

DECLARATION OF JUDGE *AD HOC* WOLFRUM*Status of the so-called "Bata Convention" — Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea — Mandate of the Court.*

1. I agree with the Judgment as far as its ruling, reasoning and structure are concerned. My declaration has the sole objective of providing additional clarifications on three issues, namely: the legally binding nature, or lack thereof, of the so-called "Bata Convention", the status of the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter "UNCLOS") under Article 1 (1) of the Special Agreement and the mandate of the Court according to the Special Agreement.

I. SO-CALLED "BATA CONVENTION"

2. The Parties argued intensively as to whether the so-called "Bata Convention" constituted a legal title with force of law in the relations between the Parties concerning the delimitation of their common maritime and land boundaries and sovereignty over the islands of Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoteros and Conga. The Court had before it copies in French and Spanish of the said instrument deposited in the archives of the Foreign Ministry of France. Two distinct questions had to be addressed, which were distinguished in the Judgment. These were, first, whether the copies before the Court were authentic and, second, whether the text, referred to as the "Bata Convention", constituted a treaty having the force of law between the Parties and thus a legal title within the meaning of the Special Agreement.

3. The Judgment begins its assessment of the so-called Bata Convention by questioning whether its terms "afford indications of the Parties' intention to be legally bound" (Judgment, para. 77). I fully endorse this approach. An interpretation of a legal instrument concerning it being legally binding has to establish the objective pursued by the drafters as stated in the deliberations of the International Law Commission (ILC) concerning the law of treaties (see ILC Commentary, Observations and proposals of the Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, pp. 94-101). Such an assessment cannot be achieved by relying on subsequent practice; rather, the original intentions are the ones that are relevant as a starting-point.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE *AD HOC* WOLFRUM

[Traduction]

Statut du document appelé la « convention de Bata » — Statut de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer — Mandat de la Cour.

1. Je souscris à l'arrêt pour ce qui est de la décision, des motifs qui le sous-tendent et de sa structure. Ma déclaration a pour seul objectif de fournir des précisions supplémentaires sur trois points, à savoir le caractère juridiquement contraignant ou non du document appelé la « convention de Bata », le statut de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après la « CNUDM ») au regard du paragraphe 1 de l'article premier du compromis et le mandat de la Cour aux termes du compromis.

I. LE DOCUMENT APPELÉ LA « CONVENTION DE BATA »

2. Les Parties ont abondamment débattu de la question de savoir si le document dénommé la « convention de Bata » constituait un titre juridique faisant droit dans leurs relations s'agissant de la délimitation de leurs frontières maritime et terrestre communes et de la souveraineté sur les îles Mbanié/Mbañe, Cocotiers/Cocoterros et Conga. Des copies en espagnol et en français dudit instrument conservées dans les archives du ministère français des affaires étrangères avaient été versées au dossier. La Cour était appelée à trancher deux questions distinctes, qui ont été traitées séparément dans l'arrêt. Il s'agissait de savoir, d'une part, si les copies produites devant elle étaient authentiques et, de l'autre, si le texte appelé la « convention de Bata » constituait un traité faisant droit entre les Parties et, en conséquence, un titre juridique au sens du compromis.

3. Dans l'arrêt, la Cour commence son examen de cette « convention de Bata » en recherchant si ses termes « traduisent l'intention des Parties d'être juridiquement liées par celle-ci » (arrêt, par. 77). J'approuve pleinement cette logique. L'interprétation d'un instrument juridique destinée à en apprécier le caractère juridiquement contraignant doit établir l'objectif poursuivi par ses rédacteurs, comme cela a été souligné dans les discussions de la Commission du droit international (ci-après la « CDI ») concernant le droit des traités (voir Observations et propositions du rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 101-109). Une telle appréciation ne saurait reposer sur la pratique ultérieure, les intentions initiales étant l'élément à prendre comme point de départ.

4. The Judgment states in this regard that “several features . . . , at first sight, make it appear to be a treaty” (Judgment, para. 77). The Judgment continues, though, that

“certain features — in particular Article 7 of the ‘Bata Convention’ and the *nota bene* clause (handwritten in the Spanish version but typed in the French version put on record in these proceedings) — . . . cast some doubt on the intention of the Parties to definitively establish their common land and maritime boundaries” (*ibid.*, para. 78).

The *nota bene* clause included at the margin of the Spanish text by both Presidents, who were evidently in agreement in this respect, reads as translated: “The two [H]eads of [S]tate agree to subsequently proceed with a new drafting of Article 4 in order to bring it into conformity with the 1900 Convention.”

5. In my view, this *nota bene* clause should have been analysed more intensively by taking into account the relevance of Article 4 as well as the object and purpose of the so-called “Bata Convention” (see Article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter “VCLT”). As far as the object and purpose of the “Bata Convention” is concerned, its title gives an indication of what was meant to be achieved by the VCLT. The “Bata Convention” was titled “Convention delimiting the land and maritime frontiers of Equatorial Guinea and Gabon”. Article 4 of that Convention established in detail the maritime boundary between Equatorial Guinea and Gabon while providing for Equatorial Guinea particular maritime areas around the Elobey Islands and Corisco Island. The *nota bene* clause agreed upon by the two Presidents rendered Article 4 in its original version moot. The two Presidents must have been aware that the referenced Article 4 was of crucial relevance to the dispute over land and maritime boundaries between Equatorial Guinea and Gabon, as the Paris Convention of 1900 — an uncontested, relevant legal title — did not address maritime boundaries between the two Parties. This means the so-called “Bata Convention” was not able to fill the legal gap in respect of maritime boundaries left by the Paris Convention of 1900 and to fulfil the objective announced in its title.

6. To what extent is the modification of Article 4 of the so-called “Bata Convention” relevant to the Convention as a whole? In my view, note must be taken of the fact that Articles 1 and 2 of the “Bata Convention” correspond in substance with the Paris Convention of 1900 and that Article 7 is not directly applicable, as it requires an additional agreement between the parties (Protocols). Only Article 3 of the the Convention remains operational.

7. In my view, the “Bata Convention”, as modified by the two Presidents, lacks sufficient original legal substance regarding land and maritime delimitation and sovereignty over islands to be considered a legal title, although it

4. Dans l'arrêt, la Cour note à cet égard que l'instrument en question présente « plusieurs caractéristiques qui, à première vue, lui donnent l'apparence d'un traité » (arrêt, par. 77). Toutefois, elle précise ensuite que

« certaines dispositions de la “convention de Bata” — en particulier l'article 7 et le *nota bene* (figurant sous forme d'annotation manuscrite ou de mention dactylographiée, selon qu'il s'agit de la version espagnole ou de la version française versées au dossier de la présente affaire) — ... font douter de l'intention des Parties d'établir définitivement leurs frontières terrestre et maritime communes » (*ibid.*, par. 78).

Le *nota bene* ajouté dans la marge du texte espagnol par les deux présidents, qui étaient manifestement d'accord sur ce point, se lit comme suit, dans sa traduction française : « Les deux chefs d'État conviennent de procéder ultérieurement à une nouvelle rédaction de l'article 4 qui sera en conformité avec la convention de 1900. »

5. De mon point de vue, cette clause insérée en *nota bene* aurait dû faire l'objet d'une analyse plus approfondie tenant compte de la pertinence de l'article 4 ainsi que de l'objet et du but de la « convention de Bata » (voir le paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la « convention de Vienne »)). En ce qui concerne l'objet et le but, l'intitulé de l'instrument donne une indication de ce qui doit être recherché selon la convention de Vienne. Il s'agit de la « convention délimitant les frontières terrestres et maritimes de la Guinée équatoriale et du Gabon ». L'article 4 décrivait en détail la frontière maritime entre la Guinée équatoriale et le Gabon, tout en attribuant à la Guinée équatoriale des zones maritimes particulières autour des îles Elobey et de l'île Corisco. Il a été privé d'objet, dans sa version initiale, par la clause convenue par les deux présidents dans le *nota bene*. Ceux-ci ne pouvaient ignorer que cet article revêtait une importance cruciale pour le différend sur les frontières terrestre et maritime entre la Guinée équatoriale et le Gabon, puisque la convention de Paris de 1900 — titre juridique incontesté et pertinent — ne traitait pas des frontières maritimes entre les deux Parties. Ainsi, le document appelé « convention de Bata » n'a pas permis de combler le vide juridique laissé par la convention de Paris de 1900 en ce qui concerne les frontières maritimes, ni d'atteindre l'objectif annoncé dans son intitulé.

6. Dans quelle mesure la modification de l'article 4 de la « convention de Bata » a-t-elle une incidence sur l'instrument dans son ensemble ? Il convient, selon moi, de prendre note du fait que les articles premier et 2 correspondent en substance à la convention de Paris de 1900 et que l'article 7 n'est pas directement applicable, car il impose la conclusion d'un accord supplémentaire entre les parties (protocoles d'accord). Seul l'article 3 a conservé ses effets.

7. Je suis d'avis que la « convention de Bata », telle que modifiée par les deux présidents, manque de contenu juridique propre, en ce qui concerne la délimitation terrestre et maritime et la souveraineté sur les îles, pour pouvoir

may have been planned otherwise at the beginning of the negotiations held in Bata. These doubts are confirmed by the subsequent practice, as the Judgment convincingly proves (paras. 83-97).

8. In my view, it is important to acknowledge that the two Presidents, at the moment when they introduced the *nota bene* clause into the text of the “Bata Convention”, indicated or signalled their intention not to conclude a legally binding instrument. Emphasizing this intention of the two Presidents is relevant. One might have gained the impression that the non-implementation of the “Bata Convention” would have resulted in its termination. Such an approach would be contrary to the rules of the VCLT régime on the termination of treaties. However, this — the relevance of the non-implementation of the “Bata Convention” — is not what the Judgment meant to convey as the factor for its termination. That the “Bata Convention” remained in draft form was the result of the consent of the two chief negotiators in Bata.

II. STATUS OF UNCLOS UNDER THE SPECIAL AGREEMENT

9. UNCLOS has not been identified as a potential legal title; it is not, in itself, a source of a right to a specific maritime area. UNCLOS cannot constitute a legal title with respect to either land territories or of maritime spaces.

10. As far as land territories are concerned, the Convention does not provide for rules or procedures to establish a legal title. As has been demonstrated in the *Island of Palmas case* ((*Netherlands/United States of America*), *Award of 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 829), the rules on the acquisition of a title in the case of the territories have been derived from customary international law. As far as maritime spaces are concerned, recourse to the rules governing the acquisition of land is not applicable. Rights to maritime zones such as the territorial sea (sovereignty), exclusive economic zones and continental shelves (sovereign rights) are determined by recourse to the sovereignty over the relevant land areas. The principle that “the land dominates the sea” was coined by the judgment in the *North Sea Continental Shelf cases* ((*Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands*), *Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 51, paras. 95-96). Overlapping claims are to be resolved first through negotiations (see Articles 15, 74 and 83 of UNCLOS) and if negotiations fail, through adjudication by international courts or tribunals. The procedure and the result achieved have to be equitable. In the *Maritime Delimitation in the Black Sea case* ((*Romania v. Ukraine*), *Judgment, I.C.J. Reports 2009*, pp. 101-103, paras. 115-122), the Court developed a procedure which reflects the requirements of Articles 15, 74 and 83 of UNCLOS. I therefore agree with the ruling in the Judgment referring to

être considérée comme un titre juridique, même si l'intention était peut-être différente lorsque les négociations ont démarré à Bata. Ces doutes sont confirmés par la pratique ultérieure, comme cela est établi de manière convaincante dans l'arrêt (par. 83-97).

8. Il convenait, à mon sens, de reconnaître que, en introduisant un *nota bene* dans le texte de ce qui est appelé la «convention de Bata», les deux présidents avaient indiqué ou signalé leur intention de ne pas conclure d'instrument juridiquement contraignant. Cette intention des deux présidents méritait d'être soulignée. On aurait pu penser que l'absence de mise en œuvre de la «convention de Bata» avait entraîné son extinction, mais un tel raisonnement eût été contraire aux dispositions de la convention de Vienne relatives à l'extinction des traités. La Cour, dans l'arrêt, n'a toutefois pas voulu voir dans cette absence de mise en œuvre un motif d'extinction de l'instrument. Le fait que la «convention de Bata» soit restée à l'état de projet résultait de l'entente entre les négociateurs en chef des deux États.

II. LE STATUT DE LA CNUDM AU REGARD DU COMPROMIS

9. La CNUDM n'a pas été retenue comme un titre juridique possible ; elle n'est pas en elle-même source de droits sur un espace maritime particulier. Elle ne saurait constituer un titre juridique ni sur des territoires terrestres ni sur des espaces maritimes.

10. En ce qui concerne les territoires terrestres, la CNUDM ne prévoit pas de règles ni de procédures permettant d'établir un titre juridique. Ainsi qu'il a été montré dans l'arbitrage relatif à l'*Île de Palmas* ((*Pays-Bas/États-Unis d'Amérique*), *sentence du 4 avril 1928*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 829), les règles relatives à l'acquisition d'un titre sur des territoires terrestres découlent du droit international coutumier. En ce qui concerne les espaces maritimes, le recours aux règles régissant l'acquisition de terres n'est pas applicable. Les droits sur les zones maritimes telles que la mer territoriale (souveraineté), la zone économique exclusive et le plateau continental (droits souverains) sont déterminés par la souveraineté sur les territoires terrestres pertinents. Le principe selon lequel «la terre domine la mer» a été énoncé pour la première fois dans l'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* ((*République fédérale d'Allemagne/Danemark*; *République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas*), *arrêt*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 51, par. 95-96). Les États ayant des revendications concurrentes doivent d'abord tenter de négocier (voir les articles 15, 74 et 83 de la CNUDM) et, en cas d'échec de ces négociations, soumettre leur différend au règlement des juridictions internationales. La procédure et le résultat obtenus doivent être équitables. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire* ((*Roumanie c. Ukraine*), *arrêt*, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 101-103, par. 115-122),

UNCLOS as an international instrument binding both Parties and being relevant for the delimitation of their competing claims to maritime zones. Judgments of international courts and tribunals in this respect are declaratory in nature, and not constitutive.

III. THE MANDATE OF THE COURT

11. It has been agreed by the Gabonese Republic and the Republic of Equatorial Guinea that the Court's mandate is to determine whether the legal titles, treaties and international conventions invoked have the force of law in the relations between both Parties in so far as they concern the delimitation of their common maritime and land boundaries and the sovereignty over certain islands. The arguments of the Parties occasionally extended beyond this mandate. This at times influenced the Court's reasoning, although the *dispositif* reflects the limited scope of its mandate.

(Signed) Rüdiger WOLFRUM.

la Cour a mis au point une procédure qui tient compte des prévisions des articles 15, 74 et 83 de la CNUDM. Je souscris donc à l'énoncé qui figure dans l'arrêt, selon lequel la CNUDM est un instrument international liant les deux Parties et pertinent aux fins de la délimitation de leurs espaces maritimes respectifs. Les décisions rendues par des juridictions internationales à cet égard ont un caractère déclaratif et non constitutif.

III. LE MANDAT DE LA COUR

11. La République gabonaise et la République de Guinée équatoriale sont convenues de donner pour mandat à la Cour de déterminer si les titres juridiques, traités et conventions internationales invoqués par elles faisaient droit dans leurs relations s'agissant de la délimitation de leurs frontières maritime et terrestre communes et de la souveraineté sur certaines îles. Les arguments des Parties ont parfois porté sur des questions allant au-delà de ce mandat. Cela a, dans une certaine mesure, influencé le raisonnement de la Cour, même si le dispositif de l'arrêt est conforme à la portée limitée du mandat qui lui était confié.

(Signé) Rüdiger WOLFRUM.
