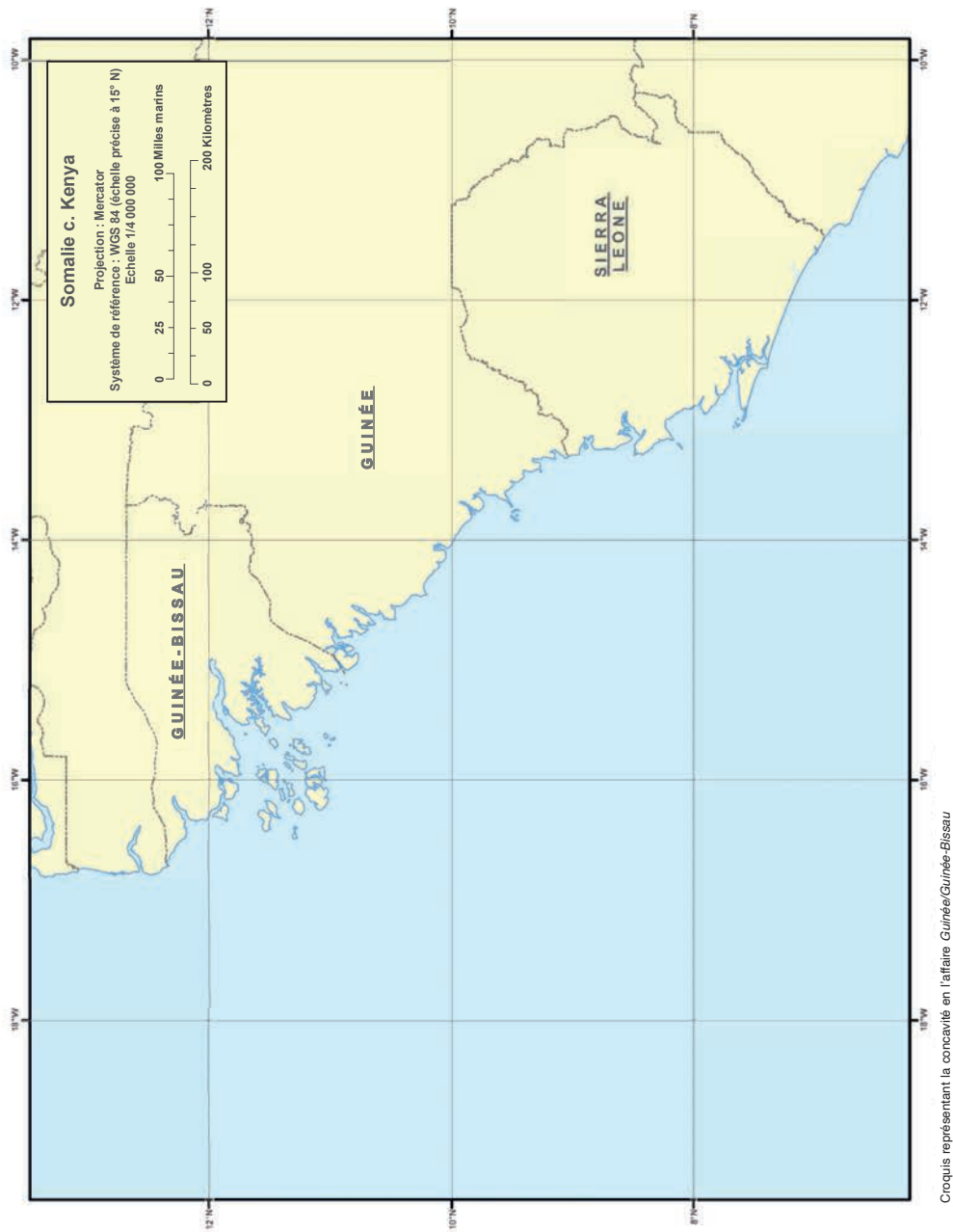


Sketch-map depicting concavity in *Cameroon/Nigeria*



Croquis représentant la concavité en l'affaire *Cameroun c. Nigéria*





of a coastline in a broader geographical configuration". But there is nothing in the Court's finding to suggest that it was embracing the notion of a broader geographical configuration; rather, in order to dismiss the Cameroonian claim that its concavity was a relevant circumstance, the Court merely observed that the concavity was located in a third State, and that it was not a relevant circumstance since it was not within the area to be delimited. Significantly, the Court referred to the third State, not to take its concavity into account, but to exclude it from the maritime delimitation between Cameroon and Nigeria on the basis that it was not within the area to be delimited. In contrast, in the instant case, the Court refers to the "concavity" of a third State, Tanzania, not to exclude it from the maritime delimitation between Somalia and Kenya, but to include it in that delimitation. The proposition that, in maritime delimitation, account should be taken of a concavity that is not within the area to be delimited but is part of a so-called broader geographical configuration, is problematic. In the first place, the concept of a "broader geographical configuration" is itself broad and vague — where the configuration begins and ends is a legitimate question. But the real danger is that the cut-off effect may result more from the geographical feature of a third State — not a party to the dispute and not in the delimitation area — than from the geographical feature on the coast of the State that is a party to the dispute and is within the area to be delimited. This would appear to be so in the present case because the Tanzanian "concavity", that is not within the area to be delimited, appears more pronounced than the Kenyan "concavity", that is within the area to be delimited. The odd result is a refashioning of geography whereby an adjustment is made to the equidistance line, more on account of a "concavity" in the Tanzanian coastline than of the "concavity" in the Kenyan coastline — a result that is wholly inconsistent with the Court's finding in *Cameroon v. Nigeria* that, in order to qualify as a relevant circumstance for the purpose of adjusting the equidistance line, the concavity must be within the area to be delimited¹⁵. Somalia would appear to have been disadvantaged by reason of a "concavity" that is not within the area to be delimited — an outcome that can scarcely be described as equitable.

31. In support of its decision to take into account the "concavity" in the Tanzanian coast as part of a broader geographical configuration, the Court cites its finding in the 1969 *North Sea Continental Shelf* cases that "although two separate delimitations were in question, they involved —

¹⁵ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 445, para. 297.

pour conclure que sa «déclaration ... ne devrait donc pas être interprétée comme excluant en toute circonstance que soit prise en considération la concavité d'un littoral dans un contexte géographique plus large». La conclusion énoncée dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria* ne donne nullement à penser que la notion de contexte géographique plus large y ait été reconnue. Pour rejeter l'allégation du Cameroun selon laquelle la concavité de ses côtes était une circonstance pertinente, la Cour s'était contentée de relever que la concavité se trouvait dans un secteur faisant face à un Etat tiers et ne constituait pas une circonstance pertinente, puisqu'elle ne faisait pas partie de la zone à délimiter. Il convient de noter que la Cour s'était référée à l'Etat tiers non pas pour tenir compte de sa concavité, mais pour en faire abstraction, aux fins de la délimitation maritime entre le Cameroun et le Nigéria, au motif qu'elle ne se trouvait pas dans la zone à délimiter. Dans la présente espèce, au contraire, la Cour a fait référence à la «concavité» d'un Etat tiers, la Tanzanie, non pas pour en faire abstraction, mais pour en tenir compte, dans le cadre de la délimitation maritime entre la Somalie et le Kenya. Le fait de considérer que, dans un processus de délimitation maritime, il y a lieu de prendre en considération une concavité qui n'est pas située dans le secteur à délimiter mais fait partie de ce qui est qualifié de contexte géographique plus large soulève un certain nombre de difficultés. Pour commencer, la notion de «contexte géographique plus large» est elle-même générale et vague, et il est permis de se demander où ce contexte commence et s'arrête. Plus grave encore, il existe un risque que l'effet d'amputation puisse découler davantage des caractéristiques géographiques d'un Etat tiers, qui n'est ni partie au différend ni situé dans la zone de délimitation, que de celles du littoral de l'Etat partie au différend, qui est situé dans ladite zone. Tel semble être le cas en la présente espèce, puisque la «concavité» tanzanienne, qui ne fait pas partie de la zone à délimiter, apparaît plus prononcée que la «concavité» kényane, qui en fait partie. La Cour a ainsi curieusement refait la géographie en procédant à un ajustement de la ligne d'équidistance davantage en raison d'une «concavité» sur le littoral tanzanien que d'une «concavité» sur le littoral kényan, ce qui est en contradiction totale avec la conclusion énoncée par la Cour en l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, selon laquelle, pour pouvoir être considérée comme une circonstance pertinente aux fins de l'ajustement de la ligne d'équidistance, la concavité doit être située à l'intérieur de la zone devant être délimitée¹⁵. Il apparaît donc que la Somalie a été désavantagée par une «concavité» qui n'est pas située à l'intérieur de la zone à délimiter, résultat que l'on ne saurait guère qualifier d'équitable.

31. A l'appui de sa décision de tenir compte de la «concavité» tanzanienne dans le cadre d'un contexte géographique plus large, la Cour cite la conclusion qu'elle a formulée en 1969, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, selon laquelle, «si deux délimitations dis-

¹⁵ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 445, par. 297.

indeed actually g[a]ve rise to — a single situation”¹⁶. However, there is an important difference between those cases and the instant case. In the 1969 cases, the Court joined cases brought separately by Germany against the Netherlands and against Denmark, with the result that the maritime areas produced by the coasts of the Netherlands, Denmark and Germany constituted the delimitation area. Thus, there was no question of the maritime areas of the Netherlands and Denmark, between which the German concavity lies, not being within the area to be delimited. In contrast, Tanzania is not a party to the dispute between Somalia and Kenya, and its “concavity” is not within the area to be delimited. The need for a concavity to be located within the area to be delimited, if it is to qualify as a relevant factor requiring adjustment of the equidistance line, was reiterated by the Court in *Cameroon v. Nigeria*.

32. There is another important distinction between the 1969 cases and the instant case. As a result of the joinder, the Court had before it submissions from the two adjacent coastal States, the Netherlands and Denmark. In contrast, in the instant case the Court has no submissions from Tanzania, which is not a party to the dispute and whose “concavity” does not lie within the area to be delimited.

33. In sum, the Court’s Judgment in the 1969 cases does not authorize the proposition that in maritime delimitation account may be taken of a concavity that is not within the area to be delimited merely because it falls within a so-called “broader geographical configuration”. Therefore, the “single situation” to which the Court referred in the 1969 cases does not eliminate the need for the concavity to fall within the area to be delimited if it is to qualify as a relevant factor warranting an adjustment of the provisional equidistance line.

THE STATUS OF THE 1927/1933 TREATY ARRANGEMENT

34. There is a question whether the Court has interpreted and applied the 1927/1933 treaty arrangement. In order to address this question, the following paragraphs of the Judgment must be examined. Paragraph 109 states: “In light of the above, the Court therefore considers it unnecessary to decide whether the 1927/1933 treaty arrangement had as an objective the delimitation of the boundary in the territorial sea.”

Paragraph 118 states:

“The Court observes that the course of the median line as described in paragraph 117 corresponds closely to the course of a line ‘at right angles to the general trend of the coastline’, assuming that the 1927/1933 treaty arrangement, in using this phrase, had as an objec-

¹⁶ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1969, p. 19, para. 11.

tinctes sont en cause, elles concernent — on peut même dire qu'elles créent — une situation unique»¹⁶. Il y a cependant une différence importante entre ces affaires et la présente espèce. Dans les affaires de 1969, la Cour a joint des instances distinctes introduites par l'Allemagne contre les Pays-Bas et le Danemark, de sorte que la zone de délimitation comprenait les espaces maritimes générés par les côtes respectives des trois Etats. Il était donc hors de question que les espaces maritimes des Pays-Bas et du Danemark, qui encadrent la concavité de la côte allemande, ne fussent pas inclus dans le secteur à délimiter. La Tanzanie, en revanche, n'est pas partie au présent différend entre la Somalie et le Kenya, et sa «concavité» ne se trouve pas dans le secteur à délimiter. La Cour a réaffirmé, en l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, que, pour pouvoir être considérée comme un facteur pertinent appelant un ajustement de la ligne d'équidistance, une concavité devait être située dans le secteur à délimiter.

32. Il existe une autre différence importante entre les affaires de 1969 et la présente espèce. Du fait de la jonction d'instances, la Cour disposait des conclusions des deux Etats côtiers adjacents, les Pays-Bas et le Danemark. Dans la présente espèce, en revanche, elle ne dispose pas de celles de la Tanzanie, qui n'est pas partie au différend et dont la «concavité» ne se trouve pas dans le secteur à délimiter.

33. En résumé, l'arrêt rendu par la Cour dans les affaires de 1969 ne saurait confirmer l'idée que, dans un processus de délimitation maritime, il est possible de tenir compte d'une concavité ne faisant pas partie du secteur à délimiter au seul motif qu'elle relève d'un supposé «contexte géographique plus large». La «situation unique» à laquelle la Cour s'est référée dans ce précédent ne change donc rien au fait que, pour pouvoir être considérée comme un facteur pertinent justifiant un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire, la concavité doit être située dans la zone à délimiter.

LE STATUT DE L'ARRANGEMENT CONVENTIONNEL DE 1927/1933

34. La question se pose de savoir si la Cour a interprété et appliqué l'arrangement conventionnel de 1927/1933. Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner les paragraphes de l'arrêt visés ci-après. Au paragraphe 109, la Cour précise que, «[a]u vu de ce qui précède, [elle] considère donc qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si l'arrangement conventionnel de 1927/1933 avait pour objet de délimiter la frontière dans la mer territoriale».

Le paragraphe 118 est ainsi libellé :

«La Cour note que la ligne médiane tracée ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 117 correspond de très près à une ligne «perpendiculaire à l'orientation générale de la côte», à supposer que l'arrangement conventionnel de 1927/1933 ait eu pour objet, par l'emploi de cette formule, de

¹⁶ 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. 19, par. 11.

tive to draw a line that continues into the territorial sea, a question that the Court need not decide (see paragraph 109 above)."

Paragraph 214 (2) reads as follows:

"[The Court] . . . [*d*]ecides that the starting-point of the single maritime boundary delimiting the respective maritime areas between the Federal Republic of Somalia and the Republic of Kenya is the intersection of the straight line extending from the final permanent boundary beacon (PB 29) at right angles to the general direction of the coast with the low-water line, at the point with co-ordinates 1° 39' 44.0" S and 41° 33' 34.4" E (WGS 84)[.]"

35. An examination of paragraphs 109 and 118 reveals that the Court has interpreted the treaty arrangement. The Court could not have concluded that there was a close correspondence between the median line as described in paragraph 117 and the course of a line "at right angles to the general trend of the coastline" without examining and interpreting that phrase, which is to be found in the 1927/1933 treaty arrangement. However, it might also be argued that, in this paragraph, the Court has not only interpreted the colonial treaty but also applied it. This is not a view that I share, but it cannot be ruled out of consideration. My own position is that paragraph 214 (2) of the *dispositif* confirms that the Court has not applied the 1927/1933 treaty arrangement because the starting-point identified — "the intersection of the straight line extending from the final permanent boundary beacon (PB 29) at right angles to the general direction of the coast with the low-water line", — is not the starting-point set out in the 1927/1933 treaty arrangement. This paragraph of the *dispositif* does not use the phrase "at right angles to the general trend of the coastline", which is to be found in paragraph 118, and placed in quotation marks to indicate that it is taken from the 1927/1933 treaty arrangement. This paragraph, in its reference to the low-water line as the starting-point of the boundary, reflects Article 5 of the Convention, which is the applicable law for the Parties, since both States are parties to that Convention. Although it may be said that the formulation of this paragraph is influenced by the 1927/1933 treaty arrangement, it cannot be concluded, that in determining the starting-point the Court has applied the 1927/1933 treaty arrangement.

36. An interesting feature of this case is that although the part of this Judgment relating to the territorial sea is replete with references to the 1927/1933 treaty arrangement, and although the Court has quite plainly interpreted that treaty, there is nothing that explains how the Court is in a position to take cognizance of this treaty.

37. The dispute brought before the Court relates to differences between Somalia and Kenya. The 1927/1933 treaty arrangement relates to treaties between Italy and United Kingdom. By what legal theory or jurisprudential principle does the Court have the power to interpret the treaties between Italy and the United Kingdom? The Judgment does not explain

tracer une ligne se prolongeant dans la mer territoriale, question que la Cour n'a pas à trancher (voir paragraphe 109 ci-dessus).»

Le point 2 du dispositif se lit comme suit :

«[La Cour] ... [d]écide que le point de départ de la frontière maritime unique délimitant les espaces maritimes respectifs de la République fédérale de Somalie et de la République du Kenya est situé à l'intersection de la ligne droite partant de la dernière borne frontière permanente (BP 29) à angle droit de la direction générale de la côte avec la laisse de basse mer, au point de coordonnées 1° 39' 44,0" de latitude [S]ud et 41° 33' 34,4" de longitude [E]st (WGS 84)[.]»

35. Il ressort d'une analyse des paragraphes 109 et 118 de l'arrêt que la Cour a interprété l'arrangement conventionnel de 1927/1933. En effet, celle-ci n'aurait pas pu conclure à l'existence d'une correspondance étroite entre la ligne médiane telle que décrite au paragraphe 117 et une ligne «perpendiculaire à l'orientation générale de la côte» sans avoir examiné et interprété cette expression, qui figure dans ledit arrangement. On pourrait toutefois aussi soutenir — bien que tel ne soit pas mon point de vue, cette hypothèse ne saurait être écartée — que, dans ce paragraphe, la Cour ne s'est pas contentée d'interpréter l'accord colonial mais l'a également appliqué. J'estime, pour ma part, que le point 2 du dispositif confirme que la Cour n'a pas appliqué l'arrangement conventionnel de 1927/1933 car le point de départ établi dans l'arrêt — «l'intersection de la ligne droite partant de la dernière borne frontière permanente (BP 29) à angle droit de la direction générale de la côte avec la laisse de basse mer» — n'est pas celui fixé dans ledit arrangement. Ce point du dispositif n'emploie pas la formule «perpendiculaire à l'orientation générale de la côte», qui figure au paragraphe 118 entre guillemets, pour indiquer qu'elle est tirée de l'arrangement conventionnel de 1927/1933. Il renvoie, par la référence qu'il fait à la laisse de basse mer comme point de départ de la frontière, à l'article 5 de la convention, qui constitue le droit applicable en la présente espèce, les deux Parties y ayant adhéré. S'il est permis de considérer que le libellé de ce paragraphe est influencé par l'arrangement conventionnel de 1927/1933, on ne saurait toutefois en conclure que la Cour a appliqué cet accord pour déterminer le point de départ de la frontière.

36. Dans la présente affaire, il est intéressant de relever que, bien que la Cour se soit abondamment référée, dans le volet de l'arrêt relatif à la mer territoriale, à l'arrangement conventionnel de 1927/1933, et qu'elle ait manifestement interprété celui-ci, rien n'explique en quoi elle était en mesure d'en tenir compte.

37. Le différend dont a été saisie la Cour porte sur des divergences entre la Somalie et le Kenya. L'arrangement conventionnel de 1927/1933 concerne des accords coloniaux conclus entre l'Italie et le Royaume-Uni. De quelle théorie juridique ou de quel principe jurisprudentiel la Cour tient-elle le pouvoir d'interpréter ces instruments? L'arrêt ne précise pas

how, in the absence of the Parties conferring jurisdiction on it in respect of the colonial treaties, the Court takes cognizance of these treaties. There must be an explanation as to how the colonial treaties between Italy and the United Kingdom become relevant to the dispute between Somalia and Kenya. It cannot even be maintained that there is a link between the treaty arrangement and the dispute on the basis that both cover the same geographical area, because the treaties establish a land boundary while the dispute between the Parties relates to the sea. However, even if both the treaties and the dispute covered the same geographical area, that would not provide a sufficient link with Somalia and Kenya — States that were not parties to the 1927/1933 treaty arrangement. Indeed, in relation to Somalia and Kenya, the treaty is *res inter alios acta*. The closest that the Judgment comes to discussing the relationship between the 1927/1933 treaty arrangement and the dispute is in paragraph 32. In that paragraph, after outlining the various instruments described as the 1927/1933 treaty arrangement between Italy and the United Kingdom, there is a terse reference to Somalia and Kenya gaining their independence in 1960 and 1963 respectively. However, no link is made between the colonial treaties and the attainment of independence between Somalia and Kenya.

38. There was adopted in 1978 the United Nations Convention on Succession of States in respect of Treaties (hereinafter referred to as the “1978 Vienna Convention”). It defines a succession of States as “the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory”.

39. The 1978 Vienna Convention required ratification by 15 States to enter into force. Following its adoption, the treaty took 18 years to enter into force and today, 43 years after its adoption, it only has 23 States parties or about 12 per cent of the membership of the United Nations. Obviously it has not gained any significant support. The reason is explained below.

40. By virtue of that Convention a newly independent State begins its life free from any obligation to continue or maintain the treaties of its predecessor, but with an entitlement to continue or maintain those treaties if it so wishes. This principle is reflected in Article 16 which provides that “[a] newly independent State is not bound to maintain in force, or to become a party to, any treaty by reason only of the fact that at the date of the succession of States the treaty was in force in respect of the territory to which the succession of States relates”. In my view, the provision is protective of the sovereignty of the newly independent States because it does not impose an obligation on them to continue the treaties of a predecessor State and at the same time it leaves those States with an entitlement to continue those treaties if they wish.

41. Notwithstanding the apparent potential of Article 16 to attract newly independent States to ratify the 1978 Convention, only few have done so. In the Caribbean, for example, only Dominica and Saint Vincent and the Grenadines are parties and from Africa only Egypt, Ethio-

sur quelle base la Cour peut en tenir compte, alors même que les Parties ne lui ont pas conféré compétence à leur égard. On comprend mal comment les accords coloniaux conclus entre l'Italie et le Royaume-Uni ont pu être jugés pertinents aux fins du différend opposant la Somalie au Kenya. Il ne saurait être soutenu qu'il existe un lien entre l'arrangement conventionnel et le différend au motif que tous deux porteraient sur la même zone géographique, puisque l'arrangement a établi une frontière terrestre et le présent différend entre les Parties se rapporte, quant à lui, à la délimitation maritime. De plus, quand bien même la zone géographique en question serait la même, le lien avec la Somalie et le Kenya serait encore insuffisant, puisque ces deux Etats n'étaient pas parties à l'arrangement conventionnel de 1927/1933. De fait, celui-ci est *res inter alios acta* à leur égard. Seul le paragraphe 32 de l'arrêt aurait pu augurer un examen du rapport entre l'arrangement conventionnel et le différend. La Cour, après avoir présenté les différents instruments constituant l'arrangement conventionnel de 1927/1933 entre l'Italie et le Royaume-Uni, y rappelle sommairement que la Somalie et le Kenya ont obtenu leur indépendance en 1960 et en 1963, respectivement. Aucun lien n'est toutefois établi entre ces accords coloniaux et l'accession à l'indépendance de chacun des deux Etats.

38. En 1978 a été adoptée la convention des Nations Unies sur la succession d'Etats en matière de traités (ci-après désignée la «convention de Vienne de 1978»), qui définit la succession d'Etats comme «la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire».

39. La convention de Vienne de 1978 devait être ratifiée par 15 Etats pour entrer en vigueur. Il a fallu attendre 18 ans, après son adoption, pour que cela soit fait. Aujourd'hui, 43 ans plus tard, la convention ne compte que 23 Etats parties, soit à peu près 12% des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies. A l'évidence, elle n'a guère suscité d'engouement, et la raison en sera expliquée ci-après.

40. Au regard de la convention, un Etat nouvellement indépendant n'a pas l'obligation d'assurer le maintien ou la continuité des traités conclus par son prédécesseur, bien qu'il soit en droit de le faire s'il le souhaite. Ce principe trouve son expression à l'article 16, qui dispose qu'«[u]n Etat nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait qu'à la date de la succession d'Etats le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats». Cette disposition protège, selon moi, la souveraineté des Etats nouvellement indépendants, puisqu'elle ne leur impose pas l'obligation de maintenir en vigueur les traités conclus par un Etat prédécesseur, tout en leur laissant la possibilité de le faire si tel est leur souhait.

41. Si l'on pouvait croire que l'article 16 inciterait des Etats nouvellement indépendants à ratifier la convention de 1978, ils sont cependant peu nombreux à l'avoir fait. Ainsi, dans les Caraïbes, seuls Dominique et Saint-Vincent-et-les Grenadines y sont parties; en Afrique, les seuls Etats à

pia, Liberia, Morocco, Seychelles and Tunisia are parties. Somalia and Kenya are not parties. There is obviously a strong antipathy to this Convention on the part of the vast number of developing countries that became independent after 1960. The overriding reason for this opposition is Article 11 which provides that “[a] succession of States does not as such affect: (a) a boundary established by a treaty; or (b) obligations and rights established by a treaty and relating to the regime of a boundary”. Therefore, to the extent that the 1927 Agreement established a boundary, that boundary is not affected as such by the succession of States that took place on the independence of Somalia and Kenya. The significance of the phrase “as such” is that — as the International Law Commission’s Commentary indicates — Article 11 “relate[s] exclusively to the effect of the succession of States on the boundary settlement”, “leav[ing] untouched any other ground of claiming the revision [of the treaty] or setting aside of the boundary settlement, whether self-determination or the invalidity or termination of the treaty”¹⁷. In my view, the 1927/1933 treaty arrangement did not establish a boundary in the territorial sea.

42. Article 11 of the 1978 Vienna Convention provides for an exception to the general rule in Article 16 that a newly independent State is not bound to maintain the treaties of its predecessor, but may do so if it wishes. Newly independent States did not wish to bind themselves to a treaty that obligated them to maintain boundaries established by their predecessor States. Nonetheless the Organization of African Unity adopted a resolution in 1964 that its members would “respect the borders existing on their achievement of national independence”¹⁸, and many argue that there is a customary rule of international law requiring respect for such borders.

43. The Judgment does not determine whether the 1927/1933 treaty arrangement establishes a boundary in the territorial sea. It is patent that the Judgment seeks to adopt an approach that would arrive at a conclusion about the delimitation of the territorial sea without any reference to the colonial treaties. Nonetheless, as is evident in paragraphs 109 and 118, the Judgment does not seem capable of escaping references to those treaties.

44. If the jurisprudential basis for the Court’s interpretation of the treaty arrangement is not the principle of a succession of States, reflected in the 1978 Vienna Convention, then in my view, it must be that the colonial treaties between Italy and the United Kingdom become relevant to

¹⁷ *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, Vol. II, Part One, Commentary on Articles 11 and 12, p. 201, para. 17.

¹⁸ Organization of African Unity, Assembly of the Heads of State and Government, First Ordinary Session, Cairo, 17-21 July 1964, AHG/Res. 16 (I) of 21 July 1964, “Border Disputes among African States”.

avoir adhéré à la convention sont l'Égypte, l'Éthiopie, le Libéria, le Maroc, les Seychelles et la Tunisie. La Somalie et le Kenya n'en ont rien fait. De toute évidence, une large majorité des Etats en développement qui ont accédé à l'indépendance après 1960 répugnent à devenir partie à cet instrument, réticence qui s'explique avant tout par son article 11, aux termes duquel «[u]ne succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle: a) à une frontière établie par un traité; ni b) aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière». Par conséquent, dans la mesure où l'accord de 1927 fixait une frontière, la succession d'Etats qui a eu lieu lors de l'accession à l'indépendance de la Somalie et du Kenya ne porte pas atteinte, en tant que telle, à cette frontière. L'expression «en tant que telle» signifie que, comme l'indique la Commission du droit international dans son commentaire, l'article 11 porte «exclusivement sur les effets de la succession d'Etats à l'égard du règlement de frontière»; cette disposition «n'influerait en rien sur un autre motif qui pourrait être invoqué pour réclamer la révision [d'un traité] ou le rejet d'un règlement de frontière, qu'il s'agisse de l'autodétermination ou de la nullité ou de l'extinction du traité»¹⁷. Selon moi, l'arrangement conventionnel de 1927/1933 n'a pas établi de frontière dans la mer territoriale.

42. L'article 11 de la convention de Vienne de 1978 vient nuancer la règle générale énoncée à l'article 16 selon laquelle un Etat nouvellement indépendant n'est pas tenu — bien qu'il puisse le faire, s'il le souhaite — de maintenir en vigueur les traités conclus par son prédécesseur. Les Etats nouvellement indépendants n'entendaient pas être liés par un traité qui leur imposerait de conserver les frontières maritimes établies par l'Etat prédécesseur. Cela dit, l'Organisation de l'unité africaine a, en 1964, adopté une résolution par laquelle ses membres s'engageaient à «respecter les frontières existant au moment où ils [avaie]nt accédé à l'indépendance»¹⁸, et nombreux sont ceux qui affirment qu'une règle coutumière du droit international impose le respect de ces frontières.

43. La question de savoir si l'arrangement conventionnel de 1927/1933 avait établi une frontière dans la mer territoriale n'a pas été tranchée dans l'arrêt. La Cour a manifestement cherché à adopter une démarche qui lui permettrait de se prononcer sur la délimitation de la mer territoriale sans avoir à se référer aux accords coloniaux. Néanmoins, comme cela ressort des paragraphes 109 et 118 de l'arrêt, elle n'a, semble-t-il, pas pu s'en abstenir.

44. S'agissant du fondement jurisprudentiel de son interprétation de l'arrangement conventionnel, si ce n'est pas sur la base du principe d'une succession d'Etats, qui trouve son expression dans la convention de Vienne de 1978, c'est nécessairement, selon moi, sur celle du droit à

¹⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol. II, première partie, commentaire des articles 11 et 12, p. 207, par. 17.

¹⁸ Organisation de l'unité africaine, Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, première session ordinaire, Le Caire, 17-21 juillet 1964, AHG/Res. 16 (I) du 21 juillet 1964, «Litiges entre Etats africains au sujet des frontières».

the Court's adjudication in the dispute between Somalia and Kenya on the basis of the right to self-determination. When Somalia became independent in 1960, it assumed sovereignty over territory in respect of which Italy formerly exercised sovereignty; in particular, it assumed responsibility for the conduct of foreign relations in respect of that territory. Similarly, when Kenya became independent in 1963, it assumed sovereignty over territory in respect of which the United Kingdom formerly exercised sovereignty; in particular it assumed responsibility for the conduct of foreign relations in respect of that territory. The right to self-determination reflected in resolution 1514 (XV) of the United Nations General Assembly, enables both Somalia and Kenya to determine the conduct of their foreign relations, including whether to maintain the treaties entered into by Italy and the United Kingdom in respect of the territory over which they now exercise sovereignty. This is confirmed by Article 2 of resolution 1514 (XV) which provides that "[a]ll peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development". The right to self-determination¹⁹ as reflected in resolution 1514 (XV) was already a rule of customary international law at the time of the independence of Somalia and Kenya.

45. In response to a question by a Member of the Court, Somalia stated that "[n]either [it] nor Kenya, since their independence and at all times thereafter, has ever claimed that the maritime boundary in the territorial sea follows a line perpendicular to the coast at Dar es Salaam, for any distance". It further added that neither Party accepted nor argued for the 1927 Agreement as binding on them in regard to a maritime boundary, for any distance. In exercise of their sovereignty and independence Somalia and Kenya had the right to determine their relationship with the colonial treaties, that is, whether they accepted or rejected them. These two statements by Somalia, indicating the Parties' non-reliance and non-acceptance of the colonial treaties, classically reflect the exercise of the right to self-determination by newly independent States. Consequently, those treaties are inapplicable in the determination of the maritime dispute between Somalia and Kenya. Since those treaties did not establish a boundary in the territorial sea, the question whether there is an obligation under customary international law to respect boundaries that existed at independence does not arise.

¹⁹ *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019 (I)*, separate opinion of Judge Patrick Robinson, p. 294.

l'autodétermination que la Cour a considéré que les accords coloniaux conclus entre l'Italie et le Royaume-Uni étaient pertinents aux fins du règlement du différend opposant la Somalie au Kenya. Lorsqu'elle a accédé à l'indépendance en 1960, la Somalie a acquis la souveraineté sur un territoire à l'égard duquel l'Italie exerçait auparavant la sienne, devenant, en particulier, responsable de la conduite des relations extérieures relativement à ce territoire. De même, le Kenya, au moment de son accession à l'indépendance en 1963, a acquis la souveraineté sur un territoire qui relevait jusqu'alors de celle du Royaume-Uni, devenant lui aussi, de ce fait, responsable de la conduite des relations extérieures à l'égard de ce territoire. Le droit à l'autodétermination, consacré par la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, permet aux deux Etats de décider de la conduite de leurs affaires étrangères, et notamment de la question du maintien en vigueur des accords conclus entre l'Italie et le Royaume-Uni, à l'égard du territoire sur lequel chacun d'eux exerce maintenant sa souveraineté. Cela est confirmé par l'article 2 de la résolution précitée, qui dispose que «[t]ous les peuples ont le droit de libre détermination; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel». Le droit à l'autodétermination¹⁹, tel qu'il est énoncé dans la résolution 1514 (XV), constituait déjà une règle de droit international coutumier lors de l'accession de la Somalie et du Kenya à l'indépendance.

45. En réponse à une question posée par un membre de la Cour, la Somalie a précisé que «[n]i [elle] ni le Kenya n'[avaie]nt jamais, depuis leur indépendance et à un quelconque moment par la suite, prétendu que la frontière maritime dans la mer territoriale sui[va]it une ligne perpendiculaire à la côte à Dar es-Salam, sur quelque distance que ce [fût]». Elle a ajouté que ni l'une ni l'autre des Parties n'admettaient ni ne soutenaient que l'accord de 1927 les liait en ce qui concerne la frontière maritime, sur quelque distance que ce fût. Dans l'exercice de leur souveraineté et de leur indépendance, la Somalie et le Kenya avaient le droit de déterminer le traitement qu'ils entendaient réserver aux accords coloniaux, c'est-à-dire de décider de les accepter ou de les rejeter. Ces deux déclarations de la Somalie, qui indiquent que les Parties ne se sont pas fondées sur ces accords et ne les ont pas reconnus, sont l'expression classique de l'exercice du droit à l'autodétermination par des Etats nouvellement indépendants. Les accords en question étaient dès lors inapplicables aux fins du règlement du différend maritime entre la Somalie et le Kenya. Etant donné qu'ils n'ont pas établi de frontière dans la mer territoriale, la question de savoir s'il existait une obligation de droit international coutumier imposant de respecter les frontières en vigueur lors de l'indépendance ne se posait pas.

¹⁹ *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2019 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Patrick Robinson, p. 294.

ACQUIESCENCE

46. Acquiescence, like the kindred concept of estoppel, owes its place in international law primarily to Anglo-American law. In international law, acquiescence applies to cases where, although a State's consent has not been expressly given to a course of conduct by another State, an inference may be drawn that the State's silence denotes its consent to that conduct, that is, its agreement with that conduct. Thus, the primary task in acquiescence is to determine the circumstances in which it is permissible to infer from a State's silence its consent or agreement with the conduct of another State. In that regard, an essential evidentiary requirement for acquiescence to apply is that the inference of State consent from its silence may only be drawn if the circumstances are such that a response is called for. This is the most important element in the law of acquiescence.

47. It is settled that for acquiescence to apply there must be an examination of the conduct of the State claiming acquiescence to determine whether it is clear and consistent and, as a consequence, calls for a response from the alleged acquiescing State. Thus, the initial focus is on the conduct of the State claiming acquiescence with a view to deciding whether it calls for a response from the alleged acquiescing State.

48. Kenya captures very well the meaning of acquiescence in paragraph 210 of its Counter-Memorial when it argued that "the absence of protest when a response is called for constitutes acquiescence". Kenya is correct. That is the law. Kenya's submission reflects the requirement that it is only when a response is called for to the conduct of the State claiming acquiescence and that response is not forthcoming, that an inference may be drawn that silence signifies consent with the conduct of the State claiming acquiescence. It is true that in its pleadings Kenya examines the conduct of the alleged acquiescing State, Somalia, but it carries out this examination on the basis that, in its view, its own conduct called for a response from Somalia — a response that, it maintains, was not given. Thus, in paragraph 208 of its Counter-Memorial, Kenya alludes to the Kenyan proclamations of 1979 and 2005, arguing that they clearly and unambiguously reflected Kenya's position on a maritime boundary with Somalia at a parallel of latitude. Kenya submits that Somalia was aware of these proclamations and, if it had an objection, it should have protested. But Kenya's position is not that it is necessary *ab initio* to examine Somalia's conduct to determine whether there has been acquiescence. Rather, its position, consistent with its submission that the absence of protest when a reaction is called for constitutes acquiescence, is that its own conduct, such as the issuance of the proclamations of 1979 and 2005, required a response from Somalia and, since that was not forthcoming, Somalia's silence may be taken to signify its consent or agreement with its conduct. Thus, every submission made by Kenya that an examination of Somalia's conduct shows that Somalia failed to protest when a response was called for must be considered against the background of its main proposition that its own conduct was clear and consistent, and therefore

ACQUIESCEMENT

46. L'acquiescement — comme la notion proche d'*estoppel* — doit essentiellement au droit anglo-américain la place qu'il occupe dans le droit international. En droit international, l'acquiescement s'applique aux situations dans lesquelles un Etat n'a pas expressément consenti au comportement d'un autre Etat, mais dont le silence permet de déduire son consentement, ou son accord, à ce comportement. Ainsi, en matière d'acquiescement, il convient, en premier lieu, de déterminer les circonstances qui justifient de procéder à une telle déduction. A cet égard, l'existence d'un acquiescement est soumise à une condition essentielle : on ne peut déduire le consentement d'un Etat de son silence que s'il est établi que les circonstances exigeaient une réponse de sa part. C'est là l'élément essentiel du droit relatif à l'acquiescement.

47. Il est constant que, pour que l'acquiescement s'applique, il y a lieu de déterminer si le comportement de l'Etat qui s'en prévaut est clair et constant et, partant, appelle une réponse de la part de l'Etat supposé acquiescer. C'est donc au comportement de l'Etat invoquant l'acquiescement que doit s'attacher l'examen initial, et ce, en vue d'établir si ce comportement exige une réponse de la part de l'autre l'Etat.

48. Le Kenya saisit fort bien le sens de l'acquiescement, lorsqu'il affirme, au paragraphe 210 de son contre-mémoire, que « l'absence de protestation, lorsque les circonstances appellent une réaction, vaut acquiescement ». C'est bien ce que dit le droit. Par ces mots, le Kenya exprime le fait que, pour pouvoir considérer que l'absence de réponse vaut consentement, il faut que le comportement de l'Etat invoquant l'acquiescement appelle une réponse. Si le Kenya a bien, dans ses écritures et plaidoiries, analysé le comportement de l'Etat supposé avoir acquiescé, soit la Somalie, il s'est cependant livré à cet examen en partant du principe que son propre comportement appelait une réponse de la part de celle-ci, réponse qui, soutient-il, n'a pas été donnée. Au paragraphe 208 de son contre-mémoire, il fait ainsi allusion à ses proclamations de 1979 et 2005, lesquelles reflétaient, selon lui, clairement et sans ambiguïté sa revendication d'une frontière maritime avec la Somalie suivant un parallèle. Il soutient que cette dernière avait connaissance de ces proclamations et que, si elle avait des objections à formuler, elle aurait dû protester. Le Kenya ne prétend pas qu'il soit *ab initio* nécessaire d'examiner le comportement de la Somalie pour déterminer s'il y a eu acquiescement. En réalité, sa position, conforme à l'argument selon lequel, lorsque les circonstances appellent une réaction, l'absence de protestation vaut acquiescement, consiste à dire que son propre comportement, notamment la promulgation des proclamations de 1979 et de 2005, exigeait une réponse, et que le fait que la Somalie n'en ait pas donné peut être interprété comme un consentement ou un accord à ce comportement. L'affirmation du Kenya selon laquelle un examen du comportement de la Somalie montre que celle-ci n'a pas protesté, alors que les circonstances exigeaient une réaction de sa part, doit donc être systématiquement examinée à l'aune de sa thèse principale, à savoir que son propre

called for a response from Somalia. In other words, Kenya's own position is that an examination of Somalia's conduct is consequential and dependent on a finding that a response was called for from Somalia — a position that is wholly consistent with the law of acquiescence. In this regard, the Court appears to have misinterpreted Kenya's position.

49. Kenya's proposition that the absence of protest when a response is called for constitutes acquiescence is consistent with the case law of the Court. In *Pedra Branca* the Court found that "silence may also speak, but only if the conduct of the other State calls for a response"²⁰. Here the Court reflects the strong evidentiary requirement, implicit in the words "only if", that an inference of consent may only be drawn if the conduct of the State claiming acquiescence calls for a response. It may be observed that this strong evidentiary requirement is consistent with the substantive law that the evidence of acquiescence must be compelling.

50. There is an inherent conflict between the Court's finding in paragraph 71 and its finding in paragraph 72. After examining the conduct of Kenya, the Judgment concludes in paragraph 71 "that Kenya has not consistently maintained its claim that the parallel of latitude constitutes the single maritime boundary with Somalia". In effect the Court concluded that, by virtue of the inconsistency of Kenya's conduct, no response was called for by Somalia; consequently, the Court should have dismissed the claim. There was no need to move on to determine whether Somalia clearly and consistently accepted a maritime boundary at the parallel of latitude (para. 72); to do so undermines the earlier finding that Kenya's conduct was not consistent and, consequently, no response was called for by Somalia. The conflict between paragraphs 71 and 72 is evident because, if Kenya did not consistently maintain its claim, it would be impossible to identify with any certainty what Somalia could clearly and consistently have acquiesced to. This explains why the most important aspect of the law on acquiescence is an examination of the conduct of the State claiming acquiescence to determine whether that conduct requires a response. In particular the Court's approach flies in the face of the finding in paragraph 71 that "it was reasonable for Somalia to understand that its maritime boundary with Kenya in the territorial sea, in the exclusive economic zone and on the continental shelf would be established by an agreement to be negotiated and concluded in the future". If it is reasonable for Somalia to have this understanding, it is difficult to appreciate why the Court would go on to examine whether Somalia clearly and consistently accepted a maritime boundary at the parallel of latitude. This is so because the Court could only have made this finding on the basis that it had rejected Kenya's claim of Somalia's acquiescence to a boundary

²⁰ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 51, para. 121.

comportement était clair et constant, et appelait par conséquent une réponse de la Somalie. Ainsi, la position du défendeur revient à dire que l'examen du comportement du demandeur résulte et dépend de la conclusion selon laquelle une réponse était attendue de ce dernier, ce qui est totalement conforme au droit relatif à l'acquiescement. A cet égard, la Cour semble avoir mal interprété la position du Kenya.

49. La thèse du Kenya selon laquelle, lorsqu'une réponse s'impose, l'absence de protestation vaut acquiescement est conforme à la jurisprudence de la Cour. En l'affaire relative à *Pedra Branca*, celle-ci a jugé qu'«un silence p[ouvai]t aussi être éloquent, mais seulement si le comportement de l'autre Etat appell[ait] une réponse»²⁰. Cet énoncé exprime le critère strict applicable en matière de preuve, qui ressort implicitement de l'expression «seulement si», selon lequel on ne peut déduire le consentement que si le comportement de l'Etat qui l'invoque appelle une réponse. L'on observera que cette stricte exigence est conforme au droit matériel, au titre duquel l'acquiescement doit être établi par des éléments de preuve convaincants.

50. Les conclusions énoncées, respectivement, aux paragraphes 71 et 72 de l'arrêt sont fondamentalement contradictoires. Après avoir examiné le comportement du défendeur, la Cour juge, au paragraphe 71, «que le Kenya n'a pas maintenu de façon constante sa prétention selon laquelle le parallèle constitu[ait] la frontière maritime unique avec la Somalie». Elle conclut ainsi que, compte tenu du manque de constance du comportement du défendeur, aucune réponse ne s'imposait de la part du demandeur. Elle aurait donc dû rejeter la prétention, et il n'y avait pas lieu pour elle de rechercher ensuite si la Somalie avait accepté de manière claire et constante une frontière maritime longeant le parallèle (par. 72). La Cour, en procédant à cet examen, invalide la conclusion précédemment énoncée selon laquelle le comportement du Kenya, qui a manqué de constance, n'appelait pas de réponse de la Somalie. La contradiction entre les paragraphes 71 et 72 est évidente car, si le défendeur n'a pas maintenu sa prétention de façon constante, il est impossible de déterminer avec un quelconque degré de certitude ce à quoi le demandeur aurait pu acquiescer de manière claire et constante. Cela explique pourquoi l'aspect le plus important du droit régissant l'acquiescement est l'examen du comportement de l'Etat qui s'en prévaut, examen qui vise à déterminer si ce comportement appelle une réponse. Le raisonnement suivi par la Cour contredit en particulier la conclusion formulée au paragraphe 71, à savoir que «la Somalie pouvait raisonnablement penser que sa frontière maritime avec le Kenya dans la mer territoriale, la zone économique exclusive et sur le plateau continental serait établie par un accord qui serait négocié et conclu ultérieurement». On comprend mal pourquoi, si tel était ce que la Somalie pouvait raisonnablement penser, la Cour examinerait ensuite si celle-ci avait accepté de manière claire et constante une frontière mari-

²⁰ *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 51, par. 121.

along a parallel of latitude — all the more reason why an enquiry into Somalia's conduct was unnecessary.

51. Having carried out its examination of Somalia's conduct, the Court concludes that the conduct of Somalia between 1979 and 2014 did not demonstrate "Somalia's clear and consistent acceptance of a maritime boundary at the parallel of latitude" (para. 80). An examination of the logic of this conclusion shows why the Court's approach is questionable. Had the finding been that there was evidence demonstrating Somalia's clear and consistent acceptance of a maritime boundary along a parallel of latitude, it would be impossible to reconcile that finding with the earlier conclusion in paragraph 71 not only that Kenya's conduct did not require a response from Somalia, but also that it was reasonable for Somalia to expect that on the basis of Kenya's conduct its maritime boundary with that State would be established on the basis of agreement.

52. Consequently, I am unable to agree with the Court's conclusion in paragraph 80; after its finding in paragraph 71, the Court should have dismissed Kenya's claim. In my view, it reflects a wrong reading not only of the law, but also of Kenya's own submission. Properly understood, Kenya's own submission proceeds on the basis that the evidentiary hurdle of a required response must first be cleared before undertaking any examination of Somalia's acceptance of a maritime boundary along a parallel of latitude. Since the Court has found that no such response was required the question of an examination of Somalia's conduct does not arise.

(Signed) Patrick L. ROBINSON.

time longeant le parallèle. La Cour ne pouvait en effet conclure ainsi que parce qu'elle avait rejeté l'allégation du Kenya voulant que la Somalie ait acquiescé à une frontière longeant un parallèle, ce qui rendait d'autant plus inutile l'examen du comportement du demandeur.

51. A l'issue de son examen, la Cour a conclu que le comportement de la Somalie entre 1979 et 2014 n'établissait pas que cette dernière «a[vait] accepté de manière claire et constante une frontière maritime longeant le parallèle» (par. 80). La logique de cette conclusion, lorsqu'on l'analyse, montre que le raisonnement de la Cour est contestable. En effet, si celle-ci était parvenue à la conclusion qu'il existait des éléments attestant que la Somalie avait accepté de manière claire et constante une frontière maritime longeant un parallèle, cela aurait été inconciliable avec la conclusion qu'elle avait formulée au paragraphe 71, à savoir que, au vu du comportement du Kenya, la Somalie non seulement n'était nullement tenue de réagir, mais encore pouvait raisonnablement penser que sa frontière maritime avec ce dernier serait établie par voie d'accord.

52. Je ne peux donc souscrire à la conclusion énoncée au paragraphe 80; compte tenu de celle figurant au paragraphe 71, la Cour aurait dû rejeter la prétention du Kenya. Elle a fait, selon moi, une lecture erronée non seulement du droit, mais aussi de l'argument même du défendeur. Correctement interprété, celui-ci repose sur le postulat selon lequel, avant tout examen de la question de savoir si la Somalie a accepté une frontière maritime suivant un parallèle, la preuve doit être rapportée qu'une réaction de sa part s'imposait. La Cour ayant conclu que tel n'était pas le cas, il n'y avait pas lieu d'examiner le comportement de la Somalie.

(Signé) Patrick L. ROBINSON.