

CR 2002/31

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2002

Public sitting

held on Friday 7 June 2002, at 10 a.m., at the Peace Palace,

President Guillaume presiding,

*in the case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan
(Indonesia/Malaysia)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2002

Audience publique

tenue le vendredi 7 juin 2002, à 10 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Guillaume, président,

*en l'affaire relative à la Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan
(Indonésie/Malaisie)*

COMPTE RENDU

Present:

President	Guillaume
Judges	Oda Ranjeva Herczegh Fleischhauer Vereshchetin Higgins Parra-Aranguren Kooijmans Rezek Al-Khasawneh Buergenthal Elaraby
Judges <i>ad hoc</i>	Weeramantry Franck
Registrar	Couvreur

Présents : M. Guillaume, président
MM. Oda
Ranjeva
Herczegh
Fleischhauer
Vereshchetin
Mme Higgins
MM. Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek
Al-Khasawneh
Buergenthal
Elaraby, juges
MM. Weeramantry
Franck, juges *ad hoc*
M. Couvreur, greffier

The Government of the Republic of Indonesia is represented by:

H. E. Dr. N. Hassan Wirajuda, Minister for Foreign Affairs,

as Agent;

H. E. Mr. Abdul Irsan, Ambassador of Indonesia to the Kingdom of the Netherlands,

as Co-Agent;

Mr. Alain Pellet, Professor at the University of Paris X-Nanterre, Member and former Chairman of the International Law Commission,

Mr. Alfred H. A. Soons, Professor of Public International Law, Utrecht University,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Member of the English Bar, Member of the Institute of International Law,

Mr. Rodman R. Bundy, *avocat à la Cour d'appel de Paris*, Member of the New York Bar, Frere Cholmeley/Eversheds, Paris,

Ms Loretta Malintoppi, *avocat à la Cour d'appel de Paris*, Member of the Rome Bar, Frere Cholmeley/Eversheds, Paris

as Counsel and Advocates;

Mr. Charles Claypoole, Solicitor of the Supreme Court of England and Wales, Frere Cholmeley/Eversheds, Paris,

Mr. Mathias Forteau, Lecturer and Researcher at the University of Paris X-Nanterre, Researcher at CEDIN — Paris X (Nanterre)

as Counsel;

Mr. Hasyim Saleh, Deputy Chief of Mission, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague,

Dr. Rachmat Soedibyo, Director General for Oil & Natural Resources, Department of Energy & Mining,

Major General S. N. Suwisma, Territorial Assistance to Chief of Staff for General Affairs, Indonesian Armed Forces Headquarters,

Mr. Donnilo Anwar, Director for International Treaties for Politics, Security & Territorial Affairs, Department of Foreign Affairs,

Mr. Eddy Pratomo, Director for International Treaties for Economic, Social & Cultural Affairs, Department of Foreign Affairs,

Mr. Bey M. Rana, Director for Territorial Defence, Department of Defence,

Le Gouvernement de la République d'Indonésie est représenté par :

S. Exc. M. Hassan Wirajuda, ministre des affaires étrangères,

comme agent;

S. Exc. M. Abdul Irsan, ambassadeur d'Indonésie aux Pays-Bas,

comme coagent;

M. Alain Pellet, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre, membre et ancien président de la Commission du droit international,

M. Alfred H. A. Soons, professeur de droit international public à l'Université d'Utrecht,

Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., membre du barreau anglais, membre de l'Institut de droit international,

M. Rodman R. Bundy, avocat à la cour d'appel de Paris, membre du barreau de New York, cabinet Frere Cholmeley/Eversheds, Paris,

Mme Loretta Malintoppi, avocat à la cour d'appel de Paris, membre du barreau de Rome, cabinet Frere Cholmeley/Eversheds, Paris,

comme conseils et avocats;

M. Charles Claypoole, *Solicitor* à la Cour suprême d'Angleterre et du Pays de Galles, cabinet Frere Cholmeley/Eversheds, Paris,

M. Mathias Forteau, chargé de cours et chercheur à l'Université de Paris X-Nanterre, chercheur au Centre de droit international de l'Université de Paris X-Nanterre (CEDIN),

comme conseils;

M. Hasyim Saleh, chef de mission adjoint à l'ambassade d'Indonésie à La Haye,

M. Rachmat Soedibyo, directeur général pour les ressources pétrolières et naturelles, ministère de l'énergie et des mines,

Le général de division S. N. Suwisma, assistant pour les questions territoriales auprès du chef d'état-major pour les affaires générales, quartier général des forces armées indonésiennes,

M. Donnilo Anwar, directeur des traités internationaux pour les questions de politique, de sécurité et de territoire au ministère des affaires étrangères,

M. Eddy Pratomo, directeur des traités internationaux pour les questions économiques, sociales et culturelles au ministère des affaires étrangères,

M. Bey M. Rana, directeur de la défense territoriale, ministère de la défense,

Mr. Suwarno, Director for Boundary Affairs, Department of Internal Affairs,
Mr. Subyianto, Director for Exploration & Exploitation, Department of Energy & Mining,
Mr. A. B. Lopian, Expert on Borneo History,
Mr. Kria Fahmi Pasaribu, Minister Counsellor, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague,
Mr. Moenir Ari Soenanda, Minister Counsellor, Embassy of the Republic of Indonesia, Paris,
Mr. Rachmat Budiman, Department of Foreign Affairs,
Mr. Abdul Havied Achmad, Head of District, East Kalimantan Province,
Mr. Adam Mulawarman T., Department of Foreign Affairs,
Mr. Ibnu Wahyutomo, Department of Foreign Affairs,
Capt. Wahyudi, Indonesian Armed Forces Headquarters,
Capt. Fanani Tedjakusuma, Indonesian Armed Forces Headquarters,
Group Capt. Arief Budiman, Survey & Mapping, Indonesian Armed Forces Headquarters,
Mr. Abdulkadir Jaelani, Second Secretary, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague,
Mr. Daniel T. Simandjuntak, Third Secretary, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague,
Mr. Soleman B. Ponto, Military Attaché, Embassy of the Republic of Indonesia, The Hague
Mr. Ishak Latuconsina, Member of the House of Representatives of the Republic of Indonesia,
Mr. Amris Hasan, Member of the House of Representatives of the Republic of Indonesia,

as Advisers;

Mr. Martin Pratt, International Boundaries Research Unit, University of Durham,
Mr. Robert C. Rizzutti, Senior Mapping Specialist, International Mapping Associates,
Mr. Thomas Frogh, Cartographer, International Mapping Associates

as Technical Advisers.

The Government of Malaysia is represented by:

H. E. Tan Sri Abdul Kadir Mohamad, Ambassador-at-Large, Ministry of Foreign Affairs

as Agent;

- M. Suwarno, directeur des affaires frontalières, ministère de l'intérieur,
- M. Subiyanto, directeur de l'exploration et de l'exploitation, ministère de l'énergie et des mines,
- M. A. B. Lopian, expert sur l'histoire de Bornéo,
- M. Kria Fahmi Pasaribu, ministre conseiller à l'ambassade d'Indonésie à La Haye,
- M. Moenir Ari Soenanda, ministre conseiller à l'ambassade d'Indonésie à Paris,
- M. Rachmat Budiman, ministère des affaires étrangères,
- M. Abdul Havied Achmad, chef de district, province de Kalimantan est,
- M. Adam Mulawarman T., ministère des affaires étrangères,
- M. Ibnu Wahyutomo, ministère des affaires étrangères,
- Le capitaine Wahyudi, quartier général des forces armées indonésiennes,
- Le capitaine Fanani Tedjakusuma, quartier général des forces armées indonésiennes,
- Le colonel Arief Budiman, département de la topographie et de la cartographie, quartier général des forces armées indonésiennes,
- M. Abdulkadir Jaelani, deuxième secrétaire à l'ambassade d'Indonésie à La Haye,
- M. Daniel T. Simandjuntak, troisième secrétaire à l'ambassade d'Indonésie à La Haye,
- M. Soleman B. Ponto, attaché militaire à l'ambassade d'Indonésie à la Haye,
- M. Ishak Latuconsina, Membre de la Chambre des Représentants de la République d'Indonésie,
- M. Amris Hasan, Membre de la Chambre des Représentants de la République d'Indonésie,
- comme conseillers;*
- M. Martin Pratt, unité de recherche sur les frontières internationales de l'Université de Duhram,
- M. Robert C. Rizzutti, cartographe principal, *International Mapping Associates*,
- M. Thomas Frogh, cartographe, *International Mapping Associates*,
- comme conseillers techniques.*
- Le Gouvernement de la Malaisie est représenté par :***
- S. Exc. M. Tan Sri Abdul Kadir Mohamad, ambassadeur en mission extraordinaire, ministère des affaires étrangères,

comme agent;

H. E. Dato' Noor Farida Ariffin, Ambassador of Malaysia to the Kingdom of the Netherlands

as Co-Agent;

Sir Elihu Lauterpacht, Q.C., C.B.E., Honorary Professor of International Law, University of Cambridge, Member of the *Institut de Droit International*,

Mr. Jean-Pierre Cot, Emeritus Professor, University of Paris-I (Panthéon-Sorbonne), Former Minister,

Mr. James Crawford, S.C., F.B.A., Whewell Professor of International Law, University of Cambridge, Member of the English and Australian Bars, Member of the Institute of International Law,

Mr. Nico Schrijver, Professor of International Law, Free University, Amsterdam and Institute of Social Studies, The Hague; Member of the Permanent Court of Arbitration

as Counsel and Advocates;

Dato' Zaitun Zawiyah Puteh, Solicitor-General of Malaysia,

Mrs. Halima Hj. Nawab Khan, Senior Legal Officer, Sabah State Attorney-General's Chambers,

Mr. Athmat Hassan, Legal Officer, Sabah State Attorney-General's Chambers,

Mrs. Farahana Rabidin, Federal Counsel, Attorney-General's Chambers

as Counsel;

Datuk Dr. Nik Mohd. Zain Hj. Nik Yusof, Secretary General, Ministry of Land and Co-operative Development,

Datuk Jaafar Ismail, Director-General, National Security Division, Prime Minister's Department,

H. E. Ambassador Hussin Nayan, Under-Secretary, Territorial and Maritime Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Ab. Rahim Hussin, Director, Maritime Security Policy, National Security Division, Prime Minister's Department,

Mr. Raja Aznam Nazrin, Principal Assistant Secretary, Territorial and Maritime Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Zulkifli Adnan, Counsellor of the Embassy of Malaysia in the Netherlands,

Ms Haznah Md. Hashim, Assistant Secretary, Territorial and Maritime Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Azfar Mohamad Mustafar, Assistant Secretary, Territorial and Maritime Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs

as Advisers;

S. Exc. Mme Dato' Noor Farida Ariffin, ambassadeur de la Malaisie auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme coagent;

Sir Elihu Lauterpacht, Q.C., C.B.E., professeur honoraire de droit international à l'Université de Cambridge, membre de l'Institut de droit international,

M. Jean-Pierre Cot, professeur émérite à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), ancien ministre,

M. James Crawford, S.C., F.B.A., professeur de droit international à l'Université de Cambridge, titulaire de la chaire Whewell, membre des barreaux anglais et australien, membre de l'Institut de droit international,

M. Nico Schrijver, professeur de droit international à l'Université libre d'Amsterdam et à l'Institut d'études sociales de La Haye, membre de la Cour permanente d'arbitrage,

comme conseils et avocats;

Mme Dato' Zaitun Zawiyah Puteh, *Solicitor General* de la Malaisie,

Mme Halima Hj. Nawab Khan, juriste principale au cabinet de l'*Attorney-General* de l'Etat du Sabah,

M. Athmat Hassan, juriste au cabinet de l'*Attorney-General* de l'Etat du Sabah,

Mme Farahana Rabidin, conseil fédéral au cabinet de l'*Attorney-General*,

comme conseils;

M. Datuk Dr. Nik Mohd. Zain Hj. Nik Yusof, secrétaire général du ministère de l'aménagement du territoire et du développement coopératif,

M. Datuk Jaafar Ismail, directeur général du département de la sécurité nationale, services du premier ministre,

S. Exc. M. Hussin Nayan, ambassadeur, sous-secrétaire au département des affaires territoriales et maritimes du ministère des affaires étrangères,

M. Ab. Rahim Hussin, directeur de la politique de sécurité maritime, département de la sécurité nationale, cabinet du premier ministre,

M. Raja Aznam Nazrin, secrétaire adjoint principal au département des affaires territoriales et maritimes du ministère des affaires étrangères,

M. Zulkifli Adnan, conseiller de l'ambassade de la Malaisie aux Pays-Bas,

Mme Haznah Md. Hashim, secrétaire adjointe au département des affaires territoriales et maritimes du ministère des affaires étrangères,

M. Azfar Mohamad Mustafar, secrétaire adjoint au département des affaires territoriales et maritimes du ministère des affaires étrangères,

comme conseillers;

Mr. Hasan Jamil, Director of Survey, Geodetic Survey Division, Department of Survey and Mapping,

Mr. Tan Ah Bah, Principal Assistant Director of Survey, Boundary Affairs, Department of Survey and Mapping,

Mr. Hasnan Hussin, Senior Technical Assistant, Boundary Affairs, Department of Survey and Mapping

as Technical Advisers.

M. Hasan Jamil, directeur de la topographie, service des levés géodésiques, département de la topographie et de la cartographie,

M. Tan Ah Bah, sous-directeur principal de la topographie, service des frontières, département de la topographie et de la cartographie,

M. Hasnan Hussin, assistant technique principal du service des frontières, département de la topographie et de la cartographie,

comme conseillers techniques.

Le **PRESIDENT** : Veuillez vous asseoir. La séance est ouverte et je donne la parole au nom de la Malaisie au professeur Jean-Pierre Cot.

M. COT :

LA CONVENTION DU 20 JUIN 1891

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est un honneur et un plaisir que de paraître devant votre juridiction éminente pour défendre les intérêts de la Malaisie.

1. Monsieur le président, la convention de 1891 n'a jamais attribué la souveraineté territoriale sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan aux Pays-Bas et, par voie de succession, à l'Indonésie.

2. Telle est pourtant la thèse avancée par l'Indonésie dans le présent procès. Le titre territorial fourni par l'article IV de la convention apparaissait comme un titre alternatif, complémentaire, dans les négociations préalables à l'instance et dans le mémoire indonésien. Il est devenu progressivement titre principal, puis titre unique dans la réplique¹ et lors de la procédure orale. Titre unique par défaut, l'Indonésie ayant dû renoncer à prétendre à un titre antérieur, fondé sur la prétendue souveraineté du sultan de Bulungan sur les îles, comme l'a démontré mon collègue, le professeur Schrijver.

3. Suivant la thèse indonésienne — si je l'ai bien comprise —, l'article IV de la convention de 1891 aurait établi un périmètre d'attribution territoriale, courant le long du parallèle 4° 10', répartissant entre les deux signataires les îles se trouvant en mer de Célèbes et laissant aux Pays-Bas la souveraineté sur les îles de Pulau Ligitan et de Pulau Sipadan, situées au sud de cette ligne.

4. Nous démontrerons qu'il n'en est rien. La lecture que propose l'Indonésie de la convention de 1891 ne correspond pas à une interprétation de bonne foi du texte en application des règles de la convention de Vienne sur le droit des traités. Elle relève de l'imagination fertile et talentueuse des conseils indonésiens.

¹ Réplique de la Malaisie, p. 15, par. 1.23.

5. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je conduirai cette démonstration en six temps. Dans un premier temps, j'évoquerai le cadre général du traité de 1891 (I). Je procéderai en second lieu à l'analyse du texte de la convention (II). Puis j'évoquerai brièvement la notion de périmètre d'attribution pour montrer qu'elle n'a pas été envisagée, encore moins retenue par les parties (III). J'aborderai en quatrième lieu la question des travaux préparatoires (IV). J'examinerai ensuite la procédure de ratification et la carte interne invoquée par l'Indonésie à l'appui de sa thèse (V). Enfin je conclurai mon propos en examinant les accords ultérieurs interprétatifs de la convention de 1891 (VI).

I. Le cadre général de la négociation du traité de 1891

6. Que la Cour se rassure, je n'ai pas l'intention de reprendre ici le détail des négociations entre les parties dans les années précédant la conclusion du traité. Nous avons décrit cette négociation dans nos écrits. Au demeurant, je constate l'accord des Parties sur les étapes de cette négociation même si — c'est évident — nous ne sommes pas d'accord sur les conclusions à en tirer.

7. La négociation qui retient notre attention ce matin s'inscrit dans le cadre du grand partage des empires coloniaux. Nous retrouvons dans ce dossier les noms des bâtisseurs de l'Empire colonial britannique : l'architecte en chef, bien entendu, lord Salisbury, premier ministre et ministre des affaires étrangères; mais encore, ses collaborateurs, sir Julian Pauncefote, sir Edouard Hertslet, sir Philip Currie, dont les noms reviennent à propos du partage des îles de la Sonde — nous y sommes —, mais encore de l'Afrique, des Antilles, de la Guyane.

8. S'agissant de Bornéo, j'attirerai l'attention de la Cour sur trois caractéristiques qui se dégagent de ce récit : les territoires à délimiter étaient mal connus, peu explorés; la préoccupation principale des parties avait trait à l'accès aux fleuves permettant d'explorer l'intérieur de l'île de Bornéo, puis d'en exploiter les richesses; enfin personne, à aucun moment, n'évoque la présence d'îles en haute mer, dont il s'agirait de préciser l'appartenance.

9. En 1891, le nord-est de l'île de Bornéo était mal connu, c'est un euphémisme que de le dire. La présence coloniale se limitait à quelques postes sur les côtes, de rares incursions à l'intérieur des terres. Les fleuves constituaient les seules voies de pénétration à l'époque — et

encore. En 1891, l'Amirauté britannique refuse à ses navires l'autorisation de remonter de plus de 20 milles les fleuves proches de la frontière en voie de détermination, de crainte de la malaria². Les populations indigènes étaient réputées farouches, dangereuses. Ceci valait pour les populations installées sur terre ferme, mais aussi pour les pirates des mers que M. Schrijver a évoqués hier. La cartographie était approximative, l'exercice de la souveraineté territoriale nécessairement épisodique.

10. Cet état de fait se traduit par l'incertitude des ambitions territoriales nourries tant par les Pays-Bas que par la Grande-Bretagne. Les positions avancées lors des négociations varient grandement, parce qu'on ne sait pas au juste sur quoi l'on négocie³. Comme vous le verrez sur la carte où j'ai repris les positions de base des négociations; si je prends la première frontière — celle sans doute erronée de 1846 qui fut bientôt récupérée ensuite — et que je prends le point nord de la *Dutch claim*, nous voyons une différence de près de 150 km entre les différentes positions avancées par les uns et par les autres. On ne sait pas au juste sur quoi l'on négocie. Ceci vaut tant pour le territoire terrestre que pour les îles se trouvant au large de Bornéo. Ainsi l'Amirauté britannique, dans ses instructions de navigation, situe en 1890 Ligitan à la latitude de 4° 12' nord, soit nettement au nord du parallèle 4° 10'⁴.

11. Aussi la préoccupation des négociateurs de la convention de 1891 est-elle de permettre l'exploration, puis l'exploitation rationnelle du territoire de Bornéo et de ses ressources. Comme dans le cas de beaucoup de régions mal connues et alors partagées entre les puissances coloniales — je songe notamment à l'Afrique —, les négociateurs attachent une importance particulière à l'accès aux fleuves et à la liberté de navigation. Cette préoccupation se comprend aisément dans le cas de Bornéo. La seule pénétration possible dans l'île se fait par les fleuves. Comme le précise la commission parlementaire néerlandaise saisie de la ratification du traité de 1891, «*The allocation of territory in the interior of Borneo is not actually possible at the present moment.*», ajoutant que la délimitation, le moment venu, par coopération entre les parties ne devrait pas poser de problème⁵.

² Mémoire de l'Indonésie, vol. 3, annexe 69, p. 79.

³ Dossier des juges, onglet 21.

⁴ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 1, p. 3.

⁵ Mémoire de la Malaisie, annexe 52, p. 101.

Le choix d'une frontière adossée à une ligne hydrographique, que ce soit le cours d'un fleuve ou la ligne de partage des eaux, courant jusqu'à la crête d'un massif visible, est plus «naturel», si je puis dire, moins aléatoire que d'autres lignes dans une telle situation d'incertitude⁶.

12. L'objectif de la stabilité et de la finalité du règlement frontalier inspire sans doute les parties. Mais en faire la seule clef de lecture de la convention, comme nous y invite sir Arthur Watts⁷, me paraît excessif. Les parties entretenaient d'excellentes relations politiques à l'époque. Conscientes de leur connaissance limitée du terrain, elles avaient mis en place la procédure de révision du traité par l'article V. Leur préoccupation principale restait l'accès aux fleuves, c'est-à-dire aux voies de pénétration dans la grande île.

Nos contradicteurs ont cherché à minimiser cet objectif de l'accès aux fleuves, formulé notamment par sir Edward Hertslet dans le cadre de la commission mixte. Mais la préoccupation était largement partagée par le partenaire néerlandais. En témoignent notamment le «Mémorandum explicatif n° 3» du Gouvernement néerlandais transmis au Parlement le 25 juillet 1891 avec la carte sur laquelle je reviendrai⁸; le rapport de la commission parlementaire chargée d'étudier le projet, rapport en date du 2 décembre 1891⁹; la réponse du Gouvernement néerlandais à ce rapport, signée notamment par le comte de Bylandt, principal négociateur du traité du côté néerlandais, réponse en date du 20 février 1892¹⁰.

13. En revanche, les parties ne s'intéressaient guère aux îles lointaines situées soit en mer de Chine, soit en mer de Célèbes. Il s'agit d'établir une frontière terrestre, non de répartir des îles se trouvant en pleine mer. Au cours d'une négociation qui s'étend sur plus d'une décennie, aucune mention d'îles se trouvant au large des côtes et dont il faudrait déterminer la souveraineté. Tout au plus envisage-t-on rapidement les îlots adjacents aux côtes, se trouvant à proximité immédiate des îles de Tarakan, Nanoekan et Sebatik¹¹. Pour reprendre l'expression du tribunal arbitral

⁶ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 1, p. 18, par. 2.22.

⁷ Watts, CR 2002/27, p. 58-59, par. 12; CR 2002/28, p. 14, par. 23-24; p. 26, par. 79.

⁸ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 51, p. 91-93.

⁹ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 52, p. 101.

¹⁰ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 53, p. 109.

¹¹ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 1, p. 12-13, par. 2.8-2.11.

Guinée/Guinée-Bissau, «il semble que cela n'ait visé que les îles côtières, qui étaient indubitablement situées dans les eaux territoriales»¹².

14. On constate la même indifférence à d'éventuelles îles sises au large dans les travaux de la commission mixte préparatoire. Les procès-verbaux de la commission n'évoquent à aucun moment des îles situées au large. Lors des débats longs et approfondis consacrés par le Parlement de La Haye à la ratification de la convention de 1891, aucune des interventions, soit du Gouvernement néerlandais, soit des députés à la Chambre haute ou à la Chambre basse, ne relève l'existence de Sipadan, de Ligitan bien sûr mais d'aucune autre île au large ou la nécessité d'en préciser l'appartenance. Ce silence, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, s'explique. Il n'y avait pas d'îles à distribuer, à partager entre les parties, ni à l'ouest, au large de Tandjong Datoe, en mer de Chine, ni à l'est, au large de Sebatik, en mer de Célèbes. Je cite la réplique de nos contradicteurs : «*neither Indonesia nor Malaysia has adduced any evidence that Sipadan and Ligitan were specifically mentioned by either side during the negotiations for the 1891 Convention. There was, rather, a general uncertainty about territorial possessions ...*»¹³.

Cette constatation, Monsieur le président, est confirmée par l'examen du texte de la convention.

II. Le texte de la Convention du 20 juin 1891

15. L'article IV de la convention dispose, je m'excuse de le citer à nouveau mais c'est un des éléments de base de notre affaire, et je le cite complètement :

«From 4°10' latitude on the east coast the boundary line shall be continued along that parallel, across the island of Sebatik; that portion of the island situated to the north of that parallel shall belong unreservedly to the British North Borneo Company, and the portion south of that parallel to the Netherlands»¹⁴.

16. Monsieur le président, le sens naturel et ordinaire du *texte* de la disposition ne laisse pas de doute. La frontière qui a été décrite vers l'intérieur dans les articles précédents part du point d'arrivée de l'article III sur la côte orientale de Bornéo. Elle suit le parallèle 4°10', traversant le

¹² Sentence du 14 février 1985, par. 61.

¹³ Réplique de l'Indonésie, vol. 1, p. 10, par. 1.7.

¹⁴ Dossier des juges, onglets 21 et 22.

chenal qui sépare Bornéo de l'île de Sebatik, puis l'île de Sebatik elle-même jusqu'à sa côte orientale. Rien n'indique dans le texte que la ligne doive être prolongée en mer.

17. Sur la rédaction de cette disposition, mon éminent collègue et professeur Lauterpacht a fait quelques observations auxquelles je renvoie respectueusement la Cour. J'ajouterai pour ma part les éléments suivants.

18. La préposition «*across*» indique la traversée de l'île de Sebatik, d'un côté à l'autre. C'est ainsi que la préposition est définie par les principaux dictionnaires anglais. Je cite le grand *Oxford English Dictionary* : «*From side to side of; quite through, over, in any direction except lengthwise, across the country; straight through two points ...*»¹⁵.

19. On trouvera la même notion, «*from one side to the opposite side of*», dans les dictionnaires Webster¹⁶, Collins¹⁷, ainsi que dans les principales grammaires anglaises¹⁸. Pour prolonger la ligne au-delà, comme le souhaite l'Indonésie, il eût fallu que les parties ajoutassent la préposition «*beyond*».

20. Le texte néerlandais confirme l'interprétation : «*vervolgd worden langs die parallel over het eiland Sebittik*». Excusez-moi pour cette prononciation, je ne maîtrise pas d'avantage cette belle langue que mon collègue Alain Pellet. Les dictionnaires néerlandais précisent qu'il s'agit de parcourir la surface, d'un point à l'autre¹⁹. Et là encore, si l'intention avait été de prolonger la ligne, les rédacteurs auraient ajouté la préposition «*voorbij*», c'est-à-dire «au-delà».

21. Surtout, l'interprétation que propose l'Indonésie oblitère la seconde partie de l'article, qui en précise le sens : la division de l'île de Sebatik en deux secteurs par le parallèle 4°10', le secteur septentrional appartenant «sans réserve», notez les mots, à la British North Borneo Company, la partie méridionale appartenant de même, sans réserve, aux Pays-Bas. C'est un

¹⁵ Clarendon Press, Oxford, vol. I, 1989, p. 122 .

¹⁶ Merriam Webster, *Encyclopaedia Britannica Inc.*, vol. I, 186, p. 20.

¹⁷ Collins, London & Glasgow, 1987, p. 13.

¹⁸ *Longman English Grammar*, Longman, London & New York, 1991, p. 328; Michel Swan, *Practical English Usage*, OUP, 1992, p. 7.

¹⁹ *Woordenboek der Nederlandsche taal*, vol. XI (ooit-ozon), The Hague/Leiden : Nijhoff/Sijthoff, 1910, p. 1591 : «*F. Het begrip : boven langs de oppervlakte gaande breekt zich uit van de eene zijde van iets naar de andere, met het doel aan den overkant te komen*». Voir aussi Van Dale - *Grand Dictionnaire de la Langue Néerlandaise*, vol. II (j-r), 13^e éd., 1999, p. 2421-2422.

point-virgule qui sépare les deux membres de phrase. Celles-ci sont indissociables et s'éclairent mutuellement. Il s'agit de partager l'île de Sebatik, c'est tout.

22. Le *contexte* confirme notre interprétation. Il n'est nulle part question d'un périmètre d'attribution prolongeant en mer la frontière terrestre.

23. L'absence de toute référence, que ce soit dans l'article III ou dans l'article IV, aux îles se trouvant au large de Bornéo comme celle de toute référence à une quelconque délimitation maritime vient renforcer la conclusion. A part l'île de Sebatik, on ne trouve pas la moindre mention dans le texte de la convention d'un territoire autre que celui de la masse terrestre de Bornéo, que ce soit à l'ouest, au large de Tanjong-Datoe ou à l'est, au large de Sebatik. Comme l'a fait observer le tribunal arbitral dans l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau* :

«Le Tribunal considère que l'usage fréquent des termes *possessions* et *territoire* dans le texte de la convention prouve que celle-ci avait bien pour objet les possessions coloniales de la France et du Portugal en Afrique de l'Ouest, mais que l'absence totale des mots *eaux*, *mer*, *maritime* ou *mer territoriale* constitue un indice sérieux de ce qu'il était essentiellement question de possessions terrestres.»²⁰

Il n'est pas question dans la convention de prolonger à l'ouest la frontière terrestre en mer de Chine, pas plus qu'il n'est question de la prolonger à l'est en mer de Célèbes.

24. *L'objet et le but* de la convention résultent en particulier du préambule. Les souverains des deux Parties y précisent qu'elles sont : «*desirous of defining the boundaries between the Netherland possessions in the Island of Borneo and the States in that island which are under British protection . . .* ».

25. L'article premier de la convention insiste : «*The boundary between the Netherlands possessions in Borneo and those of the British-protected States in the same island . . .* ».

26. Il s'agit de délimiter une frontière sur le territoire de l'île de Bornéo elle-même, mais non de fixer une délimitation maritime ou de tracer un périmètre d'attribution vers le large.

27. Mais à ce stade de la démonstration, il peut être utile, Monsieur le président, de présenter quelques remarques au sujet de la technique juridique qui aurait été mise en œuvre, aux dires de nos adversaires, par l'article IV de la convention de 1891 : la technique des périmètres d'attribution.

²⁰ Sentence du 14 février 1985. RGDIP, 1985, p. 484; 77 *ILR*, p. 635. Cf. par. 56.

III. La technique des périmètres d'attribution

28. La technique des périmètres d'attribution — que l'on peut faire remonter à la bulle *inter caetera* du pape Alexandre VI — est une technique mise en œuvre fréquemment au XIX^e et au début du XX^e siècles. Elle correspond à une période d'expansion des empires coloniaux et de partage d'un monde encore mal connu. Elle s'apparente, par certains aspects, à la technique de délimitation des zones d'influence qui lui est contemporaine, délimitation au moyen de frontières provisoires qu'il appartenait aux parties à l'accord de consolider par l'occupation effective.

29. Curieusement, la doctrine n'a pas tourné son attention vers la notion des périmètres d'attribution, à notre connaissance du moins. Quelques pages dans Jones²¹, dans Caflisch²², une sentence arbitrale, que j'ai déjà citée. D'où l'incertitude sur l'appellation même de cette ligne distributive. Pour ma part, je reprendrai la terminologie employée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*²³. Et, j'appellerai périmètre d'attribution la ligne théorique tracée en haute mer dans le cadre d'une convention et permettant de répartir entre les parties la souveraineté sur les îles se trouvant dans le secteur en cause²⁴. J'en retiendrai deux traits caractéristiques pour la présente affaire.

1. *Le périmètre d'attribution n'est pas une délimitation maritime*

30. Boggs, dans son article sur la délimitation des espaces maritimes, note fort justement :

*«Most lines in water areas which are defined in treaties are not boundaries between waters under the jurisdiction between the contracting parties, but a cartographic device to simplify the description of the land areas involved.»*²⁵

31. Il ne s'agit en aucune manière d'une délimitation maritime, c'est-à-dire d'une frontière entre espaces maritimes soumise à la souveraineté respective des Etats parties au traité. Il s'agit simplement d'une manière commode d'attribuer la souveraineté sur des territoires terrestres, des îles, de décrire les territoires dépendant d'une souveraineté et de l'autre. C'est une astuce cartographique *«a cartographical device»*, rien de plus. Il ne s'agit pas de séparer des souverainetés adjacentes, comme dans le cas d'une véritable frontière, qu'elle concerne des espaces

²¹ S. B. Jones. *Boundary-Making*. Washington, 1945, p. 149-150.

²² L. Caflisch, «Essai d'une typologie des frontières», *Relations internationales*, n° 63, p. 274-277.

²³ Sentence du 14 février 1985. *RGDIP*, 1985, p. 484; *77 ILR*, p. 635.

²⁴ *Ibid.*, par. 47.

²⁵ «Delimitation of Seaward Areas under National Jurisdiction», *AJIL*, 1951, vol. 45, p. 240, note 2.

terrestres ou maritimes. Le périmètre d'attribution est en effet tracé pour bonne part en haute mer. Il est inscrit dans un espace qui ne relève d'aucune souveraineté nationale.

32. Le régime juridique d'une telle ligne n'est donc assimilable en aucune manière à celui d'une frontière. Sa fonction est strictement limitée à la description des souverainetés en question et à la distribution des îles concernées. Elle est indépendante des notions d'adjacence ou de coexistence de souverainetés limitrophes. Elle ne saurait en aucune manière être considérée comme une frontière, comme la prolongation en mer de la frontière terrestre.

33. Le tribunal arbitral pour la *Délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée Bissau* précise la fonction limitée du périmètre d'attribution en les termes suivants :

«47. Il n'est pas contesté par les Parties que la disposition à l'examen fait ce que son texte indique avec la plus grande clarté : elle vise à désigner quelles îles au large des côtes de la Guinée «appartiendront» en pleine souveraineté au Portugal. Elle détermine à cette fin un *périmètre* à l'intérieur duquel toutes les îles qu'il enferme sont déclarées portugaises. Mais les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si le périmètre ainsi défini remplit également une autre fonction, celle de séparer les îles et les eaux portugaises des îles et des eaux françaises, c'est-à-dire d'établir une frontière maritime générale.»²⁶

34. Et l'on sait qu'au terme d'une analyse approfondie de la convention franco-portugaise de 1886, le tribunal arbitral a estimé que celle-ci n'avait établi aucune frontière maritime²⁷.

35. Dans l'affaire de la *Délimitation Erythrée/Yémen (première phase)*, le tribunal arbitral a pareillement noté que le périmètre d'attribution ne se confondait pas avec la délimitation maritime, même si les deux délimitations n'étaient pas sans rapport entre elles²⁸.

36. Or la convention de 1891 est un traité-frontière, une «*Boundary Convention*», pour reprendre son titre. Elle ne vise que les frontières — *boundary* —, et ceci dès la première phrase du préambule. Il n'est question de rien d'autre. Les parties ne manifestent pas la volonté de tracer une quelconque sphère d'influence sur les espaces terrestres ou maritimes, mais bien de fixer une frontière terrestre séparant leurs souverainetés respectives. Ce n'est pas le même exercice que la distribution d'îles au large.

²⁶ RSA, vol. XIX, par. 47.

²⁷ *Ibid.*, par. 67.

²⁸ ILR, n° 114, p. 37, par. 111-112.

37. L'Indonésie avance qu'une même ligne peut fort bien remplir deux fonctions²⁹. Elle se réfère à l'arrêt rendu par la Chambre de la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. Mais dans cette affaire, qui concernait une frontière terrestre, la Chambre a examiné les fonctions attribuées simultanément et sur un même secteur à la ligne frontière entre le Burkina Faso et le Mali. Elle a constaté qu'un même instrument pouvait être pertinent pour résoudre un conflit de délimitation et un conflit d'attribution de territoire. Elle a précisé : «En fait, dans la très grande majorité des cas, comme en l'espèce, la distinction ainsi schématisée ne se résout pas ultimement en un contraste de genres mais exprime bien plutôt une différence de degré ... dans l'opération considérée.»³⁰

38. Or, dans le cas présent, il s'agit de tout autre chose : la prolongation d'une ligne frontière par un périmètre d'attribution, c'est-à-dire par une ligne de nature différente et assurant une fonction différente. Ce n'est plus une «différence de degré», mais bien un «contraste de genres».

39. Ajoutons que le périmètre d'attribution n'est jamais un périmètre hypothétique. Il ne s'agit pas de délimiter les espaces *in abstracto*, mais de préciser l'attribution souveraine de territoires insulaires définis, situés. Les exemples de périmètres d'attribution relevés au XIX^e et au XX^e siècles concernent tous la répartition d'îles localisées, identifiées. Il n'est pas d'exemple, à notre connaissance, de périmètre d'attribution abstraite, tracé à tout hasard, «au cas où», en ignorant s'il existe bien des territoires à partager, des îlots à distribuer.

40. En l'espèce, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, parties à la négociation ignoraient, lors des réunions de la commission mixte chargée de rédiger le projet, sinon l'existence des îles de Sipadan et de Ligitan, du moins leur localisation précise. L'Indonésie le reconnaît volontiers. Il n'y avait aucune raison particulière de tirer une ligne représentant un périmètre d'attribution sans très bien savoir à quoi cela pourrait servir.

²⁹ Réplique de l'Indonésie, par. 1.18.

³⁰ *C.I.J. Recueil 1986*, p. 563, par. 17.

2. Surtout, le périmètre d'attribution est toujours précisé explicitement dans le traité de référence

41. Il n'existe pas, à ma connaissance, de périmètre d'attribution implicite. Tous les exemples relevés — *et notamment tous les exemples relevés par l'Indonésie dans ses écrits et dans ses plaidoiries orales* — reposent sur une mention *explicite* dans le traité de délimitation.

42. Je prie la Cour d'excuser la litanie qui va suivre mais elle me paraît nécessaire à la démonstration.

43. Le traité de Paris du 3 septembre 1783, conclu entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis et mettant fin à la guerre d'indépendance, prévoit *explicitement* un périmètre d'attribution dans la baie de Passamaquoddy³¹. Il attribue ainsi aux Etats-Unis les îles se trouvant dans un rayon de 20 milles à l'est du périmètre d'attribution.

44. La convention franco-britannique du 28 juin 1882 attribue *explicitement* à la Grande-Bretagne les îles situées au sud du périmètre d'attribution entre le Sierra Leone et la Guinée et à la France les îles se trouvant au nord de cette île³².

45. Le dernier alinéa de l'article I de la convention franco-portugaise du 12 mai 1886 dispose *explicitement* :

«Appartiendront au Portugal toutes les îles comprises entre le méridien du cap Roxo, la côte et la limite sud formée par une ligne qui suivra le thalweg de la rivière Cajet et se dirigera ensuite au sud-ouest à travers la passe des Pilotes pour gagner le 10° 40' latitude nord avec lequel elle se confondra jusqu'au méridien du cap Roxo.»³³

46. La convention conclue entre la France et la Chine le 26 juin 1887, dite convention Constans, dispose *explicitement* en son article 2, alinéa 2, que les îles situées à l'est du méridien de Paris 105° 43' de longitude est sont attribuées à la Chine, les îles se trouvant à l'ouest de ce méridien revenant à l'Annam³⁴.

A la convention est annexée une carte, actuellement projetée sur l'écran³⁵ et que vous trouverez à la cote 24 de votre dossier, qui illustre la volonté des parties telle que formulée dans le texte de l'accord.

³¹ Article II. Martens, *Recueil des traités*, t. III, p. 553-559.

³² Article II. *British and Foreign State Papers*, vol. 77 (1885-1886), p. 1007-1012.

³³ Article 1^{er}, par. 5. *RSA*, vol. XIX, p. 151.

³⁴ De Clercq, *Recueil des traités de la France*, vol. 17, 1886-1887, p. 387.

³⁵ Dossier des juges, onglet 24.

47. La convention de Pékin du 9 juin 1898, conclue entre la Chine et la Grande-Bretagne et relative à Hong Kong prévoit *explicitement* un périmètre d'attribution afin de distribuer les îles avoisinantes entre les parties³⁶.

48. Le traité de Paris du 10 décembre 1898 entre l'Espagne et les Etats-Unis décide *explicitement* de céder aux Etats-Unis les Philippines comprenant les îles :

«... *lying within the following line :*

*A line running from east to west along or near the twentieth parallel of north latitude, and through the middle of the navigable channel of Bachi...*³⁷

49. La convention du 2 janvier 1930 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis précise *explicitement* que :

*«It is hereby agreed and declared that the line separating the islands belonging to the Philippine Archipelago on the one hand and the islands belonging to the State of North Borneo which is under British protection on the other hand shall be and is here established as follows : ...»*³⁸

50. Monsieur le président, j'aurais pu multiplier les exemples. Je vous en fais grâce. Vous remarquerez cependant, pour utiliser les termes employés par le tribunal arbitral dans l'affaire *Guinée/Guinée-Bissau*, que, dans le traité franco-portugais en l'espèce, comme dans tous les exemples cités, la disposition à l'examen fait ce que son texte indique avec la plus grande clarté : elle vise à désigner quelles îles au large des côtes de Guinée «appartiendront» en pleine souveraineté au Portugal³⁹.

51. Par contre, dans le cas de la convention de 1891, il n'y a pas un mot, pas une allusion, à propos d'un périmètre d'attribution qui distribuerait la souveraineté entre les parties sur les îles situées au large. Il n'y a aucune carte annexée à la convention. La clause d'attribution de souveraineté fait défaut dans le cas présent. Rien, je dis bien rien, dans le texte du traité, ne permet d'y lire la décision d'instituer un périmètre d'attribution.

52. Qu'on ne plaide pas l'imprécision, l'ignorance, l'oubli, l'approximation des négociateurs. Je note que la plupart des exemples cités sont à peu près contemporains de la

³⁶ U.S. Department of State, *China – Hong Kong Boundary*, n° 13, 5 April 1962.

³⁷ Article III. Martens, *NRG*, 2° série, vol. 32, p. 74.

³⁸ Article III. SDN, *Recueil des traités*, vol. 137, p. 299-303.

³⁹ Sentence, p. 29, par. 47.

conclusion de la convention de 1891. Certains de ceux que j'ai cités concernent l'Asie du Sud-Est et la mer de Chine méridionale. Certains intéressent directement l'une et l'autre partie. La Grande-Bretagne et les Pays-Bas connaissaient donc parfaitement cette technique de distribution de la souveraineté territoriale. Elles connaissaient parfaitement la technique des périmètres d'attribution. Si elles le souhaitaient, il leur appartenait d'inclure dans la convention du 20 juin 1891 une disposition à cet effet. Elles ne l'ont pas fait.

53. J'ajoute — et je souligne — que nos savants contradicteurs sont en peine de citer *un seul exemple* de périmètre d'attribution implicite. Les périmètres d'attribution ne sauraient être présumés en cas de silence des textes. On peut transposer mot pour mot au cas des périmètres d'attribution la conclusion que le tribunal arbitral avait tirée le 14 avril 1985 du silence de la convention franco-portugaise en ce qui concerne la frontière maritime : «Dans ce silence des textes, il est fortement à présumer que les négociateurs n'ont jamais envisagé autre chose que des frontières terrestres.»⁴⁰

54. Pour conclure sur la mise en œuvre des moyens principaux d'interprétation énoncés par la convention de Vienne en son article 31, constatons, Monsieur le président, que le texte de l'article IV de la convention du 20 juin 1891 est un texte clair. La frontière délimitée par la convention traverse l'île de Sebatik de part en part suivant le parallèle 4° 10' et s'arrête sur la côte orientale de l'île. Rien ne permet de prolonger d'une manière ou d'une autre la frontière en mer, moins encore de transformer cette ligne en périmètre d'attribution d'îles se trouvant à 50 milles de distance. Les parties auraient pu en décider autrement. Encore fallait-il qu'elles le disent expressément. Elles ne l'ont pas fait.

IV. Les travaux préparatoires

55. Le recours aux travaux préparatoires est légitime lorsque le sens du texte n'est pas clair. Je crois avoir montré que ce n'est pas le cas ici. Mais je réponds bien volontiers aux arguments de nos distingués contradicteurs.

56. Je rappelle cependant que les travaux préparatoires ne sont retenus que dans la mesure où ils éclairent l'accord intervenu entre les parties. Les prises de position unilatérales, les positions

⁴⁰ Sentence, p. 179, par. 79.

exprimées par une partie au cours de la négociation, ou à l'issue de celle-ci, n'ont pas à être retenues à ce titre. Elles apportent sans doute une indication sur le contexte général. Mais il ne s'agit pas de travaux préparatoires *stricto sensu*.

57. C'est au bénéfice de ces observations que j'évoquerai un certain nombre d'éléments du dossier avancés par la partie adverse.

58. Et d'abord *La correspondance diplomatique et les travaux de la commission mixte*. Les travaux préparatoires, au sens propre du terme, sont révélateurs. Ils concernent exclusivement la frontière terrestre. Que ce soit dans la correspondance diplomatique ou dans les procès-verbaux relatant les travaux de la commission mixte, on ne trouve pas une ligne évoquant, soit la frontière maritime, soit l'attribution d'îles en haute mer. Il n'est évidemment pas question de périmètre d'attribution dessiné à tout hasard.

59. Les îles côtières furent évoquées brièvement par un membre de la délégation néerlandaise, M. Elias, lors des travaux de la commission mixte⁴¹. Il précise : «Sibbitich [Sebatik], Nanoekan et Tarakkan», les trois îles jouxtant Bornéo dans le secteur. La mention est intéressante par ce qu'elle ne comprend pas. Pour M. Elias, il n'est pas question d'envisager la souveraineté sur d'autres îles, même hypothétiques, à découvrir dans l'avenir. Il n'est pas question de tracer, fût-ce à titre de précaution, un quelconque périmètre d'attribution.

60. Autre indication intéressante pour notre affaire, la limite orientale des revendications néerlandaises. La négociation porte surtout sur le point de départ, la côte orientale de Bornéo, de la frontière vers l'intérieur. Les thèses des parties s'opposent et varient dans le temps entre la rivière Atas (3° 10') et Batoe Tinagat, points distants d'environ 150 kilomètres. C'est Broershoek et, plus précisément, le point d'intersection du parallèle 4° 10' avec la côte orientale de Bornéo, qui sera retenu au terme d'une négociation assez longue et serrée.

61. En revanche, il n'y a pas de discussion sur la limite orientale des prétentions néerlandaises. Elle est fixée dès le début et elle ne varie plus : Batoe Tinagat. Le comte de Bylandt en fait le constat dès le 22 décembre dans une note à lord Salisbury rédigé dans un français particulièrement élégant et je vous y renvoie dans les annexes de la Malaisie :

⁴¹ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe MM 45, p. 59.

«La notice que j'ai l'honneur de remettre ci-après à votre Excellence contient un ensemble de faits qui permettent de considérer comme fort probable que la rivière désignée dans les concessions sous le nom de «Siboeboe» *est située à l'est de Batoe Tinagat et par conséquent en dehors du territoire Néerlandais*. En ce cas toute cette controverse tomberait d'elle-même; elle n'aurait en réalité jamais existé.»⁴²

62. La précision est reprise par Bylandt le 22 décembre 1888 — il parle de limite extrême à l'est⁴³ —, puis par la délégation néerlandaise à la commission mixte le 19 juillet 1889⁴⁴ et lors du débat de ratification, le ministre constate que cette revendication extrême, Batoe Tinagat, repose sur des fondements peu solides, ce que constatent nos contradicteurs⁴⁵.

63. Mais même si Batoe Tinagat constitue l'avancée extrême vers l'est des prétentions néerlandaises, on ne voit pas à ce moment là au nom de quelle logique les Pays-Bas auraient cherché à annexer d'éventuels îlots se trouvant à plus de 50 milles marins à l'est du cap Tinagat. Et si cela avait été à titre de compensation territoriale pour avoir descendu du nord vers Sebatik, dans ce cas-là, le ministre mis en difficulté dans le débat parlementaire n'aurait pas manqué de s'en prévaloir en disant «c'est vrai nous avons cédé Batoe Tinagat mais en revanche nous nous sommes étendu vers l'est et vers les îles au large de la mer de Célèbes. Pas un mot dans le débat parlementaire sur une telle hypothèse.

64. Permettez-moi, Monsieur le président, maintenant et à ce stade-ci de tenter ici une opération de démystification. Nos contradicteurs ont en effet réussi un superbe tour de prestidigitation. J'avoue que je ne connaissais pas les talents d'illusionniste du professeur Alain Pellet. Harry Potter s'est invité à votre prétoire !

65. De quoi s'agit-il ? Le professeur Pellet nous a sorti du chapeau une proposition britannique, incluse dans le dossier indonésien des juges sous la cote 31⁴⁶. On nous a expliqué qu'il s'agissait de la proposition initiale britannique, il est même indiqué la proposition britannique au début des négociations, nous laissant entendre qu'elle avait été soumise par la Grande-Bretagne à son partenaire lors des négociations de la commission mixte, du 16 au 27 juillet 1889. M. Pellet

⁴² Mémoire de l'Indonésie, vol. 2, annexe 31, p. 280.

⁴³ Mémoire de l'Indonésie, vol. 2, annexe 37, p. 329.

⁴⁴ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 45, p. 51-52.

⁴⁵ Mémoire de l'Indonésie, vol. 1, p. 73, par. 5.23.

⁴⁶ Dossier des juges, onglet 31.

ajoute que la carte de base de cette proposition a été annotée et utilisée par la délégation britannique durant les discussions de la commission mixte⁴⁷.

66. Mais, Monsieur le président, tout ceci est une illusion. A partir d'une proposition britannique bien réelle, celle de faire passer la frontière entre les îles de Sebatik et de Nanoekan, on a suscité un mirage, celui de la prolongation en haute mer d'une ligne parallèle. Tout ceci ne repose sur aucun fondement, aucun élément de preuve. Le document interne au Foreign Office ? Ce sont des notes manuscrites anonymes et sans date, de l'aveu même de l'Indonésie⁴⁸. Ces soi-disant instructions ont été superbement ignorées par les hauts fonctionnaires britanniques et d'abord par sir Edward Hertslet lui-même, puisqu'il participait aux travaux de la commission mixte. Or, je ne trouve pas l'ombre d'une trace d'une telle proposition dans le procès-verbal des trois séances⁴⁹ de la commission mixte que nous avons joint à votre dossier pour que vous puissiez vérifier mes dires.

67. Les cartes ? Des croquis surchargés par les mêmes fonctionnaires, sans doute, mais qui n'ont jamais été soumis à leurs interlocuteurs néerlandais, si j'en crois le même procès-verbal de la commission mixte. Oui, des cartes ont été produites par la partie britannique, lors de la première session de la commission mixte. Mais ces cartes ne sont pas des croquis surchargés dont parle le professeur Pellet ? Ces croquis surchargés ont été classés au Foreign Office dans le dossier des cartes de l'affaire, mais il n'en est pas fait le moindre état dans les procès-verbaux des travaux de la commission mixte. Les cartes produites par les délégués britanniques à la première séance de la commission mixte sont des cartes d'origine néerlandaise au demeurant formellement récusées par le comte de Bylandt⁵⁰ et dès lors, il n'en a plus été question.

68. Alors *exit* la mystérieuse proposition ! *Exit* les croquis surchargés ! Je salue ce beau tour de passe-passe, j'applaudis ! Bravo l'artiste ! Pour le reste, je prie la Cour de lire avec l'attention qu'elles méritent les 25 pages de procès-verbaux de la commission mixte⁵¹ que vous trouverez dans votre dossier sous la cote 34.

⁴⁷ CR 2002/27, p. 53, par. 52.

⁴⁸ Mémoire de l'Indonésie, vol. 2, annexe 56, p. 432.

⁴⁹ Dossier des juges, onglet 34.

⁵⁰ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 44, p. 49.

⁵¹ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexes 44, 45 et 46, p. 38-65.

69. Ce procès-verbal de la commission mixte, complété par la correspondance diplomatique ultérieure, permet de reconstituer le cheminement de la proposition finalement retenue par l'article IV de la convention. L'accord s'étant fait en commission mixte sur le point de Broershoek, situé sur la côte est de Bornéo, en face de l'île de Sebatik, le désaccord subsiste à l'issue des trois sessions de la commission mixte sur le problème de l'accès aux fleuves. Le conseil d'administration de la BNBC refuse de laisser l'île de Sebatik aux Pays-Bas. Il suggère le 22 juillet 1890, à titre de transaction, le partage de l'île par une ligne tracée de Broershoek au East Corner de Sebatik, le long du parallèle 4° 10' nord⁵². Le Foreign Office reprend la proposition du BNBC, proposition de division de l'île de Sebatik, mais en la modifiant légèrement en suggérant que les Pays-Bas donnent à bail la moitié septentrionale de l'île⁵³. Le 2 février 1891, le comte de Bylandt refuse la formule du bail, mais accepte de céder — et c'est ainsi que s'expliquent les mots «en cause» — «sans restriction», dit-il, la partie de l'île de Sebatik se trouvant au nord du parallèle 4° 10'⁵⁴. C'est cette formule qui est reprise dans l'article IV de la convention : «*that portion of the island situated to the north of that parallel shall belong unreservedly to the British North Borneo Company, and the portion south of that parallel to the Netherlands*». L'adjectif «*unreservedly*» qui peut paraître un peu singulier à la première lecture du traité s'explique ainsi par le processus de négociations de refus de la proposition de bail sur la partie septentrionale de l'île.

70. Il s'agissait donc bien dans l'esprit des négociateurs de la convention, en rédigeant l'article IV, de partager l'île de Sebatik, un point, c'est tout. Il ne s'agit pas ici, comme le suggère sir Arthur Watts, d'une proposition subsidiaire⁵⁵, mais du cœur même de la disposition arrêtée par les parties dans l'article IV. C'est tout le problème de l'accès au fleuve au nord et au sud de l'île qui est ainsi posé. Ajoutons qu'il n'a jamais été question, à aucun moment, dans les phases finales de la négociation de prolonger en haute mer et à l'est de Sebatik, la ligne frontière, moins encore de la transformer en un périmètre d'attribution.

⁵² Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 48, p. 69.

⁵³ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 49, p. 79-81.

⁵⁴ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 50, p. 85.

⁵⁵ Watts, CR 2002/28, p. 17, par. 38.

71. Monsieur le président, j'en viens maintenant et à mon tour aux activités maritimes dans le secteur. Le professeur Soons a pour la marine royale néerlandaise une tendresse évidente et légitime, cette marine royale illustrée par la grande tradition de l'amiral de Ruyter, celui dont le pavillon faisait trembler les marins de la France et de Louis XIV. Le professeur Soons ne nous a pas épargné le moindre mouillage ou la plus petite annotation marginale sur le journal de bord des bâtiments de Sa Majesté. Au cours d'un exposé exhaustif, il nous a détaillé lundi matin les activités de l'*Admiraal Van Kinsbergen*⁵⁶; lundi après-midi il a évoqué la silhouette du *Macasser*, la croisade du *Koetei*, puis plus longuement, le *Lynx* et son petit hydravion de reconnaissance avec ses photographies tout à fait réussies et émouvantes⁵⁷.

72. Exposé exhaustif ? Pas tout à fait exhaustif, Monsieur le président. Il a en effet oublié de nous parler du HNLMS *Banda*. Le *Banda* est pourtant un navire de Sa Majesté la Reine des Pays-Bas, placé sous le commandement du commandant van Oyen. Il participe à une mission officielle du 20 mai au 21 juin 1891⁵⁸. Il a pour mandat, avec ses collègues de la marine royale britannique de reconnaître la frontière en cours de négociation (nous sommes à la veille de la signature de la convention) et de placer des bornes à l'intersection du parallèle 4° 10' avec les côtes est et ouest de l'île de Sebatik. Il me semble, Monsieur le professeur, que cela méritait une petite mention, l'affaire me paraît au moins aussi pertinente pour notre cause que le journal de bord de l'*Admiraal Van Kinsbergen* ou que les aventures du *Lynx*.

73. La reconnaissance du secteur frontalier par les navires britanniques *Egeria* et *Rattler* d'une part, néerlandais *Banda* d'autre part, apporte en effet des éléments d'information intéressants sur la perception commune de la frontière par les marines respectives des deux parties. Lord Salisbury avertit les autorités néerlandaises le 29 décembre 1890 de son intention de faire procéder à la reconnaissance du secteur en discussion. Le comte de Bylandt propose de transformer l'expédition britannique en une mission conjointe, ce qui est aussitôt décidé.

⁵⁶ CR 2002/27, p. 32-34, par. 29-32.

⁵⁷ CR 2002/28, p. 33-39, par. 11-24.

⁵⁸ Mémoire de l'Indonésie, vol. 3, annexe 80, p. 135-140.

74. La mission conjointe reçoit pour instructions des deux gouvernements de fixer les points exacts où le parallèle 4° 10' coupe la côte de l'île de Sebatik et d'en dresser des cartes⁵⁹.

75. Les navires arrivent à Sebatik le 1^{er} juin 1891. L'*Egeria* et le *Rattler* viennent de Darvel Bay, à l'est. Le *Banda* vient des Indes néerlandaises, au sud. La carte est dressée comme convenu. Vous la trouverez dans les atlas soumis par les deux parties⁶⁰ et elle sera projetée à l'instant; vous la trouverez aussi sous la cote 25 dans votre dossier. La carte porte mention des bornes temporaires, ou «*beacons*», posées de part et d'autre de l'île de Sebatik. Le parallèle 4° 10' y est inscrit conformément aux instructions. Il se prolonge à l'est, comme à l'ouest, c'est donc une indication géographique qui ne se confond donc pas avec la frontière envisagée début juin, date à laquelle la carte est dressée.

76. Voilà pour la mission conjointe, elle s'arrête là. Notons qu'on n'envisage à aucun moment de confier à cette mission conjointe le soin de reconnaître une frontière ou un périmètre plus à l'est, alors pourtant que les navires sont sur place et équipés pour ce faire. C'est parce que la question n'a pas été envisagée par les parties. On est en train de terminer la conclusion du traité, on envoie trois navires de guerre sur place avec des équipages et un équipement pour faire des levés et dresser les cartes et on ne pense pas à les envoyer voir un peu plus loin s'il y a quelque chose. C'est parce que dans l'esprit des parties il n'y avait rien. Ce n'est pas tout.

77. L'*Egeria*, navire britannique, a bien reconnu nos îles, il a fait le tour, mais au mois de mai et dans le cadre d'une mission strictement britannique⁶¹. La carte actuellement projetée sur l'écran, que vous trouverez sous la cote 26 dans le dossier, indique les routes suivies par les navires en question. La route du *Banda* est indiquée en vert, elle est au bas de la carte. Le navire vient de Surabia, aujourd'hui Djakarta dans les Indes néerlandaises, il accomplit sa mission autour de l'île de Sebatik en remontant un peu les fleuves adjacents et retourne à Surabia sitôt après avoir accompli sa mission de reconnaissance de la frontière, comme le note le rapport du commandant van Oyen que vous trouverez dans les annexes aux écritures indonésiennes. L'*Egeria*, de son côté, appareille de Sandakan en mars 1891, procède à des levés à Darvel Bay et à Sipadan en avril et

⁵⁹ Mémoire de l'Indonésie, vol. 3, annexe 69, p. 77-84.

⁶⁰ Dossier des juges, onglet 25.

⁶¹ Dossier des juges, onglet 26.

en mai, avant de rejoindre le *Banda* à Sebatik fin mai pour la mission conjointe. Une fois la mission conjointe achevée, le 21 juin, le lendemain de la signature du traité, c'est une coïncidence sans doute compte tenu des moyens de communication de l'époque, l'*Egeria* repart à Sandakan mais en procédant à de nouveaux levés dans le groupe des Ligitan en juillet et en août 1891. Le navire devra revenir l'été suivant, en 1892, pour compléter la campagne de reconnaissance et dresser les cartes correspondantes.

78. A aucun moment, le Gouvernement britannique n'a envisagé d'inclure ces travaux dans le cadre de la reconnaissance conjointe en cours, alors qu'il lui était facile de le faire. A aucun moment le Gouvernement néerlandais n'a fait la moindre remarque ou émis la moindre protestation, alors que ces travaux de reconnaissance n'avaient rien de clandestin, ils ont été relatés par le *British North Borneo Herald* et ils ont sûrement dû faire l'objet de discussions informelles entre les équipages du *Banda* d'une part et de l'*Egeria* et du *Rattler* d'autre part, lors des réceptions traditionnelles dont les rapports nous laissent la trace. Il semble que les équipages se soient parfaitement bien entretenus dans une atmosphère de cordialité gastronomique. Il n'y a pas eu la moindre protestation.

79. La mission conjointe de l'*Egeria*, du *Rattler* et du *Banda*, menée sur instructions communes des services d'Etat dans le cadre de la négociation de la convention du 20 juin 1891, constitue une expression révélatrice de la conception commune que pouvaient avoir les deux Etats de la négociation en cours de parachèvement. De par les conditions dans lesquelles elle se déroule, cette mission exclut toute hypothèse de tracé, dans le secteur, d'un périmètre d'attribution. Les forces navales respectives chargées de cette mission, les premières concernées par un tel périmètre, en auraient été les premières averties. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en arrive à la procédure de ratification de la convention du 20 juin 1891 et à la carte annexée au mémorandum interne du Gouvernement néerlandais.

V. La procédure de ratification et la carte annexée au mémorandum interne du Gouvernement néerlandais

80. Les débats relatifs à la ratification de l'accord au sein des Etats généraux néerlandais ne relèvent pas de la catégorie des travaux préparatoires. Ils sont postérieurs et non pas préparatoires. Ils représentent les vues d'une seule des parties et ne sauraient donc refléter une communauté de

vues, sauf preuve contraire. Ils apportent cependant des éléments d'appréciation qu'il vous appartient de soupeser.

81. La Partie indonésienne ne semble avoir retenu qu'un seul élément de ces travaux : la carte annexée au mémorandum introductif du gouvernement. J'y viens dans un instant rassurez-vous. Mais il me paraît un peu simpliste, réducteur, de ramener à ce seul élément un débat qui fut long, riche, politiquement tendu. Vous en trouverez les éléments dans les annexes aux mémoires des deux Parties⁶². Engagé devant la seconde chambre par le mémorandum du 25 juillet 1891, le débat parlementaire se poursuit jusqu'à la fin mars 1892. La convention est ratifiée par les Pays-Bas le 20 mai 1892 et les ratifications sont échangées à Londres le 22 mai 1892⁶³.

82. Monsieur le président, j'ai relu avec attention les travaux parlementaires relatifs à la ratification de la convention⁶⁴. Ils présentent ce caractère rébarbatif, répétitif des procès-verbaux parlementaires de tous temps et de tous pays, malgré les efforts du service de séance pour tenter de les enjoliver, les rendre attractifs. Leur accès en est compliqué par la nature manuscrite des quarante-cinq pages d'écriture serrée rapportant la séance plénière de la chambre basse.

83. J'ai noté le sérieux du travail accompli. Les débats en commission sont préparés par un mémorandum du gouvernement, celui auquel est attachée la carte interne. Nous avons inclus la traduction anglaise de ce mémorandum dans le dossier des juges pour votre commodité⁶⁵. La commission parlementaire compétente de la seconde chambre critique le mémorandum, demande des explications au ministre, provoque l'envoi d'un second mémorandum en réponse. Les débats oraux sont approfondis, tant devant la seconde chambre que devant la première chambre des états généraux.

84. Sur le fond, on relève les tics et les obsessions des députés, souvent anciens ministres, spécialisés dans les affaires coloniales. Le débat est rendu plus difficile par le changement de gouvernement entre la signature de l'accord, le 20 juin 1891, et le débat, qui se déroule de décembre 1891 à avril 1892. Le ministre des affaires étrangères, Hartsen, qui avait négocié avec le

⁶² Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexes 51-53; mémoire de l'Indonésie, vol. 3, annexes 84-88.

⁶³ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 1, p. 36-37, par. 2.51.

⁶⁴ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 1, p. 36-40, par. 2.51-2.59 et références.

⁶⁵ Dossier des juges, onglet 33.

comte de Bylandt le texte de la convention du 20 juin 1891 et l'avait signé, est remplacé par van Tienhoven. Le portefeuille des colonies change aussi de titulaire. La tension politique entre l'ancienne et la nouvelle majorité est sensible. Le gouvernement défend néanmoins avec loyauté l'œuvre de son prédécesseur.

85. Quelques questions reviennent souvent. Le traité anglo-néerlandais de 1824 interdisait-il à la Grande-Bretagne d'établir un protectorat sur l'île de Bornéo ? Le gouvernement a-t-il trop lâché en cédant Batoe Tinagat ? La division de l'île de Sebatik suivant le parallèle 4° 10' constitue-t-elle une réponse appropriée au problème de l'accès aux fleuves de Bornéo et à la question de la liberté de navigation ?

86. La ratification de la convention est autorisée sans vote par les deux chambres, motivée principalement par le souci de disposer enfin d'une frontière stable permettant l'exploitation des richesses de Bornéo. Et celui de rester entre puissances amies en évitant que d'autres viennent y mettre le nez. Comme le confie le ministre van Tienhoven à sir Horace Rumbold, ministre de Grande-Bretagne à La Haye :

«It was a great thing, he said, for the Dutch to be certain, at this time of universal scrambling for colonial territories, that they would have no neighbours but England. We might admit to ourselves, he added, that our two respective nations were the only ones who understood the management of colonies. Besides which, our commercial principles were the same.»⁶⁶

87. Les petites îles adjacentes à Bornéo sont évoquées rapidement en commission (petites îles adjacentes aux trois grandes îles : Tarakan, Nanoekan et Sebatik), ainsi que la mission conjointe des navires britanniques et néerlandais. Mais pas un mot, évidemment, sur un éventuel périmètre d'attribution. Quant aux îles qui sont situées au large, elles sont considérées clairement comme relevant du sultan de Solok et non de la souveraineté néerlandaise⁶⁷.

88. Un mot, sur la modification du contrat de vassalité entre les autorités néerlandaises et le sultan de Boeloengan⁶⁸ au lendemain de la ratification de l'accord. L'assiette territoriale de Boeloengan est évidemment modifiée du fait de la signature de la convention du 20 juin 1891. Mais les petites îles en question, qui sont visées par le contrat de vassalité, sont celles qui

⁶⁶ Sir Horace Rumbold à lord Salisbury, 18 mars 1892, mémoire de l'Indonésie, vol. 3, annexe 84, p. 162-163.

⁶⁷ Mémoire de la Malaisie, vol. 3, annexe 51, p. 91.

⁶⁸ Watts, CR 2002/28, p. 27, par. 80-81.

«appartiennent» aux trois îles explicitement désignées, Tarakan, Nanoekan et Sebatik et qui se trouvent situées au sud de la frontière ainsi déterminée. Il faut toute la fantaisie de sir Arthur Watts pour y voir la consécration d'un périmètre d'attribution projeté à 50 milles au large.

89. Personne, dans le débat parlementaire ou d'ailleurs par la suite, ne songe à dissocier le cas de Ligitan ou de Sipadan de celui des autres îles situées au large, en haute mer, de la côte nord-est de Bornéo.

90. Car Sipadan ? Et Ligitan dans tout cela ? Silence. Et le soi-disant périmètre d'attribution prévu par l'article IV ? Silence. Et la carte annexée au mémorandum du Gouvernement néerlandais ? Silence, alors que les parlementaires ont épluché par le menu le texte de la convention, ont demandé des explications complémentaires aux services. Singulier silence. Je m'explique. Voilà un gouvernement en situation difficile, qui vient de succéder à un autre gouvernement avec des problèmes de majorité, mis en difficulté sur la possession que le gouvernement était accusé d'avoir acceptée sur Batoe Tinagat. Il n'a pas l'idée d'opposer dans le débat parlementaire, par un réflexe naturel, spontané, et politique, le petit gain territorial éventuel qu'aurait pu représenter un périmètre d'attribution tracé selon les vues et les vœux de l'Indonésie ? Ce silence, c'est parce qu'il n'y a pas, qu'il n'a jamais été question d'un périmètre d'attribution. Qu'il n'a jamais été question d'attribution d'îles se trouvant en haute mer.

91. J'en arrive maintenant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, à la carte annexée au «Mémorandum explicatif n° 3» transmis par le Gouvernement néerlandais aux deux chambres des états généraux⁶⁹. D'abord cette carte est dressée à très petite échelle : 1/1 500 000^e. Je rappelle qu'une carte routière est généralement dressée à une échelle d'environ 1/200 000^e ou 1/250 000^e suivant les pays et les cartes de randonnée alpine au 1/50 000^e, voire moins. Cette carte en question est donc un bon outil pédagogique pour donner aux parlementaires une idée des positions avancées au cours de la négociation par les uns et par les autres. Son exactitude est fort approximative. Ni Pulau Sipadan, ni Pulau Ligitan ne s'y trouvent désignées, et pour cause, puisque ces îles n'ont pas toujours été situées et reconnues avec exactitude. Quant au

⁶⁹ Dossier des juges, onglet 27.

trait rouge qui figurerait une ligne d'attribution, il s'arrête à Pulau Maboel, bien avant Ligitan. M. Crawford vous en parlera longuement cet après-midi.

Ce croquis approximatif est loin de répondre à l'exigence de Max Huber — souvenons nous : «*the first condition required of maps that are to serve as evidence on points of law is their geographical accuracy*»⁷⁰. Or, c'est sur ce croquis, et sur ce seul croquis, que repose la fragile démonstration juridique de l'Indonésie. Nos contradicteurs admettent les faiblesses du croquis. Ils admettent que les parties n'avaient pas idée de la situation géographique de Sipadan et de Ligitan au moment où le croquis fut dressé. Ils voudraient cependant nous faire considérer ce croquis comme une carte officielle annexée au traité et établissant l'existence d'un périmètre d'attribution.

Pour ce faire, nos contradicteurs sont obligés de jouer avec les mots⁷¹. Ils tentent de faire croire que la carte a été «*forwarded*», transmise par les autorités néerlandaises aux autorités britanniques. Que la carte a été «*communicated to the British authorities who raised no objection*». Que la carte «*was known officially to the British Government in the context of the 1891 Convention.*»⁷² Que la carte a été officiellement et publiquement promulguée — je trouve le terme dans les écrits indonésiens — érigée en accord international «*constituted by the official and public promulgation of the Explanatory Memorandum Map*»⁷³.

92. Pure invention que tout cela ! Nos contradicteurs n'apportent pas le moindre commencement de preuve à l'appui de leurs dires. Le ministre de Grande-Bretagne à La Haye, sir Horace Rumbold, et ses collaborateurs suivaient avec attention les débats publics des états généraux. Bons diplomates, ils ont transmis à Londres les documents parlementaires publics, dont le mémorandum du Gouvernement néerlandais et la carte annexée, bien fait, pour illustrer le débat. Mais ceci n'a rien à voir avec une communication officielle. Quant à la notion de promulgation, elle a été introduite dans la Constitution néerlandaise en 1953, léger anachronisme. La vérité oblige à dire que le Gouvernement néerlandais ne s'est prévalu ni lors de la négociation, ni lors de

⁷⁰ RSA, vol. 2, p. 852.

⁷¹ Réplique de l'Indonésie, p. 53-55, par. 4.34-4.38.

⁷² Watts, CR 2002/28, p. 22, par. 63.

⁷³ Contre-mémoire de l'Indonésie, vol. 1, p. 77, par. 5.47.

l'échange de ratification, ni à aucun moment par la suite du croquis alors établi aux fins de démonstration à l'intention exclusive des chambres néerlandaises.

93. Nous sommes loin des hypothèses dans lesquelles un Etat est obligé de réagir pour préserver ses droits. L'Indonésie a cité votre arrêt dans l'affaire *Qatar c. Bahrein*. Mais les minutes de Doha furent négociées entre les parties. Ici, aucune trace de négociation autour de ce qui constituait un document interne néerlandais. Ce document ne saurait en aucune manière être considéré comme un «accord ayant rapport au traité» ou comme un «instrument établi par une partie» à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par l'autre partie en tant qu'instrument ayant rapport au traité au sens de la convention de Vienne.

94. Il ne saurait davantage être pris en compte au titre de la pratique subséquente des parties à la convention. Dans l'affaire de *l'Île de Kasikili/Sedudu*, vous avez clairement rappelé que la conduite subséquente ne peut être prise en compte pour l'interprétation d'un traité que dans la mesure où elle «établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité»⁷⁴ suivant les termes de l'article 31, paragraphe 3, alinéa b), de la convention de Vienne. Le Gouvernement britannique n'a jamais consenti, explicitement ou implicitement, à être lié par ce croquis, qui ne saurait donc être retenu à fin d'interprétation de la convention de 1891.

95. Un mot sur l'analogie avec la carte du *Livre jaune* de l'affaire *Libye/Tchad*. L'Indonésie tente une comparaison qui ne résiste pas à l'examen. Dans l'affaire *Libye/Tchad*, la lettre du traité, en l'espèce l'échange de lettres du 1^{er} novembre 1902, se référait explicitement à «la carte annexée à la déclaration du 21 mars 1899». Dans votre sagesse, vous avez considéré que la carte ainsi mentionnée ne pouvait être que la carte du *Livre jaune*⁷⁵. Cette carte acquérait de ce fait statut de carte annexée à *l'instrumentum* de 1902, *instrumentum* lui-même intégré ensuite au traité de 1955. Par deux fois, les parties, France et Italie, puis Libye avaient ainsi, et *par traité*, par l'ancien instrument conventionnel, intégré la carte dans le règlement conventionnel et manifesté leur accord sur le tracé, pas simplement par un comportement mais par l'intégration dans un instrument conventionnel ultérieur.

⁷⁴ C.I.J. Recueil 1999, par. 63.

⁷⁵ C.I.J. Recueil 1994, par. 61.

96. Ici, rien de tel. La convention de 1891 ne se réfère à aucune carte et personne ne prétend qu'elle a été accompagnée d'une carte. Les parties n'ont convenu entre elles, à aucun moment, avant la négociation de la convention d'une carte. Elles n'ont invoqué, dans leurs négociations, aucune carte. Dans cette affaire, il n'existe pas de carte incorporant, exprimant la volonté commune des parties à la convention. Le croquis interne produit par l'Indonésie ne saurait en aucune hypothèse en tenir lieu.

VI. Les accords ultérieurs intervenus entre les parties

97. Tout d'abord, on peut observer qu'il existe une carte officielle. Oui, entre les parties; le traité du 20 juin 1891. Mais ce n'est pas une carte annexée à la convention du 20 juin 1891. C'est la carte annexée à l'accord de 1915 conclu entre les deux parties pour préciser le tracé de la ligne frontière. Cet accord est incontestablement un «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», vous avez reconnu la formule de l'article 31, paragraphe 3 a) de la convention de Vienne.

98. A notre connaissance, il existe trois accords ultérieurs relatifs à l'interprétation de la convention de 1891 et conclu en application de l'article V de ladite convention : l'échange de notes des 16 et 3 octobre 1905⁷⁶; l'accord de Londres du 28 septembre 1915⁷⁷; la convention de La Haye du 26 mars 1928⁷⁸. Ces trois accords ultérieurs méritent tous à un titre ou à un autre votre attention.

99. D'abord l'échange de notes de 1905 pose le problème de la prolongation du parallèle 4° 10' de latitude nord. Mais à partir de Broershoek et vers l'ouest. Il concerne la frontière terrestre. C'est la BNBC qui souhaite faire acter cette prolongation du parallèle vers l'ouest dans le silence total du traité. Elle n'est pas explicitement prévue en effet par l'article II du traité. Les Pays-Bas contestent cette interprétation de la BNBC, se retournent vers le Gouvernement britannique, le marquis de Lansdowne, secrétaire au Foreign Office donne raison aux Pays-Bas. Une telle prolongation ne se présume pas.

⁷⁶ Contre-mémoire de la Malaisie, vol. 2, annexe 2, p. 13-16.

⁷⁷ Mémoire de la Malaisie, vol. 2, annexe 27, p. 104-108.

⁷⁸ Mémoire de la Malaisie, vol. 2, annexe 28, p. 116-124.

100. C'est surtout l'accord de 1915 qui mérite de retenir votre attention davantage. La situation a changé entre 1891 et 1915. On a fait des progrès importants en matière d'exploration et de cartographie. Souvenons-nous qu'en 1891, les navires britanniques n'osaient pas remonter les fleuves à l'intérieur de l'île de Bornéo à plus de 20 milles en raison des maladies; les cartes marines localisaient en 1891 très imparfaitement Ligitan, au nord du parallèle 4°10' et ignoraient souvent Sipadan.

101. Depuis, le secteur a été reconnu, par les Britanniques dès 1891-1892 avec les croisières de l'*Egeria*; par les Etats-Unis avec le *Quiros*; par les Néerlandais eux-mêmes et à plusieurs reprises, on nous l'a rappelé. Les cartes marines des armées situent correctement les deux îles au sud du parallèle 4°10', au sud du soi-disant périmètre d'attribution.

Or les parties, engagées dans une procédure d'interprétation plus précise de la convention de 1891, et au vu de ces connaissances nouvelles, ne tirent aucune conséquence de ce flot d'information par rapport à la négociation de 1891. Au contraire, l'accord de 1915, lui, décrit la frontière d'est en ouest, en commençant par le point marqué par la borne frontière située sur la côte orientale de l'île de Sebatik. Il va donc partir de la côte orientale de l'île de Sebatik, traverser l'île de Sebatik par le parallèle 4° 10' et ensuite se prolonger vers l'intérieur. Aucune indication dans la rédaction, bien au contraire cette fois-ci, ne permet de supposer l'existence d'une ligne ou d'un périmètre d'attribution au-delà de Sebatik. En revanche, à l'autre extrémité de la frontière couverte par l'accord de 1915, la soudure, si je puis dire, de la frontière avec celle prévue par l'article III de la convention de 1891 est explicite : la frontière suit la ligne de partage des eaux entre les rivières Sedalir et Sesajap jusqu'au point de jonction avec la ligne de partage des eaux principale décrite dans l'article III de la convention : «*until they meet the main watershed described in Article III of the Treaty*». En d'autres termes, lorsque la frontière se prolonge, on le dit et on le dit à l'ouest parce qu'en effet l'accord de Tawa ne concerne qu'une partie de la frontière. A partir du moment où elle est prolongée, on a dit que «*until they meet the main watershed described in Article III*».

102. La carte annexée à l'accord de 1915 est une carte officielle⁷⁹. Signée par les commissaires, elle est intégrée à l'*instrumentum*. Elle scelle l'accord des parties. Or, de manière

⁷⁹ Dossier des juges, onglet 30.

significative, cette carte indique bien la jonction entre la frontière définie par l'article II et celle définie par l'article III, sous forme d'une entame de ce nouveau secteur de frontière⁸⁰. Voilà à l'écran la frontière occidentale de l'accord de 1915 à B. Padas et on voit bien ensuite l'indication cartographique de l'entame de la frontière qui continue suivant l'articulation de l'article 2 et de l'article 3 de l'accord. En revanche, rien de tel sur la côte orientale de l'île de Sebatik. La frontière s'arrête net⁸¹. S'il y avait eu volonté de raccord entre le travail fait par la commission mixte et l'ensemble de la frontière, les parties l'auraient indiqué de la même manière qu'ils l'ont fait pour la partie occidentale de la frontière.

103. Alors nos contradicteurs font valoir que l'accord de Tawao ne concernait que la démarcation de la frontière terrestre. Là, pour une fois, puisqu'on ne dit rien, ça ne concerne que la frontière terrestre, bien sûr. Petite contradiction, je le note en passant, avec la thèse principale de l'Indonésie. Mais, en l'espèce, réduire l'accord de Tawao à un accord de démarcation stricte est inexact. Il ne s'agit pas de démarcation *stricto sensu*; les commissaires prennent des libertés avec le texte de la convention de 1891 à plusieurs endroits de la frontière terrestre, libertés entérinées ensuite par les signataires de l'accord de 1915, le secrétaire d'Etat au Foreign Office, lord Grey, l'ambassadeur des Pays-Bas, de Marees van Swinderen. Au sein de la commission mixte prévue par la procédure de Tawao, le Gouvernement néerlandais a pris le soin de nommer un officier de marine, le second lieutenant Vreede. Or la marine néerlandaise, nous l'avons vu, savait parfaitement à quoi s'en tenir sur les coordonnées géographiques de Sipadan et de Ligitan. Si le lieutenant Vreede avait eu le moindre doute quant à l'existence d'un périmètre d'attribution, il en aurait pour le moins averti sa hiérarchie et attiré l'attention de l'état-major de la marine néerlandaise sur le problème afin de préciser les choses dans l'accord à venir. Il ne l'a pas fait, pour une bonne raison : c'est qu'il n'y avait pas de ligne ou de périmètre d'attribution.

104. Enfin, l'accord de 1928 confirme cette conclusion. Entre-temps — mon collègue le professeur Schrijver y reviendra plus longuement —, la question de la délimitation des espaces maritimes a été évoquée au plus haut niveau gouvernemental néerlandais, notamment à l'occasion de la croisière du *Lynx*. Observons qu'il ne s'agit plus ici de travaux préparatoires ou de conduite

⁸⁰ Dossier des juges, onglet 28.

⁸¹ Dossier des juges, onglet 29.

subséquente des parties, mais d'un examen unilatéral du problème plus de trente ans après la conclusion du traité. En l'espèce, les services compétents ont réexaminé l'ensemble des données du problème. Le ministre des colonies décide de ne pas donner suite aux demandes de précision avancées par l'état-major de la marine. Après avis du service juridique du ministère des affaires étrangères, le ministre classe le dossier en 1926; il considère qu'il n'y a plus rien à dire sur ce bout-là de la frontière, si je puis dire, alors que, pourtant, s'ouvrent les négociations qui conduisent à l'accord de 1928 pour préciser le tracé frontalier de la convention de 1891 dans un autre secteur. Encore une occasion, une superbe occasion après les aventures du *Lynx*, pour préciser les choses entre les deux parties. Une occasion manquée ? Non, en vérité, pas une occasion puisqu'il n'y avait pas de périmètre d'attribution.

105. Pour résumer mon propos, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je constate que rien dans le texte de la convention du 20 juin 1891, interprété suivant son sens naturel et ordinaire, ne permet de conclure à l'existence d'un périmètre d'attribution attribuant les îles de Ligitan et de Sipadan aux Pays-Bas; que rien, dans les travaux préparatoires ou le débat de ratification de l'accord ne permet d'avancer une telle hypothèse; en particulier, que rien n'indique que la carte interne produite par le Gouvernement néerlandais à l'occasion de ce débat constitue un accord ou une pratique ultérieure entre les parties à cet effet; que rien, dans les accords ultérieurs de 1905, 1915, 1928, ne laisse à penser qu'un tel périmètre d'attribution avait été envisagé par les parties à la convention de 1891. Que rien, dans les débats internes au Gouvernement néerlandais, débats sur lesquels le professeur Schrijver reviendra tout à l'heure, ne permet de conclure à l'existence d'un périmètre d'attribution, bien au contraire.

106. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de l'attention que vous avez portée à mon propos. Monsieur le président, je vous prie d'appeler maintenant à la barre le professeur James Crawford, à moins que vous estimiez que le moment est venu de faire une pause.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur. La séance de la Cour est suspendue pour une dizaine de minutes.

L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 40.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La séance est reprise et je donne maintenant la parole au professeur James Crawford, en le priant de parler un peu plus lentement qu'hier soir.

Mr. CRAWFORD: Sir, I was telling myself the same thing! The “graveyard” slot with a 6 o'clock deadline was the problem! Mr. President, Members of the Court.

**MALAYSIA'S TITLE TO THE ISLANDS:
TRANSACTIONS IN THE PERIOD 1900-1932**

Introduction

1. Yesterday I showed that the two islands in dispute, along with Kapalai and the other islands in the Ligitan Group, that is to say, Danawan and Si Amil, were not part of British North Borneo in 1891. They could not therefore have been allocated to the Netherlands by the 1891 Boundary Convention, whatever that Convention might have said, and however its effect may have been depicted in internal maps. As you have just heard from Professor Cot, a difficult man to follow as you will understand, the Convention did not in fact deal at all with the two islands. That being so, Indonesia's case fails — and I am tempted to sit down!

2. It is, however, useful to discuss how the islands came to be part of British North Borneo. The history shows that no one before 1969 ever considered them to be part of the Netherlands or of Indonesia. It also shows that the islands were administered by the BNBC.

Transactions concerning the islands post-1891

3. Mr. President, Members of the Court, let me start by asking what difference the 1891 Convention made to the administrative status quo concerning the islands south of Semporna. The answer is clear from the record; it made absolutely no difference. The Netherlands made no attempt to assert any claims to islands to the east of Sebatik. By contrast, the BNBC did. To take just one example, Lt. Boughter, the American captain of the ship *Quiros*, when he visited the island of Danawan in June 1903 was told that the Resident of Lahad Datu, a BNBC official, settled disputes over turtle egg collection on Sipadan, which was described as an “appanage” of Danawan⁸². Sir Elihu Lauterpacht will say more about this this afternoon.

⁸²Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 63, at p. 146.

4. Mr. Bundy complained that Malaysia was inconsistent in relying on Spanish sovereignty while admitting that Spain did nothing to give effect to the sovereignty⁸³. But it is the simple truth. Britain recognized Spanish sovereignty over islands beyond 9 nautical miles from the coast all the way down to the Sibuko River. It did that in the Madrid Protocol in 1885. Spain did nothing. The period of Spanish inactivity covered 22 years, from the failure, by Spain, to seize Sandakan in September 1878⁸⁴ to the Convention between Spain and the United States in 1900 — so that is 22 years of inactivity. Indonesia, for its part, claims sovereignty over the islands despite inactivity for 110 years; so I am surprised that a mere period of 22 years should seem to it to be a problem. But the fact is that during those 22 years, Britain expressly acknowledged Spanish sovereignty to islands beyond 9 nautical miles. That British acknowledgement, in the 1885 Protocol, was expressly relied on by the United States after 1900. That is a simple fact.

(a) *Transactions leading to the 1907 Exchange of Notes*

5. So that brings me to the United States period, from 1900. I must pay tribute to Mr. Bundy for his fine attempt to confuse this period. Confronted with that forensic excellence of a different character, it may assist the Court to provide a chronological list of all of the relevant documents and maps in the record covering the period between 1900 and 1907. You will find this list in tab 35, and you may find it helpful to follow through it with the dates in strict chronological order and it covers all of the documents in the record on both sides. The reason we emphasize these documents is that they show the facts on the ground in precisely the relevant places at a very important time. If the Netherlands had acquired certain islands south of Semporna in 1891, this was just the time that it should have been doing something about them — changing its maps, establishing a naval base, licensing turtle egg collectors, protesting if some third State laid claim to the islands. But in fact the Netherlands did none of these things. And the documents referred to in tab 35 show that neither the United States nor Great Britain gave the slightest consideration to any alleged rights of the Netherlands, or to any alleged allocation line at 4° 10'. The issue was exclusively one between the United States and Great Britain on behalf of the BNBC. And it

⁸³CR 2002/28, p. 49, para. 30 (Mr. Bundy).

⁸⁴See the Protest, Memorial of Malaysia, Vol. 4, Ann. 78, signed *inter alia* by Nakoda Gumbah, subsequently Native Magistrate of Darvel Bay: see also Reply of Malaysia, para. 2.7, note 10.

concerned, among others, the whole group of islands to the south of Semporna. I leave it to the Court to read and analyse the documents and transactions for itself, but having them in chronological order helps. The facts those documents reveal are graphic, well-documented, they have specific reference to the Ligitan Group, including Ligitan and Sipadan by name.

6. Before I go on to deal with these transactions in a little more detail, it may help if I present the two opposing views, between Mr. Bundy and myself.

7. According to *Malaysia*, the United States asserted sovereignty over all the offshore islands beyond 9 nautical miles, including the islands in the Ligitan Group, and maintained that claim until the final settlement in 1930. It is true that the focus of United States attention was the islands further north, especially the Turtle Islands, but the United States claim extended down to 4° N, and covered all the islands to the west of the line shown on the map annexed to the 1907 Exchange of Notes. That is the Malaysian position.

8. According to *Indonesia*, the United States asserted title only as far south as Sibutu Islands or Sibutu Group. Lt. Boughter of the *Queros* was acting without authority, and the United States disavowed his claim. Subsequently, there is no evidence that anyone ever thought again of Sipadan and Ligitan in conjunction with the Agreements of 1907 and 1930, and the reason, according to Mr. Bundy, was that the two islands belonged to the Netherlands⁸⁵.

9. Now, in a moment I will show you that the documents sustain Malaysia's position and refute Indonesia's. But before I do so, let me ask the following question. Let us assume that Indonesia is correct in its reading of the United States action. Assume the United States never made any claim south-west of Sibutu, that it disowned Lt. Boughter and withdrew his claims. What would follow from that? *Not* Indonesian sovereignty over the islands. What would follow is that the BNBC would have gone on, as before, administering the islands. And the question to keep asking in all of this is: *where were the Dutch?* The Dutch never did anything. They never claimed the islands, as we have shown. They never published a single map showing the islands as Dutch, as I will show this afternoon. They never protested. They were never mentioned, *because* they had made no claim. Thus even if Indonesia is right in its analysis of the United States position, that

⁸⁵CR 2002/29, p. 13, para. 69 (Mr. Bundy); p. 14, paras. 72-73 (Mr. Bundy); p. 15, para. 75 (Mr. Bundy); p. 15, para. 78 (Mr. Bundy); p. 16, paras. 79-80 (Mr. Bundy); p. 17, para. 82.

would still not help it. If the United States had not expressed any interest in the islands south of Semporna, the position would be that the BNBC as the actual possessor would have acquired title to the islands beyond 9 nautical miles in default of any other claimant. And that situation would have been consolidated decades before the eventual Indonesian claim in 1969. Professor Pellet said on Monday that if Malaysia could not establish that the islands belonged to Sulu before 1878, its claim would fail⁸⁶. That is absolutely not true. Even if no State had title over the islands, they were administered by the BNBC. They may not have been *terra nullius*, but assume that no other State claimed them before 1963 — the date on which Sabah joined Malaysia. By the mere fact of long-established BNBC and British administration they would have been British by then, irrespective.

10. But all this is counter-factual. The fact is that the United States *did not* disavow Lt. Boughter, it *did* assert claims to islands south-east of Sibu, it *did* negotiate these claims, and it *was* recognized that the negotiations were completed in 1930 affected the Ligitan Group. That being so, both the law and the facts are as Malaysia has consistently stated them. But in any event, even if the law was different, the facts would remain. Britain could not have given the islands to the Dutch in 1891, and it did not do so: they did not belong to Britain and they were not part of the negotiations leading to the 1891 Convention. Subsequently it administered the islands under claim of right and no one else did. *In any event*, the islands would now be Malaysian.

11. Let me turn then to the documents listed in tab 35. I have highlighted the most important documents in bold. The list is complete, as I have said, it covers all documents in the record which can be dated to the period 1900-1907. I have excluded one map, produced by Indonesia in its Reply, which Mr. Bundy relied on rather a lot⁸⁷ — it is map 9 in their Reply. The only date on that document is the archival date of 1926. I suspect it was produced around 1926, as part of the preparations for the 1930 Convention. I will ignore it for present purposes.

12. We start with the 1900 Treaty⁸⁸. This refers to “*any and all* islands belonging to the Philippine Archipelago . . . and particularly . . . the islands of Cagayan Sulú and Sibu and their

⁸⁶CR 2002/27, pp. 43-44, para. 21 (Prof. Pellet).

⁸⁷Reply of Indonesia, map 9.

⁸⁸Memorial of Malaysia, Vol. 2, Ann. 21.

dependencies”. Now if I say that I like any and all cheeses, and particularly camembert and gorgonzola, no one would suggest that I dislike stilton or brie: in fact I do like any and all cheeses! Yet that is Indonesia’s interpretation of the 1900 Convention⁸⁹. The words “in particular” are taken as words of limitation, when they are words of particularization. As I will show, this is not the interpretation the United States followed.

13. The 1900 Treaty was published and the record shows no expression of interest or concern from the Netherlands. So *where were the Dutch?* They were not concerned.

14. What is significant is that there are two independent internal legal opinions on the situation, one on the American and one on the British side. Their internal documents reached identical conclusions.

15. The first legal opinion is that of Secretary Hay on 3 April 1903: it is tab 36⁹⁰. Before acting — contrary to the impression given by Mr. Bundy — the Navy asked for his opinion and he gave it. Hay approved in advance the interpretation on which the first edition of the Hydrographic Office map was based. The War Department gave instructions accordingly on 12 May⁹¹ and in June the Hydrographic Office map, First Edition, was produced⁹². At about the same time, on 19 June, Lt. Boughter of the *Quiros* was explaining the legal position to a no doubt somewhat baffled Panglima of Bakkungaan⁹³. One can imagine the interview. From 3 April to 19 June is pretty good for the despatch of legal advice from the Secretary of State to the Panglima of Bakkungaan! Shortly after, the *Quiros* visited Danawan and Lt. Boughter heard about the BNBC settling disputes concerning the collection of turtle eggs on Sipadan⁹⁴. On 24 June, Lt. Boughter was at Lahad Datu, the regional administrative centre, and had an exchange with the officer in charge about BNBC administration of Danawan⁹⁵. The response to these events was immediate,

⁸⁹CR 2002/28, p. 50, para. 36 (Mr. Bundy).

⁹⁰Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 55.

⁹¹Reply of Indonesia, Vol. 2, Ann. 6.

⁹²Memorial of Malaysia, Vol. 5, map 5.

⁹³Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 100.

⁹⁴Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 63, p. 145.

⁹⁵Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 100; Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 56; Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 57.

and on 13 July 1903 BNBC Chairman Martin, was based in London, wrote to the Foreign Office⁹⁶. This letter is important because it sets out the considered view of the BNBC, and also because it attached a map showing the islands under BNBC administration. This is the origin of the red line on the map annexed to the 1907 Exchange of Notes. It goes back to the 1903 letter of Chairman Martin of the BNBC.

16. Meanwhile on 22 July, Lt. Boughter went ashore on Sipadan and left a plaque. Unfortunately it hasn't survived. He also visited Ligitan⁹⁷. The Secretary of the Navy was duly informed⁹⁸. On 8 August the Hydrographic Office issued a memorandum setting out the method for "delineating the S.W. boundary of the United States possessions in the Philippines" on United States charts⁹⁹. In October the War Department sought approval of this procedure, which was fully in accord with Secretary Hay's memorandum of 3 April¹⁰⁰.

17. By this stage, however, the alarm caused by the voyage of the *Quiros*, having been raised by the BNBC with Britain, had evidently been communicated to the State Department. Colloquially, we may say the cat was amongst the pigeons or perhaps the sea serpent was amongst the megapodes. In a letter of 23 October 1903, the Navy Department was instructed not to "mark the boundary line of the Sulu Archipelago upon our charts until a mutual agreement has been arrived at between the United States and the British government". Instead a proviso was inserted reserving all rights of the United States under the Treaty of 1900¹⁰¹. This was shown on the second edition of the map, which Mr. Bundy showed you¹⁰². But there was absolutely no disavowal of Lt. Boughter's acts: he was commended for his work "among the outlying possessions of the United States"¹⁰³. Moreover, although the State Department declined to commit itself on the facts in the letter, also of 23 October, that Secretary Hay wrote to the Acting Secretary of War and of

⁹⁶Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 59.

⁹⁷Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 101.

⁹⁸Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 61.

⁹⁹Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 62.

¹⁰⁰Reply of Indonesia, Vol. 2, Ann. 8.

¹⁰¹Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 63; Counter-Memorial of Indonesia, Vol. 2, Ann. 30; Reply of Indonesia, Vol. 2, Ann. 9.

¹⁰²Reply of Indonesia, Vol. 1, map 8.

¹⁰³Reply of Indonesia, Vol. 2, Ann. 9.

which Mr. Bundy made so much¹⁰⁴, the legal basis for the United States position in the subsequent discussions with Great Britain was precisely that of Secretary Hay's letter of 3 April 1903¹⁰⁵. There was no withdrawal, no disavowal, merely a holding operation taken without prejudice — the “without prejudice” clause being the proviso on the second edition of the Hydrographic Office map. This was done “for the present”¹⁰⁶, while the situation was sorted out with the British. You can see that from a series of later documents, and especially Secretary Hay's letter of 2 March 1904 to the Secretary of the Navy¹⁰⁷. Thus he was able to assure the British Ambassador on 10 December 1904 that nothing would be done pending an agreement with the British which would “fairly represent the intention of the parties to the protocol of 1885” and would produce “a definitive settlement of the matter”¹⁰⁸. There was absolutely no suggestion that Dutch consent was required for “a definitive settlement of the matter”, and for good reason: the Dutch had made no claim and expressed no interest in what was going on.

18. The British were slower to act than the United States Navy had been. But on 10 March 1905 an internal Foreign Office memorandum set out the British legal view of the situation. This is the second independent legal opinion. It is tab 37 in your folders. It said that:

“since all the islands visited by the ‘Quiros’ [all the islands] lie admittedly beyond the three marine league limit from the coast and since neither the Company nor their predecessors obtained any further territorial concessions from the Sultan, the Company's case falls at once to the ground, for they can never have had any rights to the islands they now claim”¹⁰⁹.

The Foreign Office legal opinion rejected the Sultan's confirmation of 1903 as invalid, and it noted that if there had been any conflict between the 1878 Grant and the 1885 Protocol, the 1885 Protocol would prevail. The resulting British acceptance of the United States legal position was communicated by Ambassador Durand in Washington to Secretary Hay on 29 September 1905¹¹⁰.

¹⁰⁴Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 104; CR 2002/28, p. 52, para. 44 (Mr. Bundy).

¹⁰⁵Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 55.

¹⁰⁶Reply of Indonesia, Vol. 2, Ann. 5, 6th endorsement.

¹⁰⁷Memorial of Indonesia, Vol. 1, Ann. 106.

¹⁰⁸Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 65.

¹⁰⁹Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 109.

¹¹⁰Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 66.

The Court will note that it took longer for legal advice to get from London to Washington than it did from Washington to the Great Bakkungaan Island!

19. But the legal advice was the same on both sides of the Atlantic. The dominant instrument was the 1885 Protocol. That determined in principle the extent of the offshore islands of Sulu. On the other hand, the United States declined the invitation to cede some of the islands to Great Britain, even though the Secretary of the Navy was advised that “[t]he interests of the United States would not suffer if they should be resigned or ceded to the Government of British North Borneo”¹¹¹. The line on the map forwarded by Ambassador Durand to Secretary Hay in 1906, which was itself based on the line on the map given by the BNBC to the Foreign Office in 1903, was annexed to the Exchange of Notes of 1907 and formed an integral part of it¹¹². It was a red line down to 4° N. As Secretary Hay said in his letter to Ambassador Durand of 19 December 1906, the arrangement covered “the islands to the westward and south-westward of the line traced on the map which accompanied your memorandum of June 23”¹¹³. The Exchange of Notes used the same language, but it was even clearer: it said “*all* the islands”¹¹⁴.

20. Mr. President, Members of the Court, I suggest the following five conclusions may be drawn.

- (1) The whole transaction proceeded on the basis that *all* the islands in question, including the islands in the Ligitan Group, were actually administered by the BNBC. Lt. Boughter had found the facts, in what Mr. Bundy describes as a “fact-finding mission”¹¹⁵. On that basis the question was, not who is in actual possession, but who has title?
- (2) The British legal advice agreed with the position taken by the United States in April 1903: that is to say — and I quote from Secretary Hay’s initial memorandum — “the sovereignty of the United States covers all outlying islands, islets and reefs that lie more than three marine leagues from the coast of British North Borneo . . .” The position of the BNBC that it had title to these islands was rejected, even though no one doubted its actual possession.

¹¹¹Counter-Memorial of Indonesia, Vol. 2, Ann. 30.

¹¹²Memorial of Malaysia, Vol. 2, Anns. 23-24; Memorial of Malaysia, Vol. 5, map 6.

¹¹³Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 112.

¹¹⁴Memorial of Malaysia, Vol. 2, Anns. 23-24.

¹¹⁵CR 2002/28, p. 51, para. 38 (Mr. Bundy).

- (3) The only reason the United States did not go ahead and disseminate the first edition of the Hydrographic Office map was that Great Britain on behalf of the BNBC urged that some agreement be entered into; not that Great Britain disagreed with the United States legal position, but because the Company was administering the islands. And the United States was amenable to some arrangement.
- (4) The United States did not, however, cede any of the islands to the BNBC. Rather it gave the company a permissive occupancy down to 4° N. That arrangement was not limited to islands to the north or north-east of Sibutu.
- (5) There was in none of the discussions the slightest suggestion that the interests of any third State were involved, or that there was an allocation line in favour of the Dutch at 4° 10' N, or that any of the islands were claimed by the Dutch. The issue was exclusively one between the United States and Great Britain. The arrangement covered all the islands to the westward and south-westward of the red line traced on the Durand map, which went down to 4° N.

21. In fairness to Mr. Bundy, I should add that Secretary Hay, after finding out about the British concerns, noted that the inclusion of Sipadan within the scope of the United States territories would require to be “supported by evidence that Sipadan and the included keys and rocks had been recognized as lying within the dominions of Sulu”¹¹⁶ — so he reserved that point. There was an issue of fact here, on which he expressed no opinion. But there is no suggestion in the documents that the consequence of the islands not being part of Sulu would have been that they were Dutch. They would have belonged to the BNBC, since the BNBC was in possession, and if the islands were not claimed by the United States, as I have said, the status quo would have remained and been consolidated in the absence of the claim of any other State.

22. But two points should be noted as to Secretary Hay’s October reservation. First, as I have shown, the islands were part of Sulu and were never part of Bulungan, so the factual issue on which Secretary Hay declined to express an opinion at the beginning of the negotiations with Britain was to be resolved in favour of the United States. And secondly, at the end of the

¹¹⁶Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 104.

negotiations, the position taken by the two States was clear. The red line on the annexed map did go down to 4° N, and it did cover all islands to the westwards, including the Ligitan Group.

23. The 1907 Exchange of Notes was published by both the United States and the United Kingdom at the time. It attracted no comment or protest from the Netherlands, nor should it have. Again, I ask, *where were the Dutch?* They were behaving consistently; they did not have a claim to the islands affected.

(b) *The effect of the Anglo-American Boundary Convention of 1930*

24. Mr. President, Members of the Court, I turn now to the effect of the Anglo-American Boundary Convention of 2 January 1930¹¹⁷. On this I can be comparatively brief.

25. The Convention of 1930 established a line “separating the islands belonging to the Philippine Archipelago on the one hand and the islands belonging to the State of North Borneo which is under British protection on the other hand”. So it was a clear and express allocation line. The line was depicted in two annexed maps, one covering the southern and one the northern parts of the east coast¹¹⁸. Article III provided that “all islands to the south and west of the said line shall belong to the State of North Borneo”. You will note again the words “all islands” and you will see the contrast with Article IV of the 1891 Convention which referred only to a single island, the island of Sebatik, and which did not establish an allocation line.

26. The line shown on the 1930 Treaty map differs from the Durand line in certain respects — I will show you these lines later on. This gave rise to discussions as to the territorial implications of the difference between the Durand line and the 1930 line. In earlier memoranda both the United States and Britain, or officials on their behalf, had noted that the identification of the islands affected by the 9-nautical mile line was a difficult matter¹¹⁹. Did you draw the line strictly from the coast or from immediate offshore islands? The question was considered in more detail in preparing for the 1930 Convention.

27. [Show MI, Vol. 4, p. 64.] Once again, there was no question that any third State may have an interest in the matter. I refer you to the detailed Admiralty memorandum of July 1927

¹¹⁷Memorial of Malaysia, Vol. 2, Ann. 29, p. 117.

¹¹⁸Memorial of Malaysia, Vol. 5, map 25.

¹¹⁹See Secretary Hay’s letter of 10 December 1904, Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 65, p. 167.

which said “any territory which cannot be shown to be British is definitely American”¹²⁰. So the question was whether the territory was British or American. That memorandum is in your folders as tab 38, and the memorandum attached a map which you can see on the screen. That map is also in tab 38. It is a map cutting which was prepared by an official trying to work out what the implications of the change would be. The memorandum went on to discuss how to interpret the 1885 Protocol — this is tab 38 — for example, in relation to Bum Bum Island off Semporna. Was that to be taken as part of the coast, or was that an offshore island? There is only a narrow channel between Bum Bum Island and the coast. The memorandum expressly discussed the effect of the negotiations on the prospective treaty on the Ligitan Group. Because the attached map cutting on the screen is not very clear, we have reproduced the key lines on a modern map, so the map you now see transposes the lines from the 1927 map on to a modern map. What you can see, the continuous red line is the 9 nautical miles line drawn from the coast and the dashed line is the line that would be drawn if you took islands within the 3-mile territorial sea as providing the base for the drawing of the line, and those are map bases, that is the explanation of the red lines. This map shows that the British side — this was an Admiralty memorandum — certainly proceeded on the footing that the Ligitan Group was affected. The question was whether you applied the 1885 Protocol strictly from the coast itself or not. Of course, the line in the 1895 Protocol, the 9-nautical-mile line, went straight back to the Sulu grant; it is a clear line of continuity. Now, you do not need to decide the question of interpretation that was bothering the Admiralty officials in this case, because of the 1930 Treaty. The point I am making is this: in considering that Convention, it is clear that careful consideration was given precisely to this effect on the Ligitan Group. In the Admiralty’s view, the Ligitan Group was involved. The memorandum and the attached map cutting make this quite clear. [End tab 39]

28. In a further letter from the British Admiralty to the Foreign Office in November 1927, the author compared the proposed 1930 Treaty line with what he described as “the temporary boundary which formed the basis of the provisional agreement of 1907”. That letter is tab 40 in your folders. I refer in particular to paragraph 2 of the letter, which reads: [Show text]

¹²⁰Memorial of Indonesia, Vol. 4, Ann. 123, at p. 51 (p. 235 of the original document).

“2. A comparison of the proposed definitive boundary . . . will show that this line is not unduly favourable to United States interests. Even taking that interpretation of the 9 mile limit which is most advantageous to the British North Borneo Company, the balance of gain and loss involved in accepting this line would be as follows:

The United States would receive Great Bakkungaan Island, which may be claimed as belonging to British North Borneo.

British North Borneo would receive Buaning, Lankayan, Mantatuan, Matakang and the Ligitan Islands, to none of which she has any valid claim.”¹²¹

There is no suggestion in the record whether the Panglima of Great Bakkungaan Island welcomed this: he may have been the son of the Panglima to whom Lt. Boughter gave his celebrated law lecture back in 1903. One can just imagine the scene. Lt. Boughter was quite sure the Panglima had understood his lesson — and all lecturers are quite sure that their audiences understood the lesson. As a result of that analysis the Admiralty’s conclusion was that the Treaty line was acceptable. And again you can see explicit consideration of the Ligitan Group.

29. On Tuesday Mr. Bundy referred to a statement by the United States that the islands affected by the 1930 Treaty were (1) the Turtle Islands and (2) the Mangsi Islands¹²². Of course, these islands were affected by the Treaty, they were returned to the Philippines, but it is not the case that they were the only islands affected, as the above British statements, based on careful study, show. It is true that the United States evinced no interest over the more southerly islands, which from its point of view were very minor features. Those islands had evidently not been raised in the internal debates in the Philippines, which had focused on the Turtle group. I am afraid that when States come to make treaties, they tend to think it is more blessed to receive than to give. The United States focused on what the Philippines would receive under the 1930 Treaty, not what it would give — and in the political context of the time that was understandable. Any discussion of a *quid pro quo* would have made the task of sowing the 1930 Convention in the Philippines only that much more difficult.

30. But even if the United States had forgotten about the small islands south-west of Sibutu, which the Admiralty had not, the effect of the 1930 Treaty was clear. The United States was limiting itself to islands to the east and north of the 1930 Treaty line, and it thereby necessarily relinquished its claims over islands covered by the 1907 Exchange of Notes which lay to the west

¹²¹Counter-Memorial of Malaysia, Vol. 2, Ann. 3, p. 18.

¹²²CR 2002/29, p. 13, paras. 70, 71, 72 (Mr. Bundy); p. 15, paras. 75, 78 (Mr. Bundy).

and south of the line. On either view, the effect of the 1930 Convention was to withdraw the United States claim to title over the Ligitan islands in favour of Britain.

31. The 1930 Convention was published, as were the annexed maps. No State protested. Again, one is driven to ask, *where were the Dutch?* For nearly four decades afterwards, no State made any claim to any of the affected islands.

Conclusion

32. Mr. President, Members of the Court, this concludes a brief presentation of Malaysia's title to the two islands. It may be helpful if I summarize graphically the territorial effect of the successive transactions from 1878 onwards, which are at the base of the present territorial status quo.

33. We start with the situation in 1878, following the Sulu grant. You can see on the screen, and in tab 41 in your folders, the area granted by the Sultan to Messrs. Overbeck and Dent on behalf of the future Company. You can see the area retained by the Sultan which was then claimed by Spain by reason of Sulu's capitulation to Spain in 1851. Of course at this stage Spain did not recognize any British claims to Borneo.

34. Now let us look at the situation following the Madrid Protocol of 1885: this is tab 42. The BNBC has by now been given its Royal Charter. It is a legal entity; it has established its administration. The town of Semporna is about to be created. Spain recognizes, by the Protocol, British authority over the area covered by the Sulu grant — that is, the area within 9 nautical miles of the coast. Britain in turn recognizes Spanish authority over the islands outside the 3-marine-league line. So that is the situation as between Britain and Spain — it is perfectly clear. The dispute as between British North Borneo and Dutch territory has also by now crystallized: the Dutch claim is made in 1879. It stops at Batu Tinagat, it does not encompass any point further east than that. So at this time the dispute has crystallized, and the two islands are not part of British North Borneo.

35. Now let us look at the situation following the 1891 Boundary Convention: this is tab 43. The area of overlapping claims between Britain and the Netherlands "in Borneo" has been partitioned. Sebatik is divided along the 4° 10' parallel. Even if an allocation line ran out to sea

more than 40 miles to the east (and Professor Cot has shown you that it did not), it could not have affected territories belonging to a third State, Spain.

36. Now we have the situation following the voyage of the *Quiros* in 1903: this is tab 44. By the Supplementary Convention of 1900, Spain has ceded all of its outlying islands in the region to the United States: there was an inner line and then the Supplementary Convention covered all the other islands, so the United States was the complete successor to Spain in respect of all of the Philippines islands. The *Quiros* has visited the islands beyond the 3-marine-league line from the coast of North Borneo, and has planted plaques claiming those islands for the United States, even though they are administered by the BNBC. The *Quiros* starts this on the basis of earlier legal advice from Secretary Hay. The claims are shown in the United States Hydrographic Office map of 1903 — and you can see the line from the 1903 Hydrographic Office map on the screen, encompassing Sipadan and Ligitan. Great Britain and the United States are discussing what to do, given that as the United States acknowledges, the BNBC is in *de facto* occupation of the islands.

37. These discussions occur between 1903 and 1907, and their effect is shown as tab 45. Great Britain accepts that it cannot argue against its express recognition in 1885 of the 3-marine-league line as the limit of BNBC entitlement — so it accepts the United States legal position. Instead, it argues for a lease of the islands. The United States agrees not to press its claims but to reach an agreement with Great Britain — so it produces the second edition of the Hydrographic Office map with an express proviso. There is no question of any Dutch claim: the islands are either British or American. Eventually the parties agree on a permissive occupancy from year to year. The islands concerned are identified by the red line on the map annexed to the Exchange of Notes of 1907, the Durand line as it is called, because it comes from Ambassador Durand's letter of 1906. That letter, in turn, referred back to Governor Martin's letter of 1903. The line goes down to 4° N. Clearly, Ligitan and Sipadan are affected by that line, they lie directly to the east of it. As a result of the 1907 Exchange of Notes the *de facto* situation is regularized, but the United States can ask for the return of the islands on one year's notice, without having to pay anything.

38. In the 1920s it does so, as a result largely of political agitation in the Philippines: but there are amicable discussions between the two States and the situation is resolved by a new line,

that is the line drawn by the Convention of 1930, which you can see on the screen. That line settles the issue of sovereignty. All the territory to the east and north of that line is American, all the territory to the south and west of that line is British. That remains the situation in 1946, when the BNBC at last departs the scene and North Borneo becomes a British colony. It is the situation in 1963 when Sabah joins Malaysia. It is the situation today.

39. That is the truth of the matter, historically attested. A series of acts no doubt, difficult to explain perhaps to the Panglima of Bakkungaan, but one can explain them if one works one's way through them. Each is clearly recorded — they are not at all mysterious. The mystery is how Indonesia's claim could have survived all this. Where were the Dutch? The Dutch had no claim. If during this whole history they had no claim, then they had no title. And Professor Schrijver will now show you, with your permission, Mr. President, that the Dutch never made a claim. The reason they were not thought of at the time is that they had no interest. The Dutch never asserted a claim to the islands east of Sebatik. In 1945 there was nothing for Indonesia to succeed to.

Thank you, Mr. President, Members of the Court.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Crawford. Je donne maintenant la parole au professeur Schrijver.

Mr. SCHRIJVER: Thank you, Mr. President, Members of the Court.

DUTCH PRACTICE AFTER THE CONCLUSION OF THE 1891 BOUNDARY CONVENTION

Introduction

1. I shall now deal with the Dutch practice following the conclusion of the 1891 Boundary Convention between Great Britain and the Netherlands. I shall demonstrate that the adaptations made to the contract with the Sultan of Bulungan confirm Malaysia's position that the islands of Ligitan and Sipadan were not included in the territory of Bulungan.

2. I shall also briefly examine the few sporadic examples of Dutch ships passing through the area, which certainly do not in any way constitute the exercise of territorial jurisdiction in the area. Lastly, Mr. President, my presentation will relate to internal Dutch deliberations during the 1920s

on the absence of a maritime boundary. This provides once more evidence that the islands of the Ligitan Group cannot be considered to have belonged to the Netherlands East Indies.

**The local agreements after 1891 with Bulungan confirm
the lack of any title to the islands**

3. First, I would like to take up the issue of the local agreements after 1891 with Bulungan. Shortly after the conclusion of the Boundary Convention in 1894, the Dutch Government reported to Parliament that the new agreement of 1891 had made it necessary, among other things, to revise the definition of the area of Bulungan, as attached to the 1878 contract with the Sultanate, in order to bring it into line with the newly-agreed boundary line.

4. The previous year, following consultations with the administration of Bulungan, this had resulted in a supplementary agreement on boundaries of Bulungan and islands belonging to it, and this came to replace the 1878 definition of the area¹²³. You will find the text under tab 47 of the judges' folders. This new official description of the boundaries was signed on 19 June 1893 by Mr. Joekes as the Dutch Resident, and the chief colonial officer of the Southern and Eastern Division of Borneo, and the Sultan of Bulungan. May I emphasize, Mr. President, its title: "Description of the Boundaries of the Territory of Boeloengan, and List of the Islands Belonging Thereto". Let us now see whether the names of Ligitan and Sipadan appear in this Description designed to implement the 1891 Boundary Convention, including the 4° 10' line referred to in Article IV. [Project relevant part of the 1893 text] As you can see on the screen the Description provides the boundaries of the territory of Boeloengan:

"The Islands of Tarakan and Nanoekan and that portion of . . . Sebatik, situated to the south of the above boundary-line, described in the *Indisch Staatsblad* of 1892, No. 114, belong to Boeloengan, as well as *the small islands belonging to the above islands*, so far as they are situated to the south of the boundary-line last mentioned."

5. Hence, an explicit reference has been made, once again, to the small islands belonging to Tarakan, Nanukan and the southern part of Sebatik. [Stop projection text and now show sketch-map with the islets.] As shown yesterday — and I will briefly reiterate now — the location and names of these islands were known¹²⁴. As you can see and also can find under tab 48 of your

¹²³See Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 54.

¹²⁴Reply of Malaysia, insert 4, p. 28.

folders, these small islands are in the proximity of the three larger islands referred to in the Supplementary Agreement: Tarakan, Nanukan and Sebatik. The small islands clearly come within the scope of the phrase “belonging to”. Similar wording was used in the earlier agreements of 1878¹²⁵.

6. Hence, in 1893 what was called a new “Description of the Boundaries of the Territory of Boeloengan and List of the Islands Belonging Thereto”, officially signed, was drawn up, with a view to bringing it into line with the 1891 Boundary Convention. Obviously, this important occasion was not used to refer to any new islands over which Bulungan or the Netherlands claimed to have territorial jurisdiction. The reason is simply because there were none. [End of graphic]

The occasional Dutch naval activities in the area were not exercises of territorial jurisdiction

7. I would now like to proceed to reviewing whether occasional Dutch naval activities in the area could be interpreted as amounting to exercises of territorial jurisdiction. Indonesia has relied for its case on the voyages of a number of Dutch ships off the coast of north-east Borneo. But what do these few cases of Dutch naval activities after the drafting of the Convention in 1891 actually amount to?

8. There was first of all the joint expedition of the British ships *Egeria* and *Rattler*, on the one hand, and the Dutch ship *Banda* on the other. During the period of the 20 May-21 June 1891 they jointly fixed the exact points at which the 4° 10' N parallel crosses the coasts of the island of Sebatik. As Professor Cot noted this morning, the ships' commanders also had a map drawn up showing the results of their work. In the precise report of the *Banda*, the Dutch ship, there is no question of any reference to islands in the open sea, to a maritime boundary or to an allocation line further east, let alone a reference to the islands of the Ligitan Group. Nor is there any reference in the subsequent correspondence of the British authorities, the Dutch Navy Commander and the Dutch Foreign Minister when they exchanged the reports of their respective surveying vessels¹²⁶.

9. Both Indonesia and Malaysia commented on the surveying activities by the Dutch ship *Macasser* in 1903 as initially reported and discussed by Malaysia in its Memorial. [Project 1905

¹²⁵Memorial of Malaysia, Vol. 2, Ann. 11; Memorial of Malaysia, 7.5-7.6.

¹²⁶See Memorial of Indonesia, Vol. 3, Ann. 80, pp. 137-140 and Reply of Malaysia, paras. 2.29-2.42.

map] These surveying activities of the *Macasser* were conducted in “British North-Borneo, 21-27 October 1903”, as the Dutch Commander Van Straaten recorded in his report¹²⁷. These activities in British North Borneo resulted in the 1905 map of the “East Coast of Borneo: Island of Tarakan up to the Dutch-English Boundary”¹²⁸, which you now see on the screen, also in an enlargement, and which is also included under tab 49 of the judges’ folders. And this Dutch-British boundary line stops, in accordance with the 1891 Convention, on the east coast of Sebatik. It is perhaps somewhat difficult to see from a distance, but it is a fact which you may also wish to check in our Counter-Memorial. This is also exactly the same on the updated 1915 version of the map (also under the same tab 49 in your folders) to which Indonesia refers in rather general terms in its Counter-Memorial¹²⁹. Indonesia now argues that this map is not a map but a nautical chart, and that such charts usually do not depict sovereignty over islands. However, how can the boundary line on Borneo be explained? How can the boundary line on the island of Sebatik be explained? [stop projection map]

10. Furthermore, Professor Soons made the proposition that by publishing and maintaining updated nautical charts the Dutch Government showed that it continued to regard this task as its responsibility to ensure safety of navigation. Mr. President, Members of the Court, is this really proof of sovereignty? Did the Netherlands claim sovereignty over all islands in the seas and oceans for which it happened to publish nautical charts?

11. Subsequently, we have a 1910 patrol by the Dutch ship *Koetei* in St. Lucia Bay. This ship indeed cruised south of Sipadan, which it finally sighted on 30 September 1910. However, as Malaysia stated in its Reply, when the ship was conducting its surveying activities in the neighbourhood of East Nunukan and Sebatik, the logbook noted the ship’s arrival in the waters “at the boundary line”¹³⁰. I repeat, Mr. President: “at the boundary line”. In 1910, the *Koetei* anchored off the coast at this boundary line and there it was decided who would be in charge of the watch. Subsequently, the *Koetei* evidently passed this point and passed through the St. Lucia Bay,

¹²⁷See Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 64, pp. 163-166; Memorial of Malaysia, Vol. 1, 7.5-7.6; Reply of Malaysia, 3.24 and Counter-Memorial of Indonesia, Vol. 1, 7.50.

¹²⁸Counter-Memorial of Malaysia, Vol. 2, maps 2 and 3, pp. 60-63.

¹²⁹Counter-Memorial of Indonesia, para. 7.50. The 1905 hydrographical map and its 1915 update are reproduced in Counter-Memorial of Malaysia, Vol. 2, maps 2 and 3, pp. 60-63.

¹³⁰See Reply of Malaysia, para. 3.25 and Ann. 2, pp. 3-5.

including the area near Sipadan on 30 September 1910. Obviously, this is another example of Indonesia confusing transit passage and the surveying of an area with exercising jurisdiction over territory.

12. The next and final incident was indeed what Indonesia in its Counter-Memorial portrayed as “the highly significant *Lynx* expedition” in November 1921¹³¹. Professor Soons called it this week “the most striking example of Dutch acts of sovereignty”, and we could all note that he spoke with great excitement and enthusiasm on the voyages of the *Lynx* and especially the flights over the islands¹³². Yet, is the *Lynx* voyage really the trump card Indonesia pretends it to be for its claims to the islands of Ligitan and Sipadan? Was my distinguished colleague and friend not carried away by this single story?

13. The *Lynx* was engaged in combating piracy and sought contact on this issue with the British authorities. The relevant part of the *Lynx* report makes frequent reference to the *Sulu islands, Sulu people, Sulu pirates, Sulu Archipelago*. You can read at least five references to the *Sulu Islands* and as many as 11 to *Sulu* as such in the copy of the *Lynx* report Indonesia was kind enough to make once again available this week in its judges’ folders (tab 33). By contrast, Mr. President, you may also wonder how many times did the *Lynx* Commander make a reference to the 4° 10” N line in his report. The answer is: not one single time. As reported in the Counter-Memorial of Malaysia, the *Lynx* voyage gave rise to extensive discussions among the Dutch authorities as to what the most logical or desirable territorial boundary east of Sebatik could be¹³³. I shall address these internal Dutch deliberations in a moment.

14. But first I would like to conclude at this stage that while the Dutch colonial administration of Bulungan spanned a period of nearly 100 years, we are talking here of just a handful of cases where Dutch ships reportedly were in the neighbourhood of Sipadan and Ligitan, for purposes of taking bearings, suppressing the slave trade or combating sea-piracy — all quite common activities of any maritime power in those days. Moreover, these activities were often

¹³¹Counter-Memorial of Indonesia, Vol. 1, pp. 81-82, para. 7.51.

¹³²CR 2002/28, p. 34, para. 15.

¹³³Counter-Memorial of Malaysia, paras. 4.10-4.18; Reply of Malaysia, paras. 3.27-3.29.

carried out in co-ordination with other naval powers in the region without having any implications for sovereignty.

15. The exercise of territorial jurisdiction or defence is quite another matter than surveying or hunting for pirates. Malaysia has not found the slightest evidence that either the Sultan of Bulungan or the Government of the Netherlands East Indies was involved in the exercise of territorial jurisdiction or defence of the islands. On the contrary, we learnt that the Sultan of Bulungan did not even possess praus, let alone the capacity to exercise naval power. The prevailing view in the Netherlands, as demonstrated in an 1880 parliamentary report, which was also discussed earlier by Professor Cot, reached a point where it was highly doubtful that the Netherlands had any rights to block other powers from establishing settlements in this area, especially since expansion of the already over-extended colonized area would be beyond its power¹³⁴.

16. Indonesia plainly admitted in its first round that “the report of the commander of the *Lynx* is the only such report that Indonesia has been able to retrieve from the colonial archives in the Netherlands, or for that matter, Indonesia”¹³⁵. Indonesia lamented the lack of surviving reports in the archives of the Commander of Naval Forces in the Netherlands East Indies due to war damage in March 1942. Apparently, what Indonesia meant to say is that it could not find any other reports helpful to its case. This is confirmed by Malaysia’s meticulous search in the General State Archives of the Netherlands. These archives do not only still contain dozens of logs — in somewhat dusty boxes — but also a list of maritime activities of Dutch ships in the Netherlands East Indies from the Dutch naval ministry. Moreover, Indonesia failed to report the existence of a huge archive of the Netherlands East Indies twentieth century administration, located in Bogor. In all these sources, which definitely still do exist, both Parties have been unable to find any other case besides that of the *Lynx*.

¹³⁴Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann MM 41.

¹³⁵CR 2002/28, p. 38, para. 22.

**Internal Dutch deliberations during the 1920s on
a maritime boundary east of Sebatik**

17. Mr. President, I would now like to turn to the issue of internal Dutch deliberations during the 1920s on a maritime boundary east of Sebatik. During the early 1920s, concern arose regarding intrusions into Dutch territory by Bajau people from the Philippines who reportedly were engaged in sea piracy. As discussed earlier, in November 1921 the Dutch torpedo boat *Lynx* patrolled the area, carrying one seaplane. On this, and later occasions, the question arose as to what should constitute the maritime boundary between the Netherlands East Indies and British North Borneo. These deliberations lasted for five years and are well documented¹³⁶. However, on no single occasion was any reference made to the impact of a maritime boundary on the status of the islands of Sipadan and Ligitan or of their surrounding territorial waters.

18. We were happy to learn from Indonesia's Reply that it is fully aware of these discussions. Indonesia acknowledges that Malaysia provided an accurate description of these internal Dutch discussions¹³⁷. However, we were surprised to learn that Indonesia identified them as "totally irrelevant". Why, Mr. President, were we so surprised?

19. First of all, Indonesia appears to neglect totally that these discussions were triggered by the activities of the Dutch ship *Lynx* in the area, not those in the territorial waters of Sebatik but those in the neighbourhood of Sipadan. It was because of this expedition that the Dutch navy saw fit to raise questions about a maritime boundary. Mr. President, is that a totally irrelevant fact?

20. Secondly, we were perplexed because a series of Dutch officers addressed the issue of a maritime boundary explicitly in their reports. The various options under discussion for determining the boundary east of Sebatik are now on the screen and also under tab 50 of your folders. There is, at this late stage, no need for repetition, but, Mr. President, is it totally irrelevant that in 1922 the Commander of the Navy preferred a line perpendicular to the boundary line at the point where it meets the coast of Sebatik rather than the continuation of the 4° 10' N line?

21. Thirdly, if Indonesia is right that the 4° 10' line extends into the open sea, *quod non*, is it not strange that nobody referred to the existence of such a line during these extensive deliberations covering the period 1921-1926? Not the Commander of the Navy. Not the Governor-General of

¹³⁶Counter-Memorial of Malaysia, paras. 4.10-4.18.

¹³⁷Reply of Indonesia, pp. 53-54.

the Netherlands East Indies. Not the Legal Adviser of the Ministry of Foreign Affairs. Not the Minister for Foreign Affairs. Not the Minister of Colonies. Is that not peculiar? Mr. President, Members of the Court, is that “totally irrelevant”?

22. Fourthly, is it “totally irrelevant” that in 1922 and 1923 the Resident, the chief colonial officer in this part of Dutch Borneo, reported that in this particular area “there are no islands; only the open sea”¹³⁸?

23. Obviously, the various Dutch authorities did not regard the 4° 10' N line as an established maritime boundary. Nor as an allocation line. On the contrary, examination of the discussions confirms that the main, if not sole reason for the 4° 10' N line on Sebatik was to provide access to the respective coastal areas to the west and north-west of this particular island.

24. The final decision of the Dutch Minister of Colonies, in October 1926, was, therefore, that a fixing of the boundary line between the Dutch and British territorial waters was not urgent. The Dutch were anxious not to annoy the British and decided to let sleeping dogs lie. The Dutch Minister of Colonies sighs: “The matter can hence be left in abeyance.”¹³⁹

Conclusions

25. Mr. President, distinguished Members of the Court, in sum, the islands of Sipadan and Ligitan did not form part of the Sultanate of Bulungan and were never owned or claimed by the Netherlands. The mere fact that the torpedo boat *Lynx* made a stop at Sipadan in November 1921 in pursuit of pirates operating in that area cannot serve as the basis of a legal claim to sovereignty by a successor State. The very sporadic examples of a Dutch boat sighting Sipadan are totally unconvincing in this regard. Mr. President, passing through or surveying a particular area, even if it is for the sake of combating piracy or the taking of bearings, should never be confused with actual exercises of territorial jurisdiction. However, that is what Indonesia does.

26. Notwithstanding extensive internal discussions during the 1920s among a large number of Dutch officials in The Hague and in the Netherlands East Indies on the maritime boundary in the area, a carefully considered decision was taken by the Dutch Ministers of Colonial Affairs and

¹³⁸Memorial of Malaysia, Vol. 3, Ann. 73.

¹³⁹Counter-Memorial of Malaysia, Vol. 2, Ann. 8, p. 51.

Foreign Affairs in 1926 not to raise the matter of a maritime boundary with Great Britain. It was assumed that the perpendicular line would apply and this was indeed in accordance with the prevailing law of the sea at that time.

27. The sketch-maps show that the Dutch were well aware of the fact that such a maritime boundary would only be of limited length and, moreover, would not extend in the direction of the islands of Sipadan and Ligitan. On no occasion was any reference made to a maritime boundary or an allocation line beyond the territorial waters of Sebatik. What clearer evidence of this can be given than the fact that the Dutch, in fact, preferred delimitation between Dutch and British waters according to the line perpendicular to the coast of Sebatik? If the 1891 Boundary Convention had established a boundary or an allocation line, there would have been no need to discuss a territorial sea boundary line at all.

28. All of this, Mr. President, is not surprising, since no relevant power in the region considered this part of the Sulu region to be under the authority of the Sultan of Bulungan or the Netherlands East Indies. Neither did the Netherlands itself consider this to be the case.

29. Mr. President, this concludes my presentation on the Dutch practice, or rather the absence of Dutch practice, with respect to the islands after 1891. It is our intention to ask you to call upon Sir Elihu Lauterpacht this afternoon to continue Malaysia's presentation. I thank you very much, Mr. President, distinguished Members of the Court, for your kind attention.

Le PRÉSIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur. Ceci met un terme à la séance de ce matin. Nous reprendrons nos travaux cet après-midi à 15 heures. La séance est levée.

L'audience est levée à 13 heures.
