

Corrigé  
Corrected

*CR 2021/2*

**International Court  
of Justice**

**Cour internationale  
de Justice**

**THE HAGUE**

**LA HAYE**

**YEAR 2021**

*Public sitting*

*held on Monday 15 March 2021, at 3 p.m., at the Peace Palace,*

*President Donoghue presiding,*

*in the case concerning Maritime Delimitation in the Indian Ocean  
(Somalia v. Kenya)*

---

**VERBATIM RECORD**

---

**ANNÉE 2021**

*Audience publique*

*tenue le lundi 15 mars 2021, à 15 heures, au Palais de la Paix,*

*sous la présidence de Mme Donoghue, présidente,*

*en l'affaire relative à la Délimitation maritime dans l'océan Indien  
(Somalie c. Kenya)*

---

**COMPTE RENDU**

---

*Present:*     President Donoghue  
              Vice-President Gevorgian  
              Judges Tomka  
                      Abraham  
                      Bennouna  
                      Yusuf  
                      Xue  
                      Sebutinde  
                      Bhandari  
                      Robinson  
                      Salam  
                      Iwasawa  
                      Nolte  
Judge *ad hoc* Guillaume  
  
Registrar Gautier

---

*Présents* : Mme Donoghue, présidente  
M. Gevorgian, vice-président  
MM. Tomka  
Abraham  
Bennouna  
Yusuf  
Mmes Xue  
Sebutinde  
MM. Bhandari  
Robinson  
Salam  
Iwasawa  
Nolte, juges  
M. Guillaume, juge *ad hoc*  
M. Gautier, greffier

---

***The Government of Somalia is represented by:***

H.E. Mr. Mahdi Mohammed Gulaid, Deputy Prime Minister of the Federal Republic of Somalia,

*as Agent;*

H.E. Mr. Ali Said Faqi, Ambassador of the Federal Republic of Somalia to the Kingdom of Belgium, the Kingdom of the Netherlands and the Grand Duchy of Luxembourg,

*as Co-Agent;*

Mr. Mohamed Omar Ibrahim, Senior Adviser to the President of the Federal Republic of Somalia,

*as Assistant Deputy Agent;*

Mr. Paul S. Reichler, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the United States Supreme Court and the District of Columbia,

Mr. Alain Pellet, Professor Emeritus of the University Paris Nanterre, former Chairman of the International Law Commission, member of the Institut de droit international,

Mr. Philippe Sands, QC, Professor of International Law, University College London, Barrister, Matrix Chambers, London,

Ms Alina Miron, Professor of International Law, University of Angers,

Mr. Edward Craven, Barrister, Matrix Chambers, London,

*as Counsel and Advocates;*

Mr. Lawrence H. Martin, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the United States Supreme Court, the District of Columbia and the Commonwealth of Massachusetts,

Mr. Yuri Parkhomenko, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, member of the Bar of the District of Columbia,

Mr. Nicholas M. Renzler, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, member of the Bars of the United States Supreme Court, the District of Columbia and the State of New York,

Mr. Benjamin Salas Kantor, Attorney at Law, Foley Hoag LLP, member of the Bar of the Supreme Court of the Republic of Chile,

Mr. Ysam *Soualhi*, Researcher, Centre Jean Bodin (CJB), University of Angers,

*as Counsel;*

H.E. Mr. Abukar Dahir Osman, Permanent Representative of the Federal Republic of Somalia to the United Nations,

Mr. Sulayman Mohamed Mohamoud, Attorney General of the Federal Republic of Somalia,

H.E. Mr. Yusuf Garaad Omar, Special Envoy of the President of the Federal Republic of Somalia for the Red Sea and the Gulf of Aden,

***Le Gouvernement de la Somalie est représenté par :***

S. Exc. M. Mahdi Mohammed Gulaid, vice-premier ministre de la République fédérale de Somalie,

*comme agent ;*

S. Exc. M. Ali Said Faqi, ambassadeur de la République fédérale de Somalie auprès du Royaume de Belgique, du Royaume des Pays-Bas et du Grand-Duché de Luxembourg,

*comme coagent ;*

M. Mohamed Omar Ibrahim, conseiller juridique principal auprès du président de la République fédérale de Somalie,

*comme agent adjoint en second ;*

M. Paul S. Reichler, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et du district de Columbia,

M. Alain Pellet, professeur émérite de l'Université Paris Nanterre, ancien président de la Commission du droit international, membre de l'Institut de droit international,

M. Philippe Sands, QC, professeur de droit international au University College London, avocat, Matrix Chambers (Londres),

Mme Alina Miron, professeur de droit international à l'Université d'Angers,

M. Edward Craven, avocat, Matrix Chambers (Londres),

*comme conseils et avocats ;*

M. Lawrence H. Martin, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, du district de Columbia et du Commonwealth du Massachusetts,

M. Yuri Parkhomenko, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, membre du barreau du district de Columbia,

M. Nicholas M. Renzler, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, membre des barreaux de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, du district de Columbia et de l'Etat de New York,

M. Benjamin Salas Kantor, avocat au cabinet Foley Hoag LLP, membre du barreau de la Cour suprême de la République du Chili,

M. Ysam *Soualhi*, chercheur au Centre Jean Bodin (CJB) de l'Université d'Angers,

*comme conseils ;*

S. Exc. M. Abukar Dahir Osman, représentant permanent de la République fédérale de Somalie auprès de l'Organisation des Nations Unies,

M. Sulayman Mohamed Mohamoud, *Attorney General* de la République fédérale de Somalie,

S. Exc. M. Yusuf Garaad Omar, envoyé spécial du président de la République fédérale de Somalie pour la mer Rouge et le golfe d'Aden,

Mr. Osmani Elmi Guled, Solicitor General of the Federal Republic of Somalia,

Mr. Ahmed Ali Dahir, former Attorney General of the Federal Republic of Somalia,

Mr. Kamil Abdullahi Mohammed, Legal Adviser, Office of the Attorney General of the Federal Republic of Somalia,

Mr. Abdiqani Yasin Mohamed, Personal Assistant of the Deputy Prime Minister of the Federal Republic of Somalia,

*as Advisers;*

Mr. Scott Edmonds, Cartographer, International Mapping,

Ms Vickie Taylor, Cartographer, International Mapping,

*as Technical Advisers.*

M. Osmani Elmi Guled, *Solicitor General* de la République fédérale de Somalie,

M. Ahmed Ali Dahir, ancien *Attorney General* de la République fédérale de Somalie,

M. Kamil Abdullahi Mohammed, conseiller juridique, bureau de l'*Attorney General* de la République fédérale de Somalie,

M. Abdiqani Yasin Mohamed, assistant personnel du vice-premier ministre de la République fédérale de Somalie,

*comme conseillers ;*

M. Scott Edmonds, cartographe, International Mapping,

Mme Vickie Taylor, cartographe, International Mapping,

*comme conseillers techniques.*

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. The Court meets today to begin the oral proceedings in the case concerning *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*. This afternoon, as well as tomorrow afternoon, the Court will hear the oral arguments of Somalia.

\*

Owing to the ongoing concerns and restrictions related to the COVID-19 pandemic, the Court has decided to hold these oral proceedings in a hybrid format, under Article 59, paragraph 2, of its Rules. The Court will continue to fulfil its mission through all of the means at its disposal, pending the normalization of the public health situation.

The Court has taken great care to ensure the smooth conduct of this hybrid hearing, which takes place via the Webex platform. Both Parties were invited to participate in three rounds of technical tests over the course of the past week. The Court is grateful to Somalia for the participation of its delegation in these tests, which were comprehensive and included, for example, tests of the interpretation system and the process for displaying demonstrative exhibits such as PowerPoint slides and maps. However, these tests, while they reduce the risk of technical difficulties, cannot eliminate them. In the event that we experience any such difficulty, such as a loss of audio input from the remote participants, I may have to interrupt the hearing briefly to allow the technical team to solve the problem.

In a hybrid hearing such as this one, all judges are able to view the speaker and any demonstrative exhibits, regardless of whether they are in the Great Hall or joining via video link. I would like to note that the following judges are present with me in the Great Hall of Justice: Vice-President Gevorgian, and Judges Tomka, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Iwasawa and Nolte, while Judges Abraham, Bhandari, Robinson and Salam and Judge *ad hoc* Guillaume are participating by video link. For reasons duly made known to me, Judges Cançado Trindade and Crawford are unable to sit with us in these oral proceedings, either in person or by video link.



For this hybrid hearing, the Registrar informed both Parties that each Party could have up to four representatives present in the Great Hall of Justice at any one time and that the Court would make available, should a Party so desire, an additional room in the Peace Palace from which other members of the delegation could participate via video link. He also informed the Parties that participation via video link would be available to members of each delegation who would not be present in the Peace Palace.

\*

I shall now briefly recall the principal procedural steps in the case.

On 28 August 2014, the Federal Republic of Somalia instituted proceedings against the Republic of Kenya concerning a dispute in relation to “the establishment of the single maritime boundary between Somalia and Kenya in the Indian Ocean delimiting the territorial sea, exclusive economic zone . . . and continental shelf, including the continental shelf beyond 200 nautical miles”.

In order to found the jurisdiction of the Court, Somalia invoked the declarations made, pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court, by Somalia on 11 April 1963 and by Kenya on 19 April 1965.

By an Order of 16 October 2014, the President of the Court fixed 13 July 2015 as the time-limit for the filing of the Memorial of Somalia and 27 May 2016 for the filing of the Counter-Memorial of Kenya. Somalia filed its Memorial within the time-limit so prescribed.

On 7 October 2015, Kenya raised preliminary objections to the jurisdiction of the Court and to the admissibility of the Application. Consequently, by an Order of 9 October 2015, the Court, noting that by virtue of Article 79, paragraph 5, of the Rules of Court, the proceedings on the merits were suspended, fixed 5 February 2016 as the time-limit for the presentation by Somalia of a written statement of its observations and submissions on the preliminary objections of Kenya. Somalia filed such a statement within the time-limit so prescribed, and the case thus became ready for hearing in respect of the preliminary objections.

Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of Kenya, Kenya availed itself of its right under Article 31, paragraph 2, of the Statute to choose a judge *ad hoc*; it chose

Mr. Gilbert Guillaume, who was duly installed in the present case on 19 September 2016 at the opening of the hearings on the preliminary objections raised by Kenya.

Public hearings on the preliminary objections were held from 19 to 23 September 2016. By its Judgment of 2 February 2017, the Court rejected the preliminary objections raised by Kenya and found that it had jurisdiction to entertain the Application and that the Application was admissible.

By an Order dated 2 February 2017, the Court fixed 18 December 2017 as the time-limit for the filing of Kenya's Counter-Memorial. That pleading was filed within the time-limit thus prescribed.

By an Order dated 2 February 2018, the Court authorized the submission of a Reply by Somalia and a Rejoinder by Kenya, and fixed 18 June 2018 and 18 December 2018 as the respective time-limits for the filing of those pleadings. The Reply and Rejoinder were filed within the time-limits thus prescribed.

The Court originally scheduled public hearings on the merits of this case from 9 to 13 September 2019. Following a request from Kenya to postpone the hearings, and taking into account the views expressed by Somalia, the Court decided to reschedule the oral proceedings to the week of 4 November 2019. Subsequently, having considered a request of Kenya to postpone the hearings as well as the views expressed by Somalia, the Court rescheduled the hearings to the week of 8 June 2020. On 18 May 2020— following a request by Kenya for a postponement of the oral proceedings owing to the COVID-19 pandemic, and having considered the views presented by the Parties — the Court decided to reschedule the hearings to the week of 15 March 2021.

By letter dated 28 January 2021 and received in the Registry the same day, the Agent of Kenya, referring to “serious difficulties in preparing for the hearing due to the ongoing global COVID-19 pandemic” and expressing concerns about proceeding with hearings by video link, requested “that the hearing be postponed until such a time as the pandemic conditions would have subsided”. Having considered the arguments presented by the Parties on this request for postponement, the Court decided to maintain the hearings as scheduled in a hybrid format.

By letter dated 22 February 2021 and handed to the Registry on 5 March 2021, the Agent of Kenya informed the Court that his Government wished to file “new documentation and evidence”. He referred to Article 56 of the Rules of Court and provided certain explanations in justification of

the request. Submitted with the Agent's letter were Appendix 1, accompanied by two annexes and 11 exhibits, and Appendix 2, consisting of 8 volumes with 197 annexes. The Agent's letter explained that Volume 1 of Appendix 2 explained "the nature and relevance of the new and additional evidence".

By letter dated 9 March 2021, the Agent of Somalia informed the Court that his Government did not object to the production of the materials that Kenya wished to submit, except for Volume 1 of Appendix 2. With respect to Volume 1 of Appendix 2, Somalia indicated, however, that it would withdraw its objection if it were given the opportunity to respond to it.

The decision of the Court with respect to Kenya's request was duly communicated to the Parties by letters from the Registrar dated 11 March 2021. In the absence of an objection on the part of Somalia, the Court, pursuant to Article 56, paragraph 1, of the Rules of Court, is not required formally to authorize the production of documents that are the subject of Kenya's application, i.e. Appendix 1 and Volumes 2 to 8 of Appendix 2. These documents have been produced by Kenya on that basis. As regards Volume 1 of Appendix 2, the Court decided, having considered the views of the Parties and the particular circumstances of this case, to authorize its production by Kenya, it being understood that Somalia would have the opportunity to comment thereon.

By letter dated 11 March 2021 and received in the Registry on 12 March 2021, the Agent of Kenya informed the Court that his Government would not be participating in the hearings in this case and indicated the reasons for this decision. The Agent requested the opportunity to address the Court orally before the commencement of the hearings. Enclosed with the Agent's letter was a document of approximately 175 pages in length that was described as a "Position Paper", submitted "for consideration by the Judges even as the hearing proceeds without Kenya's participation". During the evening of the same day, Somalia informed the Court that it opposed the two requests made in the letter of the Agent of Kenya that the Registrar had received that morning. Having considered the views of the Parties, the Court decided not to grant either of the two requests made by Kenya. The Agents of the Parties were informed accordingly this morning by letters of the Registrar.

The Court regrets the decision of Kenya not to participate in the oral proceedings. It recalls, however, that the Court has available to it the Counter-Memorial and Rejoinder filed by Kenya, as well as multiple volumes of materials that were produced by Kenya and which, pursuant to the

decision of the Court as communicated to the Parties by the Registrar's letter of 11 March 2021, are part of the case file.

\*

Pursuant to Article 53, paragraph 2, of its Rules, the Court has ascertained the views of the Parties with respect to the question whether the written pleadings and documents annexed would be made accessible to the public. There being no objection by either Party, the Court has decided that copies of the written pleadings and the documents annexed would be made accessible to the public upon the opening of the oral proceedings. Further, in accordance with the Court's practice, the pleadings and documents annexed will be placed on the Court's website from today.

\*

I would now like to welcome the delegation of Somalia. I note that the Agent and three other members of the delegation are present in the Great Hall of Justice, whereas the Co-Agent and other members of the delegation will be participating by video link.

In accordance with the arrangements for the organization of the proceedings which have been decided by the Court, Somalia will have three hours today and an hour and a half tomorrow, Tuesday 16 March 2021, to present its oral arguments. I further note that, as indicated in the Registrar's letter of 11 March 2021, Somalia will have the opportunity, by 10 a.m. on 22 March 2021, to file written comments on the materials that were produced by Kenya.

In this first sitting, Somalia may, if required, avail itself of a short extension beyond 6 p.m., in view of the time taken up by the opening part of these oral proceedings.

I now give the floor to H.E. Mr. Mahdi Mohammed Gulaid, Agent of Somalia. Your Excellency, you have the floor.

Mr. GULOID:

1. *Bismillah al-rahman al-rahim*. Madam President, distinguished Members of the Court, good afternoon. It is an honour and a privilege to represent my country in these proceedings.

2. I come before you today carrying the hopes of the Somali people with me. We have confidently placed matters of utmost national importance in your hands. And we have done so with complete trust in your wisdom and fairness. We have full faith that this Court will decide this dispute with our neighbours — our sisters and brothers — justly, in accordance with international law.

3. Madam President, Members of the Court, it was more than six years ago that Somalia first came to this Court to vindicate its rights under the Law of the Sea Convention<sup>1</sup>. It was not an easy decision. Somalia was — and still is — recovering after decades of grave challenges. We have endured civil war, humanitarian disasters and the scourge of terrorism. But, step by step, Somalia is putting its house back in order. Since 2012, Somalia *has* devoted the bulk of its energies and very limited resources inwards to critical domestic concerns, including rebuilding public institutions and safeguarding the security of our people. While there *is much that* remains ~~much~~ to be done, we have made substantial progress.

4. Rebuilding our house also means tending to our fences with our neighbours. We hoped that it would be possible to settle our dispute with Kenya bilaterally, through negotiations. Unfortunately, that proved impossible. Our respective views were too different and too firmly held. That is why we are here today before you.

5. Unfortunately, some of our brothers and sisters in Kenya appear to misinterpret our actions. There are those who view Somalia's decision to initiate and pursue these proceedings as an unfriendly act. For example, at the time these oral proceedings were initially scheduled to begin, the Majority and Minority Leaders of the Kenyan National Assembly tabled a motion to, among other things, call on the Government of Kenya to

“(d) express[] to the United Nations, the Republic of Kenya’s protest against the assertion of jurisdiction by the International Court of Justice over the maritime boundary conflict between Federal Republic of Somalia and the Republic of Kenya . . .; and,

([e]) explore[] other lawful and constitutional mechanisms for protecting the territory of the Republic, including deploying the Kenya Defence Forces to the subject

---

<sup>1</sup> United Nations Convention of the Law of the Sea concluded at Montego Bay on 10 December 1982 (hereinafter “UNCLOS”, “the Convention” or “the 1982 Convention”). United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 1833 (I), No. 31363.

boundary to undertake the responsibility of protecting the sovereignty and territorial integrity of the Republic”<sup>2</sup>.

6. We understand that passions about border issues are easily inflamed. But the matter of delimitation of the maritime boundary between Somalia and Kenya has been entrusted to the judgment of this most distinguished Court. The Charter of the United Nations compels all Member States to resolve their disputes by peaceful means, including by judicial settlement. By presenting its Application initiating this case, after negotiations failed, Somalia was carrying out an objective of the Charter by seeking judicial settlement of a dispute that the Parties were unable to achieve on their own. And the Court itself confirmed the propriety of Somalia’s recourse to judicial settlement, when it agreed that it had jurisdiction over the case. This is as it should be, Madam President, because only with the Court’s assistance can the impasse be broken, a *just* settlement be found, and legal certainty delivered.

7. We are therefore deeply concerned that Kenya has decided not to appear at these hearings. In Somalia’s view, this is inconsistent with Kenya’s obligations under the Charter, the Statute and Rules of Court and as a party subject to the jurisdiction of the Court in these proceedings. It is also inconsistent with respect for the rule of law. Certainly, Kenya has no grounds to complain about its treatment by the Court. Indeed, in Somalia’s view, the Court has been generous in accommodating Kenya. It granted three requests from Kenya to postpone these hearings, for a total of 18 months. It allowed Kenya to submit more than 4,000 pages of new documents on the eve of these hearings, more than two years after the written proceedings in this case closed. The Court even allowed Kenya to submit a 315-page supplemental legal pleading, which is not contemplated by the Rules, barely ten days before the start of the hearings. Kenya thus has been afforded due process in abundance.

8. Fortunately, its regrettable decision to boycott the oral hearings cannot prevent them from proceeding. Nor can Kenya’s defiance prevent the Court from fulfilling its mission and — after taking account of both Parties’ voluminous submissions, and duly deliberating on them — rendering a final judgment, that is final and binding on both Parties, which establishes a definitive and permanent maritime boundary between our two States.

---

<sup>2</sup> National Assembly of Kenya, Official Report (7 Aug. 2019), p. 8 (Hon. Aden Duale), available at [http://info.mzalendo.com/hansard/sitting/national\\_assembly/2019-08-07-09-30-00](http://info.mzalendo.com/hansard/sitting/national_assembly/2019-08-07-09-30-00).

9. That judgment is critical to Somalia, because it will enable us to secure access to the maritime resources to which the law entitles us — resources that are potentially some of Somalia's most valuable assets. This is vital to ensuring the future stability and prosperity of our nation. Those resources will play a major role in assuring Somalia's continued development in a way that benefits all our people.

10. Madam President, on the merits this case is actually quite straightforward. Both Somalia and Kenya are parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea. The Court has developed a rich jurisprudence interpreting and applying the provisions of the Convention regarding the delimitation of maritime boundaries. In case after case, the Court has applied the three-step method, and it has now become standard practice. This begins with the drawing of an equidistance line from the land boundary terminus. Fortunately, there are no technical, geographical or other impediments to the construction of the equidistance line from that point.

11. The second step of the process is the examination of the coastal geography for relevant circumstances that might warrant an adjustment to the equidistance line. In Somalia's view, there are none. The coastline is entirely regular, without any anomalous features, and there are no offshore features that distort the equidistance line. The final step of the process is to assess whether significant disproportionality results from the equidistance line. As we have shown in our written pleadings, there is none. There is thus no reason to depart from, or adjust, the equidistance line. In Somalia's view, the equidistance line is the equitable solution that the law requires.

12. Kenya, of course, would have it differently. It urges the Court to depart from the approach followed in every recent maritime delimitation case, by adopting, as the boundary, a line that follows a parallel of latitude rather than an equidistance line. Kenya's main argument is that Somalia has acquiesced in such a line. Madam President, Somalia has never agreed or acquiesced that the boundary should follow a parallel of latitude. Our counsel today will elaborate on what Somalia definitively showed in its written pleadings: maritime boundaries cannot, as a matter of law, be established through acquiescence. But even if this were possible under the law, it could not be the case here because the facts demonstrate that Somalia never acquiesced to Kenya's unilateral claim that the boundary was the parallel of latitude.

13. Kenya argues that the Court should adopt the parallel of latitude as the boundary even if Somalia never acquiesced in such a line. To reach this conclusion, Kenya would have the Court dispense with the three-step method. Instead of that standard method, Kenya, in its own words, asks the Court to apply a “‘parallel of latitude’ delimitation methodology”<sup>3</sup>. This is not a methodology that has ever been recognized, let alone applied by the Court, or by any other international court or arbitral tribunal. We cannot help but believe that it has been invented by Kenya; ~~it is made in Kenya~~ for the sole purpose of justifying its claim. It is an obvious contrivance that puts the cart before the horse; it presupposes Kenya’s desired outcome. And it is highly prejudicial to Somalia. As such, it fails to produce an equitable solution, as the law requires.

14. Madam President, Kenya has not only claimed an extensive maritime area on Somalia’s side of the equidistance line but has also sought to exploit it. In particular, Kenya has authorized exploration activities — including seismic testing and drilling a well — in the maritime zone claimed by Somalia. Somalia considers that these activities in a disputed area violate UNCLOS and customary international law. In its written pleadings, Somalia called for full reparation, including compensation, for these violations. But we have come before this Court in a spirit of peace and goodwill, seeking neither vengeance nor retribution. In this spirit, we have decided not to insist on compensation for past violations of our maritime rights.

15. Madam President, Members of the Court, it is now my honour to lay out the organization of Somalia’s presentations. Following me to the podium this afternoon will be Professor Alain Pellet. He will address Kenya’s errors of law on the issue of acquiescence. He will show that it is not possible to establish an international maritime boundary by unilateral action. In the absence of an express agreement or a judicial determination, the establishment of a maritime boundary requires, at very least, tacit agreement. This, Professor Pellet will explain, is an exceedingly high bar to meet and one that cannot be met in the circumstances of this case.

16. Professor Philippe *Sands QC* will then show why the facts do not support a finding that Somalia acquiesced in Kenya’s unilateral declaration of a maritime boundary. The record is replete with contradictions in Kenya’s position, including statements Kenya made in oral hearings before

---

<sup>3</sup> Counter-Memorial of the Republic of Kenya (CMK), para. 342.



the Court more than four years ago. Members of the Court who heard Kenya articulate its preliminary objections in September 2016 will recall that Kenya took the view that the boundary remained to be established, not that it had already been agreed or acquiesced to. The argument that Kenya made before you then is directly at odds with the argument it makes now, that a maritime boundary came into existence by virtue of Somalia's acquiescence.

17. Having shown that Kenya's acquiescence argument must fail, Somalia's counsel will demonstrate why the boundary should be delimited by the Court's standard, three-step method and why, in application of that method, an equidistance line is the equitable solution here. First, Professor Alina Miron will lay out the law applicable to the judicial settlement of maritime boundary disputes, in particular how international courts and tribunals follow the three-step method to achieve the equitable solution mandated by the 1982 Convention. She will show why Kenya has proffered no plausible, let alone sufficient, reason to deviate from that approach in this case.

18. Next, Mr. Paul Reichler will explain how the standard three-step method leads to the conclusion that an equidistance line is the equitable solution here. He will show that the uncomplicated geographical circumstances relevant to this delimitation make the construction of a provisional equidistance line unproblematic, and that there are no relevant circumstances meriting the adjustment of that line. He will also show that the solution produced by the unadjusted equidistance line does not generate any disproportionality. And he will expose the fallacies in Kenya's approach to delimitation of the maritime boundary, and the inequitable result that that approach produces.

19. Finally, Mr. Edward Craven will show how Kenya has violated Somalia's sovereign rights and jurisdiction, and breached its obligations under UNCLOS by authorizing and undertaking unilateral activities on Somalia's side of the equidistance line. That will conclude Somalia's first round.

20. At the conclusion of Mr. Craven's presentation, our Assistant Deputy Agent, Mr. Mohamed Omar, will rise to deliver our closing remarks and read Somalia's final submissions.

21. Madam President, Members of the Court, thank you for your time and courteous attention. I ask ~~now~~ that you *now* invite Professor Pellet to the virtual podium.

The PRESIDENT: I thank the Agent of Somalia. I now give the floor to Professor Alain Pellet. You have the floor.

M. PELLET :

**LES DISTORSIONS AUXQUELLES LE KENYA SOUMET  
LE DROIT DE L'ACQUIESCEMENT**

*Madame la présidente, Mesdames et Messieurs de la Cour, bonjour.*

1. Madame la présidente, le Kenya a voulu transformer ce qui aurait dû n'être qu'une affaire classique de délimitation maritime en une autre, centrée sur l'acquiescement qu'aurait donné la Somalie à l'amputation de 40 % de l'espace maritime lui revenant dans la zone pertinente.

Ce faisant, le Kenya torture passablement les principes juridiques applicables à l'acquiescement — ce que je vais m'employer à montrer dans un premier temps — et il sollicite très abusivement les faits pour les faire correspondre à cette vision, assez singulière, de l'affaire ; Philippe Sands établira tout à l'heure les preuves sur lesquelles le Kenya prétend se fonder, et montrera que ces preuves ne justifient nullement ses revendications.

2. Madame la présidente, pour danser le tango, il faut être deux et les pas des partenaires doivent se refléter et se compléter. Il s'agit de danser *ensemble*, l'un avec l'autre, et non chacun de son côté. Eh bien, il en va de même lorsque l'on prétend fonder une frontière sur un acquiescement, un accord tacite, un *estoppel* ou des effectivités. Dans tous ces cas, la frontière ne sera établie que si la position univoque de l'un des Etats en cause correspond à celle, univoque aussi, de l'autre Etat.

3. C'est à dessein que j'ai utilisé ces quatre expressions en vrac : «acquiescement», «accord tacite», «*estoppel*», et «effectivités» — non pas que je les croie équivalentes, mais le Kenya, pour sa part, les utilise de manière interchangeable dans un flou artistique. En réalité, elles n'ont pas la même «valeur» ni la même «fonction».

4. D'abord, excluons l'*estoppel*. On peut avoir des doutes sur la spécificité, en droit international, de cette notion technique, propre au *common law*. Mais, «[s]ans vouloir entrer ici dans un débat théorique dépassant les limites de [nos] préoccupations actuelles», je me bornerai, comme la chambre de la Cour dans l'affaire du *Golfe du Maine* que je viens de citer, «à relever que, les mêmes faits étant pertinents aussi bien pour l'acquiescement que pour l'*estoppel*, sauf pour ce qui

est de l'existence d'un préjudice, [on] peut considérer les deux notions comme des aspects distincts d'une même institution»<sup>4</sup>. Il en est ainsi, en tout cas, aux fins de l'affaire qui nous intéresse~~nt~~. Et je remarque que, dans les deux cas, l'élément décisif est une «acceptation claire et constante» de la position de l'un des Etats par l'autre<sup>5</sup>. Pour que l'on puisse parler d'«accord tacite», il faut que cette acceptation — cet acquiescement — porte sur des prises de position, elles aussi «claires et constantes» exprimées soit dans des textes exprès dénués d'ambiguïté, soit à travers certains comportements convergents présentant les mêmes caractères et traduisant l'entente des deux Etats — c'est alors qu'interviennent les «effectivités».

5. Madame la présidente, un traité suppose un *negotium* et un *instrumentum*. Il en va de même d'un accord tacite — qui est une sorte de traité, même s'il n'entre pas dans la définition de l'article 2, paragraphe 1 a), de la convention de Vienne. Un tel accord n'existe que si une position commune aux Etats concernés (c'est l'équivalent du *negotium*) s'est clairement manifestée (c'est le succédané de l'*instrumentum*).

6. Or, dans notre affaire, il ne peut faire aucun doute que, faute de traité écrit en bonne et due forme, dont il n'y a évidemment pas trace dans le dossier de notre affaire, la frontière dont nos adversaires se prévalent ne pourrait exister qu'en vertu d'un accord tacite, tel que je viens de le définir, établissant un tracé résultant d'accès ou de comportements du Kenya clairement et constamment accepté par la Somalie.

7. Je rappellerai dans un premier temps qu'en matière de délimitation maritime et, à vrai dire, en matière de délimitation tout court, tout unilatéralisme est exclu — du moins lorsque les intérêts ou les *entitlements* (il n'y a décidément pas d'exact équivalent français...) — lorsque, donc, les *entitlements* d'autres Etats sont en cause (I). J'examinerai ensuite, dans un second temps, les conditions très strictes auxquelles l'existence d'un accord tacite est subordonnée, qu'il s'agisse du comportement de l'Etat qui serait à l'origine de l'accord tacite en question ou du positionnement de l'Etat partenaire (II).

---

<sup>4</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 305, par. 130 ; voir aussi p. 309, par. 145.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 309, par. 145, renvoyant à *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. 26, par. 30 ; voir aussi, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (II), p. 558, par. 158, citant *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303, par. 57.

## I. L'indispensabilité d'un accord

8. Mesdames et Messieurs les juges, en la matière, un accord est d'autant plus indispensable que l'on ne saurait admettre qu'un Etat s'empare de territoires ou de droits souverains appartenant à un autre Etat en l'absence d'accord<sup>6</sup>. Il l'est également parce que, dans le domaine précis qui nous intéresse, la grande règle de toutes les règles est que la délimitation des espaces maritimes «entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée *par voie d'accord* conformément au droit international»<sup>7</sup> Autrement dit, qu'il soit exprès ou tacite, un accord établissant la rencontre des volontés *des deux Etats* concernés est indispensable. La notion d'«accord unilatéral» n'a aucun sens.

9. Comme la Cour l'a relevé dans son arrêt de 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, l'*opinio juris* adhère «depuis l'origine» au principe selon lequel «la délimitation doit être l'objet d'un accord entre les Etats intéressés»<sup>8</sup>. Ce principe, a expliqué la Cour, relève du droit international coutumier<sup>9</sup>. Les articles 15 et, surtout, 74 et 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer l'énoncent fermement et, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la chambre de la Cour y a vu un principe «d'application générale ... valable à l'égard de tous les Etats ainsi que par rapport à toutes sortes de délimitations maritimes»<sup>10</sup>. Ce qui est important, ce n'est pas le caractère écrit ou non du traité établissant la frontière, mais les intentions des parties à cet accord qui, j'y reviendrai, doivent être claires et sans équivoque (c'est vrai aussi pour les accords entraînant un changement du titulaire de la souveraineté territoriale)<sup>11</sup>. Comme y a insisté le TIDM, aucun Etat

---

<sup>6</sup> Voir Commission de conciliation franco-italienne, décision n° 201, 16 mars 1956, *Interprétation et application des dispositions de l'article 78, par. 7, du Traité de paix au territoire éthiopien, Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XIII, p. 647-648 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 131, par. 259.

<sup>7</sup> Voir articles 74 et 83 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

<sup>8</sup> *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. 46, par. 85.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 46-47, par. 85. Voir aussi *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 292-293, par. 90 et p. 299, par. 111.

<sup>10</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 292-293, par. 90 et p. 299, par. 111. Voir aussi *Demande en revision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 218, par. 47 ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 93-94, par. 175 ; *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, par. 380 ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 175-176, par. 92.

<sup>11</sup> Voir par exemple *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 50, par. 120, citant *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961, p. 17 et 31.

«ne saurait arrêter ses limites maritimes de façon unilatérale et ... celles-ci doivent au contraire l'être *par voie d'accord* entre les Etats concernés ou par le recours aux procédures de la partie XV [de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer] si lesdits Etats ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable»<sup>12</sup>.

10. Au détour de certaines phrases de ses écritures, le Kenya s'en est d'ailleurs déclaré d'accord. C'est le cas par exemple dès ses exceptions préliminaires, où il expose que :

«The Parties expressly agreed ... on a negotiated settlement of their maritime boundary. This was consistent with Kenya's legislation requiring delimitation by agreement with Somalia. It was also consistent with the provisions of UNCLOS.»<sup>13</sup>

11. Comme le Kenya le relève dans son invraisemblable document daté du 22 février, c'est lui qui a initié une réunion avec la Somalie, qui s'est tenue à Nairobi les 26 et 27 mars 2014, pour discuter de la frontière maritime sur la base du nouveau différend<sup>14</sup>. Comme l'a fait remarquer avec un grand bon sens la chambre du TIDM dans *Ghana c. Côte d'Ivoire*, «le fait que des négociations et échanges bilatéraux sur la délimitation d'une frontière maritime se soient tenus entre les Parties indique l'absence, plutôt que l'existence, d'une frontière maritime»<sup>15</sup>.

12. Si un accord est indispensable — et il l'est — il n'est dès lors pas douteux qu'«essayer d'établir unilatéralement des limites internationales sans tenir compte de la position juridique d'autres Etats est contraire aux principes reconnus du droit international»<sup>16</sup>. C'est ce qui a conduit le tribunal arbitral constitué dans l'affaire des deux Guinées à refuser de

«prendre en considération une délimitation qui ne résulte pas de négociations ou d'un acte équivalent conformément au droit international. Or, en l'espèce, la prétendue délimitation a été effectuée par un acte juridique relevant du seul pouvoir de la Guinée et susceptible, comme ceux qui ont été pris par cette même Guinée au nord, et à la même période, de faire l'objet de modifications unilatérales»<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, arrêt, TIDM Recueil 2021, par. 271.

<sup>13</sup> Exceptions préliminaires du Kenya (EPK), par. 17 (les italiques sont de moi) ; voir aussi par. 189 ou, par exemple, *Note Verbale* from the Permanent Mission of the Republic of Kenya to the United Nations to H.E. Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, No. 586/14 (24 Oct. 2014). Mémoire de la Somalie (MS), Vol. III, Annex 50. See also: *Note Verbale* from the Ministry of Foreign Affairs of Kenya to the Ministry of Foreign Affairs of the Transitional Federal Government of Somalia, MFA.273/430/001 (26 September 2007, Duplique du Kenya (DK), Annex 9 or *Note Verbale* from the Permanent Mission of the Republic of Kenya to the United Nations to H.E. Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, No. 141/15 (4 May 2015), MS, Vol. III, Annex 51. Voir aussi contre-mémoire du Kenya (CMK), par. 80.

<sup>14</sup> Voir Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 205, se référant à *République fédérale de Somalie, rapport sur la réunion entre la République fédérale de Somalie et la République du Kenya concernant le différend relatif à leur frontière maritime, Nairobi, Kenya, 26-27 mars 2014* (1<sup>er</sup> avril 2014), MS, annexe 24.

<sup>15</sup> *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 243.

<sup>16</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 66, par. 87

<sup>17</sup> Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 183, par. 94.

13. Or, Mesdames et Messieurs les juges, c'est très précisément ce que le Kenya voudrait vous faire décider dans la présente affaire : il vous demande de consacrer le tracé unilatéral prétendument adopté par lui au prétexte du silence (également prétendu) gardé par la Somalie. Ceci revient à remettre en cause le principe fondamental de l'accord (dont, je le rappelle, «[l]e recours à une délimitation par voie arbitrale ou judiciaire n'est, en dernière analyse, qu'un succédané»<sup>18</sup>).

14. C'est que le Kenya est embarrassé par cette exigence d'accord : il est conscient qu'il n'y a pas davantage d'accord tacite que de traité exprès fixant le tracé de la frontière et que les conditions très strictes mises par la jurisprudence à l'existence d'un accord tacite (comme, d'ailleurs à un acquiescement — je vais y revenir) ne sont pas remplies en l'espèce. Du coup, il met la sourdine en ce qui concerne l'existence prétendue d'un accord tacite — dont il s'efforce de parler le moins possible en tant que fondement de sa prétention frontalière — et il insiste presque exclusivement sur quelques comportements unilatéraux qu'il impute à la Somalie et qui constitueraient la preuve de l'«acceptation»<sup>19</sup>, de l'«acquiescement»<sup>20</sup> ou du «consentement»<sup>21</sup> de celle-ci. Autrement dit, il se fonde sur des comportements purement individuels et, toujours, tacites — il ne s'agit que de silences —, comme si ceux-ci pouvaient constituer des justifications autonomes établissant la frontière défendue par nos adversaires.

15. Mais décidément non, Madame la présidente, un acte unilatéral n'est pas un traité (ou un accord — il n'y a pas de différence de nature ; c'est une simple question d'appellation). Comme la Cour l'a souligné dans *Tunisie/Libye*, «essayer d'établir unilatéralement des limites internationales sans tenir compte de la position juridique d'autres États est contraire aux principes reconnus du droit international»<sup>22</sup>.

16. Selon le Kenya, la délimitation de sa frontière maritime avec la Somalie résulterait de ses propres déclarations unilatérales jumelées — ou non — avec le silence prétendument gardé par la Somalie. Je dis «ou non» car il arrive fort souvent que le Kenya se passe même de ce second temps

---

<sup>18</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 266, par. 22, ou p. 299, par. 112.

<sup>19</sup> Voir aussi *supra* par. 4 et *infra* par. 17, 19 et 31.

<sup>20</sup> Voir aussi *supra* par. 1, 3-4, et *infra* par. 28-30 et 32-33.

<sup>21</sup> Voir aussi *infra* par. 28.

<sup>22</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 66, par. 87.

du processus. Ainsi par exemple il n'a pas hésité à affirmer au paragraphe 224 de son contre-mémoire : «The [1979 EEZ] Proclamation<sup>23</sup> was thus both declarative and prescriptive, and entailed rights and obligations for other States.»<sup>24</sup> C'est de l'unilatéralisme à l'état pur et ce n'est pas compatible avec l'exigence d'un accord.

17. Même lorsqu'il l'exprime de manière moins caricaturale, le point de départ de la thèse du Kenya est toujours constitué par ses propres décisions unilatérales. Un exemple parmi d'autres — au paragraphe 206 de son contre-mémoire : «First, in 1979 and again in 2005, Kenya officially *notified other States, including Somalia, that the single line of maritime delimitation with Somalia up to the 200M limit of the EEZ followed the parallel of latitude.*»<sup>25</sup> Le Kenya ne propose pas de procéder à des négociations en vue de délimiter la frontière maritime par voie d'accord ; il informe unilatéralement la communauté internationale du tracé de celle-ci qu'il a seul décidé. Et les exemples de ce genre abondent<sup>26</sup>.

18. La frontière étant établie par les déclarations kenyanes, il appartiendrait aux autres Etats de protester contre ce fait accompli : «Kenya's case is that Somalia had a duty to react if it opposed Kenya's claim, and Somalia's prolonged silence therefore constitutes consent to maritime delimitation based on the parallel line.»<sup>27</sup> Contraire à l'exigence fondamentale de l'accord, cette position du Kenya justifiant la création de frontières maritimes par un ou des actes unilatéraux est juridiquement indéfendable.

19. En postulant une obligation de protester contre une proclamation, le Kenya renverse la présomption bien établie selon laquelle les actes unilatéraux d'un Etat ne créent pas d'obligations pour les tiers. La Commission du droit international l'a rappelé dans ses principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des Etats de 2006 :

«Aucune obligation ne peut résulter pour les autres Etats de la déclaration unilatérale d'un autre Etat. Cependant, le ou les Etats concernés peuvent se

---

<sup>23</sup> Republic of Kenya, Presidential Proclamation of 28 February 1979, MS, vol. III, annexe 19.

<sup>24</sup> DK, vol. I, par. 24 ; voir aussi, par exemple : DK, par. 44 ou Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 247.

<sup>25</sup> Les italiques sont de moi.

<sup>26</sup> Voir, par exemple : CMK, par. 76 et 242 ; ou DK, par. 18, 44 et 56.

<sup>27</sup> DK, par. 2.

trouver engagés par une obligation relative à cette déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont *clairement accepté* une telle déclaration.»<sup>28</sup>

Le silence ne suffit pas ; une manifestation positive d'acceptation est exigée comme le montre, par exemple, l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* dont la chambre de la Cour a rappelé dans *Golfe du Maine* qu'elle ne constituait pas

«un précédent valable. *L'acquiescement* y a joué un rôle, mais pour le lui reconnaître la Cour s'est fondée sur des déclarations expresses du Nicaragua et sur un comportement qui s'était prolongé fort longtemps, ce qui n'est pas le cas en la présente affaire.»<sup>29</sup>

20. On ne peut pas attribuer à la légèreté au silence les effets radicaux que lui attribue le Kenya.

Et cela est tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'abandon ou de transfert de la souveraineté territoriale ou de droits souverains.

21. Certes, comme le Kenya l'a relevé dans sa «duplicata *bis*»<sup>30</sup>, vous avez admis dans *Pedra Branca* qu'un changement du titulaire de la souveraineté pourrait résulter d'un accord tacite «et découler du comportement des Parties» mais vous avez aussitôt souligné que si «[l]e droit international n'impose à cet égard aucune forme particulière[, i]l met en revanche l'accent sur les intentions des parties»<sup>31</sup>. Et un peu plus loin, dans un passage que le Kenya se garde de citer, la Cour insiste. Je vous lis ce passage un peu long :

«Un point déterminant pour l'appréciation que fera la Cour du comportement des Parties tient à l'importance de premier plan que revêtent, en droit international et dans les relations internationales, la souveraineté étatique sur un territoire ainsi que le caractère stable et certain de cette souveraineté. De ce fait, ... tout changement du titulaire de la souveraineté territoriale fondé sur le comportement des Parties ... doit se manifester clairement et de manière dépourvue d'ambiguïté au travers de ce comportement et des faits pertinents. Cela vaut tout particulièrement si ce qui risque d'en découler pour l'une des Parties est en fait l'abandon de sa souveraineté sur une portion de son territoire.»<sup>32</sup>

22. Accepter la thèse du Kenya, ce serait admettre qu'une proclamation unilatérale vaut injonction de réagir dès sa notification internationale, à défaut de quoi le «contrevenant» serait présumé lié.

---

<sup>28</sup> CDI, Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, Ann. CDI, 2006, vol. II (2), principe 9 (les italiques sont de moi).

<sup>29</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 310, par. 147.

<sup>30</sup> Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 225.

<sup>31</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 50, par. 120.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 51, par. 122.



23. Madame la présidente, un accord est indispensable pour délimiter une frontière — qu'elle soit terrestre ou maritime d'ailleurs. Mon camarade Philippe Sands montrera qu'un tel accord, tacite ou, *a fortiori*, exprès, est introuvable dans notre affaire.

## II. Les conditions nécessaires à l'existence d'un accord tacite

24. Ce n'est pas à dire, Mesdames et Messieurs les juges, que jamais, quelles que soient les circonstances, une délimitation ne pourrait résulter d'un accord tacite ; mais, bien qu'il n'y en ait pas trace dans notre affaire, j'ajoute tout de même pour surplus de droit, que les conditions nécessaires à l'existence d'un tel accord en matière de délimitation sont particulièrement strictes.

25. La jurisprudence sur ce point est bien établie. Selon la célèbre formule de la Cour dans son arrêt du 8 octobre 2007 dans *Nicaragua c. Honduras* : «Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement.»<sup>33</sup> Et l'absence d'un écrit rend, pour l'Etat qui invoque un accord tacite, la preuve de son existence particulièrement difficile.

26. Une affaire récente, que vous connaissez bien, met en évidence l'importance toute spéciale d'un écrit comme preuve d'un accord tacite. Dans *Pérou c. Chili*, la Cour a constaté l'existence d'un tel accord. Mais pour ce faire, elle s'est fondée sur le texte d'un traité qui reconnaissait expressément la préexistence d'une frontière maritime approuvée par les deux Parties. Elle a jugé que cet instrument était «un *élément décisif* [... ayant] pour effet de consacrer l'accord tacite»<sup>34</sup> intervenu entre les Parties auparavant. Ainsi, c'est un accord tout à fait exprès qui a fourni la preuve de l'accord tacite — et l'on pourrait renvoyer aussi à *Pedra Branca*, par exemple.

27. Dans notre espèce, le Kenya ne s'aventure pas à prétendre qu'il existerait une preuve écrite d'un acquiescement ; mais il affirme que «there is no question that a State opposed to the claims of another State, especially when it affects its sovereignty and sovereign rights, must protest if it wants

---

<sup>33</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 735, par. 253. Voir aussi *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 86, par. 68 ; différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, par. 95 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 705, par. 219 ; différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM recueil 2017, par. 212.

<sup>34</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 39, par. 91 (les italiques sont de nous).

to prevent acquiescence»<sup>35</sup>. Le silence (entendu comme absence de protestation) serait constitutif d'un acquiescement dès lors que la prétention de l'autre partie serait publique ; toujours selon le Kenya : «[M]ere constructive knowledge is sufficient for acquiescence.»<sup>36</sup> Je ne sais pas très bien ce qu'est un «mere constructive knowledge», mais je sais que la simple connaissance — d'ailleurs fort incertaine en l'espèce — d'une position ne saurait, en la matière en tout cas, valoir acquiescement. Contrairement aux affirmations du Kenya<sup>37</sup>, c'est à la partie qui invoque un accord tacite et non à celle qui en nie l'existence d'en établir la réalité : l'exigence contraire ferait peser sur celle-ci l'obligation d'apporter la preuve négative, à peu près irréalisable, de son *inexistence*, de sa *non-existence*. C'est au Kenya qu'il appartient de prouver, *par des éléments positifs*, le consentement de la Somalie, la manifestation univoque de l'accord de celle-ci au tracé de la frontière qu'il invoque.

28. Le Kenya fait grand cas de l'accord qu'il croit déceler entre les Parties en ce qui concerne les conditions auxquelles doit répondre un acquiescement au prétexte que toutes deux se réfèrent à la définition qu'en a donné le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation frontalière entre l'Ethiopie et l'Erythrée*<sup>38</sup>. C'est oublier d'abord que, comme nous y avons insisté dans notre réplique<sup>39</sup> et comme je viens de le rappeler, l'acquiescement n'est pas un mode de délimitation maritime retenu par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Mais même si l'on faisait abstraction de la convention — ce qui ne serait guère acceptable — le Kenya dénature complètement les conditions énoncées par le tribunal *Erythrée/Ethiopie* et s'appuie sur une jurisprudence sélective qu'il interprète de manière fort tendancieuse.

29. La jurisprudence est claire et bien établie. Comme on l'a fermement souligné, «[l']acquiescement ne se nourrit pas uniquement d'une absence de réaction» ; il doit se traduire par des actes positifs<sup>40</sup>. Dès 1969, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a souligné que lorsqu'un Etat ne manifeste pas d'opposition, il ne saurait pour autant être présumé avoir acquiescé sur la base de son seul silence qui pourrait revêtir une multitude de significations :

---

<sup>35</sup> DK, par. 52.

<sup>36</sup> DK, par. 22

<sup>37</sup> Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 284.

<sup>38</sup> Voir Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 231, renvoyant à la réplique de la Somalie (RéS), par. 2.6.

<sup>39</sup> RéS, par. 2-6.

<sup>40</sup> P. Gautier, «Conduite, accord tacite et délimitation maritime», *Droit des frontières internationales*, 2016, p. 147.

«32. Somme toute, il semble à la Cour qu'aucun des faits invoqués n'est décisif ; tous sont en fin de compte *négatifs ou non concluants*, tous se prêtent à des interprétations ou explications variées. ... [Même si] la République fédérale *n'était pas expressément opposée* au principe énoncé à l'article 6 de la Convention [,] *une constatation d'un caractère aussi négatif ne permet certainement pas de tirer la conclusion positive* que, sans être partie à la Convention, la République fédérale avait accepté le régime de l'article 6 de façon à se lier.»<sup>41</sup>

30. Dans l'affaire *Tunisie/Libye*, la première dans laquelle s'est posée la question de l'existence d'un accord tacite, la Cour s'est refusée à voir un accord tacite définitif dans des activités de pêche menées de part et d'autre d'une ligne séparant les bancs d'éponges des deux Parties fixée par l'Italie dans son droit interne, et respectée par la Tunisie<sup>42</sup>. En effet, avez-vous dit, «les éléments relatifs à un tel *modus vivendi*, repos[aient] uniquement sur le silence ou l'absence de protestation des autorités françaises responsables des relations extérieures de la Tunisie»<sup>43</sup>. De même, dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la chambre n'a pas fait droit à la prétention du Canada fondée sur le silence gardé par les Etats-Unis vis-à-vis des prétentions canadiennes<sup>44</sup>. Et de même encore, dans *Libye/Malte*, Malte avait expliqué dans ses écritures qu'elle «avait informé la Libye de son intention de délimiter son plateau continental au moyen d'une ligne médiane» et que celle-ci avait longtemps «gardé le silence devant la revendication maltaise». Malte voyait dans ce silence la preuve d'un acquiescement de la Libye qui l'empêcherait, «en droit comme en fait», de contester la position maltaise<sup>45</sup>. La Cour a écarté ce raisonnement<sup>46</sup>.

31. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire opposant Terre-Neuve et le Labrador à la Nouvelle-Ecosse, mentionnée avec quelque désinvolture par le Kenya dans sa «duplique *bis*» de la semaine dernière<sup>47</sup>, est également riche d'enseignement. Le tribunal s'est inspiré des décisions de la Cour pour souligner que [je ~~le~~ lis — cette sentence n'existe malheureusement pas en français]

«In maritime boundary cases it has often been argued that the parties have by conduct established a particular line or consolidated some aspect of a maritime

---

<sup>41</sup> *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. 27, par. 32 (les italiques sont de moi).

<sup>42</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 70, par. 93-94.

<sup>43</sup> *Ibid.*, par. 95. Voir aussi, par exemple : *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 730-731, par. 238-241.

<sup>44</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 307, par. 138 ; voir aussi p. 310, par. 149.

<sup>45</sup> *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 28, par. 24.

<sup>46</sup> Voir *ibid.*, p. 29, par. 25.

<sup>47</sup> Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 2.42.

boundary<sup>48</sup>. Such arguments have always been treated as admissible and have been carefully considered. But it must be said that more often than not they have been rejected, either because the conduct did not relate to the area in question<sup>49</sup>, or was merely unilateral<sup>50</sup>, or was performed vis-a-vis a third party,<sup>51</sup> or was an exercise in self-restraint to avoid aggravating the dispute<sup>52</sup>, or was equivocal<sup>53</sup>.»<sup>54</sup>

Dans cette même sentence, le Tribunal affirme que

«in order to establish that a boundary (not settled or determined by agreement) has been established through conduct, it is necessary to show an unequivocal pattern of conduct as between the two parties concerned, relating to the area and supporting the boundary»<sup>55</sup>.

Pour cela, le tribunal a relevé notamment que la Nouvelle-Ecosse et le Labrador avaient «expressément accepté» («expressly accepted»), la méthode de délimitation retenue<sup>56</sup>.

32. Le Kenya s'appuie essentiellement sur quatre affaires — et je suis un peu confus, Madame la présidente, Mesdames et Messieurs de la Cour, de vous infliger une petite analyse jurisprudentielle, mais *le Kenya* insiste tant qu'il m'a paru difficile d'y échapper :

- celle de *Pedra Branca*<sup>57</sup>, que j'ai mentionnée il y a quelques instants à un propos voisin,
- celle relative au *Temple de Préah Vihéar*,
- les décisions rendues dans le différend entre l'Erythrée et le Yémen, et

---

<sup>48</sup> Note 108 dans le texte original : «CIJ, 20 février 1969, arrêt, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, Rec. 1969, p. 25-27, paras. 27-33 ; CIJ, 24 février 1982, arrêt, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Rec. 1982, p. 66-71, paras. 87-96 ; CIJ (chambre), 12 octobre 1984, arrêt, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, Rec. 1984, p. 303-311, paras. 126-154 ; Affaire de la *Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, 14 février 1985, 77 I.L.R. 636, p. 666-668 et 682, paras. 61-66 et 105 ; *Affaire de la délimitation maritime entre la France et le Canada*, 10 juin 1992, 95 I.L.R. 645, p. 677, paras. 89-92 ; CIJ, 14 juin 1993, arrêt, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Rec. 1993, p. 53-56, paras. 75-76 ; *Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (Eritrea/Yemen)*, PCA Case No. 1996-04, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - *Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*, 9 octobre 1998, par. 76-82.»

<sup>49</sup> Note 109 dans le texte original : «CIJ, 14 juin 1993, arrêt, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Rec. 1993, p. 52, para. 32».

<sup>50</sup> Note 110 dans le texte original : «CIJ, 24 février 1982, arrêt, *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Rec. 1982, p. 68, paras. 90, 92 ».

<sup>51</sup> Note 111 dans le texte original : «CIJ, 14 juin 1993, arrêt, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Rec. 1993, p. 55, paras. 37, 86».

<sup>52</sup> Note 112 dans le texte original : «*Ibid.*, p. 54, par. 36».

<sup>53</sup> Note 113 dans le texte original : «*Ibid.*, p. 52, para. 34-35 ; CIJ, 3 juin 1985, *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Rec. 1985, p. 29, par. 25».

<sup>54</sup> *Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia concerning Portions of the Limits of their Offshore Areas*, Award of the Tribunal in the Second Phase, 26 mars 2002, par. 3.5.

<sup>55</sup> *Ibid.*, par. 3.10.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Voir CMK, par. 210 et DK, par. 38 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 225.

— la sentence arbitrale du 22 décembre 1963 concernant *L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*<sup>58</sup>.

33. Il n'est guère nécessaire de discuter cette dernière affaire qui ne portait ni sur un problème de frontière ni sur une question de souveraineté territoriale. En outre, l'élément décisif qui a conduit le Tribunal arbitral à reconnaître l'existence d'un accord tacite était que le consentement de la France avait été donné dans le cadre d'une négociation et s'était traduit par une lettre formelle (donc un acquiescement exprès et écrit) dont l'interprétation logique était confirmée par la pratique subséquente des parties<sup>59</sup>.

34. De même, s'agissant de *Pedra Branca*, la Cour disposait d'éléments précis (et exprès, pas tacites) — la correspondance de 1953 entre Singapour et Johor — établissant que ce dernier considérait que «la souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh ne lui appartenait pas»<sup>60</sup> ; ces circonstances n'ont que des rapports lointains avec notre affaire. En outre, il s'agissait, non pas de délimitation maritime mais d'une affaire de souveraineté sur des formations insulaires, donc terrestres.

35. Sans doute, les principes applicables sont-ils similaires notamment pour ce qui est du seuil probatoire très élevé pour établir un abandon de souveraineté (ou de droits souverains)<sup>61</sup>. Mais alors que l'occupation d'un territoire terrestre — quand bien même il s'agit d'un îlot — est quelque chose de tangible et facilement observable, il en va très différemment s'agissant des «effectivités maritimes».

36. En outre, le Kenya est d'autant plus mal venu à reprocher à la Somalie de n'avoir pas protesté contre les empiètements sur les droits souverains de celle-ci dont il s'est rendu responsable, qu'il insiste abondamment, non sans complaisance, sur l'aide apportée à son voisin affaibli par la

---

<sup>58</sup> DK par. 40 et Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 293.

<sup>59</sup> *Case concerning the Interpretation of the Air Transport Services Agreement between the United States of America and France, signed at Paris on 27 March 1946*, Decision of the Arbitration Tribunal, 22 December 1963, RSA, vol. XVI, voir notamment p. 29, 65-67 et 70.

<sup>60</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 80, par. 223, et p. 83, par. 230.

<sup>61</sup> Voir *Frontières du Honduras (Guatemala/Honduras)*, sentence, 23 janvier 1933, RSA, vol. II, p. 1307 et 1326-1327, cité in Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 241.

guerre civile<sup>62</sup>, y compris pour tenter d'assurer sa sécurité maritime<sup>63</sup>. Le Kenya le reconnaît par la bouche même de son agent (qui contredit d'ailleurs le «témoignage» du général Kibwana<sup>64</sup>) :

«Somalia,» the Kenyan Agent said, «has only recently begun to emerge from a long period of instability caused by civil war, humanitarian disaster and widespread terrorism. In particular, Somalia has *no maritime enforcement capacity*. [In particular,] Somalia has no maritime enforcement capacity»<sup>65</sup> ;

et elle en est assurément dépourvue, de cette *maritime enforcement capacity*, jusqu'à en tout cas une période très récente. Il est difficile au Kenya de prétendre en même temps que la Somalie aurait manqué de vigilance en laissant ses tentatives de captation de ses droits souverains sans réponse<sup>66</sup>. Les circonstances sont très différentes de celles relevées dans la sentence *Erythrée/Yémen* de 1998<sup>67</sup>, dont le Kenya semble faire grand cas<sup>68</sup>.

37. J'ajoute que les «effectivités» sont susceptibles de prendre d'autant plus d'importance s'agissant de la délimitation des frontières terrestres qu'il n'existe pas de règles généralement applicables en ce qui concerne la délimitation terrestre alors qu'il en va différemment s'agissant des frontières maritimes : les règles sont clairement fixées — il faut un accord — et ces règles ne peuvent être contournées par la création d'un fait accompli.

38. L'analogie entre notre affaire et celle du *Temple* n'est pas plus convaincante : contrairement au Siam, la Somalie n'a pas participé à l'élaboration conjointe d'une carte établissant sa frontière maritime avec le Kenya ; elle a certes reçu — en 2008, lorsque la guerre civile atteignait un sommet de violence — copie d'une carte établie unilatéralement par celui-ci. Cette carte était annexée à une note verbale par laquelle le Kenya insistait pour que la Somalie «donne son accord aux frontières maritimes entre les deux Etats»<sup>69</sup>. Mais l'épisode ne saurait être comparé aux multiples

---

<sup>62</sup> Voir notamment CMK, par. 96 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 157, 309, 319 et 348.

<sup>63</sup> CMK, par. 96.

<sup>64</sup> Kenya's Application to Submit New Evidence, Witness Statement of General (Ret'd) Joseph Raymond Kibwana, EGH, CBS, 11 January 2021, Annex WS1, par. 13-14.

<sup>65</sup> CR 2016/12, p. 40, par. 3 (Githu Muigai) (les italiques sont de moi).

<sup>66</sup> DK, par. 67 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 283.

<sup>67</sup> *Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (Eritrea/Yemen)*, PCA Case No. 1996-04, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage — *Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*, 9 octobre 1998, par. 307.

<sup>68</sup> Voir notamment CMK, par. 216 et 229 ; DK, par. 66 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 237 et 311.

<sup>69</sup> Note Verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Kenya to the Ministry of Foreign Affairs of the Transitional Federal Government of Somalia, MFA n° 273/430/001A (4 July 2008).

occasions dans lesquelles le Siam avait reçu très officiellement les cartes qu'il contesta 50 ans plus tard.

39. Enfin et surtout, il faut croire que, contrairement au Siam, la Somalie a contesté ce tracé puisque, dans le MoU — *le Memorandum of Understanding* — signé moins d'un an plus tard, les deux Parties conviennent que

«The delimitation of the continental shelf between the Republic of Kenya and the Somali Republic ... *has not yet been settled. This unresolved delimitation issue between the two coastal States is to be considered as a «maritime dispute».*»<sup>70</sup>

Et de nouveau, lors des négociations qui se sont tenues à Nairobi en 2014 — à l'initiative du Kenya<sup>71</sup> — les deux délégations ont dû constater que, «*after considering several options and methods including bisector, perpendicular, median and parallel of latitude [they] could not reach a consensus on the potential maritime boundary line acceptable to both countries to be adopted*»<sup>72</sup>.

40. Le Kenya s'appuie également<sup>73</sup> sur une phrase incidente qu'il extrait de l'arrêt que vous avez rendu sur les exceptions préliminaires dans notre affaire. Vous aviez relevé que «la Somalie n'a jamais informé ... le Kenya qu'il existait, à son sens, un quelconque vice de son consentement à être liée par le mémorandum» d'accord du 7 avril 2009<sup>74</sup>. Mais il y a un monde entre invoquer la nullité d'un traité conclu entre deux Etats et procéder tacitement à une délimitation maritime...

41. Et les autorités doctrinales, tout aussi rares, qu'invoque le Kenya ne lui sont pas d'un plus grand secours. Elles sont vagues et générales, et n'ont guère de lien avec l'affaire qui nous occupe. Je ferai cependant une exception en ce qui concerne l'article d'Hersch Lauterpacht — peut-être parce que c'est pour moi un des plus grands auteurs en droit international *du siècle dernier* — concernant la souveraineté sur les espaces sous-marins<sup>75</sup> à la fois à raison de l'éminence de cet auteur et de la relative insistance avec laquelle nos adversaires l'invoquent<sup>76</sup>. Il n'est pourtant pas besoin de s'y

---

<sup>70</sup> MS, annexe 6 (les italiques sont de moi).

<sup>71</sup> CMK, par. 174 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 205.

<sup>72</sup> Report on the Meeting between the Federal Republic of Somalia and the Republic of Kenya On Maritime Boundary Dispute, Nairobi, Kenya, 26-27 March 2014 (1 Apr. 2014), MS, annexe 24 (les italiques sont de moi).

<sup>73</sup> Voir DK, par. 53.

<sup>74</sup> *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2017*, p. 24, par. 49.

<sup>75</sup> H. Lauterpacht, «Sovereignty over Submarine Area», in *British Year Book of International Law*, n° 27, 1950, p. 376-433.

<sup>76</sup> Voir notamment CMK, par. 214 et 240 ; Kenya's Application to Submit New Evidence, par. 228, 290 et 350.

attarder : l'objet de cet écrit — qui date de 1950 — était de justifier la licéité des proclamations américaines et britannique sur le plateau continental, notamment en invoquant l'absence d'oppositions de principe de la part des autres Etats ; ce qui n'a pas empêché Lauterpacht de rappeler que «*ab injuria jus non oritur*»<sup>77</sup> ; une maxime dont on ne saurait trop souligner l'importance dans notre affaire.

42. Il incombe donc au Kenya de prouver, non pas que la Somalie est restée silencieuse, mais bien qu'elle a accepté sa revendication unilatérale, fût-ce de manière tacite. Et cette acceptation doit être claire, dépourvue d'ambiguïté<sup>78</sup>, et «au moins pouvoir se déduire *sans l'ombre d'un doute* du comportement» somalien<sup>79</sup>. Cette exigence d'une *acceptation* — c'est-à-dire d'un acte positif — ne laissant aucune place au doute résulte d'une jurisprudence, elle aussi parfaitement claire et constante, qui n'est pas limitée à la délimitation maritime mais y est particulièrement bien affirmée, et qui remonte, au moins, à l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>80</sup>. Comme l'écrit Charles de Visscher,

«une notification peut ne susciter aucune réaction ; le destinataire peut garder le silence sans que l'on soit autorisé à en induire une conséquence juridique à son détriment. On ne peut obliger les Etats à protester invariablement contre toutes les inductions que le calcul politique peut attribuer à leur silence.»<sup>81</sup>

43. Au demeurant, non seulement le silence ne suffit pas, mais la conjonction même des comportements des deux Parties qui auraient pu sembler complémentaires et convergents n'a jamais emporté la conviction des cours ou des tribunaux internationaux lorsqu'ils ont été appelés à se prononcer sur l'existence d'un accord tacite supposé établir une frontière maritime. Aucun — *aucun* — n'a vu dans de tels comportements la preuve d'une «conduite ... suffisamment claire, cohérente et persistante pour constituer un acquiescement»<sup>82</sup>. Même face à une conduite de ce type, ils ont considéré que la ligne *de facto* en résultant revêtait «davantage le caractère d'une ligne

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>78</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 51, par. 122.

<sup>79</sup> *Ibid.*, opinion dissidente commune de MM. les juges Simma et Abraham, p. 127, par. 29 (les italiques sont de moi) ; voir aussi p. 123, par. 20-21 citant avec approbation le passage précité de l'arrêt de la Cour.

<sup>80</sup> *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. 26, par. 30.

<sup>81</sup> Charles de Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public* (1963), p. 184.

<sup>82</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 309, par. 146.



provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il y avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale» a averti la Cour dans *Nicaragua c. Honduras*<sup>83</sup>.

44. Il résulte d'ailleurs de la jurisprudence que la constance des comportements des deux Parties, même étalés sur une longue période de temps, ne suffit pas à attester d'un accord. Ceci résulte également d'un autre élément de l'affaire du *Plateau continental Tunisie/Libye* : cette dernière, la Libye, avait aligné ses concessions pétrolières sur celles tracées auparavant par la Tunisie, et les deux Etats avaient respecté cette ligne *de facto* à la fois pour la prospection sismique et pour la réalisation de nombreux forages, sans protestation aucune de la part de l'autre Partie<sup>84</sup>. Malgré cette conduite, la Cour n'en a pas moins conclu que «cette ligne [ne lui paraissait pas] remplir les conditions qui [la rendrait] opposable à l'autre Partie»<sup>85</sup>. De même, dans l'arrêt *Libye/Malte* de 1985, la Cour rejette l'argument de cette dernière selon lequel la ligne commune des concessions frontalières était «un type de comportement suffisamment net pour constituer soit un acquiescement soit une indication utile des vues de l'une des Parties sur une solution équitable»<sup>86</sup>. Dans *Nicaragua c. Honduras*, après avoir «constaté qu'à certaines périodes ... , le 15<sup>e</sup> parallèle semble avoir joué un certain rôle dans la conduite des [deux] Parties ... , [la Cour s'est refusée à en] conclure qu'il existait une frontière maritime internationale juridiquement établie entre les deux Etats»<sup>87</sup>.

45. Et plus récemment, dans l'affaire de délimitation maritime qui opposait le Ghana à la Côte d'Ivoire devant une chambre du TIDM, l'Etat requérant se prévalait d'une frontière maritime tacite respectée *pendant cinq décennies* et valable pour l'ensemble des espaces maritimes des parties<sup>88</sup>. Pour ce faire, le Ghana se fondait principalement sur la «pratique pétrolière» des parties<sup>89</sup> — et plus

---

<sup>83</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 735, par. 253. Voir aussi *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 215 et 225.

<sup>84</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1982, p. 35-37, par. 21.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 83, par. 117.

<sup>86</sup> *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 29, par. 25.

<sup>87</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 736, par. 256.

<sup>88</sup> *Différend relatif à la Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 100 et 102.

<sup>89</sup> *Ibid.*, par. 113.

précisément sur les concessions octroyées par les deux Etats, les levés sismiques, les activités de forage et les cartes de concessions pétrolières<sup>90</sup>. Le Ghana avait aussi montré que les concessions octroyées étaient alignées sur une ligne d'équidistance, que «chaque Partie avait confiné ses activités pétrolières ... à la zone qui se trouvait de son côté de cette ligne» et que «chacune a préalablement demandé, et obtenu, l'autorisation de l'autre avant de franchir ladite ligne pour procéder aux levés sismiques»<sup>91</sup>. Malgré l'abondance, la concordance et la variété de ces preuves, la chambre spéciale a considéré que la pratique pétrolière, aussi constante soit-elle, ne suffisait pas, en elle-même, à établir l'existence d'un accord tacite sur une frontière maritime<sup>92</sup>. Elle n'a pas davantage été convaincue par les autres éléments invoqués par le Ghana. La chambre a considéré que les législations des deux Parties<sup>93</sup>, les demandes déposées auprès de la CLPC<sup>94</sup> et les échanges bilatéraux entre les deux Etats<sup>95</sup> ne permettaient pas d'établir l'existence d'un accord frontalier tacite.

46. Madame la présidente, sans vouloir empiéter sur la démonstration factuelle qui revient à Philippe Sands, je note que, pour apprécier la portée juridique du comportement de la Partie somalienne, certains précédents présentent une importance particulière.

47. C'est le cas par exemple des affaires durant lesquelles il est apparu que les parties avaient mené des négociations en vue de la délimitation de leurs espaces maritimes. Ainsi, toujours dans *Ghana c. Côte d'Ivoire*, la chambre spéciale du TIDM a relevé

«que les Parties reconnaissent toutes deux que [des échanges bilatéraux] ont eu lieu, mais divergent quant à leur teneur exacte et à la portée qu'il convient de leur accorder dans le présent différend. De l'avis de la Chambre spéciale, le simple fait que ces échanges aient eu lieu est significatif car il montre que les Parties ont reconnu la nécessité de délimiter la frontière maritime qui les sépare.»<sup>96</sup>

Et la chambre spéciale de conclure :

---

<sup>90</sup> Différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 115-145.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 146.

<sup>92</sup> *Ibid.*, par. 212.

<sup>93</sup> *Ibid.*, par. 151-163.

<sup>94</sup> *Ibid.*, par. 164-168.

<sup>95</sup> *Ibid.*, par. 169-192.

<sup>96</sup> *Ibid.*, par. 221.

«Les négociations bilatérales qui se sont tenues ultérieurement au sein de la Commission de délimitation de la frontière maritime, de 2008 à 2014, confirment que les Parties reconnaissaient l'absence de frontière maritime entre elles.»<sup>97</sup>

48. Dans *Nicaragua c. Honduras*, la Cour a noté que ce dernier a accepté

«dans un échange de notes de 1977, d'engager les «étapes préliminaires des pourparlers» en vue de «la délimitation définitive de la zone marine et sous-marine dans la région de la mer des Caraïbes» ... [et, par une note de 1982], le ministre des affaires étrangères du Honduras convenait avec le ministère des affaires étrangères du Nicaragua que «la frontière maritime entre le Honduras et le Nicaragua n'[avait] pas [été] délimitée en droit.»<sup>98</sup>

Selon la Cour, qui se référerait à l'affaire des *Minquiers et Ecréhous*, cette reconnaissance devait «donc être considérée «comme la preuve des vues officielles [du Honduras] à l'époque»»<sup>99</sup>.

«Ayant examiné l'ensemble de cette pratique, dont les échanges de notes diplomatiques [susmentionnés], la Cour conclut qu'il n'existait pas en 1982 — ni *a fortiori* à une quelconque date postérieure — d'accord tacite entre les Parties de nature à établir une frontière maritime juridiquement obligatoire.»<sup>100</sup>

49. De même, dans l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, le TIDM a conclu d'une note verbale du Myanmar adressée au Bangladesh, précisant que les Parties «n'[avaient] pas encore délimité leurs frontières maritimes»<sup>101</sup>, que les éléments invoqués par le Bangladesh (qui plaidait une pratique constante suivie pendant plus de trente ans<sup>102</sup>) ne démontraient pas «l'existence d'un accord tacite ou *de facto* sur la frontière de la mer territoriale»<sup>103</sup>.

50. De tout ceci, il résulte que :

- 1) même une pratique «constante et mutuelle pendant une longue période de temps»<sup>104</sup> ne suffit pas à prouver l'existence d'une frontière maritime tacite ;

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, par. 222.

<sup>98</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 737, par. 257.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 737, par. 257, citant *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 71.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 737, par. 258.

<sup>101</sup> Différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, par. 116.

<sup>102</sup> *Ibid.*, par. 101.

<sup>103</sup> *Ibid.*, par. 118.

<sup>104</sup> Différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 213 et 215.

- 2) des échanges de notes (des *échanges*, pas des envois restés sans réponse) ou la conduite de négociations ont un poids important dans la mise en balance des éléments de preuve présentés par les Parties au différend ; en revanche
- 3) le silence gardé par l'un des Etats intéressés n'est pas suffisant pour conférer le statut d'accord tacite à un *modus vivendi*, même durable, sur le terrain ni, *a fortiori*, aux décisions unilatérales prises par l'autre Etat ; et du reste,
- 4) si le temps peut jouer un certain rôle dans l'établissement d'une frontière tacite, il doit «se conjuguer avec les circonstances de l'affaire et le comportement actif ou l'inaction des parties»<sup>105</sup>.

51. Madame la présidente, comme je l'ai dit, il ne s'agit pas de twist ou de hip hop (que l'on peut danser tout seul) mais de tango, dominé par les pas de deux. Non seulement la conduite de la partie demanderesse doit être constante et cohérente, mais elle doit être reflétée, à l'identique par celle de l'autre partie. Comme mon collègue et ami, Philippe Sands, va maintenant le montrer à nouveau<sup>106</sup>, si vous voulez bien lui donner la parole — peut-être sera-ce après la pause *si c'est le moment* idoine. Donc, comme Philippe Sands va le montrer, les proclamations unilatérales et, plus généralement l'attitude du Kenya n'ont ni la signification, ni la constance, exigées en la matière. Et, il en va de même des comportements sporadiques de la Somalie qu'invoque le Kenya, et qui n'ont *pas non plus* la signification, ni la constance, exigées en la matière<sup>107</sup>.

Mesdames et Messieurs les juges, je vous remercie vivement pour votre longue attention. Madame la présidente, puis-je vous demander d'appeler le professeur Philippe Sands à cette barre virtuelle — maintenant ou plus tard. Je vous remercie.

The PRESIDENT: I thank Professor Alain Pellet. Before I invite Professor Sands to take the floor, the Court will observe a coffee break of 15 minutes. The sitting is adjourned.

*The Court is adjourned from 4.20 p.m. to 4.45 p.m.*

---

<sup>105</sup> P. Gautier, «Conduite, accord tacite et délimitation maritime» in *Droit des frontières internationales*, 2016, p. 152.

<sup>106</sup> Voir RéS, vol. I, p. 12-27, par. 2.12-2.44.

<sup>107</sup> Voir RéS, vol. I, p. 46-58, par. 2.87-2.114.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is resumed. I will now give the floor to Professor Philippe Sands. You have the floor.

Mr. SANDS:

## THE EVIDENCE REGARDING “ACQUIESCENCE”

### I. Introduction

1. Madam President, Members of the Court, it is an honour to appear before you on behalf of Somalia.

2. You have heard from Professor Pellet on the legal aspects of Kenya’s arguments on acquiescence and related claims. My task is to address the evidence that relates to Kenya’s case on “acquiescence”, on the acts of the Parties. Notwithstanding the evidence on the record, Kenya asserts that for more than three decades, between 1979 and 2014, it expressly, publicly and consistently claimed a maritime boundary along the parallel of latitude; that this claim was “precise and unequivocal”; and that Somalia never protested against it. Each of these assertions is wrong as a matter of fact, as the evidence on the record makes clear.

3. Kenya’s case on acquiescence is actually constructed on a series of rather obvious factual contradictions. Kenya alleges that the Parties have already delimited their maritime boundary along a parallel of latitude. Yet, it has repeatedly adopted positions and made numerous formal public statements — including its own written and oral submissions before this Court in this Court’s jurisdictional phase — that reject the existence of *any* delimited maritime boundary and that explicitly stress the need for delimitation to take place *in the future*. Moreover, Kenya has also repeatedly acted in a manner that is consistent with an equidistance line and inconsistent with the parallel line that it now claims Somalia has somehow acquiesced in.

4. Kenya’s contradictory statements and acts are too numerous to list in a single speech. They are fully set out in our written pleadings<sup>108</sup>. However, a brief review is sufficient to establish the absence of evidence to support Kenya’s acquiescence argument — a point that will be apparent to those of you who, as judges, sat in this Great Hall of Justice and listened to Kenya’s preliminary

---

<sup>108</sup> See Reply of Somalia (RS), paras. 2.13-2.44.

objections four and a half years ago. An objective appraisal of the evidence shows that Kenya's case on acquiescence is simply an attempt to rewrite history and the facts; Kenya seeks to avoid the application of the standard three-stage process for maritime delimitation, starting with the construction of a provisional equidistance line.

5. The evidence makes clear that Kenya's case on acquiescence is hopeless. It is contradicted by its legal submissions, by international and domestic instruments, and by public pronouncements. It is unsupported by any evidence on *effectivités* in the disputed maritime area. It is contradicted by Somalia's conduct, which offers no support whatsoever for the acquiescence argument.

## II. The 2009 Memorandum of Understanding

6. So let us begin with a point on which there is, happily, common ground between the Parties, and it is a point that has already been considered by the Court.

7. There is no dispute that in 2009 Kenya and Somalia did enter into a Memorandum of Understanding (~~the~~ "MOU")<sup>109</sup>. Nor is there a dispute about the terms of that MOU, or its legal status. As Kenya stated during the preliminary objections stage: "The MOU's terms are plain and unambiguous. Its legally binding nature is equally straightforward."<sup>110</sup> ~~And then to take In~~ the words of this Court, the MOU is "a valid treaty that . . . is binding on the Parties under international law"<sup>111</sup>. Accordingly, there can be no doubt that in so far as the terms of the MOU address the delimitation of the Parties' maritime boundary, they bind the Parties as a matter of international law.

8. Does that valid and binding treaty, the MOU, support Kenya's claim that the maritime boundary has already been delimited by virtue of Somalia's acquiescence in a consistent and long-standing claim by Kenya? It does not. To the contrary, the MOU expressly records that: "[t]he delimitation of the continental shelf between the Republic of Kenya and the Somali Republic . . . *has not yet been settled*. This *unresolved delimitation issue* between the two coastal States is to be considered as a 'maritime dispute'." (Emphasis added.)

---

<sup>109</sup> Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Kenya and the Transitional Federal Government of the Somali Republic to Grant to Each Other No-Objection in Respect of Submissions on the Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, *UNTS*, Vol. 2599 (7 Apr. 2009), p. 37; Memorial of Somalia (MS), Vol. III, Ann. 6.

<sup>110</sup> Preliminary Objections of Kenya (POK), para. 48.

<sup>111</sup> *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2017*, p. 25, para. 50; emphasis added.

9. These words — agreed by the Parties in 2009 — could not be clearer. They are of themselves sufficient to end Kenya’s acquiescence argument. The MOU also refers to the delineation of the continental shelf beyond 200 nautical miles “without prejudice to *the future delimitation* of the continental shelf between them”. The MOU states:

“The *delimitation* of maritime boundaries in the areas under dispute, including the *delimitation* of the continental shelf beyond 200 nautical miles, *shall be agreed* between the two coastal States on the basis of international law *after* the Commission has concluded its examination of the separate submissions made by each of the two coastal States and made its recommendations” (emphasis added).

10. The terms of the MOU are clear and unambiguous. How does Kenya seek to get around their plain meaning? It argues in its Rejoinder that “in 2009 only delimitation of the continental shelf beyond 200 M was at issue”<sup>112</sup>. This was, if I may suggest, an audacious assertion, given that it was made only after the Court had already held that the provisions regarding delimitation in the MOU were concerned with “the area of the continental shelf, *both within and beyond* 200 nautical miles”<sup>113</sup>. That is the Court’s words. Your ruling, this Court’s ruling, is *res judicata*; yet Kenya seems to be asking you to reopen the matter, in effect to rule that you got it wrong, or that you are now entitled to rule differently. With respect, Kenya cannot avoid the conclusion of the Court that it is bound by a treaty which expressly acknowledges that, as *of* 2009, the Parties had not delimited their maritime boundary, not within 200 nautical miles, not beyond 200 nautical miles.

11. Kenya’s case on acquiescence invites the Court to ignore the unambiguous words of a binding international treaty, and its own Judgment on jurisdiction, and to replace them with their opposites. For Kenya, the words “has not yet been settled” are to be interpreted as meaning “has been settled”; for Kenya, the phrase “unresolved delimitation issue” seems to mean a “fully resolved delimitation issue”; for Kenya, the words “shall be agreed . . . after” in fact mean “has been agreed . . . before”; and for Kenya, the words “future delimitation” actually mean “past delimitation”. This makes the world of Alice look reasonable, a *Through the Looking-Glass* kind of approach to treaty interpretation, in which language is turned on its head, the facts are inverted and there is no law.

---

<sup>112</sup> Rejoinder of Kenya (RK), para. 73.

<sup>113</sup> *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017*, p. 36, para. 85; emphasis added.

### III. Kenya's contradictory statements to the Court

12. The contradiction at the heart of Kenya's case is thrown into even sharper relief by the conflicting statements that it has already made to this Court. In its Rejoinder, Kenya argues that the Parties delimited their boundary by acquiescence long before Somalia lodged its claim before the Court in 2014. Let us go back to five years ago, during the preliminary objections phase in 2015 and 2016: then Kenya repeatedly told the Court that the Parties had expressly agreed that their maritime boundary would be delimited in *future* by a process of *negotiation*. Let us look at what Kenya stated in its written Preliminary Objections. Here is what they wrote then:

“The Parties *expressly agreed . . . on a negotiated settlement* of their maritime boundary. This was consistent with Kenya's legislation requiring delimitation by agreement with Somalia. It was also consistent with the provisions of UNCLOS.”<sup>114</sup>

13. Indeed, Kenya alleged that by filing its Application with the Court, Somalia had, to use its words, “attempted to circumvent its obligation to *negotiate an agreement* on delimitation *after* [Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS)] review”<sup>115</sup>.

14. The “Conclusion” of Kenya's written Preliminary Objections made Kenya's position crystal clear. This is what Kenya stated:

“Somalia is under an obligation to delimit the full extent of its maritime boundary with Kenya, both within and beyond 200 NM:

(a) *Only after the CLCS has made its recommendations* concerning establishment of the outer limits of the continental shelf; and

(b) *By means of a negotiated agreement.*”<sup>116</sup>

15. Kenya expressed its position with equal clarity in its post-hearing written answer to questions posed by Judge Crawford. It wrote in response:

“Kenya has *consistently held the view . . . that*:

(a) The MOU remains legally binding upon the Parties; and

(b) The MOU *requires a negotiated agreement, to be finalized after CLCS recommendations.*”<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> POK, para. 17; emphasis added.

<sup>115</sup> POK, para. 149; emphasis added.

<sup>116</sup> POK, para. 152; emphasis added.

<sup>117</sup> Letter from H.E. Mr. Githu Muigai, Attorney-General and the Agent of the Republic of Kenya, to H.E. Mr. Philippe Couvreur, Registrar of the International Court of Justice, No. AG/CONF/19/153/2VOL.IV (26 Sept. 2016), pp. 6-7; RS, Vol. II, Ann. 13; emphasis added.



16. Kenya's Attorney-General and Agent likewise stated that the delimitation of the maritime boundary "call[s] for time, until Somalia achieves greater stability"<sup>118</sup>. This is because, as the Agent put it, standing before this Court in September 2016, "maritime boundary delimitation between Kenya and Somalia requires sensitive bilateral negotiations"<sup>119</sup>.

17. As the Court observed in its Judgment, Kenya argued that the delineation of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles was "a stepping-stone toward achieving the objective of reaching *a final maritime delimitation* by agreement *after* receipt of the recommendations of the CLCS"<sup>120</sup>. In this regard, the Court considered that it was, to use its words, "unsurprising that . . . at least from the point in time of signing the MOU, any such delimitation would be *in the future*"<sup>121</sup>.

18. One has to assume that when Kenya made those statements in this very courtroom, it did so in the honest belief that what it said to you was true and accurate. Now it has turned on a sixpence, and argues the very opposite, as my colleague Professor Pellet put it earlier today, invoking a dance among partners, one that has somehow, improbably, given rise to acquiescence, or a tacit agreement, or an estoppel, or *effectivités*<sup>122</sup>. Yet during the preliminary objections phase, it was *common ground* between the Parties that the maritime boundary had not been delimited. So, what has changed in the intervening four and a half years? Absolutely nothing.

#### **IV. Kenya's statements to the commission on the limits of the continental shelf and the United Nations**

19. The manifest incoherence of Kenya's case on acquiescence is made even more pronounced by the statements it made to the CLCS and the United Nations. In its 2009 Submission to the Commission, Kenya referred to what it called "the *unsettled* boundary line between Kenya and

---

<sup>118</sup> CR 2016/10, p. 17, para. 10 (Muigai).

<sup>119</sup> CR 2016/12, p. 40, para. 3 (Muigai).

<sup>120</sup> *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya) Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017*, p. 34, para. 76; emphasis added.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 35, para. 78; emphasis added.

<sup>122</sup> See *supra* Professor Pellet, para. 2.

Somalia”<sup>123</sup>. Kenya’s Submission also referred to its “*overlapping* maritime claims” with Somalia<sup>124</sup>. The Submission, made in 2009, is manifestly inconsistent with Kenya’s claim that at that time any delimitation was already in place, by agreement or by acquiescence<sup>125</sup>.

20. When Kenya presented its Submission to the CLCS orally on 3 September 2014, Kenya’s Attorney General observed, and I use his words: “Kenya had *yet to conclude a maritime boundary agreement* with Somalia, although negotiations were ongoing”<sup>126</sup>.

21. A month later, in a Note Verbale sent to the Secretary-General of the United Nations on 24 October 2014<sup>127</sup>, Kenya once again referred to the “*unresolved* delimitation” and it stated that Kenya “remains committed and continues to pursue more legitimate avenues to have the delimitation of the maritime boundary amicably resolved, most preferably through a bilateral agreement with the Somali Federal Republic”.

22. Kenya said nothing about acquiescence — never has — or a tacit agreement. The statements to the Commission could not be clearer in their description of an *un-delimited* maritime boundary, and the existence of Kenya’s and Somalia’s *overlapping* claims.

#### V. Kenya’s statements to Somalia during negotiations

23. Kenya’s statements during bilateral *boundary* negotiations with Somalia in 2013 and 2014 do not assist *Kenya*. Indeed, the very fact that negotiations took place, and the absence of any reference to a boundary established by acquiescence during those negotiations, is significant, as

---

<sup>123</sup> Republic of Kenya, *Submission on the Continental Shelf Submission beyond 200 nautical miles to the Commission on the Limits of the Continental Shelf: Executive Summary* (Apr. 2009), para. 8-4; MS, Vol. III, Ann. 59; emphasis added.

<sup>124</sup> *Ibid.*, para. 7-1; emphasis added.

<sup>125</sup> E.g. as asserted in RK at paras. 75-80 and in Appendix 2 to Kenya’s Application to Submit New Evidence and Written Submissions (Kenya’s Appendix 2) at paras. 140-141, 238-239, 258-259 and 266-267, relying on two Note Verbales said to have been communicated in 2007 (Note Verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Kenya to the Ministry of Foreign Affairs of the Transitional Federal Government of Somalia, MFA.273/430/001 (26 Sept. 2007); RK, Ann. 9) and in 2008 (Note Verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Kenya to the Ministry of Foreign Affairs of the Transitional Federal Government of Somalia, MFA.273/430/001A (4 July 2008); RK, Ann. 12).

<sup>126</sup> United Nations, Commission on the Limits of the Continental Shelf, *Progress of work in the Commission on the Limits of the Continental Shelf; Statement by the Chair*, doc. CLCS/85 (24 Sept. 2014), para. 60; MS, Vol. IV, Ann. 71; emphasis added.

<sup>127</sup> Note Verbale from the Permanent Mission of the Republic of Kenya to the United Nations to H.E. Mr. Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, No. 586/14 (24 Oct. 2014); MS, Vol. III, Ann. 50; emphasis added. See also Note Verbale from the Permanent Mission of the Republic of Kenya to the United Nations to H.E. Mr. Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, No. 141/15 (4 May 2015); MS, Vol. III, Ann. 51.

Professor Pellet made clear in his submissions to you on the law<sup>128</sup>. As the ITLOS Special Chamber in *Ghana/Côte d'Ivoire* explained: “[T]he fact that the bilateral exchanges and negotiations on the delimitation of a maritime boundary took place between the Parties indicates the absence, rather than the existence, of a maritime boundary.”<sup>129</sup>

24. The details of the negotiations between Kenya and Somalia make clear that neither side believed there to be a settled boundary, not by acquiescence and not by any other means. In May 2013 the Governments of Kenya and Somalia issued a joint statement. They explained that “the two Ministers underlined the need to work on a framework of modalities for embarking on maritime demarcation”<sup>130</sup>.

25. That joint statement is obviously incompatible with Kenya’s newfound belief that the maritime boundary had already long since been conclusively delimited. Over the course of the following year, between February and August 2014, the Parties met twice and set out their respective positions on the location of the maritime boundary. *At no point* during the process did Kenya make any reference to a boundary established by agreement or acquiescence. On the contrary, during the course of the negotiations Kenya expressly stated that its proclamation of a parallel line in the exclusive economic zone (EEZ) was nothing more than “a bid to take a provisional arrangement of a practical nature, as provided for by international law” while “[a]waiting Somalia to come to the negotiation table”. Kenya referred to the “yet-to-be concluded Kenya-Somalia” boundary, and argued that “[a]ny *proposed* delimitation method” should be guided by principles of equity, and that, “[i]n *jointly establishing* this maritime boundary the two States are at liberty to *opt for a delimitation methodology* that guarantees equitable solution”<sup>131</sup>. None of this is consistent with the position that Kenya now *advances* before this Court.

26. Kenya’s claim that the parties had somehow delimited their maritime boundary through a process of unilateral assertion and acquiescence many years before 2014 is fatally contradicted by

---

<sup>128</sup> See *supra* Professor Pellet, paras. 34-39.

<sup>129</sup> *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Judgment of 23 September 2017, ITLOS Reports 2017, para. 243.

<sup>130</sup> Secretary for Foreign Affairs, Republic of Kenya, and Deputy Prime Minister, Minister for Foreign Affairs and International Co-operation, Federal Republic of Somalia, joint press release (31 May 2013); POK, Vol. II, Ann. 31.

<sup>131</sup> Government of Somalia and Government of Kenya, *Joint Report on the Kenya-Somali Maritime Boundary Meeting, 26-27 March 2014* (1 Apr. 2014); MS, Vol. III, Ann. 31; emphasis added.

the description of the 2014 negotiations contained in Kenya's response to Judge Crawford's questions during the preliminary objections phase of this case. In that response, Kenya stated:

“[I]t should also be noted that, at the first meeting [in 2014], the Parties considered ‘several options and methods for equitable delimitation, including bisector, perpendicular, median and parallel of latitude’ as potential maritime boundaries, and that these methods were considered in regard to all maritime areas in dispute”<sup>132</sup>.

27. Kenya added:

“There was *no commitment or expectation that negotiations would result in an agreed boundary for all maritime areas at once*. Given the complex circumstances prevailing between the Parties, it was entirely possible that agreements, whether conceived as temporary or permanent components of the boundary regime between Kenya and Somalia, may have initially covered one or more maritime areas (such as the territorial sea, or waters within, say, 50 nautical miles off the coast) and with one or more purposes . . . before the conclusion of a comprehensive, final agreement. There was, and is, no pressing need to settle the entire maritime boundary immediately”<sup>133</sup>.

28. The contents of this response to Judge Crawford's questions fatally belie Kenya's claim that the Parties had already delimited their maritime boundary along a parallel of latitude, and *that* all that remained in 2014 was for them to “formalise” that delimitation, or that act of acquiescence, in a written agreement. Were Kenya's claims *to-be* true, then it is inconceivable that the bilateral negotiations in 2014 would have discussed a range of very different potential delimitation “options for establishing “potential maritime boundaries” between the Parties. And if Kenya were right that by 2014 the Parties had somehow conclusively delimited or agreed their maritime boundary, then it would make no sense at all for Kenya to state that as of that date “[t]here was no . . . expectation that negotiations would result in an agreed boundary for all maritime areas at once”. Nor would it make any sense for Kenya to refer to the possibility of the Parties making “temporary” agreements in respect of some (but not all) of the maritime areas.

## **VI. The contradiction with Kenya's own legislation concerning its maritime boundaries**

29. Kenya's repeated statements — to the judges of this Court, to the CLCS, to Somalia itself — that no delimitation had occurred simply cannot be reconciled with the argument it now puts to you. Nor can its own domestic laws. What I have in mind is, for example, section 4 (4) of Kenya's

---

<sup>132</sup> Letter from H.E. Mr. Githu Muigai, Attorney-General and the Agent of the Republic of Kenya, to H.E. Mr. Philippe Couvreur, Registrar of the International Court of Justice, No. AG/CONF/153/2VOL.IV (26 Sept. 2016), p. 4; RS, Vol. II, Ann. 13.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 5; emphasis added.

1989 Maritime Zones Act, which is still in force today, and which is referenced in numerous other *extant* provisions of Kenyan legislation and which has been officially notified to the United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea. Let us take a look at what Section 4 (4) actually says. “The northern boundary of the exclusive economic zone with Somalia shall be delimited by notice in the *Gazette* by the Minister pursuant to an agreement between Kenya and Somalia on the basis of international law”<sup>134</sup>.

30. No notice of delimitation has been published in the *Gazette*, or anywhere else. What is more, the language of section 4 (4) of the 1989 Act contrasts markedly with the equivalent provision in section 4 (3) regarding the maritime boundary with Tanzania, which makes express reference to an existing boundary “on an easterly latitude”. There can be no doubt that Kenya regards section 4 of its own legislation as an authoritative description of the status of its EEZ boundary with Somalia. Why? Because that legislation was expressly quoted in Kenya’s 2009 Submission to the CLCS. Kenya has made no attempt to disclaim the existence or validity of that law.

31. Similarly, Kenya’s claim that the maritime boundary follows a parallel line in the territorial sea is expressly contradicted by its own Territorial Waters Act of 1972 and the 1989 Act. Section 2 of the 1972 Act provides that the Parties’ territorial sea boundary “shall extend to a *Median Line* every point of which is *equidistant* from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial sea of each of the respective States is measured”<sup>135</sup>.

32. Likewise, section 3 of the 1989 Act in Kenya provides:

“On the coastline adjacent to neighbouring states, the breadth of the territorial waters shall extend to every point of which is *equidistant* from the nearest points on the baselines from which the breadth of the territorial waters of each of respective states is measured.”<sup>136</sup>

33. These provisions of Kenya’s own legislation further undermine Kenya’s case on acquiescence. How can Somalia have acquiesced in a maritime boundary consistently asserted by

---

<sup>134</sup> Republic of Kenya, Chapter 371, Maritime Zones Act (25 Aug. 1989), para. 4 (4); MS, Vol. III, Ann. 20 (quoted in CMK, para. 79).

<sup>135</sup> Republic of Kenya, Law No. 2 of the Territorial Waters Act, 1972 (16 May 1972), section 2 (4); MS, Vol. III, Ann. 16; emphasis added.

<sup>136</sup> Republic of Kenya, Chapter 371, Maritime Zones Act (25 Aug. 1989), para. 3 (4); MS, Vol. III, Ann. 20; emphasis added.

Kenya along a parallel of latitude, when Kenya's own national laws speak against the existence of such a boundary? You may well ask yourself that question.

34. A governmental forum convened by the Kenyan National Assembly in October 2014 provides a truly revealing insight into Kenya's actual belief about the location and status of the maritime boundary. According to the official report published by the National Assembly, the director of Kenya's International Boundaries Office — who was actually a member of Kenya's delegation to this Court during the hearing of Kenya's preliminary objections — delivered a presentation which was entitled “Kenya's International Boundaries — Legal Challenges/Issues”. Just like Kenya's position during the bilateral negotiations with Somalia, the director in her presentation made no reference to the existence of a maritime boundary established through acquiescence. On the contrary, the director explained that: “to-date, *Kenya's maritime space had not yet been finalized* because of claims of it overlapping Somalia's maritime zone”<sup>137</sup>. She proceeded to inform the meeting of “the need to urgently complete the process of defining Kenya's boundaries”. That was October 2014, which is just two months after the Application in this case had been filed with the Court.

35. So, it is abundantly clear that Kenya's senior public officials, including those responsible for legal issues on international boundaries, do not believe that a maritime boundary with Somalia *was ever* established through acquiescence. Somalia does not suggest, of course, that the subjective views and beliefs of Kenyan officials are capable of affecting the status of the maritime boundary. But those views do, however, cast light on the credibility of Kenya's argument on acquiescence. The absence of any reference, even *en passant*, to acquiescence during a multi-day governmental forum on Kenya's maritime boundaries, held less than two months after Somalia initiated these proceedings, is — we say — highly revealing of the realities of the situation.

## **VII. Widespread international recognition that the maritime boundary has not been delimited**

36. The absence of any delimitation of the Parties' maritime boundary is confirmed by others, including the views of other States and of international organizations. If I may just give you a couple of examples. In April 2011, the United Nations Security Council issued a resolution which

---

<sup>137</sup> Republic of Kenya, National Assembly, Departmental Committee on Defence and Foreign Relations, *Report of the Workshop on Somalia and International Boundaries* (Oct. 2014), p. 21; RS, Vol. II, Ann. 11; emphasis added.

“emphasize[d] the importance of the earliest possible delimitation of Somalia’s maritime space in accordance with the Convention”<sup>138</sup>.

37. Then in July 2013, the United Nations Monitoring Group highlighted the conflict between Somalia and Kenya on, as they put it, the need “to negotiate a mutually acceptable maritime boundary”<sup>139</sup>.

38. International organizations have also acted in a manner that confirms the absence of an agreed or acquiesced maritime boundary along the line of parallel. The African Union Mission in Somalia (AMISOM) has established a maritime zone of intervention off the coast of Somalia which is — we say — virtually indistinguishable from an equidistance line<sup>140</sup>.

39. Madam President, Members of the Court, this brief summary of the evidence makes it clear beyond any argument that the maritime boundary has not been delimited and it has not been delimited by acquiescence. Kenya is well aware that this is the situation.

### **VIII. Kenya’s alleged *effectivités* in the disputed area**

40. I turn now to Kenya’s claims regarding its alleged *effectivités* in the disputed area. You have heard already from Professor Pellet why Kenya’s reliance on those alleged *effectivités* is wrong as a matter of law. Let me now explain to you why it is also wrong as a matter of fact.

41. In respect of naval patrols, Kenya’s Counter-Memorial places much reliance on a supposedly “secret” map purportedly issued by Kenya in the 1980s<sup>141</sup>. There is no suggestion or evidence that Kenya ever communicated any such “secret” map to Somalia. In its new evidence filed just ten days ago, Kenya seeks to rely on a memorandum supposedly circulated within the Kenyan Navy in 2004<sup>142</sup>. Again, there is no suggestion that this document was ever communicated to Somalia.

---

<sup>138</sup> United Nations, Security Council resolution 1976 (2011), doc. S/RES/1976 (11 Apr. 2011), p. 3; CMK, Vol. III, Ann. 95.

<sup>139</sup> *Report of the Monitoring Group on Somalia and Eritrea pursuant to Security Council resolution 2060 (2012): Somalia*, UN doc. S/2013/413 (12 July 2013), para. 32; MS, Vol. III, Ann. 64.

<sup>140</sup> Security Council, doc. S/2012/544, p. 225; RS, Vol. I, fig. R2.1.

<sup>141</sup> CMK, para. 120.

<sup>142</sup> See Kenya’s Appendix 2, paras. 134-135 and Ann. 3.

42. Nor is there any documentary evidence of the Kenyan Navy undertaking any patrols up to the parallel line in the decade between the 1979 Proclamation and the enactment of the Maritime Zones Act in 1989. Instead, Kenya cites logs that purportedly describe the activities of a small handful of Kenyan vessels in 1990 and 1991. What is notable is that those logs do not purport to identify the location of any maritime boundary. Even if they did, it is not in dispute that in the early 1990s, Somalia was ravaged by civil war and effective government had all but collapsed. Somalia had no ability to monitor or control its maritime space — that is a point that Kenya itself has stressed in its written and oral pleadings in this case<sup>143</sup>, and to which I shall return shortly. Incursions that Somalia was powerless to detect or prevent provide no support for Kenya’s case.

43. Kenya then relies on diagrams, which we were surprised to see, it has recently updated in its new evidence. These are said to show the locations of 22 alleged interceptions of merchant vessels by the Kenyan Navy in a 24-year period between 1990 and 2014, together with the alleged locations of certain naval patrols between 2008 and 2015<sup>144</sup>. This provides no support for Kenya’s case. First, as the map on your screen shows, of the 22 alleged interceptions — you can see from the dots — only four occurred in the disputed maritime area. Two of those four interceptions allegedly occurred in the early 1990s — when Somalia had no effective government — and the other two allegedly occurred between 2008 and 2011 — by which time the maritime dispute had already arisen. A further two interceptions occurred north of the parallel line now claimed by Kenya — indicating that the Kenyan Navy undertook interceptions without regard to the existence of *any* maritime boundary.

44. Second, a significant majority of the points plotted on the diagrams produced by Kenya merely purport to show the *transient* locations of Kenyan naval vessels in the disputed maritime space *after* the maritime dispute had arisen. There is, moreover, no suggestion whatsoever that any of those vessels were doing anything other than exercising internationally recognized rights of freedom of navigation and innocent passage — and such activities as each of you well know cannot constitute *effectivités*.

---

<sup>143</sup> See for example CMK, para. 183; Kenya’s Appendix 2, paras. 427, 454, 458, 507-508. See also CR 2016/12, p. 40, para. 3 (Muigai) (“Somalia has only recently begun to emerge from a long period of instability caused by civil war, humanitarian disaster and widespread terrorism. In particular, Somalia has no maritime enforcement capacity”).

<sup>144</sup> RK, fig. 1-13 and Kenya’s Appendix 2, figs. 2 and 3.



45. Third, from at least 2012 onwards patrols and interceptions by the Kenyan Navy occurred under the auspices of the African Union Mission to Somalia, pursuant to the authorization of the United Nations Security Council, which of course was expressly premised on full respect for Somalia's sovereignty<sup>145</sup>. Naval patrols pursuant to that multinational peacekeeping mandate cannot, on any view, amount to an exercise of sovereign authority by Kenya in the disputed maritime area.

46. Kenya recognizes the total paucity of its evidence. And last week Kenya made an eleventh-hour attempt to bolster its case. What did it do? It wheeled out a witness statement from the former Chief of General Staff of the Kenyan military, a gentleman who retired about 16 years ago, and who somehow claims to be able to recollect the precise location of Kenyan naval patrols as far back as 1972. That is nearly 50 years *ago*<sup>146</sup>. This gentleman who seems to possess an extraordinary memory — his name is retired General Kibwana — makes no pretence at neutrality: read his statement carefully for he expressly advocates for a parallel maritime boundary. His evidence is partisan, it is untested, it is uncorroborated and it has been produced about a week before the hearings in this litigation. It has no authority and no weight could be fairly attached to it.

47. Kenya also relies on purported evidence concerning marine scientific research and fisheries activities in the disputed area. Again, that evidence provides no support for Kenya's case. First, the majority of the activities were undertaken by international organizations, not by Kenya — a point Kenya does not dispute. Second, with just one exception, Kenya does not allege that any of those activities occurred within the disputed area. Activities outside the disputed area plainly are not relevant to the status of the disputed area. Third, Kenya does not claim to have authorized any of those activities. And fourth, even if Kenya had undertaken or authorized such activities within the disputed area, Article 241 of UNCLOS expressly provides that such activities “shall not constitute the legal basis for any claim to any part of the marine environment or its resources”. Fifth, as Somalia explained in its Reply<sup>147</sup>, the specific reports and diagrams cited by Kenya are either ambiguous or do not purport to record the location of the alleged maritime boundary at all.

---

<sup>145</sup> See RS, paras. 2.60-2.61.

<sup>146</sup> Kenya's Appendix 2, Ann. WS1, Witness Statement of General (Ret'd) Joseph Raymond Kibwana, EGH, CBS, 11 Jan. 2021, para. 24.

<sup>147</sup> See RS, para. 2.68.

48. The fallacy of Kenya's factual case regarding its alleged *effectivités* is perhaps most clearly illustrated by its oil concession practice. Kenya is totally silent on the fact that the evidence makes clear that for more than two decades after the 1979 Presidential Proclamation, Kenya granted oil concession blocks that consistently respected an equidistance line. This is demonstrated by the maps produced by the oil service companies in 1979<sup>148</sup> — you can see here the 1979 map — in 1982<sup>149</sup>, in 1984<sup>150</sup>, in 1985<sup>151</sup>, in 1994<sup>152</sup>, in 1995<sup>153</sup> and in 1996<sup>154</sup>. Further, Kenya does not claim that it ever actually licenced oil concessions north of the equidistance line at any time in the 1970s, 1980s or 1990s. And Kenya concedes that, “between 1994-1996 Kenya licensed blocks along a median line in part of the territorial sea”<sup>155</sup>.

49. Kenya's case concerning the alleged *effectivités* is further contradicted by its publication of various maps from the early 1980s, which actually depict an equidistant maritime boundary. Let us look at one example: a map from 1980 produced by the Ministry of Agriculture which clearly shows an equidistant maritime boundary in the territorial sea.

50. In 2003, the Survey of Kenya published an official National Atlas on behalf of the Government of Kenya. The atlas contained a number of maps which all depicted a south-easterly maritime boundary with Somalia in the territorial sea. By way of example, you can see the map — it is the light blue area on the screen that is now on, it is the area within the red circle — a map which was produced by the National Oil Company of Kenya. In addition to the diagonal line in the territorial sea between Kenya and Somalia, the line within the red circle, at the bottom of the map corresponds exactly with the agreed Kenya/Tanzania boundary. It is clear, therefore, that this map produced by Kenya's national oil company, and republished in Kenya's Government's official atlas, describes where Kenya truly believed at that time the boundary line between it and Somalia lay; and that is, along an equidistance line.

---

<sup>148</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya (Coastal Area): Synopsis 1979* (Feb. 1980); MS, Vol. II, Ann. M2.

<sup>149</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya (Coastal Area): Synopsis 1982* (Jan. 1983); MS, Vol. II, Ann. M3.

<sup>150</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya: Synopsis 1984* (Jan. 1985); MS, Vol. II, Ann. M4.

<sup>151</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya: Synopsis 1985 (Including Current Activity)* (Apr. 1986); MS, Vol. II, Ann. M5.

<sup>152</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya: Synopsis 1994* (Jan. 1995); MS, Vol. II, Ann. M6

<sup>153</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya: Synopsis 1995* (July 1996); MS, Vol. II, Ann. M7.

<sup>154</sup> Petroconsultants S.A., *Kenya: Current Status & Synopsis 1996* (June 1997) ; MS, Vol. II, Ann. M8.

<sup>155</sup> RK, para. 98.

51. It is presumably because of official publications such as these that independent cartographers have also published maps which depict an equidistant maritime boundary between the Parties. To give just one example, a compendium on *The Maritime Boundaries of the Indian Ocean* published in 1992 clearly shows an equidistance line in the territorial sea, EEZ and continental shelf.

52. Now we, on the Somalia side, do not contend that maps such as these are capable of affecting the location of the maritime boundary as a matter of law, but they do cast important light on the factual credibility of Kenya's claim to have undertaken extensive *effectivités* up to a parallel line. As with Kenya's maritime legislation, these materials undermine Kenya's arguments.

**IX. Somalia's long-standing position that the maritime boundary should follow an equidistance line and its protests against Kenya's claim to a parallel line**

53. I turn lastly to Kenya's claim that it was only in 2014 that Somalia first protested against Kenya's parallel line argument, or formally asserted that the boundary should follow an equidistance line. The claim is wrong and unsupported by evidence.

54. But what the evidence does show is that for several decades Somalia has considered that the maritime boundary should follow an equidistance line and it has consistently expressed that view to Kenya. As long ago as 1974, during the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Kenya's representative observed that Somalia had "specifi[ed] the median line as the dividing line" in the territorial sea<sup>156</sup>. Moreover, as the map on the screen shows, in 1978 — that is 36 years before Somalia instituted these proceedings before the Court — the Government of Somalia offered an oil and gas concession block which followed a south-easterly line that closely resembled an equidistance line for about 100 nautical miles.

55. Ten years later, Somalia enacted the Somali Maritime Law of 1988, which stated that the maritime boundary with Kenya "is a straight line toward the sea"<sup>157</sup>. As Somalia has explained in its written submissions, it is clear that the 1988 Law was intended to describe an equidistant boundary

---

<sup>156</sup> Permanent Mission to the United Nations of the Republic of Kenya, *Report on the Work of the Second Session of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, held in Caracas, Venezuela, from 20th June to 29th August 1974*, doc. 273/430/001A/15 (28 Oct. 1974), p. 64; CMK, Vol. II, Ann. 11.

<sup>157</sup> Somali Democratic Republic, Ministry of Fisheries and Sea Transport, *Somali Maritime Law* (1988), Art. 4 (6); MS, Vol. III, Ann. 10.

line, not a line of parallel<sup>158</sup>. Indeed, the language of a “straight line toward the sea” clearly describes a line that intersects the coast at a roughly perpendicular angle; it is not apposite to describe a parallel boundary line which intersects the coast at a highly acute angle. The position enshrined in Somalia’s legislation was (and is) consistent with Kenya’s own legislation which expressly refers to the existence of an equidistant boundary in the territorial sea.

56. Somalia’s long-standing claim to an equidistant maritime boundary is reflected in various other documents. For example, in 2001 the multinational oil company TotalFinaElf delivered a presentation to the Government of Somalia which contained a map depicting Somalia’s Jorre oil concession block extending up to and bounded, as you can see in the yellow circle, by the equidistance line<sup>159</sup>. This is consistent with the map published over a decade later showing the AMISOM monitoring sectors<sup>160</sup>.

57. The claim that Somalia made no protest until 2014 is a motif that is repeated numerous times throughout Kenya’s written pleadings. But it is demonstrably false, and it is directly contradicted by Kenya’s own statements to this Court. Let us look at what Kenya told the Court in its Preliminary Objections: “It was only *in 2009* that Somalia first *disputed* Kenya’s 1979 EEZ maritime boundary.”<sup>161</sup>

58. “2009”, Kenya said to you four years ago in this courtroom — *not* “2014” as it now argues, once again contradicting what it argued in the earlier phase. Somalia protested against the claimed parallel boundary half a decade before 2014. Indeed, Kenya’s position to the contrary is not arguable in light of the letter sent by the Prime Minister of Somalia to the Secretary-General of the United Nations on 19 August 2009, which stated that the delimitation of the continental shelf between Somalia and Kenya “has not yet been settled”, which explained that while Kenya claimed a parallel of latitude, Somalia claimed an equidistance line and which, therefore, informed the Secretary-General that “[t]his unresolved delimitation issue *is to be considered as a ‘maritime*

---

<sup>158</sup> See MS, Vol. I, para. 3.6, and RS, para. 2.99.

<sup>159</sup> RS, Vol. II, fig. 2.10.

<sup>160</sup> Security Council document S/2012/544, p. 225 (2012); RS, Vol. I, fig. R2.1.

<sup>161</sup> POK, para. 18; emphasis added.

*dispute*”<sup>162</sup>. The letter, which I must stress was dated August 2009, went on to make repeated reference to the “areas under dispute”.

59. The error in Kenya’s position is reinforced by the terms of the April 2009 MOU, which described the “unresolved delimitation issue” between the Parties as a “maritime dispute”, with no less than 11 references to the “dispute” or “disputed areas”. Despite this, Kenya alleges that Somalia did not in fact protest — and no maritime boundary dispute existed — for another five years after that treaty was signed.

60. Numerous other documents in the public domain contradict Kenya’s claim. Articles published by the international news agency Reuters in 2012 referred to the “row between Kenya and Somalia over their maritime border”<sup>163</sup> and described how Somalia had “accused Kenya . . . of awarding offshore oil and gas exploration blocks illegally . . . because the concessions lie in waters claimed by Somalia”<sup>164</sup>. Likewise, the United Nations Monitoring Group on Somalia devoted a section of its 2013 report to the “Conflict between Somalia and Kenya over the maritime boundary”. The report described how Somalia had “refused to recognise oil licenses granted to multinational companies by Kenya which protrude into waters defined as Somali according to that perpendicular demarcation line”. And it noted that Kenya had suspended the concession granted to one operator in 2012 which had failed to fulfil financial commitments “while legal uncertainty prevailed over the Kenyan-Somali maritime boundary”<sup>165</sup>.

61. As well as ignoring the factual record and *directly* contradicting its own pleadings — and the terms of a binding treaty to which it is a party — Kenya disregards the near total disintegration of the Somali State during the two-decade long civil war that ravaged the country from 1991 *onwards*. It is simply unreal to suggest that during that period Somalia could — and still less should — have consistently protested against Kenya’s unilateral proclamations and the handful of

---

<sup>162</sup> Letter from H.E. Omar Abdirashid Ali Sharmarke, Prime Minister of the Transitional Federal Government of the Somali Republic, to H.E. Ban Ki-moon, Secretary-General of the United Nations, No. XRW/00506/08/09 (19 Aug. 2009); MS, Vol. III, Ann. 37; emphasis added.

<sup>163</sup> K. Gilblom, *Kenya, Somalia border row threatens oil exploration*, Reuters (20 Apr. 2012); MS, Vol. IV, Ann. 104.

<sup>164</sup> K. Gilblom, *Somalia challenges Kenya over oil blocks*, Reuters (6 July 2012); MS, Vol. IV, Ann. 107.

<sup>165</sup> United Nations Monitoring Group on Somalia and Eritrea, *Report of the Monitoring Group on Somalia and Eritrea pursuant to Security Council resolution 2060 (2012): Somalia*, UN doc. S/2013/413 (12 July 2013), p. 250, para. 33.

undetected activities Kenya allegedly undertook in the disputed maritime area. Indeed, Kenya recognizes that “Somalia has only recently begun to emerge from a long period of instability caused by civil war, humanitarian disaster and widespread terrorism” and that during that period Somalia had “no maritime enforcement capacity”<sup>166</sup>, and was “in the midst of a fragile post-conflict transition”<sup>167</sup>. Kenya has itself described Somalia’s long civil war as “the most terrible years of its history”<sup>168</sup>.

62. Madam President, there are no reasonable or plausible reasons to doubt the magnitude of Somalia’s inability to defend its maritime assets in the 1990s and 2000s. In 2011, the United Nations Secretary-General noted that since 1991 the “absence of an effective central government” in Somalia meant there was “little or no . . . framework for environmental and natural resource governance” in the country. In particular, both the national and regional government “lack[ed] implementation and enforcement capacity” as a result of “enormous” challenges including “political instability”, “absence of research and monitoring capabilities”, “weak technical capacity” and “lack of funding”. The complete “lack of State control or governance” resulted in “widespread misuse of Somalia’s natural resources”<sup>169</sup>.

63. In its submissions before the Court, Kenya itself places reliance upon what it describes as Somalia’s “lack of territorial and maritime enforcement capacity”<sup>170</sup>, “[its] manifest inability to control [its] land and maritime territory”<sup>171</sup>, [its] “incapacity to police its coasts”<sup>172</sup> and “Somalia’s inability to safeguard its waters from piracy . . . and other grave forms of maritime crime”<sup>173</sup>. Yet Kenya’s case on acquiescence ignores all of this, as well as the facts. While acknowledging the systematic plunder of Somalia’s maritime resources, Kenya now seeks to exploit that incapacity —

---

<sup>166</sup> CR 2016/12, p. 40, para. 3 (Muigai).

<sup>167</sup> CR 2016/10, pp. 25-26, para. 25 (Akhavan).

<sup>168</sup> Kenya’s Appendix 2, para. 49.

<sup>169</sup> United Nations Security Council, *Report of the Secretary-General on the protection of Somalia natural resources and waters*, UN doc. S/2011/661 (25 Oct. 2011), paras. 5, 22 and 61; RS, Vol. II, Ann. 19.

<sup>170</sup> Kenya’s Appendix 2, para. 507.

<sup>171</sup> CMK, para. 183.

<sup>172</sup> Kenya’s Appendix 2, para. 427.

<sup>173</sup> Kenya’s Appendix 2, para. 508.

and to rewrite history — to bolster a hopeless claim to some of Somalia’s most important remaining natural assets.

## **X. Conclusion**

64. Madam President, Members of the Court, the factual picture is clear, consistent and incontrovertible. As well as being wrong in law, as Professor Pellet has demonstrated, Kenya’s acquiescence argument is totally unsupported by the facts on the record. The argument is contradicted by Kenya’s own acts, in a variety of international fora, including before this Court, just four years ago; it is contradicted by the bilateral negotiations with Somalia, in the binding treaty between the Parties; it is contradicted in the words of its own Government; and it is contradicted by the terms of its own domestic maritime legislation. Kenya’s argument is, if I may use a single word, hopeless, or, if I use two words, totally hopeless.

65. Madam President, thank you for your kind attention. That concludes my submissions on behalf of Somalia, and I invite you to call Professor Miron to the Bar.

The PRESIDENT: I thank Professor Sands and I now give the floor to Professor Alina Miron. You have the floor.

Ms MIRON: Thank you, Madam President. My speech is supposed to last around 35 minutes, so I may need to go beyond 6 o’clock for 10 minutes. Thank you very much.

### **LE DROIT DE LA DELIMITATION MARITIME**

1. Madame la présidente, Monsieur le vice-président, Mesdames et Messieurs les juges, c’est un grand honneur pour moi de défendre devant vous les droits de la République fédérale de Somalie.

2. Ma présentation porte sur le droit de la délimitation maritime. Elle aurait pu être brève et simple, comme le fond de cette affaire l’est également. En effet, quand on sait que, après votre arrêt *Délimitation maritime en mer Noire*<sup>174</sup>, la méthode standard de l’équidistance/circonstances

---

<sup>174</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 624 ; *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 3 ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l’océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d’Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 139 ; *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 4 ; *Délimitation de la frontière maritime dans l’océan Atlantique (Ghana/Côte d’Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, p. 4 ; sentence du 7 juillet 2014, *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et l’Inde dans le golfe du Bengale* ; sentence du 29 juin 2017, *Arbitrage entre la Slovénie et la Croatie*.

pertinentes, a été adoptée *systematiquement* par tous les jugements et sentences arbitrales ultérieurs, il paraît difficile d'innover en la matière.

3. Mais c'est sans compter toutefois avec la fantaisie de la Partie kenyane. Elle vous invite à effacer des décennies de maturation jurisprudentielle, pour endosser une nouvelle approche, la délimitation par parallèle de latitude. La justification avancée par nos contradicteurs ? Le parallèle aurait le mérite de correspondre à leurs revendications et donc à leur vision de l'équité. Plutôt que d'avancer une autre vision subjective de l'équité, la Somalie vous invite à appliquer, en toute objectivité, la méthode standard. Elle a été façonnée pour aboutir à une solution équitable et il n'y a aucun fondement à opposer, comme le fait le Kenya, celle-ci à celle-là.

4. Dans un premier temps, je m'emploierai donc à rappeler les raisons pour lesquelles la méthode standard relève d'un acquis judiciaire à préserver, et, dans un second temps, je réfuterai les arguties du Kenya, dont le caractère subjectif (voire arbitraire), renforce notre plaidoyer.

### **I. La méthode standard, un acquis judiciaire**

5. La Somalie et le Kenya ayant ratifié la convention de Montego Bay en 1989<sup>175</sup>, les principes de délimitation applicables à notre affaire sont ceux énoncés aux articles 15 (pour la mer territoriale), 74 et 83 (pour la zone économique exclusive et le plateau continental respectivement).

6. Ces trois dispositions consacrent le primat de l'accord. Nous n'avons aucune divergence de vue avec le Kenya sur ce point<sup>176</sup>. S'il existait un accord entre les Parties, la Cour serait appelée à le constater et non pas à suivre une quelconque méthode objective de délimitation. Seulement, à moins de distordre les faits comme dans un tableau surréaliste de Salvador Dalí, rien dans le dossier devant vous n'atteste d'un accord entre les Parties, ni d'un acquiescement de la Somalie au parallèle revendiqué par son voisin. Au contraire, comme le professeur Sands l'a démontré, la seule entente à laquelle les deux Parties sont parvenues, consignée dans le mémorandum d'accord de 2009, porte sur la persistance d'un différend relatif à leur frontière maritime.

7. C'est ce différend de délimitation, au demeurant fort classique sur le fond, que la Cour est appelée à résoudre. Selon quelles méthodes ? Sur ce point, nos positions divergent radicalement.

---

<sup>175</sup> MS, par. 3.2, 3.7.

<sup>176</sup> CMK, par. 275 ; DK, par. 115-117.



Selon la Somalie, la Cour n'a point de raison de s'écarter d'une jurisprudence qu'elle tient pour «établie»<sup>177</sup> voire «constante»<sup>178</sup>. On le sait, elle consiste à déterminer la frontière :

- i) dans la mer territoriale, suivant une méthode en deux étapes : «premièrement, [la Cour trace] une ligne médiane provisoire et deuxièmement elle [examine] s'il existe quelque circonstance spéciale justifiant d'ajuster cette ligne»<sup>179</sup>, et
- ii) pour la zone économique exclusive puis le plateau continental, la Cour doit chercher à «aboutir à une solution équitable», selon les termes des articles 74 et 83 de la Convention *sur le droit de la mer (CNUDM)*. Le chemin pour atteindre cet objectif est dorénavant tracé et comporte trois étapes :

«Premièrement, [la Cour] défini[t] une ligne d'équidistance provisoire en se servant des points de base les plus appropriés sur les côtes pertinentes des Parties. Deuxièmement, elle examine[] s'il existe des circonstances pertinentes susceptibles de justifier un ajustement de la ligne d'équidistance provisoire. Troisièmement, elle apprécie[] le caractère globalement équitable de la frontière obtenue à l'issue des deux premières étapes en vérifiant s'il n'y a pas de disproportion marquée entre la longueur des côtes pertinentes des Parties et les espaces maritimes qui leur seraient attribués.»<sup>180</sup>

8. En écartant d'un revers de la main cette jurisprudence fermement établie, le Kenya serine le refrain des causes perdues — je cite sa duplique : «la méthode en trois étapes n'est pas obligatoire pour parvenir à une solution équitable»<sup>181</sup>. Mais la question est mal posée. Personne ne conteste que, s'agissant du plateau continental et la zone économique exclusive, le principe juridique applicable soit celui de la solution équitable<sup>182</sup>.

9. Il n'en reste pas moins qu'il faut un chemin pour atteindre cet objectif. Après une série de décisions où la Cour s'est cherchée elle-même, dans un effort de pondérer la subjectivité inhérente à

---

<sup>177</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), par. 98 et 135, et la jurisprudence citée.

<sup>178</sup> *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 101, par. 118 ; différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 284, et la jurisprudence citée.

<sup>179</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), par. 98, et la jurisprudence citée.

<sup>180</sup> *Ibid.*, par. 135 et la jurisprudence citée.

<sup>181</sup> DK, par. 14. DK *bis*, par. 23.

<sup>182</sup> MS, par. 6.3, 6.10-6.12 ; CMK, par. 279-284 ; RS, par. 3.20, 3.24 ; DK, par. 111.

l'équité, elle a conclu qu'elle doit avoir recours «à des méthodes à la fois objectives sur le plan géométrique et adaptées à la géographie de la zone»<sup>183</sup>.

10. La méthode en trois étapes, c'est précisément l'alliance entre la prévisibilité de la géométrie, la spécificité de la géographie côtière et la flexibilité de l'équité. Ce n'est donc pas par automatisme<sup>184</sup>, encore moins par fétichisme de «l'uniformité méthodologique»<sup>185</sup> que cette méthode s'est imposée comme un acquis judiciaire. Au contraire, sa consécration répond à un besoin de «cohérence et ... de prévisibilité»<sup>186</sup> du processus de délimitation, comme vous l'avez souligné dans l'affaire *Jan Mayen*. Et dans la même veine, la chambre du TIDM dans l'affaire *Côte d'Ivoire/Ghana* insistait-elle aussi sur le fait que «la transparence et la prévisibilité du processus de délimitation dans son ensemble sont ... des objectifs à prendre en compte»<sup>187</sup> par le juge.

11. La question n'est donc pas celle du caractère obligatoire de la méthode en trois étapes, mais celle de l'impératif de sécurité juridique, qui impose à la Cour d'être cohérente avec sa jurisprudence antérieure<sup>188</sup>. Dès lors, les longs développements consacrés par le Kenya à l'adoption de méthodes différentes par les Etats, dans leurs traités de délimitation<sup>189</sup>, sont sans incidence sur l'application, par la Cour, de sa jurisprudence fermement établie. Nul ne doute que les Etats soient libres de retenir la méthode de délimitation et le tracé frontalier de leur choix, en fonction de leurs appréciations subjectives de l'équilibre des intérêts en présence. Mais la Cour ne jouit pas d'un tel pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle tranche entre les positions divergentes des Parties. C'est toute la différence entre une délimitation subjective par voie d'accord et une délimitation objective par voie judiciaire.

---

<sup>183</sup> *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 101, par. 116 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), par. 191.

<sup>184</sup> CMK, par. 308-309 ; DK, par. 113, 123, 137, 187.

<sup>185</sup> DK bis, par. 355.

<sup>186</sup> *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 64, par. 58, citant *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 39, par. 45.

<sup>187</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 281 renvoyant à *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et l'Inde dans le golfe du Bengale*, sentence du 7 juillet 2014, par. 339.

<sup>188</sup> Voir *mutatis mutandis*, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 664, par. 66.

<sup>189</sup> CMK, par. 302-306 ; DK, par. 127.

12. A cet égard, le Kenya fait effectivement fausse route lorsqu'il affirme que «[l]a méthode de délimitation en trois étapes n'est pas «standard» au sens où elle constituerait le point de départ obligatoire de toute délimitation»<sup>190</sup>. Au contraire, en cas de délimitation par voie judiciaire, la méthode en trois étapes bénéficie bel et bien d'une présomption d'application. Comme vous l'avez précisé à plusieurs reprises, celle-ci n'est écartée que si «des raisons impérieuses ne ... permettent pas»<sup>191</sup> de tracer une ligne d'équidistance provisoire.

13. Ainsi, dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, vous avez considéré «qu'il était impossible de construire une ligne d'équidistance du fait de la configuration du point terminal de la frontière terrestre ... et du caractère hautement instable de l'embouchure du fleuve»<sup>192</sup>. Les raisons impérieuses étaient donc «des considérations d'ordre géographique»<sup>193</sup> et ce sont celles-ci qui ne vous permettaient pas d'appliquer «le principe de l'équidistance». Mais vous avez aussitôt ajouté que «celui-ci n'en demeure pas moins la règle générale»<sup>194</sup>.

14. De même, dans l'arrêt *Nicaragua c. Colombie* de 2012, vous vous êtes demandé si l'équidistance «constitu[ait] un point de départ approprié pour la délimitation, étant donné qu'une partie *importante* de la zone pertinente se trouv[ait] ... derrière la ligne de base à partir de laquelle serait établie la ligne médiane»<sup>195</sup>. Or, en dépit de cette configuration côtière insolite, vous avez néanmoins conservé «la méthode normalement employée»<sup>196</sup>, en reléguant à la deuxième étape la prise en compte de ces facteurs géographiques inhabituels<sup>197</sup>.

15. Des facteurs de nature géographique seraient-ils présents dans l'affaire dont vous êtes saisis ? Non ! Et le Kenya n'en invoque d'ailleurs aucun dans ses écritures. Comme M<sup>e</sup> Reichler le montrera plus amplement demain, la géographie côtière est singulièrement banale. Partant, la

---

<sup>190</sup> DK, par. 10.

<sup>191</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), par. 191, renvoyant à *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 745, par. 281.

<sup>192</sup> *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, TIDM Recueil 2017, par. 285.

<sup>193</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 743, par. 278.

<sup>194</sup> *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 743, par. 278, et p. 745, par. 281.

<sup>195</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 697, par. 195.

<sup>196</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 697, par. 196.

<sup>197</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 697, par. 196.

Somalie considère que la ligne d'équidistance est bel et bien «le point de départ approprié pour parvenir à une solution équitable»<sup>198</sup>.

16. Mais «[l]e Kenya n'est pas de cet avis.»<sup>199</sup> Pourquoi ? Parce que, nous dit-il, «en l'espèce le parallèle permet d'obtenir une solution équitable»<sup>200</sup>. Vous conviendrez que cette façon de mettre la charrue avant les bœufs, en postulant que le résultat souhaité constitue également le point de départ du processus, ne nous permet pas vraiment d'avancer, si ce n'est en tournant en rond.

## II. La subjectivité des arguments du Kenya

17. Au demeurant, quels sont les arguments avancés par nos contradicteurs en faveur de leur parallèle ? Tels que résumés dans la duplique, ils seraient au nombre de quatre : «1) le droit applicable à l'époque critique ; 2) le contexte régional ; 3) la pratique des Parties jusqu'à ce jour ; et 4) un partage équitable des espaces maritimes»<sup>201</sup>.

18. En réalité, dans la présentation du Kenya, l'argument de la date critique et celui de la pratique des Parties apparaissent tous deux comme des avatars de son argument principal relatif à l'acquiescement. Et je les examinerai donc ensemble.

### 1. Prétendue compréhension commune de la solution équitable

19. L'autre Partie vous invite ainsi à adopter le parallèle au nom d'une prétendue compréhension commune de la solution équitable à la date critique. Celle-ci est arrêtée par le Kenya à 1979, date de sa première proclamation présidentielle<sup>202</sup>, au motif que c'est «l'époque où la frontière maritime s'est cristallisée entre le Kenya et la Somalie ... En conséquence [conclut le Kenya], c'est le droit en vigueur en 1979 ... qui est applicable.»<sup>203</sup>

20. Mais le Kenya invoque cependant les mannes du droit intertemporel d'une manière fallacieuse. Rappelons-nous les termes de la résolution de Wiesbaden de l'Institut de droit international : «le problème intertemporel ... concerne la délimitation du domaine d'application des

---

<sup>198</sup> DK, par. 125, notes de bas de page omises.

<sup>199</sup> DK, par. 125, notes de bas de page omises.

<sup>200</sup> DK, par. 112, plus intitulé «section B» du chapitre II auquel le paragraphe 112 renvoie.

<sup>201</sup> DK, par. 128, notes de bas de page omises.

<sup>202</sup> CMK, par. 60-61.

<sup>203</sup> DK, par. 130. Voir aussi *ibid.*, par. 133.

normes dans le temps»<sup>204</sup>. Mais à quelle norme le Kenya entend-il se rapporter ? Le prétendu accord tacite ? Comme le professeur Alain Pellet vient de le montrer, des revendications unilatérales ne sauraient cristalliser une frontière, du fait même de leur émission. Et d'acquiescement en 1979-1980, ou même après, il n'y a aucune trace dans le dossier, comme le professeur Sands vient de le prouver. Point d'accord, point de difficulté d'ordre intertemporel. Partant, la situation est très différente de celle où la Cour détermine la portée d'un accord au regard de l'intention des parties au moment de sa conclusion — comme ce fut par exemple l'hypothèse de l'arrêt *Pérou c. Chili*<sup>205</sup> —, et qu'à ce titre elle prend en compte «le contexte plus large, en particulier l'évolution du droit de la mer à cette époque, ... [pour] aider à déterminer la teneur de l'accord tacite intervenu entre elles»<sup>206</sup>.

21. Dans la présente affaire, il n'y a aucun accord à interpréter à la lumière du droit intertemporel. Au contraire, la Cour est amenée à délimiter la frontière maritime *hic et nunc*. A cette fin, il lui appartient d'appliquer le droit en vigueur au moment où elle procède à la délimitation<sup>207</sup>.

22. En réalité, le droit intertemporel est artificiellement mis en avant par le Kenya afin de tirer avantage de certaines déclarations faites par les représentants des Etats parties durant la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (et plus précisément en 1980 et 1982). Durant la conférence, la Somalie comme le Kenya ont été des supporteurs de la formule de la solution équitable<sup>208</sup>. Ce principe, ~~désormais~~ consacré par les articles 74 et 83 de la convention, reste aujourd'hui encore à la base du droit applicable à la délimitation. Il n'y a donc pas de contradiction entre la position soutenue à l'époque et celle promue par la Somalie devant la Cour de céans. Mais le Kenya pare les déclarations somaliennes faites dans ce contexte d'autres vertus juridiques bien inattendues.

---

<sup>204</sup> Résolution de l'Institut de droit international de Wiesbaden du 11 août 1975 sur «Le problème dit du droit intertemporel dans l'ordre international», *Annuaire de l'Institut*, 1975, vol. 56, p. 535, préambule.

<sup>205</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, par. 103-117. Dans la même veine, sentence du 31 juillet 1989, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, RSA*, vol. XX, p. 151, par. 85.

<sup>206</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2014*, par. 103.

<sup>207</sup> Voir *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 78, par. 41 et, *mutatis mutandis*, sentence du 7 juillet 2014, *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et l'Inde dans le golfe du Bengale*, par. 212. Voir aussi *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 19, par. 40.

<sup>208</sup> RS, par. 3.17-3.21 ; CMK, annexes 71 à 73.

23. Le Kenya en extrait miraculeusement la preuve d'une entente commune quant au caractère équitable du parallèle retenu par ses autorités en 1979 — et je cite l'argument passablement contorsionné de nos contradicteurs : «Les déclarations faites par la Somalie sur la délimitation équitable entre 1980 et 1982 présentaient donc un intérêt particulier pour la frontière maritime que le Kenya avait proclamée en 1979.»<sup>209</sup>

24. Pourtant, aucune des déclarations faites durant la troisième conférence, pas même celles du représentant du Kenya, ne font mention de la proclamation de 1979 et rien ne montre qu'il existerait un quelconque rapport entre ces éléments de nature différente : d'une part, un principe de délimitation, d'autre part, une revendication frontalière. On ne saurait fonder une «entente commune» relative à une frontière sur pareil tour de passe-passe !

25. Si les déclarations des représentants des deux Etats lors de la troisième conférence révèlent une quelconque compréhension commune, celle-ci porte uniquement sur l'adoption du principe de la solution équitable comme règle de délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental. Les positions subjectives des Parties exprimées durant les négociations étant subsumées par la règle de droit consacrée par la convention, elles s'effacent devant celle-ci.

26. Comme une chambre de la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Burkina Faso/Mali* :

«Il importe ... peu que [l'une des Parties] ait ou non adopté une attitude particulière ... au cours de négociations sur des questions de frontière ... et que cette attitude puisse ou non s'interpréter comme traduisant une prise de position déterminée, voire un acquiescement, quant aux principes et règles ... applicables à la solution du différend. Si ces principes et règles sont applicables en tant qu'éléments de droit dans la présente affaire, ils le sont quelle qu'ait été l'attitude [de cette Partie] ; dans le cas contraire, la Chambre ne pourrait en tenir compte que si les deux Parties le lui avaient demandé.»<sup>210</sup>

27. Autrement dit, les attitudes subjectives des Parties ne seront prises en compte que si et dans la mesure où «elles font partie des règles pertinentes de droit international»<sup>211</sup>. Dès lors, «l'entente commune» que décèle le Kenya dans l'attitude des Parties lors de la troisième conférence aboutit fatalement à l'application du principe de la solution équitable, tel que vous l'interprétez

---

<sup>209</sup> CMK, par. 76 ; voir aussi CMK, par. 277, 301.

<sup>210</sup> *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 575, par. 42 ; voir aussi *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 78, par. 41 ; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 23, par. 53.

<sup>211</sup> *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 78, par. 41.

d'une manière dorénavant constante. Le premier argument du Kenya pour vous convaincre de vous écarter de votre jurisprudence fait donc long feu.

## 2. Le prétendu effet d'amputation dans un contexte régional

28. Penchons-nous maintenant sur le prétendu effet d'amputation subi par le Kenya dans le contexte régional. Voilà un argument qui semble paré d'un soupçon d'objectivité géographique. Mais «semble» seulement, car en réalité, de l'aveu même du Kenya, tout effet d'amputation est dû, non pas à des circonstances géographiques telle la concavité, mais à deux accords de délimitation qu'il a conclus avec la Tanzanie en 1975-1976, puis en 2009<sup>212</sup>.

29. Selon le Kenya, puisqu'amputation il y a :

«143. [Son] accord frontalier ... avec la Tanzanie [et en réalité ils sont deux] ne saurait être purement et simplement écarté comme étant dépourvu de pertinence aux fins de déterminer ce qui constitue une solution équitable en la présente espèce. Il constitue un fait historique établi et fait partie de la réalité géographique dans laquelle une délimitation équitable de la frontière maritime entre le Kenya et la Somalie doit s'inscrire.»<sup>213</sup>

30. Vous noterez que le contexte régional ainsi mis en avant n'a rien d'une réalité géographique. L'ensemble des développements que le Kenya consacre à cet argument de l'amputation — et ils sont longs<sup>214</sup> — traitent exclusivement des accords de délimitation dans la région, auxquels la Somalie n'est nullement partie. C'est typiquement le genre d'argument que la Cour et d'autres juridictions internationales ont régulièrement rejeté. Ces accords sont *res inter alios acta* pour un Etat qui n'y est pas partie<sup>215</sup>, comme c'est le cas de la Somalie. Et, comme vous l'avez souligné dans *Nicaragua c. Colombie* de 2012 : «Il est un principe fondamental du droit international qu'un traité conclu entre deux Etats ne peut affecter par lui-même les droits d'un Etat tiers.» ~~*Et là*~~ **Comme l'a dit le tribunal saisi** de l'affaire *Ile de Palmas*, «[i]l est évident que, quelle que puisse être

---

<sup>212</sup> CMK, par. 347.

<sup>213</sup> DK, par. 143. Voir aussi DK *bis*, par. 377-378.

<sup>214</sup> CMK, par. 336 à 332 et DK, par. 135 à 148.

<sup>215</sup> *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), par. 123 ; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 685, par. 162 ; sentence du 7 juillet 2014, *Délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et l'Inde dans le golfe du Bengale*, par. 411.

la juste interprétation d'un traité, celui-ci ne peut être interprété comme disposant des droits d'Etats tiers indépendants»<sup>216</sup>.

31. Pour vous convaincre de vous éloigner de ce principe, le Kenya se réfère longuement à la sentence *rendue en l'affaire entre la Guinée et la Guinée-Bissau*<sup>217</sup>, dans laquelle le tribunal arbitral a considéré que : «Une délimitation visant à obtenir un résultat équitable ne peut ignorer les autres délimitations déjà effectuées ou à effectuer dans la région.»<sup>218</sup> Cette sentence ancienne — d'ailleurs critiquée et dont l'approche est restée isolée — ne saurait toutefois infirmer à elle seule un principe aussi fondamental que celui du *res inter alios acta*.

32. Partant, les autres délimitations conclues par l'une des parties — et *a fortiori* par des Etats étrangers à la procédure, comme la Tanzanie et le Mozambique, dont le Kenya se prévaut néanmoins<sup>219</sup> — ne sauraient faire partie des circonstances pertinentes *aux fins de la délimitation*. *En paraphrasant votre arrêt NICOL de nouveau, on peut dire que :*

«en particulier, ces accords ne sauraient ... permettre [au Kenya] de revendiquer, dans la zone où se chevauchent les droits respectifs des deux Parties, une portion plus importante que celle que lui reviendrait en l'absence de tels traités»<sup>220</sup>.

33. Mesdames et Messieurs les juges, je précise pour surplus de droit que la frontière entre le Kenya et la Tanzanie n'est pas non plus une donnée historique, comme nos contradicteurs le soutiennent dans leur duplique<sup>221</sup> et encore moins le résultat inéluctable de l'application du droit en vigueur au moment de la conclusion des deux accords de délimitation *entre ces deux Etats*, comme ils l'avancent dans la duplique *bis* de la semaine dernière<sup>222</sup>. En effet, le premier accord de 1975-1976 concerne la mer territoriale. Or le principe de l'équidistance était établi pour sa délimitation au moins depuis la convention de Genève *sur la mer territoriale et la zone contiguë* de 1958<sup>223</sup>, que le Kenya

---

<sup>216</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 707, par. 227 ; voir aussi *ibid.*, p. 685, par. 162 ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), par. 134 ; voir aussi SM, par. 7.49-7.50.

<sup>217</sup> CMK, par. 289, 290, 312, 325 ; DK, par. 142, 148 ; DK *bis*, par. 331-332, 401-402

<sup>218</sup> *Affaire de la Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau)*, sentence du 14 février 1985, RSA, vol. XIX, p. 183, par. 93.

<sup>219</sup> CMK, par. 24, 50, 332 ; DK, par. 156, 188.

<sup>220</sup> *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 707, par. 227.

<sup>221</sup> DK, par. 140, 143.

<sup>222</sup> DK *bis*, par. 391-392.

<sup>223</sup> Voir art. 12 et 24 de la convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë.



avait ratifiée en 1969. Partant, le Kenya et la Tanzanie ont déterminé le premier segment de leur frontière maritime, non pas en se conformant au droit général en vigueur à l'époque, mais en s'écartant sciemment des principes qu'il consacrait. En revanche, l'accord de 2009 portant sur la zone économique exclusive et le plateau continental a été conclu à une époque où la méthode en trois étapes était déjà consolidée et la revendication de la Somalie portant sur une ligne d'équidistance était connue du Kenya. Le Kenya est donc mal avisé à invoquer sa propre méconnaissance de ses droits et à demander, de ce fait, une compensation à la Somalie.

### 3. La proportionnalité comme justice distributive

34. Madame la présidente, j'en arrive maintenant au dernier argument soulevé par le Kenya en faveur du parallèle : celui de la «proportionnalité» dans la distribution de ces espaces maritimes comme test ultime de l'équité<sup>224</sup>. Selon nos contradicteurs,

«la «proportionnalité», qui a un rôle précis de vérification à jouer dans le cadre de la méthode en trois étapes, ne constitue pas un principe juridique applicable aux fins de tracer une ligne équitable, [mais] il s'agit néanmoins d'un outil analytique utile pour parvenir à un tel résultat puisqu'il permet de déterminer et d'illustrer l'ampleur de l'amputation»<sup>225</sup>.

35. Bien entendu, cette invitation à transposer la troisième étape de la méthode standard, et à la greffer sur aucune autre méthode reconnue, manque de tout fondement juridique. La délimitation maritime n'est pas de la «justice distributive»<sup>226</sup> !

36. Et pourtant telle est l'approche promue par le Kenya : ses calculs de «proportionnalité»<sup>227</sup> se fondent sur l'ensemble des côtes somaliennes, jusque dans le golfe d'Aden. C'est sur cette base que le Kenya calcule la zone de partage. Je remarque, au passage, qu'au nord, il délimite celle-ci par une ligne d'équidistance *provisoire* avec le Yémen. Un acte manqué sans doute...

37. Le Kenya vous invite ainsi à regarder loin au-delà de la zone pertinente et des côtes pertinentes, pour embrasser l'ensemble de la corne de l'Afrique. Et c'est sur cette hypothèse originale qu'il réalise ses calculs d'équité du parallèle : la Somalie se verrait accorder ainsi 371 kilomètres

---

<sup>224</sup> DK bis, par. 334.

<sup>225</sup> CMK, par. 292.

<sup>226</sup> Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 40, par. 46.

<sup>227</sup> CMK, par. 349-352.

carrés de zone maritime par kilomètre de côte, tandis que le Kenya obtiendrait 262 kilomètres carrés de zone maritime par kilomètre de côte<sup>228</sup>.

38. Mais ce n'est pas ainsi qu'on fait de la délimitation maritime ! La réalité géographique incontournable est que la Somalie a une longueur considérable de côtes, dont seule une portion correspond aux côtes pertinentes en l'espèce. Paul Reichler y viendra demain. Mais on peut déjà constater que, si on applique l'approche de «zone maritime par kilomètre de côte» promue par le Kenya, la délimitation devient un processus dans lequel un Etat, qui jouit de titres maritimes correspondant à la longueur considérable de ses côtes, devrait en céder une partie pour compenser l'exiguïté des côtes de son voisin et la conclusion, par celui-ci, d'un accord de délimitation à son désavantage. Ce n'est plus de l'équité que le Kenya exige, mais de la charité !

39. Pourtant

«L'équité n'implique pas nécessairement l'égalité. Il n'est jamais question de refaire la nature entièrement et l'équité ne commande pas qu'un Etat sans accès à la mer se voie attribuer une zone de plateau continental, pas plus qu'il ne s'agit d'égaliser la situation d'un Etat dont les côtes sont étendues et celle d'un Etat dont les côtes sont réduites. L'égalité se mesure dans un même plan et ce n'est pas à de telles inégalités naturelles que l'équité pourrait porter remède.»<sup>229</sup>

40. Mesdames et Messieurs les juges, l'hypothèse de délimitation proposée par le Kenya ne repose ni sur la géographie, ni sur les règles applicables. C'est une ode à la subjectivité dans chacun de ses aspects — subjectivité de sa prétention unilatérale qu'il essaie d'imposer à la Somalie au prétexte d'un acquiescement fictif ; subjectivité du droit applicable qui ne correspond nullement à la jurisprudence établie de la Cour ; et approche très subjective de l'équité comme justice distributive. Il est peu probable que vous cédiez aux sirènes de la subjectivité pour remettre en cause la méthode établie.

Madame la présidente, ceci clôt les plaidoiries de la Somalie pour cette première journée. Pour ma part, je vous remercie de votre bienveillante attention et je vous souhaite une agréable soirée (ou après-midi aux juges du continent américain). Je vous remercie.

---

<sup>228</sup> CMK, par. 352 ; DK, par. 185.

<sup>229</sup> *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. 49-50, par. 91.*

The PRESIDENT: I thank Professor Miron. Your statement brings to an end this afternoon's session. The Court will meet again tomorrow afternoon, at 3 p.m., to hear the remainder of the oral argument of Somalia, at the end of which the Assistant Deputy Agent of Somalia will read the final submissions of his Government. The sitting is adjourned.

*The Court rose at 6.05 p.m.*

---