

DISSENTING OPINION OF JUDGE TOMKA

Serious misgivings about Judgment's conclusion that under customary international law a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured may not extend within 200 nautical miles from the baselines of another State — Court arrives at a conclusion it could have arrived at in 2012 had it believed that such a rule existed — Bifurcated procedure — No opportunity for the Applicant to present its case in full.

Conclusion of the Court based on hypothetical "assumption" and inconclusive travaux préparatoires of the Convention — No trace in Convention or in travaux préparatoires that States participating in negotiations "assumed" that a State's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles "would only extend into maritime areas that would otherwise be located in the Area".

Identification of customary international law — No widespread and uniform State practice in support of alleged customary rule — Court ignores State practice that contradicts its finding.

No opinio juris in support of alleged customary rule — Flawed methodology — Court infers opinio juris from negative State practice — Negative State practice not motivated by a sense of legal obligation — Court ignores the view of those States that maintain that a State's continental shelf beyond 200 nautical miles may extend within 200 nautical miles from the baselines of another State.

Finding of the Court based on relationship between continental shelf and exclusive economic zone — Court's 1985 Judgment Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) misrepresented — 1985 Judgment does not support finding of the Court.

Finding of the Court departs from the jurisprudence of international courts and tribunals — Court provides no rationale for this departure — Fragmentation.

1. This Judgment is disquieting. It has been arrived at by an irregular procedure which prevented the Applicant from presenting its case in full as required by the Rules of Court. The Court rejects the Applicant's submissions just on the basis of its written pleadings. The Court is expected to rule on the final submissions of the applicant as presented at the end of the oral proceedings which have to be submitted by the agent in written, duly signed

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE TOMKA

[Traduction]

Sérieux doutes quant à la conclusion de l'arrêt qui voudrait qu'en droit international coutumier le droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de sa mer territoriale ne puisse pas s'étendre à des espaces maritimes en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État — Cour parvenant à une conclusion à laquelle elle aurait pu parvenir en 2012 si elle avait cru à l'existence d'une telle règle — Procédure scindée — Demandeur privé de la possibilité de présenter l'intégralité de son argumentation.

Conclusion de la Cour fondée sur une hypothétique « considération » et des travaux préparatoires de la convention peu probants — Nulle indication dans la convention et dans les travaux préparatoires que les États participant aux négociations « considéraient » que le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins « ne pouvait se prolonger que dans des espaces maritimes qui, autrement, feraient partie de la Zone ».

Détermination du droit international coutumier — Absence de pratique des États répandue et uniforme à l'appui de la règle coutumière alléguée — Cour passant sous silence la pratique étatique contraire à ses conclusions.

Absence d'opinio juris à l'appui de la règle coutumière alléguée — Méthodologie erronée — Cour déduisant l'opinio juris d'une pratique négative des États — Pratique négative des États ne s'expliquant pas par un sentiment d'obligation juridique — Cour faisant abstraction des vues des États pour lesquels le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins peut s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État.

Conclusion de la Cour fondée sur la relation entre plateau continental et zone économique exclusive — Lecture erronée de l'arrêt rendu par la Cour en 1985 en l'affaire du Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/ Malte) — Arrêt de 1985 ne venant pas étayer la décision de la Cour.

Conclusion de la Cour s'écartant de la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux — Cour ne donnant aucune explication à cette rupture — Fragmentation.

1. Le présent arrêt est perturbant. Il est l'aboutissement d'une procédure irrégulière qui a empêché le demandeur de présenter l'intégralité de son argumentation comme le veut le Règlement. La Cour rejette les conclusions du demandeur sur la seule base de ses écritures. Or, elle est censée statuer sur les conclusions finales du demandeur telles qu'elles ont été présentées oralement au terme des audiences et par écrit dans un document dûment

form¹. The Court in its Order of 4 October 2022 directed the Parties to address “*exclusively*” the two questions it put to them².

2. The Court adopted this procedure without ascertaining the Parties’ views on the procedure as required by the Rules of Court³.

3. The Judgment is not based on the application of international law but on a rule that the Court simply “invented”. The Judgment does not provide any serious analysis of State practice nor the required *opinio juris*. It limits itself to a simple assertion of “customary rule”.

4. It is perplexing that, in its 2012 Judgment, the Court did not dismiss Nicaragua’s claim to a continental shelf beyond 200 nautical miles on the basis of what the Court now asserts to be a “customary rule of international law”. It is to be recalled that, already in 2012, Colombia presented legal arguments in support of its position that a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles may not extend within 200 nautical miles from the baselines of another State⁴, the same arguments it has repeated in the current proceedings. The Court did not consider these legal arguments in 2012. Instead, the Court decided that it could not uphold Nicaragua’s continental shelf delimitation claim contained in its final submission I (3)⁵ because Nicaragua, being a party to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter “UNCLOS” or the “Convention”), had not presented its full submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf (hereinafter the “CLCS” or the “Commission”) in accordance with Article 76, paragraph 8, of the Convention⁶.

5. The Court subsequently confirmed, in its Judgment on preliminary objections rendered in 2016 in the present case, that it did not proceed to the delimitation of Nicaragua’s continental shelf beyond 200 nautical miles for that particular reason, and not because Nicaragua’s entitlement cannot

¹ Article 60, paragraph 2, of the Rules of Court.

² *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Order of 4 October 2022, *I.C.J. Reports 2022 (II)*, p. 565 (emphasis added).

³ Article 31 of the Rules of Court.

⁴ Rejoinder of Colombia, pp. 119-121, paras. 4.11-4.12, pp. 149-156, paras. 4.60-4.69, p. 157, para. 4.71 and pp. 331-332, para. 13; CR 2012/11, pp. 27-28, para. 34 (Crawford); CR 2012/12, pp. 60-61, paras. 77-78 (Bundy); CR 2012/16, p. 52, para. 85 (Bundy). For Nicaragua’s arguments, as presented to the Court in 2012, see notably Reply of Nicaragua, paras. 3.47-3.56, 3.67; CR 2012/8, pp. 27-28, paras. 6-7 (Oude Elferink); CR 2012/9, pp. 25, 27, 28-31, 34-35, paras. 21, 30, 38-48, 53, 66-73 (Lowe); CR 2012/15, pp. 23-26, paras. 31-51 (Lowe).

⁵ In its final submission I (3), Nicaragua requested the Court to decide that “[t]he appropriate form of delimitation, within the geographical and legal framework constituted by the mainland coasts of Nicaragua and Colombia, is a continental shelf boundary dividing by equal parts the overlapping entitlements to a continental shelf of both Parties”.

⁶ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 719, para. 251 (3). It will be noted that the Court saw this issue as one of “delimitation”.

signé par l'agent¹. Dans son ordonnance du 4 octobre 2022, la Cour avait enjoint aux Parties de «circonscrire» leurs plaidoiries à deux questions qu'elle leur posait².

2. La Cour avait décidé de procéder ainsi sans s'informer des vues des Parties sur les questions de procédure, comme l'exige son Règlement³.

3. L'arrêt est non pas fondé sur l'application du droit international mais sur une règle que la Cour a tout simplement «inventée». Il ne contient aucune analyse sérieuse de la pratique des États ni de l'*opinio juris* requise. Il se borne à se réclamer d'une «règle coutumière».

4. Il est déroutant que la Cour, dans son arrêt de 2012, n'ait pas rejeté la prétention du Nicaragua à un plateau continental au-delà de 200 milles marins sur le fondement de ce qu'elle affirme maintenant être une «règle coutumière de droit international». Il y a lieu de rappeler que, en 2012 déjà, la Colombie avait présenté des arguments juridiques pour démontrer que le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins ne peut pas s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État⁴, les mêmes qu'elle a fait valoir en l'espèce. La Cour n'a pas examiné ces arguments juridiques en 2012. Au lieu de cela, elle a jugé qu'elle ne pouvait accueillir la demande de délimitation du plateau continental formulée au point I. 3) des conclusions finales du Nicaragua⁵ car celui-ci, bien que partie à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (ci-après la «CNUDM» ou la «convention»), n'avait pas présenté une demande complète à la Commission des limites du plateau continental (ci-après la «Commission des limites» ou la «Commission») comme le requiert le paragraphe 8 de l'article 76 de la convention⁶.

5. La Cour a confirmé par la suite, dans son arrêt sur les exceptions préliminaires rendu en l'espèce en 2016, que c'était précisément pour cette raison qu'elle n'avait pas procédé à la délimitation du plateau continental du Nicaragua au-delà de 200 milles marins, et non parce que ce plateau ne pouvait

¹ Paragraphe 2 de l'article 60 du Règlement de la Cour.

² *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, ordonnance du 4 octobre 2022, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 565 (les italiques sont de moi).

³ Article 31 du Règlement de la Cour.

⁴ Duplique de la Colombie, p. 119-121, par. 4.11-4.12, p. 149-156, par. 4.60-4.69, p. 157, par. 4.71, et p. 331-332, par. 13; CR 2012/11, p. 27-28, par. 34 (Crawford); CR 2012/12, p. 60-61, par. 77-78 (Bundy); CR 2012/16, p. 52, par. 85 (Bundy). En ce qui concerne les arguments du demandeur, tels qu'ils furent présentés à la Cour en 2012, voir notamment la réplique du Nicaragua, par. 3.47-3.56 et par. 3.67; CR 2012/8, p. 27-28, par. 6-7 (Oude Elferink); CR 2012/9, p. 25, par. 21; p. 27, par. 30; p. 28-31, par. 38-48 et 53; p. 34-35, par. 66-73 (Lowe).

⁵ Au point I. 3) de ses conclusions finales, le Nicaragua priait la Cour de dire que, «dans le cadre géographique et juridique constitué par les côtes continentales du Nicaragua et de la Colombie, la méthode de délimitation à retenir consiste à tracer une limite opérant une division par parts égales de la zone du plateau continental où les droits des deux Parties sur celui-ci se chevauchent».

⁶ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 719, par. 251 3). On relèvera que la Cour a considéré qu'il s'agissait d'une question de «délimitation».

extend within 200 nautical miles from Colombia's mainland coast. Having heard the Parties' arguments on the scope of its 2012 Judgment, the Court stated that

“[i]t has found that delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan coast was conditional on the submission by Nicaragua of information on the limits of its continental shelf beyond 200 nautical miles, provided for in paragraph 8 of Article 76 of UNCLOS, to the CLCS. The Court thus did not settle the question of delimitation in 2012 because it was not, at that time, in a position to do so.”⁷

6. Still in 2016, the Court was of the view that it would be able to proceed to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles claimed by Nicaragua subsequent to the filing of Nicaragua's submission to the Commission in 2013. The Court has thus allowed a further decade of litigation between the Parties, only to arrive in 2023 at the conclusion it could have arrived at in 2012, had it been convinced that this rule of customary international law existed.

7. In its Order of 4 October 2022, the Court formulated two questions of law to the Parties:

“(1) Under customary international law, may a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured extend within 200 nautical miles from the baselines of another State?

(2) What are the criteria under customary international law for the determination of the limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured and, in this regard, do paragraphs 2 to 6 of Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea reflect customary international law?”⁸

8. In today's Judgment the Court rejects Nicaragua's request for delimitation because, according to it, under customary international law, a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured “may not extend within 200 nautical miles from the baselines of another State” (Judgment, para. 79). Today's conclusion by the Court is surprising since the Court is supposed to know the law (*iura novit curia*). As the Court has stated in the past,

⁷ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 132, para. 85.

⁸ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Order of 4 October 2022, I.C.J. Reports 2022 (II), p. 565.

pas s'étendre en deçà de 200 milles marins de la côte continentale de la Colombie. Ayant entendu les arguments des Parties sur la portée de l'arrêt de 2012, la Cour a dit avoir

«conclu que la délimitation du plateau continental au-delà des 200 milles marins des côtes nicaraguayennes était conditionnée par la soumission, de la part du Nicaragua, des informations sur les limites de son plateau continental au-delà de 200 milles marins, prévues au paragraphe 8 de l'article 76 de la CNUDM, à la Commission. La Cour n'a[vait] donc pas tranché la question de la délimitation, en 2012, parce qu'elle n'était pas, alors, en mesure de le faire.»⁷

6. En 2016 encore, la Cour estimait qu'elle pouvait procéder à la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins que le Nicaragua avait sollicitée après avoir déposé sa demande à la Commission des limites en 2013. Elle a ainsi ouvert la voie à une autre décennie de procédures judiciaires entre les Parties, et ce, pour parvenir en 2023 à une conclusion à laquelle elle aurait pu parvenir en 2012, si elle avait été convaincue de l'existence de cette règle de droit international coutumier.

7. Dans son ordonnance du 4 octobre 2022, la Cour a posé deux questions de droit aux Parties :

«1) En droit international coutumier, le droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de sa mer territoriale peut-il s'étendre à des espaces maritimes en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État ?

2) Quels sont en droit international coutumier les critères sur la base desquels il convient de déterminer les limites du plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ? À cet égard, les paragraphes 2 à 6 de l'article 76 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer reflètent-ils le droit international coutumier ?»⁸

8. Dans le présent arrêt, la Cour rejette la demande de délimitation du Nicaragua car, selon elle, en droit international coutumier, le droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de sa mer territoriale «ne peut pas s'étendre à des espaces maritimes en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État» (arrêt, par. 79). Cette conclusion est étonnante car la Cour est censée connaître le droit (*iura novit curia*). Comme elle l'a dit par le passé,

⁷ *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 132, par. 85.*

⁸ *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 4 octobre 2022, C.I.J. Recueil 2022 (II), p. 565.*

“as an international judicial organ, [it] is deemed to take judicial notice of international law . . . It being the duty of the Court itself to ascertain and apply the relevant law in the given circumstances of the case, the burden of establishing or proving rules of international law cannot be imposed upon any of the parties, for the law lies within the judicial knowledge of the Court.”⁹

The question remains why the Court did not adopt this view in 2012. No answer is given in the present Judgment.

9. As I disagree with the Court’s conclusion, I should explain why.

I. SCOPE AND MEANING OF THE FIRST QUESTION

10. The Court’s first question concerns only one step in the delimitation process. As the Judgment correctly points out, “[a]n essential step in any delimitation is to determine whether there are entitlements, and whether they overlap” (Judgment, para. 42). This step is essential for at least two reasons. For one, what States claim to be entitled to, and what they are in point of fact entitled to, do not always coincide; the Court must therefore determine for itself what the parties’ entitlements are. It does so by identifying the parties’ coasts that generate entitlements to maritime areas. Entitlements are said to “overlap” when the projections from the coast of one party overlap with projections from the coast of the other party¹⁰. This step is also essential because overlapping entitlements are a condition precedent for the Court to proceed to delimitation; in the absence of overlapping entitlements, there is simply nothing for the Court to delimit.

11. The Court’s question is directed at this preliminary step of the delimitation process (which I will for convenience refer to simply as “the identification step”). The question has been framed in terms of law, as a legal question in general, not in terms of the circumstances of the present case.

12. At risk of stating the obvious, just because a State is entitled to a certain maritime area, this does not mean that it must obtain the full extent of that entitlement at the end of the delimitation process. Unlike a valid title over a certain territory, which implies the exclusion of any other title over the same territory, maritime entitlements have the particular feature that they can overlap with other maritime entitlements¹¹. As the Court

⁹ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 9, para. 17, and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 181, para. 18.

¹⁰ See *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 89, para. 77.

¹¹ Prosper Weil, “Délimitation maritime et délimitation terrestre” in Yoram Dinstein and Mala Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 1021-1023.

« en tant qu'organe judiciaire international, [elle] n'en est pas moins censée constater le droit international... La Cour ayant pour fonction de déterminer et d'appliquer le droit dans les circonstances de chaque espèce, la charge d'établir ou de prouver les règles de droit international ne saurait être imposée à l'une ou l'autre Partie, car le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour. »⁹

Reste à savoir pourquoi la Cour n'a pas adopté cette position en 2012. Le présent arrêt ne contient aucune réponse à cette question.

9. Étant donné que je ne souscris pas à la conclusion de la Cour, il me faut expliquer pourquoi.

I. LA PORTÉE ET LA SIGNIFICATION DE LA PREMIÈRE QUESTION

10. La première question de la Cour ne concerne qu'une étape du processus de délimitation. Comme le rappelle l'arrêt à juste titre, « [l]'une des étapes essentielles dans tout processus de délimitation consiste à déterminer s'il existe des droits, et si ceux-ci se chevauchent » (arrêt, par. 42). Cette étape est essentielle pour au moins deux raisons. Tout d'abord, les droits que les États revendiquent ne coïncident pas toujours avec ceux auxquels ils peuvent en réalité prétendre ; la Cour doit donc déterminer elle-même ce à quoi les parties ont droit. Pour cela, elle définit quelles côtes des parties génèrent des droits à des espaces maritimes. Il y a « chevauchement » de droits lorsque les projections de la côte d'une partie empiètent sur celles de la côte de l'autre partie¹⁰. Cette étape est également essentielle parce que le chevauchement de droits conditionne la possibilité de procéder à une délimitation ; en l'absence de chevauchement de droits, la Cour n'a tout simplement rien à délimiter.

11. La question de la Cour vise cette étape préliminaire du processus de délimitation (que, par commodité, j'appellerai simplement « l'étape de la détermination »). Elle est posée au regard du droit, comme l'est généralement une question juridique, et non au regard des circonstances de l'espèce.

12. Au risque d'exprimer une évidence, rappelons que ce n'est pas parce qu'un État a droit à un espace maritime donné qu'il doit se voir accorder toute l'étendue de cet espace au terme du processus de délimitation. À la différence d'un titre valide sur un territoire donné, qui emporte l'exclusion de tout autre titre sur ce même territoire, les droits à des espaces maritimes ont ceci de particulier qu'ils peuvent se chevaucher¹¹. Comme la Cour l'a expli-

⁹ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 9, par. 17, et *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 181, par. 18.

¹⁰ Voir *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 89, par. 77.

¹¹ Prosper Weil, « Délimitation maritime et délimitation terrestre » dans Yoram Dinstein et Mala Tabory (sous la dir. de), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 1021-1023.

explained in the *Maritime Delimitation in the Black Sea* case, the task of delimitation consists of “resolving the overlapping claims by drawing a line of separation of the maritime areas concerned”¹². This requires that, so far as possible, the line of delimitation should “allow the coasts of the [p]arties to produce their effects in terms of maritime entitlements in a reasonable and mutually balanced way”¹³. Entitlements can be amputated to achieve an equitable solution. The delimitation process often results in one or both parties not obtaining areas that they would otherwise be entitled to had it not been for the presence of the other¹⁴.

13. It follows that an affirmative answer to the Court’s question in no way implies that Nicaragua must be allocated all, most — or indeed any — of the area where the Parties’ entitlements might overlap within 200 nautical miles from Colombia’s coast.

14. It is also useful to say a word about the problem which is at the heart of the Court’s question and to put this problem into context. Usually, the identification step is a straightforward exercise, even when the parties disagree, for example, about the identification of their relevant coasts. Not so in the present case. The existence and breadth of Nicaragua’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles¹⁵ must be determined by the application of the geomorphological and geological criteria set out in Article 76 of the Convention, rather than just the configuration of its coasts¹⁶. To establish its entitlement, Nicaragua relies on its 2013 submission to the Commission. According to Nicaragua, this submission provides sufficient data to show that it has an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles in accordance with the geological and geomorphological criteria, the limits of which are subject to the constraints set out in

¹² *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 89, para. 77.

¹³ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 703, para. 215.

¹⁴ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 64, para. 59.

¹⁵ I shall avoid the use of the expression “extended continental shelf”. Though perhaps convenient as a shorthand expression, it finds no basis in the Convention and can be misleading. Obviously, when a State claims a continental shelf beyond 200 nautical miles, it is not “extending” its continental shelf or claiming something additional to the continental shelf. It is merely asserting the outer limits of an entitlement that international law recognizes exist *ipso facto* and *ab initio*. See paragraph 29 of this opinion.

¹⁶ Though it must be stated that, because Nicaragua invokes the distance constraint line in the delineation of the outer limits of the continental shelf in accordance with Article 76, paragraph 5, of the Convention, Nicaragua’s coast remains relevant. The distance constraint line submitted by Nicaragua is constructed by arcs at 350 nautical miles’ distance from the baselines from which the territorial sea is measured.

qué dans l'affaire relative à la *Délimitation maritime en mer Noire*, la délimitation consiste à «résoudre le problème du chevauchement des revendications en traçant une ligne de séparation entre les espaces maritimes concernés»¹². Pour cela, la ligne de délimitation doit, autant que faire se peut, «permettre aux côtes des [p]arties de produire leurs effets, en matière de droits à des espaces maritimes, d'une manière raisonnable et équilibrée pour chacune d'entre elles»¹³. Les espaces dont les parties peuvent se prévaloir peuvent être amputés pour parvenir à une solution équitable. Le processus de délimitation conduit souvent à ce que l'une des parties, voire les deux, n'obtienne pas les espaces qu'elle pouvait avoir sans la présence de l'autre partie¹⁴.

13. Il s'ensuit qu'une réponse affirmative à la question de la Cour n'implique en rien qu'il faille accorder au Nicaragua l'intégralité ou la plus grande partie — ou même une quelconque portion — de la zone, en deçà de 200 milles marins de la côte colombienne, dans laquelle les droits des Parties pourraient se chevaucher.

14. Il est également utile de dire un mot du problème qui est au cœur de la question de la Cour et de replacer ce problème dans son contexte. L'étape de la détermination est généralement un exercice simple, même lorsque les parties ne s'entendent pas, par exemple, sur la définition de leurs côtes pertinentes. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'existence et l'étendue du plateau continental auquel le Nicaragua peut prétendre au-delà de 200 milles marins¹⁵ doivent être déterminées par l'application des critères géologiques et géomorphologiques énoncés à l'article 76 de la convention, et non par la seule configuration de ses côtes¹⁶. Pour établir son droit, le Nicaragua s'appuie sur la demande qu'il a soumise à la Commission des limites en 2013. Selon lui, cette demande contient suffisamment de données pour démontrer que, suivant les critères géologiques et géomorphologiques, il peut revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins dont les limites

¹² *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 89, par. 77.

¹³ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 703, par. 215.

¹⁴ *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 64, par. 59.

¹⁵ J'éviterai d'employer l'expression «plateau continental étendu». Même si elle est sans doute bien pratique, cette formule abrégée ne trouve aucun fondement dans la convention et est de nature à induire en erreur. De toute évidence, lorsqu'un État revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins, il n'«étend» pas son plateau continental et ne cherche pas non plus à lui adjoindre quoi que ce soit. Il fait simplement valoir la limite extérieure d'un espace que le droit international lui reconnaît *ipso facto* et *ab initio*. Voir le paragraphe 29 de la présente opinion.

¹⁶ Il faut cependant préciser que, du fait que le Nicaragua entend délinéer la limite extérieure du plateau continental par une ligne tracée selon le critère de la distance, conformément au paragraphe 5 de l'article 76 de la convention, sa côte demeure pertinente. La ligne qu'il propose ainsi est construite au moyen d'arcs tracés à une distance de 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la mer territoriale.

Article 76, paragraph 5, of the Convention. Colombia opposes this claim. It argues that Nicaragua has not established that the natural prolongation from Nicaragua's land territory extends far enough to overlap with Colombia's 200-nautical-mile entitlement to the continental shelf, measured from Colombia's mainland coast¹⁷.

If Colombia is correct *on the facts*, there would be no need for the Court to proceed to the delimitation as there would be no overlapping entitlements within 200 nautical miles from Colombia's mainland coast.

15. But this is not the problem at the heart of the Court's question. The problem at the heart of the Court's question — and of today's Judgment — is one of law. It concerns a situation where, in a given area, broad-margin State A claims an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from its coast and within 200 nautical miles from the coast of State B, where the latter State has a continental shelf entitlement based on the 200 nautical miles distance criterion and an entitlement to an exclusive economic zone up to 200 nautical miles. This situation is not a new phenomenon, nor is it uncommon; international courts and tribunals have been faced with it on several occasions.

16. In the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* case, the parties debated a similar issue, where Canada, for convenience, referred to an area of overlapping entitlements beyond 200 nautical miles from the United States' coast but within 200 nautical miles from its coast as the "grey area"¹⁸. While the Chamber of the Court was not called upon to delimit the parties' entitlements in that area, the parties in that case advocated for different delimitation lines that created grey areas of varying sizes when extended seaward¹⁹. This issue was also before the arbitral tribunal in the *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*²⁰. However, the tribunal took no position on "the substance of the problem"²¹. Three other cases, namely the two cases concerning the delimitation in the Bay of Bengal, *Delimitation of the Maritime Boundary*

¹⁷ Rejoinder of Colombia, paras. 6.43-6.81.

¹⁸ See *I.C.J. Pleadings, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Vol. III, pp. 214-217, paras. 570-576. See also *ibid.*, Vol. V, pp. 477-478, paras. 243-245. This appears to be the first time the expression "grey area" was used in this sense in international practice. On this expression and its different uses, see David A. Colson, "The Legal Regime of Maritime Boundary Agreements" in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander, *International Maritime Boundaries*, Martinus Nijhoff, 1993, Vol. I, pp. 67-69.

¹⁹ *I.C.J. Pleadings, Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Vol. VI, pp. 162-164, argument of Mr Weil; *ibid.*, Vol. VII, pp. 217-220, Rejoinder of Mr Colson.

²⁰ *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, Award of 11 April 2006*, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. XXVII, p. 242, para. 367.

²¹ *Ibid.*, p. 242, para. 368.

sont soumises aux contraintes énoncées au paragraphe 5 de l'article 76 de la convention. La Colombie s'oppose à cette revendication, faisant valoir que le Nicaragua n'a pas apporté la preuve que le prolongement naturel de son territoire terrestre s'étend suffisamment loin pour chevaucher le plateau continental auquel elle-même a droit sur 200 milles marins à partir de sa côte continentale¹⁷.

Si la Colombie avait raison *en ce qui concerne les faits*, la Cour n'aurait nullement besoin de procéder à la délimitation, car il n'y aurait pas de chevauchement de droits en deçà de 200 milles marins de la côte continentale colombienne.

15. Tel n'est cependant pas le problème qui est au cœur de la question de la Cour. Le problème au cœur de cette question — et du présent arrêt — est d'ordre juridique. Il concerne une situation dans laquelle, dans une zone donnée, un État A doté d'une vaste marge revendiquée un plateau continental dont la limite est située au-delà de 200 milles marins de sa côte et en deçà de 200 milles marins de la côte d'un État B, lequel a droit à un plateau continental sur la base du critère de la distance de 200 milles marins et à une zone économique exclusive sur cette même distance. Il n'y a là rien de nouveau ni d'inhabituel, les cours et tribunaux internationaux ayant déjà été confrontés à plusieurs reprises à une telle situation.

16. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, les parties avaient débattu une situation analogue, dans laquelle le Canada, par commodité, appelait « zone grise » une zone de chevauchement des droits située au-delà de 200 milles marins de la côte américaine mais en deçà de 200 milles marins de sa propre côte¹⁸. Bien qu'il n'eût pas été demandé à la chambre de la Cour de délimiter leurs droits dans cette zone, les parties avaient présenté différentes lignes de délimitation qui, en se prolongeant au large, créaient des zones grises de tailles diverses¹⁹. La même question a été soumise au tribunal arbitral dans l'*Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago*²⁰, mais celui-ci n'a pris position sur « le fond du problème »²¹. Elle a aussi été examinée dans trois autres affaires, à savoir les deux relatives à la délimitation dans le golfe du

¹⁷ Duplique de la Colombie, par. 6.43-6.81.

¹⁸ Voir C.I.J. *Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, vol. III, p. 214-217, par. 570-576. Voir également *ibid.*, vol. V, p. 477-478, par. 243-245. Il semble que ce soit là la première fois que l'expression « zone grise » a été employée en ce sens dans la pratique internationale. Concernant cette expression et ses différents emplois, voir David A. Colson, « The Legal Regime of Maritime Boundary Agreements » dans Jonathan I. Charney et Lewis M. Alexander, *International Maritime Boundaries*, vol. 1, Martinus Nijhoff, 1993, p. 67-69.

¹⁹ C.I.J. *Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, vol. VI, p. 162-164, plaidoirie de M. Weil; *ibid.*, vol. VII, p. 217-220, réponse de M. Colson.

²⁰ *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago, sentence du 11 avril 2006*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVII, p. 242, par. 367.

²¹ *Ibid.*, p. 242, par. 368.

in the *Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*²² and *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*²³ (hereinafter the “*Bay of Bengal cases*”), as well as the Court’s Judgment in the *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)* case²⁴, have also addressed this issue. I shall return to these cases and their implications below.

17. In the present case, the area of overlapping entitlements arises because Nicaragua claims a continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles that extends far out into the Western Caribbean and within 200 nautical miles of Colombia’s mainland coast, where it encounters Colombia’s entitlement to a continental shelf based on the 200 nautical miles distance criterion.

18. At the identification step, such an area of overlap raises various questions of law which for some time had mostly been the concern of scholarly writings²⁵. One question is whether as a matter of law such an overlap of entitlements may occur in the first place. That is: is a State “prevented” from claiming its continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles into an area that is claimed by another coastal State as its own continental shelf on the basis of the 200 nautical miles distance criterion? Colombia has strenuously argued that this is so.

19. It should be clear that today’s Judgment is concerned with the area of overlapping entitlements at the identification step. The question is whether the Parties’ entitlements overlap thus calling for a delimitation. How the Court should then approach delimiting the area of overlapping entitlements, and what the Parties’ rights would be in such a maritime area, is a question of equitable delimitation that is *not* within the scope of the Court’s first question. In this sense, it is important to distinguish between (1) an area of overlapping entitlements and (2) the maritime area that may be established by a court or tribunal. This distinction is important. The Respondent seems to assume that the existence of an area of overlapping entitlements in the

²² *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, *ITLOS Reports 2012*, pp. 119-121, paras. 463-476.

²³ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, *RIAA*, Vol. XXXII, pp. 155-157, paras. 498-508.

²⁴ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2021*, p. 277, para. 197.

²⁵ See e.g. Malcom D. Evans, “Delimitation and the Common Maritime Boundary”, *British Yearbook of International Law*, 1994, Vol. 64 (1), pp. 283-332; Alex G. Oude Elferink, “Does Undisputed Title to a Maritime Zone Always Exclude Its Delimitation: The Grey Area Issue”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1998, Vol. 13 (2), p. 143; Malcolm D. Evans, “Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?” in Jill Barrett and Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, British Institute of International and Comparative Law, 2016, pp. 70-79; Xuexia Liao, “Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation?”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2018, Vol. 33 (1), p. 79.

Bengale, le différend relatif à la *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*²² et l'*Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*²³ (ci-après les «affaires du Golfe du Bengale»), et celle relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)* sur laquelle la Cour a statué²⁴. Je reviendrai plus loin sur ces affaires et leurs implications.

17. En la présente espèce, s'il se crée une zone de chevauchement de droits, c'est parce que le Nicaragua revendique un plateau continental de plus de 200 milles marins qui s'étend loin dans les Caraïbes occidentales et jusqu'en deçà de 200 milles marins de la côte continentale colombienne, où il rencontre le plateau continental auquel la Colombie a droit selon le critère de la distance de 200 milles marins.

18. À l'étape de la détermination, une telle zone de chevauchement soulève plusieurs questions de droit qui, pendant assez longtemps, ont surtout intéressé les auteurs de doctrine²⁵. L'une de ces questions est de savoir si pareil chevauchement peut même seulement se produire du point de vue juridique. Autrement dit, un État est-il «empêché» de revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins dans une zone qu'un autre État côtier revendique comme son propre plateau continental sur la base du critère de la distance de 200 milles marins? La Colombie a vigoureusement défendu cette thèse.

19. Il faut garder à l'esprit que le présent arrêt porte sur la zone de chevauchement de droits à l'étape de la détermination. La question est de savoir si les droits des Parties se chevauchent, exigeant ainsi une délimitation. La manière dont la Cour devrait alors envisager celle-ci et quels seraient les droits des Parties dans une telle zone maritime est une affaire d'équité qui ne relève pas de la première question de la Cour. Il importe donc à cet égard de faire la distinction entre 1) une zone de chevauchement de droits et 2) les espaces maritimes qu'une cour ou un tribunal pourra définir. Cette distinction est importante. La Colombie semble considérer que l'existence d'une zone de chevauchement de droits dans la mer des Caraïbes en deçà de

²² *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, *TIDM Recueil 2012*, p. 119-121, par. 463-476.

²³ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, *RSA*, vol. XXXII, p. 155-157, par. 498-508.

²⁴ *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2021*, p. 277, par. 197.

²⁵ Voir, par exemple, Malcom D. Evans, «Delimitation and the Common Maritime Boundary», *British Yearbook of International Law*, 1994, vol. 64 (1), p. 283-332; Alex G. Oude Elferink, «Does Undisputed Title to a Maritime Zone Always Exclude Its Delimitation: The Grey Area Issue», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 1998, vol. 13 (2), p. 143; Malcom D. Evans, «Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?» dans Jill Barrett et Richard Barnes (sous la dir. de), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, British Institute of International and Comparative Law, 2016, p. 70-79; Xuexia Liao, «Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation?», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2018, vol. 33 (1), p. 79.

Caribbean Sea within 200 nautical miles of its mainland coast necessarily means that the Court will have to establish the same kind of maritime area established, for instance, in the *Bay of Bengal* cases, with the same division of rights. This is not so. Should the Parties' entitlements overlap, it would be for the Court to adopt its own equitable solution.

20. I have set out these preliminary considerations in some length because they are necessary to understand the Court's first question.

II. ENTITLEMENT TO THE CONTINENTAL SHELF BEYOND 200 NAUTICAL MILES

21. The starting-point of the enquiry is Article 76, paragraph 1, of the Convention. While the Convention is not applicable as between the Parties, the Court has stated that the definition of the continental shelf set out therein forms part of customary international law²⁶. There is no doubt in my mind that the other key provisions defining the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles are also reflective of customary international law²⁷. The continental shelf concept cannot have a different meaning in customary international law than in the Convention. The Convention provides that the continental shelf of a coastal State comprises the seabed and subsoil of the submarine areas that either (a) extend "beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin", or (b) "to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance"²⁸. In this respect, Article 76 of the Convention contains a series of complementary provisions that define the continental margin and specify how its outer edge is to be determined beyond 200 nautical miles.

22. The first key provision is paragraph 3, which defines the "continental margin". The second key provision, contained in paragraph 4 (a) (i) and (ii), determines the position of the outer limit of the continental margin by means of the application of two rules (sometimes referred to as "formulae"). Both the "1 per cent sediment thickness formula" and the "60-nautical-mile distance formula" specified in paragraph (4) (a) are applied by reference to the foot of the continental slope, a geological feature. The result that one

²⁶ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 666, para. 118; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 130, para. 78.

²⁷ See Kevin A. Baumert, "The Outer Limits of the Continental Shelf under Customary International Law", *American Journal of International Law*, 2017, Vol. 111, p. 827.

²⁸ Article 76, paragraph 1, of the Convention (emphasis added).

200 milles marins de sa côte continentale emporte nécessairement l'établissement par la Cour du même type d'espaces maritimes que ceux définis par exemple dans les affaires du *Golfe du Bengale*, avec la même répartition des droits. Si les droits des Parties se chevauchaient, il appartiendrait à la Cour d'adopter sa propre solution équitable.

20. Si j'ai exposé assez longuement ces observations préliminaires, c'est parce qu'elles sont nécessaires pour comprendre la première question de la Cour.

II. LE DROIT À UN PLATEAU CONTINENTAL AU-DELÀ DE 200 MILLES MARINS

21. Le point de départ de l'analyse est le paragraphe 1 de l'article 76 de la CNUDM. Bien que celle-ci ne soit pas applicable entre les Parties, la Cour a estimé que la définition du plateau continental qui y est énoncée faisait partie du droit international coutumier²⁶. Il ne fait pour moi aucun doute que les autres dispositions clés qui définissent la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins reflètent également le droit international coutumier²⁷. La notion de plateau continental ne peut avoir en droit international coutumier un autre sens que celui de la convention. Celle-ci dispose que le plateau continental d'un État côtier comprend les fonds marins et leur sous-sol s'étendant *a)* «au-delà de sa mer territoriale, sur toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet État jusqu'au rebord externe de la marge continentale», ou *b)* «jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, lorsque le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure»²⁸. À cet égard, l'article 76 contient une série de dispositions complémentaires qui définissent la marge continentale et précisent la manière dont son rebord externe doit être déterminé au-delà de 200 milles marins.

22. La première disposition clé est le paragraphe 3, qui définit la «marge continentale». La deuxième, contenue aux sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa *a)* du paragraphe 4, indique comment déterminer le rebord externe de la marge continentale par l'application de deux règles (parfois appelées «formules»). Tant la «formule de l'épaisseur sédimentaire de 1 %» que la «formule de la distance de 60 milles marins», décrites à l'alinéa *a)* du paragraphe 4, s'appliquent par référence à une formation géologique, le pied du talus

²⁶ *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 666, par. 118; *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 130, par. 78.

²⁷ Voir Kevin A. Baumert, «The Outer Limits of the Continental Shelf under Customary International Law», *American Journal of International Law*, 2017, vol. 111, p. 827.

²⁸ Paragraphe 1 de l'article 76 de la convention (les italiques sont de moi).

derives from the application of the formulae must then be subjected to the constraints specified in paragraph 5. The first constraint in paragraph 5 (the “distance constraint”) provides that the outer limits of the continental shelf may not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. Alternatively, States may apply the second constraint in paragraph 5 (the “depth constraint”), which provides that the outer limits of the continental shelf may not exceed 100 nautical miles from the 2,500 metre isobath, which is a line connecting the depth of 2,500 metres.

23. The distance constraint of 350 nautical miles can be set aside when submarine elevations are still natural parts of the continental margin, such as its plateaux, rises, caps, banks and spurs²⁹.

24. A State can use the most favourable combination of the formulae in order to establish the outer edge of its continental margin and it can also use the most favourable combination of the depth and distance constraints to establish the outer limits of the continental shelf³⁰.

25. If I have outlined the rules defining the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles in some detail, it is not to show that the determination of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles is a complicated matter. It is to show what the rules bring and do not bring to the table; they bring in concepts of geodesy, geology, geophysics and hydrography, as well as very precise formulae and constraints. What they do not bring, however, is this: the notion that a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles “stops” at, or “cannot extend” within, 200 nautical miles from the baselines of another State.

26. The Convention is silent on the issue whether a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles may extend within 200 nautical miles from the baselines of another State. In the absence of a limitation to this effect, it must be accepted that the existence and breadth of a continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles depend solely on the geological and geomorphological criteria set out above, subject to the applicable constraints under paragraph 5 of Article 76. This conclusion is in harmony with the cardinal principle, often repeated in delimitation cases, that “the land dominates the sea”. A State’s maritime entitlements derive from *its* sovereignty over the land, notably *its* coast that generates maritime entitlements. As the Court observed in the *North Sea Continental*

²⁹ Article 76, paragraph 6, of the Convention.

³⁰ However, there is one restriction on when a State is permitted to use the more favourable constraint (or combination of constraints). According to Article 76, paragraph 6, “submarine ridges” constitute a special case to which only the distance constraint (and not the depth constraint) may be applied.

continental. Le résultat obtenu par l'application de ces formules doit ensuite satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 5. Selon la première (la «contrainte de la distance»), la limite extérieure du plateau continental doit se situer à une distance n'excédant pas 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale. Les États peuvent également appliquer la seconde condition énoncée au paragraphe 5 (la «contrainte de la profondeur»), selon laquelle la limite extérieure du plateau continental doit se situer à une distance n'excédant pas 100 milles marins de l'isobathe de 2 500 mètres, qui est la ligne reliant les points de 2 500 mètres de profondeur.

23. Il est possible de ne pas appliquer la contrainte de la distance de 350 milles marins dans le cas de hauts-fonds qui demeurent des éléments naturels de la marge continentale, tels que les plateaux, seuils, crêtes, bancs ou éperons qu'elle comporte²⁹.

24. Un État peut recourir à la combinaison de formules qui lui est la plus favorable pour définir le rebord externe de sa marge continentale et combiner également à son avantage les critères de distance et de profondeur pour déterminer la limite extérieure de son plateau continental³⁰.

25. Si j'ai exposé en détail les règles qui servent à déterminer la limite extérieure du plateau continental au-delà de 200 milles marins, c'est non pas pour montrer que cette détermination est une question complexe, mais pour mettre en évidence ce que ces règles contiennent et ne contiennent pas. Elles font appel à des notions de géodésie, de géologie, de géophysique et d'hydrographie, ainsi qu'à des formules et contraintes très précises. En revanche, il est une chose dont elles ne parlent pas: l'idée que le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins «s'arrête» à 200 milles marins des lignes de base d'un autre État ou «ne puisse s'étendre» en deçà.

26. La convention ne dit rien sur le point de savoir si le plateau continental qu'un État peut revendiquer au-delà de 200 milles marins peut s'étendre ou non en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. En l'absence de restriction à cet égard, il faut admettre que l'existence et l'étendue d'un plateau continental au-delà de 200 milles marins ne dépendent que des critères géologiques et géomorphologiques susmentionnés, sous réserve des contraintes applicables prévues au paragraphe 5 de l'article 76 de la convention. Cette conclusion est conforme au principe fondamental, souvent réaffirmé dans les affaires de délimitation, qui veut que «la terre domine la mer». Le droit d'un État à des espaces maritimes découle de sa souveraineté sur la terre, en particulier sa côte qui génère des droits à des espaces

²⁹ Paragraphe 6 de l'article 76 de la convention.

³⁰ Il existe cependant une restriction à la faculté d'un État de recourir au critère (ou combinaison de critères) le plus favorable. Selon le paragraphe 6 de l'article 76, les «dorsales sous-marines» constituent des cas particuliers auxquels seule la contrainte de la distance peut s'appliquer (à l'exclusion de celle de la profondeur).

Shelf cases³¹, and later in the *Maritime Delimitation in the Black Sea* case³², this principle is the basis for a continental shelf entitlement. The existence of a coastal State's continental shelf entitlement does not depend on the proximity to the coast of another State.

27. There is also no reservation in the Convention that specifies that a State's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles cannot overlap with the continental shelf within 200 nautical miles of another State. In the absence of such a reservation, it must be accepted that these entitlements may overlap. As mentioned above, a feature of maritime entitlements is that they can overlap with one another.

28. The Parties have referred extensively to the *travaux préparatoires* of the Convention in support of their arguments. But, as the Court's Judgment correctly notes, the issue of one State's continental shelf beyond 200 nautical miles extending within 200 nautical miles from the baselines of another State was "not debated during the Third United Nations Conference on the Law of the Sea" (Judgment, para. 76). This is not entirely surprising. It may be recalled that during the negotiation of the continental shelf régime, only 30 or so States were seen as possibly having continental margins beyond 200 nautical miles from their coasts that would call for the application of the delineation procedure set out in Article 76³³. States may not have envisioned all aspects of this issue during the negotiations.

29. Despite the foregoing and the absence of any express limitation, in paragraph 76 of the Judgment, the Court seems inclined to find a tacit limitation to the entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles on the basis of paragraphs 4 to 9 of Article 76, as well as Article 82, paragraph 1, of the Convention, which concerns payments and contributions with respect to the exploitation of the non-living resources of the continental shelf which would otherwise have been part of the Area.

The Judgment ventures that these provisions suggest that "the States participating in the negotiations *assumed* that the [continental shelf beyond 200 nautical miles] would only extend into maritime areas that would otherwise be located in the Area" — the implication being that a continental shelf beyond 200 nautical miles can *only* extend in the Area and not within 200 nautical miles from the baselines of another State (Judgment, para. 76, emphasis added). There is no trace of such an assumption in the

³¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 51, para. 96.

³² *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 89, para. 77.

³³ See United Nations, Office of Legal Affairs, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *The Law of the Sea: Definition of the Continental Shelf: An Examination of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, New York, 1993, p. 6.

maritimes. Comme la Cour l'a fait observer dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*³¹, puis dans celle relative à la *Délimitation maritime en mer Noire*³², c'est sur ce principe que repose le droit à un plateau continental. L'existence du droit d'un État côtier à un plateau continental ne dépend pas de la proximité de la côte d'un autre État.

27. La convention ne contient pas non plus de réserve à l'effet de dire que le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins ne peut pas empiéter sur le plateau continental revenant à un autre État en deçà de 200 milles marins. En l'absence d'une telle réserve, il faut admettre que ces droits peuvent se chevaucher. Comme je l'ai dit plus haut, les droits à des espaces maritimes ont pour particularité de pouvoir se chevaucher.

28. Les Parties ont fait abondamment référence aux travaux préparatoires de la convention pour étayer leurs arguments. Mais, comme la Cour le relève à juste titre dans l'arrêt, la question de savoir si le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins peut se prolonger en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État « n'a pas été débattue pendant la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer » (arrêt, par. 76). Cela n'est pas tout à fait surprenant. Il convient de rappeler que, au moment de la négociation du régime du plateau continental, seuls une trentaine d'États avaient été jugés susceptibles d'avoir une marge continentale allant au-delà de 200 milles marins de leurs côtes, qui exigeraient l'application de la procédure de délimitation énoncée à l'article 76³³. Les États n'avaient peut-être pas envisagé alors tous les aspects de cette question.

29. Nonobstant ce qui précède et malgré l'absence de toute restriction explicite, la Cour semble tentée, au paragraphe 76 de l'arrêt, de conclure à l'existence d'une restriction implicite du droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins, sur la base des paragraphes 4 à 9 de l'article 76 de la convention, ainsi que du paragraphe 1 de l'article 82, lequel a trait aux contributions en espèces ou en nature à verser au titre de l'exploitation des ressources non biologiques du plateau continental qui, autrement, feraient partie de la Zone.

Dans l'arrêt, la Cour avance que ces dispositions semblent indiquer que « les États participant aux négociations *considéraient* que le plateau continental [au-delà de 200 milles marins] ne pouvait se prolonger que dans des espaces maritimes qui, autrement, feraient partie de la Zone » — ce qui impliquerait que le plateau continental au-delà de 200 milles marins *ne* peut se prolonger *que* dans la Zone et non en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État (arrêt, par. 76, les italiques sont de moi). Or,

³¹ *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. 51, par. 96.

³² *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 89, par. 77.

³³ Voir Nations Unies, Bureau des affaires juridiques, division des affaires maritimes et du droit de la mer, *Le droit de la mer — La définition du plateau continental : Examen des dispositions pertinentes relatives au plateau continental dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer*, New York, 1994, p. 6.

travaux préparatoires of the Convention. In my view, this is a mere supposition which, even if accepted, could not jettison the clear text of the Convention.

The concept of the continental shelf had developed several decades before the adoption of the 1982 Convention. As the Court stated authoritatively in 1969, the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea “exist *ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land”³⁴. States had long recognized this concept and accepted that it could extend beyond 200 nautical miles from a State’s coast up to the continental slope, even if the precise outer limits of the continental shelf remained debated³⁵. For a time, the breadth of the continental shelf was conventionally defined with an exploitability test³⁶. But this was rather imprecise. The formulae and constraints of Article 76 described above were the results of extensive negotiation, and they constituted an attempt at defining, but also limiting, the breadth of the continental shelves of broad-margin States³⁷. They provide a methodology to establish the limits of the continental shelf. Given that the provisions of the Convention were subjected to scrutiny and extensive negotiation, the idea that the Convention imposes a tacit limitation on States’ continental shelf entitlements beyond 200 nautical miles is untenable.

30. Thus, in my view, the answer to the question “may a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles . . . extend within 200 nautical miles from the baselines of another State?” is “yes”. There is nothing in the Convention to suggest otherwise.

III. JURISPRUDENCE

31. The jurisprudence of the Court and international tribunals in maritime delimitation cases supports the conclusion just reached. The Court and other tribunals have accepted that a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles may extend within 200 nautical miles from

³⁴ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 22, para. 19.

³⁵ R. Y. Jennings, “The Limits of Continental Shelf Jurisdiction: Some Possible Implications of the North Sea Case Judgment”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1969, Vol. 18, p. 830.

³⁶ Article 1 of the 1958 Convention on the Continental Shelf.

³⁷ Ted L. McDorman, “An ISA Side Issue: UNCLOS, Article 82 and Revenue Sharing” in Alfonso Ascencio-Herrera and Myron H. Nordquist (eds.), *The United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XI Regime and the International Seabed Authority: A Twenty-Five Year Journey*, Brill/Nijhoff, 2022, p. 367.

pareille hypothèse n'apparaît nulle part dans les travaux préparatoires de la convention. Il ne s'agit, selon moi, que d'une simple spéculation qui, même à supposer qu'elle soit juste, ne saurait remplacer le texte clair de la convention.

La notion de plateau continental avait pris forme plusieurs décennies avant l'adoption de la convention de 1982. Comme la Cour l'a affirmé sans équivoque en 1969, les droits de l'État côtier concernant la zone du plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer « existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l'État sur ce territoire »³⁴. Les États avaient depuis longtemps accepté cette notion et admis que le plateau continental pouvait s'étendre au-delà de 200 milles marins de la côte d'un État jusqu'au talus continental, même si la question de ses limites extérieures précises continuait de faire l'objet de discussions³⁵. Pendant un temps, l'étendue du plateau continental a été définie conventionnellement à l'aide du critère de l'exploitation³⁶. Cette méthode était toutefois assez imprécise. Les formules et contraintes de l'article 76 décrites précédemment sont le résultat de longues négociations et visaient à définir, mais aussi à limiter, l'étendue du plateau continental des États dotés d'une vaste marge³⁷. Elles offrent une méthode pour établir les limites du plateau continental. Sachant que les dispositions de la convention ont été minutieusement analysées et longuement négociées, l'idée que celle-ci impose une restriction implicite au droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins n'est pas défendable.

30. Aussi suis-je d'avis qu'il y a lieu de répondre par l'affirmative à la question de savoir si « le droit d'un État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins ... peut[] s'étendre à des espaces maritimes en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État ». Aucune disposition de la convention ne porte à croire le contraire.

III. LA JURISPRUDENCE

31. La jurisprudence de la Cour et des tribunaux internationaux en matière de délimitation maritime étaye la conclusion qui précède. Ces juridictions ont reconnu que le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins pouvait s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre

³⁴ *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. 22, par. 19.

³⁵ R. Y. Jennings, « The Limits of Continental Shelf Jurisdiction: Some Possible Implications of the North Sea Case Judgment », *International and Comparative Law Quarterly*, 1969, vol. 18, p. 830.

³⁶ Article premier de la convention de 1958 sur le plateau continental.

³⁷ Ted L. McDorman, « An ISA Side Issue: UNCLOS, Article 82 and Revenue Sharing » dans Alfonso Ascencio-Herrera et Myron H. Nordquist (sous la dir. de), *The United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XI Regime and the International Seabed Authority: A Twenty-Five Year Journey*, Brill/Nijhoff, 2022, p. 367.

the baselines of another State. The *Bay of Bengal* cases, as well as the Court's Judgment in the *Maritime Delimitation in the Indian Ocean* case, are particularly relevant here.

32. In the *Bay of Bengal* cases, both the International Tribunal for the Law of the Sea (hereinafter "ITLOS") and an Annex VII tribunal accepted that the parties' entitlements overlapped in the grey area. In the first *Bay of Bengal* case, ITLOS delimited the maritime entitlements of Bangladesh and Myanmar, including their entitlements beyond 200 nautical miles from their coasts. As the ITLOS shifted the provisional equidistance line in favour of Bangladesh, the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles involved an area located beyond 200 nautical miles from the coast of Bangladesh but within 200 nautical miles from the coast of Myanmar, yet on the Bangladeshi side of the delimitation line³⁸. Similarly, the arbitral tribunal's delimitation within and beyond 200 nautical miles in *Bangladesh v. India* involved an area lying beyond 200 nautical miles from the coast of Bangladesh and within 200 nautical miles from the coast of India, yet on the Bangladeshi side of the delimitation line³⁹. As a matter of delimitation, the tribunals allocated to Bangladesh an area corresponding to its continental shelf beyond 200 nautical miles that would have otherwise been areas of the continental shelf within 200 nautical miles of Myanmar and India. Thus, these decisions are premised on the finding that the parties' continental shelf entitlements could and did overlap⁴⁰. As discussed above, this concerns the identification step (see paragraph 11).

33. The Court's Judgment in *Somalia v. Kenya* is also relevant. There, the Court accepted that Kenya's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles *could extend* within 200 nautical miles from Somalia's coast. In that case, the Court stated that, depending on the extent of Kenya's entitlement (as it may be established on the basis of the Commission's recommendations), the delimitation line constructed by the Court might give rise to an area "located beyond 200 nautical miles from the coast of Kenya and within 200 nautical miles from the coast of Somalia, but on the Kenyan side of the delimitation line"⁴¹. The Court described this area as a "possible grey area" (which is depicted on sketch-map No. 12 of the Judgment as a small grey wedge)⁴². The reason the Court used the term "possible" is plain.

³⁸ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, p. 119, para. 463.

³⁹ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India), Award of 7 July 2014, RIAA*, Vol. XXXII, p. 147, para. 498.

⁴⁰ Malcolm D. Evans, "Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?" in Jill Barrett and Richard Barnes (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, British Institute of International and Comparative Law, 2016, p. 74.

⁴¹ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Judgment, I.C.J. Reports 2021*, p. 277, para. 197.

⁴² *Ibid.*, p. 278.

État. Les décisions rendues dans les affaires du *Golfe du Bengale* ainsi que celle de la Cour relative à la *Délimitation maritime dans l'océan Indien* sont particulièrement intéressantes à cet égard.

32. Dans les affaires du *Golfe du Bengale*, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) et un tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII ont accepté que les droits des parties se chevauchent dans une zone grise. Dans la première, l'affaire *Bangladesh/Myanmar*, le TIDM a délimité les espaces maritimes revenant à chacune des parties, y compris leurs droits au-delà de 200 milles marins de leurs côtes. Le TIDM ayant déplacé la ligne d'équidistance provisoire au bénéfice du demandeur, la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins a généré une zone située au-delà de 200 milles marins de la côte du Bangladesh mais en deçà de 200 milles marins de la côte du Myanmar, quoique du côté bangladais de la ligne de délimitation³⁸. De même, la délimitation effectuée par le tribunal arbitral en deçà et au-delà de 200 milles marins dans l'affaire *Bangladesh c. Inde* a généré une zone située au-delà de 200 milles marins de la côte du Bangladesh mais en deçà de 200 milles marins de la côte de l'Inde, quoique du côté bangladais de la ligne de délimitation³⁹. Du point de vue de la délimitation, ces tribunaux ont attribué au Bangladesh, à titre de plateau continental au-delà de 200 milles marins, une zone qui, autrement, aurait fait partie du plateau continental revenant respectivement au Myanmar et à l'Inde en deçà de 200 milles marins de leurs côtes. Ainsi, ces décisions étaient fondées sur le constat que les droits des parties à un plateau continental pouvaient se chevaucher et se chevauchaient effectivement⁴⁰. Comme je l'ai expliqué plus haut, ce point relève de l'étape de la détermination (voir le paragraphe 11).

33. L'arrêt de la Cour en l'affaire *Somalie c. Kenya* est également pertinent. La Cour y a admis que le plateau continental du Kenya au-delà de 200 milles marins *pouvait s'étendre* en deçà de 200 milles marins de la côte de la Somalie. Elle a affirmé que, en fonction de l'étendue des droits du Kenya (selon ce qui pourrait être déterminé sur la base des recommandations de la Commission des limites), la ligne de délimitation qu'elle avait définie pouvait créer une zone « située au-delà de 200 milles marins des côtes du Kenya et en deçà de 200 milles marins de celles de la Somalie, mais du côté kényan de ladite ligne »⁴¹. La Cour a qualifié cette zone d'« éventuelle zone grise » (représentée sur le croquis n° 12 de l'arrêt en question sous la forme d'une zone cunéiforme de couleur grise)⁴². La raison pour laquelle la Cour a employé le

³⁸ *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt, TIDM Recueil 2012, p. 119, par. 463.

³⁹ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 147, par. 498.

⁴⁰ Malcolm D. Evans, « Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next? » dans Jill Barrett et Richard Barnes (sous la dir. de), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, British Institute of International and Comparative Law, 2016, p. 74.

⁴¹ *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2021, p. 277, par. 197.

⁴² *Ibid.*, p. 278.

When the Judgment was rendered in 2021, the Commission had not issued its recommendations in respect of Kenya's submission on the continental shelf beyond 200 nautical miles⁴³. There thus remained — at the time, but no more⁴⁴ — some doubt about the extent of Kenya's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles. That said, the Court considered that the parties' continental shelf entitlements could overlap as a matter of law.

34. That the Court so considered is also evident from the way the Court delimited the maritime boundary beyond 200 nautical miles between the parties. It did so by extending, beyond 200 nautical miles, the same geodetic line that constitutes the single maritime boundary delimiting the exclusive economic zone and the continental shelf up to 200 nautical miles⁴⁵. The issue is this: had there been no overlapping continental shelf entitlements, the Court would have been precluded from doing so — at least initially. Somalia alone would have had a continental shelf entitlement within the wedge. The Court would have had to draw a delimitation line taking a “zig-zag” course. The Court did not do so, however. Presumably, it saw no bar in international law to delimit the maritime boundary in such a way as resulting in Kenya's continental shelf beyond 200 nautical miles extending within 200 nautical miles from the baselines of Somalia.

35. The question may be asked how these decisions differ from the present one?

36. In paragraph 72 — which is not a model of clarity — the Court's Judgment is quick to reply that these three decisions are “of no assistance”. The Judgment attempts to find safety in the suggestion that the present case differs from these decisions because Nicaragua “claims an extended continental shelf that lies within 200 nautical miles from the baselines of one or more other States”. By contrast, says the Judgment, in the two *Bay of Bengal* cases, it was the “use of an adjusted equidistance line in a delimitation between adjacent States [that], as an incidental result of that adjustment, gave rise to a grey area”. Likewise, in *Somalia v. Kenya*, it was the use of an adjusted equidistance line that gave rise, “as an incidental result”, to a possible grey area between two adjacent States.

⁴³ *Ibid.*, p. 220, para. 34.

⁴⁴ What was referred to as a “possible grey area” in *Somalia v. Kenya* has become a reality, for the recommendations issued by the Subcommission of the Commission on the Limits of the Continental Shelf were approved by the Commission itself and seem to confirm that Kenya has an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from its coast. See Summary of Recommendations of the CLSC in regard to the Submission Made by the Republic of Kenya on 6 May 2009, adopted by the Subcommission on 8 November 2022, approved by the Commission, with amendments, on 7 March 2023, https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/ken35_09/20230307ComSumRecKen.pdf.

⁴⁵ *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 277, para. 196.

terme «éventuelle» est simple. Lorsque l'arrêt a été rendu en 2021, la Commission n'avait pas encore formulé de recommandation relativement à la demande de plateau continental au-delà de 200 milles marins du Kenya⁴³. Des doutes subsistaient donc — à l'époque, mais plus aujourd'hui⁴⁴ — quant à l'étendue du plateau continental auquel le Kenya pouvait prétendre au-delà de 200 milles marins. Cela étant, la Cour a jugé possible, du point de vue juridique, que les droits des parties à un plateau continental se chevauchent.

34. La manière dont la Cour a délimité la frontière maritime entre les parties au-delà de 200 milles marins montre aussi clairement que telle était bien là sa position. La Cour a opéré cette délimitation en prolongeant au-delà de 200 milles marins la même ligne géodésique qui constituait la frontière maritime unique délimitant la zone économique exclusive et le plateau continental jusqu'à 200 milles marins⁴⁵. Tel est le point clé : s'il n'y avait pas eu chevauchement des droits à un plateau continental, la Cour n'aurait pas pu procéder ainsi — du moins au début. Seule la Somalie aurait eu droit à un plateau continental dans la zone cunéiforme et la Cour aurait été obligée de définir une ligne de délimitation suivant un tracé «en zigzag». Or, ce n'est pas ce qu'elle a fait. Elle n'a vraisemblablement rien trouvé dans le droit international qui l'empêchât de tracer la frontière maritime de telle sorte que le plateau continental du Kenya au-delà de 200 milles marins s'étende en deçà de 200 milles marins des lignes de base de la Somalie.

35. L'on peut se demander en quoi ces décisions diffèrent du présent arrêt.

36. Au paragraphe 72 — qui n'est pas un modèle de clarté — de l'arrêt, la Cour est prompte à répondre que les trois affaires susmentionnées «ne sont d'aucune aide». Elle tente de se réfugier derrière l'argument que la présente affaire s'en démarque en ce que le Nicaragua «revendique un plateau continental étendu qui se situe en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un ou de plusieurs autres États». Selon l'arrêt, dans les deux affaires du *Golfe du Bengale*, c'était au contraire «le recours à une ligne d'équidistance ajustée, dans une délimitation entre deux États adjacents, [qui] a[vait] donné lieu à une “zone grise”, en tant que conséquence fortuite de cet ajustement». De même, dans l'affaire *Somalie c. Kenya*, c'était le recours à une ligne d'équidistance ajustée qui avait donné lieu, «en tant que conséquence fortuite», à une éventuelle zone grise entre deux États adjacents.

⁴³ *Ibid.*, p. 220, par. 34.

⁴⁴ Ce qui était une «éventuelle zone grise» dans l'affaire *Somalie c. Kenya* est devenu une réalité, car la Commission des limites du plateau continental a approuvé les recommandations faites par sa sous-commission, ce qui semble confirmer que le Kenya avait droit à un plateau continental au-delà de 200 milles marins de sa côte. Voir le résumé des recommandations de la Commission des limites du plateau continental concernant la demande présentée par la République du Kenya le 6 mai 2009, adoptées par la sous-commission le 8 novembre 2022 puis par la Commission, et modifiées le 7 mars 2023 ; accessible en anglais à l'adresse suivante : https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/ken35_09/20230307ComSumRecKen.pdf.

⁴⁵ *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2021, p. 277, par. 196.

It is hard to know what to make of this cryptic statement. What it seems to boil down to is a distinction between States with adjacent coasts (the *Bay of Bengal* cases and *Somalia v. Kenya*) and States with opposite coasts (as in this case). It is true that an area of overlap may arise and be dealt with differently depending on the coastal configuration. When a tribunal delimits the entitlements of adjacent States both within and beyond 200 nautical miles, a grey area will arise whenever the single maritime boundary of the 200-nautical-mile entitlements departs from an equidistance line. Between States with opposite coasts, where the distance between the two coasts is greater than 400 nautical miles, and only one State has an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles — as is the case here — the grey area may have a different shape than the wedge-shaped areas seen with adjacent States. The shape and size of the grey area, if any, will vary depending on the extent of a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles as determined by a court or tribunal applying the rules on maritime delimitation calling for the achievement of an equitable result.

37. The Respondent insists that the grey areas of the *Bay of Bengal* cases and *Somalia v. Kenya* were merely “incidental results” of the delimitation process. This looks to me self-defeating: to suggest that they were incidental results of the delimitation is to accept that the parties' entitlements overlapped to begin with, and hence, that they can overlap as a matter of law⁴⁶. Again, courts and tribunals may only delimit the parties' entitlements that overlap.

The Respondent further suggests that the “small” grey areas at stake in these decisions are different from “the huge grey area that Nicaragua seeks to create in the present [case]”⁴⁷.

This confuses the preliminary identification step with the final delimitation. I agree that, depending on the circumstances of a particular case, there may be something inequitable in allocating to broad-margin State A an area which it may claim as a continental shelf beyond 200 nautical miles but that falls within 200 nautical miles of State B. In such a hypothesis, State B could be left with a continental shelf not reaching 200 nautical miles from its coast, whereas State A would enjoy its continental shelf both up to and beyond 200 nautical miles from its coast. However, this is a matter of delimitation. The size of a grey area may have some role to play at later stages of the delimitation — for instance, as a possible circumstance relevant to an equitable solution — but it plays no role in determining whether there is an overlap of entitlements.

⁴⁶ Jin-Hyun Paik, “The Grey Area in the Bay of Bengal Case” in Myron H. Nordquist et al. (eds.), *International Marine Economy: Law and Policy*, Brill/Nijhoff, 2017, p. 275.

⁴⁷ CR 2022/26, p. 46, para. 3 (Palestini).

Il est difficile de savoir comment interpréter cette déclaration sibylline. Il semble qu'elle se résume à une distinction entre États ayant des côtes adjacentes (comme dans les affaires du *Golfe du Bengale* et dans *Somalie c. Kenya*) et États dont les côtes se font face (comme c'est le cas en l'espèce). Il est vrai que l'existence d'une zone de chevauchement et la manière dont celle-ci sera traitée sont fonction de la configuration côtière. La délimitation par un tribunal des droits d'États adjacents tant en deçà qu'au-delà de 200 milles marins génère une zone grise dès lors que la frontière maritime unique délimitant les espaces maritimes dont ces États peuvent se prévaloir sur 200 milles marins ne suit pas la ligne d'équidistance. Entre États dont les côtes se font face, lorsque les deux côtes sont distantes de plus de 400 milles marins et que seul un État peut revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins — comme c'est le cas en l'espèce —, la zone grise peut prendre une autre forme que celle, cunéiforme, qui est créée lorsqu'il s'agit d'États ayant des côtes adjacentes. Le cas échéant, la forme et la taille de la zone grise varieront en fonction de l'étendue du plateau continental auquel un État a droit au-delà de 200 milles marins, telle qu'elle aura été déterminée par une cour ou un tribunal par application des règles de délimitation maritime requises pour parvenir à un résultat équitable.

37. En l'espèce, la Colombie soutenait que les zones grises dans les affaires du *Golfe du Bengale* et dans *Somalie c. Kenya* n'étaient qu'une « conséquence fortuite » du processus de délimitation. Cela me paraît aller à l'encontre du but recherché : dire que les zones grises sont une conséquence fortuite de la délimitation revient à reconnaître, tout d'abord, que les droits des parties se chevauchent et donc que, du point de vue juridique, ils peuvent se chevaucher⁴⁶. Encore une fois, les cours et les tribunaux ne peuvent procéder à une délimitation que là où il y a chevauchement des droits des parties.

La défenderesse affirmait en outre que les zones grises « de petite taille » en jeu dans ces décisions différaient de « l'énorme zone grise que le Nicaragua cherch[ait] ... à créer » en l'espèce⁴⁷.

Cela revient à confondre l'étape préliminaire de la détermination avec la délimitation finale. Je conviens que, selon les circonstances d'une affaire donnée, il y a quelque chose d'inéquitable à attribuer, à un État A doté d'une vaste marge, une zone qu'il peut revendiquer comme plateau continental au-delà de 200 milles marins mais qui se situe dans la zone de 200 milles marins d'un État B. Dans cette hypothèse, l'État B pourrait se retrouver avec un plateau continental n'atteignant pas la limite de 200 milles marins à partir de sa côte, alors que l'État A jouirait d'un plateau continental s'étendant non seulement jusqu'à 200 milles marins de sa côte, mais aussi au-delà. Cependant, il s'agit là d'une question de délimitation. Si la taille d'une zone grise peut avoir un certain rôle à jouer aux étapes ultérieures de la délimitation — par exemple en tant qu'éventuelle circonstance pertinente pour une solution équitable —, elle n'en joue toutefois aucun dans la détermination de l'existence d'un chevauchement de droits.

⁴⁶ Jin-Hyun Paik, « The Grey Area in the Bay of Bengal Case » dans Myron H. Nordquist *et al.* (sous la dir. de), *International Marine Economy: Law and Policy*, Brill/Nijhoff, 2017, p. 275.

⁴⁷ CR 2022/26, p. 46, par. 3 (Palestini).

The coastal configuration of States — whether they are States with opposite or adjacent coasts — can have no bearing on the issue of principle whether, at the identification step, a State's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles may overlap with another State's entitlement to a continental shelf based on the 200-nautical miles distance criterion. The entitlement of the coastal State over the continental shelf is the same, no matter its coastal situation⁴⁸.

Rather, if grey areas are “impossible” because legally there can be no overlapping entitlements — as today's Judgment seems to conclude in paragraph 82 — then grey areas are impossible no matter the circumstances.

38. It seems, therefore, that there is no escape from the conclusion that today's Judgment departs from the Court's jurisprudence and that of international tribunals. This jurisprudence contains a consistent finding of law which the Court simply ignores. I regret that the Court provides no convincing rationale for this departure⁴⁹. As my distinguished colleagues observed in the past, the Court

“must ensure consistency with its own past case law in order to provide predictability . . . This is especially true in different phases of the same case or with regard to closely related cases”⁵⁰.

IV. PRACTICE OF STATES

39. I pass now to an examination of the existence of an alleged rule of customary international law that would prevent a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from extending within 200 nautical miles from the baselines of another State. According to the Court's settled jurisprudence, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris*⁵¹. Despite the importance of this question and the extensive pleadings of the Parties on this issue, it is hard to say that the Court has taken its task of identifying custom very seriously. The Court's Judgment devotes only a single

⁴⁸ Articles 77 and 83 of UNCLOS.

⁴⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 428, para. 53.

⁵⁰ *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, joint declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, p. 330, para. 3.

⁵¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/ Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 44, para. 77.

La configuration côtière des États — que leurs côtes se fassent face ou qu'elles soient adjacentes — ne peut avoir d'incidence sur la question de principe consistant à établir, à l'étape de la détermination, si le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins peut empiéter sur le plateau continental auquel un autre État a droit sur la base du critère de la distance de 200 milles marins. Le droit de l'État côtier sur le plateau continental est le même, quelle que soit sa situation côtière⁴⁸.

Plus exactement, si les zones grises sont « impossibles » parce que, du point de vue juridique, il ne peut y avoir chevauchement de droits — comme la Cour semble le conclure maintenant au paragraphe 82 de l'arrêt —, alors elles sont impossibles quelles que soient les circonstances.

38. Il paraît donc inévitable de conclure que le présent arrêt s'écarte de la jurisprudence de la Cour et de celle des tribunaux internationaux. Cette jurisprudence contient une conclusion de droit constamment réaffirmée qui est ici tout simplement ignorée. Je regrette que la Cour n'offre aucun argument convaincant pour expliquer cette rupture⁴⁹. Comme mes éminents collègues l'ont fait observer par le passé, la Cour

« doit s'assurer de la cohérence de la solution retenue avec sa propre jurisprudence afin de garantir la sécurité juridique ... et cela est spécialement vrai dans les différentes phases de la procédure d'une même affaire ou s'agissant d'affaires connexes »⁵⁰.

IV. LA PRATIQUE DES ÉTATS

39. Je reviens à présent sur l'existence supposée d'une règle de droit international coutumier qui ferait obstacle à ce que le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins puisse s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. D'après la jurisprudence établie de la Cour, pour qu'une règle de droit international coutumier soit réputée exister, il faut qu'il y ait « une pratique constante », ainsi qu'une *opinio juris*⁵¹. Malgré l'importance que revêt cette question, et les longues argumentations des Parties sur ce point, on peut difficilement dire que la Cour se soit efforcée de déterminer la coutume de façon très rigoureuse. Dans l'arrêt,

⁴⁸ Articles 77 et 83 de la convention.

⁴⁹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008*, p. 428, par. 53.

⁵⁰ *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, déclaration commune du juge Ranjeva, vice-président, et des juges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal et Elaraby, p. 330, par. 3.

⁵¹ *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. 44, par. 77.

paragraph to its “analysis” of this practice (Judgment, para. 77). In fact, the Judgment does not even summarize the Parties’ arguments properly. I thus feel the need to give a very summary account of the Parties’ legal contentions. Without being exhaustive, I shall also examine the two elements of custom below.

40. Basically, the Respondent argues that States follow a customary rule according to which natural prolongation “is not a source of title within maritime areas that lie 200 nautical miles from another State’s baselines”⁵². It refers to the practice of some 30 broad-margin States (35 States in its Counter-Memorial⁵³, 31 States in its Rejoinder⁵⁴) which, it says,

“could have potentially claimed [a continental shelf beyond 200 nautical miles from their coasts] that would have encroached upon the 200-nautical-mile entitlement of another State, but . . . stopped at the other State’s 200-nautical-mile zone”⁵⁵.

This alleged body of practice mostly takes the form of 51 CLCS submissions, which Colombia compiled in an annex to its Counter-Memorial⁵⁶.

41. This argument is not new. The Respondent made the same argument in 2012⁵⁷.

A. State Practice

42. Is there a general practice of States in support of the putative customary rule? The answer appears to be affirmative — but only at first sight. A number of States in their submissions or “preliminary information” to the Commission have limited their claims to a continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles in a way that does not extend within 200 nautical miles from a neighbouring State’s baselines. This practice of self-restraint varies in shape but is generally consistent. Some States have placed the fixed points of their proposed continental shelf outer limits on the 200 nautical miles limit of a neighbouring State. Others have used endpoints that deliberately stop short of the 200 nautical miles limit of a neighbouring State. This is true both of individual CLCS submissions and of joint

⁵² Rejoinder of Colombia, para. 3.1.

⁵³ Counter-Memorial of Colombia, para. 3.70.

⁵⁴ Rejoinder of Colombia, para. 3.38.

⁵⁵ Counter-Memorial of Colombia, para. 3.70.

⁵⁶ *Ibid.*, Ann. 50.

⁵⁷ See e.g. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, CR 2012/12, p. 60, para. 78 (Bundy). During the oral proceedings, counsel for Colombia referred to some 32 “filings” to the CLCS (18 full submissions, 14 submissions of “Preliminary Information”), suggesting that most States “approach other States 200-mile limits . . . and [avoid] encroaching on the 200-mile limits of other States”.

elle ne consacre qu'un seul paragraphe à l'« analyse » de cette pratique (arrêt, par. 77). D'ailleurs, les arguments des Parties n'y sont même pas résumés correctement. J'estime donc nécessaire de fournir un bref résumé des moyens juridiques qui ont été avancés. J'examinerai également ci-après, sans viser à l'exhaustivité, les deux éléments de la coutume.

40. Fondamentalement, la Colombie faisait valoir que les États suivent une règle coutumière voulant que le prolongement naturel « ne constitue pas une source de titre dans les espaces maritimes situés en deçà de la limite de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État »⁵². Elle faisait référence à la pratique d'une trentaine d'États dotés d'une vaste marge (35 États dans son contre-mémoire⁵³, 31 dans sa duplique⁵⁴) qui, selon elle,

« auraient pu demander [un plateau continental au-delà de 200 milles marins de leurs côtes] empiétant sur la zone de 200 milles marins à laquelle avait droit un autre État, mais ... [ont] born[é] leur demande à la limite de 200 milles marins de l'autre État »⁵⁵.

Ce supposé ensemble de pratiques prend pour l'essentiel la forme de 51 demandes soumises à la Commission des limites, compilées dans une annexe du contre-mémoire⁵⁶.

41. Cet argument n'est pas nouveau. La défenderesse s'en était déjà prévalu en 2012⁵⁷.

A. La pratique des États

42. Existe-t-il une pratique générale des États qui corroborerait l'existence de cette règle coutumière putative? Il semblerait que la réponse à cette question soit affirmative — mais seulement à première vue. Un certain nombre d'États, dans leurs demandes à la Commission des limites, ou dans les « informations préliminaires » qu'ils lui ont communiquées, ont limité leur prétention à un plateau continental au-delà de 200 milles marins de sorte que celui-ci ne s'étende pas en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un État voisin. La retenue dont ces États font preuve varie dans la forme mais est de manière générale cohérente. Certains États ont placé les points fixes de la limite extérieure proposée pour leur plateau continental sur la limite des 200 milles marins d'un État voisin. D'autres ont utilisé des

⁵² Duplique de la Colombie, par. 3.1.

⁵³ Contre-mémoire de la Colombie, par. 3.70.

⁵⁴ Duplique de la Colombie, par. 3.38.

⁵⁵ Contre-mémoire de la Colombie, par. 3.70.

⁵⁶ *Ibid.*, annexe 50.

⁵⁷ Voir, par exemple, *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, CR 2012/12, p. 60, par. 78 (Bundy). À l'audience, les conseils de la Colombie ont fait référence à 32 « dossiers » présentés à la Commission des limites (18 demandes complètes, 14 dépôts d'« information[s] préliminaire[s] »), laissant entendre que la plupart des États « approchent la limite de 200 milles marins d'autres États ... et évit[ent] d'empiéter sur la limite de 200 milles marins d'autres États ».

submissions. This practice may be described as a form of “negative practice”, in the sense that it consists of abstentions. I agree that this body of practice is not insignificant. It originates from various parts of the world, and it appears widespread.

43. Nicaragua argues that this body of practice is insufficient to give rise to a customary rule because the States that have engaged in it “do not represent even 25 [per cent] of the State Parties” to the Convention⁵⁸. This threshold argument misses the mark. In assessing the generality of State practice, regard must be had to those States that are particularly involved in the relevant activity or are most likely to be concerned with the alleged customary rule. In the present case, this includes those broad-margin States that can claim a continental shelf beyond 200 nautical miles that can extend within 200 nautical miles from the baselines of another State. Within this more limited “pool” of States, the question is whether most States have adopted a representative and consistent practice not to claim a continental shelf entitlement so close to another State’s coast. The Court’s Judgment proceeds on the basis of this postulate to assess this body of practice. Rightly so.

44. This being said, I feel bound to say that the Court’s analysis is incomplete.

45. For one, the Judgment does not acknowledge, much less analyse, the existence of contrary State practice whereby States have claimed a continental shelf entitlement that extends within 200 nautical miles from the baselines of another State. Examples — some of them uncontroversial as between the Parties — include: (i) Bangladesh’s 2011 submission in respect of the Bay of Bengal⁵⁹; (ii) Cameroon’s 2009 preliminary information in respect of the Gulf of Guinea⁶⁰; (iii) China’s 2012 partial submission in part of the East China

⁵⁸ Written comments by Nicaragua on the reply of Colombia to the question put to it by Judge Robinson, para. 10.

⁵⁹ See Submission by the People’s Republic of Bangladesh to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary, February 2011, p. 11 (in which Bangladesh claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coasts of India and Myanmar. In paragraph 5.1 of its Executive Summary, Bangladesh explained that its maritime entitlements overlap with those of India and Myanmar).

⁶⁰ See *Demande préliminaire du Cameroun aux fins de l’extension des limites de son Plateau Continental*, 11 May 2009, p. 4 (in which Cameroon claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Equatorial Guinea).

points terminaux délibérément placés juste avant la limite de 200 milles marins d'un État voisin. C'est le cas aussi bien dans des demandes présentées à titre individuel que dans des demandes conjointes. Cette pratique pourrait être décrite comme une sorte de « pratique négative », au sens où elle consiste à s'abstenir. Je conviens que cette pratique forme un ensemble non négligeable. Elle semble répandue et on en trouve des exemples dans différentes parties du monde.

43. Le Nicaragua soutenait que cet ensemble de pratiques ne suffit pas à donner naissance à une règle coutumière, car les États qui ont contribué à sa formation « ne représentent même pas 25 % des États parties » à la convention⁵⁸. Or cet argument tiré d'une proportion d'États fait long feu. Pour apprécier la pratique dans sa globalité, il faut tenir compte des États particulièrement impliqués dans les actes en question, ou qui sont le plus susceptibles d'être concernés par la règle coutumière alléguée. Il s'agit en l'espèce des États dotés d'une vaste marge et qui peuvent revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins s'étendant jusqu'en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. La question est de savoir si, au sein de ce « groupe » plus restreint, une majorité d'États ont adopté une pratique représentative et constante consistant à ne pas revendiquer un plateau continental aussi proche de la côte d'un autre État. La Cour part de ce postulat pour examiner cet ensemble de pratiques — à bon droit.

44. Cela étant, je me sens obligé de dire que l'analyse de la Cour est incomplète.

45. En premier lieu, dans l'arrêt, la Cour ne reconnaît pas (et *a fortiori* n'analyse pas) une pratique étatique existante contraire, consistant pour les États à revendiquer un plateau continental qui s'étend jusqu'à moins de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. Il en existe plusieurs exemples, dont certains ne font pas débat entre les Parties, notamment: i) la demande présentée en 2011 par le Bangladesh concernant le golfe du Bengale⁵⁹; ii) les informations préliminaires communiquées en 2009 par le Cameroun au sujet du golfe de Guinée⁶⁰; iii) la demande partielle

⁵⁸ Observations écrites du Nicaragua sur la réponse de la Colombie à la question posée à cette dernière par le juge Robinson, par. 10.

⁵⁹ Voir Submission by the People's Republic of Bangladesh to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary, février 2011, p. 11 (dans laquelle le Bangladesh revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins des côtes de l'Inde et du Myanmar. Au paragraphe 5.1 du résumé de sa demande, le Bangladesh signale que les espaces maritimes qu'il revendique empiètent sur ceux de l'Inde et du Myanmar).

⁶⁰ Voir Demande préliminaire du Cameroun aux fins de l'extension des limites de son plateau continental, 11 mai 2009, p. 4 (dans laquelle le Cameroun revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte de Guinée équatoriale).

Sea⁶¹; (iv) France's 2014 partial submission in respect of Saint-Pierre-et-Miquelon⁶²; (v) Korea's 2012 partial submission in respect of the East China Sea⁶³; (vi) the Applicant's 2013 submission in respect of the Caribbean Sea⁶⁴; (vii) Russia's 2001 submission in respect of the Arctic Ocean⁶⁵; (viii) Somalia's 2015 amended executive summary of its submission in respect of the Indian Ocean⁶⁶; (ix) Tanzania's 2009 preliminary information in respect of the Indian Ocean⁶⁷; or (x) Argentina's 2009 submission in respect of the South Atlantic Ocean⁶⁸. This practice cuts against the Judgment's rather exaggerated assertion that the "vast majority" of States parties to UNCLOS that have made submissions to the CLCS have chosen not to assert therein limits that extend within 200 nautical miles of another State's coast (Judgment, para. 77). This is not a "small number" of States (*ibid.*).

⁶¹ See Submission by the People's Republic of China concerning the Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles in Part of the East China Sea, p. 7, fig. 2 (in which China claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Japan).

⁶² See Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in respect of the Area of Saint-Pierre-et-Miquelon, Part 1, Executive Summary, p. 5, fig. 2 (in which France claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Canada). See also Pascale Ricard, "Saint-Pierre-et-Miquelon. Les prolongements (sous-marins) d'un arbitrage?" in Alina Miron and Denys-Sacha Robin (eds.), *Atlas des espaces maritimes de la France*, Pedone, 2022, p. 189.

⁶³ See Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Executive Summary, p. 9, fig. 1 (in which Korea claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Japan).

⁶⁴ See Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, June 2013, Part I: Executive Summary, p. 4, fig. 1.

⁶⁵ See Submission by the Russian Federation, to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, 20 December 2001, Executive Summary, map 2 "Area of the continental shelf of the Russian Federation in the Arctic Ocean beyond 200-nautical-mile zone" (in which Russia claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Norway).

⁶⁶ See Continental Shelf Submission of the Federal Republic of Somalia, Executive Summary Amended, p. 9, fig. 2 (in which Somalia appears to claim an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of Yemen).

⁶⁷ See Preliminary Information Indicative of the Outer Limits of the Continental Shelf and Description of the Status of Preparation of Making a Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf for the United Republic of Tanzania, 7 May 2009, p. 10, fig. 4 (in which Tanzania claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the coast of the Seychelles).

⁶⁸ See Argentine Submission, Outer Limits of the Continental Shelf, p. 23, fig. 7. The outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles claimed by Argentina in the Tierra del Fuego margin region would appear to extend within 200 nautical miles from Chile's baselines.

présentée en 2012 par la Chine concernant une partie de la mer de Chine méridionale⁶¹; iv) la demande partielle présentée en 2014 par la France concernant Saint-Pierre-et-Miquelon⁶²; v) la demande partielle présentée en 2012 par la Corée concernant la mer de Chine méridionale⁶³; vi) la demande présentée en 2013 par le Nicaragua concernant la mer des Caraïbes⁶⁴; vii) la demande présentée en 2001 par la Russie concernant l'océan Arctique⁶⁵; viii) le résumé modifié de la demande présentée en 2015 par la Somalie concernant l'océan Indien⁶⁶; ix) les informations préliminaires communiquées en 2009 par la Tanzanie concernant l'océan Indien⁶⁷; ou x) la demande présentée en 2009 par l'Argentine concernant l'océan Atlantique Sud⁶⁸. Cette pratique contredit l'affirmation plutôt excessive que l'on trouve dans l'arrêt, à savoir que la « grande majorité » des États parties à la CNUDM ayant saisi la Commission des limites d'une demande ont décidé de ne pas y revendiquer des limites situées à moins de 200 milles marins de la côte d'un autre État (arrêt, par. 77). Les États susmentionnés ne représentent pas un « petit nombre » (*ibid.*).

⁶¹ Voir Submission by the People's Republic of China concerning the Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles in Part of the East China Sea, p. 7, fig. 2 (dans laquelle la Chine revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte du Japon).

⁶² Voir Demande partielle à la Commission des limites du plateau continental conformément au paragraphe 8 de l'article 76 de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer concernant la zone de Saint-Pierre-et-Miquelon, première partie, résumé, p. 5, fig. 2 (dans laquelle la France revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte du Canada). Voir également Pascale Ricard, « Saint-Pierre-et-Miquelon. Les prolongements (sous-marins) d'un arbitrage ? » dans Alina Miron et Denys-Sacha Robin (sous la dir. de), *Atlas des espaces maritimes de la France*, Pedone, 2022, p. 189.

⁶³ Voir Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Executive Summary, p. 9, fig. 1 (dans laquelle la Corée revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte du Japon).

⁶⁴ Voir Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, June 2013, Part I: Executive Summary, p. 4, fig. 1.

⁶⁵ Voir Submission by the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, 20 December 2001, Executive Summary, map 2 « Area of the continental shelf of the Russian Federation in the Arctic Ocean beyond 200-nautical-mile zone » (dans laquelle la Russie revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte de la Norvège).

⁶⁶ Voir Continental Shelf Submission of the Federal Republic of Somalia, Executive Summary Amended, p. 9, fig. 2 (dans laquelle la Somalie semble revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte du Yémen).

⁶⁷ Voir Preliminary Information Indicative of the Outer Limits of the Continental Shelf and Description of the Status of Preparation of Making a Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf for the United Republic of Tanzania, 7 mai 2009, p. 10, fig. 4 (dans laquelle la Tanzanie revendique un plateau continental au-delà de 200 milles marins qui s'étend en deçà de 200 milles marins de la côte des Seychelles).

⁶⁸ Voir Demande de l'Argentine, Outer Limits of the Continental Shelf, p. 23, fig. 7. Les limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins revendiqué par l'Argentine dans la région de la Terre de Feu semblent situées à moins de 200 milles marins des lignes de base du Chili.

46. The Judgment also ignores the wealth of State practice available. The Court simply refers to the negative practice adduced by the Respondent, as though nothing else existed in the practice of States or even in the record before it. The Court is tasked with ascertaining what the international law is. In the fulfilment of its task, the Court need not confine itself to a consideration of the arguments put forward by the parties, but must research “all precedents, teachings and facts to which it ha[s] access and which might possibly” reveal the existence of the putative customary rule⁶⁹. I regret to say that the Court has not fulfilled its task.

47. The Court ignores the positions taken by States before international courts and tribunals in delimitation cases. These are pleadings in which States either have acknowledged the existence of a grey area, or expressly claimed that, as matter of legal principle, a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles *may* extend within 200 nautical miles from the baselines of another State⁷⁰. The pleadings of Bangladesh⁷¹, Canada, Côte d’Ivoire⁷², Ghana⁷³, Trinidad and Tobago, the United States or Somalia⁷⁴ are illustrative. As mentioned above, the grey area issue has found itself before international courts and tribunals on a number of occasions. The official statements made by Australia in the Timor Sea Conciliation are also relevant⁷⁵. There, Australia claimed an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles up to the edge of the Timor Trough that extended within 200 nautical miles from the baselines of Timor-Leste⁷⁶.

⁶⁹ “*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 31.

⁷⁰ “Conclusions on identification of customary international law, with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, Vol. II, Part Two, p. 91 (Conclusion 6, para. 5).

⁷¹ *ITLOS Pleadings, Minutes of Public Sitings and Documents 2012*, Vol. 17/I, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Memorial of Bangladesh, p. 143, para. 7.39 (stating that “[t]he proposition that even a sliver of EEZ of State B beyond the outer limit of State A’s EEZ puts an end by operation of law to the entitlement that State A would otherwise have under Article 76 of UNCLOS to its outer continental shelf should not be entertained”).

⁷² *ITLOS Pleadings, Minutes of Public Sitings and Documents 2017*, Vol. 26/I, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, Merits, Counter-Memorial of the Côte d’Ivoire, p. 833, paras. 8.32-8.34 (describing the grey area as “un phénomène connu et bien répertorié” and suggesting that the Special Chamber should delimit the grey area) and fig. 8.3.

⁷³ *Ibid.*, Memorial of Ghana, p. 171, para. 5.82 (recognizing that the use of the bisector method in that case would create a grey area).

⁷⁴ *I.C.J. Pleadings, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Memorial of Somalia, p. 113, para. 7.33, and fig. 7.4 (depicting a grey area of 8,875.5 sq km).

⁷⁵ *Timor Sea Conciliation (Timor-Leste v. Australia)*, Report and Recommendations of the Compulsory Conciliation Commission between Timor-Leste and Australia on the Timor Sea, PCA Case No 2016-10, para. 234.

⁷⁶ The fact that Australia has not made a submission to the CLCS in this regard does not reduce the weight of this practice. Australia appears to be of the view that a CLCS submission may not be needed when the area of continental shelf beyond 200 nautical miles claimed falls within 200 nautical miles of the baselines of another State. See Andrew Serdy, “Is There a

46. L'arrêt méconnaît également l'abondante pratique étatique disponible. La Cour se contente de faire référence à la pratique négative invoquée par la défenderesse, comme s'il n'existait rien d'autre dans la pratique des États, ou même dans le dossier de l'affaire. La Cour est appelée à déterminer ce que dit le droit international. Pour ce faire, elle n'a pas à se limiter à un examen des arguments avancés par les parties, elle doit rechercher « tous précédents, doctrines et faits qui lui [sont] accessibles et qui [pour]raient, le cas échéant » révéler l'existence de la règle coutumière putative⁶⁹. Je regrette de constater que la Cour ne s'est pas acquittée de cette tâche.

47. La Cour ne tient pas compte des positions adoptées par divers États devant des cours et tribunaux internationaux dans des affaires de délimitation. Dans leurs argumentations, ces États ont soit reconnu l'existence d'une zone grise, soit expressément affirmé que, du point de vue des principes juridiques, le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins *peut* s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État⁷⁰. Les exposés du Bangladesh⁷¹, du Canada, de la Côte d'Ivoire⁷², du Ghana⁷³, de la Trinité-et-Tobago, des États-Unis ou de la Somalie⁷⁴ sont de bons exemples. Comme je l'ai indiqué plus haut, les cours et tribunaux internationaux ont eu à traiter de la question de la zone grise à maintes reprises. Les déclarations officielles faites par l'Australie dans le cadre de la procédure de conciliation concernant la mer de Timor sont également pertinentes⁷⁵. Dans cette affaire, l'Australie revendiquait un plateau continental au-delà de 200 milles marins, jusqu'au bord de la fosse de Timor qui est située à moins de 200 milles marins des lignes de base du Timor-Leste⁷⁶.

⁶⁹ « *Lotus* », arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 31.

⁷⁰ « Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2018, vol. II, deuxième partie, p. 91 (paragraphe 5 de la conclusion 6).

⁷¹ *TIDM mémoires, procès-verbaux et documents 2012*, vol. 17/1, *Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, mémoire du Bangladesh, p. 143, par. 7.39 (où il est indiqué que « [l']on ne saurait en effet admettre la thèse selon laquelle l'existence ne serait-ce que d'une infime partie de la ZEE de l'État B au-delà de la limite extérieure de la ZEE de l'État A aurait juridiquement pour effet de priver ce dernier des droits qu'il aurait autrement, en vertu de l'article 76 de la Convention, sur son plateau continental élargi »).

⁷² *TIDM mémoires, procès-verbaux et documents 2017*, vol. 26/1, *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, fond, contre-mémoire de la Côte d'Ivoire, p. 833, par. 8.32-8.34 (où il est dit que la zone grise est « un phénomène connu et bien répertorié » et que la Chambre spéciale devrait la délimiter) et fig. 8.3.

⁷³ *Ibid.*, mémoire du Ghana, p. 171, par. 5.82 (où il est admis que, dans cette affaire, la méthode de la bissectrice générerait une zone grise).

⁷⁴ *C.I.J. Mémoires, Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, mémoire de la Somalie, p. 113, par. 7.33, et fig. 7.4 (représentant une zone grise de 8 875,5 km²).

⁷⁵ *Timor Sea Conciliation (Timor-Leste v. Australia)*, Report and Recommendations of the Compulsory Conciliation Commission between Timor-Leste and Australia on the Timor Sea, affaire CPA n° 2016-10, par. 234.

⁷⁶ Le fait que l'Australie n'ait pas présenté de demande à ce sujet à la Commission des limites n'ôte rien à la valeur de la pratique. L'Australie semble considérer qu'il peut ne pas être nécessaire de saisir la Commission d'une demande lorsque le plateau continental revendiqué au-delà de 200 milles marins s'étend en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un

Relevant contrary practice can also be found in the form of treaties⁷⁷.

48. Thus, it may be asked whether there is in fact a general practice?

49. I accept that some inconsistencies and contradictions are not necessarily fatal to a finding of “a general practice”. It is not expected that in the practice of States the application of the putative rule “should have been perfect”, in the sense that States should have refrained with “complete consistency” from claiming a continental shelf entitlement within 200 nautical miles of another State’s baselines⁷⁸. I also accept that, for some States, practice varies and should arguably be given less weight. Nevertheless, it seems reasonable to infer from the foregoing that up to 20 States have accepted — either in their CLCS submissions, preliminary information, or otherwise — that a continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles may extend within 200 nautical miles of another State’s baselines. This State practice seems capable of seriously calling into question the element of a “general practice”. Yet, the Court treats this practice as of no account. The Judgment does not explain why and is content to adopt a very general analysis. It may be asked whether the Court is “so general because the particulars do not withstand analysis”⁷⁹.

50. Be that as it may, establishing that a certain practice is sufficiently general does not in itself suffice to find a rule of customary international law. State practice must be accompanied by *opinio juris*. This is true even when some of the practice takes the form of abstentions, which may make the ascertainment of *opinio juris* more difficult⁸⁰. It is to this requirement that I turn next.

B. Acceptance as Law (Opinio Juris)

51. The Parties have expressed markedly different views on *opinio juris*. For Nicaragua, it is not enough to show that 30 States or so have refrained from claiming a continental shelf entitlement within 200 nautical miles of

400-Mile Rule in UNCLOS Article 76 (8)?” (2008), *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, p. 948; Victor Prescott, “Resources of the Continental Margin and International Law” in Peter J. Cook and Chris M. Carleton (eds.) *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, Oxford University Press, 2000, p. 73.

⁷⁷ See e.g. Treaty between the Government of Australia and the Government of the Republic of Indonesia Establishing an Exclusive Economic Zone Boundary and Certain Seabed Boundaries, signed 14 March 1997, not yet in force, *International Legal Materials*, 1997, Vol. XXXVI, No. 5, p. 1055.

⁷⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 98, para. 186 (*mutatis mutandis*).

⁷⁹ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 186.

⁸⁰ “*Lotus*”, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10, p. 28.

On trouve également une pratique contraire pertinente sous la forme de traités⁷⁷.

48. L'on peut donc se demander s'il existe en fait une pratique générale.

49. J'admets que quelques incohérences et contradictions n'empêchent pas de conclure à l'existence d'« une pratique générale ». Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application de la règle putative « soit parfaite » dans la pratique des États, en ce sens que ceux-ci s'abstiendraient « avec une entière constance » de revendiquer un plateau continental en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État⁷⁸. Je reconnais également que la pratique de certains États varie et pourrait donc mériter une importance moindre. Néanmoins, il semble raisonnable de déduire de ce qui précède que pas moins de 20 États ont considéré — que ce soit dans leur demande à la Commission des limites, dans les informations préliminaires qu'ils lui ont communiquées, ou d'une autre manière — que le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins pouvait s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État. Cette pratique étatique semble susceptible de remettre sérieusement en question l'élément de la « pratique générale ». Et pourtant, la Cour n'en tient aucun compte. Dans l'arrêt, elle n'explique pas pourquoi elle l'ignore, se contentant de livrer une analyse très générale. Il est permis de se demander si la Cour « [ne] reste [pas] aussi vague dans son raisonnement ... parce que les détails ne résisteraient pas à l'analyse »⁷⁹.

50. En tout état de cause, établir qu'une certaine pratique a un caractère suffisamment général ne permet pas en soi de conclure à l'existence d'une règle de droit international coutumier. La pratique étatique doit s'accompagner d'une *opinio juris*, et ce, même lorsqu'elle se manifeste en partie sous la forme d'abstentions, ce qui peut rendre l'appréciation de l'*opinio juris* plus difficile⁸⁰. C'est à ce critère que je m'intéresserai à présent.

B. L'acceptation de la pratique comme étant le droit (*opinio juris*)

51. Les Parties ont exprimé des vues très différentes sur l'*opinio juris*. Pour le Nicaragua, il ne suffit pas de montrer que quelque 30 États se sont abstenus de revendiquer un plateau continental dans la zone de 200 milles marins

autre État. Voir Andrew Serdy, « Is There a 400-Mile Rule in UNCLOS Article 76 (8)? », *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, vol. 57, p. 948 ; Victor Prescott, « Resources of the Continental Margin and International Law » dans Peter J. Cook et Chris M. Carleton (sous la dir. de), *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, Oxford University Press, 2000, p. 73.

⁷⁷ Voir, par exemple, le traité entre le Gouvernement australien et le Gouvernement de la République d'Indonésie établissant la limite de la zone économique exclusive et certaines autres lignes de délimitation des fonds marins, signé le 14 mars 1997, pas encore entré en vigueur, *Bulletin du droit de la mer*, n° 35, 1997, p. 112 et suiv.

⁷⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 98, par. 186 (*mutatis mutandis*).

⁷⁹ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, opinion dissidente du juge Schwebel, p. 186.

⁸⁰ *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 28.

another State; it must also be shown that “they did so in the belief that international law gave them no option but to do so. Only that belief could supply the *opinio juris* necessary as the basis of a rule”⁸¹. In Annex 2 of its written comments on Colombia’s reply to the question put to it by a Member of the Court, Nicaragua reviews the CLCS submissions referred to by Colombia. It concludes from this review that not even a single CLCS submission “states directly or even indirectly” that their conduct is compelled by the law⁸².

52. The Judgment is grounded on the assumption that this practice is undertaken with a sense of legal obligation. It assumes that these abstentions *must* be motivated by a sense of obligation and not by extra-legal motives, such as political expediency or convenience, even though States have not framed their abstentions as legally compelled by reason of a rule of customary international law.

There are serious difficulties about this way of looking at things. The Judgment recognizes this, for it states that this practice “may have been motivated in part by considerations other than a sense of legal obligation” (Judgment, para. 77). This is a prudent disclaimer, especially considering that only the executive summaries of CLCS submissions are made public and included in the record before the Court. These summaries contain maps, co-ordinates indicating the outer limits of the continental shelf and baselines, and the indication of which provisions of Article 76 are invoked, but they are of little to no assistance in ascertaining *opinio juris*. They do not explain why States act the way they do. Yet this disclaimer is immediately forgotten when the Court infers that this negative State practice, “given its extent over a long period of time, . . . may be seen as an expression of *opinio juris*” (*ibid.*).

53. According to the Respondent, there is only one explanation for the negative practice of States. As it sees it, it would “strain[] credulity to suggest that 31 States, while believing that they had a legitimate source of title to the seabed and subsoil within [200 nautical miles from the baselines of another State], simply relinquished such title in return for nothing”⁸³. The complete answer to this argument is simply that motives vary. A State may refrain from claiming an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles from the baselines of another State notably (a) to put off a diplomatic row⁸⁴; (b) to avoid the objection pro-

⁸¹ CR 2022/25, p. 40, para. 60 (Lowe).

⁸² Written comments by Nicaragua on the reply of Colombia to the question put to it by Judge Robinson, para. 15.

⁸³ Rejoinder of Colombia, para. 3.39.

⁸⁴ See e.g. Jun, Qiu and Zhang Haiwen, “Partial Submission Made by the Republic of Korea to the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Review”, *China Oceans Law Review*, Vol. 2013 (18), p. 91.

d'un autre État ; il faut également montrer que, « s'ils se sont abstenus[, c'est] parce qu'ils étaient convaincus que le droit international ne leur permettait pas de faire autrement. Seule cette conviction pourrait fournir l'*opinio juris* nécessaire pour instituer une règle »⁸¹. À l'annexe 2 de ses observations écrites sur la réponse de la Colombie à une question posée par un membre de la Cour, le Nicaragua examine les demandes à la Commission des limites invoquées par la défenderesse. Il en conclut que pas une seule « n'indique directement ou même indirectement » que le comportement des États concernés fût imposé par le droit⁸².

52. L'arrêt repose sur l'hypothèse que cette pratique répond à un sentiment d'obligation juridique. Il postule que ces abstentions sont *forcément* motivées par un sentiment d'obligation et non par des raisons extrajuridiques, telles que l'opportunité politique ou la commodité, même si les États n'ont pas présenté leur abstention comme étant juridiquement requise par une règle de droit international coutumier.

Or cette façon d'appréhender les choses pose de sérieuses difficultés. La Cour le reconnaît dans l'arrêt, car elle dit que cette pratique « a pu être motivée en partie par des considérations autres qu'un sentiment d'obligation juridique » (arrêt, par. 77). C'est là une prudente réserve, d'autant que seuls les résumés des demandes à la Commission des limites sont accessibles au public et ont été versés au dossier de l'affaire. Ces résumés contiennent des cartes ainsi que les coordonnées des limites extérieures du plateau continental et des lignes de base, et mentionnent les dispositions de l'article 76 qui sont invoquées, mais ils n'ont que peu d'utilité, voire aucune, pour établir l'existence d'une *opinio juris*. Les raisons pour lesquelles les États agissent comme ils le font n'y sont pas expliquées. Et pourtant, la Cour oublie immédiatement cette réserve lorsqu'elle déduit que cette pratique étatique négative, « étant donné son ampleur sur une longue période, ... peut être considérée comme l'expression de l'*opinio juris* » (*ibid.*).

53. Pour la Colombie, il y a une seule explication à la pratique négative des États. Selon elle, « ce serait pousser loin la crédulité que de penser que 31 États, pourtant convaincus d'avoir une source de titre légitime sur les fonds marins et leur sous-sol à l'intérieur de la [zone de 200 milles marins] d'un autre État, ont tout bonnement renoncé à ce titre sans rien en retour »⁸³. La réponse évidente à cet argument est tout simplement que les motivations varient. Un État peut s'abstenir de revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins s'étendant en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État notamment a) pour éviter une crise diplomatique⁸⁴;

⁸¹ CR 2022/25, p. 40, par. 60 (Lowe).

⁸² Observations écrites du Nicaragua sur la réponse de la Colombie à la question posée à cette dernière par le juge Robinson, par. 15.

⁸³ Duplique de la Colombie, par. 3.39.

⁸⁴ Voir, par exemple, Jun, Qiu et Zhang Haiwen, « Partial Submission Made by the Republic of Korea to the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Review », *China Oceans Law Review*, vol. 2013 (18), p. 91.

cedure of the CLCS, which would result in blocking or seriously delaying the consideration of its submission; or (c) because a given area may not be worth claiming⁸⁵. These motives are not “wild speculations”⁸⁶, as the Respondent would have it. They are reflected in the practice of States.

54. Circumstance (b) deserves consideration. The delineation procedure at the CLCS must be borne in mind. States have adopted various strategies to avoid the possibility of their submissions being blocked by a neighbour⁸⁷. They may seek assurances of “no objection”. They may make a partial submission. They may even amend their submissions to exclude areas that are in dispute⁸⁸. It is not far-fetched to suggest that some States have preferred to relinquish an area of continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles; after all, “half a loaf is better than none”.

55. Indeed, the Applicant’s submission to the CLCS has been blocked for a decade⁸⁹.

56. To give only one example of circumstance (b), reference may be made to the 2009 submission of Trinidad and Tobago. It will be recalled that, in the *Barbados/Trinidad and Tobago* case, the parties debated how to delimit an area of overlap (which they referred to as the “intermediate zone”), said to be beyond 200 nautical miles from Trinidad and Tobago but within 200 nautical miles of the coast of Barbados. Trinidad and Tobago was of the view that a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles may extend within 200 nautical miles from the baselines of another State⁹⁰. Yet, in its 2009 CLCS submission, while maintaining its view on the law, it abstained from claiming a continental shelf within 200 nautical miles of Barbados. Being unable to secure an agreement from Barbados not to object to its CLCS submission, Trinidad and Tobago clearly stated that it decided to

⁸⁵ See e.g. Øystein Jensen, “Russia’s Revised Arctic Seabed Submission”, *Ocean Development and International Law*, 2016, Vol. 47 (1), p. 82.

⁸⁶ CR 2022/28, p. 15, para. 16 (Wood).

⁸⁷ See Coalter Lathrop, “Continental Shelf Delimitation beyond 200 Nautical Miles: Approaches Taken by Coastal States before the Commission on the Limits of the Continental Shelf” in David A. Colson and Robert W. Smith (eds.) *International Maritime Boundaries*, 2011, Vol. VI, p. 4147.

⁸⁸ See e.g. Executive Summary, Partial Amended Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf in respect of the North Sea pursuant to Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea by the Republic of Palau, 12 October 2017, available at https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/plw41_09/plw2017executivesummary.pdf.

⁸⁹ The Submission appears to have made no progress since 2013. See Progress of Work in the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Statement by the Chair, CLCS/83, 31 March 2014, Item 14, paras. 78-83.

⁹⁰ See e.g. *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, Counter-Memorial of the Republic of Trinidad and Tobago, Vol. 1 (1), para. 272 (advancing the view that “the continental shelf of State A can overlap and co-exist with the exclusive economic zone of State B”).

b) pour éviter une procédure d'objection de la Commission des limites, ce qui entraînerait un blocage de sa demande ou un retard important dans l'examen de celle-ci ; ou c) parce que la zone en question ne vaut pas forcément la peine d'être revendiquée⁸⁵. Ces motivations ne sont pas de « folles spéculations »⁸⁶, comme la défenderesse voudrait le faire accroire. Elles se reflètent dans la pratique des États.

54. L'hypothèse b) mérite qu'on s'y attarde. Il convient d'avoir la procédure de délimitation de la Commission des limites à l'esprit. Les États adoptent diverses stratégies pour éviter que leur demande ne soit bloquée par un de leurs voisins⁸⁷. Ils peuvent essayer d'obtenir des assurances de « non-objection ». Ils peuvent présenter une demande partielle. Ils peuvent même modifier leur demande pour exclure des espaces en litige⁸⁸. Il n'est pas exagéré d'avancer que certains États préfèrent renoncer à une zone du plateau continental à laquelle ils pourraient prétendre au-delà de 200 milles marins ; après tout, « un tiens vaut mieux que deux tu l'auras ».

55. De fait, la demande du Nicaragua à la Commission des limites est bloquée depuis dix ans⁸⁹.

56. Pour ne citer qu'un exemple illustrant l'hypothèse b), on peut mentionner la demande de 2009 de la Trinité-et-Tobago. Je rappellerai que, en l'affaire *Barbade/Trinité-et-Tobago*, les parties cherchaient comment délimiter une zone de chevauchement (qu'elles appelaient « zone intermédiaire »), supposément située à plus de 200 milles marins de la Trinité-et-Tobago mais à moins de 200 milles marins de la côte de la Barbade. La Trinité-et-Tobago considérait que le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins pouvait s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État⁹⁰. Pourtant, dans sa demande de 2009 à la Commission, tout en maintenant son point de vue sur le droit, elle s'est abstenue de revendiquer une portion de plateau continental en deçà de 200 milles marins des côtes de la Barbade. N'étant pas parvenue à négocier des assurances de non-objection

⁸⁵ Voir, par exemple, Øystein Jensen, « Russia's Revised Arctic Seabed Submission », *Ocean Development and International Law*, 2016, vol. 47 (1), p. 82.

⁸⁶ CR 2022/28, p. 15, par. 16 (Wood).

⁸⁷ Voir Coalter Lathrop, « Continental Shelf Delimitation beyond 200 Nautical Miles: Approaches Taken by Coastal States before the Commission on the Limits of the Continental Shelf » dans David A. Colson et Robert W. Smith (sous la dir. de), *International Maritime Boundaries*, vol. VI, 2011, p. 4147.

⁸⁸ Voir, par exemple, Executive Summary, Partial Amended Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf in respect of the North Sea pursuant to Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea by the Republic of Palau, 12 octobre 2017, accessible à l'adresse suivante : https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/plw41_09/plw2017executivesummary.pdf

⁸⁹ Il semble que la demande n'ait pas avancé depuis 2013. Voir État d'avancement des travaux de la Commission des limites du plateau continental, déclaration du président, CLCS/83, 31 mars 2014, point 14, par. 78-83.

⁹⁰ Voir, par exemple, *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, contre-mémoire de la République de Trinité-et-Tobago, vol. 1 (1), par. 272 (où il est avancé que « le plateau continental d'un État A peut chevaucher la zone économique exclusive d'un État B, et coexister avec celle-ci »).

submit a submission that was “not dependent on the utilization of maritime space within 200 [nautical miles] of the Barbados coastline”⁹¹.

57. Was it reasonable, then, for the Court to infer *opinio juris* in the way it did? I think not.

58. I accept that, in certain circumstances, State practice may have been motivated by *opinio juris*. And I do not suggest that all 30 or so States that have refrained from claiming a continental shelf beyond 200 nautical miles that extends within 200 nautical miles of another State have done so for extra-legal motives. It may well be that some of them have undertaken this practice with a sense of legal obligation on the basis of the putative rule of customary international law. But is it really reasonable to suppose that all of them did? In my considered view, in light of the circumstances and on the basis of the limited information available in the executive summaries, such an inference is a perilous leap to make. The Court holds no crystal ball into the motives of States. The Judgment fails to explain why, in the circumstances, such an inference is appropriate or even reasonable.

59. Quite apart from this methodological problem, it seems to me that the Court’s finding flies in the face of clear *opinio juris* to the contrary. Today’s Judgment does not acknowledge the existence of clear expressions of *opinio juris* to the effect that a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles *may* extend within 200 nautical miles from the baselines of another State.

60. Such expressions can be found, for instance, in Cameroon’s preliminary information to the Commission of 11 May 2009, as well as France’s Note Verbale dated 17 December 2014 concerning its submission on Saint-Pierre-et-Miquelon. France’s submission to the Commission in relation to Saint-Pierre-et-Miquelon appears to include areas that are located within 200 nautical miles from Canada, whereas Cameroon’s preliminary information includes areas that are located within 200 nautical miles from Equatorial Guinea. In response to a Note Verbale from Canada, France expressed the view that its claims “do not run counter to [UNCLOS] or any rule of international law”⁹². In its preliminary information, Cameroon explicitly acknowledges that

“its resulting legal title beyond 200 nautical miles is, because of the geopolitical configuration of the region, called upon to overlap with the

⁹¹ Executive Summary, Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Republic of Trinidad and Tobago, 12 May 2009, pp. 17-18.

⁹² Note Verbale of France dated 17 December 2014, TS/MSM/No. 622, available at https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/can70_13/1467831E.pdf.

avec la Barbade, la Trinité-et-Tobago a clairement indiqué qu'elle avait décidé de présenter une demande qui «ne soit pas conditionnée par l'utilisation d'espaces maritimes en deçà de 200 [milles marins] de la ligne côtière de la Barbade»⁹¹.

57. Dès lors, était-il raisonnable pour la Cour d'inférer l'expression d'une *opinio juris* comme elle l'a fait? Je ne le crois pas.

58. J'admets que, dans certaines circonstances, la pratique des États peut être motivée par l'*opinio juris*. Et je ne dis pas que les quelque 30 États qui se sont abstenus de revendiquer un plateau continental au-delà de 200 milles marins s'étendant jusqu'à moins de 200 milles marins des côtes d'un autre État l'ont tous fait pour des raisons extrajuridiques. Peut-être certains ont-ils adopté cette pratique par sentiment d'obligation juridique à cause de la règle putative de droit international coutumier. Mais est-il vraiment raisonnable de présumer que tous l'ont fait? Après mûre réflexion, j'estime, à la lumière des circonstances et sur la base des informations limitées qui figurent dans les résumés des demandes à la Commission des limites, qu'une telle déduction est hasardeuse. La Cour n'a pas de boule de cristal lui permettant de deviner les motivations des États. L'arrêt n'explique pas pourquoi, dans les circonstances de l'espèce, une telle déduction est correcte ou même raisonnable.

59. Indépendamment de ce problème méthodologique, il me semble que la conclusion de la Cour se heurte à une *opinio juris* claire en sens contraire. Le présent arrêt ne reconnaît pas l'existence d'expressions manifestes d'une *opinio juris* selon laquelle le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins *peut* s'étendre en deçà de 200 milles marins des lignes de base d'un autre État.

60. Or de telles expressions figurent par exemple dans les informations préliminaires transmises par le Cameroun à la Commission des limites le 11 mai 2009, ainsi que dans la note verbale de la France datée du 17 décembre 2014 concernant la demande présentée au sujet de Saint-Pierre-et-Miquelon. Cette demande de la France semble inclure des zones situées à moins de 200 milles marins du Canada, et les informations préliminaires communiquées par le Cameroun incluent des zones situées à moins de 200 milles marins de la Guinée équatoriale. En réponse à une note verbale du Canada, la France a fait valoir que ses revendications n'étaient «contraires ni à la [CNUDM], ni à aucune règle de droit international»⁹². Dans ses informations préliminaires, le Cameroun reconnaît expressément que son

«titre juridique ... au-delà de 200 milles marins est, du fait de la configuration géo-politique de la région, appelé à ... chevaucher ... les titres

⁹¹ Executive Summary, Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Republic of Trinidad and Tobago, 12 mai 2009, p. 17-18.

⁹² Note verbale de la France en date du 17 décembre 2014, TS/MSM/n° 622, accessible à l'adresse suivante : <https://digitallibrary.un.org/record/3931489>.

partially competing titles that neighbouring States may assert . . . within 200 nautical miles”⁹³.

A similar expression of *opinio juris* can be found in a Note Verbale of the Republic of Korea dated 23 January 2013⁹⁴.

61. To this can be added the positions taken by States in their statements before international courts and tribunals⁹⁵ in delimitation cases. As mentioned above, examples include the pleadings of such States as Bangladesh, Canada, Côte d’Ivoire, Ghana, the Maldives, Trinidad and Tobago, the United States, or Somalia. In the *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* case, for instance, Canada accepted that its proposed delimitation line would create a small “grey area”. It suggested that, in such a situation, the continental shelf could be subject to the jurisdiction of one State, and the water column subject to the other⁹⁶. The United States, for its part, asserted that “[t]he international community long has recognized the existence of the grey area”⁹⁷ and that “the Third United Nations Conference on the Law of the Sea . . . never once . . . took up the grey area issue in all the debates about the 200-nautical-mile zone”⁹⁸. Referring to various instances of State practice, it suggested that “the practice of States clearly does not regard the creation of a grey area as a problem to be avoided”⁹⁹. The grey area was depicted in maps annexed to the parties’ pleadings.

62. In the *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)* case before the Special Chamber of the ITLOS, the question was put to the parties whether the Maldives’ entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles from its baseline can be extended into the 200 nautical miles limit of Mauritius, as indicated in figure 29 of the Maldives’ Counter-Memorial and figure 6 of the Maldives’ Rejoinder¹⁰⁰, which depicted a grey

⁹³ Demande préliminaire du Cameroun aux fins de l’extension des limites de son plateau continental, 11 May 2009, p. 4, available at https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/cmr2009informationpreliminaire.pdf (my translation).

⁹⁴ Note Verbale of the Republic of Korea dated 23 January 2013, MUN/022/13, available at https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/kor65_12/kor_re_jpn_23_01_2013.pdf (stating that UNCLOS “establishe[d] two distinct bases of entitlement in the continental shelf . . . Neither . . . is afforded priority over the other under the Convention. Japan, therefore, cannot use its entitlement based on the distance criterion to negate Korea’s entitlement based on geomorphological considerations”).

⁹⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I), p. 135, para. 77 (relying on the positions taken by States to identify *opinio juris*).

⁹⁶ See I.C.J. Pleadings, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Vol. VI, p. 163, argument of Mr Weil.

⁹⁷ *Ibid.*, Vol. VII, p. 218, reply of Mr Colson.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, ITLOS Reports 2022-2023, to be published, para. 57.

partiellement concurrents que des États voisins sont susceptibles de faire valoir ... en deçà de 200 milles marins»⁹³.

On trouve également une expression analogue d'*opinio juris* dans une note verbale de la République de Corée en date du 23 janvier 2013⁹⁴.

61. On peut y ajouter les positions défendues par divers États devant des cours et tribunaux internationaux⁹⁵ dans des affaires de délimitation. Comme je l'ai dit plus haut, on peut citer les exposés d'États tels que le Bangladesh, le Canada, la Côte d'Ivoire, le Ghana, les Maldives, la Trinité-et-Tobago, les États-Unis ou la Somalie. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, par exemple, le Canada reconnaissait que la ligne de délimitation qu'il proposait aurait pour effet de créer une petite « zone grise ». Selon lui, en pareille situation, le plateau continental pouvait relever de la juridiction de l'un des États, et la colonne d'eau, de celle de l'autre⁹⁶. Les États-Unis, quant à eux, affirmaient que « [l]a communauté internationale reconnaît depuis longtemps l'existence de la zone grise »⁹⁷ et qu'à « la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer ... pas une seule fois ... n'a[va]it été] abordé[e] la question de la zone grise dans les débats sur la zone de 200 milles marins »⁹⁸. Se référant à plusieurs exemples de la pratique des États, ils avançaient que dans celle-ci « la création d'une zone grise n'[était] manifestement pas considérée comme un problème à éviter »⁹⁹. La zone grise était représentée sur les cartes annexées aux exposés des parties.

62. Dans l'affaire du *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)* devant la Chambre spéciale du TIDM, il fut demandé aux parties si elles considéraient que le plateau continental revendiqué par les Maldives au-delà de 200 milles marins de leurs lignes de base pouvait s'étendre au-delà de la limite des 200 milles marins de Maurice, comme représenté à la figure 29 du contre-mémoire des Maldives et à la figure 6 de leur duplique¹⁰⁰,

⁹³ Demande préliminaire du Cameroun aux fins de l'extension des limites de son plateau continental, 11 mai 2009, p. 4, accessible à l'adresse suivante : https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/preliminary/cmr2009informationpreliminaire.pdf.

⁹⁴ Note verbale de la République de Corée en date du 23 janvier 2013, MUN/022/13, accessible à l'adresse suivante : https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/kor65_12/kor_re_jpn_23_01_2013f.pdf (soulignant que, selon la CNUDM, « les droits exercés sur le plateau continental reposent sur deux éléments distincts [qui] ont autant de poids l'un que l'autre [et que] le Japon ne saurait donc se prévaloir du critère lié à la distance pour méconnaître le droit dont jouit la Corée en vertu des données géomorphologiques »).

⁹⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 135, par. 77 (où les positions adoptées par divers États permettent de mettre en évidence l'*opinio juris*).

⁹⁶ Voir C.I.J. *Mémoires, Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, vol. VI, p. 163, plaidoirie de M. Weil.

⁹⁷ *Ibid.*, vol. VII, p. 218, réponse de M. Colson.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 219.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives)*, TIDM Recueil 2022-2023, à paraître, par. 57.

area. That area was on the Maldives' side of the delimitation line, located beyond 200 nautical miles from the coast of the Maldives but within 200 nautical miles from the baselines of Mauritius. In response, the Maldives "confirm[ed] its position that [its] entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles from its baseline can be so extended"¹⁰¹.

63. The present Judgment does not explain how the *opinio juris* supposedly identified by the Court squares with the above examples.

C. Assessment

64. The Court's finding on a bright-line customary rule is open to serious doubt. This finding rests on a curated selection of State practice, and on little to no analysis of *opinio juris*. The Court's finding also does not comport with the indications furnished by subsidiary means for the determination of rules of law, including the decisions of international courts and tribunals (see above, paragraphs 31-38) and scholarly writings¹⁰². I regret that the Court's analysis does not demonstrate the existence of the alleged rule.

V. ENTITLEMENT TO THE EXCLUSIVE ECONOMIC ZONE

65. There is another matter which seems to call for comment. So far, the question of the overlap of entitlements has been approached from the perspective of the continental shelf, that is, by asking whether a State's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles may overlap with another State's continental shelf within 200 nautical miles. I have reasoned that the answer is "yes".

66. Another way to approach the issue is from the perspective of the exclusive economic zone. States are entitled to an exclusive economic zone of up to 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. It may thus be asked whether one State's continental shelf entitlement beyond 200 nautical miles may overlap with another State's exclusive economic zone entitlement. That is: does the entitlement of a coastal State to an exclusive economic zone, encompassing the waters superjacent to the seabed, *but also the seabed and its subsoil*, "exclude" an entitlement by another State to a continental shelf beyond 200 nautical

¹⁰¹ ITLOS/PV.22C28/4, p. 7 (Sander).

¹⁰² The scholarly writings that have examined this issue all conclude that the negative practice of States in the form of CLCS submissions is not accompanied by sufficient *opinio juris*. See e.g. Xuexia Liao, *The Continental Shelf Delimitation beyond 200 Nautical Miles: Towards a Common Approach to Maritime Boundary-making*, Cambridge University Press, 2021, p. 81 (stating that "[u]nless more convincing evidence regarding the binding nature of States' behavior is available, it is difficult to establish the *opinio juris* that is necessary for the formation of customary international law").

qui montraient une zone grise. Cette zone était située du côté maldivien de la ligne de délimitation, au-delà de 200 milles marins de la côte des Maldives mais en deçà de 200 milles marins des lignes de base de Maurice. En réponse, les Maldives ont « confirm[é] leur position selon laquelle leur titre sur le plateau continental au-delà de 200 [milles marins] de [leur] ligne de base p[ouvai]t être prolongé de la sorte »¹⁰¹.

63. Le présent arrêt n'explique pas de quelle manière la supposée *opinio juris* mise en évidence par la Cour concorde avec les exemples suscités.

C. Bilan

64. La conclusion de la Cour quant à l'existence d'une règle coutumière inéquivoque est sujette à caution. Elle repose sur des exemples de pratique étatique soigneusement choisis, tandis que l'*opinio juris* n'est guère analysée (voire pas du tout). Elle ne correspond pas non plus aux indications données par les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, notamment les décisions de cours et de tribunaux internationaux (voir plus haut, les paragraphes 31-38) et la doctrine¹⁰². Je suis au regret de dire que l'analyse de la Cour ne permet pas d'établir l'existence de la règle alléguée.

V. LE DROIT À UNE ZONE ÉCONOMIQUE EXCLUSIVE

65. Il y a un autre aspect qui me paraît appeler des observations. Jusqu'ici, la question du chevauchement de droits a été appréhendée sous l'angle du plateau continental, c'est-à-dire en posant la question de savoir si le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins peut empiéter sur le plateau continental d'un autre État en deçà de 200 milles marins. Selon moi, la réponse est « oui ».

66. Une autre façon d'aborder la question consiste à s'y intéresser sous l'angle de la zone économique exclusive. Les États peuvent revendiquer une zone économique exclusive jusqu'à 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de leur mer territoriale. On peut donc se demander si le plateau continental auquel un État peut prétendre au-delà de 200 milles marins peut empiéter sur la zone économique exclusive à laquelle un autre État a droit. Autrement dit : le droit d'un État côtier à une zone économique exclusive, qui comprend les eaux sus-jacentes aux fonds marins, *mais aussi les fonds marins et leur sous-sol*, « exclut-il » tout droit

¹⁰¹ ITLOS/PV.22C28/4, p. 8 (Sander).

¹⁰² Les auteurs ayant examiné cette question ont tous conclu que la pratique d'abstention des États qui se dégage des demandes à la Commission des limites n'est pas assortie d'une *opinio juris* suffisante. Voir, par exemple, Xuexia Liao, *The Continental Shelf Delimitation beyond 200 Nautical Miles: Towards a Common Approach to Maritime Boundary-making*, Cambridge University Press, 2021, p. 81 (où il est dit que, « en l'absence d'éléments démontrant de manière plus convaincante le caractère contraignant du comportement des États, il est difficile d'établir l'*opinio juris* nécessaire à la formation d'une règle de droit international coutumier »).

miles from its baselines that extends into the same area? Colombia has strenuously argued that this is so. Again, this a question of law and it arises at the identification step.

This argument is not new. The Respondent made the same argument in 2012.

67. The Court's Judgment does not squarely engage with this question, and I do not wish to dwell on it. It suffices to note that the *Bay of Bengal* decisions and the Court's Judgment in *Somalia v. Kenya*, in so far as they recognized the existence of grey areas, found that an entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles may extend and overlap with an exclusive economic zone entitlement. That is the correct finding in law. The institutions of the continental shelf and the exclusive economic zone are "different and distinct"¹⁰³. Neither nullifies — or takes "priority" over — the other to prevent an overlap¹⁰⁴. Again, a feature of maritime entitlements is that they can overlap (see paragraph 12 above). This is true even when the entitlements are of a different nature¹⁰⁵.

68. Paragraphs 68 to 70 of the Judgment are devoted to the relationship between the régime of the exclusive economic zone and that of the continental shelf under customary international law. Presumably, this relationship is seen by the Court as germane to answering the first question. The Court observes that the régime of the exclusive economic zone is the result of a compromise; it notes that this régime confers sovereign rights of exploration, exploitation, conservation and management of natural resources to the coastal State; it recalls that, within the exclusive economic zone, the rights with respect to the seabed and subsoil are to be exercised in accordance with the régime of the continental shelf. These observations are on their face unobjectionable, and I could subscribe to the Court's reasoning were it not for the fact that this reasoning seems to carry with it a veiled proposition the implications of which are not teased out in the Judgment but nonetheless significant.

69. In paragraph 70 of the Judgment the Court quotes a passage of its 1985 Judgment in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case. Said passage reads as follows:

¹⁰³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1985*, p. 33, para. 34.

¹⁰⁴ See *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, *RIAA*, Vol. XXVII, p. 213, para. 234 (stating that "the continental shelf and the EEZ co-exist as separate institutions, as the latter has not absorbed the former (*Libya/Malta*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 13) and as the former does not displace the latter").

¹⁰⁵ For instance, in its 2012 Judgment, the Court found an overlap between the territorial sea entitlement of Colombia derived from islands and the entitlement of Nicaragua to a continental shelf and exclusive economic zone. The Court did not accept Colombia's argument that its territorial sea had "priority". See *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *I.C.J. Reports 2012 (II)*, p. 689, para. 174 and p. 690, para. 177.

d'un autre État à un plateau continental au-delà de 200 milles marins de ses lignes de base s'étendant dans la même zone? La Colombie n'a eu de cesse de faire valoir que tel est le cas. Là encore, il s'agit d'une question de droit, et elle se pose à l'étape de la détermination.

L'argument n'est pas nouveau. La défenderesse s'en était déjà prévalu en 2012.

67. L'arrêt de la Cour ne traite pas directement cette question, et je ne souhaite pas y revenir. Il suffit de noter que les décisions dans les affaires du *Golfe du Bengale* et dans l'affaire *Somalie c. Kenya* devant la Cour concluaient, dans la mesure où elles reconnaissaient l'existence de zones grises, que le plateau continental d'un État au-delà de 200 milles marins peut atteindre et chevaucher la zone économique exclusive d'un autre État. Telle est la juste conclusion en droit. Les institutions du plateau continental et de la zone économique exclusive «ne se confondent pas»¹⁰³. Aucune ne saurait, pour éviter un chevauchement, annuler l'autre ou avoir priorité sur elle¹⁰⁴. Je le répète, une particularité des droits maritimes est qu'ils peuvent se chevaucher (voir plus haut le paragraphe 12). Cela reste vrai même lorsque les droits concernent des espaces maritimes de nature différente¹⁰⁵.

68. Les paragraphes 68 à 70 de l'arrêt sont consacrés à la relation entre les régimes respectifs de la zone économique exclusive et du plateau continental en droit international coutumier. La Cour considère sans doute cette relation comme pertinente aux fins de répondre à sa première question. Elle note que le régime de la zone économique exclusive résulte d'un compromis; elle relève que ce régime confère à l'État côtier des droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles; elle rappelle que, dans la zone économique exclusive, les droits relatifs aux fonds marins et à leur sous-sol doivent être exercés conformément au régime juridique applicable au plateau continental. Ces observations sont en apparence incontestables, et je pourrais souscrire au raisonnement de la Cour si celui-ci ne semblait pas s'accompagner d'une thèse voilée dont les implications ne sont pas démêlées dans l'arrêt mais n'en sont pas moins considérables.

69. Au paragraphe 70 de l'arrêt, la Cour cite un passage de son arrêt de 1985 en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, qui se lit comme suit:

¹⁰³ *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 33, par. 34.

¹⁰⁴ Voir *Arbitrage entre la Barbade et la République de Trinité-et-Tobago*, sentence du 11 avril 2006, RSA, vol. XXVII, p. 213, par. 234 (où il est dit que «le plateau continental et la ZEE coexistent en tant qu'institutions distinctes, la seconde n'ayant pas absorbé le premier (Libye/Malte, C.I.J. Recueil 1985, p. 13), et le premier ne déplaçant pas la seconde».)

¹⁰⁵ Par exemple, dans son arrêt de 2012, la Cour a constaté un chevauchement entre la mer territoriale à laquelle la Colombie a droit autour de ses îles et le plateau continental et la zone économique exclusive auxquels le Nicaragua pouvait prétendre. Elle n'a pas retenu l'argument de la Colombie qui affirmait que sa mer territoriale «l'emport[ait]». Voir *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 689, par. 174, et p. 690, par. 177.

“Although the institutions of the continental shelf and the exclusive economic zone are different and distinct, the rights which the exclusive economic zone entails over the sea-bed of the zone are defined by reference to the régime laid down for the continental shelf. Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf.” (*Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 33, para. 34.)

The Court does not explain why this passage of the 1985 Judgment is relevant. It draws no conclusion from its reasoning.

70. I find it hard to see the quotation of this passage as a mere happenstance. Throughout the proceedings, the Respondent has relied on this passage of the Court’s Judgment in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case to suggest that the Court should avoid “creating” a “huge” grey area in the present case. For Colombia, the existence of a grey area cannot be upheld in this case without calling into question the very notion of the exclusive economic zone, which, it claims, was meant to join all the physical layers of the sea under one national jurisdiction in which the coastal State would exercise sovereign rights over both the living and non-living resources (Judgment, para. 63). Colombia argues that an exclusive economic zone the water column of which is divorced from the seabed and subsoil, is no longer an exclusive economic zone (*ibid.*, para. 64). To support this argument, Colombia purports to rely on the Court’s “finding” in the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* case, quoted above, that “there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf”¹⁰⁶.

71. The truncated passage on which Colombia relies does not support its argument. In *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, the Court was merely stating the obvious: a continental shelf exists *ipso facto* and *ab initio*¹⁰⁷, whereas an exclusive economic zone has to be proclaimed by the coastal State. An exclusive economic zone exists only in so far as the coastal State chooses to proclaim such a zone¹⁰⁸. That is why “[a]lthough there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf”. That is all. This passage does not stand for the proposition that “the water column of the exclusive economic zone cannot in principle be divorced from its sea-bed and subsoil”¹⁰⁹. This is a reading of the 1985 Judgment that its text cannot bear.

¹⁰⁶ See e.g. Rejoinder of Colombia, paras. 2.20 and 3.21; CR 2022/26, p. 45, para. 1 (Palestini); CR 2022/28, p. 38, para. 13 (Valencia-Ospina).

¹⁰⁷ Article 77, paragraph 3, of the Convention.

¹⁰⁸ David Joseph Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, 1987, p. 141.

¹⁰⁹ CR 2022/26, pp. 48-49, para. 7 (Palestini).

« Bien que les institutions du plateau continental et de la zone économique exclusive ne se confondent pas, les droits qu'une zone économique exclusive comporte sur les fonds marins de cette zone sont définis par renvoi au régime prévu pour le plateau continental. S'il peut y avoir un plateau continental sans zone économique exclusive, il ne saurait exister de zone économique exclusive sans plateau continental correspondant. » (*Arrêt, C.I.J. Recueil 1985*, p. 33, par. 34.)

La Cour n'explique pas en quoi ce passage de l'arrêt de 1985 est pertinent. Elle ne tire aucune conclusion de son raisonnement.

70. J'ai du mal à voir une simple coïncidence dans la citation de ce passage. Tout au long de la procédure, la Colombie s'est appuyée sur cet extrait de l'arrêt rendu en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* pour laisser entendre que la Cour devait éviter la « création » d'une « énorme » zone grise. De l'avis de la défenderesse, on ne peut admettre l'existence d'une zone grise en l'espèce sans remettre en cause la notion même de zone économique exclusive, qui, selon elle, a été conçue pour réunir toutes les couches physiques de la mer en une zone placée sous une seule juridiction nationale, dans laquelle l'État côtier exercerait des droits souverains sur les ressources tant biologiques que non biologiques (arrêt, par. 63). La Colombie soutenait qu'une zone économique exclusive dont la colonne d'eau serait dissociée des fonds marins et de leur sous-sol ne serait plus une zone économique exclusive (*ibid.*, par. 64). Pour étayer cet argument, elle entendait s'appuyer sur la « conclusion » de la Cour en l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, telle que citée ci-dessus, à savoir qu'« il ne saurait exister de zone économique exclusive sans plateau continental correspondant »¹⁰⁶.

71. Or cette citation tronquée n'étaye pas l'argumentation de la Colombie. En l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, la Cour rappelait seulement ce qui est une évidence : un plateau continental existe *ipso facto* et *ab initio*¹⁰⁷, tandis qu'une zone économique exclusive doit être proclamée par l'État côtier. Il n'existe de zone économique exclusive que dans la mesure où l'État côtier décide d'en proclamer une¹⁰⁸. C'est la raison pour laquelle, « [s]'il peut y avoir un plateau continental sans zone économique exclusive, il ne saurait exister de zone économique exclusive sans plateau continental correspondant ». Mais c'est tout. Ce passage n'accrédite pas la thèse que « la colonne d'eau de la zone économique exclusive ne peut en principe être dissociée de ses fonds marins et de son sous-sol »¹⁰⁹. C'est une interprétation de l'arrêt de 1985, qui ne trouve aucune confirmation dans le texte de celui-ci.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, duplique de la Colombie, par. 2.20 et 3.21 ; CR 2022/26, p. 45, par. 1 (Palestini) ; CR 2022/28, p. 38, par. 13 (Valencia-Ospina).

¹⁰⁷ Article 77, paragraphe 3, de la convention.

¹⁰⁸ David Joseph Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford University Press, 1987, p. 141.

¹⁰⁹ CR 2022/26, p. 48-49, par. 7 (Palestini).

72. In any event, the Respondent's concerns against differentiating water-column rights and continental-shelf rights in a given area relate to the achievement of an equitable result. They do not concern the identification step. As mentioned above (see paragraph 19), an area of overlapping entitlements must be distinguished from the *maritime area* that may be established by a court or tribunal on the basis of such overlapping entitlements. It is true that in the *Bay of Bengal* cases, for instance, the tribunals' decisions to delimit the parties' entitlements resulted in maritime areas in which jurisdiction over the water column was adjudicated as appertaining to one State and jurisdiction over the seabed and subsoil to another. As the arbitral tribunal explained in *Bangladesh v. India*, "[t]he establishment of a maritime area in which the States concerned have shared rights is not unknown under the Convention"¹¹⁰. It is also not unknown in practice. Needless to say, the Court could have arrived at this or at a different solution in its task to find an equitable solution in the present case had it proceeded to the delimitation.

VI. CONCLUSIONS

73. This Judgment asserts a legal principle which is not consistent with the jurisprudence of the Court, the International Tribunal of the Law of the Sea, and an Annex VII arbitral tribunal. I understand that judges and lawyers may feel more at home in the legal sphere than in matters of geomorphology and geology. This, however, cannot justify an approach which avoids dealing with the facts as presented by the parties in a particular case.

74. I have found myself unable to agree with the conclusion reached by the Court on the first legal question it put to the Parties in its Order of 4 October 2022, and with its finding in the operative clause of the Judgment which follows from its conclusion (Judgment, para. 104 (1)). My vote however should not be seen as meaning that I would have necessarily upheld Nicaragua's submission as far as the delimitation line it proposed. The determination of the maritime boundary would have been a matter for adjudication, applying the rules calling for the achievement of an equitable result, had the Court allowed the case to proceed to that stage.

75. I only note that the consequences of today's Judgment lead to an inequitable result.

(Signed) Peter TOMKA.

¹¹⁰ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India)*, Award of 7 July 2014, *RIAA*, Vol. XXXII, p. 148, para. 507.

72. En tout état de cause, les réserves de la défenderesse à l'égard d'une distinction entre les droits sur la colonne d'eau et ceux sur le plateau continental dans une zone donnée concernent l'obtention d'un résultat équitable. Elles ne concernent pas l'étape de la détermination. Comme on l'a vu plus haut (voir le paragraphe 19), il convient d'établir une distinction entre la zone de droits concurrents et l'*espace maritime* qui pourra être défini par une cour ou un tribunal sur la base desdits droits concurrents. Certes, dans les affaires du *Golfe du Bengale*, par exemple, les solutions retenues par les tribunaux pour délimiter les zones maritimes auxquelles avaient droit les parties ont abouti à des espaces maritimes dans lesquels la juridiction sur la colonne d'eau a été attribuée à un État, et celle sur les fonds marins et leur sous-sol, à un autre État. Ainsi que le tribunal arbitral l'a indiqué en l'affaire *Bangladesh c. Inde*, «[l']établissement d'une zone maritime dans laquelle les États concernés ont des droits partagés n'est pas inhabituel au regard de la convention»¹¹⁰. Ce n'est pas inhabituel non plus dans la pratique. Il va sans dire que la Cour aurait pu parvenir à cette solution, ou à une autre, dans la tâche qui lui incombait de trouver une solution équitable en l'espèce, si elle avait procédé à la délimitation.

VI. CONCLUSIONS

73. Le présent arrêt pose un principe juridique qui n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour, du Tribunal international du droit de la mer ou du tribunal arbitral constitué en application de l'annexe VII. Je conçois que les juges et les conseils puissent être plus à l'aise dans le domaine juridique qu'avec des questions de géomorphologie et de géologie, mais cela ne saurait justifier de suivre une approche qui évite de tenir compte des faits tels qu'ils ont été présentés par les parties dans une affaire donnée.

74. Je ne puis être d'accord avec la conclusion à laquelle parvient la Cour au sujet de la première question juridique qu'elle a posée aux Parties dans son ordonnance du 4 octobre 2022, pas plus qu'avec la décision qui en découle dans le dispositif de l'arrêt (arrêt, par. 104, point 1). Il ne faut pas pour autant déduire de mon vote que j'aurais nécessairement accueilli la demande du Nicaragua en ce qui concerne la ligne de délimitation qu'il proposait. La délimitation de cette frontière maritime est une question sur laquelle la Cour aurait été amenée à se prononcer, en appliquant les règles exigeant l'obtention d'un résultat équitable, si elle avait permis à l'affaire d'arriver à ce stade.

75. Je ne peux que constater que le présent arrêt a pour conséquence de conduire à un résultat inéquitable.

(Signé) Peter TOMKA.

¹¹⁰ *Arbitrage concernant la frontière maritime dans le golfe du Bengale (Bangladesh c. Inde)*, sentence du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, p. 148, par. 507.