

DECLARATION OF JUDGE AURESCU

1. I voted in favour of all the subparagraphs of the operative part of the present Judgment. I agree with the Court's reasoning, for the large part, and with the Court's conclusions in this case. However, there are two points that I find important and on which, in my view, the Court did not elaborate enough in the present Judgment. The first point refers to the somewhat inconsistent language used in the Judgment regarding the existence of the "Bata Convention". The second point refers to the high standard that is required from States when they modify *by conduct* treaties establishing State borders and, in general, when they modify *by conduct* State borders.

EXISTENCE OF THE "BATA CONVENTION" HAS NOT BEEN ESTABLISHED

2. In my view, the Court should have been clearer and more consistent in expressing, throughout the text of the Judgment, that the existence of the so-called "Bata Convention" is not certain and that, *even if it exists*, it does not constitute a legally binding instrument (a treaty). The Court begins its analysis regarding the binding character of the "Bata Convention" in paragraph 57 where it states that "[f]or the present purposes, the Court will assume, *without deciding*, that a text was signed in Bata" (emphasis added). However, it does not reiterate this point — as it should have done — at the closure of this analysis, in paragraph 98. This may create, in a way, the perception that the Court has abandoned the argument that the existence of the "Bata Convention" has not been established, which is not the case. Also, in its analysis of whether the "Bata Convention" — if it exists — constitutes a treaty, the Court refers to the *signing* or *signature* of that document on numerous occasions in the Judgment. I believe that it would have been more accurate to add the term "alleged" before *signing* or *signature* in order to make it clearer that it has not been established that the "Bata Convention" exists.

3. On a related aspect, the text of the Judgment seems to introduce a requirement to present the original text of a treaty in order to prove its existence; in paragraph 54 the Court says that "[a] particular difficulty arises from the fact that no original of the 'Bata Convention' was presented to the Court". However, in paragraph 57 the Court underlines that "the absence of a text accepted as authentic by both parties is no proof of a treaty's inexistence". This is correct. There is no requirement in international law (or in the

DÉCLARATION DE M. LE JUGE AURESCU

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur de l'ensemble du dispositif de l'arrêt. Je souscris pour l'essentiel au raisonnement de la Cour ainsi qu'à ses conclusions en l'espèce. Toutefois, il y a deux points qui me semblent importants et qui n'ont pas, à mon avis, été suffisamment approfondis dans l'arrêt. Le premier concerne le manque de cohérence dans la manière dont est évoquée l'existence de la « convention de Bata ». Le second concerne le critère strict auquel doivent répondre les États qui modifient *par leur comportement* des traités établissant leurs frontières communes et, d'une manière générale, qui modifient *par leur comportement* ces frontières.

L'EXISTENCE DE LA « CONVENTION DE BATA » N'A PAS ÉTÉ ÉTABLIE

2. Selon moi, la Cour aurait dû dire de façon plus claire et plus cohérente, tout au long de l'arrêt, que l'existence de l'accord dit « convention de Bata » n'était pas certaine et que, *même si elle existait*, cette convention ne constituait pas un instrument juridiquement contraignant (un traité). Lorsqu'elle examine le caractère contraignant de la « convention de Bata », au paragraphe 57, la Cour commence par affirmer que, « [a]ux fins de l'analyse, [elle] supposera, *sans se prononcer*, qu'un texte a été signé à Bata » (les italiques sont de moi). Cependant, elle ne revient pas sur ce point — comme elle aurait dû le faire — lorsqu'elle achève son analyse, au paragraphe 98, ce qui peut donner d'une certaine manière l'impression qu'elle n'envisage plus que l'existence de la « convention de Bata » n'était pas établie, alors qu'il n'en est rien. En outre, lorsqu'elle examine la question de savoir si la « convention de Bata », à supposer que celle-ci existe, constitue un traité, la Cour mentionne à maintes reprises la *signature* de ce document. Il aurait été plus exact, à mon avis, d'ajouter l'adjectif « alléguée » après le terme *signature* afin de montrer plus clairement qu'il n'a pas été établi que la « convention de Bata » existait.

3. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt semble introduire une obligation de présenter la version originale d'un traité afin d'en prouver l'existence : au paragraphe 54, la Cour dit qu'« [u]ne difficulté particulière découle de ce qu'aucun exemplaire original de la “convention de Bata” [ne lui] a été présenté ». Or, au paragraphe 57, elle note que « l'absence de texte reconnu comme authentique par les deux parties ne prouve pas l'inexistence d'un traité », ce qui est exact. Aucune règle de droit international (ni aucune

Rules of Court or in the Practice Directions) to present the original of a treaty in order to prove its existence. Therefore, there was no need to include the above-mentioned reference to paragraph 54 in the Court's analysis regarding the "Bata Convention".

PARTICULARLY HIGH THRESHOLD APPLIES
TO TREATY MODIFICATION BY CONDUCT

4. With regard to the Utamboni River area, the Parties disagree as to whether the proposal made by the 1901 Commission to modify the border set by Article IV of the 1900 Convention was approved, explicitly or by conduct, by Spain and France. First, the Court finds, in paragraph 136, that "the proposal made by the 1901 Commission was not approved through *formal decisions*" (emphasis added) by the respective Spanish and French Governments, a reference to the fact that the respective proposal was not *expressly* approved (in fact, it was expressly rejected by the letter of 20 April 1907 from the Spanish Minister of State to the French Ambassador to Spain). The Court then observes, in paragraph 137, in a very succinct formulation, that "approval could be inferred from the conduct of Spain and France". The Court further evaluates, in paragraphs 139-140, Spain's acts of administration and the conduct of France in the relevant area. Finally, it looks at the internal documents of the French Government which confirm that France did not approve the proposal of the 1901 Commission (para. 141). The Court then concludes, in paragraph 142, that "the proposal made by the 1901 Commission was not approved through the conduct of Spain and France". In general, I agree with the methodology applied by the Court and the resulting finding.

5. At the same time, I am convinced that the Court should have underlined that the standard for modification by conduct of a treaty, especially of a boundary treaty, is particularly high. In order to modify a treaty, something more than a mere subsequent practice is required¹. As explained by the International Law Commission ("ILC"),

"[i]t is *presumed* that the parties to a treaty, by an agreement or a practice in the application of the treaty, *intend* to interpret the treaty, *not to amend or to modify it*. The *possibility of amending or modifying a treaty by subsequent practice of the parties has not been generally recognized*."²

¹ M. G. Kohen, "Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits", in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 37.

² United Nations, Report of the International Law Commission, Seventieth Session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), Chap. IV, "Subsequent agreements and

disposition du Règlement de la Cour ou de ses instructions de procédure) n'exige de présenter l'original d'un traité pour prouver son existence. Il n'était donc pas nécessaire d'inclure la phrase susmentionnée au paragraphe 54 de l'analyse de la Cour relative à la « convention de Bata ».

LA MODIFICATION DES TRAITÉS PAR UN COMPORTEMENT RÉPOND À UN CRITÈRE PARTICULIÈREMENT STRICT

4. En ce qui concerne la zone de la rivière Outemboni, les Parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la proposition faite par la commission de 1901 de modifier la frontière établie par l'article IV de la convention de 1900 a été approuvée, expressément ou par comportement, par l'Espagne et la France. Tout d'abord, la Cour constate, au paragraphe 136, que « la proposition soumise par la commission de 1901 n'a pas été approuvée par décision *formelle* » (les italiques sont de moi) des Gouvernements espagnol et français, rappelant ainsi que ladite proposition n'a pas été *expressément* approuvée (en fait, elle a été expressément rejetée par la lettre adressée le 20 avril 1907 à l'ambassadeur de France en Espagne par le ministre d'État espagnol). La Cour fait observer ensuite, au paragraphe 137, de façon très succincte, que l'« approbation pourrait être inférée du comportement de l'Espagne et de la France ». Aux paragraphes 139 et 140, elle analyse plus avant les actes d'administration de l'Espagne et le comportement de la France dans la zone concernée. Enfin, la Cour passe en revue les documents internes du Gouvernement français qui confirment que la France n'a pas approuvé la proposition de la commission de 1901 (par. 141). Elle conclut alors, au paragraphe 142, que « la France et l'Espagne n'ont pas, par leur comportement, approuvé la proposition soumise par la commission de 1901 ». De façon générale, je souscris à la méthode appliquée par la Cour et à la conclusion qui en résulte.

5. Dans le même temps, je maintiens que la Cour aurait dû souligner que le critère requis pour qu'il y ait modification d'un traité par un comportement, en particulier d'un traité frontalier, est spécialement strict. Pour modifier un traité, il faut plus qu'une simple pratique ultérieure¹. Comme l'explique la Commission du droit international (ci-après la « CDI »),

« [L]es parties à un traité, par un accord ou une pratique dans l'application du traité, sont *présumées* avoir *l'intention* d'interpréter le traité[,] *et non de l'amender ou de le modifier*. La *possibilité* que la pratique ultérieure des parties vienne amender ou modifier un traité n'est pas généralement reconnue. »²

¹ M. G. Kohen, « Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits », dans G. Nolte (dir. publ.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 37.

² Nations Unies, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018), chap. IV, « Accords et

The Vienna Convention on the Law of Treaties equally gives limited role to subsequent practice, in so far as that practice reflects an agreement between the parties. Article 31 (3) (b) allows to take subsequent practice into consideration only for the purpose of treaty *interpretation*. Draft Article 38, that would have explicitly allowed the modification of a treaty by subsequent practice, was rejected by the Vienna Conference³. Moreover, as explained by the Court in *Gabčíkovo-Nagymaros*, non-compliance with the treaty terms, even if reciprocal, does not modify the treaty terms and obligations arising from it⁴.

6. This demonstrates that the potential treaty modification by conduct should not be taken or inferred lightly. The usual way to modify treaty terms is in the same way the treaty was concluded — in writing and by following the modification procedure set forth by the treaty itself, and in accordance with the domestic requirements in place to formally and expressly approve such modification. Indeed, as put by the ILC in the Commentary to the Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, “the actual occurrence” of a modification of a treaty by an “agreed subsequent practice of the parties” “is *not to be presumed*”⁵. So, even if modification by subsequent conduct is possible, the party invoking it needs to prove, in a convincing, unequivocal manner, that the parties did intend to modify the treaty terms through their conduct. That means that the standard is high in this regard. This is particularly relevant when the treaty in question is a treaty establishing a State border. Even if it may be argued that in a certain case, including in the present one, the issue is not the modification of the treaty as such, but the modification of the border, it can be equally argued that any modification of the border as defined by the treaty represents a modification of the treaty itself, since the very substance of the treaty — which is the definition of the respective border — is changed once the border is changed by subsequent conduct or practice. But even if one only considers the modification of the border, State borders must enjoy stability in relations between

subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”, Draft Conclusion 7 (“Possible effects of subsequent agreements and subsequent practice in interpretation”), UN doc. A/73/10, p. 51, para. 3 (emphasis added).

³ United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions (Vienna, 26 March-24 May 1968 and 9 April-22 May 1969), *Official Records*, Documents of the Conference, Sec. B, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, adopted by the International Law Commission at its Eighteenth Session”, Art. 38 (“Modification of treaties by subsequent practice”), UN doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 55.

⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1997, p. 68, para. 114.

⁵ United Nations, Report of the International Law Commission, Seventieth Session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), Chap. IV, “Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”, Comment 38 to Draft Conclusion 7, para. 3, UN doc. A/73/10, p. 63 (emphasis added).

La convention de Vienne sur le droit des traités attribue de même un rôle limité à la pratique ultérieure, pour autant que celle-ci reflète un accord entre les parties. Ce n'est qu'aux fins de l'interprétation d'un traité que l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 31 permet de tenir compte de toute pratique ultérieurement suivie. La conférence de Vienne a rejeté le projet d'article 38, qui aurait expressément permis de modifier un traité par la pratique ultérieure³. De plus, comme l'a expliqué la Cour dans son arrêt en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, le non-respect des dispositions d'un traité, même s'il est réciproque, ne modifie pas celles-ci ni les obligations qui en découlent⁴.

6. Cela confirme qu'il ne faut pas considérer ou inférer à la légère qu'un traité a pu être modifié par un comportement. Pour modifier les dispositions d'un traité, on procède habituellement de la même façon que pour conclure ce traité — il s'agit d'une procédure écrite qui suit les modalités prévues par le traité lui-même et se conforme aux prescriptions internes concernant l'approbation formelle et exprime d'une telle modification. En effet, comme l'a relevé la CDI dans son commentaire du projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, « la réalisation effective » d'une modification d'un traité par une « pratique ultérieure établissant l'accord des parties » « *ne saurait être présumée* »⁵. Ainsi, même si une modification par un comportement ultérieur peut se produire, la partie qui l'invoque doit prouver, de manière convaincante, sans place au doute, que les parties avaient bien l'intention de modifier les dispositions du traité par leur comportement. Cela signifie que le critère à cet égard est strict, et c'est d'autant plus important lorsqu'il s'agit d'un traité établissant une frontière entre États. Même s'il peut être avancé que, dans un cas donné, comme en l'espèce, c'est non pas la modification du traité en soi qui est en cause, mais la modification de la frontière, il peut également être avancé que toute modification de la frontière telle que définie par le traité représente une modification du traité lui-même, puisque la substance même de ce dernier — la définition de la frontière concernée — est modifiée une fois que la frontière est modifiée par un comportement ou une pratique

pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », commentaire du projet de conclusion 7 (« Effets possibles des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans le contexte de l'interprétation »), doc. A/73/10, p. 53, par. 3 (les italiques sont de moi).

³ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969), Nations Unies, *Documents officiels*, documents de la conférence, sect. B, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session », art. 38 (« Modification des traités par une pratique ultérieure »), doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 60.

⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 68, par. 114.

⁵ Nations Unies, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-dixième session (30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018), chap. IV, « Accords et pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités », paragraphe 38 du commentaire du projet de conclusion 7, par. 3, doc. A/73/10, p. 67 (les italiques sont de moi).

neighbouring States⁶, and border modifications by subsequent conduct cannot be either presumed or inferred lightly: a high standard should be required for their occurrence.

7. To conclude, the Court was correct in deciding that the proposal made by the 1901 Commission to modify Article IV of the 1900 Convention had not been approved by conduct. However, I regret that the Court, by not clarifying the particularly high threshold required for treaty or border modification by conduct, may give a wrong impression that such type of modification can easily be performed in international law.

(Signed) Bogdan AURESCU.

⁶ *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 34 (“In general, when two countries establish a frontier between them, one of the primary objects is to achieve stability and finality.”); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 37, para. 72 (“Once agreed, the boundary stands, for any other approach would vitiate the fundamental principle of the stability of boundaries, the importance of which has been repeatedly emphasized by the Court”).

ultérieurs. Mais, même si l'on s'en tient à la modification de la frontière, les relations entre États voisins exigent que leurs frontières soient stables⁶, et l'on ne peut pas non plus présumer ou inférer à la légère que ces frontières ont été modifiées par un comportement ultérieur : un critère strict est requis pour qu'une telle modification soit réputée avoir eu lieu.

7. En conclusion, la Cour a eu raison de considérer que la proposition de la commission de 1901 visant à modifier l'article IV de la convention de 1900 n'avait pas été approuvée par un comportement. Cependant, je regrette que, en ne rappelant pas le critère particulièrement strict qui est requis pour qu'il y ait modification d'un traité ou d'une frontière par un comportement, elle ne donne erronément l'impression qu'une telle modification peut facilement intervenir en droit international.

(Signé) Bogdan AURESCU.

⁶ *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 34 («D'une manière générale, lorsque deux pays définissent entre eux une frontière, un de leurs principaux objectifs est d'arrêter une solution stable et définitive.»); *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 37, par. 72 («Une fois convenue, la frontière demeure, car toute autre approche priverait d'effet le principe fondamental de la stabilité des frontières, dont la Cour a souligné à maintes reprises l'importance»).