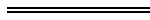


REPORTS OF INTERNATIONAL
ARBITRAL AWARDS



RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES

VOLUME XXV

ST/LEG/RIAA/25

(The first twenty-two volumes in this series
were issued without a document symbol.)

UNITED NATIONS PUBLICATION

Sales No. E/F.05.V.5

ISBN 92-1-033091-5

Copyright © United Nations, 2005
All rights reserved
Manufactured in the United States of America

REPORTS OF INTERNATIONAL
ARBITRAL AWARDS

RECUEIL DES SENTENCES
ARBITRALES

VOLUME XXV



UNITED NATIONS – NATIONS UNIES

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

Foreword	ix
Avant-propos	xi

PART I

Dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt, decision of 11 January 1992	1
Différend concernant la responsabilité des décès de Letelier et de Moffitt, décision du 11 janvier 1992	1
Separate concurrent opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña	11
Opinion individuelle concordante du professeur Francisco Orrego Vicuña	11

PART II

Case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica (dispute arising under a financing agreement), decision of 26 June 1998	21
Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit), décision du 26 juin 1998	21
Annex A	78
Annexe A	78
Annex B	79
Annexe B	79

Annex C	80
Annexe C	80
Annex D	81
Annexe D	81
Annex E	82
Annexe E	82

PART III

Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia, decision of 13 April 2002	83
Décision concernant la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, décision du 13 avril 2002	83
Appendix A – The subsequent conduct of the Parties in the sector covered by the 1900 Treaty	179
Appendice A – Le comportement ultérieur des parties dans le secteur sur lequel porte le Traité de 1900	179
Appendix B – The location of the Cunama	191
Appendice B – L'emplacement de la Cunama	191
Appendix C – Technical note relating to maps	194
Appendice C – Note technique relative aux cartes	194
Decision regarding the “Request for Interpretation, Correction and Consultation”, decision of 24 June 2002	196
Décision concernant la « demande d'interprétation, de correction et de consultation », décision du 24 juin 2002	196

Order of the Commission (made pursuant to Article 20 and Article 27(1) of the Commission's Rules of Procedure), decision of 17 July 2002	199
Ordonnance de la Commission (adoptée conformément aux articles 20 et 27 (1) du Règlement intérieur de la Commission), décision du 17 juillet 2002	199
Determinations, decision of 7 November 2002	204
Conclusions, décision du 7 novembre 2002	204
Demarcation of the Eritrea/Ethiopia Boundary Directions, 8 July 2002 (as revised November 2002, March and July 2003) ...	207
Directives pour la démarcation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie du 8 juillet 2002 (telles que modifiées en novembre 2002, mars 2003 et juillet 2003)	207
Observations of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, 21 March 2003	216
Observations de la Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, 21 mars 2003	216
Demarcation Instructions, 21 March 2003	225
Instructions relatives à la démarcation, 21 mars 2003	225
Demarcation Instructions, 22 August 2003	226
Instructions relatives à la démarcation, 22 août 2003	226

PART IV

Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France, decision of 14 January 2003	231
Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France, décision du 14 janvier 2003	231

Separate opinion of Nicolas Valticos on the arbitral award	266
Opinion individuelle de Nicolas Valticos sur la sentence arbitrale	266

PART V

Case concerning the audit of accounts between the Netherlands and France in application of the Protocol of 25 September 1991 Additional to the Convention for the Protection of the Rhine from Pollution by Chlorides of 3 December 1976, decision of 12 March 2004	267
Affaire concernant l'aupurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976, décision du 12 mars 2004	267
Declaration of Mr. Gilbert Guillaume	340
Déclaration de M. Gilbert Guillaume	340

FOREWORD

The present volume is made up of five cases, namely, the decision of the Chile-United States Commission concerning the dispute regarding responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt; the award in the case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica (dispute arising under a financing agreement); the Delimitation Decision and related documents of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission;¹ the award in the case between France and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) concerning the question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France; and the award in the case concerning the audit of accounts between the Netherlands and France in application of the Protocol of 25 September 1991 Additional to the Convention for the Protection of the Rhine from Pollution by Chlorides of 3 December 1976.

In accordance with the practice followed in this series, awards in English or French are published in the original language. Those in both languages are published in one of the original languages. Awards in other languages are published in English. A footnote indicates when the text reproduced is a translation made by the Secretariat of the United Nations.

This volume, like volumes IV to XXIV, was prepared by the Codification Division of the Office of Legal Affairs.

¹ Other information and documents concerning the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, including the information provided by the President of the Commission for inclusion in the reports of the Secretary-General of the United Nations to the Security Council, may be found on the website of the Permanent Court of Arbitration at <http://www.pca-cpa.org>.

AVANT-PROPOS

Le présent volume regroupe cinq affaires : la décision de la Commission Chili/États-Unis sur le différend concernant la responsabilité des décès de Letelier et de Moffitt; la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit); la décision de la Commission de délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, et les documents y relatifs;¹ la sentence arbitrale rendue dans l'affaire entre la France et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France; et la sentence arbitrale rendue dans l'affaire entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976.

La pratique suivie pour la présentation des présents recueils est de reproduire les sentences rendues en anglais ou en français dans la langue originale et celles qui ont été rendues en anglais et en français dans l'une des deux langues originales. Dans le cas des sentences rendues dans d'autres langues, elles sont publiées en anglais avec une note de bas de page spécifiant, le cas échéant, si la traduction émane du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

Le présent volume, à l'instar des volumes IV à XXIV, a été établi par la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques.

¹ D'autres informations et documents concernant la Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie, y compris les informations communiquées par le Président de la Commission en vue de leur inclusion dans les rapports du Secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité, peuvent être consultés sur le site Web de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse <<http://www.pca-cpa.org>>.

PART I

**Dispute concerning responsibility for the
deaths of Letelier and Moffitt**

Decision of 11 January 1992

**Différend concernant la responsabilité des
décès de Letelier et de Moffitt**

Décision du 11 janvier 1992

DISPUTE CONCERNING RESPONSIBILITY FOR THE DEATHS OF LETELIER AND MOFFITT, DECISION OF 11 JANUARY 1992

DIFFÉREND CONCERNANT LA RESPONSABILITÉ DES DÉCÈS DE LETELIER ET DE MOFFITT, DÉCISION DU 11 JANVIER 1992

1914 Treaty for the Settlement of Disputes that May Occur Between the United States and Chile—the United States invoked the Treaty to investigate and report upon the facts surrounding the deaths of Letelier and Moffitt.

Ex gratia payment—Chile agreed, without admitting liability, to make an *ex gratia* payment equal to the amount due if liability were established in order to facilitate the normalization of relations with the United States. The United States and Chile agreed that the *ex gratia* payment would satisfy the claim espoused by the United States and any civil claim of the United States.

The Commission established by the 1914 Treaty was convened to consider the sole question of the amount of compensation to be paid, *ex gratia*, by Chile to the United States on behalf of the families of the victims and for personal injuries sustained by Michael Moffitt—the amount of payment was determined in accordance with applicable principles of international law as though liability were established—the Permanent Court of International Justice enunciated a general rule in the Chorzow Factory case—the same rules applied with no differentiation by reason of nationality—the general criteria included loss of financial support and services, material and moral damages suffered by each of the claimant family members, medical expenses for health problems directly caused by the attack—financial support included salary, fringe benefits and retirement pension but not income from other sources such as conferences, lectures or publications due to insufficient bases for establishing such income—moral damages: comparison of amounts granted by jurisdictional organs of the inter-American system, arbitration or judicial tribunals, bearing in mind factual differences between the cases; virtual impossibility of assigning a separate value to the damage caused by the loss of a spouse; consideration of significant steps undertaken by Chile and Congress to remedy human rights problems and efforts undertaken towards financial reparation at the domestic level for families of victims—compensation for medical and other direct costs as well as special expenses incurred as a consequence of the events giving rise to the case—payment of interest was not necessary because compensation for the above elements was expressed at present value—all outstanding claims against Chile are satisfied and no other claims may be brought against Chile before domestic courts or international proceedings.

Traité de 1914 relatif au règlement des différends qui pourraient surgir entre les États-Unis et le Chili – Les États-Unis ont invoqué ledit traité pour enquêter sur les circonstances des décès de Letelier et de Moffitt et publier les conclusions de cette enquête.

Paiement à titre gracieux – Le Chili a accepté, sans reconnaître une responsabilité, de verser à titre gracieux une somme égale au montant des indemnités qui auraient été dues si la responsabilité avait été établie, en vue de faciliter la normalisation de ses relations avec les États-Unis. Les États-Unis et le Chili sont convenus que ce paiement à titre gracieux éteindrait la plainte présentée par les États-Unis et toute plainte au civil émanant des États-Unis.

La Commission instituée par le Traité de 1914 s'est réunie à la seule fin d'examiner la question du montant de l'indemnité que le Chili devrait verser, à titre gracieux, aux États-Unis au bénéfice des familles des victimes et en réparation des dommages corporels subis par Michael Moffitt – le montant a été établi conformément aux principes applicables du droit international – la Cour permanente de justice internationale a énoncé une règle générale dans l'affaire de l'Usine

de Chorzów – cette même règle s’appliquait sans distinction à raison de la nationalité – les critères généraux comprenaient la perte de soutien et de services financiers, le préjudice matériel et moral subi par chacun des membres des familles plaignantes, les frais médicaux pour problèmes de santé directement causés par l’attentat – le soutien financier s’entendait du salaire et avantages sociaux et de la pension de retraite, mais non des autres sources de revenus, tels que honoraires perçus au titre de conférences, cours ou publications, à défaut de bases suffisantes permettant d’établir ces revenus – préjudice moral : comparaison des montants accordés par les organes judiciaires du système interaméricain, les tribunaux judiciaires ou arbitraux, compte tenu des différences dans les faits de la cause; impossibilité pratique d’évaluer séparément le préjudice résultant de la perte d’un époux; prise en considération des mesures significatives prises par le Chili et par le Congrès pour réparer les atteintes aux droits de l’homme et des efforts entrepris au niveau national pour dédommager les familles des victimes – indemnisation des frais directs, d’ordre médical ou autre, ainsi que des dépenses spéciales encourues par suite des événements à l’origine de l’affaire – il n’y avait pas lieu de verser des intérêts puisque les indemnités consenties au titre des dommages susmentionnés étaient exprimées en valeur actuelle – toutes les plaintes pendantes contre le Chili sont éteintes et aucune autre plainte ne peut être déposée contre le Chili devant les tribunaux nationaux ou des instances internationales.

* * * * *

1. On June 11, 1990, the United States of America and the Republic of Chile entered into the following agreement:

1. The Governments of the United States of America and the Republic of Chile agree that a dispute exists between their States concerning responsibility for the deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt in Washington, D.C. on September 21, 1976.
2. On January 12, 1989 the United States invoked the Treaty for the Settlement of Disputes that May Occur Between the United States and Chile, which entered into force on January 19, 1916, to investigate and report upon the facts surrounding the deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt in Washington, D.C. on September 21, 1976.
3. The United States has sought compensation from Chile on behalf of the families of Letelier and Moffitt, on the ground that the United States considers the State of Chile is legally responsible under international law for the deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt and the personal injuries to Michael Moffitt. Without admitting liability, the Government of Chile, in order to facilitate the normalization of relations, is willing to make an *ex gratia* payment, subject to the provisions of Paragraph 5, to the Government of the United States of America, to be received on behalf of the families of the victims.
4. The Governments of the United States and Chile agree that the amount of the *ex gratia* payment should be equal to that which would be due if liability were established, and should be determined by the Commission established by the 1914 Treaty, in accordance with the Compromis which constitutes the annex to this Agreement. The Governments agree that, notwithstanding the invocation of the 1914 Treaty by the United States on January 12, 1989, in light of the understanding set forth herein, the amount of the compensation to be paid shall be the sole question to be determined by the Commission.

5. The Government of Chile agrees to pay to the Government of the United States, as its *ex gratia* payment in this matter, the amount of compensation as determined by the Commission. The Government of Chile undertakes to make the aforesaid payment as soon as possible and after the necessary legal requirements have been fulfilled following the determination by the Commission.

6. Upon receipt of the *ex gratia* payment referred to in Paragraph 5 above, the Government of the United States will regard as satisfied the claim espoused in its Diplomatic Note to the Government of Chile of April 18, 1988, and any other possible civil claim of the United States Government in regard to this matter.

7. This Agreement shall enter into force upon notification to the Government of the United States by the Government of Chile that it has completed the proceedings necessary under Chilean law to bring this Agreement into force.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Agreement.

DONE at Santiago, this eleventh day of June, 1990, in duplicate, in the English and Spanish languages, both texts being equally authentic.

2. The Compromis appended to the Agreement transcribed above reads *verbatim* as follows:

1. The United States and Chile agree to convene the Commission established by the 1914 Treaty for the Settlement of Disputes that May Occur Between the United States and Chile, which entered force January 19, 1916.

2. The Commission shall be composed as follows:

Hon. William Mulligan
Sir John Freeland
Sr. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Julio María Sanguinetti Coirolo
Sr. Andrés Aguilar Mawdsley, as President

Any vacancies on the Commission shall be filled in accordance with Article II of the Treaty.

3. The Commission is requested to determine the amount of compensation to be paid, *ex gratia*, by the Government of Chile to the Government of the United States, on behalf of the members of the families who were victims of the assassination and deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt in Washington, D.C. on September 21, 1976, and for personal injuries sustained by Michael Moffitt.

4. The Commission shall determine the amount of the payment to be made by the Government of Chile in accordance with applicable principles of international law, as though liability were established.

5. The Commission shall determine its own procedures, except to the extent determined by the Parties in this Compromis.

6. Presentations by the Parties to the Commission, including all claims and supporting evidence, shall be in writing only, and shall remain confidential. Personal appearances are deemed unnecessary.

7. Following the Commission's organization, the Parties shall proceed as follows:

a. Within thirty days of the entry into force of the Agreement in accordance with Paragraph 7 thereof, the United States shall file its presentation with the Commission.

- b. Within thirty days thereafter, the Government of Chile shall file with the Commission its observations on the presentation made by the United States, if any.
 - c. Within ten days thereafter, the United States shall have the opportunity to comment on the observations offered by the Government of Chile.
 - d. Within ten days thereafter, the Government of Chile shall have the opportunity to respond to the comments of the United States, if any.
 - e. Within thirty days of the last filing of either Party with the Commission, the Commission shall convey to the Parties its determination on the amounts due from Chile in the *ex gratia* payment it has agreed to make.
8. The Commission shall present its decision to the Parties at a meeting to be convened by the Commission in Washington, D.C. or Santiago.
9. The Parties shall seek the good offices of the Inter-American Commission on Human Rights to provide the facilities for the work of the Commission.

3. Mr. William Mulligan, originally designated by the Government of the United States as United States member of the Commission, resigned for reasons of health and, in accordance with the pertinent provisions of the Bryan-Suárez Mujica Treaty and of the Agreement entered into on June 11, 1990, was replaced by Mr. Malcolm Wilkey.

4. The Commission, with only this change in its composition, convened formally on October 4, 1991, at the headquarters building of the Organization of American States in Washington, D. C., in a ceremony attended by the Secretary General of the Organization of American States, Ambassador Joao Clemente Baena Soares and by the Assistant Secretary General, Ambassador Christopher Thomas.

5. In view of the fact that the Inter-American Commission on Human Rights was, at the request of the parties, making available its facilities for the Commission's work, it was unanimously decided to designate Ambassador Edith Márquez as Secretary of the Commission.

6. At the first working session, after hearing the representatives of the parties, and in the interest of facilitating and expediting the proceedings, it was agreed, among other things, that Sundays as well as December 25, 1991, and January 1, 1992, were not to be counted in computing the time periods set in the *Compromis*.

7. At the same session, the Agent for the United States of America, Mr. Edwin Williamson, formally delivered his country's presentation within the period prescribed in the *Compromis*.

8. On November 7, 1991, the Government of Chile, through the Secretariat, delivered the text of its observations on the United States Presentation, also within the period prescribed in the *Compromis*.

9. On November 19, 1991, the document containing the comments of the United States on the observations of the Government of Chile was received by the Secretariat.

10. Finally, on November 30, 1991, the Government of Chile delivered to the Secretariat the document containing its observations on the comments of the United States.

11. All of these documents, which were presented within the period prescribed in the Compromis, were sent by the Secretariat to all the members of the Commission.

12. As had been agreed by its members, the Commission reconvened in Washington, D.C., on the afternoon of January 6, 1992, at the offices of the Inter-American Commission on Human Rights.

13. The length of the documents submitted by the parties – 433 pages in all, without counting the annexes – together with the complexity of the matter and the fact that the time period of thirty (30) days set in paragraph 7(e) for announcement of the Commission's decision coincided with the period of the Christmas and New Year festivities, made it impossible for the Commission to present its decision within the period prescribed in the Compromis.

14. By letter of January 7, 1992, the Commission informed the States Parties of this situation and of its intention of discharging its mandate in full in the course of the week. It also expressed its hope that neither State would have objections.

15. By note dated January 9, 1992, the agent of the Government of Chile, Mr. Guillermo Piedrabuena, acknowledged receipt of the Commission's letter and communicated to the Commission that his Government had no objections to this extension.

16. For his part, by note of January 10, 1992, Mr. Edwin D. Williamson, agent of the Government of the United States, reported that his Government had no objections to this extension.

17. At its meeting on the afternoon of January 6, at morning and afternoon meetings held on January 7, 8, 9 and 10, and at a morning meeting held on January 11, 1992, the Commission carefully considered the documentation that had been submitted by the Parties.

18. As a result of those deliberations, the Commission reached the following unanimous agreement.

19. Before proceeding to a precise determination of the payments to be made to the members of the Letelier and Moffit families individually mentioned below, the Commission believes it advisable to indicate the general criteria that it has taken into consideration in setting the amount of those payments.

20. It is necessary to remember, first of all, that according to paragraph 4 of the Compromis, the Commission is to determine the amount of the *ex gratia* payment to be made by the Government of Chile in conformity with the applicable principles of international law, as though liability were established.

21. In this regard, the judgment handed down by the Permanent Court of International Justice in the Chorzow Factory case (*Chorzow Factory*, P.C.I.J. (ser. A) No. 17) cited by the United States and Chile in their respective written presentations, may be taken as enunciating a general rule. The pertinent portion of this judgment reads *verbatim* as follows: "(R)eparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed."

22. The Commission has also kept in mind the need to apply the same rules to the members of the families of Orlando Letelier and of Ronni Moffitt, with no differentiation whatever by reason of their nationality.

23. It should be pointed out that the Commission has followed the same criteria in examining the situation of each of the beneficiaries of these payments. In each of these cases, the Commission has examined the loss of financial support and services and the material and moral damages suffered by each of the claimant family members. The Commission has also examined the appropriateness of the expenses claimed in each case.

24. In respect of interest the Commission has considered that since compensation for the above elements has been expressed at present value it is unnecessary to provide for the payment of interest.

25. These general considerations having been presented, it is now appropriate to proceed to a precise determination of the amounts that in the judgment of the Commission should be paid by the Government of Chile to the various claimants.

26. We will start with the Letelier family by first of all examining the amount of the compensation to be paid for the loss of financial support suffered by Mr. Letelier's widow and children.

27. In order to calculate the amount due under this item, the Commission has taken into account what it considers to be the most likely assumption about the remainder of Mr. Letelier's working life had it not been cut short by the assassination to which he fell victim.

28. The Commission examined various hypotheses. These included the possibility that Mr. Letelier would have continued at the Institute for Policy Studies (hereinafter referred to as "the IPS") for the remainder of his working life; that he would at some point, in view of his previous experience, have switched to a career as an international banker; and that he would have returned to Chile in 1990, on the restoration of democratic government there,

and from then onwards have undertaken a career in Chilean public service in some such capacity as that of Minister of State, Ambassador or Senator.

29. In reaching conclusions on this aspect the Commission took into account the salary and fringe benefits which Mr. Letelier would have received from 1976 until at least 1990 from the IPS and the sums which he would have received in that period for continuing to teach courses at the American University. It also took into account the amounts which would have been paid to him as salary and retirement pension for the remainder of his expectation of life (until 2007) had he returned to Chile in 1990 and worked in public service in one of the capacities referred to above. It did not include income from other sources such as conferences, lectures or publications because it considered that there were insufficient bases on which to establish such income in this case. Nor did the Commission include an award for the provision by Mr. Letelier of household services, such as carpentry, because it considered such activities on his part to be more in the nature of an occasional pastime to which it was not in a position to attribute a pecuniary value.

30. Allowing for the uncertainties which must surround any attempt to predict the course which Mr. Letelier's life would have taken, the Commission decided in all the circumstances to award a sum of one million two hundred thousand dollars (US\$1,200,000) as compensation for loss of financial support suffered by Mrs. Isabel Morel de Letelier and her sons as the result of the murder of Orlando Letelier.

31. The Commission agreed on the payment of one hundred and sixty thousand dollars (US\$160,000) in moral damages to Mrs. Isabel Morel de Letelier and eighty thousand dollars (US\$80,000) to each of the couple's four children: Christian, Francisco, Jose, and Juan Pablo. In setting this figure, the Commission took into account, by way of comparison, the amounts granted for moral damages by jurisdictional organs of the inter-American system and those ordered, also in recent years, by arbitration or judicial tribunals. Needless to say, in making these comparisons, the factual differences between the cases that served as a guide in setting these amounts were borne in mind.

32. Lastly, the Commission awarded Mrs. Isabel Morel de Letelier, as reimbursement of medical expenses for health problems resulting from the attack, the amount of sixteen thousand four hundred dollars (US\$16,400).

33. The Commission next considered the amount of compensation payable to Mr. Michael Moffitt and to Mr. Murray and his wife Hilda Karpen, widower and parents of Mrs. Ronni Moffitt, respectively.

34. As compensation for loss of financial support resulting from the death of his wife, the Commission awarded Mr. Michael Moffitt the sum of two hundred and thirty-three thousand dollars (US\$233,000). In arriving at this figure, the Commission considered that, given Mrs. Ronni's Moffitt's youth and brief working experience, it was difficult to make any fully reliable projections of her probable income. Obviously, in this case the speculative

factor is much greater than in the preceding case. The Commission also took into account the fact that Mr. Moffitt had remarried and, accordingly, from the date of his remarriage onwards, he could not reasonably presume to have suffered loss from the share in common household expenses derived from the income of his first wife. Nevertheless, it did take into account, albeit for a limited period of time, the contribution that Mrs. Ronni Moffitt would very likely have made in the form of services in the home.

35. In terms of moral damage, the Commission considered that, although a distinction may be drawn between the moral damage personally suffered by Mr. Michael Moffitt as one of the victims of the attack in which he sustained personal injuries, and the damage caused by the loss of his wife, it was virtually impossible to assign a separate value to one or the other. Therefore, the Commission agreed on a total of two hundred and fifty thousand dollars (US\$250.000) under this heading.

36. The Commission also agreed to reimburse to Mr. Michael Moffitt the sum of twelve thousand dollars (US\$12.000) in direct costs.

37. Lastly, the Commission took up the claims for damage suffered by Mr. Murray Karpen and his wife Hilda Karpen, parents of Mrs. Ronni Moffitt.

38. The Commission finds that, in its judgement, it had not been sufficiently shown that the direct cause of the health problems suffered by Mr. Murray Karpen is the attack in which his daughter died. Therefore, the Commission considers that the damage suffered by both parents was moral in character and that there were no grounds for differences to be drawn between one and the other in this respect. The Commission estimates the amount of indemnity payable under this heading to Murray and Hilda Karpen together at three hundred thousand dollars (US\$300.000).

39. The Commission also awards the amount of twenty thousand dollars (US\$20.000) to Mr. and Mrs. Karpen for medical and other direct costs.

40. The Commission has deemed it appropriate to grant compensation for special expenses which the families have jointly incurred as a consequence of the tragic events giving rise to this case in the amount of one hundred thousand four hundred ninety two dollars (US\$100.492).

41. In considering the compensation for moral damages the Commission has taken into account the significant steps undertaken by the Chilean Government and Congress to remedy human rights problems as well as the efforts undertaken towards financial reparation at the domestic level for families of victims.

42. In making this award the Commission wishes to record its understanding that all outstanding claims against the State of Chile are considered, both by the United States Government in accordance with paragraph 6 of the Agreement of 11th June 1990 and by the families, to be

satisfied and that therefore no other claims may be brought against Chile in this matter either before domestic courts or in international proceedings.

43. All the figures mentioned above amount to a total of two million six hundred and eleven thousand eight hundred and ninety two dollars (US\$2,611.892), which is the final amount of compensation to be paid by the State of Chile.

44. At Washington, D.C., on January 11, 1992, eight identical copies of the present decision are hereby signed, one for each of the members of the Commission and the agents of the Governments of Chile and the United States of America and one which shall be placed on deposit with the Secretariat of the Commission. This document was signed in the respective English and Spanish versions, both of which shall be considered equally authentic.

45. It is hereby noted that Professor Francisco Orrego Vicuña has issued an opinion, attached hereto, concurring with the ruling of this Commission.

(Signed) Andrés Aguilar Mawdsley
President

(Signed) Julio María Sanguinetti

(Signed) John Freeland

(Signed) Francisco Orrego Vicuña

(Signed) Malcolm Wilkey

**SEPARATE CONCURRENT OPINION OF
PROFESSOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA**

The undersigned Commissioner concurs in the decision reached unanimously by the Commission established under the 1914 Treaty for the Settlement of Disputes that may occur between Chile and the United States, to which the present dispute was submitted by the Agreement and Compromis signed by both governments on 11th June 1990. There are, however, a number of points of law and opinion which should be explained by means of this Separate Opinion in the light of the present state of international law in the matter of compensation for damages arising from the loss of life and physical injury to individuals. I should not, of course, be taken to suggest that on every aspect the reasoning and conclusions of all my colleagues on the Commission

are the same as my own for as it is only natural different point of views were expressed on a number of points.

1. *The principles applicable to human rights distinguished*

It should be noted at the outset that there is perhaps nothing more delicate in adjudication under international law than to decide on damages relating to the loss of life or physical injury. After a long line of consistent decisions it has been established that human life cannot be subject to valuation, but only the economic loss and moral suffering of the family as well as other related aspects can be the matter of compensation.¹ To this end international law has developed a separate and distinct set of principles which are different from those applicable to the compensation of property losses or economic interests which by their very nature can be valued. While the former are closely related to the law of human rights the latter appertain generally to the law of international economic transactions.

Such a distinction has become recently more marked as a result of important decisions reached by international courts and tribunals.² The decision of this Commission in the present case is not an exception to this trend. Because of the different principles and criteria applicable in each such area of the law, the conclusions reached under one set of rules need not to be the same that could be reached under another set of rules in a different case. The standards and methods of valuation, the issue of payment of interests, and other such questions may be approached differently and lead to different results as to the level of compensation in the light of the different nature of the disputes and cases involved.

2. *Advancing the frontiers of international law*

The humanitarian nature of the present case is well reflected in a point which constitutes an important innovation as to the traditional requirements of international law in the matter of international claims and diplomatic protection.³ The Chilean nationality or dual nationality of some of the persons protected by the United States Government was not raised as a bar to the disposition of the corresponding claims by the Agreement of 11th June 1990, what in actual fact means that the humanitarian concerns have prevailed over the traditional requirements mentioned. In the opinion of the Commissioner undersigned this is a most positive gesture on the part of the Chilean Government which opens new ground in international law. Neither the prior exhaustion of local remedies has been required in the Agreement mentioned above, but this aspect can always be waived more readily in agreements of this kind.

On the other hand it should be noted that the diplomatic protection extended by the United States Government has also a special nature, since that Government is not substituting its interest for that of the families protected under the traditional assumption of international law. It is simply acting on

behalf of such families and it has therefore been deprived of the discretionary element and surrogate capacity embodied in such traditional rules.

Important legal effects follow from such representational role. Upon receipt of the *ex-gratia* payment the United States will regard as satisfied the claim espoused, as well as any other possible civil claim of the United States Government in regard to this matter. This means, firstly, that the latter government together with putting an end to the present espoused claim is renouncing to any other civil claim that could arise from the matter. But it also means that the families concerned are precluded from any further claim or action against the Chilean State or any of its agencies since the espoused claim is declared to be satisfied by the mandated Government. The decision of this Commission has reached a clear conclusion in this regard. This does not prejudice the issue of civil claims or actions which those families could interpose in Chile or elsewhere in respect of individuals or entities which at some point could be indicted as a result of proceedings and investigations of the tragic events giving rise to this case. Neither does this conclusion prejudice in respect of any such actions that could be interposed by the Chilean State in that eventuality.

3. *The nature of an ex-gratia compensation*

The public debate that surrounded in Chile the parliamentary approval and ratification of the Agreement of 11th June 1990 raised some issues that need to be considered in order to rightly understand the nature of the commitments undertaken by both governments and their relationship to the work and decision of the Commission.

It has been firstly argued that the commitment to pay compensation on an *ex-gratia* basis not having responsibility been previously established by the courts prejudices the issue of such responsibility. Under international law the very concept of *ex-gratia* compensation has been distinctly accepted and practiced precisely in order to avoid the recognition of a legal obligation in the matter. Consequently there is no express or implied recognition of responsibility or liability by the party making the payment. The only source of legal obligation as to that payment is the decision rendered by this Commission. The claiming party may well have a different point of view, but this does not at all alter the mandate of the Commission to determine only the amount of *ex-gratia* compensation to be paid nor does it engage the other party in any way, as was clearly expressed by the Chilean Senate upon the granting of its approval to the Agreement.⁴ In this same light it should be noted that the agreement to have an amount of *ex-gratia* payment "equal to that which would be due if liability were established", which has also been controverted in the debate mentioned above, refers only to the question of how to determine the "quantum" of compensation and in no way has an incidence on the legal basis of entitlement. In this understanding such a reference has oftenly been made in agreements dealing with *ex-gratia* payments under international law.

4. *Sovereign immunity upheld*

A second issue which has been controverted in Chile refers to the argument that the Agreement of 11th June 1990 involves the indirect acceptance of the decision rendered by the District Court of the District of Columbia on 5th November 1980, and that consequently sovereign immunity has been ignored and violated. The same result, it is argued, emerges from the exercise of diplomatic protection in this case. This Commissioner must take exception from such arguments. Proceedings before an international commission have been instituted precisely because sovereign immunity was upheld and no jurisdiction could be validly exercised by a foreign court over the Chilean State. Such an international Commission is obviously unrelated to any such foreign court. Furthermore, it is precisely in the exercise of its sovereignty that Chile has entered into the Agreement of 11th June 1990. The exercise of diplomatic protection also comes to confirm this conclusion of the Commissioner undersigned, since an international claim has been presented in the impossibility of prosecuting the Chilean State in the courts of the United States. From this point of view Chilean sovereign immunity has been safeguarded and the proceedings before the international Commission were possible only on the basis of the voluntary agreement reached by both governments on the matter. The Senate understanding referred to above is also very clear on these points.⁵

5. *A genuine contention*

This Commissioner regrets to have to make reference to a third line of argument, which no doubt is the result of the heat of passion but which cannot pass unchallenged. The argument has been made that the procedures before this Commission are a kind of simulation or mock trial since the Chilean State would have accepted the claim beforehand. Nothing could be farther from the truth and it is offensive to both governments and to the members of the Commission. This Commissioner can bear witness to the professional skill with which both parties have argued their case and to the fact that every relevant point of law and fact has been controverted by the parties with precision during the proceedings before this Commission, including the amount of compensation and the criteria as to its determination.

6. *Punitive damages not acceptable*

The principles of international law applicable in the matter of compensation for damages arising from death or personal injury of individuals are fairly straightforward and have been greatly clarified as the result of important works of writers of international law, numerous decisions, and diplomatic practice.⁶ This is not the occasion to explain such principles but to draw the attention to some salient issues of relevance for the adjudication of the present case.

It should firstly be reiterated that international law has not accepted as one of its principles the question of punitive damages.⁷ While this type of

damages have not been claimed in the instance, the issue is whether a claim of an excessive or disproportionate amount of compensation can result in a similar effect, that is in the punishment or repression of the defendant State. The Commissioner undersigned is of the opinion that this would be very much the case irrespectively of the claim being labeled punitive or not. It follows that a claim involving this result would be entirely unwarranted and contrary to the principles of international law. This Commissioner is pleased to concur in the decision of the Commission determining an amount of compensation which is not excessive nor disproportionate.

7. Remoteness and causal consequences: a basic distinction

It should be noted next that international law, like domestic law, draws a basic distinction between the remoteness of damage and the proximity which is associated with the natural and causal consequences of an act.⁸ While the former type of damage is not usually granted compensation, unless very specific circumstances intervene, those including proximity are subject to compensation. In this regard international law does not rely so much in the distinction of being damages "direct" or "indirect" as in that they shall be "proximate" and not "remote".

There can be no doubt as to the fact that international law allows for compensation of reasonably foreseeable loss of income of the families of the victims, while requiring at the same time the test of proximity and excluding remote damages. This in fact means that the lost income to be compensated is to be determined in the light of the specific activities which the victims had at the time of their death and the conditions and expectations reasonably deriving therefrom. Remote or speculative loss of income which cannot be linked to such activities and conditions ought to be excluded from the determination of compensation.

This question is of particular relevance for the determination of the amount of compensation in the present case since it involves the need to exclude remote scenarios relating to the career of one of the victims and retain such other activities which meet the standard of proximity. In view of the political activities which the victim carried out at the time of his death and of the prominence which a public personality of his position would no doubt have attained in Chile as a member of parliament, a cabinet minister or some other high political office, it is only natural to consider that this type of work would have prevailed during his probable stay in the United States and later upon his return to Chilean political life. Different considerations apply of course to the prospective career of the other victim in the line of clerical services in the United States.

8. A non-discriminatory approach

These considerations are also related to the issue of whether there would be a case of discrimination in the granting of compensation in the present

instance as compared to the amount of compensation which the Chilean Congress has considered for the victims of human rights situations in Chile, which is considerably lower. The problem here is not that the standards set by the principles of international law might be entirely different from those applied within domestic legal systems, for in fact international tribunals often apply general principles of law and municipal law experiences.⁹ The problem is rather that under comparative legal approaches the resulting compensation will be usually higher than that which can be considered by a State individually in the context of massive human rights situations and the ensuing financial burden that will have to be born by a State which has limited resources.

The issue, therefore, cannot be approached from the point of view of an intended discrimination, but from the point of view that there are here different realities as to the manner and extent how the same State might satisfy in practice the various claims of compensation. Furthermore, the Chilean domestic compensation standards have not passed unnoticed to this Commission. The amount of compensation for the loss of financial support in the case of Mr. Orlando Letelier can be generally compared to the income that a high ranking government official would have obtained in Chile as from his likely return to Chilean politics. Other factors, including his stay in the United States, have of course been taken into account for this determination. Loss of income has also been established in the case of Mrs. Moffitt in the light of the proximity test appropriate to her own activities and conditions.

9. *The compensation of moral damages*

Compensation for moral damages is clearly included among the important principles of international law in the matter. Being this damage non-material by its very nature the determination of the amount of compensation is a most difficult question requiring that both the standards of justice and reasonableness be met.

On this point it should be noted that the Chilean State has given important steps to satisfy the moral dimension of the human rights situations with which it has had to deal. The fact of having the Head of State apologized to the families of the victims, of having a non-judicial inquiry been ordered by means of the establishment of a National Commission on Truth and Reconciliation, of having requested Congress for the enactment of legislation on compensation, and of having prosecuted before the Chilean courts those individuals who have been charged criminally in the present case, are all indications that the Chilean State is not indifferent to the moral issues involved in the matter. This positive attitude has certainly a bearing on the determination of compensation for moral damages.

In a number of cases adjudicated under international law the decision itself has been considered a form of satisfaction. The situation here is somewhat different since the Commission is only empowered to determine the

amount of compensation and not to establish any form of responsibility, which is usually the basis of that satisfaction. The fact of being this compensation associated with an *ex-gratia* payment makes an important difference as to the effect of the decision on the question of satisfaction. Furthermore, the question of satisfaction arises not in relation to individuals but in relation to another State which could have been offended by a wrongful act. This is not the case in the instance since, as explained above, the United States Government is intervening on behalf of the families and not on behalf of its own interest. The fact that the Chilean Government has accepted to make an *ex-gratia* payment by the Agreement of 11th June 1990, however, is relevant for the relationship vis-a-vis those families and it can be considered as the equivalent of a satisfaction in such other relationship.

10. *Applicability of other principles of international law*

The decision rendered by the Commission has established different levels of compensation for each category of family members, what is also very much in line with the decisions of international courts and tribunals and takes into account the facts of economic dependency and other factors which ought to be treated differently from case to case.

In addition to the loss of income and moral damages corresponding to the principles of international law the Commission has been called upon to determine the amount of compensation for the personal injuries suffered by Mr. Michael Moffit. On this point the fundamental distinction made by the principles of international law is whether such injuries result in a temporary inability or in a permanent disability of the victim. Fortunately only temporary consequences were suffered by the victim and the amount of compensation has been established accordingly.

Another problem that needs to be examined in the light of the principles of international law is whether other expenses ought to be compensated. Medical expenses, which in the instance are mostly represented by psychological treatment, are generally covered by the compensation of moral damage, which refers to this type of non-material suffering and treatment. Reasonable and moderate expenses have been granted compensation by this Commission. Lawyer's fees and other expenses related to the preparation of the case can only be considered to the extent that they are directly related to the proceedings before this Commission and not to prior proceedings which are entirely separate. In the view of the undersigned no such direct link can be clearly established in the present case.

11. *The question of interests under international law*

A last fundamental point of relevance related to the principles of international law ought to be explained: the issue of interests. While international law will normally allow for the payment of interests in case of damages which can by their very nature be valued, especially in cases of

property loss, different is the approach in cases of death or personal injury, since, as explained above, these cannot be subject to valuation in the same terms. The distinction was well established by Umpire Parker in 1923 with occasion of Administrative Decision No. III of the United States - Germany Mixed Claims Commission to the extent that interest would not be allowed as part of an award in the so-called tort claims, that is, "claims for losses based on personal injuries, death, maltreatment of prisoners of war, or acts injurious to health, capacity to work, or honor," since these involve a non liquid loss or the amounts thereof cannot be ascertained by mere computation.¹⁰ In view of this distinction and bearing in mind that furthermore in the case of an *ex-gratia* payment there is no obligation to pay prior to the decision of the Commission, the allowance of interests would not be justified or warranted.

12. Justice upheld through the rule of law

If contemporary decisions on the matter of compensation for death or personal injury are compared, it will be noted that quite naturally the amount of compensation will vary from case to case in the light of its specific circumstances, but it can also be noted that the legal reasoning leading to such determinations is generally coincident. The present decision of this Commission is also very much in line with the mainstream of legal opinion emerging from these precedents.¹¹

In the light of all these considerations the Commissioner undersigned is pleased to concur in the decision of the Commission. At the same time this Commissioner wishes to express his belief in the fact of having justice been made in the matter submitted, while faithfully keeping with the principles and standards of international law as applicable to this case.

(Signed) Professor Francisco Orrego Vicuña
Commissioner

11th January 1992

NOTES

1. F.V. García Amador: *The Changing Law of International Claims*, 1984, Vol. II, Chapter VIII: "The Reparation of Injuries", 559-613. For an earlier Spanish version see *Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad*, 1963, 409-501.

2. Inter-American Court of Human Rights: *Caso Velásquez Rodríguez*, Decision on compensation of 21 July 1989; and *Case Godínez Cruz*, Decision

on compensation of 21 July 1989. For comments on these cases see Juan E. Méndez and José Miguel Vivanco: "Disappearances and the Inter-American Court: reflections on a litigation experience", *Hamline Law Review*, Vol. 13, 1990, 507-577.

3. On the traditional requirements of international law and the trends of evolution see C.F. Amerasinghe: *State responsibility for injuries to aliens*, 1967, particularly at 56-64; and Brigitte Bollecker-Stern: *Le prejudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, 1973, particularly at 106-260.

4. Chilean Senate: Communication to the House of Representatives of 3 July 1991, in House of Representatives, Session 15, Thursday 4 July 1991, p. 1505.

5. *Ibid.*

6. See generally Marjorie M. Whiteman: *Damages in International Law*, 1937, pp. 637 *et seq.*; George T. Yates III: "State responsibility for non wealth injuries to aliens in the post war era", in Richard B. Lillich (ed.): *International Law of State responsibility for injuries to aliens*, 1983.

7. Clyde Eagleton: *The responsibility of States in international law*, 1928, 185-197, particularly at 190-91; Eduardo Jiménez de Aréchaga: *Derecho Internacional Público*, 1989, Vol. IV, capítulo III: "Responsabilidad internacional del Estado", 33-89, particularly at 64-65.

8. Ian Brownlie: *System of the Law of Nations, State Responsibility, Part I*, 1983, 224-225.

9. *Ibid.*, at 222-227.

10. Ladislav Reitzler: *La reparation comme consequence de l'acte illicite en Droit International*, 1938, p. 195; Richard B. Lillich: "Interest in the law of international claims", *Essays in Honour of Voitto Saario*, 1983, 52-59.

11. For contemporary decisions and practice see generally Inter-American Court of Human Rights, decisions *cit.*, *supra* note 2; *U.S.S. Vincennes* (1988), U.S. offer of compensation; *Rainbow Warrior* (1985), compensation to the families, 74 *International Law Reports* (1987), 241-277, at 267-268; Commission Européenne des Droits de l'Homme, Requête No. 5961/72, *Amekrane contre Royaume-Uni*, Repport de la Commission, 19 Juilett 1974; *U.S.S. Liberty* (1967); and see also generally Yates, *loc. cit.*, *supra* note 6.

PART II

**Case concerning the Loan Agreement
between Italy and Costa Rica
(dispute arising under a financing agreement)**

Decision of 26 June 1998

**Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica
(litige portant sur un recouvrement de crédit)**

Décision du 26 juin 1998

CASE CONCERNING THE LOAN AGREEMENT BETWEEN ITALY AND COSTA RICA (DISPUTE ARISING UNDER A FINANCING AGREEMENT), DECISION OF 26 JUNE 1998

CONTRAT DE PRÊT ENTRE L'ITALIE ET LE COSTA RICA (LITIGE PORTANT SUR UN RECOUVREMENT DE CRÉDIT), DÉCISION DU 26 JUIN 1998

Ratification not in compliance with domestic law — “faulty ratification” — circumstances under which a State is entitled to cite its own ratification error — Vienna Convention on the Law of Treaties — principle of good faith — “*non venire contra factum proprium*” — relationship between domestic law and international law — basic international law principle of the primacy of international law over domestic law — necessity for a “manifest” and “objectively evident” violation of domestic law.

Signature — powers of the State’s representative — circumstances under which a State is bound by consent expressed by a representative — ultra vires act — abuse of authority — effect of subsequent approval by the State.

Ratification as an expression of a State’s consent — decline in the importance of the formal act of ratification — consent expressed through the externalization of concordant wishes — no absolute rule of international law requires ratification — tacit ratification — subsequent conduct of Parties.

Ratification — date of entry into force — absence of a rule of public international law that is sufficiently clear to allow the attribution of a retroactive effect to an act of ratification.

Distinction between State contracts and treaties — applicable law — change in the choice of law in a subsequent agreement.

Unjust enrichment — calculation of value of unjust enrichment.

Damages — award of interest permitted under public international law — equitable character of pertinent norms of public international law.

Ratification non-conforme au droit interne – « ratifications imparfaites » - dans quelles conditions un Etat est en droit de se prévaloir de son propre défaut de ratification – Convention de Vienne sur le droit des Traités – principe de la bonne foi – principe d’ « estoppel » , « non venire contra factum proprium » – rapports entre droit interne et droit international – principe fondamentale en droit internationale de la prééminence du droit internationale sur le droit interne – nécessité d’une violation de droit interne « manifeste » et « objectivement évidente »

Signature – pouvoirs du représentant de l’Etat – dans quelle condition un Etat est engagé par une consentement exprimé par un représentant – acte ultra vires – excès de pouvoir - effet de l’approbation subséquente de l’Etat

Ratification comme expression du consentement d’un Etat – déclin de l’importance de l’acte formelle de ratification - consentement exprimé par extériorisation de volontés concordantes – aucune règle absolue de droit internationale exige la ratification – ratifications tacites – ratifications par conduite subséquent

Ratification – date d’entrée en vigueur – absence de règle de droit international public suffisamment certaine pour permettre l’attribution d’un effet rétroactif à une acte de ratification

Distinction entre contrats d’Etat et traités – droit applicable – modification de choix de droit dans un accord subséquent

Enrichissement illégitime – calcul de la valeur de l'enrichissement

Dommages – assignation d'intérêts permis par le droit international public – rôle des principes équitables

SENTENCE ARBITRALE

rendue à Rome, le 26 juin 1998

entre

La République Italienne

et

La République du Costa Rica

par

un Tribunal arbitral composé,

selon le Compromis Arbitral du 11 septembre 1997

de

Messieurs

- Pierre Lalive, Professeur honoraire de l'Université de Genève, Membre et ancien Président de l'Institut du Droit International, Arbitre et Président;
- Luigi Ferrari Bravo, Professeur, Président de l'Institut International pour l'Unification du Droit privé (UNIDROIT), Arbitre; et
- Ruben Hernandez Valle, Professeur, Ambassadeur du Costa Rica à Rome, Arbitre.

Sentence Arbitrale

I. Introduction et Procédure

1. Le 11 septembre 1997, le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de la République du Costa Rica, agissant par l'intermédiaire de leurs représentants dûment autorisés, ont conclu un compromis d'arbitrage en deux originaux faisant également foi, l'un en langue italienne (*Compromesso di Arbitrato*) et l'autre en langue espagnole (*Compromiso Arbitral*) entrant immédiatement en vigueur, et par lequel, compte tenu des liens d'amitié existant entre leurs peuples et leurs

Gouvernements respectifs, ils ont convenu de soumettre à l'arbitrage un litige les séparant, ayant pour objet les obligations du Gouvernement du Costa Rica dérivant d'un prêt de USD 12'990'000.-- accordé par le Mediocredito Centrale à la suite de la Convention Financière souscrite à Rome le 1er août 1985, par le Gouvernement de la République du Costa Rica et l'Istituto Centrale per il Credito a mediotermine — Mediocredito Centrale — pour la construction d'un bassin flottant (bacino galleggiante — dique seco) — à Puerto Caldera, litige n'ayant pas été résolu par des négociations directes.

2. Cet Accord prévoit la solution du litige par la voie arbitrale en conformité du "Règlement Facultatif pour l'Arbitrage des Différends entre Deux Etats de la Cour Permanente d'Arbitrage du 20 octobre 1992" (ci-après *le Règlement*), avec certaines modifications prévues par le Compromis (article 1er).

3. Conformément au Compromis, le Tribunal arbitral a été composé du Professeur Luigi Ferrari Bravo, de nationalité italienne, nommé par le Gouvernement de la République italienne, du Professeur Ruben Hernandez Vallé, de nationalité costaricienne, nommé par le Gouvernement de la République du Costa Rica et du Professeur Pierre Lalive, de nationalité suisse, en tant que Président, désigné d'un commun accord par les deux Arbitres. Ultérieurement, M. Luis Anton, licencié es relations internationales de Genève, de nationalité suisse, a été désigné comme Secrétaire, conformément à l'article 7 chiffre 3 du Compromis.

4. Le siège du Tribunal a été fixé à Rome (article 4) et il a été convenu que la langue de la procédure arbitrale serait l'anglais ou le français, sous réserve de la faculté pour les Parties d'utiliser l'espagnol et l'italien aussi bien dans la phase écrite que dans la phase orale de la procédure arbitrale (article 5).

5. Conformément aux dispositions du Compromis, chacune des Parties a désigné son Agent (article 7, chiffre 1), le Gouvernement de la République italienne en la personne du Professeur Umberto Leanza, Chef du Service du Contentieux Diplomatique au Ministère des Affaires étrangères, et le Gouvernement de la République du Costa Rica en la personne du Conseiller Arnaldo Fernandez Baudrit, Conseiller d'Ambassade à l'Ambassade du Costa Rica à Rome.

6. La procédure écrite a consisté en un double échange simultané de mémoires, par l'intermédiaire du Bureau international de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) de La Haye, selon l'article 6, chiffre 2 du Compromis. Un premier échange a eu lieu, dans les 90 jours après la constitution du Tribunal (article 8, chiffre 2a), le 15 décembre 1997. Un second échange de mémoires en réplique, a eu lieu le 28 février 1998 à Rome, entre les Agents des Parties, le délai initialement prévu par l'article 8, chiffre 2, lettre b, du Compromis ayant été prolongé après consultation par le Tribunal, sur la demande de l'Agent du Costa Rica, suivant l'article 8, chiffre 3 du Compromis.

7. Conformément à l'article 8, chiffre 4 du même Compromis, le Tribunal a tenu deux jours d'audiences à Rome, les 14 et 15 avril 1998, dans les locaux aimablement mis à disposition par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT). Il a entendu tour à tour les représentants des Parties, dans l'ordre convenu entre elles, soit :

- a) pour le Gouvernement de la République italienne les représentants suivants, dûment accrédités : MM. Umberto Leanza, Agent, Professeur de Droit international à l'Université de Rome "Tor Vergata", Chef du Service du Contentieux Diplomatique au Ministère des Affaires Etrangères; Attila Tanzi, Professeur de Droit diplomatique à l'Université de Florence et Chercheur en Droit international à l'Université de Florence et à l'Université de Pérouse; Gaetano Zotta, Avvocato dello Stato; Francesco Maria di Maio, Secrétaire de Légation au Service du Contentieux Diplomatique du Ministère des Affaires étrangères;
- b) pour le Gouvernement de la République du Costa Rica : le Dr. Romàn Solis Zelaya, Procurador General de la Republica, Professeur de Droit constitutionnel et Madame Magda Rojas Chaves, Dr. en Droit, Avocate de l'Etat spécialisée en Droit public.

8. A la fin de la première journée d'audiences, le 14 avril 1998, le Tribunal a communiqué aux Parties une liste de questions susceptibles de s'adresser, selon leur contenu ou leur nature, soit à l'une, soit à l'autre des Parties, soit aux deux ensemble, relatives à des points sur lesquels le Tribunal souhaitait être plus particulièrement éclairé au cours de la réplique ou de la duplique orales prévue pour le lendemain 15 avril.

9. Lors de la deuxième journée de plaidoiries, le Tribunal a entendu tour à tour les représentants de la Partie italienne puis de la Partie costaricienne, qui ont répliqué et dupliqué, et répondu à certaines des questions posées par le Tribunal.

10. Conformément aux arrangements prévus entre les Agents et le Tribunal, les plaidoiries ont eu lieu respectivement en langue italienne et en langue espagnole, avec interprétation simultanée de l'une à l'autre, et ont fait l'objet d'un enregistrement sur bandes, le texte ou le résumé des plaidoiries ainsi que celui des réponses à certaines des questions du Tribunal étant ensuite déposé par les Parties dans les mains du Tribunal.

11. C'est ainsi que ce dernier a reçu les documents suivants :

- a) du côté de la Partie italienne :
 - Difesa presentata dall'Italia (audience du 14 avril 1998) et Controreplica presentata dall'Italia (audience du 15 avril 1998); ainsi qu'un document (daté de Rome, septembre 1991) et intitulé "Riabilitazione del Bacino galleggiante di Puerto Caldera (Costa Rica) établi par l'Istituto Mobiliare Italiano (IMI)

à la demande de la Direction générale pour la Coopération au Développement (Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo — DGCS);

b) du côté de la Partie costaricienne, le Tribunal a reçu :

- un document intitulé "Conclusiones de la Republica de Costa Rica", ainsi que le texte de la Loi organique du 27 septembre 1982 (n° 6814), texte intitulé "Ley organica de la Procuraduria General de la Republica" (mars 1998).

12. Aux termes de la deuxième journée d'audiences, le 15 avril, le Président a indiqué aux Parties que le Tribunal se bornerait, en l'état, à suspendre la procédure orale, et n'en prononcerait formellement la clôture qu'après avoir vérifié, au terme de ses délibérations, qu'il n'était pas nécessaire d'entendre à nouveau les Parties, en particulier de leur poser des questions complémentaires.

13. A la suite de plusieurs séances de délibérations, tenues à Genève et à Rome, le Tribunal arbitral a constaté que la cause était en état d'être jugée et autorisé le Président à prononcer la clôture de la procédure orale, ce qui a été fait par Ordonnance du 8 juin 1998.

II. Résumé des faits

Les principaux faits de la cause peuvent être résumés de la façon suivante :

1. En mai 1982, à l'occasion de la prise de fonctions solennelle du nouveau Président de la République, M. Luis Alberto Monge, des contacts eurent lieu entre une délégation du Gouvernement italien et le Ministre des Affaires étrangères du Costa Rica ayant pour objet le développement de la coopération entre les deux pays en matière technique et économique. Il en résulta la signature d'un "*Memorandum de entendimiento*" signé par le Sous-secrétaire aux affaires étrangères Palleschi, du côté italien, et le Ministre des Affaires étrangères du Costa Rica F. V. Jimenez, Memorandum où s'exprime l'intention de l'Italie de favoriser, notamment au moyen de l'octroi de crédits à des conditions favorables le développement du Costa Rica en matière de productions de biens et de services. On notera la présence, parmi les 5 secteurs mentionnés dans ce Memorandum comme devant faire l'objet d'une coopération économique et technique, des secteurs de l'agriculture, de la pêche et de l'industrie agro-alimentaire.

2. Le 24 octobre 1983 est signé à Rome entre l'Italie et le Costa Rica un *Accord-cadre pour la Coopération technique*, texte important qui sera analysé plus loin. Les Parties, rappelant leurs relations d'amitié, se déclarent conscientes de l'importance de la coopération économique, sociale, financière et culturelle, définissent certains secteurs prioritaires et y prévoient, dans ces secteurs, la signature future de protocoles particuliers pour des programmes et projets de coopération.

3. Peu avant la conclusion de cet Accord-cadre, le Président de la République du Costa Rica, par lettre du 13 octobre 1983 adressée au Ministre italien des Affaires étrangères et par référence à l'Accord de Coopération technique, économique et culturel sur le point d'être signé, tenait à souligner la priorité attachée par son Gouvernement à un certain nombre de projets indiqués dans une lettre du 21 septembre précédent, adressée au Directeur général du Département pour la coopération au développement (DGCS) du Ministère italien des Affaires étrangères et il signalait en particulier que, en ce qui concerne le projet de "bacino di carenaggio galleggiante", il venait de recevoir personnellement un rapport de faisabilité qu'il adressait au destinataire de ladite lettre du 13 octobre ("En lo que refiere al proyecto del dique seco, he recibido personalmente hoy el estudio de factibilidad").

4. Le 9 novembre 1983, le Président Monge, dans une lettre adressée au Ministre italien des Affaires étrangères, M. Giulio Andreotti, en remerciant de l'appui offert par l'Italie à divers projets de développements, mentionnait à nouveau en particulier celui du "bacino di carenaggio".

5. Ces deux lettres faisaient l'objet, le 9 décembre 1983, de remerciements du Ministre italien des Affaires étrangères, qui soulignait notamment le désir de l'Italie de collaborer, dans un esprit de solidarité, d'amitié et de compréhension réciproque, au développement du Costa Rica, pays dans lequel elle voyait un exemple de démocratie susceptible de jouer un rôle fondamental en Amérique Centrale.

6. Dans le courant de 1984, le Gouvernement du Costa Rica désignait pour la gestion du projet l'INCOP (*Instituto Costaricense de Puertos del Pacífico*) ou Institut costaricien des ports du Pacifique.

7. Le 3 janvier 1984, le Président Monge, dans une autre lettre adressée au Ministre italien des Affaires étrangères, soulignait la priorité absolue attribuée par son Gouvernement au projet de construction d'un bassin flottant de carénage, projet de nature à avoir des retombées importantes en matière de constructions et de réparations maritimes, de fourniture de services aux bateaux de pêche et à la flotte marchande locale et de passage.

8. Ladite lettre du 3 janvier 1984 indiquait que la Société costaricienne *Marnova S.A.* avait choisi, après une étude approfondie des diverses offres, la Société italienne *Società Esercizio Cantieri* (SEC) de Viareggio pour la fourniture du bassin de carénage, comme la société la mieux à même de remplir techniquement et économiquement les exigences costariciennes, et elle précisait que ce choix, après examen par les Autorités compétentes du Gouvernement du Costa Rica, avait reçu leur totale approbation, dans le cadre de l'Accord de Coopération technique, économique et culturelle entre les deux pays du 24 octobre 1983.

9. Le 20 juin 1984, les deux Etats signent un "*Protocole exécutif de coopération au développement*", dont les premiers mots précisent "qu'il est convenu dans le contexte [ou dans le cadre] de l'Accord-cadre italo-

costaricien de Coopération technique, signé à Rome le 24 octobre 1983, et dans le but de définir et de réaliser conjointement un programme concret de collaboration".

10. L'article 1er de ce Protocole précise que les Parties ont choisi, parmi les projets prioritaires dont la réalisation doit être entreprise dans le courant de l'année, "1. L'installation et la mise en fonctionnement d'un bassin de carénage à Puerto Caldera". L'article 2, al. 2, précise que "en particulier, pour le financement du projet n° 1, le Gouvernement italien mettra à disposition du Gouvernement du Costa Rica un crédit d'aide de USD 13 millions" alors que, pour les projets restants, la contribution italienne "sera effectuée à titre de don".

11. Peu après la signature de ce Protocole du 20 juin 1984, divers contrats particuliers de fourniture de biens et services, d'assistance et de formations du personnel, sont signés, le 23 juin 1984, entre la Société costaricienne *Desarrollo Naval S.A.*, San José, Costa Rica (*Denasa*) — "el Comprador", constituée à cet effet, et la Société italienne mentionnée plus haut *SEC*. — "el Contratista". Il s'agit, selon ses termes, d'un contrat pour la construction et la fourniture d'un bassin flottant avec annexes, d'une valeur totale de USD 12'990'000.-- ("para la construcción y suministro de un dique flotante, un taller de acero y oficinas"), contrat pour lequel chaque partie, acheteur et fournisseur, déclare et garantit avoir les pleins pouvoirs et toutes les autorisations légales nécessaires.

12. Le 23 juillet 1984 est pris au Costa Rica un Décret exécutif du Protocole précité, n° 15.700-RE, décret publié dans la Gazette officielle du Costa Rica n° 194.

13. Le lendemain, 24 juillet 1984, est adopté à San José de Costa Rica le Décret exécutif n° 16457-RE conférant pleins pouvoirs à M. R. Araúz Bonilla. Ce décret fera l'objet d'une publication dans la Gazette officielle n° 158, le 22 août suivant.

14. Le 17 octobre, le Ministère du Trésor italien, agissant conjointement avec le Ministère du Commerce extérieur, a autorisé par Décret le *Mediocredito Centrale*, à valoir sur les fonds financiers mis à sa disposition par l'Etat selon la loi du 24 mai 1977, à concéder au Gouvernement du Costa Rica un crédit d'aide de USD 12'990'000.-- cela à un certain nombre de conditions touchant les modalités de remboursement et les taux d'intérêts, étant précisé que la destination desdits fonds est la "fourniture de biens et services italiens pour la construction d'un bassin de carénage". Ce Décret interministériel est transmis au *Mediocredito Centrale* et aux Ministères intéressés par courrier du 22 octobre 1984.

15. Le 28 janvier 1985, la Société italienne *SEC* sous-traite à la Société italienne de constructions *Sivieri*, pour un montant forfaitaire de 4.750 M Lit., l'exécution au Costa Rica, sur les terrains propriété de la Société costaricienne *Denasa*, les travaux nécessaires à la réalisation du chantier.

16. Le 22 juillet 1985 une loi du Costa Rica (n° 6995) autorise l'INCOP à souscrire des conventions au nom de l'État du Costa Rica.

17. Deux jours plus tard, le 24 juillet 1985, le Président de la République, M. Luis Alberto Monge Alvarez, écrit à l'Institut Mediocredito Centrale pour "présenter M. Rodrigo Araúz Bonilla, Président exécutif de l'Institut costaricien des ports du Pacifique, qui signera au nom du Gouvernement de la République du Costa Rica la Convention financière avec le Mediocredito Centrale" convention destinée à la construction du bassin de carénage (digue flottante) avec ses installations et bureaux à Puerto Caldera au Costa Rica.

18. Le même 24 juillet 1985, le Conseil de direction (Junta directiva) de l'INCOP informe M. Bonilla, son Président exécutif, que ce dernier a reçu un pouvoir spécial (*poder especial*) pour signer en Italie la Convention relative au bassin de carénage. Selon le 1er Mémoire du Costa Rica (page 3 n° 8), il s'agit de pleins pouvoirs (*plenos poderes*) relatifs à la Convention prévue, "en représentation du Gouvernement de la République du Costa Rica". En effet, un Décret du même jour, publié au Journal officiel sous le N° 16457-RE, signé du Président de la République et du Ministre des Relations extérieures confère "Plenos Poderes" à M. Rodrigo Araúz pour agir en tant que représentant du Gouvernement de la République et signer la Convention de prêt à Rome (cf. supra II n° 13).

19. Selon le même 1er Mémoire du Costa Rica (page 3 n° 10), le 1er août 1985 "le Gouvernement de la République du Costa Rica, représenté par M. Rodrigo Araúz Bonilla, Président exécutif de l'INCOP, et la Banque Mediocredito Centrale d'Italie, souscrivent à Rome une *Convention financière*" pour un montant de USD 12'990'000.-- concernant la construction du bassin de carénage.

20. On notera aussi que, par un nouveau message du Président Monge, du Costa Rica, daté du 31 juillet et parvenu au Mediocredito le 16 août, il est confirmé que M. Araúz Bonilla, Président exécutif de l'INCOP, a bien été autorisé, par décision du Conseil exécutif de cet Institut, décision dûment ratifiée, et ce avec pleins-pouvoirs (*con Poder extendido*) à souscrire au nom du Gouvernement du Costa Rica les déclarations et reconnaissances nécessaires relatives au financement du bassin flottant de Puerto Caldera pour un montant de USD 12'990'000.--.

21. Le 23 août, Mediocredito informe par télex l'INCOP que la Convention financière est entrée en vigueur le 22 août, dès lors que tous les documents prévus à l'article 3 ont été réunis; il s'agit de (i) une déclaration émanant de l'organe compétent du Gouvernement du Costa Rica attestant que la signature apposée à la Convention est bien celle d'une personne dûment autorisée, selon les dispositions législatives, réglementaires et administratives en vigueur au Costa Rica, à assumer les engagements dérivant de la Convention pour l'emprunteur ("*il Mutuatario*"), soit le Gouvernement de la République du Costa Rica, au nom et pour le compte duquel, précise le début de la Convention, agit l'INCOP, représenté par son Président, M. Araúz

Bonilla; (ii) l'acte de désignation, émanant des Autorités compétentes du Costa Rica, de la ou les personnes dûment autorisée(s) à signer les "déclarations de dettes" (ou demandes de versement des fonds, selon l'article 4) et enfin (iii) d'une copie du mandat irrévocable conféré à la Banque Agente permettant à celle-ci d'utiliser les fonds crédités, etc.

22. A la suite de la signature de la Convention financière, quatre versements furent successivement crédités entre le 10 octobre 1985 et le 30 octobre 1986 dans les conditions prévues, avec le concours de la Banque italienne *Monte dei Paschi di Siena*, choisie comme banque Agente par l'INCOP.

23. Le 25 septembre 1985, par une lettre adressée au Président exécutif de la Société costaricienne *Codesa*, le Ministère de la Planification nationale et de la Politique économique du Costa Rica (qui semble avoir pourtant participé auparavant aux négociations intergouvernementales, à en croire une lettre du 8 octobre 1984 du Ministère italien des Affaires étrangères à l'Ambassadeur du Costa Rica à Rome) fait valoir diverses objections à l'encontre du projet d'installation de "digue flottante". Le Ministère invoque notamment le défaut d'approbation législative par le Parlement du Costa Rica de la Convention-cadre de Coopération du 24 octobre 1983, le fait que le projet n'aurait pas fait l'objet d'une étude de viabilité (ce qui, soit dit en passant, semble contredit par la lettre du Président Monge du 13 octobre 1983, citée supra II n° 3) et le fait même de la conclusion d'un emprunt ("la contratación del credito respectivo") (voir à ce sujet 1er Mémoire du Costa Rica, page 4 n° 15). Selon le premier Mémoire de l'Italie, les objections dudit Ministère de la planification n'auraient été portées à sa connaissance, et sous une forme vague, que près de 3 ans plus tard, soit les 5, 6 mai 1988 pour la première fois.

24. En 1986, le 17 mars, l'Assemblée législative du Costa Rica vote une loi (n° 7025) approuvant la Convention-cadre du 24 octobre 1983 pour la coopération technique. Ladite loi est publiée dans la Gazette officielle du 6 juin. On notera en passant que, selon la Gazette officielle italienne (supplément ordinaire, série générale n° 165) ladite Convention-cadre a fait l'objet d'échanges de notifications les 10 avril 1984 et 21 mars 1988 et est entrée en vigueur le 21 mars 1988 — soit après l'entrée en vigueur de la Convention financière le 22 août 1985 (1er Mémoire Italie, page 8).

25. Le 8 mai 1986, M. Araúz Bonilla avait cessé d'être Président exécutif de l'INCOP et donc, selon les mémoires du Costa Rica, d'être fonctionnaire public, un fait dont le Costa Rica tire diverses conséquences juridiques ainsi qu'on le verra plus loin, cela à la suite d'un changement à la Présidence de la République, d'où découle le remplacement de divers hauts fonctionnaires et titulaires de charges publiques importantes.

26. Le 12 juin et le 8 juillet 1986, l'Ambassade d'Italie à San José de Costa Rica (ainsi qu'elle le rappelle dans une Note verbale du 26 mai 1987) attire l'attention du Ministère costaricien des Relations extérieures sur le fait

que le Costa Rica n'a pas procédé au remboursement d'une somme de USD 277'661,26 comme il était prévu dans la Convention financière relative à la fourniture de la "digue flottante a Puerto Caldera".

27. De septembre 1986 à janvier 1988 environ, à en croire le rapport précité de l'Istituto Mobiliare Italiano (de septembre 1991), les installations de Puerto Caldera ont été en opération et pratiqué des interventions sur un certain nombre d'embarcations locales de petit tonnage.

28. Le 24 octobre 1986, les représentants de la Société costaricienne *Denasa* signent avec la Société italienne SEC un procès-verbal de réception des biens et fournitures prévus dans le contrat passé entre ces deux sociétés le 23 juin 1984.

29. Le 7 juillet 1987, le Ministère des Relations extérieures et du Culte au Costa Rica adresse une Note verbale à l'Ambassade d'Italie à San José, en réponse à sa Note verbale sur l'inexécution du remboursement, et demande une prorogation des délais de paiement, cela suivant une requête qu'il a reçue du Conseil de direction de l'INCOP le 26 mars 1987. Peu après, le 6 août 1987, le même Ministère costaricien des Affaires étrangères demande au Gouvernement italien d'être informé sur l'état du "crédit concédé au Gouvernement du Costa Rica pour le projet connu comme digue seco".

30. Le 11 janvier 1988, l'ancien Président de la République du Costa Rica, M. Monge, écrit à titre personnel à M. Giulio Andreotti, Ministre des Affaires étrangères de l'Italie et fait allusion au scandale politique que certains opposants essaient de créer au Costa Rica en relation avec l'assistance italienne au projet de bassin flottant à Puerto Caldera; et il suggère au Gouvernement italien d'étudier la possibilité de transformer les crédits en dons afin d'assainir la situation et de mettre fin au débat et à l'exploitation politiques en cours au Costa Rica. La même lettre rappelle que son auteur, alors en qualité de Président de la République, a négocié personnellement les crédits d'assistance italiens consentis à son pays.

31. Le 25 mars 1988, le nouveau Président de la République du Costa Rica, M. Oscar Arias Sanchez, écrit à son tour au Ministre Andreotti pour s'associer pleinement à la démarche de son prédécesseur, M. Monge, notamment en ce qui concerne la possibilité de transformer en dons les prêts convenus entre les Gouvernements des deux pays.

32. Entre-temps, en février 1988, la Société costaricienne *Denasa* (supra II, n° 11) était tombée en faillite et s'était vu imposer un curateur judiciaire, ses créanciers, tant privés que publics, faisant valoir des créances pour un total d'environ USD 500'000.--. Le 18 avril 1988, un rapport de l'expert judiciaire estime les biens et installations du bassin de Puerto Caldera à USD 9'200'000.-- comme valeur à neuf et à USD 8'700'000.-- comme valeur du marché (cf. le rapport IMI "Riabilitazione", cité supra n° 11).

33. Les 5 et 6 mai 1988, la question du bassin flottant de Puerto Caldera est évoquée dans des discussions tenues à San José entre une Délégation du

Ministère des Affaires étrangères italien (de la Direction de la coopération au développement), et une Délégation du Costa Rica, du Ministère de la Planification nationale et de la Politique économique. Selon le procès-verbal de ces réunions, la mission italienne a demandé des éclaircissements au Gouvernement du Costa Rica en ce qui concerne le projet financé par des fonds italiens. Selon le Gouvernement du Costa Rica, dès lors que le bassin n'est pas productif et qu'il existe certains problèmes relatifs au paiement de la dette, la solution la plus réaliste serait de restituer le bassin à l'Italie moyennant annulation de la dette. Se bornant à prendre acte de cette position, la Délégation italienne se réserve d'en analyser les aspects juridiques. Par la suite, cette proposition n'a pas été acceptée par l'Italie.

34. Le 7 juillet 1989, le Vice-ministre costaricien à la Présidence écrit à l'Ambassadeur d'Italie à San José pour suggérer, tout en faisant allusion à certains obstacles juridiques qui s'opposeraient au remboursement de la dette, diverses solutions tendant d'une part à refaire fonctionner les installations de Puerto Caldera, d'autre part à effacer la dette dans sa totalité, en même temps que d'effectuer un paiement "de bonne volonté". La lettre suggère la cession éventuelle à l'Italie d'une créance de USD 25 millions du Costa Rica contre la République du Nicaragua. Cette dernière offre n'est pas acceptée par l'Italie.

35. En avril 1990, une Société costaricienne *Senapac* remet au Gouvernement du Costa Rica une proposition avec étude de faisabilité tendant à la remise en état et en fonction des installations de la *Denasa* à Puerto Caldera. Il n'a pas été donné suite à cette proposition.

36. Le 27 novembre 1990, le Gouvernement du Costa Rica nomme une commission, présidée par le Vice Premier Ministre de la Présidence Zamora, tendant à trouver une solution juridique au problème du crédit d'aide consenti par le Gouvernement italien et de l'acquisition des biens fournis au Costa Rica par la Société italienne SEC.

37. Par la suite, à en croire le Mémoire de la Partie italienne, les rapports entre les deux États auraient changé de nature, le Costa Rica faisant valoir divers avis juridiques, notamment de la Procuraduría General de la República, aux termes desquels, pour diverses raisons, aucun remboursement ne serait dû à l'Italie par le Costa Rica.

38. Par Note verbale du 9 mai 1995 du Costa Rica, suivie d'une réponse par Note verbale du 27 juillet 1995 de l'Italie et enfin d'une Note verbale du 8 février 1997 du Gouvernement costaricien, les deux Parties se sont accordées à soumettre leur différend à l'arbitrage international, ceci conformément au Traité général d'arbitrage du 8 janvier 1910, entre les deux Pays. Sur quoi,

ainsi qu'il a été dit plus haut, les deux Gouvernements ont ensuite conclu un Compromis arbitral, fait à Rome en langue espagnole et en langue italienne le 11 septembre 1997.

III. En droit

A. Introduction

1. La position juridique du Costa Rica, telle qu'elle résulte de son premier Mémoire (du 8 décembre 1997) et de son second Mémoire (du 18 février 1998), position confirmée dans ses "Conclusions" du 1er avril 1998 et dans ses plaidoiries tenues à Rome les 14 et 15 avril 1998, peut se résumer sommairement comme suit, en guise d'introduction, et sans préjudice de l'analyse plus détaillée qui suivra :

2. La Convention financière n'est pas un traité international mais un contrat régi par le droit italien. Une obligation de rembourser le crédit versé par le Mediocredito Centrale ne peut donc avoir sa source dans le droit international. Il n'y a d'ailleurs pas de lien entre l'obligation financière résultant du Contrat signé par le Mediocredito le 1er août 1985, d'une part, et d'autre part la Convention-cadre de Coopération technique du 24 octobre 1983 ou le Protocole exécutif de coopération du 20 juin 1984. Au demeurant, la Convention-cadre était inefficace à l'époque, n'ayant été approuvée par l'Assemblée législative du Costa Rica, selon sa Constitution, que presque deux ans après la signature du Protocole et huit mois après celle de la Convention de crédit, et de toutes façons, même si la Convention financière pouvait être considérée comme un Traité, elle serait invalide et inefficace, faute d'expression valable du consentement du Costa Rica. Le Protocole exécutif est un instrument international autonome, soumis aux normes d'entrée en vigueur des traités internationaux et, notamment, son efficacité est conditionnée par les normes constitutionnelles en vigueur au Costa Rica (notamment celles régissant la capacité de l'Etat à se lier financièrement; cf. par exemple l'article 121, al. 15 de la Constitution du 7 novembre 1949). Enfin, l'Accord financier ne constitue pas une obligation valable liant les Parties, pour diverses raisons; en particulier il s'agit (a) du fait que le Protocole exécutif de coopération n'était pas efficace à la date où l'Accord financier a été approuvé et (b) d'autre part, de l'absence de pouvoirs du signataire M. R. Araúz Bonilla.

3. De son côté, la position juridique de l'Italie peut se résumer sommairement de la façon suivante (sans préjudice de la discussion qui suivra), telle qu'elle résulte de son premier Mémoire du 15 décembre 1997, de son second Mémoire du 28 février 1998, et de ses plaidoiries tenues dans les

audiences des 14 et 15 avril 1998 à Rome (ceci compte tenu aussi des réponses données oralement ou par écrit, comme dans le cas du Costa Rica, à un certain nombre de questions posées par le Tribunal arbitral lors des audiences, ainsi qu'indiqué plus haut). Selon la Partie italienne, la Convention financière est pleinement valable en vertu du droit international, et le Costa Rica ne saurait contester cette validité, qui résulte aussi de l'application des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ainsi que, au besoin, de l'application du droit italien. Le Parlement du Costa Rica a de toutes façons approuvé la Convention financière et, du reste, les violations alléguées de l'ordre interne du Costa Rica ne sauraient constituer une cause d'invalidité au sens de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités, compte tenu aussi de l'ensemble des circonstances de l'espèce et du comportement des Autorités du Costa Rica. Enfin M. R. Araúz Bonilla disposait des pleins pouvoirs pour engager valablement son pays.

4. Les arguments respectifs des Parties, dont seules les grandes lignes viennent d'être résumées ici, portent d'abord essentiellement sur la question fondamentale posée à l'article 3 chiffre 1 lettre a du Compromis Arbitral, soit celle de la *validité et du caractère obligatoire de la Convention financière* du 1er août 1985. Ces arguments, qui sont multiples et variés, se recouvrent partiellement, un peu par la force des choses, sont parfois interdépendants ou se retrouvent répétés dans des contextes différents. Pour la clarté de la discussion, il convient cependant de les distinguer autant que possible, sans nécessairement suivre l'ordre des matières (qui a d'ailleurs évolué au cours de la procédure d'un mémoire à l'autre) adopté par l'une ou l'autre des Parties.

5. Pour comprendre la Convention financière du 1er août 1985, il est nécessaire de la situer dans le contexte général des relations entre les deux Parties et par conséquent de commencer (comme le fait du reste le premier Mémoire du Costa Rica) par l'examen de la Convention-cadre du 24 octobre 1983.

La Convention-cadre de Coopération technique

6. On a déjà vu que cet Accord-cadre désigne un certain nombre de domaines prioritaires de coopération, pour lesquels est prévue, à l'aide de protocoles spécifiques, l'exécution de programmes et projets déterminés. A ce propos, il y a lieu de relever qu'un aspect essentiel de l'argumentation du Costa Rica est fondé sur l'article 8 de ladite Convention, concernant son entrée en vigueur et la date de sa ratification par l'Assemblée législative du Costa Rica (en 1986).

7. Avant d'examiner cette argumentation en détail comme elle le mérite, il y a lieu d'écartier un argument plus ou moins subsidiaire fondé sur l'objet matériel des accords en cause, argument invoqué brièvement par le premier Mémoire du Costa Rica : dès lors que l'Accord-cadre parle de "coopération *technique*" (dans son titre et à l'article 1er) sans mentionner expressément l'aspect *financier*, elle ne s'appliquerait pas, vu son contenu matériel, à la

Convention financière du 1er août 1985. En effet, selon cette thèse, un projet pourrait être considéré comme dépendant de la Convention-cadre s'il est du domaine matériel cité à l'article 2, mais seulement dans ce cas. Dans le même ordre d'idées, il en serait de même pour le Protocole du 20 juin 1984, qui ne serait pas une norme d'exécution de l'Accord-cadre de Coopération technique.

8. Cet argument ne résiste pas à l'examen : on conçoit difficilement une coopération technique qui ne comporterait pas des aspects financiers; pareille interprétation restrictive des termes "coopération technique" apparaît artificielle et contraire à l'expérience générale.

9. En outre, elle se heurte manifestement aux pièces du dossier, parmi lesquelles il suffira de citer l'exemple de la lettre du 13 octobre 1983 du Président de la République, Luis Alberto Monge qui, déclarant "faire suite à l'Accord de coopération technique à signer prochainement", et se référant au projet de bassin de carénage flottant comme d'intérêt national, mentionne expressément le financement intégral du projet grâce au financement concédé par le Gouvernement italien.

10. Compte tenu de l'ensemble du dossier et, par exemple, de la lettre qui vient d'être citée du Président de la République du Costa Rica (du 13 octobre 1983) on ne saurait soutenir davantage que le Protocole du 20 juin 1984 ne serait pas une norme d'exécution de l'Accord-cadre de coopération, alors qu'il l'est de toute évidence. Non seulement son contenu démontre qu'il s'agit de l'un des protocoles spécifiques expressément prévus par l'article 3 de l'Accord-cadre, mais les premiers mots dudit Protocole précisent qu'il est conclu "Nell'ambito dell'Accordo quadro italo-costaricante di Cooperazione tecnica ..." — "En el ambito del acuerdo marco italo-costaricense de cooperación técnica firmado el 24 de octubre 1983 en Roma ...".

La constatation qui précède est indépendante de la question de la ratification, qu'il y a lieu maintenant d'examiner.

B. Le Problème de la ratification

11. L'article 8 de la Convention-cadre du 24 octobre 1983 dispose que les deux Gouvernements se notifieront, par échange de notes, l'accomplissement des formalités respectives internes nécessaires à l'entrée en vigueur du présent Accord, laquelle aura lieu à la date de la dernière notification.

12. Il n'est pas contesté que, par Note du 10 avril 1984, l'Ambassade d'Italie à San José de Costa Rica a communiqué au Ministre des Relations extérieures et du Culte que "les Autorités compétentes italiennes avaient rempli les conditions requises par l'ordre interne [italien] pour formaliser la Convention-cadre de coopération technique signée à Rome le 24 octobre 1983", et que celle-ci entrera en vigueur dès que le Gouvernement du Costa Rica effectuera une notification analogue.

13. Enfin, comme on l'a vu dans la partie "Faits" de la présente Sentence (supra II note n° 24), il n'est pas contesté que c'est seulement par la loi N° 7025 du 17 mars 1986 que l'Assemblée législative du Costa Rica a approuvé l'Accord-cadre de coopération technique souscrit par les Parties, cette loi étant publiée dans la Gazette officielle du 6 juin 1986.

14. De même il est constant que l'Italie n'a pas ignoré le fait que, jusqu'à cette dernière date, l'Assemblée législative costaricienne n'avait pas ratifié la Convention-cadre.

15. A s'en tenir à la lettre de l'article 8 de l'Accord-cadre de coopération technique, on serait tenté de considérer que ladite Convention n'a eu ni validité ni effet jusqu'à la date de sa ratification du 17 mars 1986 par l'Assemblée législative du Costa Rica. L'examen du droit international public sur la question de la ratification, ainsi qu'il apparaîtra plus loin, révèle que la question est moins simple qu'il n'y paraît à première vue.

16. Il convient de l'examiner d'abord dans une perspective générale, ensuite de se poser la question d'une éventuelle rétroactivité de la ratification de mars 1986. Il faudra aussi se poser la question des ratifications non-conformes au droit interne (en particulier constitutionnel), ratifications dites "imparfaites" dans la doctrine française de droit international. On se demandera, en particulier, dans quelles conditions un Etat est en droit de se prévaloir de son propre défaut de ratification. Enfin, il y aura lieu d'appliquer les enseignements du droit international général, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, aux circonstances concrètes de l'espèce, et cela en tenant compte du comportement des deux Etats parties à l'Accord-cadre.

17. Selon la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, du 23 mai 1969 — dont le Tribunal a particulièrement mission de tenir compte selon l'article 3 chiffre 2 du Compromis d'arbitrage — les expressions "ratification", "acceptation", "approbation" et "adhésion" s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé, par lequel un Etat établit sur le plan international son *consentement* à être lié par un traité (article 2 chiffre 1b). Quant aux modes d'expressions du consentement à être liés par un traité, il y a lieu de tenir compte de l'article 11, selon lequel le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion ou par tout autre moyen convenu. (Voir aussi les articles 12 à 16, ainsi que l'article 18 "Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur").

18. On rappellera d'abord que la ratification *en tant qu'acte international*, comme expression du consentement de l'Etat, "must be distinguished from parliamentary or other domestic ratification (or approval) of a treaty: although such ratification may be connected with the international act of ratification, they are separate procedural acts carried out on different places". (Jennings R./Watts A., *Oppenheim's International Law*, London/New York, Longman, 1992, 9ème édition, Vol 1, p. 1226, § 602). Les mêmes auteurs

notent que "the function of the institution of ratification has undergone considerable changes during the last three centuries"; si, en principe, un traité soumis à ratification ne lie pas l'Etat malgré sa signature, il n'est pas dénué d'effet : on ne saurait ainsi maintenir la thèse qu'aucun traité n'a été conclu avant la ratification et qu'il s'agirait d'une simple proposition mutuelle de conclure :

"For the representatives are authorised, and intend, to conclude a treaty by their signatures. Even where a treaty is subject to ratification, Governments act, as rule, on the view that a treaty exists from the time of signature. It is for that reason that ... no alterations of the treaty are possible through the act of ratification, that a treaty may be tacitly ratified by its execution, that it is always dated from the day when it was duly signed by the representatives and not from the day of its ratification, and that there is no essential difference between such treaties as need, and such as do not need, ratification") (ibid., § 602). (souligné par nous)

19. Bien que le principe général demeure que, lorsque le traité le prévoit, le caractère obligatoire du traité et son entrée en vigueur *dépendent de la ratification*, l'observation de la pratique montre que, comme l'écrit *Charles Rousseau* dans son *Traité classique de droit international public* (Paris, éd. Sirey, 1970, p. 93, tome 1, n° 68) : "l'importance de la ratification est en voie de déclin à l'époque contemporaine". C'est aussi l'avis de *Paul Reuter*, dans son commentaire, "Introduction au droit des traités" (Paris, éd. PUF, 3e éditeur, 1995, pp. 17 ss. et 26 ss., n°63 ss.).

20. Ce qui est essentiel, à la fois d'une manière générale et dans le cas d'espèce — où il s'agit essentiellement de savoir si la République du Costa Rica a, ou non, donné *son consentement* à la validité de l'Accord-cadre de coopération technique, et ceci non seulement lors de l'approbation par l'Assemblée législative le 17 mars 1986, mais auparavant déjà — ce qui est essentiel, en droit international moderne, ce ne sont pas les *formalités* de ratification en tant que telles, ou la ratification plutôt que la signature, c'est qu'il y ait bien "manifestation", c'est-à-dire *extériorisation de volontés concordantes*. A ce sujet *Paul Reuter* écrit par exemple (op. cit. n° 65) ce qui suit :

"Cette extériorisation a lieu de diverses manières, dont la plus courante et la plus sûre est d'être écrite. Elle peut aussi s'exprimer par une déclaration orale, c'est-à-dire par un comportement verbal. De plus, tout comportement peut être l'expression d'une volonté et notamment un comportement actif, tel que l'exécution d'une prestation, le changement d'une attitude antérieure...".

21. La manifestation du consentement de l'Italie n'étant pas discutée en l'espèce, contrairement à celle du Costa Rica, c'est à propos de ce dernier Etat qu'il y aura lieu d'examiner plus loin si ces considérations générales sont pertinentes ou ne le sont pas, et dans quelle mesure.

22. La pratique internationale, au moins jusqu'à l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, est assez variée et incertaine, sur la question de la ratification et celle de l'entrée en vigueur d'un accord

international, ainsi que le démontrent les quelques citations doctrinales ou jurisprudentielles qui suivent, et qui pourraient être multipliées.

23. On notera d'abord qu'aucune règle absolue de droit international n'exige qu'un traité soit soumis à ratification, et la Commission du Droit international des Nations Unies (CDI-ILC) s'est refusée à introduire dans ses projets une telle exigence, ce qui n'empêche pas les Parties de poser cette condition dans le traité lui-même, auquel cas c'est en principe la ratification qui donne sa validité au traité et le met en vigueur. En ce sens, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Ambatielos* (compétence), a déclaré le 1er juillet 1952 (CIJ Recueil 1952, p. 43) : "la ratification d'un traité, lorsqu'elle y est prévue ... est une condition indispensable de l'entrée en vigueur du traité. Elle n'est donc pas une simple formalité, mais un acte d'importance essentielle". En revanche l'article 11 de la Convention de Vienne montre bien que la ratification n'est que l'un des moyens, parmi d'autres, à la disposition d'un Etat pour exprimer son consentement à être lié.

24. En ce qui concerne en particulier le sens des termes "entrée en vigueur", il convient de tenir compte de l'ambiguïté et de l'incertitude de ces expressions — auxquelles un commentateur particulièrement autorisé, *M. Rosenne* (Encyclopedia of Public International Law, sous la direction de R. Bernhardt, "Treaties, Conclusion and Entry into Force", Amsterdam/New York/Oxford, North Holland 1984, Instalment 7, p. 467) attribue trois significations différentes, dans le détail desquelles il est inutile d'entrer ici. A ce propos, on rappellera en passant la constatation de la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 21 décembre 1962 (affaire du *Sud-ouest africain*, exceptions préliminaires — CIJ Recueil 1962, p. 331), selon laquelle :

"La terminologie n'est pas un élément déterminant quant au caractère d'un accord ou d'un engagement international. Dans la pratique des Etats et des organisations internationales, comme dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, on trouve des usages très variés; le caractère de dispositions conventionnelles a été attribué à de nombreux types d'actes différents".

25. En ce qui concerne la *date de l'entrée en vigueur*, une question discutée se pose, celle de *l'effet rétroactif ou non* de la ratification et cette question a fait l'objet de décisions dans des sens différents si bien qu'on ne saurait la considérer comme résolue aujourd'hui de façon certaine. Ainsi la Cour permanente de Justice internationale, en 1926 (affaire de *Certains intérêts allemands*. CPII, Série A N° 7, pp. 3, 39), et la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du roi d'Espagne* (entre le Honduras et le Nicaragua, CIJ Recueil 1960, pp. 192, 207-209) ont rejeté l'effet rétroactif de la ratification.

26. En sens contraire, on peut citer nombres de sentences arbitrales internationales : ainsi dans *l'arbitrage Chili-Pérou* de 1875 (Moore, J.B., Digest of International Arbitrations, Washington, 1898, vol II, pp. 2085, 2091; et les affaires *United States v. City of Kodiak*, International Law Reports, ci-après ILR, 1955, pp. 562, 563, et *Lazarou et al. v. Moraros et al.*, ILR, 1958, II, pp. 585, 586; voir aussi de nombreuses sentences arbitrales

reproduites dans International Law Reports, e.g. X. c. Dame Y., ILR, 1958-II, p. 562; Cader v. Cader, France, Cour de Cassation, ILR 47, 1965, p. 92). Un cas classique, souvent cité, est l'Affaire *Château-Gai Wines Ltd. v. Institut National des Appellations d'Origine*, 69 ILR, 1974, p. 284. Dans cette dernière affaire, jugée par la Cour Suprême du Canada, 2 avril 1974), le litige concernait l'application d'un *Traité de commerce franco-canadien* du 12 mai 1933, dont le recourant prétendait qu'il était non valable et inefficace, faute de ratification (pourtant prévue dans le traité); mais une série d'échanges entre les parties et leur pratique montraient qu'elles avaient considéré le traité comme en vigueur. La Cour Suprême du Canada a considéré la disposition du traité relatif à la ratification comme n'impliquant aucune "condition suspensive" et a déclaré notamment :

"... the fact that "ratification" is stipulated means that a suspensive condition is not involved. Indeed, the very nature of ratification is that it has a retroactive effect" (ibid., p. 287).

27. Dans l'affaire des Concessions des phares de l'Empire Ottoman (Recueil des Sentences Arbitrales, ci-après RSA, vol. XII, pp. 161, 180), un Tribunal arbitral spécial de la Cour permanente d'Arbitrage a jugé que :

"Même si l'on était d'avis que la clause d'un traité sujet à ratification, laquelle prévoit provisoirement son entrée en vigueur immédiate, ne saurait être considérée à elle seule comme définitivement opérante, l'échange subséquent des ratifications la revêtirait en tous cas de la force obligatoire définitive, et cela moyennant une *ratihabitio*, avec effet rétroactif."

28. En résumé, vu les contradictions de la pratique, et à ce stade de son examen du droit international public en la matière, le Tribunal estime qu'il ne peut se fonder sur une règle suffisamment certaine lui permettant d'attribuer à la ratification par le Parlement du Costa Rica un *effet rétroactif*.

29. Il reste à examiner, d'abord d'une manière générale et abstraite et avant de passer à l'application des principes au cas d'espèce, quels sont les effets en droit international de la *conduite subséquente des Parties* à un traité (subséquente à sa conclusion) et en particulier celle de savoir s'il existe des ratifications *tacites*. Dans ce contexte, on devra se demander, selon les règles applicables d'après l'article 3 chiffre 2 du Compromis Arbitral, si et dans quelle mesure, le principe général de la bonne foi autorise une partie à un traité de se prévaloir de sa propre non-ratification.

30. Dans leur *Traité classique de droit international public* (Universelles Völkerrecht, Berlin, Drucker & Humboldt, 3ème édition, 1984, p. 456, § 711), les Professeurs *Alfred Verdross et Bruno Simma*, de Vienne, s'expriment comme suit

"§ 711 Ein unter Vorbehalt der Ratifikation abgeschlossener Vertrag kann auch ohne förmliche Ratifikation rechtsverbindlich werden, wenn sich aus dem klaren und dauernden Verhalten eines Unterzeichnerstaates ergibt, dass er den Vertrag annimmt, und sein Partner im Vertrauen darauf dazu bewogen wurde, seine Einstellung zu seinem Nachteil zu ändern, oder sonst irgendeinen Schaden erlitten hat".

Ce que l'on peut traduire comme suit:

"Un traité conclu sous réserve de ratification peut aussi devenir juridiquement obligatoire sans ratification formelle, lorsqu'il résulte du comportement clair et durable d'une partie contractante qu'elle accepte le traité et que son co-contractant, en se fiant à ce comportement, a été amené à modifier sa position à son propre désavantage ou à subir un dommage quelconque".

31. Dans le même esprit, M. *J.-M. Yepes* (Colombie), Membre de la Commission du Droit international des Nations Unies, s'exprimait comme suit (Yearbook International Law Commission, ci-après YILC, 1953, Vol 2, p. 165) : "Or conçoit-on quelque chose de plus foncièrement contraire à la bonne foi que le fait, pour un Etat, d'invoquer un traité s'il lui est favorable et en même temps le rejeter sous prétexte de non-ratification expresse de sa part, quand il s'agit des obligations imposées par ledit traité ?". De l'avis du juriste colombien, un tel comportement constitue une violation du "principe de la confiance" ancré dans la Charte de l'ONU (voir aussi Jörg P. Müller, Vertrauensschutz in Völkerrecht, Köln/Berlin, Carl Heymanns, 1971, pp. 165 ss.).

32. Dans le même sens, un précédent souvent cité est celui de l'affaire *Shufeldt* (USA v. Guatemala, RSA, Vol. II, 1949, pp. 1081 ff.), où l'Arbitre a jugé

"that the Guatemala Government, having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract [un contrat dont la validité avait suscité certains doutes] and allowed Shufeldt to go on spending money on the concession, is precluded from denying its validity, even if the approval of the Legislature had not been given to it" (ibid., p. 1094).

33. Dans le cas du *Shufeldt* claim, le ressortissant américain avait exécuté le contrat, notamment en payant des sommes importantes prévues selon le contrat, cela jusqu'au moment où, en mai 1928,

"Decree N° 1544 was passed by the Legislative Assembly disapproving the contract. During all these six years, Shufeldt had been carrying out his contract, expending money on it and paying what the contract called for to the Government. Relying on the good faith of the Government, he expended large sums in providing the necessary appliances, roads, etc. ... in the hope of recouping his expenditure by the time the contract expired ... During these six years the Government — and in speaking of the Government I mean the Executive who must be presumed to be acting in accordance with law and whose acts those dealing with the Government are justified in treating as acts of the Government — recognized and treated the contract as a legal contract..." (ibid., p. 1094).

La Sentence constate aussi que le Gouvernement du Guatemala, qui invoque devant l'arbitre diverses irrégularités, a accepté la situation sans protester et sans réagir (ibid.).

34. Sur la question de la *ratification tacite*, on peut consulter avec profit la monographie de *K. Holloway* : "Modern Trends in Treaty Law" London, Stevens & Sons, 1967, p. 80, où on lit ce qui suit

"Another question which has given rise to some discussion in legal doctrine and which is akin to but not identical with the provisional application of a treaty subject to ratification, in

the sense that it produces much the same effects, is the execution of a treaty prior to ratification".

L'ouvrage cite l'exemple du traité créant le CERN - l'Agence Européenne pour la Recherche Nucléaire — traité de Paris du 1er juillet 1953, lequel donna lieu au vote de crédits par l'Assemblée nationale française un an *avant* que le traité lui soit soumis pour ratification ! Il évoque aussi les diverses justifications possibles de la "présomption de ratification qui peut résulter ou d'une action positive de l'Etat signataire ou de son omission, pendant un certain temps, de dénoncer le caractère illégal d'un organe incompétent" (page 80) : "... doctrines of acquiescence and estoppel borrowed from Anglo-Saxon law. ... general principles of law, such as the principle of good faith. ... conduct indicating that the signatory has dispensed with the requirement of a ratification."

35. En ce dernier sens (d'une renonciation), on peut citer encore la position de Sir *Hersch. Lauterpacht*, dans son premier Rapport sur le droit des traités à la Commission du Droit international des Nations Unies (YILC 1953, Vol 2, pages 90 ss) : "when a party or the parties have in fact acted upon a treaty which provided for ratification, the correct legal construction is not that they have ratified it by conduct but that their conduct amounts to a waiver of the requirement of ratification" (ibid. p. 117; voir aussi Jörg P. Müller, op. cit., pp. 164-165).

C. Ratification et conclusion d'un accord en violation du droit interne

36. Avant de passer à l'application des principes du droit international public aux faits du présent litige, il est nécessaire d'examiner encore la question des ratifications non-conformes au droit interne, question qui concerne d'ailleurs autant la *conclusion* même du traité, sa signature, que sa *ratification*.

37. Ce problème est bien défini, dans un récent traité de droit international public (de *N. Quoc Dinh*, par les Professeurs *P. Daillier* et *A. Pellet*. Paris, LGDJ, 1994, 5ème édition, p. 189, n° 120) de la manière suivante :

"Problème des ratifications imparfaites — La régularité du consentement s'apprécie d'abord du point de vue formel : il doit s'exprimer dans le respect des formes légales et, s'agissant de l'expression du consentement à être lié par un traité, dans le respect des dispositions constitutionnelles.

Dès lors, la question se pose de savoir si et dans quelles mesures le non-respect des prescriptions constitutionnelles affecte la validité de l'engagement de l'Etat au plan international", (souligné par nous)

Cette question doit d'autant plus être examinée ici qu'elle a joué un rôle très important dans l'argumentation présentée au Tribunal arbitral par la République du Costa Rica dans le présent litige, en particulier mais non exclusivement, en rapport avec la *Convention financière*.

38. Pour la clarté du débat, il y a lieu de résumer l'état du droit international sur ce "problème fondamental, des ratifications irrégulières ou prétendues, dites, dans la doctrine française, des ratifications imparfaites". Et cela d'abord d'une manière générale, ensuite selon les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, une Convention que le Tribunal, on l'a dit, a reçu mission de prendre particulièrement en considération (Compromis, article 3 chiffre 2).

39. Comme l'écrit *Paul Reuter*

"Aucun problème n'a davantage été discuté que celui qui est relatif à l'inconstitutionnalité formelle des traités, problème dit aussi 'des ratifications imparfaites'". Que faut-il décider, lorsque, à propos d'un traité conclu entre les Etats A. et B., après que les représentants de l'Etat A. ont déclaré aux représentants de l'Etat B. que le traité était devenu obligatoire, l'Etat A. prétend soutenir que le traité ne le lie pas, faute d'avoir pour sa conclusion respecté toutes les règles prévues par sa propre Constitution ? ...". (op. cit., p. 17, n° 40).

Il est superflu d'entrer ici dans les querelles de doctrines, par exemple entre l'approche dualiste, l'approche moniste et enfin l'approche empirique. Cette dernière, qui semble représenter pour divers auteurs un "compromis acceptable", paraît, on le verra, avoir triomphé dans la Convention de Vienne de 1969. Selon cette dernière approche, l'invalidité d'un traité conclu en violation de dispositions de droit interne (fussent-elles constitutionnelles)

"ne serait concevable que si les règles constitutionnelles des Etats contractants étaient connues de tous. Autrement, à tout moment, un accord serait menacé de nullité pour peu qu'un Etat qui désire revenir sur son engagement allègue l'inobservation d'une formalité qu'il est seul à connaître et à interpréter. Effectivement, le motif du vice de forme constitutionnel peut parfois apparaître comme un pur prétexte invoqué par des Etats pour se délier de leurs engagements". (Nguyen Quoc Dinh, op. cit., p. 191, n° 121).

40. Quant à la pratique *antérieure* à la Convention de Vienne, qui n'est pas très abondante, elle est marquée surtout par la célèbre affaire du "*Statut juridique du Groenland oriental*", où la Cour permanente de Justice internationale, par arrêt du 5 avril 1933 (CPJI, Série A-B, N° 53, p. 22), s'est prononcée sans ambiguïté sur la célèbre "*Déclaration Ihlen*, du 22 juillet 1919", soit la réponse donnée par le Ministre des Affaires étrangères de Norvège au Ministre du Danemark. On sait que, dans cette affaire, le Gouvernement norvégien était d'avis que la réponse verbale donnée le 22 juillet 1919 "n'avait pas de force obligatoire, en tant qu'il était hors des attributions légales du Ministre des Affaires étrangères d'engager l'Etat". Au contraire, selon le Danemark, lorsque "le Gouvernement norvégien ou le Ministre norvégien des Affaires étrangères, au nom du Gouvernement norvégien, fait une pareille déclaration, il garantit en même temps que cette déclaration est donnée d'une manière correcte suivant les prescriptions norvégiennes internes, et il ne peut pas invoquer, par rapport à l'autre Partie contractante, le fait qu'elle contiendrait des défaut de forme que l'autre Partie ne peut pas connaître".

41. Dans son arrêt, la Cour permanente a considéré

"comme incontestable qu'une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le Ministre des Affaires étrangères au nom du Gouvernement, dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre" (ibid., p. 71).

On ajoutera en passant que le Juge Anzilotti, grand partisan du dualisme, dans son Opinion dissidente (ibid., p. 91) observe que "des doutes ont été soulevés sur la validité de l'accord en raison, avant tout, de sa forme verbale et de la compétence du Ministre des Affaires étrangères ...". Mais, considérant avec la Cour que des déclarations comme celles de M. Ihlen "sont obligatoires pour l'Etat", il ajoute que le "point de savoir si le droit constitutionnel norvégien autorisait le Ministre ... à faire la déclaration dont il s'agit, *c'est là une question qui ... ne concerne pas le Gouvernement danois* : il appartenait à Monsieur Ihlen de ne pas donner sa réponse sans avoir obtenu les consentements éventuellement nécessaires selon la loi norvégienne" (ibid., pp. 91-92).

42. Il n'est peut-être pas inutile de signaler à ce stade que la Déclaration Ihlen a pu être considérée dans la doctrine, par certains auteurs (nonobstant son acceptation par la Partie danoise), non pas comme donnant naissance à un *accord*, mais comme un *acte unilatéral*. Or il est établi en droit international qu'un acte de cette nature *peut* créer des obligations juridiques. C'est ce qui a été jugé par exemple, par la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Essais nucléaires* (Australie - Nouvelle Zélande contre France, Recueil CIJ 1974 pages 253, 457), où il est dit par exemple :

"43. Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques Quant l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. ... Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats ...

44. Bien entendu, tout acte unilatéral n'entraîne pas des obligations mais un Etat peut choisir d'adopter une certaine position sur un sujet donné dans l'intention de se lier — ce qui devra être déterminé en interprétant l'acte...

45. Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit..." (ibid., pp. 267, 268).

43. Il est opportun, pour mieux situer les questions litigieuses, de compléter ce survol rapide du droit international public par quelques remarques sur les *rappports du droit interne et du droit international* et, en particulier, sur la *violation du droit constitutionnel* relative à la conclusion et à la validité d'un traité international. Le rappel des normes existant en la matière est d'autant plus important en l'espèce que, comme on l'a vu plus haut (supra IIIA, n° 2), la République du Costa Rica fonde une partie substantielle de son

argumentation sur son droit constitutionnel, ainsi que sur la violation d'autres dispositions de son droit interne, concernant par exemple la capacité et les pouvoirs d'agir de ses représentants.

44. Sur la première question, la solution est incontestée. On rappellera par exemple que, dans son Avis consultatif du 26 avril 1988, concernant *l'Accord de Siège entre l'ONU et les Etats-Unis* (CIJ Recueil 1988, p.12), la Cour internationale de Justice s'est exprimée comme suit :

"... il suffirait de rappeler le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne" (ibid., p. 34).

Cette prééminence a été consacrée par la jurisprudence dès la Sentence arbitrale rendue à Genève le 14 septembre 1872 dans l'affaire de l'*Alabama* entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne (Moore, op. cit., vol. I, p. 495) et elle a été souvent rappelée depuis lors, notamment dans l'affaire des "Communautés" gréco-bulgares, dans laquelle la Cour Permanente a jugé que

"C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité" (CPJI Série B N° 17, page 37).

45. De même dans l'affaire *Georges Pinson* (entre la France et le Mexique — RSA, Vol. V, 327), le Tribunal arbitral a rejeté, comme "absolument contraire aux axiomes même du droit international" (ibid., p. 393) la thèse mexicaine d'une supériorité du droit constitutionnel, et a cité notamment la décision du Surarbitre dans l'affaire *Montijo* (Moore, op. cit., vol. II, p. 1421) à savoir qu'un traité est "superior to the Constitution, which latter must give way" et que "the legislation of the Republic must be adapted to the treaty, not the treaty to the laws" — principe également valable pour les rapports mutuels entre la Constitution et le droit international non-écrit.

46. De même encore, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Bureau de l'OLP et de l'Accord de Siège entre les Etats-Unis et l'ONU*, Avis consultatif du 26 avril 1988 (Recueil CIJ 1988, p. 12; cf. l'Etude du Professeur B. Stem in AFDI 1988, pp. 165, 174 ss.) a rappelé que l'Accord de Siège est un traité en vigueur qui s'impose aux Parties. On lit notamment dans l'Etude du Professeur Stern que l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est considéré comme exprimant le droit international coutumier et que "une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Cette position est également rappelée dans le "*Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*", par exemple au commentaire du paragraphe 321 où il est précisé que : "the doctrine of pacta sunt servanda ... is perhaps the most important principle of international law. It includes the implication that international obligations survive restrictions imposed by domestic law" (American Law Institute, 1987, p. 190). Ladite règle contredisait on ne peut plus clairement la prétention des Etats-Unis dans cette affaire de l'Accord de Siège avec l'ONU, prétention selon laquelle la loi interne postérieure au traité devait s'appliquer "quelles que soient les obligations qui leur incombent en vertu de l'Accord de Siège".

47. Il est intéressant de citer encore un vieux cas d'arbitrage, entre le Nicaragua et le Costa Rica concernant un Traité de frontière de 1858 (voir Moore, op. cit., Vol II, p. 1946), affaire dans laquelle la controverse juridique paraît présenter plusieurs analogies avec la présente espèce. On y lit ce qui suit :

"The argument now presented by Nicaragua is twofold, and raises two points, first, that the Treaty is invalid because ratifications were exchanged before approval by the Assembly; and second, that it is invalid because such approval was given more than forty days after signature" (ibid., p. 1962).

Et le Tribunal arbitral, conformément à la thèse soutenue par le Costa Rica, de rejeter ces deux arguments pour les motifs suivants :

"As to the first of these points, it would perhaps be enough to say that Nicaragua can not now seek to invalidate the Treaty on any mere ground of irregularity in the order of its own proceedings. If its Legislature did in fact approve the Treaty, that is enough for the present purpose. Whether such approval was expressed before or after the exchange of ratifications is an immaterial matter now..."

But it does not appear that there was any real irregularity in these proceedings...

... the fact of the subsequent approval of the Treaty by the Assembly is satisfactory proof that that body approved not only the terms of the instrument, but also the manner in which the Executive had executed the authority conferred by the decree of the 5th February 1858..." (ibid., pp. 1962, 1963).

Enfin, quant au second argument opposé au Costa Rica par le Nicaragua, le Tribunal arbitral déclare :

"The second point — that the legislative sanction was not given until after the expiration of the forty days fixed by the Treaty for the exchange of the ratifications — seems clearly untenable. Costa Rica, and not Nicaragua, might have complained of this delay ... But it was not bound to do so. ..." (ibid., p. 1963).

48. Une autre affaire, plus récente, où était invoquée une (prétendue) violation du droit constitutionnel est celle de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal* (RSA, Vol. XX, p. 121). Le premier de ces pays soutenait que l'Accord par échange de Notes du 26 avril 1960 était nul car, lors de sa signature, aussi bien le Portugal que la France aurait commis une violation de normes du droit interne, d'importance fondamentale. Le Tribunal arbitral, faisant abstraction de la Convention de Vienne, non encore conclue à l'époque, a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer le *droit international coutumier* :

"Quant à la pratique judiciaire et arbitrale, il n'existe aucun précédent de traité déclaré nul parce que l'un des Etats contractants aurait violé son droit interne en le signant" (ibid., p. 141, n° 55).

Le Tribunal arbitral estime que, en ce qui concerne la conclusion d'un Accord international, la règle qu'il doit appliquer, et qui était observée par les Etats à l'époque, est le principe de la bonne foi.

D. La Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969

49. Arrivons-en à la solution donnée au problème de la *conclusion des traités en violation d'une règle de droit interne* d'un des Etats par la *Convention de Vienne*, convention dont l'importance n'a pas besoin d'être soulignée pour la solution du présent litige, dès lors, d'une part, qu'elle constitue une pièce maîtresse du droit international contemporain et que, d'autre part, et comme il a été dit (supra III n° 38), elle a été expressément désignée par le Compromis Arbitral comme devant être particulièrement prise en considération par les Arbitres.

50. On comprendra mieux les solutions adoptées par la Convention de Vienne si l'on tient compte de l'évolution de la pratique antérieure, des controverses doctrinales et, en particulier, des travaux préalables de la *Commission du Droit international* des Nations Unies. (Voir à ce sujet, par exemple, *Taslim O Elias*, *The Modern Law of Treaties*, Leiden, Sijthoff, 1974, en particulier pp. 142 ss.; *Paul Reuter*, op. cit., notamment n° 40 ss. et 242 ss.; *Ph. Cahier*, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye (ci-après RCADI, 1985-VI, Tome 195, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 184 ss.; YILC, 1966, Vol. II, pp. 172 ss.; *J. Hostert*, "Droit international et droit interne dans la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969", AFDI, 1969 (15), pp. 92 ss.; *Ph. Cahier*, La violation du droit interne relative à la compétence pour conclure des traités comme cause de nullité des traités, *Rivista di Diritto Intern.*, 1971, pp. 226 ss. (ci-après : Cahier, La violation)).

51. A la veille de la Convention de Vienne, la doctrine semblait se partager entre trois courants sur la question des violations du droit interne en matière de conclusion des traités (soit par non-respect du processus de ratification, soit par incompétence de l'organe qui a conclu le traité). Selon un premier courant (entre autres, *John M. Jones*, *Full Powers and Ratification*, Cambridge, University Press, 1946, pp. 154 ss., 157; *B. Conforti*, Cours général de droit international public, RCADI 1988-V, Tome 212, p. 97) la violation du droit interne rendait le traité nul ou annulable (mais aucune décision internationale ne semble avoir poussé la "logique" jusqu'à cette conséquence). Selon une seconde doctrine (entre autres, *Hans Blix*, *Treaty-Making Power*, London, Stevens & Sons, 1960, pp. 392, ss.; *K. Holloway*, op. cit., pp. 105 ss., 441 ss.), il n'y aurait pas lieu de tenir compte du droit interne, le droit international prenant seulement en considération les manifestations extérieures de la volonté de l'Etat. Enfin une solution intermédiaire, empirique, a prévalu sur la proposition du Rapporteur de la Commission du Droit international (en 1963, YILC 1963, Vol II, pp. 42 ss., voir aussi *Lord Mc Nair*, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 58 ss., 76-77; *Jörg P. Müller*, *Vertrauensschutz in Völkerrecht*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Vol. 56, Köln/Berlin, 1971, pp. 191 ss.; *Verdross/Simma*, op. cit., pp. 444 ss.), le Professeur *Waldock* (plus tard juge à la Cour de La Haye).

52. Les raisons du rejet de la première solution ont été bien mises en lumière par Paul *Reuter* :

"Il est bien difficile d'admettre qu'au moment de l'échange des consentements, l'Etat B puisse prétendre connaître le droit constitutionnel de l'Etat A mieux que les représentants autorisés de cet Etat : il doit accepter normalement la déclaration que son partenaire lui adresse de bonne foi, sinon il n'y aurait plus de sécurité dans les relations conventionnelles. La pratique internationale est bien en ce sens..." (op. cit. n° 40, voir aussi l'article 46 Convention de Vienne, et Jörg P. Müller, op. cit., pp. 198 ss.).

Le même auteur ajoute l'observation intéressante suivante :

"... certains Etats ont formulé dans leur constitution des règles impraticables, destinées à empêcher leurs représentants de conclure aucun traité sans la caution des congrès ou parlements. Cette règle assez commune dans les constitutions des Etats de l'Amérique latine procède d'une méfiance à l'égard de [leurs] représentants ... En l'état actuel des choses, les besoins de la solidarité internationale sont tels qu'il y a des circonstances où des accords doivent être conclus et exécutés sans délai et c'est en ce sens que des règles constitutionnelles aussi strictes sont impraticables..." (ibid., n° 42).

53. Selon le juge Elias (op. cit., p. 148),

"If a State after entering into a treaty should discover that it is faced with certain constitutional difficulties, the proper thing to do is not to seek to get out of these by a unilateral invocation of the invalidity of the treaty on the ground of constitutional limitations, but promptly to notify the other States Parties about the real nature of the problem and seek to obtain its revision or amendment if the particular difficulties cannot be got rid of by its own internal legislative and executive action. [L'auteur signale en note que c'est ce qu'a fait la Norvège, deux jours après l'arrêt de la Cour Permanente dans l'affaire du Groenland oriental déclarant illégal un décret norvégien] Good faith requires that this be done in preference to a resort to a claim of invalidity on the ground of limitations of internal law."

Le même auteur et juge, analysant les travaux de la Commission du Droit international lors de sa 15ème session, montre que la majorité de la Commission était préoccupée par les risques d'insécurité pouvant provenir d'une application du droit interne et il souligne la préoccupation de la Commission "with the maintainance of the integrity of treaties against an all too easy invocation of constitutional limitations as a ground of invalidity" (ibid., p. 148; cf. aussi Verdross/Simma, op. cit., pp. 444 ss.).

54. La suite des travaux devait conduire à la consécration de la solution dégagée par la Commission du Droit international (avec notamment l'adjonction d'un amendement du Pérou d'une deuxième condition pour que puisse être invoquée la nullité de l'accord pour violation de son droit interne : au caractère "*manifeste*" de la violation du droit interne s'est ajouté la condition qu'elle concerne une règle "*d'importance fondamentale*").

55. Il y a lieu de reproduire ici le texte de l'article 46

"1. Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale.
2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi".

56. Un aspect particulier du problème général des rapports du droit interne et du droit international doit enfin être invoqué, celui des pouvoirs des organes ou représentants de l'Etat d'exprimer le consentement de ce dernier, ainsi que l'éventualité d'une absence ou d'un *excès de pouvoir*.

57. Il est nécessaire, ici aussi, de résumer d'abord les principes pertinents du droit international en la matière, à propos surtout de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, compte tenu de l'argumentation développée par la République du Costa Rica dans le présent arbitrage à propos, en particulier, de la signature par M. R. Araúz Bonilla de la Convention financière du 1er août 1985 et de divers actes relatifs aux crédits accordés par Mediocredito centrale à l'INCOP.

58. On notera d'abord que la *capacité* de l'Etat de conclure des traités n'est évidemment pas en cause et n'est d'ailleurs pas contestée par les Parties, pas plus d'ailleurs que celle de conclure des contrats, et il n'est pas davantage contesté que la capacité de l'Etat est soumise à son propre droit en vertu des règles du droit international privé. Seule se pose donc ici la question de savoir dans quelle condition un Etat est engagé internationalement par un consentement exprimé par un représentant.

59. A ce sujet, il y a lieu de rappeler d'abord, outre l'article 2 (1c), l'article 7 "*pleins pouvoirs*", chiffre 1 de la Convention de Vienne, qui dispose :

"Une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité :

- (a) si elle produit des pleins pouvoirs appropriés; ou
- (b) s'il ressort de la pratique des Etats intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'Etat à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs...".

Il faut ensuite citer l'article 47 de la même Convention de Vienne qui, sous le titre "Restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un Etat", dispose :

"Si le pouvoir d'un représentant d'exprimer le consentement d'un Etat à être lié par un traité déterminé a fait l'objet d'une restriction particulière, le fait que ce représentant n'a pas tenu compte de celle-ci ne peut pas être invoqué comme viciant le consentement qu'il a exprimé, à moins que la restriction n'ait été notifiée, avant l'expression de ce consentement, aux autres Etats ayant participé à la négociation".

60. Dans son Traité déjà cité (supra III n° 50), le Juge T.O. Elias (page 151) souligne que cet article n'aura guère qu'une application limitée. En effet, lorsqu'un traité demande une ratification, approbation, etc., pour lier les Parties "any excess or authority on the part of a State's representative will automatically be dealt with when the moment arrives for its ratification, acceptance or approval ... Where a State elects to adopt the treaty, it will be considered to have thereby endorsed its Agent's unauthorized act" (ibid. p. 151; cf. aussi K. Holloway, op. cit., pp. 65 ss.; H. Blix, op. cit., pp. 17 ss.).

61. Tout comme la Commission du Droit international dans son commentaire (YILC, 1966, Vol. II, page 243), l'auteur souligne que l'article ne s'applique qu'au cas où l'autorité de l'Agent a été spécialement restreinte par des conditions, réserves ou limitations, lesquelles doivent être non seulement portées à la connaissance en général mais *notifiées* aux autres États parties au traité :

"A representative must realise that specific restrictions on his authority will not in any way affect a consent which he has expressed unless, prior to his expressing such consent, those restrictions had been notified to the other negotiating States" (Elias, op. cit., p. 151).

Enfin, l'auteur observe qu'il s'agit d'autres restrictions que les limitations *constitutionnelles* visées à l'article 46 qui précède (ibid., p. 152).

62. Sur les "pleins pouvoirs" du représentant de l'Etat, au sens de l'article 7 de la Convention de Vienne, on peut citer aussi le Rapport de la Commission du Droit international à l'Assemblée générale de l'ONU (YILC 1966, Vol. II, p. 192), Rapport selon lequel les "pleins pouvoirs" exigés par l'article 7.1, lettre a de la Convention (alors article 6 (1a) du Rapport), constituent la protection fondamentale pour les représentants des Etats concernés en ce qui concerne les qualifications respectives de leurs représentants et leur aptitude à accomplir l'acte en question (comme l'expression du consentement de l'Etat à être lié) :

"... it is for the States to decide whether they may safely dispense with the production of full powers. In earlier times, the production of full powers was almost invariably requested; and it is still common in the conclusion of more formal types of treaty. But a considerable proportion of modern treaties are concluded in simplified form, when more often than not the production of full powers is not required" (ibid., p. 193).

63. Enfin, il y a lieu d'évoquer aussi l'article 8 de la Convention de Vienne "confirmation ultérieure d'un acte accompli sans autorisation", lequel dispose :

"Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un Etat à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet Etat".

Au sujet de cette hypothèse, la Commission du Droit international (prévue à l'article 7 de son Rapport, devenu l'article 9 de la Convention), cite (Rapport, p. 194) cite quelques cas (rares) où cette hypothèse s'est réalisée en pratique. En ce cas, il est évident, de l'avis de la Commission, que l'Etat est en droit de *désavouer* l'acte de son représentant, mais qu'il peut aussi le *confirmer* et y *consentir après coup* :

"It will also be held to have done so by implication if it invokes the provisions of the treaty or otherwise acts in such a way as to appear to treat the act of its representative as effective".

64. Quoi qu'il en soit, il n'est pas sans intérêt de mentionner enfin le domaine, certes différent mais voisin, de la responsabilité internationale de l'Etat, où la même Commission du Droit international des Nations Unies a constaté l'existence d'une norme de droit international coutumier attribuant à l'Etat les comportements de ses organes ou représentants qui ont excédé leur

compétence ou contrevenu à des instructions concernant leur activité. Ce principe est aujourd'hui incontesté à l'heure actuelle et, à l'exception de quelques rares cas, il a été "reconnu de manière unanime, tant par les Etats dans leur pratique que par la jurisprudence et la doctrine internationales" (cf. Christophe Fischer, Lausanne 1993 : "La responsabilité internationale de l'Etat pour les comportements *ultra vires* de ses organes", page 131). C'est ce qu'exprime l'article 10 du Projet sur la responsabilité internationale de l'Etat de la Commission du Droit international, ainsi conçu :

"Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogative de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou à contrevenu aux instructions concernant son activité", (cf. aussi Eric Suy, in *Corpus Juris Gentium*, Leuven-Amersfoort, 2nd ed., 1996, p. 660)

IV. Arguments et conclusions des Parties

1. La première question à résoudre par le Tribunal arbitral, selon l'article 3 chiffre 1a du Compromis Arbitral du 11 septembre 1997, ainsi qu'on l'a dit (supra III n° 5) est celle de la *validité et du caractère obligatoire de la Convention financière du 1er août 1985*. A la lumière des normes et principes du droit international public qui ont été résumés ci-dessus, ainsi que, au besoin, des normes du droit italien, il y a lieu de se prononcer sur les divers arguments invoqués par le Costa Rica pour nier cette validité et ce caractère, compte tenu aussi des réponses qui ont été proposées par la Partie italienne.

2. On rappellera d'abord que la présente Sentence a écarté d'emblée (supra III n° 9-10) l'argument, selon lequel la Convention financière n'entrerait pas, vu son caractère financier, dans le domaine matériel qui est l'objet de la Convention-cadre de Coopération technique.

Ce rappel amène à situer la Convention financière dans le contexte général des relations des diverses Parties en cause, Convention dont il a été prétendu à plusieurs reprises qu'elle serait un instrument *autonome* (cf. supra III n° 1-2). Or la thèse de l'absence de liens juridiques comme de fait entre les trois accords que sont l'Accord-cadre de Coopération (pour ne pas mentionner le "Memorandum de entendimiento"; supra II n° 1), le Protocole exécutif de coopération au développement (supra II n° 9-10) et la Convention financière ne saurait être retenue. De l'avis du Tribunal arbitral, elle est manifestement contraire à la réalité des faits tels qu'ils ont été résumés dans la partie II de la présente Sentence, à l'histoire des relations entre les Parties, à la vraisemblance ainsi qu'à l'intention commune des Parties telle qu'elle apparaît de l'ensemble des pièces du dossier, considérées selon les principes usuels d'interprétation.

3. En effet, si la Convention financière a été conclue le 1er août 1985, c'est à l'évidence, en bref, parce que, d'une part, le Gouvernement italien en avait confié la mission à *Mediocredito* et que, d'autre part, le Gouvernement

du Costa Rica en avait fait de même avec l'INCOP, et cela en exécution du Protocole exécutif de Coopération, lequel avait lui-même été conclu, comme déjà observé (supra III n°10) "En el ambito del acuerdo marco italo-costaricense ... de cooperación técnica". Le texte des accords en question ne laisse aucun doute à cet égard et cette conclusion serait confirmée, s'il en était besoin, par les termes fort clairs des lettres adressées à la Partie italienne par le Président de la République du Costa Rica en personne (cf. supra II n° 3-5, 7, etc.).

4. On observera à ce stade que cette constatation des liens existants entre la Convention financière et les accords qui l'ont précédée ne suffit pas à elle seule à résoudre les questions, controversées entre les Parties, de droit applicable à ladite Convention financière et de la source des obligations de restitution allégués par l'Italie à l'encontre du Costa Rica. Ces questions seront examinées plus loin.

Si la Partie costaricienne ne saurait donc sérieusement contester l'existence des liens matériels unissant la Convention financière aux divers accords qui l'ont précédée et dont elle constitue un des aboutissements manifeste, elle fonde aussi sa thèse de l'indépendance sur *l'absence de validité et d'effectivité* qui, à son avis, aurait entaché la Convention-cadre (et par contre-coup le Protocole exécutif), au moins jusqu'à sa ratification par l'Assemblée législative du Costa Rica, du 17 mars 1986 (supra II n° 24), ratification donnée presque deux ans après la signature du Protocole exécutif. Selon cette thèse, tous les accords signés avant cette ratification du 17 mars 1986 — à supposer cette dernière régulière constitutionnellement (ce qui est contesté dans la dernière écriture du Costa Rica) — alors que conclus en période de non-effectivité —, devraient être considérés comme indépendants et non pas comme des actes d'exécution de la Convention-cadre.

5. Il convient donc d'analyser d'abord l'argumentation relative à la non-effectivité de la Convention-cadre, ensuite celle qui concerne le Protocole exécutif du 20 juin 1984, dont il est allégué que son approbation par Décret (supra II n° 12) ne lui conférerait pas d'efficacité, faute d'approbation législative préalable à sa ratification. Enfin, le Tribunal examinera le droit applicable à la Convention financière, puis la question de la conclusion, de la validité et des effets de cette dernière.

6. *La Convention-cadre de Coopération technique* du 24 octobre 1983 est indiscutablement valable et obligatoire en elle-même, dans les limites de son objet (dont il avait été prétendu, à tort, que cet objet ne concernerait pas l'assistance financière au projet de bassin de carénage; cf. supra II n° 2-3, etc.). Cette Convention a été dûment ratifiée, comme on l'a vu, le 17 mars 1986 par l'Assemblée législative du Costa Rica — si bien que, depuis cette date tout au moins, son caractère obligatoire apparaît indiscutable; il n'a du reste pas été mis en doute par les Parties sinon, à la fin de la procédure, par un nouvel argument de la Partie costaricienne qui a invoqué le non-respect d'une disposition constitutionnelle exigeant une majorité des deux-tiers des voix du

Parlement pour l'approbation tant de la Convention-cadre, du Protocole exécutif. (Voir "Conclusiones" du Costa Rica, du 1er avril 1998, pages 2-4).

7. Cet argument d'une prétendue invalidité ou inefficacité de la ratification parlementaire de la Convention-cadre ne saurait être retenu. Il se heurte à une pluralité de raisons, indépendantes et décisives, qui résultent clairement des principes, des textes et des précédents résumés ci-dessus dans la partie III de la présente Sentence (notamment aux n° 44 à 57), par exemple celui, "fondamental" selon la jurisprudence internationale, de la *prééminence du droit international sur le droit interne* (cf. supra n° 44). Ainsi le texte de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (cité supra III n° 55) suffit à exclure la possibilité en l'espèce et sur ce point d'invoquer le droit interne, fût-il constitutionnel.

8. Le Costa Rica peut d'autant moins prétendre que le non-respect d'une majorité des deux-tiers constituerait une "violation manifeste" et "d'importance fondamentale" qu'il s'est totalement abstenu, pendant plusieurs années, de le signaler à la Partie italienne et même de l'invoquer jusqu'à la fin de la présente procédure. L'argument est de toute façon tardif. On relèvera aussi, en passant, que comme l'a souligné en plaidoirie la Partie italienne, le Gouvernement du Costa Rica a procédé, le 21 mars 1988, à l'échange des instruments de ratification sans signaler ou soulever une quelconque irrégularité. Le principe de l'"estoppel" ou celui de la bonne foi, appliqué dans nombre de litiges internationaux, s'opposerait à ce qu'une Partie, sans avoir démontré au demeurant l'existence d'un intérêt légitime à invoquer ce moyen, se prévale d'une irrégularité qui lui est imputable et qu'elle seule pouvait empêcher.

9. La seule question qui mérite dès lors d'être examinée est celle de la portée temporelle de la ratification, qui est valable en soi, de la Convention-cadre. Pour déterminer cette portée, il convient évidemment d'interpréter la volonté commune des Parties et, en particulier, celle de la République du Costa Rica.

A considérer la chronologie des faits (supra II, n° 2 ss.), on constate que, après la signature du 24 octobre 1983, les deux Parties se sont livrées à une série d'actes d'exécution qui, s'agissant du Costa Rica, ne peuvent être interprétés, à la lumière des principes et de la pratique du droit international exposés plus haut (supra III, n° 34-35) que comme une ratification tacite, un acquiescement, une renonciation à la condition de ratification formelle, ou encore et en tous les cas comme exprimant la volonté de considérer la Convention-cadre comme immédiatement en vigueur. Si, en effet, la Partie costaricienne avait considéré que, avant la ratification législative du 17 mars 1986, l'Accord-cadre n'avait aucune validité ni efficacité, comme elle l'allègue aujourd'hui, on s'expliquerait très difficilement des actes comme les diverses lettres du Président de la République, la signature du Protocole exécutif du 20 juin 1984, et la désignation de l'INCOP ou les pleins pouvoirs accordés à M. R. Araúz Bonilla, ou la loi du 22 juillet 1985 autorisant l'INCOP à souscrire des

conventions au nom de l'Etat, et notamment la Convention financière — pour ne citer que ces exemples — ou encore la loi du 25 avril 1986 autorisant les entités publiques, comme l'INCOP, à céder à des entreprises privées les crédits accordés par l'Italie ("los créditos ayuda conferidos por el Gobierno de Italia, con fundamento en el Convenio Marco suscrito con ese Estado").

10. En résumé, tous les faits de la cause démontrent que le Costa Rica a considéré la Convention-cadre, comme d'ailleurs le Protocole exécutif, comme valable, efficace et immédiatement en vigueur, et la ratification du 17 mars 1986 comme une formalité normale mais dénuée de portée substantielle, ce qui s'explique d'autant mieux que c'est cet Etat qui avait manifestement le plus grand intérêt à une efficacité immédiate, en tant que bénéficiaire de l'assistance technique et financière italienne. Compte tenu par exemple de la priorité accordée par le Gouvernement du Costa Rica au projet, tenu par lui pour d'intérêt national, de bassin de carénage de Puerto Caldera (cf. supra II n°3, 7, 10, etc.), il serait singulier, voire paradoxal pour le bénéficiaire de l'assistance technique et financière de se plaindre d'une entrée en vigueur trop rapide ou prématurée. Quant à la Convention financière, le Tribunal arbitral se déterminera plus loin en ce qui concerne l'objection fondée sur une "application anticipée" par l'Italie.

11. Cette conduite des Etats, loin d'être inhabituelle, est au contraire fréquemment adoptée par les Etats dans les relations internationales où, comme on l'a vu (supra III n° 19) "Governments act as a rule on the view that a treaty exists from the time of signature".

12. Quant au *Protocole exécutif du 20 juin 1984* (supra II Résumé des faits n° 9 ss.), il est clairement un acte d'exécution de la Convention-cadre et ne saurait être tenu pour un accord autonome ou indépendant. Il suffira de rappeler ici que les diverses objections et arguments de la Partie costaricienne sur ce point n'ont pas été retenus par le Tribunal, soit qu'ils concernent l'objet du Protocole (financement et installation d'un "digue seco"), soit en ce qui concerne la prétendue période de non-effectivité de l'Accord-cadre, comme on vient de le voir.

13. Il en est de même des arguments tirés du droit interne, et en particulier du droit constitutionnel, du Costa Rica. A supposer même, ce qui n'a pas été démontré à satisfaction de droit, que le Protocole aurait dû être obligatoirement soumis à l'accord du Parlement avant sa ratification sur le plan international, ou à supposer que son approbation législative ait été donnée dans des conditions ou des formes irrégulières en droit interne ces arguments ne sauraient être retenus par un Tribunal arbitral international tenu d'appliquer l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, comme de s'inspirer du droit international coutumier et de la pratique internationale.

14. Ainsi que l'a montré le résumé des faits (supra, partie II), et que le démontrera encore l'analyse de la Convention financière, à laquelle des raisons analogues s'appliquent en tout état de cause, la *conduite subséquente*

des deux Parties, et en particulier celle du Costa Rica, démontre que le Protocole exécutif a été considéré comme pleinement valable, et a été mis à exécution pendant des années. Ce qui suffit à empêcher, selon la règle "non venire contra factum proprium" et le principe de la bonne foi, la Partie costaricienne d'en contester aujourd'hui la validité. Il est superflu d'insister ici sur le caractère tout à fait fondamental du *principe de la bonne foi* en droit international — en lui-même ou envisagé dans l'un ou l'autre de ses avatars comme la notion d'"estoppel" ou la prohibition de l'abus de droit. Il s'agit à l'évidence en effet de l'un des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", l'une des sources et des "normes pertinentes du droit international" au sens de l'article 33 du Règlement facultatif pour l'Arbitrage des Différends entre Deux Etats de la C.P.A. (identique à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice), article auquel les Parties se sont référées expressément dans l'article 3 du Compromis Arbitral, en prescrivant au Tribunal Arbitral de s'y conformer (Sur ce principe, voir par exemple Bin Cheng, *General Principles of law as applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953, pp. 105-160; Antoine Martin, *L'Estoppel en droit international public*, Paris, éd. Pedone, 1979; Charles Rousseau, op. cit., tome I, n° 305 ss.; Shabtai Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 194-1986*, Cambridge, pp. 135-179).

15. Mais il convient d'en venir à l'essentiel, c'est-à-dire à *la Convention financière du 1er août 1985*. On rappellera tout d'abord que cet accord n'est pas un acte autonome mais bien un des actes d'exécution de la Convention-cadre et du Protocole exécutif, pour les raisons générales indiquées plus haut; à quoi s'ajoute la constatation que le Compromis arbitral du 11 septembre 1997, article 1a, l'indique lui aussi très clairement. Ce nonobstant, cet accord financier est considéré par le Costa Rica à la fois comme un acte autonome et comme un contrat ordinaire (de crédit commercial) régi par *le droit italien* et non pas par le droit international. Cependant, il est allégué que, même s'il était un traité soumis à ce dernier droit, le Tribunal devrait quand même conclure à son invalidité et inefficacité. Il convient d'examiner successivement ces divers arguments.

16. La thèse selon laquelle la Convention de crédit, quoi qu'il en soit de sa nature juridique qui sera commentée plus loin, ne serait pas régie par le droit international, se heurte d'abord au texte même du *Compromis Arbitral*, dont l'article 3 chiffre 1 pose en premier lieu la question de la validité et du caractère obligatoire de cette Convention financière et, au chiffre 2, prescrit au Tribunal arbitral quel est le droit applicable à cette question — et cela sans mentionner le droit italien. L'application de ce dernier droit n'en est pas nécessairement exclue pour autant mais dans la controverse entre les Parties, n'occupe guère qu'une place subordonnée, le débat étant concentré sur le contexte du droit international public. On reviendra plus loin sur l'application éventuelle du droit italien qui a été convenue par les Parties à la Convention financière, à l'article 13, il est vrai dans l'hypothèse d'un litige soumis à l'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, à Paris (arbitrage CCI).

Or cette hypothèse a été dépassée par la conclusion du Compromis Arbitral du 11 septembre 1997, dont on sait que l'article 3 prescrit au Tribunal arbitral de juger "*en conformité des normes pertinentes du Droit international* selon l'article 33 du Règlement CPA" (lequel reproduit le célèbre article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice sur les sources du Droit des gens).

17. En outre, il convient d'ajouter que, parmi les preuves ou arguments qui ont été avancés par la Partie costaricienne à l'appui de sa thèse de l'inefficacité ou invalidité, soit de la Convention-cadre, soit du Protocole exécutif, ou encore de la Convention financière, rien ne permet au Tribunal arbitral d'admettre ou même de supposer que le Pouvoir Exécutif du Costa Rica ait à aucun moment — dans la conduite des négociations et opérations nécessaires au financement, à la construction et à l'installation du "digue flottante" de Puerto Caldera — agi d'une manière contraire aux dispositions pertinentes de la Constitution de l'Etat.

18. A l'évidence, on ne saurait ni admettre à la légère, ni présumer, que le Président de la République, Chef de l'Etat et du Pouvoir Exécutif, ait violé en quoi que ce soit des dispositions constitutionnelles ou même simplement législatives, dispositions qu'il doit connaître mieux que personne et faire respecter. D'où résulte déjà la conséquence, dans le présent arbitrage, de l'extrême difficulté que devraient surmonter les représentants de la Partie costaricienne pour parvenir à démontrer que le consentement qui a été donné à tel ou tel accord international serait vicié par une violation du droit interne, au sens de l'article 46 de la Convention de Vienne, c'est-à-dire une violation *manifeste* qui aurait dû être "objectivement évidente pour tout Etat se comportant... conformément à la pratique habituelle et de bonne foi".

19. Cette constatation est valable, par identité de motifs, pour tous les actes juridiques (Convention-cadre, Protocole exécutif, ainsi que pour la Convention financière), actes dont il est prétendu en l'espèce qu'ils n'exprimeraient pas un consentement valable, et cela à cause d'une violation alléguée d'une disposition de droit interne costaricien.

20. Des observations analogues s'imposent en outre en ce qui concerne les actes et décisions, non pas cette fois du Pouvoir Exécutif, mais de l'Assemblée législative du Costa Rica et, en particulier, les diverses lois votées par le Parlement, comme la loi du 22 juillet 1985 (n°6995) ou la loi (n° 7025) du 17 mars 1986 approuvant l'Accord-cadre du 24 octobre 1983 pour la Coopération technique. De l'avis du Tribunal arbitral, ces diverses lois démontrent de manière claire la volonté du Pouvoir législatif du Costa Rica d'approuver tant l'Accord-cadre que le Protocole exécutif, ainsi d'ailleurs que d'autoriser ou d'approuver la Convention de crédit, et, d'une manière générale, l'ensemble des opérations tendant à faciliter l'installation d'un "digue flottante" à Puerto Caldera et à développer les installations portuaires dans cette région.

Dans les circonstances de fait qui résultent du dossier, le consentement et la volonté du Pouvoir législatif du Costa Rica d'autoriser, approuver ou ratifier les accords relatifs au "digue flottante" ne peuvent pas être mis en doute et ils

confirment bien qu'il s'agissait, comme il a été souligné à plusieurs reprises par le Président de la République, d'un *projet d'intérêt national* pour le Costa Rica, tel que cet intérêt a été apprécié souverainement, au moins à l'époque, par les diverses Autorités du pays.

21. On doit noter que l'expression de ce consentement par le Parlement n'est pas limitée, à proprement parler, à la seule *ratification* d'un accord international comportant l'acceptation de l'assistance financière d'un Etat étranger et ami, ni limitée à une approbation du *contenu* des accords tendant à faciliter l'installation de bassins de carénage à Puerto Caldera. L'expression de cette volonté et/ou consentement de l'Autorité législative implique aussi — en tous les cas faute de réserve expresse en sens contraire — l'approbation de la régularité ou de la légalité des actes précédemment accomplis par le Pouvoir Exécutif et ses représentants. Il se justifie d'appliquer ici les observations mentionnées plus haut (supra III n° 47) d'un Tribunal arbitral qui donna raison au Costa Rica contre une argumentation étroitement formaliste du Nicaragua et de citer le passage de la décision où l'Arbitre, le Président des Etats-Unis, G. Cleveland, a déclaré :

"The fact of the subsequent approval of the treaty by the Assembly is satisfactory proof that that body approved not only the terms of the instrument, but also the manner in which the executive had executed the authority confirmed by the decree of the 5th February 1858".

Cette interprétation de l'Arbitre s'applique parfaitement à la présente espèce.

22. A peine est-il besoin d'ajouter que, dans l'hypothèse où l'Assemblée législative aurait changé d'opinion par la suite et jugé opportun, par exemple pour des raisons de politique, de critiquer *ex post facto* les actes du Pouvoir Exécutif, cela ne pourrait rien changer à la validité des accords internationaux en cause et à leur caractère obligatoire pour le Costa Rica.

23. Quant à l'irrégularité qui, quelque peu *in extremis* dans la procédure arbitrale, a été alléguée, mais nullement démontrée, dans l'expression du consentement qu'implique le vote des lois approuvant les accords aujourd'hui litigieux (par exemple violation de l'exigence d'une majorité des deux-tiers), le Tribunal arbitral est de l'avis suivant : cette irrégularité n'est pas seulement et de toute façon *inopposable* à l'Italie du point de vue international — sans même qu'il soit besoin d'invoquer, comme l'a fait non sans raison la Partie italienne, le principe fondamental de la bonne foi et l'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui ("*Non venire contra factum proprium*") (cf. supra n° 14).

24. Au demeurant, l'existence de cette "irrégularité" en droit interne a été certes alléguée, mais son applicabilité au cas d'espèce n'a guère été qu'affirmée, et non pas démontrée. Certes, il est fort compréhensible que, *selon le droit interne* (par exemple constitutionnel) de certains Etats, lorsqu'il s'agit de décider des dépenses nouvelles, des règles particulières, exigeant par exemple des procédures, autorisations ou approbations spéciales par l'Autorité législative, limitent la liberté d'action du Pouvoir exécutif. De telles procédures ou exigences spéciales sont conformes au rôle traditionnel des

Parlements en matière de contrôle de dépenses. Il n'en reste pas moins qu'il n'a pas été prouvé devant le Tribunal arbitral que ces procédures et exigences particulières (sur les majorités nécessaires, etc.) étaient bien applicables au cas d'espèce et qu'elles auraient été violées par le même Parlement, dans son vote du 17 mars 1986 — et cela sans que personne ne s'avise pendant de nombreux mois, jusqu'à 1988 semble-t-il (cf. II Résumé des faits, n° 30 ss., 33-34) d'évoquer, au niveau de la politique interne, de possibles défauts à cette approbation législative.

25. Enfin, il n'a pas été expliqué si et pourquoi les formalités et procédures particulières relatives à l'approbation législative d'une convention de crédit s'appliqueraient nécessairement et de la même manière à des dépenses faites directement par l'Etat, d'une part, et d'autre part, à l'acceptation du "crédit d'aide" de USD 13 millions prévu à l'article 2 du Protocole exécutif, soit de l'assistance financière et technique offerte, dans des conditions particulièrement favorables, par l'Etat italien dans le cadre d'un accord de coopération et d'aide au développement. La citation de l'article 121 alinéa 15 de la Constitution politique du 7 novembre 1949 dans les mémoires du Costa Rica concerne certes les prêts d'Etats mais elle laisse subsister des doutes, à défaut d'explications plus circonstanciées, sur son applicabilité en l'espèce en droit interne costaricien.

26. Quoi qu'il en soit et pour les raisons déjà indiquées, cette disposition *interne* est sans pertinence dans le présent litige. Le Costa Rica paraît en être conscient puisque son premier mémoire, du 8 décembre 1997, reconnaît de lui-même, avec beaucoup d'objectivité, (page 11, 2ème alinéa) que "l'on pourrait argumenter que l'accord de l'Assemblée législative pour les Conventions de crédit est une condition interne ("un requisito interno"), dont l'existence ne peut être imposée aux Etats étrangers si bien que, en l'absence d'accord de l'Assemblée législative, la responsabilité du Costa Rica n'en serait pas moins engagée". Le Costa Rica estime donc que cette question doit être résolue "conformément aux principes généraux du droit international". L'observation est parfaitement exacte. Or ces principes, avec les dispositions de la Convention de Vienne, ont été rappelés ci-dessus (Partie III), et l'on a vu qu'il en résulte de façon certaine *l'inopposabilité* des conditions de droit interne (constitutionnel ou non) du genre de celle de l'article 121, alinéa 15 (cf. notamment supra III, n° 43-48 et III D., n° 49 et ss.).

27. Le premier mémoire costaricien semble cependant considérer comme un tel principe général du droit la nécessité d'un contrôle parlementaire en matière de crédits externes, principe qui se retrouverait dans la majorité des constitutions des pays traditionnellement débiteurs, et notamment latino-américains. Si telle est bien la pensée des auteurs du Mémoire, elle ne saurait être approuvée par le Tribunal arbitral.

S'il est exact en effet que la capacité de l'Etat de s'engager par traité ou contrat sur le plan international appelle en principe et d'abord le recours au droit interne, notamment constitutionnel, ainsi qu'on l'a vu plus haut, et que

l'exigence d'un contrôle parlementaire se retrouve dans nombre de constitutions, ces faits ne changent rien au principe, considéré par la Cour internationale de Justice comme "fondamental" (cf. supra n° 44) de la *primauté du droit international sur le droit interne*, ainsi qu'à la règle plusieurs fois citée ci-dessus de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

28. Pour les mêmes raisons, la référence du premier mémoire du Costa Rica à l'article 10 de la loi de Planification nationale et de Politique économique et à la nécessité de l'accord dudit Ministère (mideplan) (mémoire, pages 12 ss.) doit être considérée comme sans pertinence. Cela sans parler du fait que les objections dudit Ministère (cf. supra II Résumé des faits, n° 23) peuvent surprendre à divers points de vue, par leur destinataire comme par leur date ou par leur contenu : ils ne sont pas communiqués à une Partie italienne mais à une société costaricienne — et ils paraissent contredire, notamment, les déclarations du Président de la République du 13 octobre 1983 en ce qui concerne une étude de viabilité. En outre, quoi qu'il en soit de la valeur de ces objections sur un plan strictement *interne*, elles n'ont manifestement pas influencé la décision de l'Assemblée législative puisque celle-ci, alors qu'elle ne pouvait pas les ignorer, a voté le 17 mars 1986, donc après la lettre du 5 septembre 1985, la loi approuvant la Convention-cadre de 1983. Ces faits suffisent à exclure la possibilité pour le Tribunal arbitral de prendre en considération les arguments fondés sur les objections du Ministère de la Planification.

29. Enfin, il y a lieu d'ajouter par surabondance de motifs, que, à supposer même qu'il puisse subsister le moindre doute, vu les principes et règles de droit international évoqués plus haut, sur la valeur et la portée des approbations données par l'Assemblée législative du Costa Rica, un fait demeure : sur le plan international, cet Etat a clairement *reconnu ses engagements* à l'égard de l'Italie, par des actes concluants, par exemple en demandant une prorogation des délais de remboursement des crédits (supra II n° 29) ou aussi par la proposition, faite en 1988, par l'ancien et par le nouveau Président de la République (supra n° 30 et 31), de convertir les crédits en dons, ou encore par la suggestion de 1989, du Vice ministre costaricien à la Présidence, de céder à l'Italie une créance du Costa Rica contre la République du Nicaragua (cf. supra II n° 34 in fine). Ces diverses déclarations, ainsi que n'a pas manqué de le faire observer la Partie italienne, ont une indéniable portée juridique en droit international, et suffiraient à empêcher le Costa Rica de se prévaloir des invalidités et inefficacités alléguées aujourd'hui.

30. Les considérations qui précèdent, et qui conduisent le Tribunal arbitral à constater la pleine validité et efficacité tant de la Convention-cadre que du Protocole exécutif, doivent être encore complétées ou précisées en ce qui concerne la *Convention financière*, en tenant compte des arguments particuliers du Costa Rica relatifs à ladite Convention, ainsi que des réponses écrites et orales de l'Italie.

On sait que l'argumentation costaricienne se subdivise en deux volets, le premier tendant à démontrer que la Convention de crédit n'est pas un traité international, le second affirmant que, même s'il en était autrement, la Convention financière, en tant que traité, serait quand même invalide et inefficace.

Le Tribunal arbitral commencera, par commodité, par examiner cette seconde thèse, compte tenu du fait que l'ensemble des développements qui précèdent a concerné essentiellement, mais non exclusivement, le droit des traités et l'Accord-cadre et le Protocole exécutif.

31. Dans la mesure où la Convention financière est un traité, ou peut être assimilée à un traité international, le Tribunal peut se borner à se référer à l'analyse qui précède, d'où il résulte, en résumé : que cet accord est indiscutablement valable et obligatoire, qu'il est un acte d'exécution du Protocole exécutif et de l'Accord-cadre de Coopération et ne saurait être considérée comme un instrument autonome, isolé de son contexte de fait et de droit et enfin que, en particulier, l'objection tirée de sa conclusion antérieurement à la ratification de la Convention-cadre par le Parlement du Costa Rica ne peut ni être soulevée, selon le principe général de la bonne foi (cf. supra n° 14), ni être retenue pour les raisons qui ont été exposées plus haut. Aucun des motifs tirés de prétendues informalités ou irrégularités de droit interne ne peut de toute façon être retenu par un Tribunal arbitral international, indépendamment même du fait que les autorités costariciennes (ainsi que leurs représentants l'INCOP) ont non seulement clairement manifesté leur consentement à ladite Convention financière mais en ont reconnu à plusieurs reprises le caractère obligatoire. A quoi l'on pourrait encore ajouter les divers actes d'exécution accomplis au Costa Rica et/ou par des sociétés de ce pays, avec l'autorisation des Autorités locales (cf. supra II, n° 11).

32. Il reste pourtant à examiner un aspect non encore analysé de l'argumentation du Costa Rica, qui paraît commun aux deux thèses de cet Etat, c'est-à-dire à l'hypothèse du traité ou à celle, principale on l'a dit, de la Convention financière comme simple contrat. Il s'agit des *pouvoirs de représentation* de M. R. Araúz Bonilla pour conclure la Convention financière et pour signer diverses déclarations de débit permettant les versements des crédits, ainsi que diverses formalités requises par la Convention elle-même pour sa conclusion (article 3).

33. Selon la dernière écriture ("Conclusiones") et les plaidoiries du Costa Rica, la Convention financière, en résumé, serait invalide et inefficace pour plusieurs raisons :

- (a) parce qu'elle n'a pas été approuvée par l'Assemblée législative selon les règles du droit constitutionnel limitant la capacité de l'Etat et prescrivant une majorité qualifiée;
- (b) parce qu'elle n'est pas un traité international;

- (c) parce que sa conclusion a, d'une part, été le fait d'un excès de pouvoir d'un représentant non autorisé (M. R. Araúz Bonilla) et, d'autre part, entachée de diverses irrégularités;
- (d) parce que la loi 6995 attribuant à l'INCOP la représentation du Gouvernement du Costa Rica serait inconstitutionnelle; à quoi l'on peut ajouter :
- (e) que l'Italie aurait manqué à ses obligations en négligeant d'observer les conditions d'entrée en vigueur de la Convention et de contrôler les pouvoirs attribués à M. R. Araúz Bonilla ainsi que, semble-t-il, de s'assurer de la constitutionnalité ou régularité de certains actes ou textes de son co-contractant.

34. Il est superflu de répéter ici, à propos de la Convention financière, ce qui a été dit plus haut concernant la Convention-cadre ou du Protocole exécutif, sur la *primauté du droit international*. De même, il est superflu de répéter ce qui a été dit sur l'article 46 de la Convention de Vienne, dont le contenu est parfaitement applicable à la présente espèce, et ceci que l'on tienne ou non la Convention financière pour un traité international (compte tenu du fait, indiqué plus haut, que le Costa Rica a présenté une argumentation pour l'une et pour l'autre de ces hypothèses).

35. La *capacité* des Etats de conclure des contrats, soit avec des Etats étrangers, soit avec des personnes étrangères, privées ou publiques, n'est ni contestable ni contestée. En l'espèce, la nature juridique de la Convention financière du 1er août 1985 — de l'avis du Tribunal arbitral — ne prête à aucune discussion sérieuse (et ceci même — peut-être n'est-il pas inutile de l'ajouter — dans l'hypothèse, qui a été rejetée plus haut, où il s'agirait d'un acte autonome, et non pas d'un acte d'exécution d'un traité international comme l'a constaté déjà le Tribunal arbitral).

36. Selon son texte même, cet accord lie, d'une part un Gouvernement (emprunteur), celui du Costa Rica, d'autre part, une entité publique ("ente di diritto pubblico") qui dépend de l'Etat italien dont il n'est qu'un instrument, utilisant, comme l'indique le préambule, les fonds mis à sa disposition par l'Etat italien pour accorder, selon l'autorisation du Ministre du Trésor agissant de concert avec le Ministre du Commerce extérieur, un crédit financier au Gouvernement du Costa Rica.

37. Ledit accord n'a donc rien d'un contrat de droit privé qui serait conclu par un Gouvernement. La référence au droit italien en son article 13 (d'ailleurs modifiée par la suite par le Compromis Arbitral conclu entre les deux Etats) n'infirmes pas la constatation du caractère *d'accord international* soumis au droit international, en tous les cas en ce qui concerne son caractère obligatoire et sa validité. Ceci avec, au besoin, application supplétive des dispositions du droit du prêteur — selon une pratique très générale en matière d'emprunts publics.

38. La question des "contrats d'Etat" a beaucoup préoccupé la doctrine internationale au cours des dernières décennies. Les auteurs de droit international public et de droit international privé se sont interrogés à son sujet. On bornera à citer à ce propos les importantes études du Professeur Prosper Weil, de l'Université de Paris, sur la question (par exemple in Recueil des Cours de l'Académie de Droit international 1969 III, p. 101, et Mélanges Paul Reuter 1980, pp. 549-582). Les controverses à cet égard s'étant aujourd'hui largement apaisées, on peut résumer la situation actuelle en constatant qu'une partie importante de la doctrine contemporaine distingue, en ce qui concerne les "contrats d'Etat", d'une part l'"ordre juridique de base", qui confère à l'acte sa validité et son caractère obligatoire, soit le droit international public, d'autre part, le "droit applicable" au sens classique du droit international privé, c'est-à-dire celui dont les dispositions s'appliquent, dans les limites de l'ordre juridique de base, au contenu du contrat ou à son interprétation, lorsque cela est nécessaire parce que les dispositions du contrat soit ne sont pas suffisamment "complètes", soit ont besoin d'une interprétation. Quoi qu'il en soit, il est clair que la référence au *droit italien* (à supposer qu'elle demeure pertinente malgré les termes du Compromis Arbitral) ne concerne et ne peut concerner que le "droit applicable" au sens qui vient d'être indiqué et revêt un caractère supplétif. Cette référence est du reste parfaitement conforme à la pratique internationale qui, en ce qui concerne les emprunts publics internationaux, a très généralement fait référence, en ce qui concerne le droit applicable, à celui du prêteur (voir à ce sujet l'ouvrage classique de G. Van Hecke, Problèmes juridiques des Emprunts publics internationaux, 2e éd., éd. J. Brill, 1964, p. 68; cf. aussi B. Audit, Droit international privé, éd. Economica, 2e éd., 1997, p. 667).

39. Cette question est, au demeurant, devenue sans intérêt pratique pour trois raisons principales. D'une part, ainsi qu'il a été relevé par l'Italie, parce que dans un accord international *postérieur* à la Convention financière, le Compromis Arbitral, les deux États parties au présent arbitrage ont prescrit au Tribunal arbitral les normes qu'il y avait lieu pour lui d'appliquer, retenant à cet égard le seul *droit international public* sans aucune référence au droit italien. D'autre part, l'argumentation même qu'a choisi de développer le Costa Rica paraît bien confirmer que le droit italien ne peut jouer qu'un rôle subsidiaire, voire très subsidiaire dans la solution du présent litige; malgré quelques références, plus ou moins occasionnelles au droit italien (essentiellement pour soutenir que la Convention financière ne serait pas de nature internationale), la Partie costaricienne n'a pas fondé sa thèse de l'invalidité et de l'inefficacité de la Convention financière en l'appuyant sur des dispositions de droit italien, mais exclusivement sur une analyse de droit international public. On constatera aussi que, dans ses écritures et dans ses plaidoiries, la Partie italienne a démontré que, du point de vue du droit civil italien, la Convention financière entre le Mediocredito Centrale et la République du Costa Rica était parfaitement valable et cette thèse fondée sur le droit italien n'a fait l'objet d'aucune réfutation par le Costa Rica. Enfin, on ne saurait oublier que la Convention financière, non seulement est un acte

d'exécution d'accords inter-étatiques comme la Convention-cadre et le Protocole exécutif, mais encore a été conclu par le Mediocredito centrale pour le compte (et sur instructions) du Gouvernement italien, dont il n'est que l'instrument et constitue dès lors en réalité un véritable accord inter-étatique.

40. Le fait que les Parties au Compromis arbitral ont clairement voulu soumettre *au droit international* l'ensemble des questions litigieuses que doit résoudre le présent Tribunal arbitral serait encore confirmé, s'il en était même besoin, par la procédure internationale adoptée, celle de l'arbitrage dans le cadre du Règlement facultatif de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye, une disposition qui annule nécessairement la disposition de la Convention financière qui prévoyait la soumission d'un litige au Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International. Il n'est enfin ni contestable ni du reste contesté que les Parties avaient le pouvoir, et ont eu la volonté, de modifier le système primitivement prévu dans la Convention financière et le choix du droit italien, pour lui substituer le choix du droit international.

En résumé, il n'est pas davantage contestable que si, dans le cas d'un contrat entre un Etat et une personne privée étrangère, les parties peuvent choisir comme loi applicable le *droit international public* (cf. en ce sens la Résolution d'Athènes de l'Institut de Droit international, article 2, in *Annuaire* vol. 58 II, p. 194), il en est *a fortiori* de même lorsque le co-contractant de l'Etat [ici le Costa Rica] est une personne *publique* [ici le Mediocredito], instrument de l'Etat sur les instructions duquel il a conclu le contrat.

41. Etant donné la conclusion à laquelle est parvenu le Tribunal arbitral sur l'applicabilité du droit international à la Convention financière, il est superflu d'analyser la question particulière, soulevée du côté italien, de savoir si le principe de la bonne foi ou de l'estoppel autorise ou non le Costa Rica, signataire du Compromis Arbitral, à soutenir que la Convention financière ne serait pas régie par le droit international. De même qu'il est superflu de passer en revue la jurisprudence internationale citée du côté italien qui démontre la justesse de cette conclusion et, notamment, le caractère depuis longtemps dépassé de la vieille jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale de 1929 dans l'affaire des Emprunts serbes et brésiliens.

La conclusion de la Convention financière et l'"excès de pouvoir"

42. Ainsi qu'on l'a vu (par exemple supra III; 2) le Costa Rica estime que la Convention financière n'a pas été valablement conclue et ne l'engage pas, au motif que M. R. Araúz Bonilla, malgré ses pleins-pouvoirs, n'était autorisé qu'à authentifier le texte de la Convention mais non pas à engager son mandant. A supposer que la Convention financière doive être considérée comme un accord international (ainsi que l'a constaté plus haut le Tribunal arbitral), sa signature ne constituerait pas la manifestation du consentement du Costa Rica, mais un simple acte d'authentification selon l'article 10b de la Convention de Vienne. Selon cette thèse, la Convention de crédit n'a pas été approuvée par l'Assemblée législative comme elle aurait dû l'être et n'a

pas été ratifiée par le Costa Rica. Il serait en outre inexact que ce pays a apporté les documents nécessaires à la conclusion. Pour qu'il soit établi que l'Etat entendait se lier par la Convention (article 3.1), il aurait fallu que la signature de M. R. Araúz Bonilla fût ratifiée, ratification qui n'a jamais eu lieu. Et les "pleins-pouvoirs" ne peuvent pas être invoqués pour écarter cette "formalité" si cela en est une. En outre, le point 2 de l'article 3 de la Convention se réfère à un document désignant la personne autorisée à signer des déclarations de crédit, avec spécification du nom et de la profession ainsi qu'un spécimen de sa signature en annexe. Or l'autorité compétente pour cette désignation est le Pouvoir exécutif qui ne l'a pas faite. Cette désignation n'a pas été faite non plus par l'INCOP. Et c'est à tort que l'Italie a interprété la situation comme autorisant M. Araúz Bonilla à signer les déclarations de débit et à permettre une signature en blanc des documents en cause. La personne compétente pour signer lesdites déclarations de débit n'a donc été désignée ni par le Costa Rica, ni par l'INCOP.

43. La situation serait analogue en ce qui concerne le mandat irrévocable (cf. l'article 3.3) qui confère à la Banque agent (Monte dei Paschi di Siena) un pouvoir d'utilisation des fonds contre échange simultané des déclarations de débit avec le Mediocredito Centrale. Ce mandat irrévocable aurait dû être confié par le Costa Rica, à moins qu'un pouvoir n'ait été attribué antérieurement à une personne autorisée pour le faire, personne qui n'est pas M. Araúz Bonilla. Il en résulte que le Costa Rica n'a à aucun moment désigné une banque ayant mandat irrévocable d'utiliser les fonds crédités par le Mediocredito. L'INCOP pouvait indiquer à qui serait fait les paiements mais non pas attribuer un mandat irrévocable en faveur d'une banque agent.

44. Selon la thèse qui vient d'être résumée, M. Araúz Bonilla aurait commis donc un excès de pouvoir et le Costa Rica ne serait pas engagé par la Convention financière, ceci malgré la loi n° 6995 du 22 juillet 1985 (article 88, § 3) autorisant l'INCOP à souscrire au nom de l'Etat des conventions relatives à des crédits d'aide pour l'agrandissement, la modernisation et la finalisation de Puerto Caldera, compte tenu du fait que cette loi serait "atypique" et même inconstitutionnelle. En effet, ladite Assemblée législative aurait dû approuver la Convention financière à la *majorité qualifiée*, ce qui n'a pas été fait, si bien que l'INCOP n'a pas reçu le pouvoir de représenter le Gouvernement dans des conditions conformes à la Constitution. Enfin, le Costa Rica répète à diverses reprises que l'Italie aurait commis une faute en n'observant pas les conditions d'entrée en vigueur des accords et en manquant à son devoir de contrôler les pouvoirs attribués à M. Araúz Bonilla. Si l'Italie a ainsi exécuté le contrat sans que le Costa Rica ait expressément manifesté son accord, c'est donc en dépit d'une violation manifeste de la Constitution du Costa Rica et de la pratique des divers Etats et organismes financiers internationaux. L'Italie ne saurait soutenir enfin qu'elle a placé une confiance légitime dans les actes d'une personne qui a excédé ses pouvoirs et, dans l'hypothèse où elle aurait subi un dommage, ce dommage serait causé par sa propre faute et son manque de diligence en exécutant une Convention invalide et inefficace.

45. Pour des raisons qui ont été déjà partiellement exposées ci-dessus (tenant par exemple au "principe fondamental" de la primauté du droit international sur le droit interne (cf. par exemple, supra III, n° 43 ss.), et à l'absence de toute "violation manifeste" d'une "règle de droit interne d'importance fondamentale"; cf. supra III n° 54 ss.), plusieurs des arguments qui viennent d'être résumés ne résistent pas à l'examen, et ils ont déjà été écartés par le Tribunal. Il convient donc à ce stade d'analyser seulement ceux des arguments qui n'ont pas encore été examinés, en particulier en ce qui concerne l'excès de pouvoir de M. Araúz Bonilla.

46. A ce sujet, on se reportera à la partie "*Faits*" de la présente Sentence (II, aux n° 13, 16, 17, 18 et 20), d'où il résulte qu'a été adopté au Costa Rica un Décret exécutif (publié dans la Gazette officielle) conférant *pleins-pouvoirs* à M. Araúz Bonilla, lequel s'est vu confirmé peu après par le Président de la République, dans une lettre de présentation, le pouvoir de "signer au nom du Gouvernement de la République la Convention financière avec le Mediocredito centrale" concernant la construction du bassin de carénage; il en résulte aussi que le Conseil de direction de l'INCOP (laquelle était autorisée par une loi du 22 juillet 1985, n° 6995 à souscrire des Conventions au nom de l'Etat) avait conféré à M. Bonilla un "*poder especial*" pour signer en Italie la Convention financière relative au bassin de carénage. Les mémoires du Costa Rica confirment qu'il s'agit bien de "pleins-pouvoirs" (*Plenos poderes*).

47. Il découle de ces faits que, en l'absence de toute réserve expresse, la thèse aujourd'hui défendue par le Costa Rica des "pouvoirs *limités*" se heurte au sens naturel et ordinaire des termes, ainsi qu'à l'interprétation normale de l'attitude des Parties jusqu'au moment où, tardivement, la Partie costaricienne a jugé utile d'invoquer l'excès de pouvoirs. On doit rappeler ici (supra Faits II, n° 20) que dans un message adressé au Mediocredito le 31 juillet 1985, le Président de la République a confirmé que M. Araúz Bonilla, Président exécutif de l'INCOP, était bien autorisé par une décision dûment ratifiée de la Junta Directiva de l'INCOP, à souscrire *au nom du Gouvernement* les déclarations et reconnaissances nécessaires au financement, et cela avec "*pleins-pouvoirs*" ou "*con poder extendido*".

48. Dans ces conditions, l'argument (invoqué *après* que les crédits avaient été accordés et que la Convention financière avait été exécutée), selon lequel, par exemple, la loi 6995 de l'Assemblée législative du Costa Rica (supra Faits n° 16) serait "atypique" et même inconstitutionnelle ne saurait, même abstraction faite de sa tardiveté, entraîner la conviction d'un Tribunal arbitral. En tout état de cause, on a dit déjà que ce caractère "atypique" ou même "inconstitutionnel" ne saurait être opposé à l'Italie, au sens de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

49. A supposer même qu'il y ait eu excès de pouvoirs de M. Araúz Bonilla — ce qui n'a nullement été démontré et se heurte au contraire à la réalité du dossier et au comportement tant du Pouvoir exécutif que du Pouvoir

législatif du Costa Rica — ce dernier Etat ne saurait s'en prévaloir pour contester avoir *consenti* à la conclusion, par le Président de l'INCOP dûment autorisé, de la Convention financière du 1er août 1985. Après avoir exprimé à plusieurs reprises son autorisation et son approbation aux actes de l'INCOP et de son Président exécutif, M. Araúz Bonilla, un Etat ne peut être admis à nier avoir exprimé son consentement, sans contrevenir au principe général de droit de la bonne foi ("*non venire contra factum proprium*"). Ces considérations valent aussi bien, par identité de motifs, pour la conclusion proprement dite de la Convention financière et pour la signature de ses actes d'exécution comme les déclarations de crédits, etc.

50. Mais il convient d'examiner encore les autres arguments invoqués par la Partie costaricienne.

Celle-ci a fait valoir notamment qu'aucun versement, aucune partie des crédits consentis par le Gouvernement italien à travers le Mediocredito Centrale, n'auraient été encaissés par le Trésor national du Costa Rica. Il est difficile de comprendre la portée de cet argument. Il a certes pu venir à l'esprit de la Banque centrale ou d'autres parties de l'Administration raisonnant sur un plan purement interne, mais il témoigne d'une méconnaissance de la structure et de l'économie générale de la Convention de crédit et, plus généralement, de la structure et du système qui sont fréquemment adoptés en matière d'assistance technique et financière au développement. Il est manifeste en effet que, dans l'économie de l'accord, les crédits accordés par l'Italie par le biais du Mediocredito Centrale sont versés, par l'intermédiaire de la Banque agent (Monte dei Paschi di Siena), non pas au Costa Rica, à un établissement financier quelconque (public ou privé), mais aux constructeurs et fournisseurs *italiens*, ainsi qu'il a été exposé dans la partie "Faits" de la présente Sentence (supra II, n° 14). En outre, aucune clause de la Convention financière ne prévoit un encaissement quelconque par le Trésor national ou une autre institution du Costa Rica.

51. L'argument n'est pas davantage persuasif selon lequel le Gouvernement italien ou le Mediocredito aurait agi avec "précipitation" en procédant aux divers versements des crédits accordés avant la ratification des accords par l'Assemblée législative du Costa Rica. Sans revenir ici sur l'interprétation qu'a déjà donnée le Tribunal arbitral de l'entrée en vigueur des accords et du comportement des Parties (cf. supra IV n° 10), il y a lieu de relever le caractère quelque peu singulier de cette critique. Il est difficile de saisir ce qui pourrait justifier, en l'absence de tout dommage, démontré ou même simplement allégué, la critique ou la plainte du *bénéficiaire* des crédits, plainte fondée sur le fait que ces crédits auraient été accordés trop tôt ou plus tôt et non pas plus tard. On voit mal quel intérêt digne de protection justifierait, de la part du bénéficiaire du crédit, semblable argument, compte tenu du caractère prioritaire et d'intérêt national (souligné par plusieurs Présidents de la République) de la construction du bassin et des installations de Puerto Caldera. L'objection de l'exécution, que le Costa Rica qualifie d'"anticipée", de la Convention de crédit (sur la base d'une argumentation

analysée plus haut, et rejetée, par le Tribunal arbitral), apparaît donc à la fois irrecevable, comme dénuée d'intérêt légitime, et mal fondée en droit.

52. Il en est de même dans la mesure où la Partie costaricienne s'appuie sur de prétendues irrégularités en ce qui concerne la présentation des documents et l'authenticité des signatures, argumentation entachée d'un formalisme excessif, étranger à l'esprit de la coopération technique et financière internationale, et ce formalisme est particulièrement difficile à admettre de la part du bénéficiaire de tels accords de coopération internationale.

53. Force est de constater que les arguments invoqués en fin de procédure par le Costa Rica, en particulier dans ses "Conclusiones" du 1er avril 1998, quant à l'authentification des signatures apposées aux certificats de dettes ou déclarations de débits nécessaires aux futurs versements, non seulement sont fondés sur des réglementations particulières de droit *interne* inopposables en matière internationale au moins dans ces circonstances de fait, mais sont encore incompatibles avec le comportement et les déclarations tant de l'INCOP que des Pouvoirs exécutif et législatif du Costa Rica. Si ces arguments formels avaient eu soit la réalité soit l'importance qui leur sont attribuées aujourd'hui après la naissance du litige, il appartenait à la Partie costaricienne d'abord de ne pas conférer des "pleins-pouvoirs" au Président exécutif de l'INCOP, M. Araúz Bonilla, ensuite de ne pas confirmer ses pouvoirs dans une loi, fût-elle qualifiée a posteriori de "atypique" (supra n° 44), enfin de notifier sans délai à la Partie italienne l'existence desdites informalités ou irrégularités.

54. Le Tribunal arbitral n'entend pas méconnaître ou sous-estimer que la signature d'une Convention de crédits implique un certain nombre de formalités et précautions, mais le dossier qui lui a été soumis atteste que celles qui étaient nécessaires et avaient été prévues dans la Convention ont été suivies ou prises. En ce qui concerne la signature "en blanc", elle ne paraît pas contraire à une pratique bancaire normale; elle n'a fait l'objet d'aucune objection à l'époque de la part de la Partie costaricienne et l'on ne discerne pas, au surplus, quel préjudice aurait bien pu en résulter pour le bénéficiaire des crédits italiens. Le Costa Rica invoque aujourd'hui le fait qu'il se verrait ainsi lié par des documents qu'il n'a pas rédigés et qui ne reflètent pas sa volonté; les conditions dans lesquelles la Convention financière a été conclue n'impliquaient nullement qu'il en soit différemment dans les faits, et les documents en question ont été signés par le représentant dûment autorisé de l'INCOP, institution publique non moins dûment autorisée à cet effet par l'Etat en cause. En outre, il n'a pas été expliqué et on ne voit pas en quoi cette signature en blanc des documents d'exécution contractuelle aurait pu donner à des institutions italiennes (Monte dei Paschi ou Mediocredito Centrale), comme le prétend le Costa Rica, "le pouvoir de déterminer l'existence de la dette", d'autant que le montant total du crédit accordé était fixé par la Convention et ne pouvait de toute façon être dépassé.

55. Deux aspects de l'argumentation du Costa Rica méritent encore d'être abordés dans le même contexte. Selon le premier, les "nouvelles" autorités de l'INCOP" n'auraient appris les circonstances de la conclusion de la Convention financière et (du moins on peut le supposer) les irrégularités ou informalités dont il est fait état aujourd'hui, qu'à l'époque ou après le quatrième versement. Il y a lieu de remarquer d'emblée que le changement des autorités de cette institution publique du Costa Rica ne saurait à l'évidence justifier une quelconque ignorance desdites circonstances. La continuité de la personne morale INCOP est la seule circonstance pertinente en l'espèce; et les nouveaux dirigeants doivent assumer les conséquences des actes de leurs prédécesseurs, sans pouvoir en "répudier la succession" ou alléguer une ignorance des actes de ces derniers. En outre et de toute façon, ces circonstances de droit interne sont manifestement inopposables à l'Italie et ne peuvent changer en rien, par exemple, soit les effets de la loi 6995 du 22 juillet 1985, soit les conséquences du "pouvoir spécial" accordé le 24 juillet 1985 par la Junta directiva de l'INCOP. En résumé, que les autorités de l'INCOP, "nouvelles" ou anciennes, aient appris à une certaine date dans, quelles conditions exactes avaient été signés la Convention financière et ses actes d'exécution est sans aucune pertinence dans le présent arbitrage et la Partie costaricienne ne peut de toute façon pas s'en prévaloir.

56. Il y a lieu d'autre part de se prononcer sur l'argument invoqué par le Costa Rica tiré du fait, mentionné plus haut (supra Faits, n° 25), que M. Araúz Bonilla a cessé d'être Président exécutif de l'INCOP le 8 mai 1986.

Contrairement à ce qui est affirmé dans les "Conclusions", il n'appartenait certainement pas à l'Italie de signaler au pays emprunteur, le Costa Rica, ce changement du haut fonctionnaire costaricien. C'est au contraire, soit à l'INCOP elle-même, soit au Gouvernement du Costa Rica, qu'il appartenait indiscutablement de signaler cette circonstance à l'Italie, si ladite circonstance lui paraissait avoir des conséquences juridiques en l'espèce. Or ils ne l'ont pas fait. On doit admettre que c'est avec raison, dès lors qu'aucune disposition de la Convention financière, ni aucune clause des "pleins-pouvoirs" conférés à M. Araúz Bonilla ne stipulait qu'un ordre de versement de l'un ou l'autre des crédits ne serait valable et efficace *que* pendant la durée des fonctions de M. Araúz Bonilla à la tête de l'INCOP. Au demeurant, on saisirait mal le sens qu'aurait pu avoir la stipulation d'une telle clause, dès lors que les opérations de crédits n'étaient en rien liées à la personne qui, à un moment donné, occuperait les fonctions de président, mais seulement à l'institution INCOP elle-même en tant que personne morale, autorisée par la loi du 22 juillet 1985 à souscrire des Conventions au nom de l'Etat du Costa Rica.

57. En outre, le Tribunal arbitral ne parvient pas à discerner (en dehors d'éventuels conflits politiques internes au Costa Rica, liés à l'arrivée au pouvoir d'une nouvelle administration et d'une nouvelle direction à l'INCOP) quel pourrait bien être l'intérêt légitime du Costa Rica à soulever un argument aussi formaliste. Ce d'autant plus que le quatrième versement du crédit (le moins important), a permis, avec les précédents, la construction et

l'installation du "digue flottante" et des installations y afférentes à Puerto Caldera, c'est-à-dire a permis la réalisation d'un projet d'intérêt national prioritaire, selon les termes déjà cités du Président de la République. Il n'a pas été expliqué au Tribunal arbitral quel pourrait être l'intérêt légitime de la partie costaricienne à se prévaloir d'une éventuelle informalité ou irrégularité liée à ce quatrième versement. Il n'a pas été expliqué davantage quel pourrait être le dommage qui aurait résulté pour le Costa Rica de cette prétendue irrégularité.

58. Enfin, il suffira de rappeler ici que, à supposer même que M. Araúz Bonilla ait commis un excès de pouvoir — comme il a été prétendu mais nullement démontré — il résulterait selon toute vraisemblance des principes de droit international public évoqués plus haut que la responsabilité du Costa Rica serait engagée.

59. Un dernier aspect du litige doit être évoqué brièvement. Celui de *l'enrichissement illégitime*. Il a été soutenu par l'Italie que si le Costa Rica ne remboursait pas les crédits accordés, il serait enrichi sans cause.

A cette conclusion subsidiaire de la Partie italienne, le Costa Rica répond qu'il ne s'est enrichi ni matériellement ni potentiellement des sommes en question et du crédit d'aide d'environ USD 13 millions prévus le Protocole exécutif et par la Convention financière (cf. supra II, n°10). Il fait observer que les versements n'ont pas été faits en sa faveur et que, en particulier, aucun versement n'a été encaissés par le Trésor national (un argument qui a été examiné et écarté plus haut; supra, n° 50). Les montants versés par le Mediocredito Centrale l'ont été, par l'intermédiaire de la Banque Monte dei Paschi, à des fournisseurs *italiens* et par conséquent ne peuvent pas être considérés comme faits en faveur du Costa Rica. L'argent n'ayant jamais été encaissé par cet Etat, il n'a pas fait, ni n'avait à faire, des démarches administratives pour pouvoir bénéficier des sommes versées par le Mediocredito.

60. Cet argument paraît reposer lui aussi sur une certaine méconnaissance et du système établi par la Convention financière, instrument d'exécution du Protocole exécutif et de la Convention-cadre, et de l'ensemble du système de coopération technique et financière. Ce système, ainsi qu'il a été résumé plus haut, implique la fabrication, la fourniture et l'installation d'un bassin de carénage flottant par des fournisseurs *italiens* (cf. supra II, n° 14), au moyen, sur le plan juridique, de la conclusion de contrats de vente et de services entre lesdits fournisseurs et des parties costariciennes (cf. supra II, n° 11) et, sur le plan financier, par le moyen de paiements, non pas par l'acheteur et bénéficiaire costaricien, mais par le Mediocredito Centrale, au moyen des fonds mis à sa disposition par le Gouvernement italien. Il est donc de l'essence même de ce système que les fonds n'avaient pas à être versés au Costa Rica, ni à transiter par l'intermédiaire d'une institution quelconque située en ce pays, mais que ce sont des produits fabriqués, et payés, en Italie qui sont fournis au Costa Rica. Et dans la mesure même où l'on voudrait considérer que le Costa Rica a "encaissé" les sommes prêtées par

le Mediocredito, ces sommes n'ont fait que "transiter" en Italie par l'intermédiaire de l'agent ou mandataire de l'INCOP, la banque Monte dei Paschi, pour être finalement versées aux fournisseurs italiens (cf. à ce sujet, outre la Convention financière du 1er août 1985 et ses annexes, les pièces produites par le Gouvernement italien le 06.01.1998, en particulier les Allegati n° 18-22 avec les documents annexes). Vu ce système ainsi sommairement résumé, il est difficile de comprendre l'argument selon lequel la Partie costaricienne n'aurait pas bénéficié des sommes versées par le Mediocredito Centrale. La remarque serait éventuellement exacte si on la comprenait de manière littérale et au premier degré, et encore seulement du point de vue d'un bénéfice direct et immédiat. Elle est inexacte en substance dès lors que le Costa Rica a indiscutablement bénéficié des sommes versées par le Mediocredito Centrale (à travers l'INCOP et le Monte dei Pashi) [sic] aux fabricants et prestataires de services italiens pour la réalisation du projet du bassin de carénage de Puerto Caldera. En conséquence, une éventuelle inexécution de la Convention financière par le Costa Rica, au nom et pour le compte duquel l'INCOP a conclu le contrat, entraînerait manifestement un enrichissement matériel pour le Costa Rica.

61. Il n'en résulte pas, cependant, que le Costa Rica doive être, considéré comme ayant nécessairement été enrichi d'une valeur correspondant au montant exact du "crédit d'aide" de USD 12'900'000 accordé par l'Italie selon le Protocole exécutif et la Convention financière, dès lors que ce crédit devait être et a été utilisé essentiellement pour le paiement de fournitures et de services à des sociétés italiennes — comme la Société SEC de Viareggio et son sous-traitant la Société Sivieri (cf. supra II, n° 8 et 15) — des sociétés qui ont dû inclure normalement dans le prix de leurs services une part de bénéfice commercial.

62. En outre, si le Tribunal arbitral était appelé à fixer le montant de l'enrichissement sans cause du Costa Rica dans l'hypothèse ici considérée — ce qui n'est pas le cas, selon les termes du Compromis Arbitral — il ne pourrait faire abstraction des données de fait contenues dans le dossier et notamment du fait que (a) le bassin flottant de Puerto Caldera n'a pas atteint les buts et obtenu le succès qui avaient été escomptés (ceci sans doute pour une variété de raisons) et (b) la valeur des biens et installations en question a été estimée par un expert judiciaire à USD 9'200'000 comme valeur à neuf et à USD 8'700'000 comme valeur de marché, selon le rapport italien, déjà cité, de l'Istituto Mobiliare Italiano de septembre 1991 (cf. supra II, n° 27 et 32).

63. On ne saurait donc, cela étant, considérer que le Costa Rica aurait été "enrichi" d'un montant équivalent à USD 12'900'000 ou dépassant une valeur d'environ USD 9 millions. Mais il convient de rappeler que la question de l'enrichissement sans cause n'a été soulevée ou discutée dans la procédure arbitrale que de façon sommaire et à titre subsidiaire, dans l'hypothèse — qui n'a pas été retenue par le Tribunal arbitral — où la Convention financière serait nulle ou sans efficacité, et que le Compromis Arbitral du 11 septembre 1997 n'a pas donné mission audit Tribunal de statuer sur ce point. C'est donc

aux Parties elles-mêmes qu'il pourrait appartenir le cas échéant d'en décider, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes du présent litige.

64. Vu la validité et le caractère obligatoire de la Convention financière du 1er août 1985, force est au Tribunal arbitral de constater que cette Convention a été exécutée par la Partie italienne mais ne l'a pas été par la Partie costaricienne. Celle-ci n'a du reste pas allégué, fût-ce à titre subsidiaire, avoir exécuté ses obligations et le fait est très compréhensible dès lors qu'elle en contestait, ainsi qu'on l'a vu, l'existence et/ou la validité.

65. Il en résulte, en vertu des normes pertinentes du droit international public auxquelles les Parties se sont référées et soumises dans le Compromis Arbitral, que la Partie défaillante doit être condamnée soit à l'exécution proprement dite (ou "specific performance") c'est-à-dire au remboursement des crédits consentis par le Mediocredito dans les termes de la Convention financière (en ses articles 7, 9, 10 et 11, soit éventuellement à une exécution par équivalent c'est-à-dire à une compensation financière du dommage causé par l'inexécution du contrat. Le Tribunal arbitral doit se prononcer à cet égard sur les conclusions du Gouvernement italien (par exemple 1er Mémoire du 15 décembre 1997, pp. 104-106), qui tendent d'une part à obtenir diverses déclarations (évoquées plus haut et que l'on retrouvera plus loin dans le Dispositif) et d'autre part au paiement des divers remboursements prévus pour les 4 tranches du prêt consenti (cf. dans le dossier de pièces de l'Italie les "Allegati" 18, 19, 20 et 21), avec les intérêts moratoires convenus pour chacune desdites tranches par l'article 11 du contrat.

66. A ce stade, il échet de se prononcer sur les conclusions subsidiaires du Costa Rica (cf. "Conclusions", p. 14) selon lesquelles, dans l'hypothèse — ici réalisée — où la Convention financière serait jugée valable et efficace par le Tribunal arbitral, ce dernier devrait considérer les intérêts comme prescrits et rejeter les conclusions italiennes à cet égard.

Sur ce point, le Tribunal arbitral ne peut faire droit aux conclusions subsidiaires costariciennes pour les raisons suivantes : il n'a pas été expliqué ni démontré au Tribunal arbitral pour quels motifs, de fait et/ou de droit, la demande italienne tendant au remboursement du principal avec intérêts serait prescrite au sens du droit international, lequel, au demeurant, est notoirement lacunaire en matière de prescription, domaine où il ne semble exister ni règle coutumière, ni même principe général (cf. Sur l'"absence de réglementation positive en droit des gens sur les délais de prescription, ainsi que sur les cas de suspension et d'interruption", voir par exemple Ch. Rousseau, op. cit., tome I, n° 307, qui note cependant une certaine tendance "en faveur de l'admission de la prescription libératoire comme principe général de droit au sens de l'article 38-39").

67. Cela étant on pourrait songer à une application complémentaire du droit italien (cf. supra IV, n° 16, 38) sur la prescription, ce que fait la Partie costaricienne en invoquant la prescription de 5 ans de l'article 2948 C.C. Mais les brèves références à cette question (1er Mémoire du 8 décembre 1997, p.

22 et "Conclusiones", du 1er avril 1998, pp. 1 et 14) n'expliquent ni ne démontrent l'applicabilité au cas d'espèce de cette disposition. On voit mal en outre comment, vu les faits de la cause résumés plus haut, la prescription pourrait être atteinte "in casu", vu en particulier les actes interruptifs que constitueraient les réclamations du Gouvernement italien (supra II, n° 26) en 1986, les divers actes du Gouvernement costaricien admettant l'existence de la dette (supra II, n° 29-34), l'ouverture de négociations entre les deux Pays, suivies de la conclusion d'un accord d'arbitrage, tous éléments qui seraient, dans de nombreux systèmes juridiques, de nature à interrompre ou suspendre la prescription si elle avait commencé à courir.

68. Quoi qu'il en soit, le fait et la nature même des discussions et négociations intervenues entre les deux Gouvernements, (et non pas entre le Gouvernement du Costa Rica et le *Mediocredito*) montrent que la solution du litige a été recherchée ou "déplacée" par les Parties sur un terrain qui n'est pas ou n'est plus le strict terrain financier ou "technique" des articles précités de la Convention financière. Cela étant, la question se pose au Tribunal arbitral de savoir s'il est possible ou justifié de s'en tenir, comme le ferait sans doute un prêteur privé, à une application stricte et littérale des dispositions contractuelles précitées sur les intérêts. A supposer que ladite question reçoive en principe une réponse affirmative, il y aurait lieu de s'assurer que cette application stricte est possible et de fixer avec précision les échéances, les délais, la durée des retards, et cela au cours d'une longue période de négociations, et compte tenu d'un certain "flou juridique" entourant la période allant de mai 1987 (de la Note verbale de l'Ambassade d'Italie au Costa Rica, Allegato n° 22 du dossier italien) à septembre 1997 (signature du *Compromis arbitral*).

On peut citer encore, dans le même sens d'un certain "déplacement" du litige du terrain strictement contractuel et technique au niveau intergouvernemental et diplomatique, le fait que le Gouvernement italien lui-même souligne (par exemple 1er Mémoire, p. 99) le caractère que l'on pourrait appeler purement "instrumental" et subordonné du *Mediocredito* vis-à-vis de lui, titulaire réel du droit au remboursement ou à une compensation. C'est donc bien au niveau et dans la perspective des relations *entre Gouvernements* qu'il y a lieu à ce stade pour le Tribunal arbitral d'examiner et de fixer les conséquences de l'inexécution et de décider de questions comme les modalités de remboursement ou celle des intérêts.

69. A ces considérations s'ajoute le fait, impossible à négliger, du caractère équitable qui imprègne de façon générale les normes pertinentes du droit international. En effet, le droit international public est traditionnellement imprégné de, ou influencé par, des principes équitables comme modalités d'application *infra legem* de la règle, impliquant l'adaptation concrète d'une norme aux particularités de l'espèce. "La juste application du droit, c'est une interprétation libérale de la règle où celle-ci s'imprègne d'équité", écrit le Juge Charles De Visscher ("De l'Equité dans le Règlement arbitral ou judiciaire des

litiges de droit international public" (Paris, éd. Pedone, 1972, pp. 21 et passim).

70. Il convient d'éviter ici une confusion entre ce rôle des considérations équitables relevant du système de droit applicable, d'une part, et le cas de la décision "ex aequo et bono", qui sont "deux choses entièrement différentes" (selon le Juge Sir Gerald Fitzmaurice, Opinion individuelle, affaire de la Barcelona Traction, 5 février 1970, citée par Ch. De Visscher, op. cit., p. 10) — le second cas exigeant, notoirement, l'accord exprès des parties; mais l'existence d'une opposition entre les deux situations est contestée par certains (cf. par exemple sur les "incertitudes de la jurisprudence internationale", Charles Rousseau, op. cit., tome I, n° 323 ss.). Dans l'ouvrage qui vient d'être cité, Charles De Visscher passe en revue plusieurs des nombreux précédents internationaux, arbitraux ou judiciaires, qui ont ainsi procédé "*infra legem*" à une application équitable du droit, de manière à en assurer "la pleine réalisation par son exacte adaptation à l'espèce" (ibid., p. 13). On retrouve des idées identiques ou analogues dans l'ouvrage de Sh. Rosenne (op. cit., supra IV, n° 14, au chapitre "Good Faith in the codified law of treaties", at pp. 177-178), qui cite notamment les arrêts de la Cour internationale dans les affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord [1969] ICJ Reports, 3, 47 para 85, et du Plateau continental Libye-Tunisie [1982] ICJ Reports, 18, 60, para 71, où la Cour se réfère aux "équitable principles" qui découlent eux-mêmes de l'idée de justice : "Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it".

71. Ce caractère équitable ne peut que conduire le Tribunal à prendre en considération, non pas les seules dispositions "techniques" de la Convention financière sur les échéances, les remboursements, les intérêts de retard, mais l'ensemble des circonstances de l'espèce, ce y compris les causes de retard, les malentendus et les doutes surgis du côté costaricien quant à l'efficacité ou la portée des divers accords passés avec la ou les Parties italiennes et d'une façon générale la situation concrète et le comportement des deux Parties, ainsi que l'ensemble de leurs relations d'amitié et de coopération.

72. Pour ces divers motifs, il y aura lieu certes d'ordonner un remboursement avec des intérêts (y compris les intérêts moratoires) en s'inspirant des dispositions y relatives de la Convention financière, comme les articles 7, 9, 10 et 11. Mais il se justifie de fixer les intérêts d'une manière globale et forfaitaire et de les ajouter au montant du capital à rembourser par le Costa Rica, montant qui devra être fixé compte tenu des divers éléments de fait et de droit déjà mentionnés (cf. par exemple supra n° 61-63 et 69-71).

A cette fin, le Tribunal arbitral estime devoir d'abord, pour éviter de tomber dans l'arbitraire ou des appréciations purement subjectives éloignées des prévisions des Parties à la Convention financière du 1er août 1985, rechercher à quel ordre de grandeur conduirait une application mathématique des mécanismes, taux et plans d'amortissement prévus par ladite Convention et ses

annexes, soit les divers Dossiers relatifs aux quatre utilisations successives du financement accordé au Costa Rica (voir le volume de Documents et pièces déposé par le Gouvernement italien Allegati N. 18 à 21), respectivement le 10 octobre 1985 (Allegato N. 18), le 8 novembre 1985 (ibid., Allegato N. 19), le 30 décembre 1985 (ibid., Allegato N. 20) et le 30 octobre 1986 (ibid., Allegato N. 21).

73. On notera que ces quatre tranches ou utilisations successives du crédit financier d'un total de USD 12'990'000, ont été de montants inégaux, soit respectivement de USD 7'144'500 (le 10 octobre 1985), USD 2'598'000 (le 8 novembre 1985), USD 2'598'000 (le 30 décembre 1985), et USD 649'000 (le 30 octobre 1986). Il y a lieu de noter en outre que chacun des quatre Dossiers produits par la Partie italienne comprend une série de pièces émanant de l'Instituto Costaricense de Puertos del Pacifico (INCOP), représentant le Costa Rica, du Mediocredito centrale, de fournisseurs italiens (comme la Société SEC), de la Banque agent Monte dei Paschi, etc.

74. Parmi ces pièces, il y a lieu de signaler particulièrement celles qui en exécution de la Convention financière émanent de l'INCOP, déclarant agir pour le Gouvernement du Costa Rica, et qui prévoient expressément les dates et modalités de remboursement ou paiement du capital et des intérêts pour les diverses tranches ou utilisations du crédit mentionnées plus haut. Ces pièces (datées de San José de Costa Rica, respectivement les 04.09.1985, 02.10.1985, 13.12.1985 et 01.10.1986) contiennent notamment des données précises sur les dates et les montants, sur les paiements et les taux d'intérêts, sous le titre de "Piano di Amortamento", et elles fournissent donc une base fiable et des critères permettant au Tribunal arbitral de procéder à une estimation forfaitaire, au sens des considérations précédemment énoncées, de ce que devrait être le remboursement global à la date du prononcé de la présente Sentence arbitrale.

75. Ainsi qu'il résulte des calculs détaillés opérés sur la base des données contenues dans la Convention financière et des pièces établies par l'INCOP au nom du Costa Rica (calculs reproduits dans *les 4 tableaux annexés*, sous cotes A, B, C et D, à la présente Sentence, avec une récapitulation, Annexe E), le total des sommes qui seraient dues, en capital et intérêts, sur la base de ces mécanismes et dans l'hypothèse d'un retard à la date du 26 juin 1998 — compte tenu aussi du fait que certaines échéances se trouvent être postérieures à ladite date et entraînent par conséquence la déduction d'un intérêt négatif — ce total se monterait pour les quatre tranches de prêt susmentionnées, respectivement à environ USD 12'200'000, 4'400'000, 4'300'000 et 1 million, c'est-à-dire à un montant, en capital et intérêts de USD 22 millions (voir *Annexe E*).

76. Le Tribunal arbitral est appelé, ainsi qu'il a été dit (cf. supra n° 71) à estimer le montant global dû par la République du Costa Rica selon les normes pertinentes du droit international et notamment les principes équitables, découlant de l'idée de justice, qui dominant la pratique judiciaire et

arbitrale internationale, en tenant compte de toutes les circonstances. Parmi ces dernières circonstances figurent d'une part (a) le fait que le Costa Rica a accepté les conditions de remboursement, échéances, taux d'intérêts ordinaires et moratoires stipulés dans la Convention financière et ses annexes, et a donc nécessairement dû compter avec l'hypothèse (si lointaine qu'elle ait pu paraître à l'époque des déclarations précitées de l'INCOP; cf. supra n° 73-74) où il pourrait devoir faire face à des obligations de remboursement de cette importance et, d'autre part, (b) le fait que, en l'espèce, le même Costa Rica, selon les données fournies par les Parties au Tribunal arbitral, ne paraît pas avoir été effectivement enrichi d'une valeur dépassant un montant d'environ USD 9 millions.

77. Il serait dès lors excessif, et contraire aux principes et à la pratique pertinents du droit international public, de fixer, de façon en quelque sorte mécanique, à USD 22 millions, le montant global que le Costa Rica doit être tenu de rembourser par la présente Sentence arbitrale. Deux considérations additionnelles concourent à renforcer cette opinion : la première est que la Partie italienne, dans ses Conclusions finales, s'est abstenue de formuler à ce chiffre ou à un chiffre analogue le montant de ses prétentions; la seconde est qu'une condamnation à un remboursement de cette ampleur irait à l'encontre de la finalité des accords conclus entre les Parties, de la Convention-cadre à la Convention financière, et en particulier aux intentions exprimées par le Gouvernement italien d'accorder une assistance au développement du Costa Rica (cf. supra II, n° 2, 5, 9, 10). Une solution moyenne, pour toutes ces raisons paraît dès lors s'imposer, que les Etats parties au présent litige ne manqueront sans doute pas, s'ils le souhaitent, d'intégrer et d'aménager dans le cadre de leurs rapports conventionnels d'ensemble. Cette solution devra tenir compte de la valeur commerciale des biens qui, comme indiqué ci-dessus, n'excède pas USD 9 millions, et d'un montant forfaitaire et équitable des intérêts, ce qui amène le Tribunal arbitral à la somme totale indiquée au paragraphe (e) du Dispositif ci-dessous.

78. Quant à la question particulière posée dans le Compromis Arbitral (article 3 ch. 1, c) soit celle de la *source de l'obligation* invoquée par l'Italie de l'obligation de remboursement ou de restitution incombant au Costa Rica, sa solution résulte manifestement des considérations qui précèdent (notamment supra Partie IV, n° 6 ss., sur la Convention-cadre de Coopération, 12 ss., sur le Protocole exécutif et 15 ss. sur la Convention financière). Selon les "normes pertinentes du droit international" que le Tribunal arbitral a la mission et le devoir d'appliquer en la cause (cf. le Compromis, article 3), l'obligation de restitution du Costa Rica a sa source non seulement dans la Convention financière du 1er août 1985 en tant que telle, mais encore dans les accords internationaux qui l'ont précédée et dont elle constitue, on l'a vu, un acte d'exécution (cf. supra IV, n° 2 ss.), ainsi que dans les principes généraux du droit international comme celui, plusieurs fois cités ci-dessus (cf. supra IV, n° 14.), de la bonne foi et de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ("*non venire contra factum proprium*"). Aucun de ces accords, principes ou

normes ne peut en effet justifier l'inexécution des obligations financières qui ont été assumées en l'espèce par le Costa Rica, et pris ensemble comme pour l'un ou l'autre d'entre eux pris isolément, ils constituent indiscutablement la source de l'obligation visée à l'article 3,1 (c) du Compromis Arbitral.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL ARBITRAL, statuant à l'unanimité,

I. Décide et dit pour droit :

(a) que la Convention financière du 1er août 1985 stipulée à Rome entre le Gouvernement de la République du Costa Rica et le Mediocredito Centrale en exécution des articles 1 et 2 du Protocole Exécutif de Coopération au Développement entre l'Italie et le Costa Rica signé à Rome le 20 juin 1984 et dans le cadre des Accords de coopération intergouvernementaux existants entre les deux Pays, est pleinement valable et obligatoire pour toutes les Parties;

(b) que la Partie italienne a exécuté toutes les obligations résultant pour elle de ladite Convention financière et du Protocole Exécutif de Coopération signé à Rome le 20 juin 1984 entre l'Italie et le Costa Rica et des Accords de coopération intergouvernementaux existants entre les deux Pays;

(c) qu'il n'en est pas de même pour la Partie costaricienne, laquelle n'a pas exécuté les obligations résultant pour elle desdits Accords et n'a d'ailleurs pas allégué l'avoir fait, dès lors qu'elle a considéré n'avoir pas d'obligations valables aux termes desdits Accords;

(d) que la République du Costa Rica — sur la base des Accords internationaux qu'elle a conclu, soit avec le Gouvernement italien, soit avec le Mediocredito Centrale, la Convention-cadre du 24 octobre 1983 ainsi que le "Mémoire d'entendimiento" de 1982 qui l'a précédée et annoncée, le Protocole exécutif de coopération au développement du 20 juin 1984, et en enfin la Convention financière du 1er août 1985 qui en constitue une exécution — a assumé une obligation de restitution envers le Mediocredito centrale et/ou la République italienne du crédit de USD 12'990'000 accordé par le Mediocredito centrale en quatre tranches, dans la période comprise entre le 10 octobre 1985 et le 30 octobre 1986 pour la construction d'un bassin flottant de carénage destiné à Puerto Caldera;

(e) que le crédit de la République italienne et/ou du Mediocredito à l'égard de la République du Costa Rica se monte à une somme de USD 15 millions, comprenant capital et intérêt appréciés forfaitairement et que cette somme doit être remboursée selon des modalités de paiement à convenir directement par les Parties dans le contexte général et dans l'esprit de leurs rapports d'ensemble et de leurs accords de coopération au développement, compte tenu des liens traditionnels d'amitié qui les unissent et qui ont été rappelés, notamment, dans le Compromis Arbitral du 11 septembre 1997;

II. Arrête les frais du présent arbitrage à la somme de USD 120'000 dont le décompte et les justificatifs seront remis à M. le Secrétaire général de la Cour Permanente d'Arbitrage, Palais de la Paix, La Haye, conformément au Compromis Arbitral du 11 septembre 1997 (article 7), frais qui seront supportés par parts égales par les Parties.

Fait à Rome, siège de l'arbitrage, le 26 juin 1998, en huit exemplaires originaux.

Le Tribunal arbitral

(Signé) Pierre Lalive
Président

(Signé) Luigi Ferrari Bravo
Arbitre

(Signé) Ruben Hernandez Valle
Arbitre

(Signé) Luis Anton
Secrétaire du Tribunal

Annexes : 5 feuilles (A, B, C, D, E)

Annexe A

PRET DE USD 7.144.500 du 10 octobre 1985		Calcul sur une année de 365 jours : intérêts de retard simples		INTERETS A 8,50% L'AN		TOTAL DU AU			
chiffres en USD		INTERETS 35 JOURS		AU		26.juin.98			
Dates d'échéance	Capital restant dû	Taux: 1,12500%		Depuis le	jusqu'au	\$	Jours au	Interêts	
		Capital	Intérêts						Total 1
		REMBOURSEMENTS PREVUS							
0	10.oct.85	7144500.00							
A	10.avr.86	7144500.00	80375.63	10.avr.86	15.mai.86	173.41	4425	82825.43	163374.47
B	10.oct.86	7144500.00	80375.63	10.oct.86	14.nov.86	173.41	4242	79400.11	159949.15
C	10.avr.87	7144500.00	80375.63	10.avr.87	15.mai.87	173.41	4060	75993.50	156542.54
D	10.oct.87	7144500.00	80375.63	10.oct.87	14.nov.87	173.41	3877	72568.18	153117.22
1	10.avr.88	7144500.00	80375.63	10.avr.88	15.mai.88	874.07	3694	348507.93	754507.63
2	10.oct.88	6819750.00	76722.19	10.oct.88	14.nov.88	866.19	3511	328255.76	730594.14
3	10.avr.89	6495000.00	73068.75	10.avr.89	15.mai.89	858.31	3329	308407.62	707084.68
4	10.oct.89	6170250.00	69415.31	10.oct.89	14.nov.89	850.43	3146	288777.39	683793.12
5	10.avr.90	5845500.00	65761.88	10.avr.90	15.mai.90	842.54	2964	269549.48	660903.90
6	10.oct.90	5520750.00	62108.44	10.oct.90	14.nov.90	834.66	2781	250541.18	638234.28
7	10.avr.91	5196000.00	58455.00	10.avr.91	15.mai.91	826.78	2599	231933.51	615965.29
8	10.oct.91	4871250.00	54801.56	10.oct.91	14.nov.91	818.90	2416	213547.15	593917.61
9	10.avr.92	4546500.00	51148.13	10.avr.92	15.mai.92	811.01	2233	195472.17	572181.31
10	10.oct.92	4221750.00	47494.69	10.oct.92	14.nov.92	803.13	2050	177708.59	550756.41
11	10.avr.93	3897000.00	43841.25	10.avr.93	15.mai.93	795.25	1868	160342.24	529728.74
12	10.oct.93	3572250.00	40187.81	10.oct.93	14.nov.93	787.37	1685	143200.60	508925.78
13	10.avr.94	3247500.00	36534.38	10.avr.94	15.mai.94	779.48	1503	126454.48	488518.34
14	10.oct.94	2922750.00	32880.94	10.oct.94	14.nov.94	771.60	1320	109934.77	468337.31
15	10.avr.95	2598000.00	29227.50	10.avr.95	15.mai.95	763.72	1138	93808.89	448550.11
16	10.oct.95	2273250.00	25574.06	10.oct.95	14.nov.95	755.84	955	77911.11	428991.01
17	10.avr.96	1948500.00	21920.63	10.avr.96	15.mai.96	747.95	772	62324.73	409743.31
18	10.oct.96	1623750.00	18267.19	10.oct.96	14.nov.96	740.07	589	47049.74	390807.00
19	10.avr.97	1299000.00	14613.75	10.avr.97	15.mai.97	732.19	407	32165.18	372261.11
20	10.oct.97	974250.00	10960.31	10.oct.97	14.nov.97	724.31	224	17512.12	353946.74
21	10.avr.98	649500.00	7306.88	10.avr.98	15.mai.98	716.42	42	3247.79	336021.09
22	10.oct.98	324750.00	3653.44	10.avr.98	10.oct.98		-106	-2145.87*	326257.57
TOTAL		7144500.00	1245822.19			17393.87		3795293.79	12203009.85
INTERETS DE RETARD au 26 juin 1998								3'812'687.66	
TOTAL A REMBOURSER avec le capital, les intérêts officiels (au 10.10.1998) et les intérêts de retard (au 26.06.1998)									12'203'009.85

* l'intérêt négatif de la dernière échéance est au taux de 2,25% /an

Annexe B

PRET DE USD 2.598.000 du 8 novembre 1985 chiffres en USD		Calcul sur une année de 365 jours : intérêts de retard simples INTERETS A 8,50% L'AN AU 26.juin.98				INTERETS A 2,25 % L'AN A 2,25 % L'AN				TOTAL DU AU 26.juin.98		
Dates d'échéance	Capital restant dû	REMBOURSEMENTS PREVIS		Depuis le	jusqu'au	\$	Jours au 26.juin.98	Intérêts 8,50%	Jours au 26.juin.98	Intérêts 8,50%		
		Capital	Intérêts									Total 1
		Taux: 1,12500%										
0	08.nov.85	2598000,00										
A	08.mai.86	2598000,00	29227,50	29227,50	08.mai.86	12.juin.86	63,06	4397	29927,76		59218,32	
B	08.nov.86	2598000,00	29227,50	29227,50	08.nov.86	13.déc.86	63,06	4213	28675,38		57965,94	
C	08.mai.87	2598000,00	29227,50	29227,50	08.mai.87	12.juin.87	63,06	4032	27443,42		56733,98	
D	08.nov.87	2598000,00	29227,50	29227,50	08.nov.87	13.déc.87	63,06	3848	26191,04		55481,60	
1	08.mai.88	2598000,00	29227,50	147318,40	08.mai.88	12.juin.88	317,84	3666	125769,55		273405,80	
2	08.nov.88	2479909,10	27898,98	145989,88	08.nov.88	13.déc.88	314,98	3482	118379,79		264684,65	
3	08.mai.89	2361818,20	26570,45	144661,35	08.mai.89	12.juin.89	312,11	3301	111204,95		256178,42	
4	08.nov.89	2243727,30	25241,93	143332,83	08.nov.89	13.déc.89	309,25	3117	104041,96		247684,04	
5	08.mai.90	2125636,40	23913,41	142004,31	08.mai.90	12.juin.90	306,38	2936	97092,04		239402,73	
6	08.nov.90	2007545,50	22584,89	140675,79	08.nov.90	13.déc.90	303,51	2752	90155,84		231135,14	
7	08.mai.91	1889454,60	21256,36	139347,26	08.mai.91	12.juin.91	300,65	2571	83430,83		223078,74	
8	08.nov.91	1771363,70	19927,84	138018,74	08.nov.91	13.déc.91	297,78	2387	76721,40		215037,93	
9	08.mai.92	1653272,80	18599,32	136690,22	08.mai.92	12.juin.92	294,91	2205	70189,49		207174,62	
10	08.nov.92	1535181,90	17270,80	135361,70	08.nov.92	13.déc.92	292,05	2021	63707,15		199360,89	
11	08.mai.93	1417091,00	15942,27	134033,17	08.mai.93	12.juin.93	289,18	1840	57432,30		191754,65	
12	08.nov.93	1299000,10	14613,75	132704,65	08.nov.93	13.déc.93	286,31	1656	51176,73		184167,70	
13	08.mai.94	1180909,20	13285,23	131376,13	08.mai.94	12.juin.94	283,45	1475	45126,80		176786,38	
14	08.nov.94	1062818,30	11956,71	130047,61	08.nov.94	13.déc.94	280,58	1291	39098,01		169426,20	
15	08.mai.95	944727,40	10628,18	128719,08	08.mai.95	12.juin.95	277,72	1110	33273,00		162269,80	
16	08.nov.95	828636,50	9299,66	127390,56	08.nov.95	13.déc.95	274,85	926	27470,99		155136,40	
17	08.mai.96	708545,60	7971,14	126062,04	08.mai.96	12.juin.96	271,98	744	21841,54		148175,56	
18	08.nov.96	590454,70	6642,62	124733,52	08.nov.96	13.déc.96	269,12	560	16266,62		141269,25	
19	08.mai.97	472363,80	5314,09	123404,99	08.mai.97	12.juin.97	266,25	379	10891,76		134563,00	
20	08.nov.97	354272,90	3985,57	122076,47	08.nov.97	13.déc.97	263,38	195	5543,61		127883,46	
21	08.mai.98	236182,00	2657,05	120747,95	08.mai.98	12.juin.98	260,52	14	393,67		121402,14	
22	08.nov.98	118091,10	1328,52	119419,62	08.nov.98	08.nov.98		-135	-993,80 *		118425,82	
TOTAL		2598000,00	453026,27	3051026,27			6325,04		1360451,85		4.417803,16	
INTERETS DE RETARD au 26 juin 1998												
TOTAL A REMBOURSER avec le capital, les intérêts officiels (au 08.11.1998) et les intérêts de retard (au 26.06.1998)												
		* l'intérêt négatif de la dernière échéance est au taux de 2,25% l'an										

Annexe C

PRET DE USD 2.598.000 du 30 decembre 1985		Taux: 1.12500%		INTERETS 35 JOURS		INTERETS A 8,50% L'AN		TOTAL DU AU		
chiffres en USD		REMBOURSEMENTS PREUVS		A 2,25 % L'AN		AU		26 juin 98		
Dates d'échéance	Capital restant dû	Capital	Intérêts	Total 1	Depuis le	jusqu'au	\$	Jours au	Intérêts	
								26 juin 98	8,50%	
0	30. déc. 85	2598000,00								
A	30.juin.86	2598000,00	29227,50	29227,50	30.juin.86	04.aout.86	63,06	4344	29567,02	
B	30. déc. 86	2598000,00	29227,50	29227,50	30. déc. 86	03. févr. 87	63,06	4161	28321,45	
C	30.juin.87	2598000,00	29227,50	29227,50	30.juin.87	04.aout.87	63,06	3979	27082,68	
D	30. déc. 87	2598000,00	29227,50	29227,50	30. déc. 87	03. févr. 88	63,06	3796	25837,11	
1	30.juin.88	2598000,00	29227,50	147318,40	30.juin.88	04.aout.88	317,84	3613	123951,28	
2	30. déc. 88	2479909,10	27898,98	145989,88	30. déc. 88	03. févr. 89	314,98	3430	116611,91	
3	30.juin.89	2361818,20	26570,45	144661,35	30.juin.89	04.aout.89	312,11	3248	109419,47	
4	30. déc. 89	2243727,30	25241,93	143332,83	30. déc. 89	03. févr. 90	309,25	3065	102306,26	
5	30.juin.90	2125636,40	23913,41	142004,31	30.juin.90	04.aout.90	306,38	2883	95339,36	
6	30. déc. 90	2007545,50	22584,89	140675,79	30. déc. 90	03. févr. 91	303,51	2700	88452,31	
7	30.juin.91	1889454,60	21256,36	139347,26	30.juin.91	04.aout.91	300,65	2518	81770,95	
8	30. déc. 91	1771363,70	19927,84	138018,74	30. déc. 91	03. févr. 92	297,78	2335	75050,05	
9	30.juin.92	1653272,80	18599,32	136690,22	30.juin.92	04.aout.92	294,91	2152	68502,40	
10	30. déc. 92	1535181,90	17270,80	135361,70	30. déc. 92	03. févr. 93	292,05	1969	62067,97	
11	30.juin.93	1417091,00	15942,27	134033,17	30.juin.93	04.aout.93	289,18	1787	55778,00	
12	30. déc. 93	1299000,10	14613,75	132704,65	30. déc. 93	03. févr. 94	286,31	1604	49569,73	
13	30.juin.94	1180909,20	13285,23	131376,13	30.juin.94	04.aout.94	283,45	1422	43505,29	
14	30. déc. 94	1062818,30	11956,71	130047,61	30. déc. 94	03. févr. 95	280,58	1239	37523,19	
15	30.juin.95	944727,40	10628,18	128719,08	30.juin.95	04.aout.95	277,72	1057	31684,29	
16	30. déc. 95	826636,50	9299,66	127390,56	30. déc. 95	03. févr. 96	274,85	874	25928,34	
17	30.juin.96	708545,60	7971,14	126062,04	30.juin.96	04.aout.96	271,98	691	20285,63	
18	30. déc. 96	590454,70	6642,62	124733,52	30. déc. 96	03. févr. 97	269,12	508	14756,15	
19	30.juin.97	472363,80	5314,09	123404,99	30.juin.97	04.aout.97	266,25	326	9368,64	
20	30. déc. 97	354272,90	3985,57	122076,47	30. déc. 97	03. févr. 98	263,38	143	4065,31	
21	30.juin.98	236182,00	2657,05	120747,95	30.juin.98	30.juin.98	-8	-4	-29,77 *	
22	30. déc. 98	118091,10	1328,52	119419,62	30. déc. 98	30. déc. 98	-187	-187	-1376,60 *	
	0,00									
TOTAL		2598000,00	453026,27	3051026,27			6064,52		1325278,42	4'382'369,22
INTERETS DE RETARD au 26 juin 1998										
TOTAL A REMBOURSER avec le capital, les intérêts officiels (au 30.12.1998) et les intérêts de retard (au 26.06.1998)										
* l'intérêt négatif des dernières échéance est au taux de 2,25% /an										
La date du 26 juin 98 peut être modifiée en changeant K6 Excel (au dessus du "J")										

Annexe D

PRET DE USD 649.000 du 30 octobre 1986		Calcul sur une année de 365 jours : intérêts de retard simples										TOTAL DU AU	
chiffres en USD		INTERETS 35 JOURS A 2,25 % L'AN					INTERETS A 8,50% L'AN 26.juin.98					26.juin.98	
Dates d'échéance	Capital restant dû	Taux: 1.125009%		Total 1	Depuis le	jusqu'au	\$	Jours au	Intérêts	26.juin.98	8.50%	TOTAL DU AU	
		Capital	Intérêts										
0	649500.00												
A	649500.00		7306.88	7306.88	10.avr.87	15.mai.87	15.76	4060	6908.50			14231.14	
B	649500.00		7306.88	7306.88	10.oct.87	14.nov.87	15.76	3877	6597.11			13919.75	
C	649500.00		7306.88	7306.88	10.avr.88	15.mai.88	15.76	3694	6285.71			13608.35	
D	649500.00		7306.88	7306.88	10.oct.88	14.nov.88	15.76	3511	5974.32			13286.96	
1	649500.00	29522.72	7306.88	36829.60	10.avr.89	15.mai.89	79.46	3329	28552.02			65461.07	
2	619977.28	29522.72	6974.74	36497.46	10.oct.89	14.nov.89	78.74	3146	26739.14			63315.35	
3	590454.56	29522.72	6642.61	36165.33	10.avr.90	15.mai.90	78.03	2964	24963.00			61206.36	
4	560931.84	29522.72	6310.48	35833.20	10.oct.90	14.nov.90	77.31	2781	23206.66			59117.18	
5	5311409.12	29522.72	5978.35	35501.07	10.avr.91	15.mai.91	76.59	2599	21486.90			57064.57	
6	501886.40	29522.72	5646.22	35168.94	10.oct.91	14.nov.91	75.88	2416	19787.11			55031.93	
7	472363.68	29522.72	5314.09	34836.81	10.avr.92	15.mai.92	75.16	2233	18115.62			53027.59	
8	442840.96	29522.72	4981.96	34504.68	10.oct.92	14.nov.92	74.45	2050	16472.44			51051.57	
9	413318.24	29522.72	4649.83	34172.55	10.avr.93	15.mai.93	73.73	1868	14865.53			49111.81	
10	383795.52	29522.72	4317.70	33840.42	10.oct.93	14.nov.93	73.01	1685	13278.89			47192.32	
11	354272.80	29522.72	3985.57	33508.29	10.avr.94	15.mai.94	72.30	1503	11728.36			45308.94	
12	324750.08	29522.72	3653.44	33176.16	10.oct.94	14.nov.94	71.58	1320	10198.26			43446.00	
13	295227.36	29522.72	3321.31	32844.03	10.avr.95	15.mai.95	70.86	1138	8704.12			41619.01	
14	265704.64	29522.72	2989.18	32511.90	10.oct.95	14.nov.95	70.15	955	7230.56			39812.60	
15	236181.92	29522.72	2657.05	32179.77	10.avr.96	15.mai.96	69.43	772	5785.30			38034.50	
16	206659.20	29522.72	2324.92	31847.64	10.oct.96	14.nov.96	68.71	589	4368.36			36284.71	
17	177136.48	29522.72	1992.79	31515.51	10.avr.97	15.mai.97	68.00	407	2987.07			34570.57	
18	147613.76	29522.72	1660.65	31183.37	10.oct.97	14.nov.97	67.28	224	1626.66			32877.32	
19	118091.04	29522.72	1328.52	30851.24	10.avr.98	15.mai.98	66.56	42	301.75			31219.56	
20	88568.32	29522.72	996.39	30519.11	10.oct.98	10.oct.98		-106	-199.42 *			30319.69	
21	59045.60	29522.72	664.26	30186.98	10.avr.99	10.avr.99		-288	-535.92 *			29651.06	
22	29522.88	29522.88	332.13	29855.01	10.oct.99	10.oct.99		-471	-866.82 *			28988.19	
TOTAL		649500.00	113256.58	762756.58			1450.28		284561.23			1048768.09	
INTERETS DE RETARD au 26 juin 1998													
TOTAL A REMBOURSER avec le capital, les intérêts officiels (au 30.12.1999) et les intérêts de retard (au 26.06.1999)													
* l'intérêt négatif des dernières échéance est au taux de 2,25% l'an													

286'011.51

1'048'768.09

Annexe E

chiffres en USD	REMBOURSEMENTS PREVUS		Calcul sur une année de 365 jours : intérêts de retard simples		TOTAL DU AU 26.juin.98
	Capital	Intérêts	INTERETS 35 JOURS A 2,25 % L'AN	INTERETS A 8,50% L'AN AU 26.juin.98	
PRET DE USD 7.144.500 du 10 octobre 1985	7'144'500.00	1'245'822.19	17'393.87	3'795'293.79	12'203'009.85
PRET DE USD 2.598.000 du 8 novembre 1985	2'598'000.00	453'026.27	6'325.04	1'360'451.85	4'417'803.16
PRET DE USD 2.598.000 du 30 décembre 1985	2'598'000.00	453'026.27	6'064.52	1'325'278.42	4'382'369.22
PRET DE USD 649.000 du 30 octobre 1986	649'500.00	113'256.58	1'450.28	284'561.23	1'048'768.09
TOTALITE DES SOMMES DUES	12'999'000.90	2'265'131.32	31'233.72	6'765'585.29	22'051'950.32

PART III

**Decision regarding delimitation of the border
between Eritrea and Ethiopia**

Decision of 13 April 2002

**Décision concernant la délimitation de la frontière
entre l'Érythrée et l'Éthiopie**

Décision du 13 avril 2002

DECISION REGARDING DELIMITATION OF THE BORDER BETWEEN ERITREA AND ETHIOPIA, DECISION OF 13 APRIL 2002

DÉCISION CONCERNANT LA DÉLIMITATION DE LA FRONTIÈRE ENTRE L'ÉRYTHRÉE ET L'ÉTHIOPIE, DÉCISION DU 13 AVRIL 2002

Eritrea-Ethiopia Boundary Commission (Commission) established pursuant to an agreement dated 12 December 2000, alternatively entitled “Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia” and “Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea” (December Agreement).

Commission’s mandate set forth in the December Agreement—to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law—Commission shall not have the power to make decisions *ex aequo et bono*—present decision addresses the first phase of the Commission’s work, namely, the delimitation of the border.

Treaty interpretation—general rule: a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose in order to establish the parties’ actual intent or common will—doctrine of contemporaneity: a treaty should be interpreted by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded thus giving expressions (including names) used in the treaty the meaning that they would have possessed at that time—the subsequent practice or conduct of the parties may not only be relevant to the interpretation of a treaty, but may also affect the legal relations of the parties even though it does not constitute practice in the application of the treaty or an agreement between them—the nature and extent of conduct effective to produce a variation of the treaty is a matter of appreciation of the same elements by the tribunal in each case: (1) an act, course of conduct or omission by or under the authority of one party indicative of its view of the content of the applicable legal rule of treaty or customary origin; (2) the knowledge (actual or reasonably inferred) of the other party of such conduct or omission; and (3) a failure by the latter party within a reasonable time to reject, or dissociate itself from, the position taken by the first—these concepts may also apply to the attitude of a party with respect to its own conduct since that party cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct—the same rules and principles of interpretation apply to words in a treaty and depiction of lines on a map.

Applicable international law is not limited to the law relating to the interpretation of treaties—Commission must also apply the rules of international law applicable generally to the determination of disputed borders, including the rules relating to the effect of three broad categories of conduct of the parties, namely: (1) maps; (2) activity on the ground tending to show the exercise of sovereign authority by the party engaging in that activity (effectivités); and (3) diplomatic and other similar exchanges and records, including admissions before the Commission, constituting assertions of sovereignty, or acquiescence in or opposition to such assertions, by the other party—map evidence: legal significance, evidential value, cautionary considerations, effect of disclaimers, reaction required by a State adversely affected by a map—effectivités: actions of a State pursued à titre de souverain either asserting that State’s position or, expressly or impliedly, contradicting the conduct of the opposing State.

Principle of respect for the borders existing at independence as stated in OAU resolution AHG/Res. 16(1) adopted in 1964—consistently reaffirmed by the Parties—consequently, the borders between them are to be determined as of the date of independence of Eritrea (27 April 1993)—subsequent developments taken into account only in so far as they constitute a continuance or confirmation of a line of conduct already clearly established or an express agreement between the Parties.

Border delimitation—delimitation of the central sector border based on the 1900 Treaty (as amended by the 1902 Treaty) and the map annexed thereto taking into consideration the subsequent conduct of the Parties and the admission of one Party during the proceedings—delimitation of the western sector border based on the contemporary understanding of the location of geographical names used in the 1902 Treaty, taking into account maps produced by the Parties amounting to subsequent conduct or practice evidencing their mutual acceptance of a boundary—delimitation of the eastern sector border based on the geometric method set forth in the 1908 Treaty, as modified by common agreement of the Parties, subject to adjustments during the demarcation stage to take account of the nature and variation of the terrain—Commission deferred until demarcation stage the determination of the boundary within rivers by reference to the location of the main channel identified during the dry season, having regard to the customary rights of the local people to have access to the river.

N.B. The references to the page numbers on which the maps appeared in the Award have been retained. As indicated in the Table of Contents to the present volume, all such maps are reproduced at the end of this volume.

Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie (la Commission) créée en application d'un accord en date du 12 décembre 2000 intitulé, selon le cas, « Accord entre le Gouvernement de l'État d'Érythrée et le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie » et « Accord entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée » (dit « Accord de décembre »).

Mandat de la Commission formulé dans l'Accord de décembre – Tracer et aborder la frontière établie sur la base des traités coloniaux pertinents (1900, 1902 et 1908) et du droit international applicable en la matière – La Commission n'est pas habilitée à prendre des décisions *ex aequo et bono* – La présente décision correspond à la première phase des travaux de la Commission, à savoir la délimitation de la frontière.

Interprétation des traités – Règle générale : un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, afin d'établir l'intention réelle ou la volonté commune des parties – Doctrine du « renvoi fixe » : un traité doit être interprété par référence aux circonstances dans lesquelles il a été conclu, donc en donnant aux expressions (y compris les noms) qui y sont employées le sens qu'elles avaient à l'époque où il a été conclu – Pratique ou conduite ultérieure des parties, qui peuvent non seulement être prises en compte dans l'interprétation d'un traité, mais aussi produire un effet sur les relations juridiques entre lesdites parties même si cette pratique ou conduite ultérieure ne constituent pas à proprement parler une « pratique suivie dans l'application du traité » ou un « accord intervenu entre les Parties » – Pour déterminer quelles doivent être la nature et la portée d'une conduite pour que cette conduite ait pour effet de modifier un traité, le tribunal apprécie, dans chaque cas, les éléments ci-après : 1) les actes, conduites ou omissions commis par une partie ou sous son autorité qui manifestent l'opinion de ladite partie sur le fond de la règle de droit conventionnel ou coutumier applicable; 2) la connaissance (effective ou raisonnablement présumée) qu'avait l'autre partie de cette conduite ou omission; et 3) la question de savoir si l'autre partie s'est abstenue ou non de rejeter dans des délais raisonnables la position adoptée par la première partie ou de s'en dissocier – Ces critères peuvent également être appliqués à l'attitude d'une partie par rapport à sa propre conduite, puisqu'il n'est pas admis qu'une partie contredise par son action ultérieure la position juridique qui inspirait sa conduite initiale – Les mêmes règles et principes d'interprétation valent pour le texte d'un traité et pour le tracé de lignes sur une carte.

Le droit international applicable en l'espèce ne se limite pas au droit relatif à l'interprétation des traités – La Commission doit aussi invoquer les règles du droit international qui guident généralement la délimitation de frontières contestées, notamment les règles qui concernent l'effet produit par trois grandes catégories de conduite des parties, à savoir : 1) les cartes géographiques;

2) les activités sur le terrain qui semblent indiquer l'exercice d'une autorité souveraine par la partie qui les mène (« effectivités »); et 3) les échanges et documents diplomatiques et similaires, notamment les admissions faites devant la Commission, qui constituent des affirmations de souveraineté, ou d'acquiescement ou d'opposition aux affirmations de souveraineté de l'autre partie – Les cartes géographiques comme moyens de preuve : pertinence juridique, valeur probante, prudence à observer, effet des mentions de non-responsabilité portées sur des cartes, réaction attendue d'un État face à une carte préjudiciable à ses intérêts – Effectivités : actes de l'État accomplis à titre de souverain qui soit affirment sa position soit vont expressément ou implicitement à l'encontre de la conduite de l'État adverse.

Principe du respect des frontières héritées de l'indépendance, tel que stipulé dans la résolution AHG/Res.16(1) adoptée par l'Organisation de l'unité africaine en 1964 – régulièrement réaffirmé par les Parties – La frontière entre elles doit par conséquent être délimitée telle qu'elle se présentait à la date d'accession de l'Érythrée à l'indépendance (27 avril 1993) – Il ne sera tenu compte des événements postérieurs que dans la mesure où ils constituent le prolongement ou la confirmation d'une ligne de conduite déjà clairement établie ou un accord exprès entre les Parties.

Délimitation de la frontière – Délimitation du secteur central fondée sur le Traité de 1900 (tel qu'amendé par le Traité de 1902) et sur la carte y annexée, en tenant compte de la conduite ultérieure des Parties et de l'admission faite par l'une d'elles au cours de la procédure – Délimitation du secteur occidental fondée sur une interprétation contemporaine des toponymes employés dans le Traité de 1902, en tenant compte des cartes communiquées par les Parties en tant que ces cartes représentent une conduite ou pratique ultérieure manifestant l'acceptation mutuelle d'une frontière – Délimitation du secteur oriental fondée sur la méthode géométrique définie dans le Traité de 1908, telle que modifiée d'un commun accord par les Parties, sous réserve des ajustements à apporter, au stade de l'abornement, pour tenir compte de la nature et du relief du terrain – La Commission reporte au stade de l'abornement la définition de la frontière le long des cours d'eau, qui se fera par référence à l'emplacement du chenal principal identifié pendant la saison sèche, en tenant compte des droits coutumiers d'accès de la population locale aux cours d'eau concernés.

N.B. : Les renvois à une carte portent le numéro de la page sur laquelle était imprimée cette carte dans la décision originale. Comme l'indique la table des matières du présent ouvrage, toutes les cartes sont reproduites à la fin du volume.

Eritrea - Ethiopia Boundary Commission

DECISION

Regarding Delimitation of the Border

between

The State of Eritrea

and

The Federal Democratic Republic of Ethiopia

By the Boundary Commission, composed of:

Professor Sir Elihu Lauterpacht, CBE, QC, President

Prince Bola Adesumbo Ajibola, SAN, KBE, CFR

Professor W. Michael Reisman

Judge Stephen M. Schwebel

Sir Arthur Watts, KCMG, QC

DECISION Regarding Delimitation of the Border
between

The State of Eritrea, represented by:

GOVERNMENT OF ERITREA

His Excellency Mr. Ali Said Abdella, Foreign Minister of the State of Eritrea,
Agent

Professor Lea Brilmayer, Co-Agent, Legal Advisor to the Office of the
President of Eritrea,

“Howard M. Holtzmann Professor of International Law”, Yale University
School of Law

His Excellency Mr. Mohammed Suleiman Ahmed, Ambassador of the State of
Eritrea to the Netherlands

Mr. Habtom Gebremichael, Ministry of Foreign Affairs, State of Eritrea

Ms. Megan Munzert, Associate Legal Advisor to the Office of the President of
Eritrea

COUNSEL AND ADVOCATES

Mr. O. Thomas Johnson, Covington and Burling; Member of the Bar of the District of Columbia

Professor James Crawford, SC, FBA, Whewell Professor of International Law, University of Cambridge; Member of the Australian and English Bars; Member of the Institute of International Law

COUNSEL AND CONSULTANTS

Mr. Eric Brown, Covington and Burling; Member of the Bar of the District of Columbia

Ms. Chiara Giorgetti, Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Bologna

Ms. Karin Kizer, Covington and Burling; Member of the Bar of the District of Columbia

Ms. Natalie Klein, Debevoise and Plimpton; Barrister and Solicitor of the Supreme Court of Australia

Professor Yemane Meshginna, Department of Political Science, the University of Asmara

Ms. Erin Casey, Yale University School of Law

Ms. Amanda Jones, Yale University School of Law

Ms. Suma Nair, Covington and Burling

and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, represented by:

GOVERNMENT OF ETHIOPIA

His Excellency Mr. Seyoum Mesfin, Minister of Foreign Affairs of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Agent

His Excellency Ambassador Mr. Fisseha Yimer, Ambassador of the Federal Democratic Republic of Ethiopia to Switzerland and to the United Nations in Geneva, Co-Agent

Mr. Seifeselessie Lemma, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs of the Federal Democratic Republic of Ethiopia

COUNSEL AND ADVOCATES

Mr. Ian Brownlie, CBE, QC, FBA, Chichele Professor of Public International Law (Emeritus), University of Oxford; Member of the International Law Commission; Member of the English Bar; Member of the Institut de droit international

Mr. B. Donovan Picard, Verner, Liipfert, Bernhard, McPherson & Hand, Washington DC; Member of the Bar of the District of Columbia; Member of the Bar of the Supreme Court of the United States

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

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

Mr. Dylan D. Cors, Verner, Liipfert, Bernhard, McPherson & Hand, Washington DC; Member of the Bar of the District of Columbia

COUNSEL AND CONSULTANTS

Mr. Scott Edmonds, International Mapping Associates, Columbia, Maryland, President

Mr. Robert Rizzutti, International Mapping Associates, Columbia, Maryland, Vice President

Ms. Cheryl Dunn, Frere Cholmeley/Eversheds, Paris; Member of the State Bar of California

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

Mr. Justin M. Cawley, Verner, Liipfert, Bernhard, McPherson & Hand, Washington, DC; Member of the Bar of the District of Columbia

Mr. Gregson A. Thoms, III, Verner, Liipfert, Bernhard, McPherson & Hand, Washington, DC, Consultant

TABLE OF CONTENTS

LIST OF MAPS	93
GLOSSARY OF GEOGRAPHIC PLACE NAMES	95
CHAPTER I – PROCEDURAL INTRODUCTION	96
CHAPTER II – SUBSTANTIVE INTRODUCTION	103
A. Background	104
B. The Subject of the Dispute – Geographical Description of the Boundary	105
1) The termini	106
2) The three sectors of the boundary	106
3) The western sector	106
4) The central sector	107
5) The eastern sector	109
CHAPTER III – THE TASK OF THE COMMISSION AND THE APPLICABLE LAW	109
A. Treaty Interpretation	109
B. Applicable International Law and the Subsequent Conduct of the Parties	112

1) Maps	113
2) <i>Effectivités</i>	116
3) Diplomatic and other exchanges tending to evidence admissions or assertions	117
C. Relevance of the Reference to the 1964 OAU Summit Declaration	117
D. The Present Decision Does Not Deal with Demarcation	118
CHAPTER IV – THE SECTOR COVERED BY THE 1900 TREATY (CENTRAL SECTOR)	118
A. The Interpretation of the 1900 Treaty	118
1) The Mareb River	120
2) The Belesa River	121
3) The upper reaches of the Muna and the overland link between the Belesa and the Muna	123
4) The eastern terminal point of the 1900 Treaty boundary	128
5) Object and purpose of the Treaty	130
6) Conclusions as to the boundary identified by the 1900 Treaty	132
B. Subsequent Conduct	132
1) The western part of the Belesa projection	133
(a) Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (<i>effectivités</i>)	133
(b) Diplomatic and other similar exchanges and records	134
(c) Maps	134
(d) Conclusion regarding the western part of the Belesa projection	134
2) The eastern part of the Belesa projection	135
(a) Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (<i>effectivités</i>)	135
(b) Diplomatic and other similar exchanges and records	135
(c) Maps	136

(d)	Conclusion regarding the eastern part of the Belesa projection	136
3)	The Endeli projection (Irob)	136
(a)	Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (<i>effectivités</i>)	137
(b)	Diplomatic and other similar exchanges and records	137
(c)	Maps	137
(d)	Conclusion regarding the Endeli projection	138
4)	The Bada region in the central sector	138
(a)	Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (<i>effectivités</i>)	139
(b)	Diplomatic and other similar exchanges and records	139
(c)	Maps	139
(d)	Conclusion regarding the Bada region in the central sector	139
C.	The Commission's Conclusions Regarding the 1900 Treaty Line as a Whole	140
CHAPTER V – THE SECTOR COVERED BY THE 1902 TREATY (WESTERN SECTOR)		140
A.	The Treaty Text	140
B.	The Western Terminus	141
C.	The Sector Setit-Mareb	142
1)	Interpretation of the Treaty	143
(a)	The terms of the Treaty	143
(b)	The object and purpose of the Treaty	146
(i)	The reference to Mount Ala Tacura	146
(ii)	The incorporation of the Cunama into Eritrea	146
(c)	The relation between the negotiations of May 1902 and the principal objective of the Treaty	148
2)	Developments subsequent to the Treaty	149
3)	Assessment of the situation as at 1935	160
4)	The Position after 1935	163

CHAPTER VI – THE SECTOR COVERED BY THE 1908 TREATY (EASTERN SECTOR)	164
A. The Text of the 1908 Treaty	164
B. The Physical Geography	165
C. Historical Background of the 1908 Treaty	165
D. The Commission’s Decision	165
1) The nature of the exercise under the 1908 Treaty	166
2) The commencement of the boundary	166
3) The termination of the boundary	166
4) The method by which the boundary is to be drawn	167
(a) The geometric character of the delimitation	167
(b) The delimitative character of the Commission’s task	167
(c) The meaning of the “coast”	168
(d) The Commission’s delimitation method	168
5) Effect of subsequent conduct	169
6) The map evidence	171
CHAPTER VII – THE BOUNDARY LINE WITHIN RIVERS	172
CHAPTER VIII – <i>DISPOSITIF</i>	173
Decision	173
Maps Illustrating the Delimitation Line	174
Reference Points	175
APPENDIX A – The Subsequent Conduct of the Parties in the Sector Covered by the 1900 Treaty	179
APPENDIX B – The Location of the Cunama	191
APPENDIX C – Technical Note Relating to Maps	194

LIST OF MAPS

Map 1	Eritrea-Ethiopia Border Area	(inside back cover)
Map 2	Western Sector, 1902 Treaty, Claim Lines As Submitted by the Parties	(inside back cover)

- Map 3 Central Sector, 1900 Treaty, Claim Lines As Submitted by the Parties (inside back cover)
- Map 4 Eastern Sector, 1908 Treaty, Claim Lines As Submitted by the Parties (inside back cover)
- Map 5 1900 Treaty Map (inside back cover)
- Map 6 Belesa and Endeli Projections (inside back cover)
- Map 7 Treaty Line As Established by the 1900 Treaty (inside back cover)
- Map 8 Mai Daro Map (inside back cover)
- Map 9 De Chaurand Map, Excerpt Corresponding to the Mai Daro Map (inside back cover)
- Map 10 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Western Sector (in a scale of 1:1,000,000) (inside back cover)
- Map 11 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Central Sector (in a scale of 1:360,000) (inside back cover)
- Map 12 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Eastern Sector (in a scale of 1:1,000,000) (inside back cover)
- Map 13 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia (in a scale of 1:2,000,000) (inside back cover)
- Map 14 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Central Sector (from the Belesa to the headwater of the Muna in a scale of 1:50,000) (inside back cover)
- Map 15 International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Central Sector (from the headwater of the Muna to the confluence of the Muna and the Endeli in a scale of 1:50,000) (inside back cover)

GLOSSARY OF GEOGRAPHIC PLACE NAMES

This Glossary contains names of those geographic features and locations referred to in the Decision of which there are variant spellings. The spelling used in the Decision is listed first in bold, followed by the variant(s).

A

Acchele Guzai – Akologuzay; Okologezyay

Agame – Agamie

Ala Tacura – Ala Takura

Alitena – Alitiena

B

Baza – Baze; Basé

Belesa – Belessa; Mestai Mes; Ruba Dairo; Rubai Daro; Sur; Tserona

Bure – Burre

C

Cunama – Canama; Kunama

E

Enda Dashim – Enda Dascim; Ruba Enda Dascin

G

Gasc – Gash

Gogula – Collina Gugula

K

Kelloberda – Kolo Burdo

M

Mai Ambessa – Mai Anbessa

Mai Daro – Maidaro; Mai Doro

Maiteb – Maiteb; Maietebe; Maietebbe; Maitebbe

Maiten – Mai Ten; Mai Tenne; Mai Tenné; Maitenné

Mareb – Mereb

Mochiti – Moketti

Muna/Berbero Gado – Mai Muna; T. Mai Muna; Maj Mena; Mouna

S

Setit – Settite

Shimezana – Scimezana

Sittona – Maetebbe/Maeteb; Sittone

T

Tigray – Tigrai; Tigre

DECISION REGARDING DELIMITATION OF THE BORDER**CHAPTER I – PROCEDURAL INTRODUCTION**

1.1 The Eritrea-Ethiopia Boundary Commission (hereinafter the “Commission”) was established pursuant to an agreement dated 12 December 2000, alternately entitled “Agreement between the Government of the State of Eritrea and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia” and “Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea” (hereinafter the “December Agreement”).

1.2 Article 4 of the December Agreement provides as follows:

1. Consistent with the provisions of the Framework Agreement and the Agreement on Cessation of Hostilities, the parties reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law.

2. The parties agree that a neutral Boundary Commission composed of five members shall be established with a mandate to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902, and 1908) and applicable international law. The Commission shall not have the power to make decisions *ex aequo et bono*.
3. The Commission shall be located in The Hague.
4. Each party shall, by written notice to the United Nations Secretary-General, appoint two commissioners within 45 days from the effective date of this agreement, neither of whom shall be nationals or permanent residents of the party making the appointment. In the event that a party fails to name one or both of its party-appointed commissioners within the specified time, the Secretary-General of the United Nations shall make the appointment.
5. The president of the Commission shall be selected by the party-appointed commissioners or, failing their agreement within 30 days of the date of appointment of the latest party-appointed commissioner, by the Secretary-General of the United Nations after consultation with the parties. The president shall be neither a national nor permanent resident of either party.
6. In the event of the death or resignation of a commissioner in the course of the proceedings, a substitute commissioner shall be appointed or chosen pursuant to the procedure set forth in this paragraph that was applicable to the appointment or choice of the commissioner being replaced.
7. The UN Cartographer shall serve as Secretary to the Commission and undertake such tasks as assigned to him by the Commission, making use of the technical expertise of the UN Cartographic Unit. The Commission may also engage the services of additional experts as it deems necessary.
8. Within 45 days after the effective date of this Agreement, each party shall provide to the Secretary its claims and evidence relevant to the mandate of the Commission. These shall be provided to the other party by the Secretary.
9. After reviewing such evidence and within 45 days of its receipt, the Secretary shall subsequently transmit to the Commission and the parties any materials relevant to the mandate of the Commission as well as his findings identifying those portions of the border as to which there appears to be no dispute between the parties. The Secretary shall also transmit to the Commission all the evidence presented by the parties.
10. With regard to those portions of the border about which there appears to be controversy, as well as any portions of the border identified pursuant to paragraph 9 with respect to which either party believes there to be controversy, the parties shall present their written and oral submissions and any additional evidence directly to the Commission, in accordance with its procedures.
11. The Commission shall adopt its own rules of procedure based upon the 1992 Permanent Court of Arbitration Option Rules for Arbitrating Disputes Between Two States. Filing deadlines for the parties' written submissions shall be simultaneous rather than consecutive. All decisions of the Commission shall be made by a majority of the commissioners.
12. The Commission shall commence its work not more than 15 days after it is constituted and shall endeavor to make its decision concerning delimitation of the border within six months of its first meeting. The Commission shall take this objective into consideration when establishing its schedule. At its discretion, the Commission may extend this deadline.

13. Upon reaching a final decision regarding delimitation of the borders, the Commission shall transmit its decision to the parties and Secretaries General of the OAU and the United Nations for publication, and the Commission shall arrange for expeditious demarcation.

14. The parties agree to cooperate with the Commission, its experts and other staff in all respects during the process of delimitation and demarcation, including the facilitation of access to territory they control. Each party shall accord to the Commission and its employees the same privileges and immunities as are accorded to diplomatic agents under the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

15. The parties agree that the delimitation and demarcation determinations of the Commission shall be final and binding. Each party shall respect the border so determined, as well as the territorial integrity and sovereignty of the other party.

16. Recognizing that the results of the delimitation and demarcation process are not yet known, the parties request the United Nations to facilitate resolution of problems which may arise due to the transfer of territorial control, including the consequences for individuals residing in previously disputed territory.

17. The expenses of the Commission shall be borne equally by the two parties. To defray its expenses, the Commission may accept donations from the United Nations Trust Fund established under paragraph 8 of Security Council Resolution 1177 of 26 June 1998.

1.3 By 26 January 2001, within the time limits provided in Article 4, paragraph 4, of the December Agreement, and by written notice to the United Nations Secretary-General as further provided therein, Eritrea appointed as Commissioners Mr. Jan Paulsson and Judge Stephen M. Schwebel, and Ethiopia appointed as Commissioners His Excellency Prince Bola Adesumbo Ajibola and Sir Arthur Watts.

1.4 By virtue of Article 4, paragraph 7, of the December Agreement, Dr. Hiroshi Murakami, Chief of the Cartographic Section of the Secretariat of the United Nations, acted as Secretary of the Commission (hereinafter the "Secretary") at all material times and rendered important cartographical and other technical assistance to the Commission. He was assisted principally by Ms. Alice Chow and Ms. H el ene Bray. On 26 January 2001, the Parties submitted to the Secretary their claims and evidence relevant to the mandate of the Commission, as required by Article 4, paragraph 8, of the December Agreement.

1.5 In accordance with Article 4, paragraph 5, of the December Agreement, the party-appointed Commissioners selected as President of the Commission Professor Sir Elihu Lauterpacht, who accepted his appointment on 20 February 2001.

1.6 By a letter to the Secretary dated 2 March 2001, the Permanent Representative of Ethiopia lodged a challenge to the appointment by Eritrea of Mr. Paulsson. The Secretary transmitted this letter to the Commissioners, the Permanent Representative of Eritrea and the Secretary-General of the United Nations.

1.7 On 2 March 2001, Ethiopia informally notified the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration of the designation of His Excellency Seyoum Mesfin, Minister of Foreign Affairs of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, as Agent, and of His Excellency Ambassador Fisseha Yimer, Permanent Representative of the Federal Democratic Republic of Ethiopia to the United Nations at Geneva, as Co-Agent.

1.8 On 14 March 2001, Eritrea informally notified the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration of the designation of His Excellency Ali Said Abdella, Foreign Minister of Eritrea, as Agent, and of Professor Lea Brilmayer as Co-Agent.

1.9 Article 4, paragraph 9, of the December Agreement charged the Secretary with, *inter alia*, making findings identifying those portions of the border as to which there appeared to be no dispute between the Parties. On 12 March 2001, the Secretary transmitted his findings to the Parties and to the Commissioners. On 23 March 2001, the Government of Ethiopia reserved its position with respect to those findings. The Secretary's findings were based entirely on the materials theretofore made available to him by the Parties, and were not intended to be dispositive of any aspects of the delimitation. According to Article 4, paragraph 10, of the December Agreement, the Parties' subsequent submissions to the Commission were to address those portions of the border about which there appeared to be controversy, as well as any portions of the border identified by the Secretary with respect to which either Party believed there to be controversy.

1.10 The Commission met in The Hague on 25 March 2001. On 26 March 2001, an informal meeting was held between the Commission and representatives of the Parties to discuss procedural matters, without prejudice to the position of the Parties pending the resolution of the outstanding challenge to Mr. Paulsson. The Secretary was also present. At this meeting, the Parties agreed that, in addition to the Secretary provided for in the December Agreement, there should be appointed to assist the Commission a legally-qualified Registrar. Ms. Bette E. Shifman, Deputy Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration, was accordingly appointed, and she has so acted throughout the proceedings, with the assistance principally of Mr. Dane Ratliff and of the staff of the Permanent Court of Arbitration.

1.11 Among the matters discussed and tentatively agreed on at the meeting of 26 March 2001 was a schedule for the first phase of the Commission's work (the delimitation of the border), according to which the Parties would simultaneously file written Memorials on 30 June 2001 and Counter-Memorials on 22 September 2001. Consideration would then be given to whether the Parties would exchange Replies. A pre-hearing consultation between the Commission and the Parties was scheduled for 6 November 2001. It was tentatively agreed that hearings would be held in The Hague between 10 and 21 December 2001. Although Article 4, paragraph 12,

of the December Agreement stipulates that the Commission is to “endeavor to make its decision concerning delimitation of the border within six months of its first meeting,” it was accepted by the Parties and the Commission that this was not practicable.

1.12 On 5 April 2001, the President of the Commission signed an Order, adopting an “Interim Rule of Procedure” as follows:

Whereas Article 4, paragraph 11, of the Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea of 12 December, 2000, requires the Commission to adopt its own Rules of Procedure;

whereas one of the Commissioners has been challenged by a Party, thus occasioning an immediate need for a Rule of Procedure to regulate the matter;

and whereas the Commission has not as yet prepared a complete set of Rules of Procedure including a rule relating to challenge;

the Commission has adopted the following Interim Rule of Procedure limited to one aspect of this matter and without prejudice to the adoption in due course of a full set of Rules of Procedure within which this Rule (subject to any necessary amendment) will be incorporated:

CHALLENGE OF COMMISSIONERS – A challenge to a member of the Commission shall be decided by those members of the Commission whose appointments are not challenged. If they cannot reach a decision, the President shall refer the challenge to the Secretary-General of the United Nations for decision.

This Order was duly communicated to the Parties by the Registrar.

1.13 Also on 5 April 2001, the President of the Commission informed the Secretary-General of the United Nations of the contents of the Order, and of the fact that the four Commissioners whose appointments had not been challenged had been unable to reach a decision on the challenge to Mr. Paulsson, and accordingly referred the challenge to the Secretary-General for decision.

1.14 By a letter dated 15 May 2001, Mr. Paulsson tendered his resignation as a member of the Boundary Commission, it being understood that this resignation did not imply any acceptance of the validity of the alleged grounds for the challenge. In accordance with Article 4, paragraph 6, of the December Agreement, Eritrea appointed, on 12 June 2001, Professor W. Michael Reisman to fill the vacancy created by Mr. Paulsson’s resignation.

1.15 On 20 June 2001, the Commission adopted its Rules of Procedure (hereinafter the “Rules”), based, as required by Article 4, paragraph 11, of the December Agreement, on the 1992 Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States. Article 16(2) of the Rules sets forth the schedule for written submissions tentatively agreed at the meeting of 25 March 2001, i.e., a Memorial to be filed by each Party by 30 June 2001, a Counter-Memorial to be filed by each Party not later than 22

September 2001, and any other pleading that the Commission deemed necessary after consulting the Parties, to be filed not later than one month after filing of the Counter-Memorials.

1.16 Both Parties filed their Memorials with the Registrar within the time limits provided in the Rules. On 16 July 2001, the President held an informal meeting with the representatives of the Parties in order to discuss various matters relating to the ongoing work of the Commission.

1.17 The Parties filed their Counter-Memorials on 30 September 2001 and, pursuant to Article 16(2) of the Rules, the Commission decided, after consulting the Parties, to authorize an exchange of Replies. These were duly filed with the Registrar on 29 October 2001.

1.18 As provided in Article 16(4) of the Rules, the written phase of the pleadings was closed upon the filing of the Replies. A pre-hearing consultation was held with the Parties on 6 November 2001, at the premises of the Permanent Court of Arbitration in The Hague, at which procedural details relating to the hearings were settled. At that meeting, the Commission requested the Parties to provide to the Commission, as expeditiously as possible, originals or full-scale copies of all maps that had been produced in evidence, and these were subsequently submitted by the Parties.

1.19 Hearings were held at the Peace Palace in The Hague from 10 through 21 December 2001, during which oral arguments and replies were heard from the following:

For Eritrea: His Excellency Ali Said Abdella,
Foreign Minister of Eritrea, Agent
Professor Lea Brilmayer, Co-Agent
Mr. O. Thomas Johnson
Professor James Crawford, SC

For Ethiopia: His Excellency Seyoum Mesfin,
Minister of Foreign Affairs of Ethiopia, Agent
Mr. B. Donovan Picard
Mr. Ian Brownlie, CBE, QC
Mr. Rodman R. Bundy
Ms. Loretta Malintoppi
Mr. Dylan D. Cors

1.20 In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of Eritrea,

in the Memorial:

For the reasons set out in this Memorial, which Eritrea reserves the right to supplement and develop further in subsequent pleadings and oral argument, it is respectfully submitted that the boundary between the two parties is that depicted in Figure 2.1 above and in Map 1 in Eritrea's Atlas.

in the Counter-Memorial:

For the reasons set out in this Counter-Memorial, which Eritrea reserves the right to supplement and develop further in subsequent pleadings and oral argument, it is respectfully submitted that the boundary between the two parties is that depicted in Figure 2.01 in Eritrea's Memorial and in Map 1 in Eritrea's Memorial Atlas.

in the Reply:

For the reasons set out in this Reply, which Eritrea reserves the right to supplement and develop further in subsequent pleadings and oral argument, it is respectfully submitted that the boundary between the two parties is that depicted in Figure 2.01 in Eritrea's Memorial and in Map 1 in Eritrea's Memorial Atlas.

On behalf of Ethiopia,

in the Memorial:

On the basis of the facts and legal arguments presented in this Memorial; and Considering that Article 4 of the 12 December 2000 Agreement provides in the relevant part of paragraph 2 that –

The parties agree that a neutral Boundary Commission composed of five members shall be established with a mandate to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law;

and in paragraph 10 that –

With regard to those portions of the border about which there appears to be controversy, as well as any portions of the border identified pursuant to paragraph 9 with respect to which either party believes there to be controversy, the parties shall present their written and oral submissions and any additional evidence directly to the Commission, in accordance with its procedures;

The Federal Democratic Republic of Ethiopia, while reserving the right to supplement or amend these Submissions in the light of further pleadings in the case, respectfully requests the Commission to adjudge and declare:

- That the boundary in accordance with the Treaty of 1900 is constituted by the line described in Chapter 4, paragraph 4.7 above;
- That the boundary in accordance with the Treaty of 1902 is constituted by the line described in Chapter 4, paragraph 4.8 above;
- That the boundary in accordance with the Treaty of 1908 is to be delimited and demarcated on the basis of the modus operandi described in Chapter 3, paragraphs 3.216 to 3.223 and Chapter 4, paragraph 4.9 above.

in the Counter-Memorial:

On the basis of the facts and legal arguments presented in Ethiopia's Memorial and Counter-Memorial; and

Rejecting the Submissions of Eritrea set forth in her Memorial;

The Federal Democratic Republic of Ethiopia, while reserving its right to supplement or amend these Submissions in the light of further pleadings in the case, respectfully requests the Commission to adjudge and declare:

- That the boundary in accordance with the Treaty of 1900 is constituted by the line described and illustrated in Chapter 2 of this Counter-Memorial;
- That the boundary in accordance with the Treaty of 1902 is constituted by the line described and illustrated in Chapter 3 of this Counter-Memorial; and
- That the boundary in accordance with the Treaty of 1908 is constituted in accordance with the methodology and considerations described and illustrated in Chapter 4 of this Counter-Memorial.

in the Reply:

On the basis of the foregoing, and rejecting Eritrea's contentions to the contrary, Ethiopia confirms the Submissions as set out at the end of her Counter-Memorial.

In the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of Eritrea,

at the hearing of 20 December 2001:

It is respectfully submitted that the boundary between the two parties is that depicted in map 1 of Eritrea's memorial atlas, the coordinates of which are more fully described in the 1:50,000 map that Eritrea has deposited with the Secretary.

On behalf of Ethiopia,

at the hearing of 21 December 2001:

The Federal Democratic Republic of Ethiopia respectfully requests the Commission to adjudge and declare, first, that the boundary, in accordance with the treaty of 1900, is constituted by the line described and illustrated in chapter 2 of the counter-memorial; secondly, that the boundary in accordance with the treaty of 1902 is constituted by the line described and illustrated in chapter 3 of the counter-memorial; and, thirdly, and finally, that the boundary, in accordance with the treaty of 1908, is constituted in accordance with the methodology and considerations described and illustrated in the oral hearings.

CHAPTER II – SUBSTANTIVE INTRODUCTION

2.1 The present Decision will be developed in eight Chapters.

2.2 Following this substantive introduction, the Commission will, in Chapter III, present its understanding of its task and of the law to be applied to it.

2.3 In Chapters IV, V and VI, the Commission will examine the border in the three sectors – central, western and eastern – corresponding to the portions initially defined by the three Treaties of 1900, 1902 and 1908 respectively.

2.4 Chapter VII will consider the question of the boundary within the relevant rivers.

2.5 Lastly, Chapter VIII will contain the *Dispositif* of the present Decision.

A. BACKGROUND

2.6 There is little need to present any detailed account of the history of the Parties or their relations outside the events that are immediately relevant to the issues before the Commission and which will be treated at appropriate points in this Decision. However, a few introductory historical notes are in order.

2.7 Ethiopia has for long been an independent member of the international community. Apart from the period following its annexation by Italy in 1935 (see below), there has been no relevant discontinuity or change in its status. The position of Eritrea is different. Prior to the 1880s, large parts of it had been subject to Ottoman and Egyptian authority. During that decade, Italy began to assert a colonial presence in the region, first at the Red Sea port of Assab and in 1885 at Massawa. Subsequent Italian attempts to expand its control inland were successfully resisted by Ethiopian forces. However, in 1889, by the Treaty of Ucciali, Ethiopia and Italy established the boundary between the Empire of Ethiopia and the areas of Eritrea then in Italian possession. On 1 January 1890, Italy formally established the Colony of Eritrea. In 1893, the Ethiopian Emperor Menelik denounced the Treaty of Ucciali, but Italian expansion inland continued until the battle of Adwa in 1896, in which Italian forces were defeated. A temporary boundary arrangement was then established between Ethiopia and Italy. Subsequently, in 1900, 1902 and 1908, Ethiopia and Italy concluded three boundary agreements that, together, addressed the entire common boundary of the Colony of Eritrea and the Empire of Ethiopia. None of the boundaries thus agreed was demarcated. Indeed, as will be seen, each of these boundaries was, to varying degrees, not fully delimited.

2.8 In 1935, Italy invaded, occupied and annexed the whole of Ethiopia. In 1941, the United Kingdom expelled Italian forces from both Ethiopia and Eritrea and established a British Military Administration, which governed both countries from headquarters in Addis Ababa. The British Military Administration ended in Ethiopia with the conclusion of an agreement between the United Kingdom and Ethiopia on 31 January 1942. Emperor Haile Selassie then resumed control of his country. The former Italian Colony of Eritrea remained under British control until 1952.

2.9 By Article 23 of the Treaty of Peace with the Allied Powers of 1947, Italy renounced "all rights and title to the Italian territorial possessions in Africa" and agreed that "pending their final disposal, the said possessions shall continue under their present administration." As the Allied Powers were not able to agree upon the disposition of Eritrea within the time period established by the Peace Treaty, the matter was referred to the United Nations General Assembly under Paragraph 3 of Annex XI of the Treaty. On 2

December 1950, the General Assembly adopted Resolution 390A(V), which recommended that “Eritrea shall constitute an autonomous unit federated with Ethiopia under the sovereignty of the Ethiopian Crown.” The Federation of Eritrea with Ethiopia was accordingly established on 11 September 1952.

2.10 On 11 September 1952, Ethiopia declared null and void the Treaties of 1900, 1902 and 1908.¹ On 14 November 1952, Ethiopia declared the Eritrean Constitution void, ended the federal status of Eritrea, dissolved the Eritrean parliament and incorporated Eritrea into Ethiopia as a province.

2.11 Shortly after the incorporation of Eritrea into Ethiopia, an armed Eritrean resistance developed. In 1974, the Ethiopian armed forces deposed Emperor Haile Selassie, and a junta or Dergue, led by Mengistu Haile Mariam, took control of Ethiopia. The Dergue continued to prosecute the war against the Eritrean People’s Liberation Front (“EPLF”). By the late 1980s, the EPLF controlled most of Eritrea except for Asmara and Massawa. In February 1990, the EPLF captured Massawa. In 1991, Mengistu fled Ethiopia and the Ethiopian People’s Revolutionary Democratic Front (“EPRDF”) established an interim government, while the EPLF took control of Asmara. At a Conference on Peace and Democracy held in Addis Ababa in 1991, the right of the people of Eritrea to determine their own political future by an internationally supervised referendum was recognised. In April 1993, the referendum was held in Eritrea, supervised by international observers. Eritreans abroad were also enabled to vote. Over 99% of the voters favoured independence. The United Nations Special Representative announced that the referendum process had been free and fair.

2.12 On 27 April 1993, Eritrea became independent and was admitted as a member of the United Nations. On 29 April 1993, Ethiopia recognised Eritrea’s sovereignty and independence and on 30 July 1993, the two Governments concluded an Agreement of Friendship and Co-operation.

2.13 In May 1998, hostilities broke out between Eritrea and Ethiopia. After a number of attempts to re-establish peace between the two Parties, the December Agreement was signed on 12 December 2000, providing for the permanent termination of military hostilities between them. A major component of this Agreement was Article 4, the terms of which have been set out above, providing for the establishment of the present Commission.

B. THE SUBJECT OF THE DISPUTE – GEOGRAPHICAL DESCRIPTION OF THE BOUNDARY

2.14 The dispute relates to the precise location of extensive parts of the boundary between Eritrea and Ethiopia.

2.15 It will be convenient to begin by describing geographically the areas in which the location of the boundary is contested, without referring, for

¹ Order No. 6 of 1952.

the moment, to the chronological order of the treaties mentioned in Article 4 of the December Agreement.

2.16 For convenience, maps of each sector are provided on the pages following. A number of points on these maps have, for ease of reference, been given numbers. A complete list of all the points to which numbers have been given will be found in Chapter VIII, paragraph 8.3 (see p. 101), together with their coordinates. These coordinates are not necessarily final and the Commission may have to adjust or vary them in the course of demarcation. Only the final demarcation map will be definitive.

1) The termini

2.17 The boundary runs from the border with the Sudan in the west to the border with Djibouti in the east. At each end, there is a tri point between the three relevant States.

2.18 The tri point in the west was stated by the 1902 Treaty to be at Khor Um Hagar (Point 2). However, by subsequent agreement among Eritrea, Ethiopia and Sudan, the tri point was moved to the confluence of the Khor Royan with the Setit (Point 1), a short distance west of Khor Um Hagar.

2.19 The tri point at the eastern end has never been agreed, but, as a result of the delimitation established in the present decision, will be where the Eritrea/Ethiopia boundary meets the western boundary of Djibouti (Point 41).

2) The three sectors of the boundary

2.20 The boundary divides into three sectors, to each of which a different treaty is addressed: the western sector by a treaty of 1902 (the “1902 Treaty” – see Chapter V, below); the central sector by a treaty of 1900 (the “1900 Treaty” – see Chapter IV, below); and the eastern sector by a treaty of 1908 (the “1908 Treaty” – see Chapter VI, below). The boundaries laid down in the Treaties have never been implemented by demarcation.

3) The western sector

2.21 The boundary in the western sector was originally part of the subject of the 1900 Treaty but was amended by the 1902 Treaty (see Map 2, p. 14). This Treaty is written in three languages, all of which are official: Amharic, English and Italian. All three texts prescribe that the boundary shall run eastwards along the Setit to the point where it is met by a named river. In the English and Italian texts, this river is called the Maiteb. In the Amharic text, it is called the Maiten. This difference between the Amharic and the other language texts is one aspect of a confused nomenclature and has been a source of major contention between the Parties. A river called Maiteb meets the Setit at Point 3 (see Map 2, p. 14), about 20 km east of Khor Um Hagar (Point 2). Another river, flowing into the Setit about 89 km east of Khor Um Hagar, is on some maps also identified as “Maetebbe”/“Maeteb” (Point 4). On some maps, another river, identified as the Maiten (sometimes “Mai Ten”

or “Maitenne”), meets the Setit 25 km further to the east (Point 8). Once the point on the Setit where it is met by the correct river is identified, both Parties are agreed that the boundary runs in a generally northeastwards direction to the confluence of the Mareb and the Mai Ambessa (Point 9); however, Ethiopia contends that the boundary runs first to the headwaters of the Maiteb and only from there does the boundary run in a straight line to the northeast.

2.22 Although there are considerable disparities between the maps that show this part of the Setit, the line of the river runs from the western terminus of the boundary in a generally west-east direction. At about 37° 04' E longitude, however, there is a long northwards-pointing hump or curve in the river that extends as far as 37° 26' E, at which point, having reached the same latitude at which the curve started, the line of the river continues in a southeasterly direction.

2.23 Between the western terminus (Point 1, at about 36° 34' E longitude) and 37° 40' E longitude, the right bank of the Setit is joined by a number of tributaries of which the following (going from west to east) may be mentioned: the Maiteb (Point 3), the Sittona (Point 4), the Meeteb (Point 5), the Tomsa (Point 6) and the Maiten (Point 8). The locations of the confluences of each of these rivers with the Setit varies in the earlier maps, but has been stabilized in cartographic representations for some ninety years. The name Meeteb, for example, appeared on an 1894 map somewhat to the east of where it appears on later maps, but on that same map there is no river named the Maiteb. In a sketch of 1900 limited to a short stretch of the Setit, the Meeteb again appeared, in approximately the same location. In later maps of, for example, 1902, 1913 and 1922, there is both a river Maiteb (in the west) and a river Meeteb (in the east).

2.24 The determination of the river to which the Treaty refers as joining the Setit and as marking the point at which the boundary turns towards the northeast is to be decided in accordance with the 1902 Treaty and applicable international law. This will be considered in Chapter V, below.

4) The central sector

2.25 Once the boundary reaches the Mareb at Point 9, it is defined by the 1900 Treaty, which takes the boundary eastwards along the Mareb until Point 11 at which that river is joined by another, the Belesa, flowing from the east, thus following the first part of a line described in the 1900 Treaty as the line “Mareb-Belesa-Muna.”² There is no dispute between the Parties about the

² The part of the 1900 Treaty line that runs from Tomat to Todluc on the Mareb can for all practical purposes be disregarded, because in the 1902 Treaty the reference to that part was dropped and was replaced by the line to the Mareb along the Setit and Maiteb that has already been mentioned. The Commission’s task in this sector is limited to identifying the line of the “Mareb-Belesa-Muna.”

line in this section. Their differences begin as the line moves upstream the Belesa.

2.26 As already stated, the 1900 line was traced on a map annexed to the Treaty. Both Parties agree that that map, being “annexed” to the Treaty, is a visual or linear exposition of its content and has the same force as the Treaty. One would expect, therefore, to look first to that map for assistance in defining the line in this section. The difficulties, recognised to differing degrees by both Parties, are that the Treaty map was drawn on a very small scale, 1:1,000,000, and the features marked on it do not correspond exactly with the topography and toponymy appearing in modern maps.

2.27 Nevertheless, Eritrea contends that the Treaty map provides sufficient guidance to enable the Commission to identify each of the disputed components of the Mareb-Belesa-Muna line. Thus, Eritrea points to the fact that the branch of the Belesa that the Treaty map shows as being connected by a land link to the Muna corresponds with the western branch of that river as it appears on the 1894 map that formed the basis of the Treaty map, that that line turns to run southwards and then leaves the Belesa by a small unnamed stream to run almost due eastwards over the watershed to join the Muna as it rises on the eastern side of the watershed (Point 20). It then continues again in a roughly easterly direction until it meets the Endeli at Massolae (Point 27).

2.28 In marked contrast, Ethiopia’s interpretation of this part of the 1900 Treaty involves three elements.

2.29 The first contention in the Ethiopian approach is that the formula Mareb-Belesa-Muna is to be taken as intended to reflect the *de facto* administrative division between the districts of Acchele Guzai in the north, under Italian control, and Agame in the south, under Abyssinian control. Thus, for Ethiopia, the task of the Commission is not so much to interpret and apply in a geographical sense the Treaty’s Mareb-Belesa-Muna formula as it is to determine the actual division at the time between Acchele Guzai and Agame.

2.30 The second element in the Ethiopian approach involves a comparison between the map annexed to the 1900 Treaty and a modern map based on satellite imaging. Ethiopia contends that the former does not accurately represent the relevant geography. In particular, the depiction of the rivers on the 1900 map is not consistent with the rivers as they appear on the modern map.

2.31 The third element involves the assertion that the names “Belesa” and “Muna” do not describe relevant rivers in the region. Ethiopia names the western branch of the “Belesa” the “Rubai Daro” and the eastern “the Mestai Mes,” the latter being joined by the “Sur.” The name “Berbero Gado” is given to the river that the 1900 map calls the “Muna.” Indeed, Ethiopia maintains that there was no “Muna” identifiable in 1900 at the location at which the 1900 Treaty map places it or, indeed, at all. Ethiopia further contends that the Berbero Gado really forms part of a larger river system, the Endeli, whose

source lies somewhat further to the north; that that river formed the boundary between Acchele Guzai and Agame; and, therefore, that it was really along the line of that river that the boundary marked “Muna” on the 1900 Treaty map was meant to run.

2.32 This sector, the “Mareb-Belesa-Muna” line, will be considered in Chapter IV, below.

5) The eastern sector

2.33 From the terminus of the central sector defined in the 1900 Treaty the boundary continues southeastwards to the tri point with Djibouti. This sector is the subject of the 1908 Treaty, which prescribes that the boundary shall run parallel to the coast but sixty kilometres inland from it. The Parties disagree not only as to its starting point but also as to the proper way of drawing such a line and, therefore, as to its eastern terminus. This sector will be considered in Chapter VI, below.

CHAPTER III – THE TASK OF THE COMMISSION AND THE APPLICABLE LAW

3.1 The task of the Commission is prescribed in Article 4, paragraphs 1 and 2, of the December Agreement as follows:

1. Consistent with the provisions of the Framework Agreement and the Agreement on Cessation of Hostilities, the parties reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law.
2. The parties agree that a neutral Boundary Commission composed of five members shall be established with a mandate to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law. The Commission shall not have the power to make decisions *ex aequo et bono*.

3.2 The Commission must therefore address three elements: (i) the specified treaties; (ii) applicable international law; and (iii) the significance of the reference to the 1964 OAU Summit Resolution.

A. TREATY INTERPRETATION

3.3 Both Parties agree that the three Treaties cover the whole of the boundary between them. The 1900 Treaty covers the central sector; the 1902 Treaty covers the western sector; and the 1908 Treaty covers the eastern sector.

3.4 The meaning of these Treaties is thus a central feature of this dispute. In interpreting them, the Commission will apply the general rule that a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. Each of these elements guides the interpreter in establishing

what the Parties actually intended, or their “common will,” as Lord McNair put it in the *Palena* award.³

3.5 It has been argued before the Commission that in interpreting the Treaties it should apply the doctrine of “contemporaneity.” By this the Commission understands that a treaty should be interpreted by reference to the circumstances prevailing when the treaty was concluded. This involves giving expressions (including names) used in the treaty the meaning that they would have possessed at that time. The Commission agrees with this approach and has borne it in mind in construing the Treaties.

3.6 The role of the subsequent practice or conduct of the Parties has also played a major part in the arguments of both sides. The function of such practice is not, it must be emphasised, relevant exclusively to the interpretation of the Treaties. It is quite possible that practice or conduct may affect the legal relations of the Parties even though it cannot be said to be practice in the application of the Treaty or to constitute an agreement between them. As the Permanent Court of International Justice said in relation to loan agreements which, for present purposes, are analogous to treaties:

If the subsequent conduct of the Parties is to be considered, it must be not to ascertain the terms of the loans, but whether the Parties by their conduct have altered or impaired their rights.⁴

3.7 A more recent illustration of the same point is to be found in the *Namibia* Advisory Opinion of the International Court of Justice, given in 1971. There, the South African Government contended that the resolution of the UN Security Council requesting the Court to give an Advisory Opinion was invalid because two permanent members of the Council had abstained in the vote, and that therefore the requirements of Article 27(3) of the UN Charter that a resolution should be adopted by the affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members had not been met. The Court rejected this contention, stating that

the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organisation.⁵

3.8 Thus, the effect of subsequent conduct may be so clear in relation to matters that appear to be the subject of a given treaty that the application of an

³ *Argentina/Chile Frontier Case* (1966), 38 ILR 10, at p. 89 (1969) (hereinafter “*Palena*”).

⁴ *Serbian Loans*, PCIJ Series A, Nos. 20/21, p. 5, at p. 38 (12 July 1929).

⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, ICJ Reports 1971, at p. 22.

otherwise pertinent treaty provision may be varied, or may even cease to control the situation, regardless of its original meaning.

3.9 The nature and extent of the conduct effective to produce a variation of the treaty is, of course, a matter of appreciation by the tribunal in each case. The decision of the International Court of Justice in the *Temple* case⁶ is generally pertinent in this connection. There, after identifying conduct by one party which it was reasonable to expect that the other party would expressly have rejected if it had disagreed with it, the Court concluded that the latter was stopped or precluded from challenging the validity and effect of the conduct of the first. This process has been variously described by such terms, amongst others, as estoppel, preclusion, acquiescence or implied or tacit agreement. But in each case the ingredients are the same: an act, course of conduct or omission by or under the authority of one party indicative of its view of the content of the applicable legal rule – whether of treaty or customary origin; the knowledge, actual or reasonably to be inferred, of the other party, of such conduct or omission; and a failure by the latter party within a reasonable time to reject, or dissociate itself from, the position taken by the first. Likewise, these concepts apply to the attitude of a party to its own conduct: it cannot subsequently act in a manner inconsistent with the legal position reflected in such conduct.⁷

3.10 The possibility that a clear treaty provision may be varied by the conduct of the Parties was also clearly acknowledged in a particularly relevant manner in the award in the *Taba* arbitration between Egypt and Israel.⁸ There, the relevant Agreement provided that pillars should be erected at intervisible points along the boundary. The final pillar, which was the one principally disputed between the parties, was constructed at a point which was not intervisible with the preceding pillar. Although the Tribunal acknowledged that the Agreement did not provide for any exception to intervisibility, it nonetheless found that “during the critical period, the location of the pillar had come to be recognized by the Parties and was accepted by them.”

3.11 As to the manner in which the parties in that case had “recognised” the location of the pillar, the Tribunal observed:

... where the States concerned have, over a period of more than fifty years, identified a marker as a boundary pillar and acted upon that basis, it is no longer open to one of the Parties or to third States to challenge that long held assumption on the basis of an alleged error. The principle of the stability of boundaries, confirmed by the

⁶ *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits)*, ICJ Reports 1962, p. 6 (hereinafter “*Temple*”).

⁷ See, for example, the views expressed by the International Court of Justice in the *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, ICJ Reports 1974, p. 253, at pp.267-268, regarding the legal effect of unilateral declarations.

⁸ *Arbitral Award in the Dispute concerning certain Boundary Pillars between the Arab Republic of Egypt and the State of Israel*, 80 ILR 226 (1988), 27 ILM 1421 (1988) (hereinafter “*Taba*”).

International Court of Justice . . . ,⁹ requires that boundary markers, long accepted as such by the States concerned, should be respected and not open to challenge indefinitely on the basis of error.¹⁰

3.12 In approaching its task, the Commission will also bear in mind the following observation of the International Court of Justice in the *Kasikili/Sedudu Island* case:

In order to illuminate the meaning of words agreed upon in 1890, there is nothing that prevents the Court from taking into account the present-day state of scientific knowledge, as reflected in the documentary material submitted to it by the Parties.¹¹

3.13 The Commission also recalls the observations, generally pertinent to the interpretation of a boundary treaty, in the *Palena* case:

The Court is of the view that it is proper to apply stricter rules to the interpretation of an Award determined by an Arbitrator than to a treaty which results from negotiation between two or more Parties, where the process of interpretation may involve endeavouring to ascertain the common will of those Parties. In such cases it may be helpful to seek evidence of that common will in preparatory documents or even in subsequent action of the Parties.¹²

B. APPLICABLE INTERNATIONAL LAW AND THE SUBSEQUENT CONDUCT OF THE PARTIES

3.14 Turning to the requirement in Article 4, paragraphs 1 and 2, of the December Agreement that the decision of the Commission shall also be based “on applicable international law,” the Commission is much assisted by the consideration by the International Court of Justice of a comparable requirement in the *Kasikili/Sedudu* case.¹³ In that case, the parties by agreement prescribed that the decision should be made “on the basis of the . . . Treaty . . . and the relevant principles of international law.” The Court decided that the words “and the relevant principles of international law” were not limited in their effect to the international law applicable to the interpretation of treaties; they also required the Court to take into consideration any rules of customary international law that might have a bearing on the case, for example, prescription and acquiescence, even if such rules might involve a departure from the position prescribed by the relevant treaty provisions. Thus the Court accepted the possibility that an attribution of territory following from its interpretation of the relevant boundary treaty could be varied by operation of the customary international law rules relating to prescription. As it turned out, the Court found in that case that there was insufficient prescriptive conduct to affect its interpretation of the treaty. But what matters

⁹ Citing the *Temple* case, *ICJ Reports 1962*, at p. 34.

¹⁰ *Taba*, 80 ILR 226 (1988), 27 ILM 1421 (1988), para. 235.

¹¹ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *ICJ Reports 1999*, p. 1060 (hereinafter “*Kasikili/Sedudu*”).

¹² *Palena*, 38 ILR 10, at p. 89 (1969).

¹³ *ICJ Reports 1999*, at pp.1101-1102, paras. 91-93.

for present purposes is that the Court read the applicable law clause before it as including recourse to such rules of customary international law.

3.15 The Commission reaches the same conclusion as the International Court of Justice. It does not read the reference to “applicable international law” as being limited to the law relating to the interpretation of treaties. Thus it finds itself unable to accept the contention advanced by Ethiopia that the Commission should determine the boundary exclusively on the basis of the three specified Treaties as interpreted in accordance with the rules of international law governing treaty interpretation. The Commission considers that it is required also to apply those rules of international law applicable generally to the determination of disputed borders including, in particular, the rules relating to the effect of conduct of the parties.

3.16 In the present case, the conduct of the Parties falls into three broad categories: maps; activity on the ground tending to show the exercise of sovereign authority by the Party engaging in that activity (*effectivités*); and a range of diplomatic and other similar exchanges and records, including admissions before the Commission, constituting assertions of sovereignty, or acquiescence in or opposition to such assertions, by the other Party.

1) Maps

3.17 The Commission has been presented with an abundance of maps put in evidence by the Parties, consisting of map atlases comprising 156 maps (Eritrea, Memorial), 25 maps (Ethiopia, Memorial), 30 maps (Eritrea, Counter-Memorial), 57 maps (Ethiopia, Counter-Memorial), and 13 maps (Eritrea, Reply) – a total of 281 maps. In addition, Eritrea submitted a full copy of an Ethiopian volume of some 150 pages entitled “Atlas of Tigray.” As is often the case in circumstances such as those facing the Commission, many maps are in effect copies of other, earlier maps. While adding to the apparent number of different maps, they do not in substance do so – except as possibly showing a consistent course of conduct by a Party. The number of what may be regarded as original maps is thus more limited than the long list of maps presented by the Parties would suggest. Allowing for this, a realistic total is in the region of 250 maps. Also, the Parties’ pleadings included copies of a number of lesser maps and figures that were not included in their map atlases.

3.18 The Commission is aware of the caution with which international tribunals view maps. Those which are made authoritative by, for example, being annexed to a treaty as a definitive illustration of a boundary delimited by the treaty, are in a special category, since they “fall into the category of physical expressions of the will of the State or States concerned.”¹⁴ The Treaty map annexed to the 1900 Treaty is such a map.

¹⁴ *Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, ICJ Reports 1986, at p. 582, para. 55 (hereinafter “*Frontier Dispute*”).

3.19 The Commission is also aware that maps, however informative they may appear to be, are not necessarily accurate or objective representations of the realities on the ground. Topography is dependent upon the state of knowledge at the time the maps were made, and particularly with older maps this may have been inadequate. When man-made features are superimposed, such as places of habitation or territorial limits, there is room for political factors to play a part. Particularly in the case of maps portraying a boundary which is in the interests of the Party responsible for the map, the possibility exists that they are self-serving.

3.20 These cautionary considerations are far from requiring that maps be left out of account. As already noted, where a map is made part of a treaty then it shares the legal quality of the treaty and is binding on the parties. That is the case with the map annexed to the 1900 Treaty (see para. 4.8, below). It needs to be scrutinised with the greatest care, since the detail it contains can greatly assist in giving specific meaning to an otherwise insufficiently detailed verbal description.

3.21 The effect of a map that is not part of a treaty will vary according to its provenance, its scale and cartographic quality, its consistency with other maps, the use made of it by the parties, the degree of publicity accorded to it and the extent to which, if at all, it was adopted or acquiesced in by the parties adversely affected by it, or the extent to which it is contrary to the interests of the party that produced it. A map that is known to have been used in negotiations may have a special importance. A map that emanates from third parties (albeit depending on the circumstances), or is on so small a scale that its import becomes a matter for speculation rather than precise observation, is unlikely to have great legal or evidentiary value. But a map produced by an official government agency of a party, on a scale sufficient to enable its portrayal of the disputed boundary area to be identifiable, which is generally available for purchase or examination, whether in the country of origin or elsewhere, and acted upon, or not reacted to, by the adversely affected party, can be expected to have significant legal consequences. Thus a State is not affected by maps produced by even the official agencies of a third State unless the map was one so clearly bearing upon its interests that, to the extent that it might be erroneous, it might reasonably have been expected that the State affected would have brought the error to the attention of the State which made the map and would have sought its rectification.

3.22 In these instances it is not the maps “in themselves alone” (to use the language of the Chamber of the International Court of Justice in the *Frontier Dispute* case¹⁵) which produce legally significant effects, but rather the maps in association with other circumstances. A map *per se* may have little legal weight: but if the map is cartographically satisfactory in relevant

¹⁵ *Ibid.*, at p. 583, para. 56.

respects, it may, as the material basis for, e.g., acquiescent behaviour, be of great legal significance.

3.23 The Commission must also address another aspect of map evidence which played a large part in the arguments of the Parties. It was contended that a boundary can be determined by reference to its “signature” – that is, its general shape, silhouette, contour or outline on maps, as distinct, that is, from its particular details.

3.24 The Commission does not reject this contention, but approaches it with caution. It is of the nature of boundaries that they need to be geographically specific. A general shape may not have that degree of specificity, or be capable of interpretation with sufficient clarity or definition, to allow for its accurate transposition to maps of a suitably large scale. It is not enough to demonstrate that the general shape of the boundary slopes in a certain direction, or in places rises, falls or curves. Those slopes, ascents, declines and curves must identify with sufficient clarity particular geographic features which are relevant to the course of the boundary. But if a general shape is sufficiently clear and specific, and is both distinctive in itself and depicted with clarity in that distinctive form on a range of maps in a consistent, or near consistent, manner, particularly on maps published or used by both parties in a dispute, the Commission must attribute to such a general shape the appropriate legal consequences. Such maps may indicate a general awareness and acceptance of the line prescribed in a boundary treaty and the approximate location of that line. However, the effect of such maps will be less in a situation where there is annexed to the treaty an illustrative map that forms part of it than in cases where there is no such map.

3.25 The Commission also notes the distinction that may be drawn between establishing a boundary by reference to such a “signature” and confirming by such means a boundary which has been established in other ways. There is also a distinction to be drawn between reliance on such means to establish a boundary in a particular location, and reliance on them negatively so as to demonstrate that a boundary does not exist somewhere else. A “signature” being relied on in either a confirmatory or a negative role may be both less clear and less specific than a signature that is relied upon to establish a boundary, yet still have the effects referred to. It is also important to bear in mind that though a series of maps may show a consistent, or possibly inconsistent, treatment of one section of the boundary, this may not be so in relation to another part. The map evidence has to be considered separately in relation to each particular part of the boundary. Also, in considering the general significance of map evidence, if that evidence is uncertain and inconsistent, its value will be reduced in relation to the endorsement of a conclusion arrived at by other means, as also its support for any alteration of a result reached on the basis of textual interpretation.¹⁶

¹⁶ See *Kasikili/Sedudu*, ICJ Reports 1999, p. 1100, para. 87.

3.26 Another aspect of the map evidence to which the Parties devoted argument was the effect of so-called “disclaimers” which appear on a number of maps. The wording of these disclaimers varies. For example, some state “[t]his map must NOT be considered an authority on the delimitation of international boundaries”¹⁷ or “[b]oundary representation is not necessarily authoritative.”¹⁸ A map prepared by the Geographer of the Department of State of the United States stated that it was “not necessarily authoritative.” Maps prepared by the United Nations often state that they do not imply “official endorsement or acceptance by the UN.” A number of Ethiopian maps state that “[t]he delimitation of international boundaries shown on this map must not be considered authoritative.”

3.27 The question that requires consideration is to what extent, if any, such disclaimers may affect the evidential quality of the maps. The Commission is of the view that such disclaimers do not automatically deprive a map of all evidential value. The map still stands as an indication that, at the time and place the map was made, a cartographer took a particular view of the features appearing on the map. The disclaimer is merely an indication that the body making the map (or its Government) is not to be treated as having accorded legal recognition to the boundaries marked thereon or to the title to territory of the States concerned as indicated by the marked boundary.

3.28 As regards the State adversely affected by the map, a disclaimer cannot be assumed to relieve it of the need that might otherwise exist for it to protest against the representation of the feature in question. Nor does the disclaimer (whatever may be its legal effect on the content of the map) neutralize the fact that that State itself published the map in question. The need for reaction will depend upon the character of the map and the significance of the feature represented. The map still stands as a statement of geographical fact, especially when the State adversely affected has itself produced and disseminated it, even against its own interest. The disclaimers may influence the decision about the weight to be assigned to the map, but they do not exclude its admissibility.

2) *Effectivités*

3.29 As to activity on the ground, the actions of a State pursued *à titre de souverain* can play a role, either as assertive of that State’s position or, expressly or impliedly, contradictory of the conduct of the opposing State. Such actions may comprise legislative, administrative or judicial assertions of authority over the disputed area. There is no set standard of duration and intensity of such activity. Its effect depends on the nature of the terrain and the extent of its population, the period during which it has been carried on and the extent of any contradictory conduct (including protests) of the opposing State. It is also important to bear in mind that conduct does not by itself produce an

¹⁷ British maps, 1942-1946.

¹⁸ A British map of 1997.

absolute and infeasible title, but only a title relative to that of the competing State. The conduct of one Party must be measured against that of the other. Eventually, but not necessarily so, the legal result may be to vary a boundary established by a treaty.

3) Diplomatic and other exchanges tending to evidence admissions or assertions

3.30 The observations by the Commission in paragraphs 3.6-3.13, above, are as applicable to conduct evidencing a departure from or a variation of a treaty in the context of “applicable international law” as they are to the actual interpretation of the treaty itself. No more need be said about such conduct except that it may extend also to assertions or admissions made in the course of the proceedings before a tribunal.

C. RELEVANCE OF THE REFERENCE TO THE 1964 OAU SUMMIT DECLARATION

3.31 Reference needs also to be made to the wording of Article 4, paragraph 1, of the December Agreement, which contains the following phrase:

... the parties reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law.

3.32 On 10 June 1998 the Heads of State and Government of the Organization of African Unity submitted to the Parties for their consideration the elements of a “Framework Agreement” based on three principles of which the third was “respect for the borders existing at independence as stated in the Resolution of the OAU Summit in Cairo in 1964.”

3.33 This Framework Agreement was accepted by the Parties. On 14 September 1999, following further consideration of the dispute within the OAU and the UN Security Council, “Technical Arrangements for the Implementation of the Framework Agreement” were agreed by the Parties. Again, the principle of respect for the borders existing at independence was reaffirmed.

3.34 Prior to the adoption of the Technical Arrangements, Ethiopia requested a series of clarifications relating to them, including one regarding the law to be applied to the settlement of the dispute. Two of the clarifications stated as follows:

A.1.1. In this regard, it is useful to underline that the preamble to the Framework Agreement sets forth both a principle and an approach.

A.1.2. The principle set forth is that of “the respect for the boundaries existing at independence,” as stated in the [1964 OAU Resolution] . . .

3.35 The Parties committed themselves to these principles in the Agreement on the Cessation of Hostilities concluded between them on 18 June 2000, and reaffirmed their respect for the principle of respect for the borders existing at independence appears in Article 4, paragraph 1, of the December Agreement.

3.36 In the light of the manner in which the text of the provision in the December Agreement developed, the Commission does not read the terms of Article 4, paragraph 1, as altering the general direction given to it in paragraph 2 of the same Article and examined above. However, the Commission does see the provision as having one particular consequence. It is that the Parties have thereby accepted that the date as at which the borders between them are to be determined is that of the independence of Eritrea, that is to say, on 27 April 1993. Developments subsequent to that date are not to be taken into account save in so far as they can be seen as a continuance or confirmation of a line of conduct already clearly established, or take the form of express agreements between them.

D. THE PRESENT DECISION DOES NOT DEAL WITH DEMARCATION

3.37 The task of the Commission extends both to delimitation and to the making of arrangements for the expeditious demarcation of the boundary (Art. 4, paras. 2 and 13). The latter aspect of the Commission's work is not covered by the present decision and will be the subject of the next phase of its activities.

CHAPTER IV – THE SECTOR COVERED BY THE 1900 TREATY (CENTRAL SECTOR)

A. THE INTERPRETATION OF THE 1900 TREATY

4.1 The Commission will begin its consideration of the sector of the border covered by the 1900 Treaty by interpreting the Treaty itself and the annexed Treaty map. The outcome of this interpretation will determine the border in this sector, subject only to two important qualifications flowing from the subsequent conduct of the Parties and an admission made by one Party during the proceedings.

4.2 Article I of the Treaty (in English translation) provides:

The line Tomat-Todluc-Mareb-Belesa-Muna, traced on the map annexed, is recognized by the two Contracting Parties as the boundary between Eritrea and Ethiopia.¹⁹

¹⁹ The English translation is that given in Sir E. Hertslet, *The Map of Africa by Treaty*, Vol. 2, p. 460 (3d ed., 1967). The Amharic text is similar. No difference between the texts is alleged by the Parties to be material to the course of the boundary in this sector. The Treaty itself provides that it is written "in the Italian and Amharic languages, both to be considered official save that in case of error in writing the Emperor Menelik will rely on the Amharic version."

Tomat and Todluc are the names of towns; Mareb, Belesa and Muna are references to rivers.

4.3 The line described in Article I delimits the boundary from the frontier with Sudan in the west to a point in the east the exact location of which is a matter of dispute but which, in general terms, is where the Muna in its Treaty sense may be held to end.

4.4 By the 1902 Treaty (as to which see Chapter V, below), the Parties altered the western part of the boundary. The line from Tomat to Todluc and its continuation along the Mareb to its confluence with the Mai Ambessa (Point 9) was replaced by a line which, coming from the Setit, reached the Mareb at its junction with the Mai Ambessa. Effectively, therefore, after the 1902 Treaty, the boundary defined by the 1900 Treaty dealt only with the central sector, represented by “the line Mareb [effectively from its junction with Mai Ambessa]-Belesa-Muna, traced on the map annexed.” It is this line which the Commission is now called upon to interpret and apply.

4.5 In adopting the Mareb-Belesa-Muna line in the 1900 Treaty, the Parties were evidently confirming, in a legally definitive manner, a line that – though not specifically delimited – had been accepted in practice for several years on a *de facto* or provisional basis, and which was identified as a dividing line between the two regions of Acchele Guzai (falling within Eritrea) and Agame (falling within Ethiopia).

4.6 Thus the 1896 armistice arrangement was followed by the Italy-Abyssinia Peace Treaty of 26 October 1896.²⁰ Article IV of that Treaty provided that the Parties would by agreement fix the definitive frontiers between them within one year, and that

[u]ntil these frontiers have been thus fixed, the two Contracting Parties agree to observe the *status quo ante*, strictly prohibiting either of them from crossing the provisional frontier, determined by the courses of the Mareb, Belesa, and Mouna Rivers.²¹

4.7 Ethiopia and Italy soon began their negotiations for a definitive frontier. Emperor Menelik of Ethiopia at first sought a frontier considerably to the north of the Mareb-Belesa-Muna line, but eventually agreed in 1900 to keep to that line (in exchange for a payment of 5,000,000 lire, apparently for forgoing a more extensive claim). Although the Parties failed to conclude the definitive frontier agreement within the one year envisaged by Article IV, they did conclude the necessary agreement on 10 July 1900.

4.8 The 1900 Treaty described the boundary in economical language, referring only to three river names, “Mareb-Belesa-Muna.” As a delimitation which could form the basis for a demarcation of the boundary on the ground,

²⁰ Treaty between Italy and Abyssinia, signed at Addis Ababa, 26 October 1896, Hertslet, note 19, above, at p. 458.

²¹ The Commission’s translation.

it fell short of a desirably detailed description, particularly in the light of the uncertain knowledge at the time concerning the topography of the area and the names to be given to geographical features. Rivers, in particular, were frequently given different names along different stretches of their courses. The Parties, however, clarified their agreement by adding to the brief verbal description of the boundary the words “as traced on the map annexed.” That map, which will be referred to as the “Treaty map,” is accordingly of critical importance for the determination of the course of the boundary. A copy of that map appears as Map 5, on page 32. It cannot be regarded as just offering a general indication of the course to be followed by the boundary. By virtue of the words the “line . . . traced on the annexed map,” the map contained the Parties’ agreed delineation of the boundary that they intended to adopt. Although the Treaty map consists primarily of the depiction of a line, with a very few names identifying some locations near that line, the Commission considers that the same rules and principles of interpretation must be applied to the map as apply to the words used in the Treaty.

4.9 In order to understand and properly assess the Treaty map, it is necessary to say something about its background. At the end of the nineteenth century, there were not many published maps of the relevant area of sufficient detail or reliability. The principal map was prepared by an Italian geographer, Captain Enrico de Chaurand, and published in 1894. It was not the result of personal exploration and recording by de Chaurand, but was rather a compilation of information from many sources. In some areas the map provided detailed information, but if the sources available to de Chaurand did not cover a particular area, then that deficiency was perforce reflected in a corresponding thinness of relevant detail in his map. Despite its early date and certain inaccuracies which are now apparent, de Chaurand’s map can be regarded overall as providing reasonable coverage on a consistent scale. The Treaty map states that it was based on de Chaurand’s map of the Tomat-Todluc-Mareb-Belesa-Muna area, and it is apparent that the Treaty map was in fact a tracing or other direct copy of the relevant part of the de Chaurand map, omitting certain features so as to give prominence to the features most relevant to the 1900 Treaty line. Depictions on de Chaurand’s map are therefore directly relevant to an understanding of the Treaty map.

4.10 The Treaty map depicts the boundary by a single dotted red line across the overland stretch from Tomat to Todluc, and then by a double dotted red line along each bank of the rivers called Mareb, Belesa and Muna (including the overland stretch between the headwaters of the Belesa and Muna), until at its eastern extremity the boundary reaches the Salt Lake. After that it continues as a single dotted red line in a southeasterly direction for a short distance along the northeastern shores of that lake.

1) The Mareb River

4.11 Starting at the junction of the Mareb and Mai Ambessa (Point 9), the boundary following the course of the Mareb eastwards and upstream to its

junction with the Belesa (Point 11) is not in dispute. The identity and course of the Mareb, the location of its confluence with the Mai Ambessa, and the location of its confluence with the Belesa, are all agreed by the Parties. The only matter of uncertainty in this stretch of the river, as with all rivers, may be the precise location of the boundary within the river. The boundary within rivers is dealt within Chapter VII, below.

2) The Belesa River

4.12 Before considering the depiction of the Belesa on the Treaty map, it is necessary to make three observations. First, the description of the boundary is complicated by the fact that the boundary is defined in terms that take it from west to east, while the waterways which form the boundary in the western part of this sector flow from east to west.

4.13 Second, although the actual shape of the Belesa river system can be seen on modern mapping not to be exactly the same as depicted on the Treaty map (and on de Chaurand's map), the general similarity of the Treaty map's depiction with what is known today of the Belesa's course is evident.

4.14 Third, the Parties are in dispute about the appropriate river nomenclature for various stretches of relevant waterways, and in particular the Belesa and the Muna. Both Parties acknowledge that names given to rivers in this region vary. This is particularly the case with older maps and documentary references issued at a time when geographical knowledge of the area was relatively limited. The Commission will note such problems of nomenclature as and when it comes to particular rivers which give rise to them, and will adopt the nomenclature which seems appropriate in the context and which designates its subject with maximum clarity. What matters most is the identification of what the Parties intended in referring to a watercourse as a feature in the landscape, rather than its name. If the name used is incorrect, then it is the Parties' intentions with respect to the reality on the ground rather than the name which is decisive. The Parties agree on the relevant verbal description, the "Belesa-Muna" line, but do not agree where the line which those words are intended to describe actually runs. Moreover, while they appear to agree that the Mareb-Belesa-Muna line laid down in the 1900 Treaty was supposed to represent a *de facto* line which had been observed for a number of years, they do not agree where that *de facto* line ran.

4.15 At the confluence of the Mareb and the Belesa (Point 11), about which point there is no dispute between the Parties, the Treaty map shows the boundary as turning eastwards and following the course of the Belesa upstream. Just to the east of the confluence, the river is clearly marked "T. Belesa," followed by its Amharic equivalent.

4.16 Close to this confluence, the Treaty map shows a small unnamed tributary flowing into the Belesa from the south. Otherwise the map shows the Belesa as continuing in a generally easterly direction until, at Point 12 just below the space between the first two letters of the Amharic version of "T.

Belesa,” the Belesa appears to unite two upstream rivers: one flows in from the south, while the other flows in from a generally easterly direction. Modern mapping shows two rivers in those places. The Commission will refer to these two rivers, each put forward by one of the Parties as its “Belesa” as, respectively, “Belesa A” (flowing in from the south) and “Belesa B” (flowing in from the east).²²

4.17 It is noteworthy that the Treaty map does not show any tributary flowing into the Belesa from the north in the stretch between its confluence with the Mareb (Point 11) and the point at which the Belesa A and Belesa B merge (Point 12). In fact, there is a substantial tributary in this sector that flows into the Belesa from the northeast: it is clearly shown and named “T. Tserona” on the de Chaurand map, joining the Belesa at a point about one-third of the way between Points 11 and 12.

4.18 Eritrea argues that the tributary shown on the Treaty map as flowing into the Belesa from the east (which the Commission has designated the Belesa B) was intended to represent the Tserona. This would leave Belesa A as the Belesa named in the 1900 Treaty. Eritrea has drawn attention to a number of maps that have adopted this nomenclature, and which Eritrea characterises as the “standard nomenclature.” Ethiopia considers the Tserona to be irrelevant to the boundary (for which reason it contends it was omitted from the Treaty map), leaving Belesa B and Belesa A as the two Belesa tributaries shown on the Treaty map, and considers Belesa B to represent the course of the boundary as shown on that map.

4.19 The Parties’ contentions place in dispute sovereignty over a considerable tract of territory comprising roughly two sections: one is the area between Belesa A and Belesa B (shaded yellow on Map 6, p. 36); the other, adjoining it, extends eastward from Belesa B and is bounded, on the north, by the tributary that joins Belesa B from the east at Point 13 (which for convenience will be called “Belesa C”) and, on the south, by the link in the Eritrean claim line, partly land and partly river, between Belesa A and one of the headwaters of the Muna (shaded pink on Map 6, p. 36). This tract will, for convenience, be referred to as “the Belesa projection.”

4.20 Eritrea’s contention that the boundary follows what the Commission is referring to as the Belesa A cannot be reconciled with the indication of the course of the boundary as marked on the Treaty map. On that map itself, the name “T. Belesa” (and its Amharic equivalent) are written as covering both the main stretch of the Belesa and its extension along Belesa B; and, being so written, it must be taken as showing what the Parties intended when using the word “Belesa” in the 1900 Treaty.

²² The Parties have expressed differing views as to which of these tributaries was the smaller or larger. No detailed evidence on this point was put to the Commission. However, the Commission does not regard the question as material. The Treaty map depicts a particular watercourse as the boundary, without reference to whether it was the smaller or larger tributary.

4.21 Furthermore, the Eritrean choice of Belesa A as the intended boundary line would not attribute a role to Belesa C, which the Treaty map clearly utilizes as part of the boundary. Nor can Belesa C be confused with any other tributary flowing into Belesa A at about the latitude shown on the Treaty map.

4.22 The Commission concludes that the omission from the Treaty map of the Tserona as shown on the de Chaurand map was deliberate, and that the depiction of the boundary as following the Belesa eastwards to Belesa B was deliberate and is so shown on the Treaty map.

4.23 Following Belesa B upstream (eastwards) from Point 12, the Treaty map shows this branch of the Belesa as following a course describing a rough quarter circle. Just at the southeastern end of that quarter circle, the Treaty map shows a small tributary flowing into Belesa B from the east. Though this small tributary is not named on the Treaty map (or on the underlying de Chaurand map), the location of its confluence with the Belesa B is shown on the Treaty map to be (as measured on the underlying de Chaurand map) about 20 km southwest of Senafe, and about 15 km WSW of Barachit. Modern mapping confirms that the tributary corresponding to these requirements, which Ethiopia identifies as the Sur, is Belesa C. The Commission concludes that, as a matter of treaty interpretation, this unnamed tributary marked on the Treaty map is the continuation of the boundary line as it runs towards one of the headwaters of the Belesa.

4.24 The Treaty map depicts the Belesa C as a short single blue line of about 8 km in length. On modern mapping, the network of small headwater streams feeding the Belesa C is complex. These various smaller tributaries and streams are not depicted on the Treaty map, which instead marks the boundary with a double row of red dots going overland until it meets one of the headwaters of the Muna. For this overland stretch, the boundary is depicted as running in an ESE direction. The Commission finds that the Treaty boundary follows the line of the most southerly of the small tributaries of the Belesa C. That tributary, on modern mapping, has its source close to the modern town of Zalambessa.

3) The upper reaches of the Muna and the overland link between the Belesa and the Muna

4.25 Both Parties accept that the Treaty boundary follows the line “Belesa-Muna” and that those names refer to rivers flowing in opposite directions from a watershed divide lying between their headwaters. Consequently, the Parties acknowledge, as they must, that the Treaty reference to the boundary in this sector as following two rivers cannot be literally correct. There must be a short overland stretch of boundary between and joining the headwaters of the two relevant rivers. The Commission has already identified in paragraphs 4.22-4.24, above, the Belesa selected by the Parties in the Treaty. It is now necessary to consider the overland Belesa-Muna sector.

4.26 This overland sector cannot be established without first locating the Muna to which the Treaty intended the link to run. The Parties disagree as to the identity of the Muna.

4.27 Ethiopia has identified a discrepancy between, on the one hand, the Treaty map and the underlying de Chaurand map and, on the other hand, what is shown on modern mapping. The Treaty map (and the de Chaurand map) shows the river designated as the Mai Muna (“Maj Mena” on de Chaurand’s map) flowing in a relatively straight line in a generally ESE direction from its headwaters south of Barachit until it reaches what the de Chaurand map names as the Endeli and Ragali. But neither the Treaty map nor the de Chaurand map shows any tributary flowing from the north or northwest into the central part of the Mai Muna. There is, however, an additional and substantial river, with its headwaters near the town of Senafe, that flows eastwards and is called the Endeli. The lower reaches of this river are already depicted on de Chaurand’s map. This much larger Endeli is the major river into which the Muna flows at a point (if the Upper Endeli were on the Treaty map) just beneath the hyphen below the first symbol of the Amharic texts of the name “T. Mai Muna” (Point 27). Nonetheless, both on this map and de Chaurand’s map, the river that is, in fact, the Endeli, still carries the name Muna. In that eastern portion, the river, whether called Endeli or Muna, continues to flow in a generally ESE direction until, as it approaches and eventually dries up in the Salt Lake, it is denominated the Ragali.

4.28 The Parties propose very different ways of dealing with the omission of the upper reaches of the Endeli from the Treaty map (and from the underlying de Chaurand map). Ethiopia notes that the Treaty map contains inconsistent indications: on the one hand, that the river constituting the boundary is the northernmost branch of the river system depicted on the map but, on the other, that that northernmost branch is depicted as having its source south of Barachit. Ethiopia contends that the northernmost branch, although named “Muna” on the Treaty map, is the stream which is in fact the northernmost and is now known to be the upper reaches of the Endeli. Thus, Ethiopia maintains, in effect, that the Treaty map, despite naming the boundary river the Mai Muna, must be taken to be referring to the real Endeli further north, while the river depicted in the position of what is named the Mai Muna is in fact another river, called the Berbero Gado. Given this disagreement on nomenclature, the Commission will refer to this last river as the Muna/Berbero Gado.

4.29 Ethiopia also draws attention to persistent confusion after 1900 over the location of the river designated “Muna.” Thus Ethiopia notes that: (i) Ciccodicola, the principal Italian negotiator, recorded in 1903 that “the Endeli, a tributary of the Muna, [had been] designated to him [i.e., Emperor Menelik] as waters of the Muna,” and that it was on that basis that the Emperor had signed the 1900 Treaty; (ii) in January 1904 the Italian Governor of Eritrea noted in his diary that “[o]ur mistake is to have confused it [the Muna] with the Endeli,” a confusion which Ethiopia suggests shows that the Parties

intended the boundary to follow the northernmost branch of the Endeli system, thereby leaving the Irob district to Ethiopia; (iii) the Italian Boundary Commission of 1904 (the “1904 Commission”)²³ was unable to find a river clearly identified as the “Muna,” observing that it was referred to by many other names – but not including “Muna” – in various stretches along its course, and expressed considerable uncertainty in its attempt to identify the Berbero Gado as the river corresponding to the “Muna”; and (iv) an Italian writer, Captain Mulazzini, in “Geography of the Colony of Eritrea,” in 1904 described the boundary (going westwards) as following the upper Endeli to just short of Senafe and then turning sharply southeast down to “the Mai Muna, also known as the Ruba Enda Dascin,”²⁴ which it crosses and then continues towards the Belesa and the Mareb – thus identifying a line broadly consistent with this part of Ethiopia’s claim line. Indeed, Ethiopia even argues that at the time of the Treaty, there was no river in the area known as the Muna.

4.30 By reference to these considerations, Ethiopia maintains that the land link between the Belesa and the Muna follows a line markedly different from that depicted on the Treaty map. The boundary having followed the course of the Sur (Belesa C) to within about 2 km of Zalambessa would, in the Ethiopian contention, then turn north eastwards to pass overland in a straight line across the Zalambessa-Barachit road. About one kilometre beyond the road, it would rejoin a waterway (unnamed) leading into the Enda Dashim. It would then turn northwards and pass, partly by waterways, partly overland, to the upper waters of the Endeli²⁵ and would then follow the course of that river southeastwards to Rendacoma, being joined some 44 km east of Zalambessa by the waters of the Muna (Berbero Gado).

4.31 Eritrea has maintained, in effect, that: the Treaty map identifies the “T. Mai Muna,” with its headwaters south of Barachit, as the boundary; there is a river of that name in that place (as shown on the underlying de Chaurand map as well as on other maps); and therefore that river constitutes the boundary in accordance with the 1900 Treaty.

4.32 These different submissions relate to an area within the district of Irob, a roughly triangular area bounded to the west by the generally north-south link between the upper waters of the Endeli and the upper waters of the Enda Dashim, to the north by the Endeli upstream from its confluence with the Muna and, to the south, by the Muna/Berbero Gado. For convenience, the Commission will refer to this area as the “Endeli projection” (shaded blue on

²³ See Appendix A to this Decision, beginning at p. 107.

²⁴ Spelling as in the original.

²⁵ There is no clear explanation of why the depiction of the upper reaches of the Endeli was omitted from the de Chaurand map, and thus from the Treaty map based on it. The Commission would, however, observe that in this general area the de Chaurand map contains much less detail than it does in other areas. This may indicate that the sources upon which de Chaurand relied in compiling his map provided only incomplete, or little, information for that area.

Map 6, p. 36). Ethiopia regards the Irob Wereda (i.e., administrative subdivision) as part of Agame, which is a political subdivision of the Ethiopian province of Tigray; Eritrea denies that Irob is part of Agame.

4.33 The Commission has already noted that the naming of rivers in this general region is not without its problems (para. 4.14, above). What matters is what the Parties intended, of which the principal evidence is what they said in the Treaty and, more particularly, illustrated in the Treaty map. It is clear that the Parties agreed to a Treaty which referred to the Muna and that the Treaty map depicted a boundary line following a river (designated as the Muna) flowing from south of Barachit and running generally ESE towards the Salt Lake and the Danakil Depression. That Treaty line must be taken to represent what the Parties intended, particularly since a river of the name (Muna) and in the place shown on the Treaty map was also identified on maps, including the de Chaurand map, known at the time. Moreover, an Endeli was also known at the time, with its upper course more or less correctly depicted on some earlier maps. Had the Parties intended that the boundary should follow the course of that river, they could have said so; alternatively, if they did not know of that river's upper reaches, then they could not have intended the boundary to follow them.

4.34 The fact that the waterway later depicted as the boundary on the Treaty map is shown on the de Chaurand map as "Maj. Mena" and "Endeli" and "Ragali" does not mean that any one of those terms is a synonym for the others. As is common practice, the different names reflect different stretches of the single watercourse. That the Treaty map designated all three stretches as "T. Mai Muna" appears to the Commission merely to have been a matter of simplification and convenience acceptable to the Parties.

4.35 In relation to the "Muna," the Commission notes that the existence of a river of that name was known to the Parties for several years before the conclusion of the 1900 Treaty, as shown by the references to such a river in the armistice arrangement of March 1896 and the Peace Treaty concluded in October that year. Moreover, a river "Muna" was depicted, in the same general area south and southeast of Barachit and flowing generally ESE so as to join the Endeli, on maps in existence when the 1900 Treaty was concluded.²⁶ These depictions are consistent with the depiction of the "T. Mai Muna" on the Treaty map. The Commission is satisfied that the Parties, in concluding the Treaty and annexing the Treaty map, intended to refer to that river.

4.36 The map may be followed so long as it is not shown to be so at variance with modern knowledge as to render it valueless as an indicator of what the Parties could have intended on the ground. Nor should the

²⁶ Examples are the de Chaurand map (1894), and the British War Office map of 1884, revised in 1895 (which shows the "Muna" flowing east from the area south of Barachit and joining the Endeli, itself shown as a distinct river flowing southeast from near Senafe).

Commission be over zealous in attributing far-reaching consequences to relatively minor discrepancies. Overall, despite some inaccuracies and simplifications, the Treaty map is an acceptable indicator of key features, including the location of Barachit, Senafe, Debra Damo and Adigrat, and the flow of rivers in the area between them.

4.37 The Commission can now return to the question of the overland link between the Belesa and the Muna.

4.38 The Commission has already identified the course of the upper part of the Muna. In its upper reaches, the Muna/Berbero Gado is shown on the Treaty map as comprising several small headwater tributaries. The Treaty map, while not depicting the several tributaries flowing into the river further downstream, seems carefully to distinguish these headwater tributaries. Indeed it is somewhat more detailed in this respect than the underlying de Chaurand map, suggesting that particular care was taken with this part of the Treaty map. It shows the boundary river as flowing in this headwater area generally from the west. As it goes downstream, it is shown passing a substantial tributary system flowing in from the northwest, then after a short stretch passing another tributary system flowing in from the southwest, while the boundary river itself follows a tributary in between these other tributary systems.

4.39 The tributary depicted on the Treaty map as flowing into the boundary river from the northwest is shown as having headwaters consisting of two small forked tributaries due south of Barachit. It is also shown as flowing into the boundary river some 16 km southeast of Barachit. The only river meeting this description, with its headwaters close to and due south of Barachit, is the river now known as the Enda Dashim. It flows into the Muna/Berbero Gado at about the same position in relation to Barachit, as shown on the Treaty map, as does the tributary of the Muna just mentioned. This identification of the Enda Dashim as a river other than the one which is depicted as the boundary can only mean that the boundary river is the one into which the Enda Dashim flows.

4.40 The upper reaches of the Muna/Berbero Gado are, in reality, more complicated than the single short blue line depicted on the Treaty map sandwiched between the two pecked red lines as marking the boundary. However, the map depicts a boundary which, from the west-east line of the relevant Belesa C head water slopes in an ESE direction overland to the relevant headwaters of the river designated as the Mai Muna.

4.41 With respect to the Ethiopian contention set out in paragraph 4.28, above, the Commission is unable to read the Treaty as establishing a boundary so at variance with the Treaty map as to involve a longer and less direct overland sector than that which the map shows. The Treaty map does not support any such marked northwards deviation from the generally ESE direction of the Treaty boundary in this area, nor does it support the kind of overland sector which would be needed to link the headwaters of the Belesa C with those of the Endeli. It is also noteworthy that the de Chaurand map

depicts Mounts Auda and Silah to the north of the river which it depicts as the “Muna” and which the Treaty map adopted as the boundary line. Those two mountains lie to the north of the Muna/Berbero Gado, but would not lie to the north of a boundary following the upper Endeli.

4.42 The Commission accordingly concludes that as a matter of the interpretation of the Treaty and the Treaty map, the overland link between the Belesa and the Muna proceeds from the headwater of the Belesa C just to the northwest of present-day Zalambessa (Point 19) to one of the headwaters of the Muna/Berbero Gado (Point 20). It then proceeds in a SSE-trending line following the divide between, to the north, the headwaters of the Enda Dashim and, to the south, the headwaters of the streams flowing southward and then eastward to join the Muna/Berbero Gado at the point where it is also joined by the Enda Dashim (Point 21).

4.43 Below that point, the “Mai Muna” of the Treaty map may be identified with the “Maj Mena” of the de Chaurand map (the river that the Commission is referring to as the Muna/Berbero Gado). This continues in an identifiable course until it joins the Endeli at Massolae at Point 27.

4.44 From Massolae, the Treaty map shows the river, which it still designates the Muna, continuing downstream in a generally ESE direction, its course providing the boundary line. Although the Treaty map identifies the whole length of the watercourse as the “T. Mai Muna” and its Amharic equivalent, it is apparent, from a comparison with the underlying de Chaurand map, that that was a cartographic simplification for the purposes of the boundary Treaty. The de Chaurand map indicates that the “Maj Mena” flows into the Endeli, which in turn flows into a watercourse identified as the Ragali. It is this series of differently named stretches of rivers – from west to east, Muna, Endeli and Ragali – which the Treaty map refers to by the single name “T. Mai Muna.”

4) The eastern terminal point of the 1900 Treaty boundary

4.45 The Parties disagree as to where, to the east, the 1900 Treaty boundary line ends. Eritrea has argued that the Muna ends at the confluence with the Endeli (located at the village of Massolae, Point 27) and that therefore that must be the eastern terminal point of the 1900 Treaty line. From this point, Eritrea contends that, to take account of the local geography, the boundary follows the Endeli for a short distance southeast to Rendacoma (where the Endeli turns northeast and becomes the Ragali), and there leaves the river to continue overland southeast to Djibouti. For its part, Ethiopia has argued that the river depicted as the Muna continues as far as the town of Ragali, and that it is therefore there that the terminal point lies.

4.46 The matter is important not only because of the need to know where the boundary established by the 1900 Treaty ends, but also because Article I of the 1908 Treaty makes “the most easterly point of the frontier established by [the 1900 Treaty]” the starting point for the boundary described

in that Treaty. The matter can only be resolved in the first place by a careful consideration of the 1900 Treaty map and the topography of the area.

4.47 The Commission finds no support in the 1900 Treaty and its annexed map for a terminus of the 1900 Treaty boundary at Massolae. The designation on the Treaty map of the river named “Muna,” and the depiction of the boundary line itself, extend well beyond the location of Massolae. The fact that Massolae may be about 60 km from the coast, and that the 1908 Treaty subsequently required the boundary to follow a line that distance from the coast, does not of itself require that Massolae be regarded as the terminal point of the 1900 Treaty and the starting point of the 1908 Treaty. “Distance from the coast” was not a consideration relevant to the boundary laid down by the 1900 Treaty. So its use in the 1908 Treaty cannot be related back to the earlier Treaty.

4.48 The 1904 Commission charged with following the border settled by the 1900 Treaty concluded that its own mission terminated at Massolae. There is, however, no basis in the text of Article I of the Treaty or in the Treaty map for the conclusion that the 1900 boundary terminated at Massolae. Moreover, as the Commission notes below (Appendix A, para. A.1), the 1904 Commission was essentially an Italian commission, though with an Ethiopian observer who did not sign the final report, which therefore did not express the shared views of the Parties. While the Commission does not exclude the possible evidential value of the findings of the 1904 Commission insofar as they illuminate the intentions of the Parties with regard to Article I of the 1900 Treaty, it cannot assign decisive weight to those of its observations which are not supported by the provisions of the Treaty. The Commission cannot, therefore, accept Eritrea’s contention that the boundary established by the 1900 Treaty terminated at Massolae.

4.49 The designation “Muna” therefore extends beyond Massolae, even though the contemporary and current names distinguished the Muna from the Endeli and, nearer the Salt Lake, the Ragali. The Treaty map clearly identifies as the river which the Parties were calling the Muna the one which continued eastwards and flowed into and terminated in a body of water, designated as the Salt Lake. This lake still exists in the approximate area in which it is depicted on the Treaty map.

4.50 As already stated (para. 4.10, above), the parallel dotted red lines on the Treaty map are clearly intended to mark the boundary and, proceeding, as they do, along each bank, are consistent with the conception of a boundary river. At the eastern end of the Muna, however, the parallel character of the dotted red lines ends. The line along the southern bank of the Muna follows the Muna to the Salt Lake and terminates at the northern apex of the lake. However, the dotted red line on the northern bank of the Muna continues past the apex and the northeast shore of the Salt Lake in a southeasterly direction virtually until the margin of the map.

4.51 The usage adopted in the Treaty map for the overland sector between Tomat and Todluc was also a single dotted line. Despite the use of the double red dotted line in the short overland section joining the Belesa and the Muna, this single red dotted line alongside the Salt Lake may have been intended to indicate the course of an overland boundary continuing generally southeast beyond the point at which the river terminates in the lake. This would have been consistent with the terms of the 1897 *modus vivendi* indicating a *de facto* line which the Parties negotiating the 1900 Treaty could have been expected to have had in mind. Yet the terms of the 1900 Treaty refer only to the Muna watercourse; the depiction of a line in the Treaty map extending alongside the Salt Lake evidently goes beyond the depicted course of the Muna.

4.52 The depiction on the Treaty map shows the final, curved, part of the Muna river system not as a continuous blue line but as a dotted blue line. This is not explained on the Treaty map, but on the underlying de Chaurand map (which also uses a dotted blue line in this area) the legend explains that for rivers a continuous blue line signifies “di tracciato conosciuto” (i.e., known river course) while a dotted blue line signifies “di tracciato dubbio” (i.e., uncertain river courses). Modern mapping also shows that immediately to the north of the Salt Lake the river system breaks into a filigree network of small channels and streams, with no readily identifiable single and regular river bed.

4.53 In these circumstances, delimiting the boundary in this delta area as the line taken by the Ragali would not be helpful, for there is no single stable watercourse in this network of small and changing streams and channels. The Ragali does indeed flow, on a permanent and stable basis, to a location near the northern limit of the curved stretch of the lower reaches of that river system before flowing through what may be called the Ragali delta on its way to the Salt Lake.

4.54 Accordingly, the Commission has decided that, based on the 1900 Treaty and its map, the eastern end of the 1900 Treaty boundary follows the line of the Ragali as far as Point 29. Beyond that point, the boundary would ordinarily continue to follow the Ragali until it reaches its terminus at the Salt Lake. However, having regard to the delta-like extension of the riverbed and the difficulty of identifying with sufficient certainty the line of the Ragali therein, the Commission determines that the boundary in the delta is constituted by straight lines connecting Points 29, 30 and 31.

5) Object and purpose of the Treaty

4.55 The only express indication given in the Treaty of its object and purpose is contained in its short preamble. This states that the two Heads of State had agreed on the Treaty

in the desire to regulate the question of the frontier between the Colony of Eritrea and Ethiopia which has remained open since the conclusion of the Treaty of Peace of Addis Ababa of the 26th October 1896.

Although the Parties placed considerable emphasis on the Mareb-Belesa-Muna line as being intended to give effect to a division between the regions of AccheleGuzai (to stay with Eritrea) and Agame (to stay with Ethiopia), the Commission observes that nothing to that effect is said directly in the 1900 Treaty or in the Peace Treaty to which reference is made.²⁷

4.56 The Commission is, however, aware that the 1896 armistice between Ethiopia and Italy following the Battle of Adwa provided *inter alia* that there would be a peace treaty, and that until that time the border between Ethiopia and Eritrea “will be maintained at the Mareb, Belesa and Muna, which is the border of the Agame and Okologezay,”²⁸ the former being attributed to Ethiopia and the latter to Eritrea. The fact that, in Article IV of the 1896 Peace Treaty, the Parties agreed provisionally to observe the *status quo ante* does not in the Commission’s view import into the terms of the subsequent 1900 Treaty a requirement that that Treaty must itself be interpreted as having as its object and purpose the maintenance of the division between Acchele Guzai and Agame. The Commission is of the view that such considerations are too remote from the 1900 Treaty to affect the conclusions to be drawn from the terms of the Treaty read together with its annexed map.

4.57 The Commission observes that, as a general matter, the southern borders of Acchele Guzai extended south towards the Belesa and Endeli river systems. Its southernmost sub-district was Shimezana, with its capital at Senafe. Agame (in Tigray, the northern part of Ethiopia) extended northwards to the Belesa river system, and had its capital at Adigrat. To the east of the Belesa river system, Agame is said by Ethiopia (but denied by Eritrea) to include the region of Irob, lying within the Endeli river system.

4.58 However, those regions seem only to have been areas generally identified by their respective names, but without specific delimitation of their territorial limits. The Parties have produced conflicting evidence as to the geographical limits of Acchele Guzai and Agame as understood in 1900, in particular as regards the district of Irob, in the area north of the Muna/Berbero Gado and south of the upper reaches of the Endeli, i.e., in the Endeli projection. Ethiopia has contended that in 1890 and thereafter Italian officials were seeking to use the Aghir (which flows into the upper reaches of the Endeli) as the line of division between Acchele Guzai and Agame, and that in referring to a “Belesa-Muna” line Italy’s reference to the “Muna” as the division between Acchele Guzai and Agame was based on ignorance of local geography and was really intended as a reference for what is now known to be a “Belesa-Endeli” line. However, the Commission observes that the

²⁷ Indeed, that Treaty is referred to only as the starting point for the period since which “the question of the frontier . . . has remained open.”

²⁸ Eritrean translation. The translation provided by Ethiopia is that until the peace treaty is concluded “the boundary between the Ethiopian Empire and the Eritrean colony will remain to be the Mareb, Belesa and Muna, which will be the boundary between Agame and Akologuzay.” This difference in translation is, in the Commission’s view, of no substance.

diplomatic exchanges of a decade before the conclusion of the 1900 Treaty were not part of the negotiations for it; moreover, they show that the rivers in question were known at least to Italy in 1890, which suggests that this omission in 1900 was no mere mistake or oversight.

6) Conclusions as to the boundary identified by the 1900 Treaty

4.59 For the reasons set out above, the Commission therefore concludes that the boundary line identified by the 1900 Treaty (as amended by the 1902 Treaty) and subject to the variations that will presently be described, may be defined as a line that, from west to east:

- (1) starts at the confluence of the Mareb and the Mai Ambessa (Point 9);
- (2) then follows the Mareb to its confluence with the Belesa (Point 11);
- (3) then follows the Belesa to the confluence of Belesa A and Belesa B (Point 12);
- (4) then follows Belesa B to its confluence with Belesa C (Point 13);
- (5) then follows Belesa C to the source of one of its headwater streams at Point 19;
- (6) then goes overland for a short distance to the source of a head waterstream of the Muna/Berbero Gado at Point 20;
- (7) then follows the Muna/Berbero Gado, passing the confluence with the Enda Dashim (at Point 21) until it joins the Endeli at Massolae (Point 27);
- (8) then follows the Endeli downstream until it merges with the Ragali at Rendacoma (Point 28);
- (9) then follows the Ragali downstream to Point 29; and
- (10) then follows the straight lines joining Points 29, 30 and 31.

B. SUBSEQUENT CONDUCT

4.60 The Commission will now examine the subsequent conduct of the Parties with a view to determining whether any such conduct requires it to vary or adjust in any way the boundary based on the interpretation of the Treaty as set out above. In view of the Commission's conclusion that only two aspects of such conduct lead to any modification of the Treaty boundary, the Commission has placed in Appendix A to this Decision its examination of much of the material that it has determined does not affect the situation.

4.61 The question of sovereignty over the Endeli projection and the Belesa projection was much discussed by the Parties. Both contended that their conduct after the conclusion of the Treaty showed that their sovereignty over the relevant areas had been established and had been accepted by the other.

4.62 The Parties presented the Commission with voluminous material detailing the conduct which they regard as supporting their respective positions. This practice consists largely of a variety of administrative acts tending to show the exercise of sovereign authority by the Party performing those acts, a range of diplomatic and other similar exchanges and records as evidence of assertions of sovereignty, or of acquiescence in such assertions by the other Party, and maps. The Commission does not find it necessary to set out in detail its review of this evidence, and will only examine it in general terms. Some items, though presented at length by the Parties, have been found by the Commission not to affect the delimitation established by the Commission. Those items, some of which also affect the boundary in the western and eastern sectors, are examined in Appendix A.

4.63 The Commission will first consider the evidence of conduct that demonstrates the exercise of sovereignty in a practical way on the ground. At the outset, the Commission must, however, note that in a number of respects it has been hampered by the inability of the Parties to identify with sufficient particularity the location of the places to which they refer. There is no generally agreed map of the area depicting place names with any degree of reliability. The difficulty is exacerbated by the fact that the spelling of place names is often inconsistent, that some places seem to bear different names in different contexts, that some names of places are shared by the names of regions in which those places are located, and that, at times there has been considerable dispute as to the precise location, or even very existence, of named places. In determining the significance of particular incidents it is of course essential that the Commission be aware of precisely where the incidents are said to have occurred, failing which the Commission will be unable to attribute to them any significant weight. In order to review the material presented by the Parties in a manageable way, it will be convenient to consider it by reference to four relevant regions which are the subject of dispute. From west to east these are: the western part of the Belesa projection; the eastern part of the Belesa projection; the Endeli projection; and the area around the eastern terminus of the 1900 Treaty boundary, known to both Parties as the Bada region.

1) The western part of the Belesa projection

4.64 The area now addressed lies between the Belesa A and Belesa B, forming the western part of the Belesa projection (the area shaded yellow on Map 6, p. 36, above).

(a) *Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (effectivités)*

4.65 In this area the Parties have submitted evidence of activities which, they claim, establish or confirm their sovereignty over the localities in question. These activities comprise such matters as the establishment of telephone and telegraph facilities, the holding of elections and the conduct of the independence referendum, the maintenance of local records of such matters as births and deaths, the payment of taxes and financial tribute, the

structure of local administration, the regulation of religious and social institutions, the stationing of military and police posts and the conduct of military and police patrols, the regulation of land use, provincial administration, the administration of educational facilities, public health administration, steps for the eradication of malaria, the grant of a mineral concession, and various local acts carried out by the British Military Administration during the period from 1941 to 1952.

(b) *Diplomatic and other similar exchanges and records*

4.66 The Commission has also taken into consideration a number of items from what may be termed the diplomatic or official record. These include the letter of June 1901 from Martini to Ciccodicola, a memorandum written in 1915 by Checchi, Ethiopian protests at alleged Italian encroachments between 1927-1935, the report of April 1933 by the Italian Regional Commissioner, the reports of April and May 1933 by Governor Astuto, an Italian protest at alleged Ethiopian cross-border incursions in 1933, and the incident which occurred in 1934 involving a burial at Chenneto.

(c) *Maps*

4.67 The map evidence is not uniform and consistent. Much of it supports the existence of a Belesa projection and attributes the territory within it to Eritrea. There are, however, significant maps which do not do so, or do so only in part. Moreover, much of the map evidence is on so small a scale, or so devoid of detail, that it can only be treated as ambiguous in this respect.

(d) *Conclusion regarding the western part of the Belesa projection*

4.68 The Commission has carefully weighed the evidence with which it has been presented. For the most part, it finds the evidence to be of mixed quality and to some extent conflicting as regards its significance for territorial sovereignty. In general, therefore, but subject to two important qualifications, which relate to, respectively, the northern and southern sections of this part of the projection, the Commission does not find that the evidence justifies any departure from the boundary line as found by the Commission to result from the 1900 Treaty.

4.69 The qualification as to the northern section relates to Tserona. In its Reply, Ethiopia stated that a number of specific places mentioned by Eritrea as the location of incidents on which Eritrea was relying were irrelevant, since they were in any event mostly in Eritrea. The words used by Ethiopia were that "Fort Cadorna, Monoxeito, Guna Guna and Tserona" were "mostly . . . undisputed Eritrean places." While Monoxeito and Guna Guna are on the Eritrean side of the Treaty line as determined by the Commission, the Commission finds that, on the basis of the evidence before it, Tserona and Fort Cadorna are not.

4.70 As to Tserona, the Commission cannot fail to give effect to Ethiopia's statement, made formally in a written pleading submitted to the

Commission. It is an admission of which the Commission must take full account. It is necessary, therefore, to adjust the Treaty line so as to ensure that it is placed in Eritrean territory.

4.71 The qualification as to the southern section relates to the Acran region and to Fort Cadorna. The Commission is satisfied that the evidence of Eritrean activity is sufficient, in terms of administrative range, quantity, area and period, to justify treating the Acran region as part of Eritrea. As regards Fort Cardorna, the Commission is bound to apply to that place, in the same way as it does to Tserona, the Ethiopian admission.

4.72 The Commission therefore decides that the boundary line which it has found to result from the 1900 Treaty must be adjusted in the manner set out in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph B.

2) The eastern part of the Belesa projection

4.73 This area lies to the east of the Belesa B and between the Ethiopian claim line passing to the north of Zalambessa and the Eritrean claim line passing along the Muna/Berbero Gado. It thus forms the central portion of the disputed territory along the Belesa-Muna line (the area shaded pink on Map 6, p. 36, above). Its principal town is Zalambessa, which did not exist in 1900.

(a) *Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (effectivités)*

4.74 In this area the Parties have submitted evidence of activities which, they claim, establish or confirm their sovereignty over a number of localities. These activities comprise such matters as the administration of polling stations and the holding of elections and the independence referendum, the appointment and payment of local officials, the conduct of a national census, the structure of local administration, the issue of trading and business licences, the establishment of a customs office at Zalambessa, land distribution and management, the payment of taxes and financial tribute, the administration of justice, law enforcement, the provision of educational facilities, the administration of fuel supplies, the grant of a mineral concession, patrolling by the British Military Administration, the establishment of police posts, the maintenance of a rainfall measuring position and the conduct of border surveys.

(b) *Diplomatic and other similar exchanges and records*

4.75 As far as concerns the diplomatic or official record, the Commission has been presented with little in the way of evidence relating specifically to this part of the Belesa projection, apart from certain exchanges relating to Zalambessa, which has been the location for a considerable number of significant administrative activities by Ethiopian authorities. On a number of occasions, Eritrean officials appear to have acknowledged that Zalambessa is part of Ethiopia. Zalambessa appears to be the seat of Gulomakheda Wereda, a part of Tigray province. Both Parties agree that there is a customs post some 2 km north of Zalambessa – in fact, probably two customs posts,

one belonging to each Party, located close to each other. The location of such a post on one side of the town strongly suggests that the boundary is on the same side of the town, since to have a population centre *between* a boundary and a border customs post would be unusual. Ethiopia has, moreover, submitted evidence showing that the customs authorities of Eritrea regularly had dealings with the nearby Ethiopian customs post in such a way as to accept Zalambessa as part of Ethiopia. An additional exchange in 1996 leads to the same conclusion. In that year, the Ethiopian Ministry of Foreign Affairs requested Eritrea to allow a survey team to enter Eritrean territory. The Eritrean Ministry of Foreign Affairs, in responding positively to this request, referred to it as being incidental to the task of “rechecking border delineating points in Zalambessa [sic] area (Tigray region).”

(c) *Maps*

4.76 The Commission has already addressed in general terms the significance of the map evidence for the western part of the Belesa projection. Similar comments are called for in relation to the eastern part. The ambiguity of the map evidence is the greater in this area, because the eastern part of the Belesa projection does not have the distinctive southward pocket which is so characteristic of the western part.

(d) *Conclusion regarding the eastern part of the Belesa projection*

4.77 The Commission has carefully weighed the evidence with which it has been presented by both Parties. Except to the extent corresponding to paragraphs 4.68-4.72, above, the Commission does not find that the evidence of the Parties’ conduct establishes any departure from the boundary line as found by the Commission to result from the 1900 Treaty, save in respect of Zalambessa. There the evidence supports the conclusion that that town is Ethiopian.

4.78 The Commission has already decided that the boundary line resulting from the 1900 Treaty must be adjusted so as to ensure that Tserona, the Acran region and Fort Cadorna are placed in Eritrean territory (see paras. 4.70-4.72, above). The manner of that adjustment is set out in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph B, below. The Commission now accordingly decides that the boundary resulting from the 1900 Treaty must be further adjusted, in the manner also set out in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph B, so as to place Zalambessa in Ethiopian territory.

3) The Endeli projection (Irob)

4.79 The Endeli projection consists of the roughly triangular piece of territory bounded on the south by the Muna/Berbero Gado, on the northeast by the upper reaches of the Endeli going upstream towards Senafe, and on the west by the north-south line of the Ethiopian claim line running down from near Senafe (this area is shaded blue on Map 6, p. 36, above). The principal population centre is Alitena. Although a substantial part of Irob lies to the

north of the Muna/Berbero Gado, and thus within the Endeli projection, part of the region also lies to the south of that river and thus within Ethiopian territory. Geographical specificity is therefore particularly important in relation to incidents or activities occurring in the Irob area.

(a) *Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (effectivités)*

4.80 In this area the Parties have submitted evidence of activities which, they claim, establish or confirm their sovereignty over the localities in question. These activities comprise such matters as the regulation of religious and social institutions, civil administration, the management of local officials, the administration of elections and the independence referendum, the conduct of a national census, the structure of local administration, questions of land management and title, payment of taxes and payment of tribute, the administration of justice, law enforcement, administration of educational institutions, administration of public health, and the operation of public works projects.

(b) *Diplomatic and other similar exchanges and records*

4.81 The diplomatic and official record as put before the Commission includes an Italian military report of 1901, Martini's letters of June and July 1901 to Ciccodicola, Checchi's memorandum of 1915, Governor Zoli's report of July 1930, Italian Ministry of Colonies' report of 1930, Governor Astuto's report of May 1933, and Italian protests at cross-border incursions of 1933.

(c) *Maps*

4.82 The map evidence is uneven in relation to the Endeli projection. Very few maps depict an Endeli projection as appertaining to Ethiopia, and there is considerably more map support for a boundary along the Muna/Berbero Gado, at least along its lower reaches. At the same time there are a number of Italian maps spanning several decades after the conclusion of the 1900 Treaty which show no boundary along that part of the Muna/Berbero Gado, even though showing one elsewhere. There are also Italian maps showing, either expressly or implicitly, the upper reaches of the Endeli as the effective limit of Italian occupation.

4.83 The extent of Acchele Guzai and Agame has been of some importance in the context of the Endeli projection. The map evidence is unclear. Most maps do not give any indication of the two regions. Of those that do, some indicate only the one but not the other. Of those that do indicate one or both of the regions, by far the majority mark them in areas which do not impinge upon the Endeli projection, placing them respectively well to the north of Senafe or well to the south of the Muna/Berbero Gado. Relatively few mark the regions in such a way as to suggest which region includes all or part of the Endeli projection. It is in any event of the nature of cartographic indications of general geographic regions that they are unspecific, since the regions being indicated are usually themselves not limited by specific borders.

(d) *Conclusion regarding the Endeli projection*

4.84 The Commission has given careful consideration to the evidence submitted by the Parties. As in the other sectors, the evidence is not wholly consistent and does not lead in one direction only. The Commission does, however, conclude that for the most part the stronger evidence of administrative and resultant activity has been presented by Ethiopia. The Commission has also attached weight to the facts that several Italian maps refrained from indicating a boundary along the southern limits of the Endeli projection, and have marked the upper reaches of the Endeli River as the actual limit of Italian occupation. Moreover, the Commission has noted that in several reports senior Italian officials, and also Italy's formal complaint to the League of Nations, acknowledged that significant parts of the area covered by the Endeli projection had always been Ethiopian and that Italy had never been present there.

4.85 Even so, the Commission is unable to draw from this the conclusion that it should vary the 1900 Treaty line so as to include the whole of the Endeli projection within Ethiopia. The Commission has noted that, in general, the impact of Ethiopian administrative activity has been weaker, and the impact of Eritrean activity stronger, in the northern and western fringes of the Endeli projection, and that therefore Ethiopia has not established its effective sovereignty to the required degree over those areas. The Treaty line should therefore be varied so as to place only the more southerly and easterly parts of the Endeli projection in Ethiopia.

4.86 The Commission therefore decides that the Treaty line must be accordingly adjusted in the manner set out in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph B, below.

4) The Bada region in the central sector

4.87 The Commission notes at the outset the need for caution in recording and responding to incidents said to have occurred "in Bada," since there is both a region of Bada, primarily consisting of the Bada plain, and a village in that region named Bada. Bada village appears to be located to the northeast of Rendacoma and possibly astride the Ragali. The Bada region is a broad area lying generally to the north of the Salt Lake and straddling the Endeli/Ragali rivers, so that it is partly on the Eritrean side of the boundary determined by the Commission to have been laid down in the 1900 Treaty (i.e., north and east of the Endeli/Ragali) and partly on the Ethiopian side (i.e., south and west of the Endeli/Ragali). Both Eritrea and Ethiopia appear to have local administrative sub-districts named "Bada." It is therefore particularly important to know precisely where particular events are said to have occurred before being able to attribute to them significance as regards the limits of territorial authority. Moreover, given that the Bada region is associated with the Endeli and Ragali, and that there may be settlements which, under a single name, spread over both sides of what may be regarded as boundary rivers, it

will sometimes be particularly important to know precisely where within a settlement a particular incident or activity is said to have occurred.

(a) *Conduct relevant to the exercise of sovereign authority (effectivités)*

4.88 In this area the Parties have submitted evidence of activities which, they claim, establish or confirm their sovereignty over the localities in question. These activities include such matters as the operation of telegraph and telephone communications facilities, the grant of a mineral concession and licences for associated communications facilities, the promotion of irrigation projects, the organisation of elections and the independence referendum, the holding of a national census, the administration of public health services, the administration of educational institutions, the establishment of military and police posts and the carrying out of military patrols, and the structure of local administration.

(b) *Diplomatic and other similar exchanges and records*

4.89 As far as concerns the diplomatic or official record, the Commission has been presented with little in the way of evidence relating specifically to the Bada area, apart from two incidents in 1901 and 1929 involving Tigrayan raids into the Bada area. The exchanges were, however, unspecific as to location and ambiguous as regards their import for questions of territorial sovereignty.

(c) *Maps*

4.90 The only point of disagreement between the Parties is where along the Endeli or Ragali the 1900 Treaty line ends and therefore the 1908 Treaty line begins. The map evidence overwhelmingly supports the Endeli/Ragali as the boundary. As to this, most maps are unspecific. Apart from the map attached to the report of the 1904 Boundary Commission (see Appendix A, below) which in any event is in this respect ambiguous, very few, if any, of the maps submitted in evidence clearly depict a boundary ending at Massolae. Of the rest, those which do depict an eastern terminus are almost equally divided between those which show it at or near Rendacoma and those which show it further to the east, at or near Ragali or, in a few instances, at the Salt Lake.

(d) *Conclusion regarding the Bada region in the central sector*

4.91 The Commission finds that the evidence is relatively sparse, often geographically unspecific, and of ambiguous significance for questions of territorial sovereignty. In particular, the evidence contains little support for terminating the 1900 Treaty boundary at some point (such as Massolae or Rendacoma) west of the Salt Lake. Accordingly, the Commission does not regard the evidence of the Parties' conduct in this area as a basis for departing from the boundary line as found by the Commission to result from the 1900 Treaty.

C. THE COMMISSION'S CONCLUSIONS REGARDING THE 1900 TREATY LINE AS A WHOLE

4.92 The Commission's conclusions regarding the 1900 Treaty line as a whole will be found in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph B.

CHAPTER V – THE SECTOR COVERED BY THE 1902 TREATY (WESTERN SECTOR)

A. THE TREATY TEXT

5.1 The Commission turns now to the sector covered by the 1902 Treaty, namely, the western sector. The second paragraph of Article I of the Treaty states that the frontier shall begin at the junction of the Khor Um Hagar with the Setit and extend to the junction of the Mareb and the Mai Ambessa.

5.2 The 1902 Treaty was described as being an Annex to the 1900 Treaty. Unlike the 1900 Treaty, which was a bilateral treaty between Ethiopia and Italy, the 1902 Treaty was a trilateral agreement to which Britain was also a party. This was because part of it (Article II) related to the frontier between Sudan (then under British administration) and Eritrea.

5.3 Article I of the English text provides as follows (the three paragraphs of the article were not individually numbered, but for convenience the Commission has inserted the numbers (i), (ii), (iii)):

- (i) The frontier Treaty between Ethiopia and Eritrea, previously determined by the line Tomat-Todluc, is mutually modified in the following manner: –
- (ii) Commencing from the junction of the Khor Um Hagar with the Setit, the new frontier follows this river to its junction with the Maletieb, following the latter's course so as to leave Mount Ala Tacura to Eritrea, and joins the Mareb at its junction with the Mai Ambessa.
- (iii) The line from the junction of the Setit and Maletieb to the junction of the Mareb and Mai Ambessa shall be delimited by Italian and Ethiopian delegates, so that the Canama tribe belong to Eritrea.

An English translation of the Amharic text of paragraphs (ii) and (iii) reads as follows:

The new frontier will start from Khor Um Hagar and Setit River junction and will follow the River Setit to the junction of the Mai Ten and Setit Rivers. From this junction, the frontier will leave Ala Takura in Eritrea and go to the junction of Mereb and Mai Ambessa. The boundary between the junction of the Mai Ten and Setit to the junction of Mereband Mai Ambessa will be decided after representatives of the Italian government and the Ethiopian government look into the question and reach agreement. The representatives entrusted with this decision will decide in such a way that the Negroes of the Cunama tribe are in Eritrean territory.²⁹

²⁹ Translation provided in the Eritrean pleadings.

5.4 Article II of the Treaty provides:

The frontier between Sudan and Eritrea, instead of that delimited by the English and Italian delegates by the Convention of 16th April, 1901 (No. 343), shall be the line which, from Sabderat, is traced via Abu Jamal to the junction of the Khor um Hagar with the Setit.

Article II has limited bearing on the issues presently before the Commission and only brief reference will be made to it in connection with the western terminus of the border (see paras. 5.6-5.12, below). In contrast with the 1900 Treaty, no map was attached to the 1902 Treaty or formed part of it.

5.5 The final paragraph of the 1902 Treaty states that it has been signed “in triplicate, written in the Italian, English and Amharic languages identically, all texts being official.” In contrast with the final paragraph of the 1900 Treaty, the 1902 Treaty does not contain the proviso that “in case of error in writing the Emperor Menelik will rely on the Amharic version.” However, the Commission does not need to consider whether this proviso carries over into the 1902 Treaty by reason of the latter being an “annex” to the 1900 Treaty because in the present case Ethiopia has not sought to invoke the Amharic version, although Eritrea has (see para. 5.15, below).

B. THE WESTERN TERMINUS

5.6 The Commission will begin its consideration of the 1902 Treaty by examining the location of the western terminus of the boundary as expressed in the opening words of Article I, paragraph (ii): “Commencing from the junction of the Khor Um Hagar with the Setit”

5.7 The Secretary of the Commission, in the performance of his function under Article 4, paragraph 9, of the December Agreement, found that there appeared to be no dispute between the Parties with regard to this portion of the border. Nor is the subject one to which the Parties gave any specific attention in the course of their pleadings, though Ethiopia stated that it reserved its position in relation thereto. However, a number of documents and large-scale maps represent or speak of the boundary as commencing not at Khor Um Hagar, but further to the west, at the confluence with the Setit of the Khor Royan, a river flowing into the Setit from the ESE (Point 1). The Commission therefore finds it necessary to consider the location of the western terminus.³⁰

5.8 Article II of the 1902 Agreement amends the frontier between Sudan and Eritrea as delimited initially by a treaty of 16 April 1901.³¹ Another agreement between Sudan and Eritrea of the same date describes the demarcation of this boundary.³² A further agreement of 22 November 1901 provides for the completion of the delimitation between Sudan and Eritrea “as

³⁰ The relevant treaty texts are collected in Professor I. Brownlie’s *African Boundaries* (1979) (hereinafter referred to as “*African Boundaries*”).

³¹ *African Boundaries*, p. 864.

³² *Id.*

far as the junction of the Khor Um Hagar with the River Setit” – “the line to be eventually demarcated by special Delegates.”³³ The Khor Um Hagar is mentioned again as a location on the frontier between Sudan and Ethiopia in Article I of the Treaty of 15 May 1902, which is an agreement distinct from the 1902 Treaty involved in the present proceedings.³⁴

5.9 The 1902 Treaty, it will be recalled, was described as an Annex not only to the 1900 Treaty but also to the separate Treaty of 15 May 1902 regarding the frontier between Sudan and Ethiopia, the agreement mentioned in the preceding paragraph. To implement the changes made in the latter agreement, a further Sudan-Eritrea agreement was made on 18 February 1903³⁵ which ran the line of “the rectified boundary” along a new course from the Jebel Abu Gamal “to the bend of the Setit immediately opposite the mouth of the Khor Royan.” This was later referred to as “the Talbot/Martinelli demarcation.”

5.10 This agreement was confirmed by a further Sudan-Eritrea agreement of 1 February 1916, of which the first article read:

The boundary starts from a point on the right bank of the Setit River, immediately opposite the mouth of the Khor Royan.³⁶

5.11 Ethiopia accepted this amendment by an Exchange of Notes of 18 July 1972 in the following words:

Basic acceptance of Major Gwynne’s demarcation on the basis of the 1902 and 1907 treaties As regards the boundary north of the Setit River, acceptance of the Talbot/Martinelli demarcation of February 1903 (as intensified in February 1916) as the boundary line as far as Abu Gamal.³⁷

Thus, it was the February 1903 demarcation that brought the tripoint to the northbank of the Setit opposite the Khor Royan.

5.12 It is not open to the Commission to change the agreed tripoint between Eritrea, Ethiopia and the Sudan. As the Ethiopian-Eritrean boundary is in this sector a river boundary,³⁸ it must be treated as starting at the tripoint, then running to the centre of the Setit, immediately opposite that point, before turning eastwards and continuing up the Setit until it turns to the northeast to run towards the confluence of Mareb and Mai Ambessa (Point 9).

C. THE SECTOR SETIT-MAREB

5.13 The Commission turns now to consider the most contentious part of the boundary covered by the 1902 Treaty, namely, the point in the Setit where the boundary turns away from this river to follow another named river

³³ *Ibid.*, p. 865.

³⁴ *Ibid.*, p. 866.

³⁵ *Ibid.*, p. 868.

³⁶ *Ibid.*, p. 871.

³⁷ *Ibid.*, p. 877.

³⁸ See Chapter VII, below, for consideration of the boundary within rivers.

towards the confluence of the Mareb and the Mai Ambessa (Point 9). This other river is named the “Maieteb” in the English version of the Treaty and “Maiten” in the Amharic version. The central question in this part of the case is, therefore, to what river the Treaty here refers. Closely associated with this is the question of the course of the link between that river and the Mareb.

5.14 Ethiopia contends that, as used in the Treaty, “Maieteb” refers to the river of that name that reaches the Setit from the northwest at Point 3, from the source of which a straight line is drawn to Point 9 (hereinafter referred to as the “western Maiteb”). As drawn on the maps invoked by Ethiopia, this line runs to Point 9 at an angle varying between 65° and 73° east of true north.

5.15 Eritrea initially maintained that the river designated in the equally authoritative Amharic version of the Treaty is named the Maiten. A river of similar name, the Mai Tenné, joins the Setit at Point 8, some 87 km further east than the western Maiteb. From this confluence, Eritrea contended that a straight line runs northeast to Point 9. Such a line would be at an angle that, depending on the map used, varies between 13° and 16°. Eritrea later submitted that the boundary line subsequently established and maintained by the Parties was a straight line running from the confluence of the Setit and the Tomsa (Point 6) to the Mai Ambessa (Point 9). Such a line runs at an angle varying between 22° and 25° from true north. In its final submissions, however, Eritrea gave as the southern terminus of the straight line connecting to Point 9 what turn out to be two different locations. One, defined by coordinates (14° 05' 45.6" N, 37° 34' 26.4" E), terminates at Point 7A. The other is defined in terms of a claim line drawn on a map which, however, terminates at a different location, namely, Point 7B (14° 06' N, 37° 35' E). Neither of these is at the Tomsa (Point 6). Eritrea also suggested that the original Treaty reference to the “Maiteb” was actually to the Sittona (Point 4).

1) Interpretation of the Treaty

5.16 The resolution of this issue depends initially upon a proper interpretation of the Treaty. That interpretation in turn depends upon the text of Article I, read in the light of its object and purpose, its context and negotiating history, and the subsequent course of conduct of the Parties in its application – all of which are tools for determining “the common will” of the parties.

(a) *The terms of the Treaty*

5.17 The determination of the meaning and effect of a geographical name used in a treaty, whether of a place or of a river, depends upon the contemporary understanding of the location to which that name related at the time of the treaty. If the location can be identified without difference of opinion, interpretation is relatively simple. But when the maps available at the time vary in their placement of the feature, difficulties emerge. That is to some extent the problem in the present case.

5.18 The Commission accepts that at first sight the reference to the Maiteb in Article I (ii) of the Treaty appears to be to the river of that name, as argued by Ethiopia, that joins the Setit at Point 3. One contemporary map in particular, the Sketch Map illustrating Article I of the Treaty between Great Britain and Ethiopia relating to the Sudan border signed on the same day as the 1902 Treaty involved in the present case, shows clearly in its top right corner the northern terminus of that boundary ending at the Setit and then indicates a short eastward-extending stretch of the Setit, which, in its turn, ends at a tributary that the Sketch Map calls the “Maieteb.” The same is shown on a map of the Anglo-Egyptian Sudan of 1901 and even more clearly on the so-called Talbot-Colli map of the same year. These maps extend no further east than the Maiteb as there presented. Nor is there any evidence that the Parties were in possession on 15 May 1902 of any map showing a river Maiten (or Mai-Tenne) (Point 8) even further east. The first map on which a river of that name is shown is the 1904 Italian Carta Dimostrativa, on a scale of 1:500,000. On the basis of these maps, therefore, it is arguable that the river identified by Ethiopia as the Maiteb (the confluence of which with the Setit is shown at Point 3) is the Maiteb to which the Treaty refers.

5.19 As against this, however, there is more convincing evidence that the Maiteb is not the river which the Parties had in mind. The maps just referred to were not the only ones likely to have been familiar to the negotiators who were, on the Ethiopian side, the Emperor Menelik and, on the Italian side, Major Ciccodicola. Nor were these maps used in the negotiations.

5.20 The Emperor Menelik appears to have left no record of the negotiations. On the Italian side, however, there are two reports of Major Ciccodicola, dated 16 May 1902 and 28 June 1902, one immediately after the signature of the Treaty, the other barely five weeks later, which indicate clearly the map that was actually used in the discussions.

5.21 In his first report, dated 16 May 1902, Ciccodicola, cabling from Addis Ababa, informed the Governor of Eritrea, Martini, that the 1902 Agreement had been signed the previous night:

. . . the Cunama remains with us as soon as the ratification takes place. The border line will be delimited on the ground by delegates; it is now fixed by two well defined points, see *Mai Daro demonstrative map 1900 Military Geographical Institute scale 1 to 400,000 that is the course of the Maiteb east of Montala Tacura and Mai Ambessa with the Mareb*.³⁹

The Mai Daro demonstrative map here referred to appears to be the map that was attached to Ciccodicola’s second report as “Sketch No. 7,” which is examined below. A copy of this map appears as Map 8, on page 62. It will be referred to as the “Mai Daro map.”

³⁹ Commission’s emphasis.

5.22 In his second report, of 28 June 1902, Ciccodicola said:

. . . [W]hen negotiating, I have always used the maps sent by the Government. But since the afore-mentioned Maidaro paper is not a sure basis, I had to accept at least in part Menelik's objections, based on the information of the places obtained by him, and make him accept, albeit not without pain and hard work, as the general direction of principle of the boundary between the Cunama and the Adiabo, *the line which appears in the afore-mentioned Maidoro [sic] sheet*⁴⁰ *determined by the mouth of the Maiteb in the Setit, turning east of the Ala Tacura mountains, and then going to the Mareb, at the Mai-Ambessa junction.*

In future, our delegates and Ethiopian delegates will determine the boundary exactly, by surveying with an investigation on the ground. It remains therefore established that the Cunama villages become part of the Colony of Eritrea, as of the day of the sovereign ratification of the convention.⁴¹

5.23 The fact that the Mai Daro map spelled the river as "Meeteb" does not appear to the Commission to affect the situation, for Ciccodicola appears to have equated "Maiteb" with "Meeteb." The intention of the negotiators revealed by the two letters is sufficiently clear.

5.24 The Commission attaches importance to the Mai Daro map because it clearly shows that, contrary to inferences that might otherwise be drawn from the existence of other maps of the area showing the location of the Maiteb as being that of the western Maiteb at Point 3, such maps were not used in the negotiations between Menelik and Ciccodicola. Nor, seemingly, was their detail relating to the location of the western Maiteb taken into account by Menelik or Ciccodicola. As Ciccodicola's report makes plain, the only map that he and Menelik had before them was the Mai Daro map.

5.25 There are no less than four reasons why the river named "Meeteb" and the mountain called "Ala Tacura" shown on this map could not actually have been situated in the proximity of the western Maiteb. The first is that the location of Mai Daro at the top of the map and of the confluence of the Mareb and Mai Ambessa (Point 9) are in reality well to the east of the confluence of the western Maiteb with the Setit (Point 3) – as can be demonstrated by dropping a meridional line from Mai Daro southwards to the Setit. Second, the river marked "Meeteb" on the map joins the Setit at a point that lies on the eastern part of the prominent north-trending bend in that river, whereas the confluence of the western Maiteb and the Setit (Point 3) lies well to the west of that curve. Third, the direction and length of the course attributed to the Meeteb on the map differs markedly from the course and length of the western Maiteb. Fourth, a straight line drawn from any point on the western Maiteb that joins the Setit at Point 3 could only reach Point 9 at the angle of 60°-65°, while the line on Map 8 reaches Point 9 at the markedly different angle of 45°.

5.26 The significance and evidentiary weight of the Mai Daro map is confirmed by its similarity with the de Chaurand map of 1894. An excerpt

⁴⁰ See Map 8.

⁴¹ Commission's emphasis.

from this map appears as Map 9, on page 64. This, it will be recalled, is the map that was expressly stated to have been the basis for the 1900 Treaty map and it must have been familiar to the negotiators. It does not show any Maiteb or Meeteb remotely near the confluence of the western Maiteb and the Setit (Point 3). It does, however, show quite clearly a “Maitebbe-Meeteb” joining the Setit at Point 4 on the east side of the prominent north-pointing bend, running first northeast and then east. It also shows a “Mount Ala Tacura,” just north of the river. In these major respects, it is almost identical with the Mai Daro map. The only respect in which both the Mai Daro map and the de Chaurand map differ significantly from later maps is in the name given to the river. What is called in them “Maietebe” or “Meeteb” was known even at the time by some as Sittona and was so called on other maps soon afterwards.

5.27 The identification of the Maiteb referred to in the 1902 Treaty as the Meeteb of the Mai Daro map or the Maietebbe-Meeteb of the de Chaurand map does not, however, by itself resolve the question. It is necessary to have regard also to a further important element in the interpretation of treaties, namely, the object and purpose of the Treaty.

(b) *The object and purpose of the Treaty*

5.28 The object and purpose of the 1902 Treaty can be considered at two levels: the general and the particular. At the general level, it is obvious that the Treaty was intended to determine a boundary. Such an identification of purpose, however, does not advance matters, since it does not help in the choice between one possible boundary and another.

5.29 More important is the identification of the particular object of the Treaty. Here it is necessary to distinguish between two separate matters dealt with in Article I of the Treaty. The first, in paragraph (i), is the reference to Mount Ala Tacura. The frontier is to follow the course of the Maiteb so as to leave that mountain to Eritrea. The second is the provision in paragraph (ii) that the line from the junction of the Setit and the Maiteb to the junction of the Mareb and Mai Ambessa “shall be delimited by Italian and Ethiopian delegates, so that the Cunama tribe belong to Eritrea.”

(i) The reference to Mount Ala Tacura

5.30 Of these two aspects, the first is of little importance. It says no more than that the boundary following the principal named geographical feature, the Maiteb, will have the effect that it passes to the east of the named mountain, thereby leaving it to Eritrea. That is not a statement of an object of the Treaty.

(ii) The incorporation of the Cunama into Eritrea

5.31 The second aspect, the requirement in paragraph (ii) that the line should be so delimited “that the Cunama tribe belong to Eritrea,” is of a different order of significance. It reflects the growing Italian interest in the Cunama in the preceding years. This interest is evidenced by a report of the

instructions given by the Italian Foreign Ministry to Consul General Nerazzini on 22 March 1897

. . . in order to *add the tribe of the Cunama to the Eritrean Colony*, to keep the trade roads to Gonda and the vast fertile basin of the Tzana free and under our complete control, thus anticipating and satisfying the desires and fair requests of the Commissioner for Eritrea.⁴²

The idea of following tribal boundaries was one which, it appears, was subsequently acknowledged by Menelik in his negotiations with Britain in May 1899 for the settlement of the boundary between Sudan and Ethiopia and was repeated on the British side.

5.32 This particular objective was pursued further in a Confidential Arrangement between Britain and Italy of 22 November 1901, which provided in paragraph 5 that:

The British and Italian Agents in Abyssinia will work together in concert to obtain from Emperor Menelik in return for this extension of the Abyssinian boundary, a zone of territory to the east of the Todluc-Maiteb line, *which will give to Erythrea the whole of the Kunama tribe up to the Mareb*.⁴³

This Declaration did not, of course, bind Ethiopia, but it does demonstrate the existence of the Italian interest in obtaining the territory occupied by the Cunama tribe, as well as the British recognition of that interest.

5.33 Further significant evidence of the importance attached by Italy at that time to the acquisition of the Cunama land is provided by the terms in which Ciccodicola and Martini, the Governor of Eritrea, both commented upon the Treaty soon after its conclusion (see paras. 5.39-5.41, 5.46, below).

5.34 Lastly, the terms of the 1902 Treaty itself attest to the objective of achieving the transfer to Eritrea of the Cunama. Thus, paragraph (iii) of Article I of the 1902 Treaty provided:

The line from the junction of the Setit and Maiteb to the junction of the Mareb and Mai Ambessa shall be delimited by Italian and Ethiopian delegates, *so that the Canama [sic] tribe belong to Eritrea*.⁴⁴

These words indicate that the line described in the Treaty was not completely defined; that a portion of it was still to be delimited by delegates of the two Parties; and that the object of that delimitation was precisely to ensure that the Cunama tribe belonged to Eritrea. This must be a reference to at least the bulk of the Cunama tribal area, if not the whole of it. There appears to be no basis for any suggestion that the intention was to confine it to a significantly truncated part of the Cunama tribe or its tribal area. Thus, the text contemplates that the delegates of the Parties were to perform a two-stage

⁴² This report was referred to in the report of 28 June 1902 from Major Ciccodicola, the Italian negotiator of the 1902 Treaty, to the Italian Ministry of Foreign Affairs, cited in para. 5.22, above.

⁴³ Commission's emphasis.

⁴⁴ Commission's emphasis.

function: first, they would have to ascertain facts, namely, the region regarded as the domain of the Cunama; second, they would have to reflect those facts by the construction of an appropriate line that placed that region in Eritrea not Ethiopia. In fact, no such delimitation by delegates of both Parties ever specifically took place.

5.35 There was an additional objective that Italy had in mind at this time (as indicated in the instructions to Nerazzini quoted in para. 5.31, above), though not expressly referred to in the Treaty, namely, to ensure its control over an important trade route through which much commerce of Eritrea passed to and from Ethiopia, namely, the road or track that connected Ducambia, on the southern bank of the Mareb, with Sittona, on the northern bank of the Setit and which continued southwards to Gondar in Ethiopia. This ran on an approximately north-south curved axis at 37° 24' E longitude. This route was subsequently shown on a map entitled "Strade Commerciali Setit Noggara e Setit – Gondar," circa 1904-1906.

5.36 While the first objective – the assignment of Cunama land to Italy – was an explicit common objective of the Parties, the second objective just mentioned may be regarded as essentially Italian. There is no specific evidence as to Ethiopia's objective with respect to the trade route; nor is there any evidence suggesting Ethiopian opposition to Italy's objectives in this regard.

(c) *The relation between the negotiations of May 1902 and the principal objective of the Treaty*

5.37 The objective of attaching the Cunama to Eritrea having thus been identified, it is now necessary to examine more closely how this was reflected in the manner in which Article I of the Treaty was concluded. As stated, it was negotiated, on the Ethiopian side, by the Emperor Menelik himself and, on the Italian side, by Major Ciccodicola.

5.38 The Emperor Menelik appears not to have left any record of the negotiations. On the Italian side, however, reference has already been made to the two reports of Major Ciccodicola of 16 May 1902 and 28 June 1902. Moreover, there is another document, written in August 1902, that throws light on the intention and understanding of Martini, then Governor of Eritrea (see para. 5.46, below).

5.39 In his first report Ciccodicola stated:

... the Cunama remains with us as soon as the ratification takes place. The border line will be delimited on the ground by delegates

5.40 In the first part of his second report, of 28 June 1902, entitled significantly "Agreement for the Cunama," Ciccodicola noted that:

In future, our delegates and Ethiopian delegates will determine the boundary exactly, by surveying with an investigation on the ground. It remains therefore established that

the Cunama villages become part of the Colony of Eritrea, as of the day of the sovereign ratification of the convention.

5.41 This last observation reflected the uncertainty that both negotiators evidently felt about the exact course that the line from the Setit to the Mareb should follow and which they had deliberately left open by using the words:

[t]he line from the junction of the Setit and Maiteb to the junction of the Mareb and Mai Ambessa shall be delimited by Italian and Ethiopian delegates, so that the Canama tribe belong to Eritrea.⁴⁵

5.42 Thus the legal position at this juncture appears to the Commission to be as follows. Although the Parties used the name “Maiteb” in the Treaty, it is clear that they did not thereby intend to refer to the western Maiteb, since it lies considerably west of the Meeteb (Sittona) which the negotiators evidently contemplated (on the basis of the Mai Daro map) as the southern end of the eastern boundary of Cunama territory, and of the link between the Setit and the Mareb delimiting that territory. The details of the line between the Sittona, the river they actually had in mind, and the Mareb were, however, left for later delimitation. No formal delimitation was ever carried out.

5.43 Although a great deal of evidence was placed before it, mostly from the Italian archives of the period 1902-1932, discussing the location of the Maiteb and the possibility that the intended river was the Maiten, the Commission does not find it necessary, in light of its findings, to enter into any discussion of this material. Nor has the Commission been able to identify any evidence of events in the years following 1902 to suggest that the Parties’ actual intention to select the Meeteb of the Mai Daro map was changed to the western Maiteb.

2) Developments subsequent to the Treaty

5.44 In order to complete its task of interpreting the Treaty in the light of applicable international law, the Commission now turns to an examination of the principal items evidencing subsequent conduct or practice of the Parties that the Commission considers relevant for this purpose.

5.45 In the nature of things, the catalogue that follows cannot be comprehensive. The Commission omits many minor points of detail which appear to it not to affect the main course of developments. The consideration of the material will be more detailed in the first thirty or so years following the Treaty. This is because by the early 1930s the situation had largely crystallized. Events subsequent to 1930, though much discussed by the Parties, merely confirmed the present situation in a variety of ways. That material will, therefore, be presented more briefly.

⁴⁵ See Appendix B, below, for details regarding the extent of contemporary knowledge of the location of the Cunama.

Martini letter, 3 August 1902

5.46 A letter that Martini wrote to Ciccodicola, though reflecting some misunderstanding about the river names,⁴⁶ is clear in its emphasis on the intention of the Treaty to transfer the Cunama to Eritrea:

I have received the note of 21 June No. 80 by H.E. and the enclosed copy of the report that you sent to H.E. the Minister of Foreign Affairs on therecent Convention between Italy, England and Abyssinia.

The purpose of the secret treaty, concluded in Rome on 22 November of last year between England and Italy, was, among other things, the transfer of all Cunamas established between the Gash and the Setit, to our dependency. This is also affirmed in the second paragraph of Article I of the Convention of 15 May 1902 with Menelik.

However, you rightly complain of the lack of reliable date for that area. The map at 1/400,000 is not regarding the course of the Setit, at all precise. The fact that that map had to be used in the negotiations with the Negus had an unfavourable influence on the geographic determination of the boundary as indicated in the first part of the mentioned Article I. This in fact establishes that our boundary follow the Setit from its junction with the Mai Teb, then go up the latter and from there go toward the Mareb, ending the front of the source of the Mai Ambessa [sic].

Now, as I could ascertain myself during my recognition of the Setit, *this boundary would break in two those Cunama which, it has been established, should entirely pass to us.*

In fact, the Cunama towards the east go up to the river Sittona.

It is also true that on the maps at 1/400,000 the course of the Maiteb appears to be confused with that of the Sittona. In fact, the Sittona enters the Setit at the top of the big arc that the Setit does in coming out of Uolcait and Adiabo to enter the Cunama region. Now, on the 1/400,000 map precisely in that point is marked the source of the Mai Teb.

I must also warn that according to the surveys made during my recognition of the area, while the source of the Sittona is distant in a straight line about one hundred and ten kilometers from Ombrega, that of the Maiteb is only forty [kilometres] distant.

The misunderstanding can certainly not be attributed to anyone; so far those regions were too scarcely known and reliable maps did not exist. Only now, with the surveys which I had made and with others carried out some time later it is possible to draw a rather faithful sketch. This sketch is already been made as soon as completed I will transmit a copy to you.

In any event, it must be kept in mind that *the boundary described in Article I of the Convention of 15 May 1902 is in open contradiction with the attribution of the Cunama to Italy which is the basis of that Convention and which is explicitly wanted,* as essential condition for the modifications of the boundary with England, also by the

⁴⁶ The misunderstanding about river names appears to stem from Martini's seeming belief that the Maiteb referred to in the 1902 Treaty was the western (Ethiopian) Maiteb. He rightly saw a boundary based on that river as breaking the Cunama in two. He also seems to have thought that the Meeteb on the Mai Daro map was the western Maiteb. In other words, while he appreciated that there were two distinct rivers at Points 3 and 4, which he called the Maiteb and the Sittona respectively, he appears not to have understood that the river at Point 4 (that he called Sittona) was in fact the Maiteb/Meeteb of the de Chaurand map and that it was that name that the Mai Daro map had given to the Sittona.

secret agreement of 22 November of last year. The designation of the boundary in the May Convention cannot, in my opinion, be considered if not as subordinated to the condition that that boundary be such as to be in harmony with the main stipulation, which is the transfer of the Cunama to Italy, *I have to insist particularly on our right to have all the Cunama up to the Sittona.*⁴⁷

Garasellassie letter, 8 August 1902

5.47 It is significant that Ethiopia evinced no inclination to question the manner prescribed for dealing with the Cunama lands. On 8 August 1902, Garasellassie, the Ethiopian Governor of Tigray, acknowledged a letter from Martini dated 3 August (not produced by either Party in these proceedings) in which Martini had reported on the borders agreed with Menelik, possibly along the lines of his letter to Ciccodicola of the same date. Garasellassie stated that “Cunama is a name that we generally apply to all of the Baria villages” and said that he would therefore “appreciate a clear explanation on which are the villages you mentioned from Mai Ambessa and [going to] the Setit. Please let me know the names of nearby villages so that I can use it as a rule.” The record contains no reply to this letter. It seems quite unlikely that Garasellassie would have written in these terms had he not clearly understood that the Cunama were to be placed in Eritrea.

Prinetti map, 10 December 1902

5.48 One of the earliest maps illustrating the boundary established by the 1902 Treaty is the Carta Dimostrativa presented to the Italian Parliament by the Ministry of Foreign Affairs on 10 December 1902. Drawn on a scale of 1:2,000,000, it is sometimes called the “Prinetti” map. It shows the boundary as following the Setit from the west. The western Maiteb is not shown where it might be expected, namely, to the west of the northward-trending curve of the river at about 36° 55'. Instead, the map shows a river called “Maiteb” to the southeast of that curve, at about the point where the Sittona meets the Setit (Point 4). The line then follows that river some distance before turning northeast to run straight to the Mareb/Mai Ambessa junction (Point 9) at an angle of about 50° from true north. The map thus does not support the Ethiopian claim line. Equally, it does not support the Eritrean line insofar as the latter claims to run northeastwards from the Tomsa (Point 6). In its placement of the Maiteb *vis à vis* Mai Daro to the north and its confluence with the Setit, the map resembles the “Mai Daro” map used by Ciccodicola and Menelik in the negotiations and is subject to the same comments.⁴⁸ As will be seen, the line on this map was not reproduced in later maps. It shows the Cunama as stretching across all the territory between the Setit and the Mareb from the border with the Sudan as far as the Treaty line. If, however, the confluence of the Setit and the Maiteb had been placed at its western location (Point 3), the line to Point 9 would have cut the Cunama territory in half.

⁴⁷ Commission’s emphasis.

⁴⁸ See, e.g., Zoli in 1929, para. 5.68, below.

1903

5.49 The second Italian map showing the boundary, or at any rate, the southern part of it, is the “Ombrega” sheet of the Carta Dimostrativa produced by the Istituto Geografico Militare in 1903. This shows the mouth of the western Maiteb at Point 3 and carries a marking indicative of the boundary line turning northeastwards at that point, but not following the Maiteb, at an angle of approximately 60° from true north. The line is not shown the whole way to Point 9, as it soon reaches the eastern margin of the map. But, at the point where it stops, it says “a Mareb Mai Ambessa.” A detailed map of the Cunama region on a scale of 1:400,000 prepared by Bordoni, dated 18 March 1903 and produced by the Istituto Geografico Militare in that year, evidently for internal use, shows the western Maiteb, and the beginnings of the boundary, also running northeastwards.

Gubernatorial Decree, 1903

5.50 On 25 March 1903, the Governor of Eritrea, Martini, enacted Gubernatorial Decree No. 178, which established a *Residenza* to exercise jurisdiction in the Gash (Mareb) and Setit area over the Baria and Cunama tribes. On 9 May 1903, the Governor published a further decree (No. 202) delimiting the territory of the new Residency. The relevant paragraph provided:

It [the border] first follows the Setit and then goes to the confluence of the Mai Ambessa with the Mareb.

Martini subsequently explained this step in a memorandum entitled “Administrative Districts” (undated, but possibly 1907; see para. 5.62, below).

Pollera report, 17 May 1904

5.51 On 17 May 1904, the Resident of the Government Seat of Gasc, Pollera, reported on the eastern border of the Cunama region and the territory between the Gasc and the Setit, between meridians 37° 30' and 37° 55'. The report merits extensive quotation and the pertinent parts are reproduced in Appendix B, below, para. B9.

5.52 The names and places mentioned in the Pollera report all appear in the accompanying “Demonstrative Sketch of the Region of Afra” on a scale of 1:400,000. This map is not dated but is stated in the list of maps in the Eritrean Atlas as being “1904.” It carries two lines of particular interest. One relates to “the territorial limits according to the Cunama tradition.” This leaves the Setit at a point near a mountain called “Ab Omi,” slightly southeast of the confluence of the Mai Tenné (Point 8). It then runs northeastwards until it meets the Mai Tenné, whereupon it turns northwest, crossing the Tomsa, until it reaches “M. Tabi” where it turns to the northeast again and runs to “Collina Gugula.” There it turns NNE until it reaches the Mareb at the confluence of the Gongoma, some distance upstream (i.e., southeast) of Point 9.

5.53 The other line of interest on this map is labelled “Confine che si propose” and seems to be the line which Pollera thought it would be appropriate to advocate in the negotiations that had yet to take place for the boundary in this sector. This line starts further upstream the Setit at the confluence of the Tomsa (Point 6), runs up that river in a northeasterly direction, follows a tributary of that river, the Gual Sohei, until it reaches the line marking the traditional limits of the Cunama possession at Collina Gugula. There, but without specific marking, it presumably joins the latter line. The general inclination of this line from Point 6 to Point 9 is 33° from true north.

5.54 This sketch is also one of the rare maps that mark a village called “Aifori,” just south of the Setit, approximately halfway between the confluences of the Sittona and the Tomsa with the Setit. Aifori is of interest because it was referred to in an Italian file note (with no stated author) dated January 1904, called “Pro Memoria.” This recorded that Ciccodicola had mentioned the opportunity of delimiting the border east of the Ducambia-Sittona road. Ciccodicola was also reported as stating that the village of Aifori south of the Setit would remain in Ethiopia, but the upper part (presumably the part north of the Setit) would remain with Italy. Also, the *baraca* (the plain) was to be divided in half between Eritrea and Ethiopia. Thus, if the Ethiopian contention is correct, the “upper part” of Aifori would, contrary to Menelik’s own request, have been part of Ethiopia.

Comando del Corpe di Stato Maggiore map, 1904

5.55 In 1904 there appeared the Comando del Corpe di Stato Maggiore map, on a scale of 1:500,000, of the whole of Eritrea. This, the first large scale map of the whole country, shows very clearly the boundary following the Setit from the west, passing a river called the “Mai Teb” at approximately 36° 52', then passing the mouth of the Sittona at approximately 37° 25', until at a river called “Tomsa” at approximately 37° 38' (Point 6) it turns sharply to the northeast at an angle of 23° to run in an unbroken straight line until it meets the Mareb at Point 9.

5.56 The line thus marked, with its two termini and general direction, is the line that has since then (with the exception of the 1905 Italian map about to be referred to and the Ethiopian map of 1923; see para. 5.65, below) constantly been adhered to on the maps produced by both Eritrea and Ethiopia. Having regard to the circumstances in which it was drawn, as described in a 1907 memorandum by Martini (see para. 5.62, below), the Commission is unable to accept the characterisation of the line as reflecting Italian cartographic expansionism or as having been drawn in any way other than in good faith. There is no evidence before the Commission to support such a characterisation which has merely taken the form of unsupported assertion.

Checchi map, 1904

5.57 In addition, there is an Italian map of the “Subdivisioni Territoriali d’Oltre Mareb,” completed by Checchi on a scale of 1:750,000, drawing the

boundary northeastwards from the mouth of the Tomsa at an angle of 24° from true north.

Miani map, 1905

5.58 In contrast with the 1904 map just mentioned, there appeared in 1905 another Istituto Geografico Militare map over the name of Captain Miani, also on a scale of 1:500,000, which in its geographical detail is very similar to the 1904 map. The principal relevant difference, however, is that it carries the boundary along the Ethiopian claim line direct from the mouth of the western Maiteb (Point 3), though not following that river, in a straight line to the Mareb/Mai Ambessa confluence (Point 9). In so doing, it cuts across the name “Cunama,” thus leaving part of that territory to Ethiopia.

5.59 In the same year, there appeared a further map from the Comando del Corpo di Stato Maggiore, on a scale of 1:800,000, showing much the same information as the Miani map of the same year. Again, the name “Cunama” is cut by the Ethiopian claim line, which runs at an angle of 63° from true north.

Martini reports, 1906

5.60 On 10 January 1906, the Governor of Eritrea, Martini, reported to the Italian Ministry of Foreign Affairs that

the border towards Adiabo is still to be defined on the ground following Article 1 of the 19 [sic] May 1902. Following the intention of the last sentences of the mentioned article and following the present de facto possession, the border can be marked with the line that goes from the confluence Mareb-Mai Ambessa and meets the Setit at the confluence with the torrent Tomsa, which is about thirty kilometres [upstream] to the confluence of the torrent Sittona, erroneously called Maiteb in the Dechaurand [sic] used as the basis for the treaty, I enclose the existing sketch with this courier.

5.61 It is difficult to be sure which sketch is here referred to as “the existing sketch.” But this may not matter, since three days later Martini sent a further message to Rome, on 13 January 1906, transmitting a “Copy of the sketch of the Afra region territory to the East of the previous one, that includes the zone where the border between Eritrean [sic] and Adiabo should be marked.” This sketch could have been the one prepared by Pollera two years previously because it bears the heading “Schizzo Administrativo Della Regione di Afra” and is the only one in the record that so specifically mentions Afra (see para. 5.52, above).

Martini report, 1907

5.62 In 1907, Martini filed a further Administrative Report in which he said:

With the acquisition of the Cunama by Eritrea, it was necessary to institute the residence of the Gash and Setit, which was established in 1903.

Considering that I had given a stable administrative organisation to the Colony, which followed the needs of the population and of the government, I had some studies done so that we could precisely define the territory and the people assigned to every regional office, and dependent on it. I therefore provided for the publication of the

Gubernatorial Decree no. 202 (attach. No. 1)⁴⁹ of May 9, 1903, in which that delimitation was determined.

To clarify the situation further, I also requested the publication of some special maps that represented geographically the territory and the people assigned to the different regional offices.

...

With the appropriate arrangements with the Negus, I provided for the constructions of two big roads: one that from Agordat Eimasa Elaghin reaches our border on the Setit and then continues within Ethiopia as far as Nogarra; the other also departing from Agordat, for Barentu, Ducambia on the Gash, *reaches the confluence of the Sittona on the Setit, after which it continues beyond our border into Birgutam and Cabta toend in Gondar.*

...

As I mentioned before, the construction of these two roads, *in the areas located inside our territory*, was also necessary for political reasons, in that they also *served the purpose of demonstrating to the lesser and greater chiefs our occupation of the new territories given to us by the Negus.*⁵⁰

Italian maps, 1907

5.63 It is not possible to identify with confidence the maps to which Martini was referring. There were, however, in that year, three further Italian maps. One, on a scale of 1:500,000 over the names of M. Checchi, G. Giardi and A. Mori, showed the same line as the 1904 map, leaving the Setit at the confluence of the Tomsa at an angle of 23°. This map carries the legend “Pubblicata a cura della Direzione Centrale degli Affari Coloniali.” The same Checchi map of 1907 was used in the same year, and on the same scale, under the title “Distribuzione del Bestiame nelle varie regioni della Colonia Eritrea.” The same line appears on a smaller scale Checchi map (1:4,000,000), showing lines of communication between Eritrea and Ethiopia and again in two further Checchi, Giardi and Mori maps of 1907, one on a scale of 1:800,000 specifically naming the Tomsa and the other showing roads and distances on a scale of 1:1,500,000, both published by the Directorate of Colonial Affairs.

Concessions map, 1909

5.64 An Italian map of the Principal Concessions for Minerals in Ethiopia, undated, by Carol Rosetti, who also produced a general map of the area in 1909 for the Istituto Geografico de Agostini shows the Eritrean line with the name “Cunama” covering the whole area between that line and the border with Sudan.

Ethiopian map, 1923

5.65 The only direct assertion in evidence before the Commission by Ethiopia of its claim line is to be found in the so-called “Haile Selassie map”

⁴⁹ See para. 5.50, above.

⁵⁰ Commission’s emphasis.

of 1923, by Kh. B. Papazian. This shows the Setit-Mareb link as running from what appears to be the western Maiteb to Point 9 at an angle of approximately 70° from true north.⁵¹

Ethiopian note, 1927

5.66 On 13 August 1927, Tafari Mekonnen, in a note to the Italian Minister in Addis Ababa, recalled that he had agreed with Mussolini in 1924/1925 that it would be appropriate promptly to demarcate the border, and he asked to be notified immediately of Italian concurrence “in order promptly to accomplish this effort.” This request was repeated on 6 March 1929.

Pizzolato report, 1929

5.67 A report dated 25 January 1929 by Commissioner Pizzolato and entitled “Recognition of a line of small posts at the border with the Adi Abo” starts by saying that he gathered soldiers at Biaghela, at Sittona and at Acqua Morchiti – all of which lie southeast of the Ethiopian claim line. He wrote of being able “to show the soldiers that all our march was taking place in Italian territory.” He mentioned arriving at Acqua Odas where there still existed a small fort that had been garrisoned until 1917. He told of his meeting with a local tribal chief whose “country lies deep within Italian territory” and asked him to explain to other chiefs that Italy had “in the past had small posts at Acqua Odas, Acqua Bar and Acqua Morchiti. Subsequently, given the good relations with the Ethiopian Government, the small posts had been closed.” Pizzolato indicated to the same chief that because of the cattle raids in the area, “the old small posts would be put back again.” He concluded by saying:

If we only want to be content with a certain surveillance over the very vast zone the small posts would have to be put back where they were in the past and staffed with some fifty men each.

The map dated the same day and described in paragraph 5.71, below, illustrates and bears out Pizzolato’s remarks.

Zoli report, 1929

5.68 By a letter dated the same day as Pizzolato’s report, 25 January 1929, Zoli, the Governor of Eritrea, reported to the Minister of Colonies on the current border situation between Ethiopia and Eritrea. He referred to doubts as to whether “Maiteb,” 30 km east of Ombrega, or the “Meeteb,” a further 100 km east, should be regarded as the river mentioned in the 1902 Treaty, which he called “the Additional Note.” Zoli said:

But the condition – clearly expressed in the Additional Note – that the border between the Setit and the Gasc must be traced on the site “so that the Cunama tribe will remain with the Eritrean Colony” does not leave any doubts regarding the negotiators’ intention and regarding the fact that the “Maiteb” of the Additional Note must be

⁵¹ The Italian understanding of what was believed to be the Ethiopian claim line in 1931 is illustrated on a map accompanying Governor Zoli’s report of 25 January 1929; see para. 5.68, below.

identified with the second stream “Meeteb” indicated on our maps; because the Cunama tribe extended – and still extends – territorially east of the Ambessa-Mareb-Meeteb confluence line, and considerably south of the Ambessa-Mareb-Mai Teb confluence line.

It appears that the lack of precision and the unfortunate wording of the Additional Note are derived from the fact that (to prepare it) the negotiators naturally used the border region maps existing at that time and [illegible]

In those maps the course of the Setit and the oro-hydrographic system of the surrounding region are represented in a completely erroneous manner.

5.69 Zoli then went on to identify the elements of the 1902 Treaty that might be useful in identifying the borders of the area. He observed

. . . that it certainly was Menelik’s intention to cede the entire Cunama territory to Italy, which at that time also included the village of Aifori (later raided and destroyed . . .), which was located precisely in the small hollow directly west of the above mentioned q. 636 (approximately 7 kilometres northwest of the confluence of the second “Meeteb” with the Setit) , as well as the entire Afrà region (approximately thirty kilometres in a straight northeast line from said confluence) used by the Cunama for the rubber harvest.

5.70 Zoli also said

[F]inally, the memory of former officials of this Government shows that the Emperor Menelik – in addition to the text of the Rider of May 15, 1902 – also set his seal on one map which showed the border between the Gasc and the Setit more or less in the position in which it is marked in the IGM 400,000 scale map – 1910 edition.

5.71 Zoli’s report was accompanied by a map of the region between the Setit and the Mareb which is of interest in a number of details:

(i) It marks the name “Cunama” across the whole of the region, extending as far east as the river “Gongoma,” a tributary of the Mareb joining that river upstream of the Mai Ambessa (Point 10). The “Adi Abo” region, by contrast, lying to the east of the Cunama, is clearly marked as lying east of the Gongoma in the north and of the Tomsa (Point 6) in the south.

(ii) The map shows a river “Mai Teb” corresponding to the western Maiteb, joining the Setit at approximately Point 3. It also shows a river called “Meeteb” flowing into the Setit further east (at about Point 5) between the Sittona (Point 4) and the Tomsa (Point 6).

(iii) Three lines are drawn on this map:

- One runs from a point some distance up the western Maiteb to the Mareb/Mai Ambessa confluence (Point 9) at an angle of approximately 62°-64° from true north. This is labelled “Confine secondo l’interpretazione abissinia.” (This appears to be only the second document in evidence that indicates the Ethiopian claim line, the other being the 1923 “Haile Selassie” map; see above, para. 5.65). This line cuts right across the middle of the name “Cunama.”

- A second line runs southwestwards from the Mai Ambessa/Mareb confluence (Point 9) straight towards the confluence of the Tomsa and the Setit (Point 6). Shortly after crossing the Sittona (Point 4), it reaches the “Meeteb” which it follows to Point 5. If at the point where the straight line joins the Meeteb it had been extended in a straight line, it would have reached the Setit exactly at the confluence of the Tomsa (Point 6). This line is described as “Confine secondo la nostra interpretazione.” Its angle from true north is about 25°.
- The third line runs in a very shallow “S,” sloping from near Point 9 initially towards the west and then southwest, crossing the Abyssinian claim line to reach the Setit a short distance southeast of the confluence of the Sittona (Point 4). This line is marked “Limite attuale della nostra occupazione effettiva.” The whole of the area between the Abyssinian and Italian claim line is shaded as “territorio contestato.”

(iv) The map also indicates the location of a number of military posts that lie to the southeast of the Abyssinian claim line. Three of these, lying between the Abyssinian claim line (to the west) and the line of present Italian occupation (to the east) are marked as being presently occupied by Italy. Another three, lying between the line of Italian occupation (to the west) and the boundary according to the Italian interpretation (to the east), are marked as having been recently unoccupied.

(v) A place marked “Reg. Aifori” lies just south of the Setit to the west, a short distance downstream from the Meeteb confluence (Point 5).

Ethiopian note, 1929

5.72 Some weeks later, on 6 March 1929, twenty-seven years after the Treaty, the Ethiopian Government informed the Italian Government that it had selected engineers and experts “who are delegated on our part to demarcate the boundary” and calling on the Italian Government to do the same. There is no evidence of any Italian response.

Zoli’s second report and map, 1929

5.73 A further report of Governor Zoli of 25 April 1929 was accompanied by an “Assetto del Confine tra Gasc e Setit” which carries the following features:

- (a) It draws the boundary as a straight line from the Mareb/Mai Ambessa confluence at Point 9, southwestwards at an angle of approximately 23° from true north until, after crossing the Sittona, it reaches the “Meeteb,” and then follows its course to its confluence with the Setit at Point 5 (if the straight line had been continued beyond the Meeteb, it would have reached the Setit at or near the mouth of the Tomsa (Point 6).

(b) It marks a number of Italian military posts in the area between the Ethiopian claim line and the boundary as represented by Zoli: just south of the Mareb, opposite Boscioca (15 men); at M. Gongoma (10 men); at Acqua Odas (20 men); at Acqua Morchiti (25 men); at Foce Sittona (10 men); and at Biaghela (10 men).

Ethiopian protest, 1931

5.74 On 2 May 1931, the Ethiopian Minister of Foreign Affairs complained that Eritrean soldiers had crossed “through Adiabo and killed Ethiopian citizens at Mai Tani” and asked that Eritrean soldiers “be forbidden in the future from crossing the frontier and repeating similar acts.”

Denti di Pirjano report, 1932

5.75 In May 1932, the Regional Commissioner of the Western Lowland, Denti di Pirjano, reported to the Governor of Eritrea on an excursion that he had made into Adiabo. This report is accompanied by a sketch map which shows the Sittona, the Tomsa and the boundary running from the northeast to join the Setit at Point 6. The Mai Ten is described in the text in some detail and a corresponding watercourse appears on the sketch but is not named. It is clear, however, that this watercourse is some 15 km southeast of Point 6 and is in Ethiopian territory. Though the text of the report does not contain any description of Cunama territory as such, it does refer to the Cunama near the Meeteb, and reports finding the ruins of a destroyed Cunama village at a point which would appear to lie east of the Eritrean claim line. While clearly evidencing the absence there of Cunama at that time, it does suggest that Cunama had lived there earlier.

Incidents, 1932

5.76 In 1931-1932, there appear to have been various incidents in the area of Mochiti and Gongoma that generated oral exchanges in which Ethiopia sought Eritrean withdrawal from Mochiti. Eritrea declined to do this and requested Ethiopia to order its men to abstain from further movements.

5.77 On 11 January 1932, the Eritrean Governor, Queirolo, restated in relation to an incursion by Ethiopian tribesmen in the region of “Acque Etana,” which was near the Mai Ten, that the line of the Eritrean border in the region

starts from the junction of the Tomsa with the Tacazzé and passing at about three kilometres from Acque Etana, proceeds until it passes between Acque Odas and Mount Garantta, at about three kilometres from the latter, and through altitude 1137 of Mount Erenni reaches the junction of the Gasc with Mount Bosioca. (Point 9).

5.78 The same report concluded by noting that the Ethiopian “chiefs of council” had requested a meeting with the Italian Agent at Adme to propose mutual withdrawal of troops from the locality of Acqua Morchiti, to leave it unoccupied pending the decision of a possible boundary commission delimitation. The Italian Agent answered that “the Italian Government cannot

abandon locality that according to Treaty is left in Eritrean territory.” Again, this report indicates that this dispute was about the most eastern area of the Eritrean claim and that the Ethiopian claim was being made further to the west in the direction of the Ethiopian claim line.

5.79 The next day, 12 January 1932, the Ethiopian Ministry of Foreign Affairs complained of the entry of Italian soldiers into the Adi Hagerai and proposed that both sides retreat to their former positions. The Ethiopian note, as translated in the annexes to the Ethiopian Counter-Memorial, notified Italy that the relevant “section of the boundary starts on the southwestern side, from where the river Maiteb flows into the Setit, up to the place where Mai Ambessi flows into the Mareb.” However, this note was stated by Moreno on 18 March 1932 actually to be referring to the Maiten, not the Maiteb. The Ethiopian Foreign Ministry rejected the reference by Italy to a treaty of 1917/1918, saying that it had no knowledge of such a treaty.

5.80 Again, three days later, on 15 January 1932, the Ethiopian Ministry of Foreign Affairs referred to unexpected clashes in the area of “Moketti” (Mochiti) and reasserted the need for the boundary to be marked on the ground. The note concluded:

With regard to this section of the border, what has already been done until today, until the land is marked, we cannot accept as final.

As indicated in a telegram of 23 January 1932, from the Italian Ministry of Foreign Affairs to the Italian Ministry of Colonies, the reservation by Ethiopia of its position was clearly understood.

Italian protests, 1935

5.81 In May 1935, Italy protested to Ethiopia about the killing of one of its soldiers who was taking water from the Sittona, near Gogula. Ethiopia replied that it would make enquiries, but did not question that the location was in Eritrea.

3) Assessment of the situation as at 1935

5.82 Having regard to the history of the relations between Italy (Eritrea) and Ethiopia in and after 1935 and to the nature of the evidence available both before and after that date, the Commission considers that an assessment of the legal position should properly be made as it stood on the eve of the Italian invasion of Ethiopia in 1935.

5.83 On the basis of its consideration of the evidence recalled above, the Commission has reached the following findings:

- (i) Although Article I of the 1902 Treaty refers to a river called the Maiteb, the explicit object and purpose of the Treaty, namely, the assignment to Eritrea of the Cunama tribe, clearly indicates the intention and “common will” of the Parties that the boundary river should not be the western Maiteb.

(ii) The evidence, though inexact, indicates that the territory of the Cunama extended far to the east and southeast of the Ethiopian claim line, which runs from Point 3 to Point 9.

(iii) The negotiators had sufficient knowledge to identify the general limits on the sole map that the evidence indicates was before them during their discussions, the so-called “Mai Daro” map. This map, showing the area between approximately $37^{\circ} 17'$ in the west and $37^{\circ} 59'$ in the east, identified by name certain features, the names of which were then used in the Treaty. In the south they were the Tacazzé-Setit; one of its tributaries, named “Meeteb”; and a mountain named “Ala Tacura” lying to the north west of that river. In the north, the relevant features were the Mareb, joined by its tributary, the Mai Ambessa. In addition, giving its name to the map, was marked a locality called “Mai Daro” inside, and just to the south of, a distinctive broad inverted U-shape bend in the Mareb, northwest of the Mareb/Mai Ambessa confluence.

(iv) Thus, the river named “Meeteb” on the “Mai Daro” map is not the western Maiteb, used by Ethiopia as the southern end of its claim line. The misnaming of the river on the map is demonstrated by the following features:

(a) The stretch of Setit shown on the map lies between approximately $37^{\circ} 17'$ and $37^{\circ} 41'$. The map shows the eastern sector of a major bend in the river that lies a significant distance east of the junction of the Setit and the western Maiteb at Point 3.

(b) The river named as the Meeteb has a different and longer east-west course than the western Maiteb.

(c) The relative location of the place named Mai Daro, its bend in the Mareb, and the confluence to the southwest of the named “Meeteb” with the Setit do not correspond with the relative location of Mai Daro and the western Maiteb as drawn on other maps available in 1902.

(d) The angle of the pecked line joining the “Meeteb” and the Mareb is approximately 45° from true north, whereas the angle of the Ethiopian claim line is 68° .

(e) There was in existence in 1902 a map, the de Chaurand map of 1894, which was used as the basis for the map annexed to the 1900 Treaty. That shows a river similarly located and shaped like the “Meeteb” but does not show any other Maiteb to the west.

5.84 The Commission is satisfied that the negotiators did not have in mind as the boundary the Ethiopian claim line running from Point 3 to Point 9.

5.85 The Commission considers that the river named “Meeteb” in the Mai Daro map is really the Sittona, which flows into the Setit from the

northeast at Point 4 along a primarily east-west course and that the name “Meeteb” was wrongly attached to it. The Commission therefore interprets the name “Maiteb” in the 1902 Treaty as being the present-day “Sittona.”

5.86 The line running from the river “Meeteb” on the Mai Daro map northeast to the Mareb/Mai Ambessa confluence is a pecked line that reflects the indication in the Treaty that the line from the Setit to the Mareb was yet to be delimited, thus evidencing the uncertainty of the negotiators regarding the limits to be attributed to the Cunama.

5.87 That delimitation was not effected. Reading together the provisions of the 1902 Treaty and Article 4, paragraph 2, of the December Agreement, the Commission considers that it must produce a final delimitation of the whole border between Ethiopia and Eritrea. In carrying out this task, the Commission has had regard to the colonial treaties and factors that are relevant according to applicable international law.

5.88 The Commission has taken into account the many maps presented to it in evidence, but has only given weight in relation to this sector to maps produced by the Parties themselves in the period prior to 1935. It has noted that three early Italian maps show the Ethiopian claim line, as does one Ethiopian map of 1923. However, all the other relevant maps show the Eritrean claim line in accordance with what has, in the present proceedings, come to be called the “classical” or “traditional” signature characterized by a straight line from the confluence of the Tomsa with the Setit (Point 6) to Point 9 at an angle of about 28° from true north. There is no record of any timely Ethiopian objection to these maps and there is, moreover, a consistent record of Ethiopian maps showing the same boundary. These maps amount to subsequent conduct or practice of the Parties evidencing their mutual acceptance of a boundary corresponding to the Eritrean claim line.

5.89 Another way of viewing the line so consistently shown on these maps is that it also serves to evidence the acceptance by the Parties of that line as the eastern limit of Cunama territory transferred to Eritrea by the 1902 Treaty. Though some of the evidence suggests that the classical line accords more territory to Eritrea than the Cunama actually occupied, some of it also indicates that the classical line leaves part of the Cunama territory in Ethiopia. This being so, the Commission determines that the eastern border of Cunama territory between the Setit and the Mareb coincides with the classical signature of the border as marked on the maps. There is no evidence sufficiently clear or cogent to lead the Commission to a different conclusion.

5.90 In short, the Commission concludes that as at 1935 the boundary between the Setit and the Mareb had crystallized and was binding on the Parties along the line from Point 6 to Point 9. The question that remains for consideration is whether any developments since that date affect the above conclusion.

4) The Position after 1935

5.91 The Commission has examined the major elements in the course of events since 1935: the Italian invasion of Ethiopia; the outbreak of the Second World War; the British military occupation of Eritrea; the post-war developments including the treatment of the political future of Eritrea; the creation of the federation between Ethiopia and Eritrea; and the eventual termination of that federation. However, the Commission can perceive nothing in that chain of developments that has had the effect of altering the boundary between the Parties. The boundary of 1935 remains the boundary of today.

5.92 However, there is one specific body of material to which the Commission has given careful consideration, namely, the Ethiopian evidence of its activities in the area west of Eritrea's claim line. The Commission notes that no evidence of such activities was introduced in the Ethiopian Memorial. The evidence to be examined appeared only in the Ethiopian Counter-Memorial. It was not added to or developed in the Ethiopian Reply.

5.93 The places in which Ethiopia claimed to have exercised authority west of the Eritrean claim line are all, with two exceptions, clustered in the northeast corner of the disputed triangle of territory. The most westerly location is Shelalo. The Commission observes that the area of claimed Ethiopian administrative activity comprises, at the most, one-fifth of the disputed area. The area of claimed administration does not extend in any significant way towards the Ethiopian claim line.

5.94 The Commission observes, secondly, that the dates of Ethiopian conduct relate to only a small part of the period that has elapsed since the 1902 Treaty. There are some references to sporadic friction in 1929-1932 at Acqua Morchiti. Apart from those, the material introduced by Ethiopia dates no further back than, at the earliest, 1951 – a grant of a local chieftaincy to an Ethiopian general. Even this grant, in specifying the places sought by the general, namely, Afra, Sheshebit, Shelalo, from Jerba up to Tokomlia, Dembe Dina and Dembe Guangul, described them as “uninhabited places” which the general wanted to develop. The evidence of collection of taxes is limited to 1958 and 1968. In 1969 there is a reference to a table of statistics about the Adiabo area, but of the places mentioned in the table only two appear to be marked on the Ethiopian illustrative figure of the claimed region. One item dating from 1970 refers to the destruction of incense trees. There is some evidence of policing activities in the Badme Wereda in 1972-1973 and of the evaluation of an elementary school at Badme town. There are, in addition, a few items dating from 1991 and 1994.

5.95 These references represent the bulk of the items adduced by Ethiopia in support of its claim to have exercised administrative authority west of the Eritrean claim line. The Commission does not find in them evidence of administration of the area sufficiently clear in location, substantial

in scope or extensive in time to displace the title of Eritrea that had crystallized as of 1935.

5.96 The Commission's conclusions regarding the 1902 Treaty line as a whole will be found in Chapter VIII, paragraph 8.1, sub-paragraph A.

CHAPTER VI – THE SECTOR COVERED BY THE 1908 TREATY (EASTERN SECTOR)

6.1 The third of the “pertinent colonial treaties” specified in Article 4, paragraph 2, of the December Agreement is the 1908 Treaty. According to the penultimate paragraph of Article VII of this Treaty, it was “done in duplicate and in identic terms” in Italian and Amharic.⁵² Each Party was satisfied that the English translation accurately stated the content of that Treaty. Accordingly, the Commission has used the English translation.

A. THE TEXT OF THE 1908 TREATY

6.2 The six substantive provisions of the 1908 Treaty divide into two distinct though related subjects. With respect to the boundary delimitation, Article I of the 1908 Treaty states:

From the most easterly point of the frontier established between the Colony of Eritrea and the Tigre by the Treaty of the 10th July, 1900, the boundary continues south-east, parallel to and at a distance of 60 kilometers from the coast, until it joins the frontier of the French possessions of Somalia.

The effect of Article I is thus to establish a geometric method of delimitation.

6.3 Article II of the 1908 Treaty states:

The two Governments undertake to fix the above-mentioned frontier-line on the ground by common accord and as soon as possible, adapting it to the nature and variation of the terrain.

6.4 With respect to the management regime for the resulting boundary, Article III of the 1908 Treaty states:

The two Governments undertake to establish by common accord and as soon as possible the respective dependence of the tribes bordering the frontier on the basis of their traditional and usual residence.

⁵² Both Parties produced copies of the Treaty in the original languages as well as in the English translation that had been published in successive editions of Hertslet's *Map of Africa by Treaty* (E. Hertslet, *The Map of Africa by Treaty*, Vol. 3 (3d ed., 1967)). However, all of the Parties' respective written and oral submissions were made only with reference to the English translation. In marked contrast to the considerable discussion of the meaning and legal significance of the differences between the Amharic and English and Italian texts of the 1902 Treaty, neither Party alleged discrepancies between the Amharic and Italian versions of the 1908 Treaty.

6.5 Article IV of the 1908 Treaty states:

The two Governments undertake to recognise reciprocally the ancient rights and prerogatives of the tribes bordering the frontier without regard to their political dependence, especially as regards the working of the salt plain, which shall, however, be subject to the existing taxes and pasturage dues.

The primacy of the geometric method of delimitation is reinforced in this provision. Prior *effectivités*, which might have been adduced to determine the location of the boundary, are recognised prospectively only as the basis for transboundary rights, but are not to play a role in the calculation as to where the boundary is located. This intention of the Parties in 1908 was based on the assumption that there would be an expeditious demarcation in accordance with Article II “as soon as possible.” No demarcation ever took place.

6.6 Article V of the 1908 Treaty states:

The two Governments formally undertake to exercise no interference beyond the frontier-line, and not to allow their dependent tribes to cross the frontier in order to commit acts of violence to the detriment of the tribes on the other side; but should questions or incidents arise between or on account of the tribes bordering the frontier the two Governments shall settle them by common accord.

6.7 Article VI of the 1908 Treaty states:

The two Governments mutually undertake not to take any action, nor to allow their dependent tribes to take any action, which may give rise to questions or incidents or disturb the tranquillity of the frontier tribes.

B. THE PHYSICAL GEOGRAPHY

6.8 The area covered by this part of the decision was described by Ethiopia as the “most sparsely populated portion of the present-day Ethio-Eritrean boundary” whose “inhospitable terrain is largely inhabited by itinerant peoples, the geographical center of whose social relations are not villages, as in the other portions of the boundary, but instead watering holes, the use of which is shared.”

C. HISTORICAL BACKGROUND OF THE 1908 TREATY

6.9 The Parties agree that the origin of the “sixty kilometers from the coast” formula was a recommendation by Emperor Menelik in 1897 to Major Nerazzini, the Italian negotiator. Eritrea adduced material to sustain its contention that from 1897 until the conclusion of the 1908 Treaty, the “60 kilometres-from-the-coast” formula served as a *modus vivendi*. Some map evidence, which is examined below, supports this contention. Ethiopia did not contest the existence of the *modus vivendi* prior to 1908.

D. THE COMMISSION’S DECISION

6.10 The 1908 Treaty presents the Commission with four issues for decision:

- first, the nature of the exercise under the 1908 Treaty;

- second, the point from which the boundary is to commence;
- third, the point where the boundary is to terminate; and
- fourth, the method by which the boundary is to be drawn.

6.11 Once the Treaty boundary has been determined by application of Article I, two additional issues must be addressed:

- the consequences, if any, of *effectivités* that occurred after 1908 upon the boundary determined by application of Article I; and
- the materiality and weight to be attributed to map evidence insofar as it indicates a departure from the boundary as determined by application of Article I.

6.12 The Commission will take up each of these issues *seriatim*.

1) The nature of the exercise under the 1908 Treaty

6.13 Eritrea has contended that the 1908 Treaty “effected a delimitation” and that “all that remains to be done is to apply the Article I delimitation formula to a map of the area.” Ethiopia contested this assertion.

6.14 The Commission considers that Eritrea’s contention is not well-founded. Article 4, paragraph 2, of the December Agreement prescribes a general mandate “to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law.” This applies to all three treaties and does not introduce any qualification with respect to any one of them. Moreover, the boundary which was purportedly “delimited” in 1908 was not a natural boundary, such as an identifiable river or watershed, but was only a formula, the application of which required a series of subsidiary decisions on other critical matters, e.g., the meaning to be attributed to the word “coast” in Article I, and the point at which the boundary was to commence. The answers to those questions, which would necessarily affect the location of the boundary, make the implementation of Article I of the 1908 Treaty one of both delimitation and demarcation.

2) The commencement of the boundary

6.15 With respect to the question of where the boundary is to commence, Article I of the 1908 Treaty prescribes “the most easterly point of the frontier established between the Colony of Eritrea and the Tigre by the Treaty of the 10th July, 1900.” The Commission has determined “the most easterly point” to be Point 31, where the Muna reaches its terminus in the Salt Lake. Accordingly, the boundary of the 1908 Treaty commences at that point.

3) The termination of the boundary

6.16 Article I of the 1908 Treaty provides that the boundary, running southeast and at a distance of 60 km from the coast, continues until it joins

“the frontier of the French possessions of Somalia.” The reference to “the French possessions of Somalia” is understood by the Parties to refer to the State of Djibouti, which has succeeded to “the French possessions of Somalia.” The 1908 Treaty does not establish a particular place on the frontier with Djibouti which would become a tripoint by virtue of the Treaty of 1908, but relies upon the 60 km formula to establish the location of the tripoint. The termination of the boundary of the 1908 Treaty at its easternmost extremity is the point, 60 km from the coast, where the boundary line meets the frontier of Djibouti. The exact location of this point (Point 41) will be specified in the demarcation phase, taking account of the nature and variation of the terrain as well as the precision made possible by large-scale survey maps.

4) The method by which the boundary is to be drawn

(a) *The geometric character of the delimitation*

6.17 With respect to the question of the method by which the boundary is to be delimited and demarcated, Article I, as explained above, prescribes a geometric method, with no reference to possible adjustment of the geometrically produced boundary because of prior *effectivités* that might be demonstrated by one party or the other. While Article II contemplates departures from the geometric method of Article I in the course of demarcation, those departures are only permissible to take account of “the nature and variation of the terrain.” This directive is reinforced by Articles III and IV, respectively. Article III establishes that, rather than establishing the boundary by reference to “the dependence of the tribes bordering the frontier on the basis of their traditional and usual residence,” the respective dependence of the tribes will be established *after* the boundary has been established. Similarly, Article IV establishes that “the ancient rights and prerogatives of the tribes bordering the frontier,” rather than influencing the location of the boundary, will continue to be recognized reciprocally by the parties to the 1908 Treaty. Nor will the location of the boundary, as determined by the prescribed treaty procedure, affect existing taxes and pasturage dues with reference to the working of the salt plain. In sum, the Commission concludes that the mode of delimitation prescribed by Article I of the 1908 Treaty is geometric, excluding *effectivités* prior to 1908, with adjustments to the geometric line to be made only to take account of the nature and variation of the terrain.

(b) *The delimitative character of the Commission’s task*

6.18 Eritrea has contended that the boundary has already been delimited by the arcs of circles method, as evidenced by many maps produced since 1908, while Ethiopia contended that the boundary has not been delimited and that the mandate of the Commission was to delimit *de novo* based upon the 1908 Treaty. In fact, the differences between the Parties on this point proved illusory, as Eritrea also proposed a *de novo* delimitation, and the method it proposed – the arcs of circles – does not produce a result that is wholly congruent with many of the maps that it entered into evidence. In view of the

mandate in Article 4, paragraph 2, of the December Agreement, the Commission views its task at this stage as being one of delimitation.

(c) *The meaning of the “coast”*

6.19 The first question that arises in the application of Article I of the Treaty is the definition of the coast. Ethiopia abandoned its conception of the coast as including islands and submitted in its concluding argument that “the coastline” should be understood as “adhering continuously to the continent itself, and not any coastlines of islands as such.” This was also the position presented by Eritrea. As the Parties are in agreement on this point, the Commission will take as the coastline the line adhering to the continent itself, and not any coastlines of islands.

(d) *The Commission’s delimitation method*

6.20 The respective methods which Eritrea and Ethiopia proposed for implementation of Article I of the 1908 Treaty are striking in that in many sectors of the proposed boundary they produce congruent or nearly congruent results. As will be recalled, Article I provides, in relevant part, that “the boundary proceeds . . . parallel to and at a distance of 60 km from the coast.” Ethiopia’s method is to create a construct of the coast, at the coastline, and then move this construct inland 60 km, where it still has to be readjusted to take account of certain problems inherent in the method itself, even before it has to be adjusted, once again, in the demarcation phase under Article II in order to adapt it “to the nature and variation of the ground.” Eritrea’s method also produces a simplified representation of the coast, in this instance by application of the arcs of circles method. Eritrea then moves the result inland for the prescribed 60 km. Even the software programs that Eritrea proposes, which allow a large number of arcs of circles to be drawn, produce nonetheless a construct rather than a facsimile of the coast. Both methods, which purport to be objective, actually import a measure of subjective choice.

6.21 In the opinion of the Commission, the optimum means for implementation of Article I of the 1908 Treaty is to take a satellite image of the coastline of Eritrea in the area covered by the 1908 boundary and to move it inland for a distance of 60 km - “coast” being understood here as set out in paragraph 6.19, above. To move the line inland in a rational manner, a straight line, running from the Eritrean-Djibouti boundary at the point at which it intersects with the coast in the southeast to the appropriate point in the northwest on the coast opposite the eastern terminus of the 1900 Treaty, will produce a line describing the general direction of the coast in this sector. In order to determine the appropriate point on the coast at the eastern terminus of the 1900 Treaty, an arc with a radius of 60 km is drawn from the terminus point where the Muna meets the Salt Lake (Point 31). The point where this radius intersects with the coast provides the northernmost point for determining the general direction of the coast. Two lines, each 60 km in length, projected perpendicularly from each end of this line provide the points inland upon which the satellite image of the coast may be set. The result will

be a line every point of which is exactly 60 km inland from the nearest point on the coast. Each sinuosity of the coast will be reproduced exactly on this inland line and each will be precisely 60 km inland from the corresponding sinuosity on the coast.

6.22 While the result of the first step of the delimitation exercise produces a line that is faithful to the language of Article I of the 1908 Treaty, the replication of the sinuosities of the coast on the inland line does not produce a manageable boundary. The Parties before the Commission indicated that each expected the Commission to make such adjustments in the boundary as would be necessary to render it manageable and rational.⁵³ To this end, the Commission has designated nine points, Points 32-39 and Point 41, of which the coordinates are set out in Chapter VIII, paragraph 8.3, and are illustrated on Map 12 (see below, p. 100). As explained in paragraphs 6.30-6.32, below, an adjustment of the Treaty line is required to meet the situation at Bure. Accordingly an additional point will need to be added there, which will be Point 40.

5) Effect of subsequent conduct

6.23 Having determined the boundary by the geometric method prescribed by the Treaty, the Commission now turns to consider whether any subsequent conduct adduced by the Parties requires the Commission to vary the boundary.

6.24 The Commission will not address the *effectivités* adduced by the Parties with respect to activities prior to the conclusion of the 1908 Treaty, as the terms of the Treaty make it clear that the Parties intended that the effect of such activities should not be taken into account.

6.25 As to the *effectivités* adduced for the period since 1908, these essentially reinforced the geometric line, in the sense that they established that activities conducted by Ethiopia and Italy (or Eritrea, after the latter's independence), *à titre de souverain*, did not take place anywhere that would have required an adjustment of the boundary determined by the geometric method. Thus, Eritrea contended in its Memorial that Ethiopian customs posts at Maglalla, Fiscio, Barale and Dildi were located to the west of the Treaty boundary and, moreover, collected import taxes on the salt from the Dankalia salt mines. Eritrea also contended that Ethiopia never objected to the placement of Italian guardposts "on the border line at Km. 60." Eritrea also contended, and provided extensive tax lists in support of its contention that residents of the Bada and northern Dankalia region paid taxes to it. But Eritrea also stated that these residents were found "in Bada, an area in northern Dankalia approximately 50 km from the coast."

⁵³ In this regard, it may be noted that all the maps adduced to show the boundary in this sector from the time of the 1897 *modus vivendi* simplified the line in a variety of ways to achieve a manageable and rational boundary.

6.26 Eritrea adduced evidence to show that it built roads and railroads as well as telegraph and telephone lines as far as the border. But an examination of the maps adduced in support of this shows that the railroads and telegraph lines were on the coastal side of the geometric boundary. Similarly, the evidence of guard posts established by Italy to protect the people of southern Dankalia within Italian jurisdiction shows that all of those posts were also on the coastal side of the 1908 Treaty boundary as determined geometrically.

6.27 With respect to the Bada region, both Parties adduced as *effectivités* evidence of administration of elections in the Bada region. The Commission encountered difficulties in assessing the weight to be assigned to such claims. As Ethiopia observed, the Bada region is large and its extent is not clearly defined. Some parts of Bada are plainly Eritrean and some plainly Ethiopian. Insofar as any particular evidence of activities in this region does not specify precisely where the activities took place, it is of no probative value.

6.28 Eritrea contended that the administrative divisions of Ethiopia set the boundary between Tigray and Afar at the eastern edge of the escarpment, again to the west of the boundary as determined by application of Article I. Eritrea also maintained that a British Military Administration memorandum of 2 January 1943 recorded that rumors of an Ethiopian presence in Bada were investigated but found to be untrue. Without regard to the weight to be assigned to these *effectivités*, the Commission considers that they confirm the geometric boundary rather than require an adjustment to it.

6.29 Ethiopia submitted evidence of a potash concession to an Italian mining engineer named Pastori in 1912 in the Dalul area. But the British documents which Ethiopia adduced locate the deposits 70 km from the Red Sea, which places it on the Ethiopian side of the 1908 Treaty boundary as geometrically determined. Moreover, Ethiopia observed that when the concessionaire was obliged to construct a railway from the Red Sea port, Marsa Fatima, to within 16 km of the mine, the railway stopped on the Italian side of the geometric boundary. Similarly, Ethiopia's claims to salt mines do not appear to relate to the seaward side of the geometrically determined 60 km line. Other activities in Dalul that Ethiopia claimed to have occurred would appear to lie well to the west of the Treaty line.

6.30 A special situation appears to have arisen with regard to Bure, the historic checkpoint for road traffic between the port of Assab and points in Ethiopia. Bure is located on the Ethiopian side of the 60 kilometre line. Eritrea adduced evidence of an express agreement between the Parties, with corresponding performance, by which after Eritrea's independence they appear to have placed their common boundary at Bure. This agreement took the form of a "report of the study team on opening passenger transport services along the Addis-Assab Corridor" of 7 November 1994 (incorporating a report of 12 July 1994), which was signed by representatives of Eritrea and Ethiopia. Agenda item No. 2 was expressed thus:

Observe and report working procedures at check point stations and along the route.

The report then continued:

The main check points along the route are mainly: –

1. . . .
2. . . .
3. . . .
4. Bure Ethiopian border.
5. Bure Eritrean border.

The study team observed the practices and conducted interviews with several officials of both countries on respective procedures towards checking interstate [illegible]. Explained the cooperation need from them for smooth [inter-?] state operation.

An internal Eritrean memorandum of 30 April 1994 (copied to the Ethiopian Embassy in Asmara) referred to “Ethiopian trucks entering Eritrea through the checkpoints both in Zalambessa and Burre.” An undated “Directive issued to control automobiles using the roads between Eritrea and Ethiopia” also confirms the existence of the Eritrean checkpoint at Bure.

6.31 It is not unknown for States to agree to locate a checkpoint or customs facility of one State within the territory of a neighbouring State. Such agreements, which reflect a common interest in efficiency and economy, do not necessarily involve a change of the boundary. That, however, was not the situation at Bure after Eritrean independence. The evidence indicates that both Parties assumed the boundary between them occurred at Bure and that their respective checkpoints were manifestations of the limits of their respective territorial sovereignty. The 1994 bilateral Report, quoted above (para. 6.30), expressly designates Bure as the border point. Accordingly, the boundary at Bure passes equidistantly the checkpoints of the two Parties.

6.32 In the view of the Commission, with the exception of the boundary checkpoints at Bure reflecting a common agreement that the boundary passes between them at that town, none of the other *effectivités* adduced by the Parties was of such weight as to cause the Commission to vary the geometric boundary determined by the Commission in application of Article I of the 1908 Treaty. In relation to Bure, the adjustment is relatively small, requiring only a slight variation of the border reflected in the insertion of Point 40 between Points 39 and 41.

6) The map evidence

6.33 The Commission has carefully reviewed the maps of the eastern sector presented by the Parties. They vary as regards the northwestern starting point of the Treaty line. Many commence at Rendacoma, and some cross through the Salt Lake. Some of the maps designate the boundary by a straight line while others attempt a figurative but highly stylized and impressionistic approximation of the coastline, 60 km inland, leaving it impossible to infer the

method, if any, which the map makers were using. While the Commission accepts that maps of boundaries are admissible as evidence (although of varying evidential weight), the diverse boundary delineation in the maps adduced by the Parties, the small scale of many of the maps, and the evident failure on the part of their makers to follow the language of the 1908 Treaty, leads the Commission to the conclusion that they indicate no more than a general awareness and acceptance of the 1908 Treaty and the approximate location of its line. In a negative sense (the evidence of acceptance of an approximate Treaty line notwithstanding), all the maps confirm the absence of a delimitation and demarcation as contemplated by the Treaty. As a result, none of them would lead the Commission to change its conclusion regarding Article I of the 1908 Convention as varied in relation to Bure.

6.34 Hence, other than as stated above with respect to Bure, the line of delimitation which the Commission has determined by application of Article I of the 1908 Treaty will serve as the basis for the demarcation, leaving open the possibility at that stage of “adapting it to the nature and variation of the terrain,” as contemplated in Article II of that Treaty.

CHAPTER VII – THE BOUNDARY LINE WITHIN RIVERS

7.1 The 1900 and 1902 Treaties designated rivers as key components of the boundaries they established: from west to east, as named in the Treaties, the Setit, the Mareb, the Belesa and the Muna. The Treaties do not, however, specify where in each river the boundary should be placed.

7.2 The question is one which, during the hearings, the Commission specifically asked the Parties to address. The views expressed by both Parties were similar. Both favoured the adoption in principle of the main channel as the line of division. Neither referred to the line of the deepest channel. Neither favoured the fixing of a permanent line in rivers determined by reference to coordinates. Both favoured the deferment to the demarcation stage of the decision regarding the line within rivers and considered that the Parties should be consulted further on the matter at that stage, bearing in mind, amongst other factors, that different considerations might apply to different parts of the rivers.

7.3 In these circumstances, the Commission holds that the determination of the boundary within rivers must be deferred until the demarcation stage. In the meantime, there will be no change in the *status quo*. The boundary in rivers should be determined by reference to the location of the main channel; and this should be identified during the dry season. Regard should be paid to the customary rights of the local people to have access to the river.

CHAPTER VIII – DISPOSITIF**DECISION**

8.1 For the reasons set out above, the Commission unanimously decides that the line of the boundary between Eritrea and Ethiopia is as follows:

A. In the Western Sector

- (i) The boundary begins at the tripoint between Eritrea, Ethiopia and the Sudan and then runs into the centre of the Setit opposite that point (Point 1).
- (ii) The boundary then follows the Setit eastwards to its confluence with the Tomsa (Point 6).
- (iii) At that point, the boundary turns to the northeast and runs in a straight line to the confluence of the Mareb and the Mai Ambessa (Point 9).

B. In the Central Sector

- (i) The boundary begins at the confluence of the Mareb and the Mai Ambessa (Point 9).
- (ii) It follows the Mareb eastwards to its confluence with the Belesa (Point 11).
- (iii) Thence it runs upstream the Belesa to the point where the Belesa is joined by the Belesa A and the Belesa B (Point 12).
- (iv) To the east and southeast of Point 12, the boundary ascends the Belesa B, diverging from that river so as to leave Tserona and its environs to Eritrea. The boundary runs round Tserona at a distance of approximately one kilometre from its current outer edge, in a manner to be determined more precisely during the demarcation.
- (v) Thereafter, upon rejoining the Belesa B, the boundary continues southwards up that river to Point 14, where it turns to the southwest to pass up the unnamed tributary flowing from that direction, to the source of that tributary at Point 15. From that point it crosses the watershed by a straight line to the source of a tributary of the Belesa A at Point 16 and passes down that tributary to its confluence with the Belesa A at Point 17. It then continues up the Belesa A to follow the Eritrean claim line to Point 18 so as to leave Fort Cadorna and its environs within Eritrea. The Eritrean claim line is more precisely depicted on the 1:100,000 Soviet map referred to by Eritrea in its final submission on 20 December 2001. Point 18 lies 100 metres west of the centre of the road running from Adigrat to Zalambessa.

- (vi) From Point 18, the boundary runs parallel to the road at a distance of 100 metres from its centre along its western side and in the direction of Zalambessa until about one kilometre south of the current outer edge of the town. In order to leave that town and its environs to Ethiopia, the boundary turns to the northwest to pass round Zalambessa at a distance of approximately one kilometre from its current outer edge until the boundary rejoins the Treaty line at approximately Point 20, but leaving the location of the former Eritrean customs post within Eritrea. The current outer edge of Zalambessa will be determined more precisely during the demarcation.
- (vii) From Point 20 the boundary passes down the Muna until it meets the Enda Dashim at Point 21.
- (viii) At Point 21 the boundary turns to the northwest to follow the Enda Dashim upstream to Point 22. There the boundary leaves that river to pass northwards along one of its tributaries to Point 23. There the boundary turns northeastwards to follow a higher tributary to its source at Point 24.
- (ix) At Point 24 the boundary passes in a straight line overland to Point 25, the source of one of the headwaters of a tributary of the Endeli, whence it continues along that tributary to Point 26, where it joins the Endeli.
- (x) From Point 26, the boundary descends the Endeli to its confluence with the Muna at Point 27.
- (xi) From Point 27, the boundary follows the Muna/Endeli downstream. Near Rendacoma, at approximately Point 28, the river begins also to be called the Ragali.
- (xii) From Point 28, the line continues down the Muna/Endeli/Ragali to Point 29, northwest of the Salt Lake, and thence by straight lines to Points 30 and 31, at which last point this sector of the boundary terminates.

C. In the Eastern Sector

The boundary begins at Point 31 and then continues by a series of straight lines connecting ten points, Points 32 to 41. Point 41 will be at the boundary with Djibouti. Point 40, lies equidistantly between the two checkpoints at Bure.

MAPS ILLUSTRATING THE DELIMITATION LINE

8.2 The boundary as described above is illustrated on the following maps:

- (i) Map 10 – The Western Sector on a scale of 1:1,000,000.

- (ii) Map 11 – The Central Sector on a scale of 1:360,000. In addition, the line in this Sector is illustrated on a map in a scale of 1:50,000, provided in two sheets (Map 14 showing the Belesa Projection and Map 15 showing the Endeli Projection) inside the back cover of this Decision.
- (iii) Map 12 – The Eastern Sector on a scale of 1:1,000,000.
- (iv) Map 13 – A single map illustrating the whole boundary on a scale of 1:2,000,000.

A *definitive* map of the whole boundary on a scale of 1:25,000 will be produced on a sector-by-sector basis as each sector is finally demarcated and the exact coordinates of the locations of the boundary markers have been determined.

REFERENCE POINTS

8.3 The coordinates of all reference points mentioned in this Decision, including even those not used in paragraph 8.1, above, are specified in the following table. Apart from Point 7A, of which the coordinates were submitted by Eritrea, coordinates of all the points have been measured from the SPOT satellite imagery of 10-metre resolution based on the WGS-84 datum. Except as otherwise indicated, all coordinates have been computed to the nearest one tenth of a minute, which corresponds to approximately 0.18 kilometre on the ground. The principal reason for using this specification is because of the limited availability at the present stage of information on the maps available to the Commission. All coordinates will be recalculated and made more precise during the demarcation as the Commission acquires the additional necessary information.

Point	Latitude (N)	Longitude (E)	Description
1	14° 15.4'	36° 33.6'	Western terminus – centre of Setit opposite the tripoint between Eritrea, Ethiopia and Sudan.
2	14° 18.7'	36° 38.3'	Confluence of Setit and one of its tributaries by passing Om Hajer, approximate location of Khor Um Hagar.
3	14° 19.1'	36° 49.7'	Confluence of Setit and Maiteb as claimed by Ethiopia.

Point	Latitude (N)	Longitude (E)	Description
4	14° 24.8'	37° 21.1'	Confluence of Setit and Sittona, which is called "Maetebbe/Maeeteb" on the 1894 de Chaurand map and on some later maps.
5	14° 15'	37° 28'	Confluence of Setit and another Meeteb as depicted on some maps after 1902.
6	14° 11.0'	37° 31.7'	Confluence of Setit and Tomsa.
7A	14° 05' 45.6"	37° 34' 26.4"	Turning point from Setit to Mareb as claimed (in coordinates) by Eritrea. See paragraph 5.15, above.
7B	14° 05.8'	37° 34.7'	Turning point from Setit to Mareb as drawn by Eritrea. See paragraph 5.15, above.
8	14° 04.0'	37° 35.8'	Confluence of Setit and Maiten.
9	14° 53.6'	37° 54.8'	Confluence of Mareb and Mai Ambessa.
10	*14° 48'	37° 58'	Confluence of Mareb and Gongoma stream as depicted on the 1904 Afra map.
11	14° 38.0'	39° 01.3'	Confluence of Mareb and Belesa.
12	14° 38.3'	39° 06.2'	Confluence of Belesa A (Belesa/Ruba Dairo) and Belesa B (Tserona/Mestai Mes).
12A	14° 24.6'	39° 15.2'	Confluence of Belesa A and an unnamed tributary at which the Eritrean claim line turns to the northeast and leaves Belesa A.

* Coordinates have been computed to the nearest minutes because the point location is only an approximate location based on historical maps submitted by the Parties.

Point	Latitude (N)	Longitude (E)	Description
13	14° 35.0'	39° 14.2'	Confluence of Belesa B and Belesa C (Sur).
14	14° 29.1'	39° 16.0'	Confluence of Belesa B and an unnamed tributary.
15	14° 28.3'	39° 14.9'	Source of the above-mentioned tributary.
16	14° 28.0'	39° 14.8'	Source of an unnamed tributary of Belesa A.
17	14° 27.1'	39° 13.7'	Confluence of the above-mentioned tributary and Belesa A.
18	14° 27.8'	39° 21.6'	Point lying 100 metres west of the centre of the road running from Adigrat to Zalambessa.
19	14° 31.1'	39° 22.2'	Source of one of the headwaters of Belesa C.
20	14° 31.1'	39° 23.0'	Source of one of the headwaters of Muna (Berbero Gado).
21	14° 30.1'	39° 32.3'	Confluence of Muna and Enda Dashim.
22	14° 31.3'	39° 30.4'	Confluence of Enda Dashim and one of its tributaries flowing from the north.
23	14° 32.9'	39° 30.5'	Confluence of the above tributary and a higher tributary flowing from the northeast.
24	14° 34.3'	39° 31.7'	Source of one of the headwaters of the higher tributary.
25	14° 34.8'	39° 31.9'	Source of one of the headwaters of a tributary flowing towards Endeli from the west.

Point	Latitude (N)	Longitude (E)	Description
26	14° 36.2'	39° 38.3'	Confluence of the above tributary and Endeli.
27	14° 30.7'	39° 47.4'	Confluence of Muna and Endeli near Massolae.
28	**14° 27'	39° 59'	Approximate point near Rendacoma where Muna/Endeli continues as Ragali.
29	14° 32.9'	40° 05.6'	Point where Ragali Delta starts.
30	14° 33.1'	40° 08.5'	Turning point in Ragali Delta.
31	14° 23.2'	40° 12.8'	Point at which the boundary under the 1900 Treaty reaches the Salt Lake and where the boundary under the 1908 Treaty starts.
32	14° 24.1'	40° 14.9'	Turning point designated in Eastern Sector.
33	14° 08.5'	40° 52.7'	Turning point designated in Eastern Sector.
34	13° 32.9'	41° 19.4'	Turning point designated in Eastern Sector.
35	13° 24.8'	41° 34.9'	Turning point designated in Eastern Sector.
36	13° 20.3'	41° 39.7'	Turning point designated in Eastern Sector.
37	13° 05.5'	41° 53.8'	Turning point designated in Eastern Sector.
38	12° 48.2'	42° 02.3'	Turning point designated in Eastern Sector.
39	12° 45.9'	42° 13.1'	Turning point designated in Eastern Sector.

** Coordinates have been computed to the nearest minutes because the location where Muna/Endeli continues as Ragali is not well-defined.

Point	Latitude (N)	Longitude (E)	Description
40	To be determined during demarcation.		Between the two checkpoints of Eritrea and Ethiopia at Bure.
41	12° 28.3'	42° 24.1'	Eastern terminus at the border of Djibouti.

Done at The Hague, this 13th day of April 2002,

(Signed) Professor Sir Elihu Lauterpacht
President

(Signed) Prince Bola Adesumbo
Ajibola

(Signed) Professor W. Michael
Reisman

(Signed) Judge Stephen M. Schwebel

(Signed) Sir Arthur Watts

(Signed) Bette E. Shifman
Registrar

(Signed) Dr. Hiroshi Murakami
Secretary

APPENDIX A

The Subsequent Conduct of the Parties in the Sector Covered by the 1900 Treaty

This Appendix examines some items which, though presented at length by the Parties, have been found by the Commission not to affect the delimitation established by the interpretation of the 1900 Treaty.

THE 1904 BOUNDARY COMMISSION

A1. In 1904 Italy appointed a Commission of four officers to examine part of the Belesa-Muna boundary. Its operation had been discussed with Ethiopia. Ethiopia, while not formally a member of the Commission, despatched a delegate to it, Degiasmac Garasellassie, chief of the Northern Tigray. The Commission thus appears not to have been formally a joint body, although much of its work was conducted by the Italian Commissioners and the Ethiopian delegate working together. They did not, however, agree on all matters, and in particular did not reach agreement on the product of the Commission's work. The report of the Commission was a unilateral, internal Italian document, signed only by the Italian Commissioners. It was addressed to the Italian Government alone rather than to both Governments jointly.

A2. The Commission did not have agreed terms of reference, each Party apparently having given its personnel their separate – and seemingly differing – instructions. The task of the Italian members was to “determine in the field the actual and legal border of the colony between Belesa and Muna, as resulting from the treaty between Italy and Ethiopia of 10 July 1900, Art. 1 and, more specifically, from the sketch appended to the above treaty.” The Ethiopian delegate's mandate was somewhat different, namely, “to identify non-controversial points concerning the border . . . and to find out points in which his opinion may be difficult to reconcile with that of the Italians.” Any “points of contention” were to be left for the Emperor to negotiate with the Italian Government – a power in effect to deal with matters *ad referendum*. Unspecific though these references may be, it is clear that the Emperor instructed Garasellassie at least to accompany the Italian Commission and to participate to some extent in its work. Indeed, delegates of both sides were involved in the reconnaissance:

. . . the delegates of the two parties carried out reconnaissance along all the course of the frontier, thus giving the Italian delegates the opportunity of indicating in situ to the representatives of HM the Emperor of Ethiopia, the entireties of the territories that the Treaty above mentioned placed in our possession.

A3. The Commissioners started their journey at Mai Anqual on the Belesa identified in the present Decision as the Belesa A. They walked upstream to the headwaters and across to the headwaters of the river they identified as the Muna, and then down towards the confluence of that river and the Endeli at Massolae. The Commission's report was accompanied by a detailed map of the region prepared by one of its members, Checchi. The report's recommendations were in part as to positions which Italy might adopt in future regarding the boundary alignment. The report and map appear to be undated (other than by “April 1904” on the title page of the report); they were not published until 1912.

A4. The Commission followed the route which took the boundary around the perimeter of what the present Commission calls the Belesa projection. The map annexed to the Commission's report depicts a simplified

course of the Belesa A as flowing directly into the Mareb and without showing the junction with the Belesa A of either the Belesa B (although upper reaches of the Mestai Mes, which is what the Commission refers to as Belesa B, are shown) or the other tributary flowing into the Belesa from the northeast near its junction with the Mareb and known as the Tserona. The Italian Commission's terminal point at Massolae was apparently chosen because it was the end of the Muna, where it joins and becomes part of the Endeli.

A5. The Commission's report stated that in reaching Massolae it had completed its task, "i.e. it followed the geographical border that the Treaty of 1900 intended to establish for the Eritrean colony" The present Commission observes that this view of the Italian 1904 Commission does not necessarily imply that the Treaty boundary ended at Massolae. The Treaty boundary was delimited in terms not just of the "Muna" but also of the depiction of the river so named on the Treaty map. The Italian Commission's remit was to consider the Treaty boundary "between Belesa and Muna," which, particularly since the boundary eastwards of Massolae followed clearly identified rivers, was consistent with an internal requirement to go to the end of the geographical Muna, rather than the end of the Treaty "Muna" which was, by the Treaty and its map, given a more extended meaning.

A6. The report contains a number of features that must be noted.

A7. First, note must be taken of the absence of any agreed terms of reference for the Commission's work (para. A2, above). Despite the task of the Italian Commission being described in terms relating to the border resulting from the 1900 Treaty, its report carried as its principal title "The Border between the Scimezana, which forms the southern part of Acchele Guzai, and the Agame." As appears from a map produced by Ethiopia, published in or around 1902 by the Italian Directorate of Colonial Affairs (the same department which published the 1904 Commission report) and prepared by Checchi, Giardi and Mori ("the 1902 Checchi map") the "Residenza dello Scimezana" is a substantial district in the southern part of Eritrea extending from the Residenza del Mareb in the west to the Missione Dancali in the east. Its southern limits as marked on this map follow, from the west, the Belesa and, via its southern channel (Belesa A), wind round, across land, eventually to join a river that clearly bears the name "Mai Muna." This in turn flows into the "F. Endeli," flowing from the northwest, and thence onto Rendacoma. Though not marked on this map, the area to the south is Agame.

A8. Secondly, the report repeatedly refers⁵⁴ to the Muna and at no point expresses any doubt as to its existence or identity and location. Indeed, at more than one point the report is so worded as to indicate that specific reference was made to the Muna in the instructions given to Garasallesie as well as the Italian Commissioners.

⁵⁴ In its paras. 7, 8, 11, 12.

A9. Third, various places that would, on the Ethiopian approach to the matter fall, within Agame (Ethiopia) are clearly recognised as falling within Acchele Guzai (Eritrea), e.g., Alitena, which lies a short distance north of the Muna.

A10. Fourth, the report records that certain places in the Belesa projection which, on the Eritrean approach, would be in Eritrea were in fact under the control of Ethiopia.

A11. Fifth, in referring to the territories of Sebao and Kelloberda as being “located on the right hand side of that section of the River Belesa which according to the Treaty of 1900 was part of the border line between Ethiopia and Eritrea,” the 1904 Commission was referring to places located on the map just to the east of the Belesa A and to the west of the Belesa B. It is clear from the passage just quoted that the 1904 Commission took the view that the Belesa A was the river that bore the name “Belesa” on the maps.

A12. Sixth, while the 1904 Commission considered that the “question of the Belesa territories is much less complex and susceptible to discussion,” it clearly found the question of identifying the “Muna” referred to in the 1900 Treaty more uncertain and open to argument.

A13. Seventh, the map annexed to the Commission’s report and illustrating the route taken by the Commission depicts three different border lines, designated as “limite dell’attuale occupazione nei tratti da modificare” (“outer limit of current occupation to be modified”), “limite di confine che non subisce modificazioni” (“limit of the border that is not to be modified”) and “confine secondo il trattato del 1900” (“border according to the Treaty of 1900”). It is noteworthy that, even in 1904 (and as reprinted in 1912), this map delineates as the limits of actual occupation a line very close to that which is claimed by Ethiopia to the north of the Endeli projection. As a further observation, the Commission notes that on two maps published in January and February 1904, two members of the Italian Commission, Checchi and Garelli, show very similar “limits of actual occupation,” while the second of these maps (dated after the conclusion of the 1904 Commission’s work) shows the line encompassing the Belesa projection as only a claim line (“confine da rivendicare”).

A14. Eighth, the Commission clearly followed the course of the Belesa A, apparently without any suggestion from the Ethiopian delegate that that was the wrong river or that it lay wholly within Ethiopia, as would have been the case if the Belesa B were the boundary.

A15. Ninth, it must be observed that the 1904 Commission’s view, like that of Eritrea, as to both the initial sector along Belesa A and across to the Muna, is inconsistent with the depiction of the boundary line on the Treaty map. Moreover, the Commission’s report noted that at least some locations within the Belesa projection were under the control of Ethiopia, particularly Kelloberda and Sebao.

A16. Taking all these elements into account, the present Commission is not satisfied that it may treat the activities and report of the 1904 Commission as an agreed interpretation or variation of the 1900 Treaty, or as evidencing Ethiopian acquiescence in any interpretation or variation such as to attribute the Belesa projection to Eritrea. Nonetheless, the present Commission accepts that in tracing the Muna upstream from its confluence with the Endeli towards its headwaters south of Barachit, the 1904 Commission's report fairly represented that part of the boundary established by the 1900 Treaty. It is the line followed and described in its report by the 1904 Commission, that extends westwards beyond the longitude of Barachit so as to encompass the Belesa projection, as well as the alleged termination of the boundary at Massolae in the east, which the present Commission finds unsupported by the 1900 Treaty and its annexed map.

THE LEAGUE OF NATIONS

Ethiopia's admission to the League of Nations, 1922

A17. Eritrea asserts that "Ethiopia's first affirmation of respect for the established boundary occurred in 1922, when it applied for admission to the League," that admission being conditional upon a determination by the League that Ethiopia had well established borders. Ethiopia notes that its request for admission contained no reference to the question of boundaries, that the League's documentation was essentially of a "standard form" variety with no singular conditionality being insisted upon, and that some measure of uncertainty regarding frontiers was an accepted part of the League's practice.

A18. The Commission observes that Ethiopia's admission to the League of Nations in 1922 was conditional upon a determination by the League that Ethiopia had well established boundaries. Such a requirement was, following precedent established by the first three League Assemblies, covered in a questionnaire used for the admission of new Members. That questionnaire included, as the third question: "Does the country possess a stable government and well-defined frontiers?" The Sub-Committee appointed to consider Ethiopia's admission simply stated that "[t]he reply to the third question is in the affirmative." The Commission cannot draw from that terse statement any particular conclusion as to the agreed line of the Eritrea-Ethiopia frontier.

Events in 1935

– The WalWal incident

A19. In connection with the WalWal incident in the Ethiopia-Italian Somaliland region, there were proceedings before the Council of the League of Nations in 1935. Both Ethiopia and Italy presented maps which, according to Eritrea, depicted the colonial boundary in its "classical" contour. Ethiopia notes that the League's concern with the WalWal incident was irrelevant to Ethiopia's northern boundary, with Eritrea.

A20. So far as concerns the boundary in the Belesa-Muna sector, the Commission observes that this Italian map is drawn on a scale of 1:4,000,000. At this scale, and with a virtually complete lack of detail of the surrounding areas and, despite a broad southward sweep in the line which might (or might not) be intended to represent the Belesa projection, no useful or detailed conclusions can be drawn about the course which Italy (or Ethiopia) understood was followed by the Belesa-Muna line.

A21. Eritrea refers also to four maps supplied by Ethiopia, but admits that two of them “are vague” and that the third did not deal with the Eritrea-Ethiopia frontier. The fourth map was that published in 1909, in Carlo Rosetti’s “Storia Diplomatica dell’Etiopia”, 3rd edition. Although Eritrea asserts that this map shows the “classic signature of the colonial treaty boundary,” the Commission notes that at least in the Belesa-Muna sector it too, at a scale of 1:5,000,000 and with virtually no surrounding detail, cannot support any useful or detailed conclusions about the route which Italy (or Ethiopia) understood was taken by the Belesa-Muna line.

– Tigrayan incursions, 1935

A22. As part of its response to Ethiopia’s complaint about the WalWal incident, Italy in 1935 drew attention to incursions by Tigrayan elements across the Belesa-Muna line into Eritrean territory.

A23. The Commission notes that although Italy did indeed make such a complaint, and although Ethiopia’s response did not expressly deny Italy’s assertions as to the location of the frontier, Ethiopia’s principal concern with this incident was to deny responsibility for the actions of what it portrayed as local Tigrayan warlords and bandits. Moreover, these exchanges in 1935 took place immediately before Italy’s invasion of Ethiopia on 3 October 1935. It is in the Commission’s view also significant that the Italian complaint in effect admitted as a fact that 35 years after the 1900 Treaty Ethiopia was still in occupation of certain territories “including” (and therefore not limited to) those specifically mentioned, which on the Italian view had become part of Eritrea.

– Italy’s complaint to the League of Nations, 1935

A24. Relations between Italy and Ethiopia became increasingly strained. In a memorandum dated 11 September 1935, less than a month before its invasion of Ethiopia, Italy stated that, given the 1900 Treaty, even by 1935 Ethiopia “had taken no steps to evacuate certain territories, including two posts on the right bank of the Belesa⁵⁵ (Kolo Burdo and Addi Gulti), one on the north bank of the Muna (Alitiena), which are quite indisputably in Italian territory.” While Italy presented this as demonstrating Ethiopian intransigence, it is also evidence of Ethiopia’s continued presence in those areas 35 years after the conclusion of the 1900 Treaty. Apart from that clear admission that

⁵⁵ What the Commission is calling Belesa A.

Ethiopia had a continuing presence in the places mentioned (which was in line with other Italian statements to a similar effect), the Commission is unable to draw from Italy's statement in 1935 any conclusion as to the disputed question of title.

A25. In its 1935 Memorandum to the League of Nations Italy also cited Ethiopian attacks at Rendacoma, Cabuia and Colulli. These three alleged attacks do not seem to be directly in point in relation to the course of the disputed boundary, other than by constituting evidence that Italy considered the boundary to lie somewhere to the south of those three locations.

THE UNITED NATIONS

Consideration of Eritrea, 1950

A26. The Parties also devoted considerable attention to developments in the United Nations during the period in 1950 in which the United Nations was considering the future of the former Italian colony of Eritrea. Eritrea noted that United Nations reports all treated the Muna as the boundary, and placed it in its historic location (i.e., as the Muna/Berbero Gado). Thus Eritrea drew attention to the work of the United Nations Commission for Eritrea (UNCE), and in particular to maps produced by UNCE to illustrate its work. Eritrea also attached particular weight to the United Nations Secretariat memorandum prepared in 1950 in the context of consideration at the United Nations of Eritrea's colonial boundaries. The memorandum, with its accompanying illustrative map, identified the Belesa and Muna as the boundary deriving from the 1900 Treaty. Eritrea notes that during the various United Nations debates on the question of Eritrea's future, Ethiopia knew of all these United Nations materials, but raised no objection.

A27. Ethiopia points out that United Nations organs in the period 1948-1952 were never specifically addressing the interpretation of the boundary treaties or their application, while the Secretariat memorandum was purely advisory, and identified no boundary dispute and proposed no settlement. Ethiopia adds that the United Nations discussions were concerned essentially with the future status of Eritrea rather than its boundaries, and that the United Nations memorandum implicitly acknowledged that questions or claims had arisen with regard to the Eritrea-Ethiopia boundary, including the Belesa-Muna sector. Ethiopia also notes that since the ultimate result, which was the outcome Ethiopia sought, was a form of union of Eritrea with Ethiopia, the question of boundaries was irrelevant and there was no need for Ethiopia to pay close regard to boundary depictions, particularly those of a very general nature. Eritrea responded that at the time such an outcome was not assured, and that in any event the territorial division was still important within the federation.

A28. The Commission observes that the UNCE maps referred to all appear to have used the same base-graphic, and were produced at a small (but unstated) scale and contained only limited detail of the boundary area. No

relevant location to the south of Senafe is identified, nor are any rivers named. The depiction of the boundary, nevertheless, appears to show the Belesa projection as appertaining to Eritrea (and may even indicate a small northward variation in the boundary intended to represent the Endeli projection), but is otherwise too unclear to allow for the drawing of specific conclusions as to the course of the boundary. In particular, even if (which is unclear) the course of the Belesa A is suggested as the boundary, the UNCE maps are wholly indistinct as to the way in which this comes about or as to the route by which a Belesa boundary joins up with the Muna and Endeli (neither of which is depicted). Moreover, the maps differ slightly from each other in the outline of the boundary they depict in this sector. It is also clear from the UNCE map depicting the places visited by UNCE, that that body did not visit any part of the now-disputed area in the Belesa-Muna region.

A29. As for the Secretariat memorandum, it simply made the incontrovertible statement that this part of the boundary was fixed by the 1900 Treaty, without going into details beyond stating that it provided for the boundary to run “eastward along the Mareb River to the Belesa River, eastward along the Belesa to the Muna River, and again eastward along the Muna.” The map annexed to the Secretariat memorandum, although indicating by name the Mareb, Belesa and Muna, was at too small a scale (unstated) to support for that area any specific conclusions as to the details which are missing from the memorandum itself. While the various United Nations reports treated the border as fixed by the earlier treaties, none of them appears to have involved any serious investigation into what specifically had been agreed and what the Parties’ attitudes were. In comparison with other boundaries where there had been no earlier treaty fixing them, it was understandable for the United Nations to have regarded them as ‘settled’ without enquiring into possible differences which might exist regarding their interpretation or application. In relation to the Belesa-Muna sector of the boundary the Commission has not been made aware of any specific aspect of the various United Nations materials which clearly and reasonably called for some objection by Ethiopia.

General Assembly Resolution 390(V)A, 1950 and the Federal Constitution, 1952

A30. The outcome of this United Nations activity in 1950 was the adoption by the General Assembly of Res. 390(V)A(1950), which led to a federation between Ethiopia and Eritrea. Article 2 of the 1952 Eritrean Constitution provided that “The territory of Eritrea, including the islands, is that of the former Italian colony of Eritrea.” Ethiopia ratified this Constitution in August 1952, and in September the Emperor issued an Order providing for the federation of Ethiopia and Eritrea. As a federation, the territorial division of authority between the constituent units continued to be important. Eritrea contends that these constitutional arrangements, which were based on various UN decisions which in turn followed numerous UN reports accompanied by UN maps depicting, *inter alia*, the boundaries of Eritrea with Ethiopia,

showed that “Ethiopia . . . accepted the boundaries of Eritrea as they were defined in the Eritrean Constitution and depicted by the United Nations.”

A31. Ethiopia considers that, in accordance with the applicable principles of general international law, the change in Eritrea’s status to that of federation with Ethiopia could have no effect on the original colonial boundaries of Eritrea: the entity known as Eritrea remained within the same boundaries after the change as it had had before the change.

A32. The Commission observes that the definition of Eritrea in Article 2 of the Eritrean Constitution is neutral as to what were the boundaries of the former Italian colony of Eritrea. As for the United Nations maps to which Eritrea refers, they were not made part of the constitutional arrangements. In any event, in so far as they depict the Belesa-Muna sector of the boundary they were, as already noted, drawn at such small scales and were so devoid of accompanying detail that they cannot safely be used as a basis for drawing clear conclusions as to what Ethiopia must be taken to have acknowledged the boundary in that sector to be. The Commission thus finds it impossible to find in Ethiopia’s omission to comment on these maps any acquiescence in any specific United Nations-depicted boundary in the Belesa-Muna sector.

MAPS

General

A33. The map evidence has been invoked in two different contexts. The first concerns the extent to which maps established a boundary outline that can be regarded as so clear and distinctive that its reproduction on later maps can be taken to represent a particular boundary line, even if the details of that line are not apparent on the later maps. The second concerns the impact of the map evidence, by reference to the individual merits of the maps as maps. The Commission will consider at this point the question of the boundary outlines. The more specific impact of the map evidence on the various boundary sections has already been considered in Chapters IV and V of the Decision.

A34. Eritrea maintains, generally, that with the conclusion of the 1908 Treaty, the colonial boundary was completed, and that it gave rise to a distinctive cartographic outline (which it refers to *inter alia* as “the classical signature of the boundary”). Eritrea maintains that that “classical” outline was consistently recognised by all concerned from 1908 onwards.

A35. So far as that “classical” outline relates to the 1902 and 1908 Treaties, the Commission has addressed the matter in the context of those Treaties. Here the Commission will only concern itself with the outline of the boundary in the stretch covered by the reference to the Mareb-Belesa-Muna line. In practice, since there is no dispute about the Mareb-Belesa section, the relevant section in the present context is the Belesa-Muna section. In that context Ethiopia denies the existence of any such generally recognised “classical outline.”

A36. There are four elements to a possibly distinctive general outline for this section of the boundary:

- (i) The Treaty outline is that created by the map annexed to the 1900 Treaty. The Commission has already examined the Treaty map in detail.
- (ii) The Belesa projection outline is the outline created, in the western part of the Belesa-Muna line, by its extension southwards so as to encompass the Belesa projection, i.e., principally the land between Belesa A and Belesa B together with an area of land running eastwards along the northern bank of the Muna/Berbero Gado. This is the outline established by the boundary claimed by Eritrea. The Commission notes that the distinctive silhouette of the Belesa projection has two elements: first, a broad curve in the north as the river flows up from the south and swings round to flow in a westerly direction towards the Mareb; and, second, a southward prolongation of the boundary as it follows the Belesa A into its southernmost reaches before swinging back up to the northeast to join the Muna/Berbero Gado. The claim lines of both Parties share a curve in the north, and a southward line which at some point turns to the east. At the level of general silhouette the difference between them is essentially one of degree, particularly as to the extent of the southward projection. This broad similarity of silhouettes makes it difficult on small scale maps to be sure which, if either, claim line is being depicted.
- (iii) The Endeli projection outline is the outline created, in the central sector of the Treaty line, by extending the area of the Ethiopian claim northwards so as to encompass the Endeli projection, i.e., principally the land bounded on the northeast by the Endeli, on the south by the Muna/Berbero Gado, and on the west by a line dropping down southwards from the neighbourhood of Senafe and then curving round to the west until it joins the Belesa C headwaters near Zalambessa. This is the outline established by the boundary claimed by Ethiopia.
- (iv) The “eastern terminus” outline is the outline created by the choice of the eastern terminus for the boundary established by the 1900 Treaty, in particular whether that terminus is at the Salt Lake (as indicated on the Treaty map), at Ragali (as claimed by Ethiopia), or at Massolae (as claimed by Eritrea, which has also suggested Rendacoma as in practice an alternative).

A37. In reviewing the voluminous map evidence presented to it relating to the Belesa-Muna sector of the boundary, the Commission notes that a number of the maps submitted are on such a small scale, or at a such a minimal level of detail, as to make it impossible to attribute to them a clear

depiction of one outline or the other. These maps do little more than show a more or less wavy line joining the northern curve of what is clearly intended to be the Belesa system to a point somewhere in the vicinity of the Salt Lake. It is difficult to attribute to these maps any clear and consistent depiction of a distinctive boundary outline in the Belesa-Muna sector.

A38. Those maps which are at a scale and level of detail allowing conclusions to be drawn from their depictions of the boundary enable the Commission to make the following observations:

- (i) The outlines created by the Belesa projection and by the Endeli projection are recognisable departures from the Treaty line.
- (ii) Those outlines as shown on many maps are often precise enough to allow specific conclusions to be drawn as regards the placement of the boundary along the Belesa A or Belesa B, or the upper reaches of the Endeli, or the Muna/Berbero Gado.
- (iii) Those outlines, however, are often not precise enough to enable specific conclusions to be drawn as to the course being followed by the link between whichever of the Belesas is in question and the Muna/Berbero Gado, or of linking the Belesa B with the upper reaches of the Endeli.
- (iv) A number of maps depict a boundary which may be classified as depicting the 1900 Treaty line, in particular the Italian “Carta Dimostrativa” of 1902, prepared by the Ministry of Foreign Affairs (the “Prinetti map”). This map was submitted to the Italian Parliament, apparently as part of the procedures for the ratification of the 1902 Treaty. That Treaty amended the boundary prescribed by the 1900 Treaty. The map accordingly indicated the original course of the boundary as in the 1900 Treaty, and the course of the new boundary being prescribed by the 1902 Treaty. The 1900 Treaty boundary which it depicts is in essence the boundary which the Commission has determined was the boundary laid down by that Treaty. It follows a generally sloping line from the northern shoulder or curve of the Belesa in the west, along the Muna/Berbero Gado, and down to the Salt Lake. It gives no indication of either the Belesa projection or the Endeli projection. Given the map’s provenance, its apparent purpose (specifically to illustrate boundaries, as part of the State’s ratification procedure), and its contemporaneity, the Commission considers this map to have considerable weight.
- (v) While many of the maps produced in evidence show quite clearly a boundary outline which is equivalent to that of the Belesa projection, it cannot be said that that outline has been adopted with clearly preponderant consistency. There are a

significant number of maps, of a provenance which requires that they be given weight, which do not depict a Belesa projection.

- (vi) Few of the maps produced in evidence depict the outline of the Endeli projection as a boundary, and none emanating from Ethiopian sources (apart from the recent 1998 Atlas of Tigray) do so. Particularly noteworthy is the absence of any Endeli projection from Ethiopia's map of 1923 (the 'Haile Selassie map'). This map, produced for the Emperor Haile Selassie in 1923, appears to have been prepared as a single presentation map and not to have been intended for publication. It is now in the Library of Congress. It shows the boundary in the Belesa-Muna sector as a line closely following that of the 1900 Treaty map: it identifies the boundary by (in Amharic) "Mai Muna" and depicts the boundary as following a course to the south of Barachit. In particular the map appears to show no trace of either a Belesa projection or an Endeli projection. The map is not a model of clarity and is on a fairly small scale (1:1,000,000). Moreover, it appears to depict the boundary beyond each end of the Belesa-Muna sector in a manner which differs from its depiction in that sector, namely by a dash-dotted line in the former case but without that marking in the Belesa-Muna sector. The map is of some significance because it is invoked by Ethiopia in other contexts, particularly in relation to the 1902 Treaty, as being an "official map" of "official Ethiopian government provenance." This map's apparent original purpose was more in the nature of a private production destined for presentation to the Head of State of Ethiopia.
- (vii) There are however, maps, especially from Italian sources, which depict something very close to the Endeli projection as an express or implicit limit of actual Italian possession both in the early years after the conclusion of the 1900 Treaty and some decades later and which appear to indicate (by an absence of boundary marking) a degree of doubt as to any boundary cutting Irob off from Ethiopia.
- (viii) As regards the eastern terminus of the 1900 Treaty boundary, the Commission has been unable to determine a consistency of practice in the depiction of the boundary on maps sufficient to constitute a generally accepted outline or silhouette for the boundary in that area.

A39. The Commission thus concludes that it has not been established in the Mareb-Belesa-Muna sector that there is a generally accepted outline or silhouette for the boundary which can serve as evidence of the Parties' agreement as to the course of the boundary. This is not, of course, to deny to maps which depict the boundary following one or other of the distinctive

shapes, or any other boundary line, a significance on their own particular merits. This is a matter which the Commission has considered in Chapter IV, above.

APPENDIX B

The Location of the Cunama

CONTEMPORARY KNOWLEDGE

B1. At the time of the negotiation of the 1902 Treaty, there was little publicly available information regarding the location of the Cunama and few pertinent maps. Although there is no evidence of whether Menelik and Ciccodicola were aware of this material, the Commission refers to it here to indicate its limited value:

B2. One of the earliest investigations resulted in a "Report of the German Expedition to East Africa, 1861 and 1862" (published in 1864) which contains statements by Munzinger identifying the eastern extension of the Cunama, e.g., that "the Bazen around the Takeze are rather exposed to attacks coming from the Wolkait" (the names "Baze" and "Basé" were also used for the Cunama at that time). As shown on the map illustrating the expedition's travels, the Wolkait is an area lying to the south of the Setit and east of the confluence with it of the western Maiteb. Therefore, if the Bazen were being attacked by the Wolkait, they must have been present at least in the area just north of the Setit. In that location, they would have been living in Ethiopian territory, southeast of the line that Ethiopia has subsequently come to claim as the boundary – a position which is not in accord with the principle that the Cunama are to be enfolded in Eritrean territory. Their extension further to the north and east is evidenced by the statement in the German report that their easternmost locality along the Mareb is the Mai Mai-Daro.

B3. The British explorer, Sir Samuel Baker, writing in 1867 of "The Nile Tributaries of Abyssinia", mentioned "the hostile Basé, through which country the River Gash or Mareb descends I was anxious to procure all the information possible concerning the Basé, as it would be necessary to traverse the greater portion in exploring the Settite river." This is of little help beyond indicating that the Cunama inhabited the area between the Mareb and the Setit and that for purposes of exploring the Setit it would be necessary "to traverse the greater portion" of their country.

B4. A few years later Munzinger⁵⁶ again described the eastern border of the Cunama by reference to the hills around the Godgodo Torrent (east of the Ethiopian claim line) but within the area embraced as Eritrea within the Eritrean line. His description even extends south of the Setit, in an area which

⁵⁶ Studies on Eastern Africa (circa 1875).

is not disputed as being in Ethiopia, but is still east of the southern starting point of the Ethiopian claim line; and it seems improbable that the tribe would have been east of that point south of the river, but not east of it north of the river. At that time, Munzinger estimated the Cunama population as being approximately between one and two hundred thousand inhabitants.⁵⁷ (By 1913, however, an Italian scholar, Alberto Pollera, reported a 1905 census estimating a population of 19,000 and stated that many Cunama villages had been destroyed.⁵⁸) Renisch, who wrote “Die Kunama-Sprache in Nordost-Afrika” in 1881 indicated that the “Kunama” people lived between 36° and 38° E and between 14° and 15° 30' N – an eastwards extension that would have taken them well east of the Ethiopian claim line.

B5. As to the available maps, though not identical they generally so place the name “Cunama” that the region thus indicated stretches over the whole or most of the area that falls within Eritrea as delimited by the Eritrean line. In other words, the Cunama area would be cut in two by the recognition of the Ethiopian line, thus contradicting the principal object of the 1902 Treaty.

B6. In the map that illustrates the “German Expedition in East Africa”, Munzinger placed the name “Bazen” across that area so that it appears clearly related to a stretch of country that extends eastward as far as the hills that mark the western limits of Adiabo. Having mentioned the extension of the Cunama to the hills around the Godgodo Torrent and, it seems, Tsada Mudri, he marked those places on his map as being at 38° E and 38° 10' E respectively. De Chaurand’s map extends the name “Cunama” as far east as 37° 50' and marks the general area of their occupation by a line of dashes which, according to the legend on the map, indicates a tribal division.

B7. A map of the Catholic Missions of North-East Africa published in 1899 shows the Baza as occupying a wide swathe of territory between the Setit and the Mareb extending, on the Mareb, considerably to the east of Mai Daro and, on the Setit, as far as a river called “Manatape” which appears to approximate to the Sittona.

B8. A map of the region given by the Italian Ambassador in London to the British Foreign Secretary in July 1900 carries the names “Baza o Cunana” extending in large print over the area between the Mareb and the Setit. Assuming that the names were placed central to the area to which they were meant to apply, it would appear that the area thus indicated by them extended in the east as far as 38° of longitude E, thus covering the whole of the area subsequently claimed by Eritrea as falling within its line.

⁵⁷ *Ibid.*, at pp. 341 and 373.

⁵⁸ *I Baria e I Cunama*, p. 76 (1913).

POLLERA REPORT

B9. On 17 May 1904, the Resident of the Government Seat of Gasc, Pollera, reported on the eastern border of the Cunama region as follows:

Under the 1902 Italian-Abyssinian Convention for the cessation of the territory between the Gasc and the Setit, it was established that the border between these two rivers would be the Mai Teb, from its source, then continuing a little to the east of Hai Derg.

Your Excellency's visit to the region made it clear that the contracting parties had been misled by the erroneous graphic representation of the maps, and that everything that referred to the Mai Teb Hovevasi actually must be attributed to the Sittona stream. In any case, since the course of said river was not recognised by anyone, the border could not be considered established in a final and binding manner, at least under the treaty in question, leaving it, at the time, up to the special delegates to make this delimitation, with the purpose, established in the treaty, of leaving the entire region of the Kunama in Italian territory.

Consequently, we decided to consider for now that the borderline between the Gasc and the Setit is the Ducambia Mittona [*sic*] road, which was quickly built in order to affirm the possession of that region.

But, from what I learned later, the Kunama country is much more to the east, and therefore I believe it is appropriate to visit this vast area, never before explored by any European, in order to find out its structure and obtain the data necessary for the subsequent delimitation of the border, if considered necessary.

In the enclosed sketch, I marked the line which, according to Kunama tradition, would constitute the border with the Adiabo. It includes the entire territory still roamed by the Kunama, and which was originally inhabited by them, used to harvest honey and rubber from the banks of the Setit and of the Gasc.

However, since there was never any pact between Kunama and Adiabo, the border is not acknowledged by the latter, who have always considered the region of Afrà as their own hunting territory. Moreover, it is marked by the particularity of the land distant from it, and is often not clearly marked, and therefore there is the need for a line which will be difficult to make well known. The official acknowledgment of that line, in any manner, is of little advantage. The regions established at the time on the bank of Setit from the Sittone mountain to the Ab Onú mountain have been destroyed, and for the few remaining inhabitants, now living on the Gasc, there is no advantage to returning to their original places, because this would require distant supervision, difficult and of little interest.

The left bank of the Gasc, however, will be gradually repopulated, and the Kunama groups currently living east of the Gongomà stream, in Abyssinian territory, will be attracted again to their old place, namely in the region ranging between the concave part of the arc formed by the Gasc and Hai itself.

Although there is, therefore, an interest in acknowledging their the right to the entire left bank of the Gasc up to the Gongomà stream, this interest wanes as they go towards the south, where perhaps it would be sufficient if the tribes under our supervision would recognise their right to seek honey and rubber.

Consequently, in my opinion, I do not think that it is possible to make a true and suitable delimitation of the border. However, by an additional convention besides that of 1902, it would be possible to establish:

1. That, in accordance with the preceding agreement, I will ask that all Kunama tribes be left in Eritrean territory, under the administration and command of the

Italian Government, including all those groups which are still in Abyssinian territory; except in the case of evacuation of this territory and return within Eritrean borders within a period of two years;

2. That the entire valley of the Gasc, and its tributaries downstream from the juncture of the Gongomà stream, is considered Italian territory.
3. That the zone west of the Mesegà, which covers the western slopes of the Adiabo mountains, delimited by the juncture of the Gongomà stream to the north and the source of the Tonsa stream to the south, down to the Sittona Ducambia road, is considered neutral zone, with prohibition of hunting for each of the contracting parties, and under the supervision of the Italian government, except for the rights to seek honey and rubber, granted to the Baza tribes.

Since the convention can be discussed and signed between the two Governments, it would avoid the biased influence of Tigrai chiefs and especially Adiabo, who would certainly obstruct as much as they could the tracing of a border that takes away their freedom to hunt in a territory they consider their own by occupancy rights, and the last Kunama villages which they consider slaves, and therefore, almost private property.

If, later, there is an absolute intention to establish a de facto border, the only one that offers better advantages is that which I have indicated in the sketch, and which, starting from the source of the Tonsa stream in Setit, goes up its course and, through its tributaries Nebi Ualà and Gual Sohei reaches Roccia Cassona: then, passing through M. Aiculità, the hill of Guzulà and the baobab known by the Kunama by the name of Bedumà Asà and by the Abyssinians by the name of Ababà [illegible], crosses the great Mezzegà and reaches the Gongomà stream, whose source is in fact the Mezzegà.

However, the region of Ulcutta will remain beyond the border, for which it will be desirable to obtain what I proposed above, since it does not seem appropriate to me to include it within the new border because it is located in territory that is actually and incontestably Abyssinian

APPENDIX C

Technical Note Relating to Maps

C1. Because it was agreed with the Parties at an early stage in the Commission's work that the fieldwork necessary to prepare a large scale map for demarcation, on a scale of 1:25,000, should not commence until after the delimitation Decision, the Commission has for the time being been obliged to use other sources of maps and images. These sources include:

- (i) 1:100,000 Soviet Union Topographic Mapping Series.
- (ii) 1:1,000,000 Vector Map Level 0.
- (iii) SPOT 10-metre resolution, panchromatic, ortho-rectified imagery.
- (iv) ASTER/TERRA 15-metre resolution, multi-spectral, ortho-rectified imagery.
- (i) The 1:100,000 Topographic Mapping series was produced by the Soviet Union in the 1970s, has been the largest scale set of maps

available to the Commission. Both Parties used these maps in their pleadings and submissions.

- (ii) The 1:1,000,000 Vector Map Level 0 (VMAPO), produced by the United States National and Imagery and Mapping Agency in the early 1990s, has been used to generate the small-scale illustrative maps attached to the Decision. River tributaries that may be relevant to the Decision, but are omitted from the VMAPO data, have been copied to the small-scale maps in the Decision from the Soviet 1:100,000 series or from the satellite imagery. Both Parties used VMAPO to generate their small-scale maps in their pleadings and submissions.
- (iii) Satellite imagery acquired from the French SPOT satellite, which has a resolution of 10 metres per pixel and is panchromatic, has been ortho-rectified using ground control points collected by the Field Offices of the Secretary of the Commission to produce a series of satellite maps on the scale of 1:50,000. These maps have been used to verify so far as possible the existence of towns and natural features on the ground, including rivers and their tributaries. These maps also serve as the base for illustrating the Decision in the Central Sector. Measurements in the Decision have been based on this series.
- (iv) Satellite imagery acquired from the Japanese ASTER/TERRA satellite, which has a resolution of 15 metres per pixel and multi-spectral bands, has been ortho-rectified to provide images for the interpretation of terrain features.

C2. Towns shown in this Decision have been compiled from the 1:100,000 series and verified against the satellite imagery of SPOT and ASTER/TERRA. If a town is not shown on the Soviet maps, its approximate location has been determined on the basis of the submissions of the Parties.

C3. The reference system of the measurements and maps used in this Decision is the World Geodetic System 1984 (WGS-84). For all practical purposes related to this Decision, the WGS-84 datum is the same as the Eritrea Ethiopia Boundary Datum 2002 (EEBD-2002) that is being developed for the demarcation of the boundary. In the *Dispositif*, Chapter VIII, all coordinates have been computed in latitude (N) and longitude (E) to the nearest one-tenth of a minute in terms of the WGS-84 datum except as otherwise indicated. This produces a resolution of approximately 0.18 km on the ground. The coordinates will be made more precise by the new mapping to be made during the demarcation phase.

DECISION REGARDING THE "REQUEST FOR INTERPRETATION,
CORRECTION AND CONSULTATION", DECISION OF 24 JUNE 2002

DÉCISION CONCERNANT LA « DEMANDE D'INTERPRÉTATION, DE
CORRECTION ET DE CONSULTATION », DÉCISION DU 24 JUIN
2002

Interpretation of the Decision may only be invoked where the meaning of a specific statement in the Decision is unclear and requires clarification for the proper application of the Decision—the concept of interpretation does not include the possibility of appeal against a decision or the reopening of matters clearly settled by a decision.

Une demande en interprétation de la décision ne peut être introduite que lorsque le sens d'un énoncé spécifique n'est pas clair et que des éclaircissements doivent être apportés à cet énoncé dans l'intérêt d'une bonne exécution de la décision – La notion d'interprétation n'inclut pas la possibilité de faire appel d'une décision ou de rouvrir l'instance sur des questions que la décision a manifestement réglées.

**DECISION REGARDING THE "REQUEST FOR INTERPRETATION,
CORRECTION AND CONSULTATION" SUBMITTED BY THE
FEDERAL DEMOCRATIC REPUBLIC OF ETHIOPIA
ON 13 MAY 2002**

1. On 13 May 2002 the Commission received from the Government of Ethiopia a submission entitled "Request for Interpretation, Correction and Consultation". On May 21 2002, the request was sent to the Government of Eritrea for its observations. These were received on 14 June 2002.

2. Section II of the submission is headed "Issues for Interpretation, Correction or Consultation". The Section refers specifically to the following matters: "Towns and Villages along the Boundary"; "River Confluence Points"; "Identification of Geographical Features"; "Fort Cadorna"; "Area between Point 17 and Point 18"; "Headwaters of Rivers"; "Tserona and Zalambessa"; "The Endeli Projection"; "River Boundaries"; "Nature and Variation of the Terrain"; and "Bure".

3. In the case of "*Towns and Villages along the Boundary*", Ethiopia requests "that the Commission be consistent in applying its analysis of the conduct of the Parties to accommodate areas lying along the boundary".

4. With respect to "*River Confluence Points*", Ethiopia observes, without giving particulars, that "the location of the confluence of the Setit and Mai Tomsa and the co-ordinates provided for that point in the Decision do not agree and "requests that the Commission address during the demarcation phase the question of confluence points and identify the specific principles applicable to the determination of the precise location of such points". Ethiopia further requests "that careful field work be undertaken during the

demarcation phase so as to ensure that relevant rivers and streams are properly identified".

5. As to "*Identification of Geographical Features*", Ethiopia states that "during demarcation, the Commission, working with their experts and the Parties, will conduct careful field surveys to locate geographical features relevant to the determination".

6. As to "*Fort Cadorna*", Ethiopia contends that the Commission's references to this location are based on a geographical error and requests the Commission to correct the location and make the necessary adjustments to the boundary during the demarcation phase.

7. As to the "*Area between Points 17 and 18*", Ethiopia concludes that it "anticipates that the location of the Acran region will be more precisely defined during the demarcation phase".

8. As to the "*Headwaters of Rivers*", Ethiopia requests that the Commission addresses during the demarcation the definition of the source of watercourses.

9. As regards "*Tserona and Zalambessa*", Ethiopia requests the Commission to "identify the relevant criteria for the definition of a town's 'outer edge', in consultation with its experts and the Parties during the demarcation phase".

10. As to the "*Endeli Projection*", Ethiopia anticipates that during the demarcation phase the Commission will describe with greater precision the boundary between Points 22 and 26 in the light of the description in paragraph 4.85 of its Decision.

11. As to "*River Boundaries*", Ethiopia understands that during the demarcation phase the Commission will address, in consultation with the Parties, the principles applicable to the determination of river boundaries, including the factors that will determine the main channel of a river.

12. As to "*Nature and Variation of the Terrain*", Ethiopia requests the Commission to develop during the demarcation phase the criteria that it will observe in making any adjustment to the boundary on the basis of the nature and variation of the terrain.

13. As to "*Bure*", Ethiopia requests that the Commission consult with the Parties in determining the proper placement of Point 40.

14. Section III of the Ethiopian Submission is headed "Consultation with the Parties" and contains a statement of "Ethiopia's views regarding the conduct of the demarcation phase".

15. Section IV of the Ethiopian Submission is headed "Transfer of Territorial Control and Governmental Authority". Its opening sentence states that "As questions have arisen since April 13 regarding the effect of the

Commission's Decision with respect to transfer of territorial control and governmental authority Ethiopia wishes to set out its views for the Commission's consideration".

16. The Ethiopian request appears to be founded on a misapprehension regarding the scope and effect of Articles 28 and 29 of the Commission's Rules of Procedure. The facility accorded to the Parties in Article 28(1) to request the Commission to give an interpretation of the Decision may only be invoked where the meaning of some specific statement in the Decision is unclear and requires clarification in order that the Decision should be properly applied. The concept of interpretation does not open up the possibility of appeal against a decision or the reopening of matters clearly settled by a decision. The Commission, through its President, has already stated "that the provisions of Articles 28 and 29 of the Rules of Procedure neither allow substantive amendment nor affect the binding quality of the Decision as rendered on 13 April 2002. Re-argument of the case is not permitted." In this respect, the Commission is adhering to the authoritative views on the limits of interpretation expressed by the Permanent Court of International Justice in the *Chorzow Factory Case*, (1927, *PCIJ, Series A No. 13*, at p. 21) and the Arbitration Tribunal in the *Arbitration on the Delimitation of the Continental Shelf (France-UK)*, *Interpretation Decision of 14 March 1978* (Vol. 54, *International Law Reports*, 1979, at p. 161). "Interpretation is a process that is merely auxiliary, and may serve to explain, but may not change, what the Court already settled with binding force as *res judicata*."

17. The Commission does not find, in any of the items that appear in Section II of the Ethiopian request, anything that identifies an uncertainty in the Decision that could be resolved by interpretation at this time. The same is true of Sections III and IV. Nor is any case made out for revision. Further, the Conclusions of the Request are not so expressed as to invite the Commission to interpret or revise the Decision in any specific respect by reference to applicable considerations of international law or the actual terms of Articles 28 and 29 of the Rules of Procedure.

18. Accordingly, the Commission concludes that the Ethiopian request is inadmissible and no further action will be taken upon it. It will, however, remain on the record of the Commission as a statement of Ethiopia's views on the matters therein mentioned; and the Response of Eritrea of 14 June 2002 will also remain on the record as a statement of Eritrea's views on the matters raised in the Ethiopian request. To the extent that the Commission may deem appropriate, some of these matters may be considered further during the demarcation, pursuant to the Decision of 13 April 2002.

24 June 2002

(Signed) Sir Elihu Lauterpacht
President of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission

ORDER OF THE COMMISSION (MADE PURSUANT TO ARTICLE 20 AND ARTICLE 27(1) OF THE COMMISSION'S RULES OF PROCEDURE),
DECISION OF 17 JULY 2002

ORDONNANCE DE LA COMMISSION (ADOPTÉE CONFORMÉMENT AUX ARTICLES 20 ET 27 (1) DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR DE LA COMMISSION), DÉCISION DU 17 JUILLET 2002

Neither Party should do anything to prevent or hinder the demarcation process or act in a manner contrary to the rights of the other, or otherwise aggravate the dispute—population resettlement across the delimitation line established by the Decision of 13 April 2002.

Aucune des deux parties ne devrait prendre des mesures pour empêcher ou entraver le processus de démarcation ou agir d'une manière contraire aux droits de l'autre partie, ou causer d'une autre manière une aggravation du différend – réinstallation de la population de l'autre côté de la ligne de délimitation établie par la décision du 13 avril 2002.

**ORDER OF THE COMMISSION
(MADE PURSUANT TO ARTICLE 20 AND ARTICLE 27(1) OF THE
COMMISSION'S RULES OF PROCEDURE)**

WHEREAS,

1. By a letter dated 7 June 2002 Eritrea requested “that the Commission adopt an interim order instructing Ethiopia that it must immediately cease the settlement of its nationals into territory that has been determined by the 13 April 2002 Decision to fall within Eritrean sovereignty”.

2. The locations within which Eritrea asserted that Ethiopia was settling its nationals not indigenous to the region were described by Eritrea as “the Badme area of Eritrea”. An attached excerpt from a Tigrayan news broadcast referred to settlements “in Hadish Adi and Dembe Gedamu, villages around Badme” and to a welcome accorded to the settlers by “the people of Badme and its environs”.

3. On 14 June 2002 Ethiopia filed a Response to Eritrea's letter of 7 June 2002. The Ethiopian Response referred to “resettlement activities in the Badme region”. The Response also stated [*footnote omitted*]:

“The radio translation to which Eritrea refers says that Ethiopia is settling people in the environs of Badme and specifically in two villages, Dembe Gedamu and Hadish Adi. As indicated by the label “BADME” on the map at attachments 2 and 3 of Eritrea's letter, Badme is shown as a kebele as well as a town, and the map shows the kebele of Badme as lying on both sides of the delimitation line as depicted on the map, and, thus, the settlement of people in the environs of Badme is unremarkable.

The specific villages in which people were settled according to the radio transcript provided by Eritrea are Dembe Gedamu and Hadish Adi. The label for Dembe

Gedamu depicted on the map at attachments 2 and 3 of Eritrea's letter refers to the former kebele of Dembe Gedamu, which the map shows as being on both sides of the Commission's lines depicted on the map. Conspicuously absent from Eritrea's letter is a map depicting the location of Hadish Adi. However, Eritrea did provide a map depicting the location of Hadish Adi in her judges' folders during oral argument in December, 2001. This map, which is attached at Attachment C, shows unmistakably that the village of Hadish Adi is to the east of Eritrea's claim line, lying in territory that was never in dispute. Thus, there is no basis for Eritrea's allegation that Ethiopia has been settling people in areas awarded to Eritrea in the Commission's Decision, let alone that such settlement is a scheme to affect the demarcation."

Two attachments to the Ethiopian Response referred respectively to the "Badme Sub-District" of the North Western Zone, "the disputed border area near Badme" and "the Badme sub-region". The Response further referred to Dembe Gedamu as "the former kebele of Dembe Gedamu" lying on both sides of the line delimited on 13 April 2002, and to Hadish Adi as being a village east of Eritrea's claim line.

4. On 24 June 2002 Eritrea filed a Memorandum in support of its Request in which it observed that there are several places with the name of Hadish Adi in the locality in question and stated that Eritrea cannot identify with certainty the one to which the Ethiopian radio broadcast alludes.

5. On 1 July 2002 Ethiopia filed a "Further Response to Eritrea's Request for Interim Measures", in which reference is made to a place called "Dembe Bengul".

6. Both Parties have filed copies of maps said by them to be supportive of their respective positions.

7. Eritrea has invoked Article 20 of the Commission's Rules of Procedure as justifying the issue by the Commission of an interim protective order. Ethiopia has denied the applicability of this Article.

8. In its Interlocutory Order of 7 July 2002, the Commission recalled that Article 27, paragraph 1, of the Rules of Procedure provided that "the Commission shall be entitled to make any necessary interim, interlocutory or partial decisions".

9. On its first consideration of the matter, the Commission took the view that it could not, at this stage, reach any final conclusions on the Eritrean request of 7 June 2002 without further information as to the exact location of the settlements to which that Request related.

10. Accordingly, the Commission decided in its Interlocutory Order of 7 July 2002 to send a team ("the Team") to determine by examination on the ground and from the air the exact location of the various places mentioned in the exchanges between the Parties and referred to in the recitals to that Order and, so far as possible, the extent to which there had been movements of population in or around them since 13 April 2002. These places were:

- Badme and its environs (including "Badme sub-region" or kebele of Badme);
- Dembe Gedamu (including the kebele of Dembe Gedamu);
- Hadish Adi; and
- Dembe Bengul.

11. The Team, after visiting the places in question on 12 and 13 July 2002, submitted a report of its findings to the Commission on 15 July 2002 and the Commission immediately communicated these findings to the Parties.

12. The Team's findings included the following:

- As to Badme, there was no observable sign of recent population settlement or evidence of makeshift housing such as tents.
- As to Dembe Gedamu, there was no evidence of civilian settlement at the village of that name, which appeared to be abandoned. However, on maps submitted by both Parties, "Dembe Gedamu" appears as the name of an area as well, within which the Team did find evidence of a recent tent settlement housing some 90 persons, at a place called "Dembe Mengul". Dembe Mengul is located 0.4 km to the west of the delimitation line established by the Commission's Decision of 13 April 2002. The one inhabitant whom the Team was able to interview claimed to be a displaced person who had recently returned to his home there. He stated that he had received assistance from the Government in the form of tents, seeds and money. Aerial photography established that this location was settled after 13 April 2002.
- As to Hadish Adi, there is evidence of a recent settlement consisting of fresh tents which appear to house some 100 persons. Hadish Adi is 3.5 km to the east of the delimitation line established by the Commission's Decision of 13 April 2002.
- As to Dembe Bengul, the Team was unable to identify a place of that name at the location indicated on the maps submitted by the Parties.

13. At a hearing held in The Hague on 16 July 2002, the Parties addressed the findings of the Team and presented oral arguments on the questions raised by Eritrea's Request of 7 June 2002.

14. During the hearing on 16 July 2002, the Parties did not contradict the findings of the Team.

15. At the end of the oral hearings, the Parties made the following final submissions:

For Eritrea —

- “1) that Ethiopia cease its illegal program of transfer of Ethiopian civilians into Eritrean territory and otherwise bring its conduct into compliance with the delimitation Decision of 13 April 2002;
- 2) that all land grants purported to have been made by Ethiopia throughout its military occupation of Eritrean territory are declared void and of no effect; and
- 3) that Ethiopia immediately remove all Ethiopian settlers installed in Eritrean territory since the announcement of the 13 April delimitation Decision”.

For Ethiopia —

“that the Commission should reject Eritrea’s request for interim measures.”

16. The Commission finds that there is no evidence of new settlement in Badme and Dembe Gedamu. There is evidence of new settlers at Hadish Adi, but that location is within Ethiopia. The only location in Eritrean territory at which there is evidence of new settlement is Dembe Mengul.

17. The Commission has received no evidence of any land grants made by Ethiopia as referred to in Eritrea’s Memorandum.

18. The Commission finds it appropriate to observe that it would not be in accordance with the obligations of the Parties for either of them to take, or permit to be taken, any actions that prejudice, or might prejudice, the fulfilment of the Commission’s Decision of 13 April 2002. By a letter addressed to both Parties on 21 June 2002, the Commission has already reminded them that it would not be in accordance with the obligations of either of them to take, or permit to be taken, any actions that prejudice, or might prejudice, the fulfilment of the Commission’s Decision of 13 April 2002. It followed that both Parties should assist the Commission in the performance of its task and that neither Party should do anything to prevent or hinder the demarcation process or act in a manner contrary to the rights of the other. The Commission was also mindful of the duty of the Parties to do nothing that would aggravate the dispute. Neither Party should do anything to prevent or hinder the demarcation process or act in a manner contrary to the rights of the other, or otherwise aggravate the dispute.

ACCORDINGLY, THE COMMISSION,

in the exercise of its powers under Articles 20 and 27 of its Rules of Procedure,

DECIDES THAT

A. Eritrea’s Request for the Commission to prescribe interim measures under Article 20 of the Rules of Procedure is rejected;

B. Any Ethiopian government-sponsored resettlement of Ethiopian nationals in Dembe Mengul after 13 April 2002 should not have taken place;

C. Ethiopia shall:

- (i) forthwith arrange for the return to Ethiopian territory of those persons in Dembe Mengul who have gone there from Ethiopia pursuant to an Ethiopian resettlement program since 13 April 2002; and
- (ii) report to the Commission on the implementation of sub-paragraph (i) above no later than 30 September 2002.

D. Each Party shall ensure that no further population resettlement takes place across the delimitation line established by the Decision of 13 April 2002.

The Hague, 17 July 2002

Signed by the Commission:

(Signed) Professor Sir Elihu Lauterpacht, President

(Signed) Prince Bola Adesumbo
Ajibola

(Signed) Professor W. Michael
Reisman

(Signed) Judge Stephen M. Schwebel

(Signed) Sir Arthur Watts

(Signed) Dr. Hiroshi Murakami,
Secretary

(Signed) Bette E. Shifman,
Registrar

DETERMINATIONS, DECISION OF 7 NOVEMBER 2002

CONCLUSIONS, DÉCISION DU 7 NOVEMBRE 2002

Jurisdiction and powers of the Commission extend to taking cognizance of and making appropriate decisions on any matter necessary for the performance of its mandate to delimit and demarcate the boundary.

Il entre dans la compétence et les pouvoirs de la Commission de connaître de toute question qu'elle juge nécessaire à l'accomplissement de son mandat concernant le tracé et l'abornement de la frontière et, le cas échéant, de statuer sur ladite question.

DETERMINATIONS **7 November 2002**

WHEREAS,

1. Questions have arisen as to the scope of the Commission's jurisdiction and powers,

2. Article 4(2) of the December 2000 Agreement mandates the Commission "to delimit and demarcate" the border between the Parties,

3. Article 4(15) of the same Agreement provides that "the delimitation and demarcation determinations of the Commission shall be final and binding" and that "[e]ach party shall respect the border so determined, as well as the territorial integrity and sovereignty of the other party",

4. Article 14(A) of the Demarcation Directions provides: "The Commission has no authority to vary the boundary line. If it runs through and divides a town or village, the line may be varied only on the basis of an express request agreed between and made by both Parties",

5. The Security Council of the United Nations in Resolution 1430 of 14 August 2002 called upon the parties "to cooperate fully and promptly with the Boundary Commission, including by implementing without conditions its binding Demarcation Directions, by abiding promptly by all its orders, including the two issued on 17 July 2002",

6. The Delimitation Decision of 13 April 2002 is final and binding in respect of the whole of the boundary between the Parties with the exception of Tserona, Zalambessa, Bure, the Eastern Sector, and the rivers, to the limited extent therein stated,

7. The Commission on 13 April 2002 stated that it "considers that the fact that it must now proceed to demarcate the boundary in accordance with the December 2000 Agreement does not qualify the immediate effect of the

determination of the boundary between the Parties and the limits of their respective sovereignties",

8. Both Parties have stated that they accept the Delimitation Decision as final and binding,

9. The Commission is bound, in implementation of the December 2000 Agreement, to proceed expeditiously to complete the delimitation in the above-mentioned localities and to demarcate the whole of the boundary,

10. The Commission believes that it would be helpful to the Parties in discharging their duties to each other and to the Commission for the Commission to determine the legal position in respect of certain matters,

The Commission, having considered the views of the Parties, now determines as follows:

1. The jurisdiction and powers of the Commission extend to its taking cognizance of, and where necessary making appropriate decisions on, any matter it finds necessary for the performance of its mandate to delimit and demarcate the boundary;

2. The Commission is accordingly entitled to take cognizance of any population movement across the boundary as determined in the Delimitation Decision and to make such orders as it finds necessary in relation to any such population movements, insofar as such movement may affect the process and implementation of demarcation;

3. Having regard to the Commission's Order of 17 July 2002, Ethiopia, in failing to remove from Eritrean territory persons of Ethiopian origin who have moved into that territory subsequent to the date of the Delimitation Decision, has not complied with its obligations;

4. Any decision by the Commission to inspect, whether by land or air, any location in the boundary area, and in particular Tserona or Zalambessa or their environs in implementation of paragraph 8.1.B iv and vi of the Delimitation Decision, is a decision foreseen in operative paragraph 1 above, and must be complied with.

The Commission expects the Parties to act in accordance with these determinations.

London, 7 November 2002

Signed by the Commission:

(Signed) Professor Sir Elihu Lauterpacht, President

(Signed) Prince Bola Adesumbo
Ajibola

(Signed) Professor W. Michael
Reisman

(Signed) Judge Stephen M. Schwebel

(Signed) Sir Arthur Watts

(Signed) Dr. Hiroshi Murakami
Secretary

(Signed) Bette E. Shifman
Registrar

DEMARCATIION OF THE ERITREA/ETHIOPIA BOUNDARY DIRECTIONS, 8 JULY 2002 (AS REVISED NOVEMBER 2002, MARCH AND JULY 2003)

DIRECTIVES POUR LA DÉMARCATIION DE LA FRONTIÈRE ENTRE L'ÉRYTHRÉE ET L'ÉTHIOPIE DU 8 JUILLET 2002 (TELLES QUE MODIFIÉES EN NOVEMBRE 2002, MARS 2003 ET JUILLET 2003)

Demarcation will determine more precisely the delimitation line at those points specified in the Delimitation Decision—Commission has no authority to vary the boundary line—special directions for specific locations or problems, including (1) division of towns and villages, (2) river boundaries and (3) Tserona, Zalambessa and Bure.

Note: “UNMEE” refers to the United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea.

La démarcation permettra de déterminer d'une manière plus précise la ligne de délimitation aux points spécifiés dans la décision relative à la délimitation – la Commission n'a pas le pouvoir de modifier la frontière – directives spéciales concernant certains sites ou problèmes spécifiques, notamment 1) la division de villes et de villages, 2) les frontières fluviales, et 3) Tserona, Zalambessa et Bure.

Note : Le sigle « MINUEE » se réfère à la Mission des Nations Unies en Éthiopie et en Érythrée.

**DEMARCATIION OF THE ERITREA/ETHIOPIA
BOUNDARY DIRECTIONS**

**(“The Demarcation Directions”), 8 July 2002
(as revised November 2002, March and July 2003)**

I. Introduction

1. Article 4 (13) of the December 2000 Agreement requires the Commission to arrange for expeditious demarcation of the border as delimited. Article 4 (14) provides that “the Parties agree to cooperate with the Commission, its experts and other staff in all respects during the process of delimitation and demarcation, including the facilitation of access to territory they control”.

2. The Rules of Procedure of the Commission provide in Article 30:

“1. In consultation with, and with the co-operation of, the Secretary-General of the United Nations, the Commission shall arrange for the expeditious demarcation of the border as delimited. Without prejudice to paragraph 2 hereof, the procedure relating thereto shall be adopted by the Commission at an appropriate moment after consultation with the Parties. If the circumstances so permit, the border may be demarcated in such stages as the Commission may from time to time determine.

2. The Commission may, at any time, take, or direct the taking of, such preparatory steps as it considers desirable to expedite completion of its task and the prompt demarcation of the border . . . The Parties shall, to such extent as the Commission may direct, co-operate fully with the Secretary or any other personnel involved in such preparatory steps.”

3. The steps that need to be taken in connection with the demarcation have been reported to the Secretary-General of the United Nations for transmission to the Security Council on a number of occasions, namely, in the Second (27 April 2001), Third (22 November 2001) and Fourth (4 August 2002) Reports of the Commission. They have also been the subject of correspondence between the Commission and the Parties.

4. In its Fourth Report the Commission expressed the hope that the Security Council, in its next resolution relating to the operation of UNMEE, would be able to extend the scope of the Mission’s mandate expressly to enable it to assist the Commission in the demarcation stage of its activity and, in that connection, to accelerate the process of mine clearance. In response, the Security Council, in resolution 1398, invited the Secretary-General to submit recommendations to the Council on UNMEE’s role in the border demarcation process, including with regard to the provision of demining support. The Secretary-General, in S/2002/245, indicated his readiness to make such recommendations.

5. In the Opening Statement made by the President of the Commission on 13 April 2002, on the occasion of the delivery of the Decision on Delimitation, he said, *inter alia*:

“The Commission expects that the Parties will co-operate fully with the Commission in moving expeditiously to the demarcation phase. During that phase the demarcation staff assisting the Commission will examine the border region at first hand. On the basis of the information which they will then gather, the Commission will make any further determinations that may prove necessary.”

6. In the light of the foregoing, the Commission has adopted the Demarcation Directions set out below. In accordance with Article 30 of the Commission’s Rules of Procedure, the Parties have been consulted in the course of the preparation of these Directions.

II. Demarcation Directions

1. Objective of the Demarcation

A The general purpose of the demarcation is to set on the ground pillars identifying the course of the line decided in the Commission’s Delimitation Decision of 13 April 2002.

B The demarcation will also determine more precisely the delimitation line at those points specified in paragraphs 8.1.B. (iv), (vi) and C of the Dispositif of the Delimitation Decision.

2. Organization of the Demarcation

B The Demarcation Process will be carried out by, or under the responsibility of, the Boundary Commission. The work will be done by the Secretary and his representatives who are members of the United Nations Cartographic Unit (see Article 4, para. 7 of the Peace Agreement), the Special Consultant of the Commission (“the Special Consultant”), the Chief Surveyor and any other persons appointed or employed for this purpose by or under the authority of the Commission. The Terms of Reference of the Special Consultant are annexed hereto.

3. Field Offices

The work in the region will be carried out through two or more Field Offices of equal status, at least one in the territory of each Party. At present there are field offices in Addis Ababa and Asmara. Work shall be divided between these offices in the most efficient and economical manner as the circumstances may require, as determined by the Commission. In addition, the opening of an additional field office at Adigrat is foreseen when the stage is reached of actual placement of the boundary markers.

4. Relations with UNMEE

As provided by Security Council Resolution 1344, UNMEE will provide assistance to the Commission in accordance with the terms of the MOU between the United Nations and Commission signed on 2 April 2002 (with the deletion, as agreed with the United Nations, of the last item in ‘Part D’ of the Annex thereto, relating to identification cards, which is superseded by the last sentence of paragraph 7, below).

5. Information regarding operations

The Special Consultant, assisted by the Chief Surveyor and in consultation with the Secretary, shall, as requested by the President:

A Prepare for the Commission and the Parties a statement of operations that have already been performed and that remain to be performed, with an estimate of the dates at which the various steps will be taken. The schedule of operations still to be carried out will be updated at monthly intervals. Any comments that the Parties may wish to make shall be made within 48 hours of receipt of the statement of operations.

B File progress reports with the Commission, the Parties and UNMEE at monthly intervals.

C Maintain personal contact, at regular intervals of not more than six weeks, with the central and regional authorities in Eritrea and Ethiopia in order to keep the most senior authorities informed of developments.

6. Liaison

A Each Party shall nominate at a high level a Liaison Representative and a Deputy Liaison Representative, at least one of which shall be stationed at their respective capitals, who shall have authority to receive information and requests for assistance, etc. and shall be able to arrange for these to be speedily processed. Any communications that the Parties may wish to make to the Field Offices of the Commission or the Commission shall be made through their respective Agents or Liaison Representatives and shall be copied to the Agent and the Liaison Representative of the other Party. The names and contact details of the Liaison and Deputy Liaison Representatives shall be forwarded without delay to the Secretary, the Special Consultant and the Chief Surveyor.

B (i) Each Party shall also nominate not more than two Field Liaison Officers to accompany the Field Offices staff of the Commission as observers during their movements in connection with their field work, for example, the emplacement of boundary markers and the “as-built” survey. However, if a Party does not make such nominations, or its nominees are not available at an appointed time and place, the Field Offices staff shall be free to continue their operations.

(ii) *Field Liaison Officers shall be persons who have not served in that role, otherwise than in an ad hoc capacity, prior to 7 July 2003, and who are not currently serving as military personnel. Notice of each Party’s selections as Field Liaison Officers shall be forwarded for information to the other Party and to the Registrar of the Commission and shall be accompanied by the following information in respect of each Field Liaison Officer:*

(a) *an up-to-date curriculum vitae, including full name, professional qualifications, current position and occupational responsibilities;*

(b) *a record of any military service or responsibilities since 1989.*

(iii) *A person’s nomination as a Field Liaison Officer becomes effective upon that person’s selection by the nominating Party as a Field Liaison Officer and the required accompanying information being forwarded to the Commission and the other Party. Should any disagreement arise with regard to a person’s nomination as a Field Liaison Officer, that disagreement shall be resolved by the Commission, whose decision shall be final.*

*(iv) In the event of replacement of a Field Liaison Officer, the Party making the replacement shall follow the procedure set forth in subparagraph (ii) above.**

C Each Party shall be responsible for providing, at its own expense, for the travel of its Field Liaison Officers to the proposed point of work. Parties shall also be responsible for all other expenses of their Field Liaison Officers. The Field Office staff shall not be responsible for any transport or logistical support required by the Field Liaison Officers at the work sites.

D Field Liaison Officers shall not interfere with or hinder the work of Field Offices staff on the ground. In case of unresolved disagreement, the procedure set out in paragraph 15 shall be followed. Field Liaison Officers may not be involved in mine-clearance activity.

E The Field Liaison Officers of each Party shall enjoy freedom of movement within the territory under control of the other Party in order to travel to meet with representatives of the Boundary Commission at the proposed point of work. The right of each Party to have its own Field Liaison Officers present while work proceeds is conditioned upon its compliance with its obligation to facilitate the attendance of the other Party's Field Liaison Officer.

7. Registration of Field Office staff

The Commission, through its Secretary and his Field Officers, shall communicate to the Parties the names and official designations of all persons employed in the service of the Field Offices or carrying out activities on their behalf, including contractors. Identification cards will be issued in the name of the Boundary Commission to such persons and shall be carried at all times.

8. Freedom of movement

A The staff of the Field Offices of the Commission and other persons performing functions for the Commission require free and unrestricted movement, and shall be allowed such movement, within the territories of the Parties for purposes connected with the demarcation. Any transport used by the staff of the Field Offices or by the Field Liaison Officers shall fly a flag or bear readily visible insignia clearly marked with the letters "EEBC".

B Notice of intended movements by air in the border region shall be given to the Liaison Representatives of the Parties not less than 72 hours in advance. The Parties shall provide the necessary authority within the ensuing 48 hours.

C Visas shall be given to Field Offices staff and other persons performing functions for the Commission for multiple entry and extended stay.

* Italicized text indicates revision of July 2003, set forth in the Commission's "Decision pursuant to Article 15B of the Commission's Demarcation Directions."

D Each Party shall within the area under its control be solely and completely responsible for ensuring the safety of all Field Offices staff and all personnel employed or used by the contractors for the placement and verification of boundary markers (“demarcation personnel”). Without prejudice to the generality of this responsibility, each Party shall ensure that in any area in which the Field Offices staff and demarcation personnel are working the local government officers and population are informed in advance so that they do not place any obstacle in the way of the performance by such personnel of their tasks. The security personnel of each Party providing protection to Field Offices staff and other demarcation personnel shall at all times carry appropriate communication equipment to enable them to communicate instantly with their respective capitals and those senior administrative officers with authority to resolve immediately any difficulties that may arise.*

9. The demarcation

A The demarcation shall take place on the basis of the 1:25,000 scale map presently being prepared by the Secretary of the Commission. As soon as completed, copies of this map bearing some place names and other basic geographic features for ease of reference, but otherwise unmarked, shall be handed to the Agents and the Liaison Representative of each Party for comment. Such comments shall be made to the Secretary within 15 days of receipt of the maps by each Party.

B Having considered any such comments, the Special Consultant with the assistance of the Chief Surveyor and in consultation with the Secretary, shall then prepare the factual report referred to in paragraph 14 E, below.

C Once the decision of the Commission on the places referred to in paragraph 14, below, has been made, the Commission shall mark on this map the line prescribed in the Delimitation Decision and the proposed sites of the boundary pillars, taking into account where appropriate the need for intervisibility. The map so marked will be sent to the Parties through their Agents and Liaison Representatives for their comments, to be made within 15 days.

D Pillars shall be placed within 50 metres of the coordinates of the pillars marked on the 1:25,000 scale map. If any pillar cannot be so placed, the question of its location shall be referred back to the Commission.

E *Pillar emplacement shall begin in the Eastern Sector, without prejudice to the continuance of preparatory steps for pillar emplacement in the Western and Central Sectors. The precise order of the emplacement of*

* Bold text indicates revision of November 2002.

*individual pillars will be determined by the Commission in the light of conditions prevailing from time to time.***

10. Mine clearance

A The preparation of each pillar site and the construction of each pillar shall not begin until the site and access roads are certified to be clear of mines and unexploded ordinance (“UXO”) by the UNMEE MACC.

B Mine-clearance activity shall be conducted as heretofore, under the control and command of UNMEE MACC, by UNMEE personnel, UNMEE-employed personnel and international commercial contractors.

C All such personnel shall have freedom of movement to and around mine-clearance sites as provided in paragraph 8 A, above.

D Verification and quality assessment of mine-clearance work is the responsibility solely of UNMEE MACC.

11. Construction of pillars

A Pillars will be constructed in the manner and to the specification proposed in the Chief Surveyor’s memorandum on Demarcation dated 16 May 2002. These details may be modified by the Commission after consultation with the Parties.

B Construction shall be done by contractors hired by the United Nations on behalf of the Commission in accordance with the MOU. The contractors may use UNMEE assistance as required, in accordance with the MOU.

C Materials for the construction of boundary markers and witness marks shall be procured by the United Nations on behalf of the Commission in accordance with the MOU.

12. “As-built” survey of boundary markers

Immediately after construction, the final location of each boundary marker shall be accurately surveyed from the adjacent witness marks. The witness marks and boundary markers will be connected by survey to the Primary and Secondary datum stations previously established. This survey work will be undertaken by contractors employed under paragraph 11 B, above.

13. Sectoral map

A register shall be kept, recording the final location of each pillar. The completion of the demarcation in each sector shall be promulgated by the

** Italicized text indicates revision of March 2003, pursuant to paragraph 4 of the Commission’s Order of 9 February 2003.

Commission by means of the issue to the Parties of the final map of the relevant sector and a copy of the relevant pages of the register.

14. Special directions for specific locations or problems

Division of towns and villages

A The Commission has no authority to vary the boundary line. If it runs through and divides a town or village, the line may be varied only on the basis of an express request agreed between and made by both Parties.

River boundaries

B Unless the Commission should decide otherwise after receiving a request from a Party that the boundary in a river requires demarcation, the Commission considers that the identification of a river as a boundary should normally suffice without actual demarcation therein, save as regards the identification of confluences, turning points that may give rise to doubts, and headwaters or sources.

C Where the boundary turns at a river confluence, the turning point of the boundary is at the point of the meeting of the main channel of each river or stream. Where topography permits, the turning point shall be identified by three pillars, one on each bank of the river that meets the other and the third on the bank of the latter opposite the confluence, with the distances of each pillar from the point of meeting being marked thereon.

D References to the headwaters or sources of rivers or streams mean the highest point at which the flow of water can be identified or, if the stream bed has become permanently dry, then the highest point at which the stream bed can be identified.

Tserona, Zalambessa and Bure

E The Commission cannot demarcate the precise boundary at each of these towns without fuller knowledge of their layout and of the character and location of the buildings within them. The Field Offices shall therefore prepare a factual report thereon, on which the comments of the Parties will be requested, whereupon the Commission shall provide appropriate instructions to the Field Offices.

15. Disagreements

A Any disagreement by a Party with the location of the emplacement of a pillar on the ground, and the reasons thereafter, shall be notified by its Liaison Representative in writing to the Special Consultant and the Chief Surveyor, with a copy to the other Party's Liaison Representative, within 24 hours of being informed of the intended specific location. Such information shall be conveyed to the Field Liaison Officers if they are present at the location or, if they are not present, to the Liaison Representatives of the Parties. The other Party shall respond within 48 hours, and the Special

Consultant, in consultation with the Secretary and the Chief Surveyor, shall then decide the matter. Either Party may then request (giving its reasons) the Special Consultant to refer the matter to the Commission for final decision. The fact that a question relating to a particular pillar is under consideration shall not prevent the Field Offices staff from continuing work on other pillars.

B Any other matter of disagreement shall, after notice by the Liaison Representative or Liaison Officer of the Parties to the Special Consultant or Chief Surveyor, be discussed between them. If the disagreement cannot thus be resolved, it shall be referred to the Commission for decision. The Special Consultant or the Chief Surveyor shall prepare and transmit a report thereon to the Commission and the Parties. The Parties may communicate any comments on this report to the Commission within 15 days of receipt of the report.

OBSERVATIONS OF THE ERITREA-ETHIOPIA BOUNDARY COMMISSION, 21 MARCH 2003

OBSERVATIONS DE LA COMMISSION DU TRACÉ DE LA FRONTIÈRE ENTRE L'ÉRYTHRÉE ET L'ÉTHIOPIE, 21 MARS 2003

Commission's approach to the demarcation phase of its work—latitude of demarcators in demarcating the line delimited by an arbitral or judicial award or by a boundary treaty—practice normally based on the agreement of the parties concerned—no implied power under customary international law—limited margin of appreciation in order to enable the demarcator to take account of any flexibility in the terms of the delimitation itself or of the scale and accuracy of maps used in the delimitation process, and to avoid establishing a boundary which is manifestly impracticable.

Approche suivie par la Commission pendant la phase de démarcation de ses travaux – latitude d'appréciation dans la démarcation de la ligne délimitée par une sentence arbitrale ou un jugement ou par un traité relatif à la frontière – la pratique est normalement fondée sur l'assentiment des parties concernées – aucun pouvoir implicite n'existe en vertu du droit international coutumier – les responsables de la démarcation d'une liberté bénéficient d'appréciation limitée afin de tenir compte de la flexibilité qui caractériserait la délimitation elle-même, ou de l'échelle ou de la précision des cartes utilisées dans le processus de délimitation, et d'éviter d'établir une frontière qui est manifestement impraticable.

OBSERVATIONS OF THE ERITREA-ETHIOPIA BOUNDARY COMMISSION

Introduction

1. At the time of issuing to the demarcation team its first set of Demarcation Instructions, the Commission considers it opportune to offer the Parties certain Observations on the Commission's approach to the demarcation phase of its work in the light in particular of certain considerations advanced by the Parties in their comments of 24 January 2003. In doing so the Commission is mindful of the fact that it is not the practice of international tribunals to respond to comments upon, or criticisms of, their decisions. However, the unusual features of the present situation, in which the Boundary Commission is required to continue its work by demarcating the boundary but without provision for formal pleadings by the Parties or full oral hearings, make it desirable that the Commission's work in this respect be more fully explained. This will, the Commission believes, also be helpful in avoiding certain misunderstandings regarding the content and effect of the Commission's Delimitation Decision of 13 April 2002 ("Delimitation Decision") and regarding its tasks during the demarcation process.

2. In the Delimitation Decision, the Commission delimited the colonial treaty border between Eritrea and Ethiopia as prescribed by the mandate given to it by the Parties, namely, in accordance with the pertinent colonial treaties and applicable international law. Under the December 2000 Agreement "[t]he parties agree that the delimitation ... determination [...] of the Commission shall be final and binding." Both Parties have affirmed their acceptance of the Delimitation Decision.

The Demarcation Phase

3. The Commission has now turned to the second phase of its work, the demarcation of the boundary. Since, as the Parties have expressly agreed, the Commission's Delimitation determination is "final", the demarcation has to be the demarcation on the ground *of the boundary as delimited in the Delimitation Decision*, not a variation of that boundary or the elaboration of some new boundary. This conclusion is reflected in paragraph 14A of the Commission's Demarcation Directions of 8 July 2002, which reads as follows:

"Division of towns and villages

A. The Commission has no authority to vary the boundary line. If it runs through and divides a town or village, the line may be varied only on the basis of an express request agreed between and made by both Parties."

Although Ethiopia had, in its written comments on the draft of this provision, expressed the hope that it could be made more flexible so that demarcations could be more practical and mitigate hardships, the Commission felt unable to accede to that suggestion, given both the finality which the Parties were agreed was attached to its Delimitation Decision and the role given by the Parties to the United Nations in facilitating the resolution of such problems.

4. The position as set out in paragraph 14A thus follows from the mandate given to the Commission by the Parties in the December 2000 Agreement. The Commission cannot by its own actions expand the authority conferred upon it. If, however, the Parties were to agree that the Commission's authority should be expanded, they would be free to do so.

Flexibility in demarcation

5. At this point the Commission must address the question of the flexibility which is said to inhere in a demarcation process and which, it is suggested, enables the Commission to depart from the strict application of the boundary line which it prescribed in order to take into account the human and physical geography of certain areas better known now than at the time the Delimitation Decision was handed down.

6. The Commission is, as already noted, constrained by the terms of the December 2000 Agreement. The Commission is unable to read into that treaty language, either taken by itself or read in the light of the context provided by other associated agreements concluded between the Parties, any authority for it to add to or subtract from the terms of the colonial treaties or to include

within the applicable international law elements of flexibility which it does not already contain.

7. In this latter respect the Commission notes that there is a practice whereby demarcators may be given some latitude, on various grounds, in demarcating the line which has been delimited by some arbitral or judicial award or by a boundary treaty. But the Commission notes that this is a practice which is normally based on the agreement of the parties concerned, as expressed in some relevant instrument. Moreover, that practice often involves the demarcation of a boundary by joint demarcation teams composed of representatives of the two States concerned, who can thus act for their States in agreeing to such flexibility as the demarcation team may think appropriate in the course of its work. The Commission is not of the view that there is to be derived from that practice a settled rule of customary international law to the effect that demarcators not so expressly empowered nonetheless possess such power.

8. Hence, consistent with the Parties' prescription that the delimitation be final, the scope for any clarification of or deviation from the boundary which the Boundary Commission has laid down is very limited. In the Commission's view a demarcator must demarcate the boundary as it has been laid down in the delimitation instrument, but with a limited margin of appreciation enabling it to take account of any flexibility in the terms of the delimitation itself or of the scale and accuracy of maps used in the delimitation process, and to avoid establishing a boundary which is manifestly impracticable.

9. In the present case this conclusion is the more compelling in the light of three considerations in particular to which the Parties had agreed in advance:

(a) first, they knew in advance, and agreed, that the result of the Commission's delimitation of the boundary might not be identical with previous areas of territorial administration and might follow a course which resulted in populations ending up on the "wrong" side of the boundary, and that where such a situation arose the ensuing problems were for resolution by the UN rather than by the Commission (Article 4.16 of the December 2000 Agreement);

(b) second, the Parties knew in advance, and agreed, that it was not open to the Commission to make its decisions on the basis of *ex aequo et bono* considerations (Article 4.2);

(c) third, the Parties knew in advance, and agreed, that the boundary as delimited by the Commission's Delimitation Decision would be final (Article 4.15), i.e., not subject to amendment, including therefore amendment during the process devoted to and limited to demarcation of the boundary delimited.

Flexibility Within the Terms of the Delimitation Decision

10. In respect of certain matters - Tserona, Zalambessa, Bure, the Eastern Sector as a whole, rivers, the recalculation of coordinates, and the eventual need to replace the Commission's "illustrative" map with a final and definitive map - the Commission envisaged that further work was required but it specified in its Delimitation Decision what that work would entail. It would be wrong to read into those exact references some readiness or authority on the part of the Commission to go beyond the limits set, let alone to look again at other sections of the boundary in the light of such further representations as might be made to it.

(a) The recalculation of coordinates

11. This is particularly the case with the Commission's specification in the Delimitation Decision of the coordinates of the points between which the boundary was to run. The Commission explained that this particular specification was used because of the limited availability at that stage of information on the maps before the Commission. The Commission therefore added that "[a]ll coordinates will be recalculated and made more precise during the demarcation as the Commission acquires the additional necessary information." As is evident from the words used and from their context the recalculation of the coordinates was to be solely for the purpose of ensuring, on the basis of aerial photography, which the Commission had previously been precluded from initiating, that the coordinates of the locations listed in the Decision were accurate. Nothing in the language used could reasonably be read as suggesting that the Commission intended that the locations themselves would be varied during the demarcation. It was to be a technical exercise not involving any substantive alteration in the boundary. Nothing was said in the Decision to suggest that the line was provisional other than in relation to the locations specifically identified in paragraph 10 above.

12. The Commission is therefore obliged to reject the assertion that it must adjust the coordinates to take into account the human and physical geography in the border region. Moreover, the Commission firmly rejects the contention that if such adjustments are not made the Commission's work would be devoid of adequate legal basis.

(b) The Parties' subsequent conduct

13. Similarly, the fact that the Commission, in its Delimitation Decision, made an assessment of the effect of subsequent conduct on the boundaries established by the three colonial treaties cannot be read as enabling the Commission now to reopen the Delimitation Decision. In considering such conduct, the Commission relied on the evidence placed before it by the Parties during the written and oral pleadings before the Commission, and concluded that in some respects a departure from the treaty boundary was called for while in others it was not. The Commission's readiness to consider in that way the Parties' subsequent conduct was not intended to mean, and cannot be taken

to mean, that the Commission would now be receptive to additional evidence of that conduct or would itself seek to gather it. To do so would mean that the boundary determined by the Commission would have been subject to further variation and would thus have been indeterminate. It would also be inconsistent with the stipulation in the December 2000 Agreement that the Commission's Delimitation Decision is "final." The boundary laid down in the Delimitation Decision reflects the Commission's assessment of the evidence of conduct presented by the Parties. The boundary line drawn, for example, in the area of the so-called Belesa and Endeli Projections is not a provisional line subject to further consideration by the Commission of new evidence of State practice in those areas. There is, in short, no further room for the introduction by the Parties of additional new evidence of their conduct, or for the Commission to seek out such evidence.

The Three Boundary Sectors

14. As the Commission indicated in its Delimitation Decision, its approach to the task of delimiting the boundary between Eritrea and Ethiopia was dictated by the December 2000 Agreement, in which the Parties stipulated that the Commission's mandate was to determine the boundary on the basis of the three Treaties and applicable international law. Accordingly, the Commission dealt with the boundary in three sectors corresponding to the three Treaties. As they were not identical in content, the interpretation and application of each by the Commission required different approaches in each of the sectors to which they related.

(a) The Western Sector

15. The boundary in the Western Sector, governed by the 1902 Treaty, was never completely laid down prior to the dispute between the Parties. It was, therefore, a principal task of the Commission to complete the delimitation of that boundary.

16. The Commission concluded that the boundary in the uncompleted section had crystallized by 1935 so as to follow a straight line between Points 6 and 9 as depicted on the map accompanying its Delimitation Decision. That straight line had been represented on many maps, including maps published by Ethiopia as well as Eritrea.

17. The Commission also examined developments after 1935, and concluded that it could "perceive nothing in that chain of developments that has had the effect of altering the boundary between the Parties" (para 5.91). The Commission observes that its finding that the boundary under the 1902 Treaty had by 1935 crystallized along the line of the traditional signature means that the burden rested upon Ethiopia to substantiate any claimed departure from that line on the basis of conduct that would serve to show that Badme village (which lies close to the line) was subject to Ethiopian control. The Commission referred specifically in the Delimitation Decision (paras 5.92-5.95) to the evidence produced by Ethiopia. It noted in particular that

Ethiopia had introduced no evidence in its opening pleading (its Memorial) of governmental activities west of that straight line; although it produced some evidence in its Counter Memorial, it did not add to or develop this in its Reply. Moreover, maps submitted by Ethiopia were inconsistent as to the location of Badme village. Overall, the evidence was nothing like what might have been expected had Ethiopia's presence there in the period before the case been as significant as Ethiopia now alleges. The Commission would note that what is relevant here is governmental and not private activity. The references to Ethiopian governmental control of Badme and its environs were insufficient to persuade the Commission that an Ethiopian presence west of the line from Points 6 to 9 would support a departure from the line that had crystallized by 1935.

18. This conclusion followed from the inadequacy of Ethiopia's evidence. Since Badme village (as opposed to some other parts of the Badme region) lay on what was found to be the Eritrean side of the treaty line, there was no need for the Commission to consider any evidence of Eritrean governmental presence there, although Eritrea did in fact submit such evidence. Moreover, even some maps submitted by Ethiopia not only showed the distinctive straight line between the Setit and Mareb Rivers, but also marked Badme village as being on the Eritrean side of that line. The Commission must also observe that the Ethiopian invocation of the findings of the OAU in respect of Badme in 1998 (Comment, para. 1.4, footnote 4) failed to mention the OAU's express statement that those findings did not "prejudge the final status of that area which will be determined at the end of the delimitation and demarcation process and, if necessary, through arbitration."

(b) The Central Sector

19. In the Central Sector the boundary was decided by reference, in the first place, to the Treaty of 1900. The subsequent conduct of the Parties was then examined with a view to determining whether any such conduct required the Commission to depart from the Treaty line as so determined. The Commission found that on the evidence placed before it such departure was required at a number of locations which were clearly described. However, at two points determination was left to be made more precise later, namely, at Tserona and Zalambessa. The Delimitation Decision contained no indication that the demarcation would involve any change or completion of the boundary at any other locations.

20. Nonetheless, in the light of further work done in the exercise of its demarcation function, the Commission has identified two areas in the Central Sector where a strict application of the line as delimited in its Delimitation Decision would be manifestly impracticable, namely, certain plateau lands in the vicinity of Point 18 on the boundary, and the area of the delta-like formation where the Ragali River flows into the Salt Lake. Demarcation instructions relating to these areas will be issued later.

21. In addition, the Commission is aware that there may be technical demarcation issues in part of the stretch between Points 17 and 18, where the boundary runs along what it referred to in the Delimitation Decision simply as the "Eritrean claim line." These issues will be addressed in future instructions to the demarcation team.

22. In two additional respects the Commission's delimitation of the boundary in the Central Sector may call for some clarification.

23. Although it now appears that the Commission may have been provided with insufficient information concerning the precise location of Fort Cadorna, this does not affect the delimitation of the boundary in the region that the Commission has identified as "Acran", that is, the area in the southern part of the Belesa Projection defined by the Commission as extending over the relevant part of the boundary line joining Points 14-18. The Commission found that the evidence of Eritrean activity was "sufficient ... to justify treating the Acran region as part of Eritrea." That conclusion is not brought into question by the possible misplacement of Fort Cadorna, and accordingly there is no reason for the Commission to vary the boundary in the southern section of the Belesa Projection as delimited by it.

24. The other respect in which the Delimitation Decision calls for some clarification concerns the course of the boundary between Points 20 and 21, immediately to the southeast of Zalambessa. In that area there is a discrepancy between, on the one hand, the Commission's reasoning (at para. 4.42) and, on the other hand, its summary of the Treaty boundary (para. 4.59(6) and (7)) and the operative part of the Commission's *dispositif*, as shown on Map 11 of the Delimitation Decision. It is accepted as a matter of international law that it is the *dispositif* which is operative and binding, and which prevails if there is any discrepancy between it and the body of a tribunal's award.

25. There is a further issue in that the Commission, based upon map evidence submitted by both Parties, placed Point 20 at the source of a headwater stream of the Muna/Berbera Gado. From the aerial photo survey that the Commission was only recently permitted to conduct, it is apparent that that map evidence was inaccurate. There may therefore be some uncertainty regarding the boundary line around Zalambessa and the commencement of the line passing down the Muna until it meets the Enda Dashim at Point 21. The Commission will give the demarcation team appropriate instructions in due course.

(c) *the Eastern Sector*

26. The boundary in the Eastern Sector was governed by a third Treaty, that of 1908, which used the formula that the boundary should proceed parallel to the coast and at a distance of 60 kilometres from it, adding that the two Governments would fix the line on the ground by common accord, "adapting it to the nature and variation of the terrain." The Commission accordingly sought the views of the Parties as to what adaptations might be

called for in accordance with that provision. In their comments of 24 January 2003, both Parties gave their views on this matter. The Commission has carefully considered those views, and has reached conclusions which it has embodied in the demarcation instructions which it has today given to the demarcation team.

Rivers and islands

27. The Commission also acknowledged in its Delimitation Decision that there could be certain practical difficulties in the demarcation of the boundary in those stretches where it follows the course of a river. It therefore asked both Parties for their views on these questions, which the Parties duly gave in their comments of 24 January 2003. The Commission is considering those views.

Concluding observations

28. It is inherent in any boundary delimitation that it may give rise to anomalies on the ground. This was expressly anticipated and accepted by the Parties in their December 2000 Agreement, and by the Commission in its Demarcation Directions of July 2002. This is essentially a matter for the Parties to deal with by agreement between themselves, or by agreeing to empower the Commission to vary the boundary, or by turning to the United Nations as contemplated in Article 4.16 of the December 2000 Agreement.

29. In its consideration of the comments of the Parties, the Commission must maintain its impartial approach to all matters with which it has to deal. It cannot allow one Party to claim for itself the right to insist on adjustment of parts of the boundary which that Party finds disadvantageous. The Commission continues to owe a duty to both Parties to perform the functions placed upon it by their agreement and it is its intention to perform these functions fully and faithfully.

30. The next steps to be taken are clear: the Commission's surveyors must be allowed to continue, without hindrance, to establish the locations of the marker pillars and the contractors must be allowed to construct the pillars. The Parties must cooperate with the Commission in ensuring that the Commission be enabled to complete its work as set out in the Schedule of Operations. The Commission's personnel must be fully safeguarded in their operations. While the Commission notes with appreciation the firm undertakings that both Parties have given in this connection, it still remains for the Parties to discuss with the Chief Surveyor at an early date the details of the manner in which they propose to fulfill these undertakings.

London, 21 March 2003

Signed by the Commission:

(Signed) Sir Elihu Lauterpacht
President

(Signed) Prince Bola Adesumbo Ajobola

(Signed) W. Michael Reisman

(Signed) Judge Stephen M. Schwebel

(Signed) Sir Arthur Watts

(Signed) Dr. Hiroshi Murakami
Secretary

(Signed) Bette E. Shifman
Registrar

DEMARCATIION INSTRUCTIONS, 21 MARCH 2003

INSTRUCTIONS RELATIVES À LA DÉMARCATIION, 21 MARS 2003

First set of technical instructions regarding demarcation—Zalambessa and Tserona.

Première série d'instructions techniques concernant la démarcatiion – Zalambessa et Tserona.

DEMARCATIION INSTRUCTIONS, 21 MARCH 2003

The Commission issues the following first set of technical instructions regarding demarcation:

Straight line boundaries

1. Where there is a straight line boundary between turning points, any intermediate boundary pillars shall be placed on the boundary line, so that it falls across the tops of the boundary pillars.

Towns of Zalambessa and Tserona

2. The demarcation team will submit the Ethiopian proposal for the boundary around the town of Zalambessa to Eritrea for comment.

3. The demarcation team shall invite Eritrea to prepare a draft boundary for the town of Tserona. The demarcation team shall then submit that draft boundary to Ethiopia for comment.

Identification of pillar sites in Eastern Sector

4. The requirements for identifying pillar sites in this sector are:

- (a) Helicopter access to pillar and associated marker site;
- (b) Practicability of the site for emplacing the pillar and associated markers;
- (c) Maintenance of an area balance between the line joining the final chosen sites compared to the original delimitation line of 13 April 2002 in the order of 3 per cent;
- (d) Determination of the midpoint between the pre-conflict Eritrean and Ethiopian customs posts on the road near Bure;
- (e) A reinstatement of the original pillar emplaced by the French on Mousa'ali in the course of the original demarcation of the Djibouti-Ethiopia border.

DEMARCATIION INSTRUCTIONS, 22 AUGUST 2003

INSTRUCTIONS RELATIVES À LA DÉMARCATIION, 22 AOÛT 2003

Second set of technical instructions regarding demarcation—Zalambessa and Tserona—consideration of whether certain aspects of the boundary as set out in the Delimitation Decision are manifestly impracticable—river boundaries and islands.

Deuxième série d'instructions techniques concernant la démarcation – Zalambessa et Tserona – examen de la question de savoir si certains aspects de la frontière définis dans la décision relative à la délimitation sont manifestement impraticables; frontières et îles fluviales.

DEMARCATIION INSTRUCTIONS, 22 AUGUST 2003

The Commission issues the following second set of technical instructions regarding demarcation:

Towns of Tserona and Zalambessa

1. The demarcation team shall take the fullest account of the proposed boundaries in the Parties' comments on Tserona and Zalambessa and the instructions in Paragraph 14 E of the Demarcation Directions, and shall prepare a report on these towns.

Identification of pillar sites

Salt Lake

2. The demarcation team shall identify the edge of the Salt Lake in the neighbourhood of Point 31 and fix the position of that point accordingly.

Ragali Delta

3. The demarcation team shall fix the position of Point 30 between the banks of the Ragali.

Ragali Gorge

4. The demarcation team shall fix the position of the pillar site as close as possible to Point 29 so as to ensure that both Parties have continuous access to the waters of the Ragali.

Points 26, 23 and 22

5. With respect to Points 26, 23, and 22, the boundary shall be located at the intersection of the main channel of each tributary with a line joining the

upper and lower sections of the permanent bank of the main stream, and shall be marked by the demarcation team with an appropriate pillar site.

Points 24 and 25

6. The demarcation team shall fix Points 24 and 25 in accordance with Paragraph 14 D of the Demarcation Directions.

Boundary from Zalambessa to Point 21

7. The demarcation team shall investigate the area north of the Muna/Berbero Gado in order to determine whether there is a physical barrier affecting access from the north to the northern side of the river that makes the boundary as set out in the Delimitation Decision manifestly impracticable.

Plateau Land East of Zalambessa

8. The demarcation team shall examine whether the delimitation as contemplated in the Commission's Delimitation Decision is manifestly impracticable so as instead to require running a series of straight lines, in a generally east and south-east direction, from the north-eastern point of the outer boundary of Zalambessa, as proposed by Ethiopia in its comments.

Plateau Lands Near Point 18

9. The demarcation team shall fix pillar sites at the outer and westernmost tips of the perimeter of the plateau, linked by a series of straight lines traversing the valleys in between.

10. The demarcation team shall, insofar as practicable, fix pillar sites so that the pillars will be intervisible.

Eritrean Claim Line

11. The demarcation team shall fix pillar sites between which a series of straight lines would be drawn so as to reflect the Eritrean claim line as depicted on the Soviet map (1:100,000), these pillar sites to be located within approximately 200 metres of the coordinates extracted from the Soviet map.

12. The demarcation team shall, insofar as practicable, fix pillar sites so that the pillars will be intervisible.

13. The demarcation team shall fix a pillar site on the bank opposite the intersection of the tributary on the Eritrean claim line with the Belesa B.

14. The boundary following the main channel of the Belesa A and the main channel of the tributary shall be located at the intersection of the main channel of the tributary with a line joining the upper and lower sections of the permanent bank of the Belesa A, and shall be marked by the demarcation team with an appropriate pillar site.

Point 17

15. The boundary following the main channel of the Belesa A and the main channel of the tributary shall be located at the intersection of the main channel of the tributary with a line joining the upper and lower sections of the permanent bank of the Belesa A, and shall be marked by the demarcation team with an appropriate pillar site.

Points 15 and 16

16. The demarcation team shall fix the position of Points 15 and 16 in accordance with Paragraph 14 D of the Demarcation Directions.

Point 14

17. The boundary following the main channel of the Belesa B and the main channel of the tributary shall be located at the intersection of the main channel of the tributary with a line joining the upper and lower sections of the permanent bank of the Belesa B, and shall be marked by the demarcation team with an appropriate pillar site.

Points 6 and 9

18. The demarcation team shall now fix the position of Points 6 and 9.

Criteria for pillar site selection

19. The requirements for identifying pillar sites in the Central and Western Sectors are:

- (a) helicopter and/or vehicle access to all sites;
- (b) suitability of the site for emplacing the pillar and associated markers.

River boundaries and islands

20. Having considered the submissions and comments of the Parties, the Commission determines that:

- (a) the identification of a river, as a boundary, should normally suffice without actual demarcation therein save as regards the identification of such turning points as might otherwise give rise to doubts, and of headwaters or sources;
- (b) the boundary is the middle of the main channel (the channel of greatest volume) and will move in accordance with any change in position of the middle of the main channel;
- (c) the middle of the main channel, as defined in (b) above, shall not be demarcated;
- (d) islands shall fall within the territory of either Party according to their location in relationship to the main channel.

21. The demarcation team shall determine by appropriate methods the position in relation to the main channel of those islands identified by the Parties in their comments.

PART IV

**Question of the tax regime governing pensions
paid to retired UNESCO officials
residing in France**

Decision of 14 January 2003

**Sur la question du régime fiscal des pensions
versées aux fonctionnaires retraités
de l'UNESCO résidant en France**

Décision du 14 janvier 2003

QUESTION OF THE TAX REGIME GOVERNING PENSIONS PAID TO
RETIRED UNESCO OFFICIALS RESIDING IN FRANCE, DECISION
OF 14 JANUARY 2003

SUR LA QUESTION DU RÉGIME FISCAL DES PENSIONS VERSÉES
AUX FONCTIONNAIRES RETRAITÉS DE L'UNESCO RÉSIDANT EN
FRANCE, DÉCISION DU 14 JANVIER 2003

Agreement between the Government of the French Republic and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization regarding the Headquarters of UNESCO and the Privileges and Immunities of the Organization on French Territory of 1954 (Headquarters Agreement)—the purpose of the Headquarters Agreement with respect to privileges and immunities was to define those accorded to UNESCO in France; the Headquarters Agreement also included provisions relating to the privileges and immunities enjoyed by officials of UNESCO since France had not acceded to the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of 1947 at the time—article 22(b) exempts from taxation the salaries and emoluments paid to officials by the Organization—determination of the applicability of article 22(b) to former UNESCO officials residing in France and drawing, after separation from service, a retirement pension paid by the United Nations Joint Staff Pension Fund.

The jurisdiction of the Tribunal, as clearly defined by the Parties in the Arbitration Agreement, is limited to determining, elucidating and clarifying, in the light of international law and in particular international civil service law, what the Parties have decided in article 22(b); the Tribunal is not authorized to say that the Parties could not have taken such a decision because it would have been contrary to a principle or rule of international law.

Interpretation of article 22(b) of the Headquarters Agreement of 1954 in accordance with the rule of customary law expressed in article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 and the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations of 1986.

Ordinary meaning of the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose: the ordinary meaning of the word “officials” does not include former officials (officials who are no longer in active service); the ordinary meaning of the words “salaries” (remuneration associated with the performance of a civil service function, either in government or in an international organization) and “emoluments” (various forms of compensation and allowances that constitute supplementary elements of remuneration and may be granted in addition to the official’s salary in the strict sense) does not cover retirement pensions.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 1946 (General Convention): article V, section 18(b) does not exempt retirement pensions from taxation—the parties to other headquarters agreements are allowed the freedom to decide what provision they wish to make regarding exemption of retirement pensions from taxation—an express provision is required to institute the exemption.

Special meaning: article 22(b) is modeled on article V, section 18(b) of the General Convention of 1946; the parties to a treaty are presumed to know the current rules of international law when they are negotiating and making decisions, particularly rules likely to affect their future obligations; the Parties are presumed to have been aware of the state of international civil service law at the time they negotiated and to have taken it into account; the Parties did not intend to give the terms “officials” and “salaries and emoluments” a special meaning different from their ordinary meaning.

Subsequent practice: the interpretation of a treaty provision resulting from subsequent practice must be based on an unequivocal common position of the parties in order to establish the unequivocal agreement of the parties concerning this interpretation—the determining factor is the

unequivocal expression of the position of the State which can arise equally out of declarations or acts of authorities with treaty-making power or administrative organs responsible for applying the agreement; where there is a difference between the conduct of the administration and that of the authorities competent to express the position of a State, precedence should be given to the latter—there must be an indisputable concordance between the positions of the parties such as to establish the meaning of a treaty provision—since the Tribunal gave greater weight to the conduct of the authorities competent to speak for France, UNESCO's silence in response to the practice of non-taxation of retirement pensions by the tax administration had no legal consequence for the Agreement—there is no subsequent practice of the Parties which constitutes an interpretation of the Agreement other than that which clearly derives from its terms and which coincides with the intentions of the Parties at the time of the negotiations. This conclusion is in conformity with the object and purpose of the Agreement and the rule according to which tax exemption is functional and is justified by the desire to ensure the independence of the international civil service.

The Tribunal's conclusions were not altered by the following principles or rules which were invoked by the Parties: the equality of States, the non-taxation of foreign public funds, the possibility of a treaty creating subjective rights for individuals, the Noblemaire principle, the continued existence of ties between the international organization and its officials even after their retirement, and the principle of equal treatment.

The Tribunal was not competent to consider the subsidiary claim of UNESCO concerning whether a portion of the pension is principal and constitutes an emolument of the official or what happens when the retiring official receives a lump-sum payment upon retirement in lieu of a pension.

Accord de 1954 entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français (Accord de siège) – l'objet de l'Accord de siège en ce qui concerne les privilèges et immunités était de régler ceux accordés à l'UNESCO en France; l'Accord de siège comportait également des dispositions relatives aux privilèges et immunités des fonctionnaires de l'UNESCO car la France n'avait à l'époque pas adhéré à la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées – l'article 22 b) exonère d'impôt les traitements et émoluments versés aux fonctionnaires par l'Organisation – détermination de l'applicabilité de l'article 22 b) aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies.

La compétence du Tribunal, telle qu'elle a été clairement définie par les Parties dans le compromis d'arbitrage, se limite à rechercher, élucider et clarifier, à la lumière du droit international et notamment du droit de la fonction publique internationale, ce que les Parties ont décidé à l'article 22 b); le Tribunal n'est pas autorisé à dire que les Parties n'ont pas pu prendre une telle décision parce qu'elle serait contraire à tel principe ou à telle règle du droit international.

Interprétation de l'article 22 b) de l'Accord de siège de 1954 conformément à la règle de droit coutumier consacrée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

Sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de celui-ci : le sens ordinaire du mot « fonctionnaires » ne comprend pas les anciens fonctionnaires (les fonctionnaires qui ont cessé leur activité); le sens ordinaire des mots « traitements » (la rémunération attachée à l'exercice d'une fonction publique, soit dans un cadre étatique, soit dans le cadre d'une organisation internationale) et « émoluments » (les indemnités et allocations diverses qui sont des compléments de rémunération et qui viennent s'ajouter éventuellement au traitement proprement dit du fonctionnaire) ne couvre pas la notion de pensions de retraite.

Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies (Convention générale) : l'article V, section 18 b), n'exonère pas d'impôt les pensions de retraite – les parties à d'autres accords de siège sont libres de décider du sort qu'elles entendent réserver aux pensions de retraite au regard de l'imposition – une disposition expresse est nécessaire pour instituer l'exonération.

Sens particulier : l'article 22 b) reprend l'article V, section 18 b), de la Convention générale de 1946; les parties à un traité sont censées connaître les prescriptions du droit international qui avaient cours au moment de leurs négociations et décisions, et surtout celles d'entre ces prescriptions qui étaient susceptibles d'affecter leurs obligations futures; au moment de leurs négociations, les Parties sont censées avoir connu l'état du droit de la fonction publique internationale et en avoir tenu compte; les Parties n'ont pas entendu donner aux termes « fonctionnaires » et « traitements et émoluments » un sens particulier qui s'écarterait de celui qui résulte de leur sens ordinaire.

Pratique ultérieure : l'interprétation d'une disposition d'un traité résultant d'une pratique ultérieure doit avoir pour source une position commune et sans équivoque des parties de façon à établir l'accord non équivoque des parties quant à cette interprétation – le facteur déterminant est l'expression non équivoque de la position de l'État qui peut résulter tout aussi bien de déclarations ou de la conduite des autorités investies du treaty-making power que de celles des organes administratifs chargés de l'application de l'accord; quand il y a divergence entre le comportement de l'administration et celui des autorités susceptibles d'exprimer la position d'un État, il faut préférer celui de ces dernières – il faut qu'il y ait une concordance indiscutable entre les positions des parties pour fixer le sens d'une disposition d'un traité – le Tribunal ayant donné plus de poids au comportement des autorités susceptibles de parler au nom de la France, le silence de l'UNESCO devant la pratique de non-imposition des pensions de retraite par l'administration fiscale n'avait aucune conséquence juridique sur l'Accord – il n'y a pas de pratique ultérieure des Parties qui constitue une interprétation de l'Accord dans un sens différent de celui qui résulte clairement de ses termes et qui coïncide avec l'intention des Parties au moment des négociations. Cette conclusion est conforme au but et à l'objet de l'Accord et à la règle selon laquelle l'exemption fiscale est fonctionnelle et se justifie par le souci d'assurer l'indépendance de la fonction publique internationale.

Les conclusions du Tribunal ne sont pas modifiées par les principes ou règles ci-après que les Parties ont invoqués à l'appui de leurs thèses : l'égalité des États; la non-imposition des fonds publics étrangers; la possibilité qu'un traité crée des droits subjectifs dans le chef des particuliers; le principe Noblemaire; l'existence de liens entre l'organisation internationale et les fonctionnaires, même si ces derniers sont à la retraite; et le principe de l'égalité de traitement.

Le Tribunal n'a pas compétence pour examiner la demande subsidiaire de l'UNESCO concernant le point de savoir si une partie de la pension est un capital et constitue un émolument du fonctionnaire ou ce qui se passe lorsque l'ancien fonctionnaire reçoit, au moment de son départ à la retraite, une somme d'argent globale en lieu et place d'une pension.

TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUE

PAR

LE GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE

ET

L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE

ET LA CULTURE

*SUR LA QUESTION DU RÉGIME FISCAL DES PENSIONS VERSÉES**AUX FONCTIONNAIRES RETRAITES DE L'UNESCO**RESIDANT EN FRANCE***SENTENCE**

Le Tribunal arbitral composé de :

M. Kéba MBAYE, Président,

M. Jean-Pierre QUENEUDEC, Arbitre,

M. Nicolas VALTICOS Arbitre,

après en avoir délibéré,

rend la sentence dont la teneur suit :

1. Le 2 juillet 1954, la France et l'UNESCO ont signé un accord relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français. Sous le titre « Fonctionnaires et Experts », l'article 22 de l'accord précité est ainsi conçu :

« Les fonctionnaires régis par les dispositions du Statut du personnel de l'Organisation :

- a) **Jouiront de l'immunité à l'égard de toute action judiciaire pour les actes accomplis par eux en leur qualité officielle (y compris paroles et écrits) ;**
- b) **Seront exonérés de tout impôt direct sur les traitements et émoluments qui leur seront versés par l'Organisation ;**

- c) Sous réserve des dispositions de l'article 23, seront exempts de toute obligation relative au service militaire ou de tout autre service obligatoire en France ;
- d) Ne seront pas soumis, ainsi que leurs conjoints et les membres de leur famille vivant à leur charge, aux mesures restrictives à l'immigration, ni aux formalités d'enregistrement des étrangers ;
- e) Jouiront, en ce qui concerne le change, des mêmes facilités que celles qui sont accordées aux membres des missions diplomatiques accréditées auprès du Gouvernement de la République française ;
- f) Jouiront, ainsi que leurs conjoints et les membres de leur famille vivant à leur charge, des mêmes facilités de rapatriement que celles qui sont accordées aux membres des missions diplomatiques accréditées auprès du Gouvernement de la République française, en période de tension internationale ;
- g) Jouiront — s'ils résidaient auparavant à l'étranger — du droit d'importer en franchise leur mobilier et leurs effets personnels à l'occasion de leur établissement en France ;
- h) Pourront importer temporairement leurs véhicules automobiles en franchise sous le couvert d'acquits avec dispense de caution. »

2. C'est donc à la suite de la fixation du siège de l'UNESCO, institution spécialisée des Nations Unies, à Paris, que fut signé l'accord ci-dessus indiqué.

3. Plusieurs fonctionnaires de l'UNESCO ont, depuis, fixé leur résidence à Paris, après avoir pris leur retraite. On aurait recensé 1867 fonctionnaires retraités de l'UNESCO, ayant une adresse postale en France. Par ailleurs, il semble aussi que 1877 ayants-droit de fonctionnaires retraités de l'UNESCO résident en France.

4. L'UNESCO n'a pas une caisse propre de pension pour son personnel. Elle est affiliée à la Caisse Commune des Pensions du Personnel des Nations Unies avec plusieurs autres organisations du système des Nations Unies.

La Caisse Commune des Pensions du Personnel (ci-après la CCPP) assure la pension de retraite, la pension de retraite anticipée, la pension de retraite différée, la pension d'invalidité, la pension d'enfant, la pension de réversion du conjoint survivant, la pension de personne indirectement à charge et le versement de départ au titre de la liquidation des droits, de même que le versement résiduel.

L'affiliation à cette caisse n'est pas obligatoire pour le fonctionnaire. Il est rare cependant que des fonctionnaires s'abstiennent de procéder à cette affiliation. Pourtant, au moment de son recrutement, le fonctionnaire peut l'exclure. Cette disposition est rappelée dans le Statut et Règlement du personnel de l'UNESCO.

5. La Convention de 1954 a pour titre : « **Accord entre le gouvernement de la République française et l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture, relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français** ».

Le troisième paragraphe du préambule de l'Accord est ainsi conçu :

« Désireux de régler par le présent accord les questions relatives à l'établissement à Paris du siège permanent entre l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture et de définir en conséquence les privilèges et immunités de l'Organisation en France ».

6. Il apparaît donc *prima facie*, que l'objet de l'accord en ce qui concerne les privilèges et immunités, était bien de régler ceux accordés à l'UNESCO en France. Mais l'accord ne pouvait pas se limiter aux seuls problèmes concernant le siège. En effet, à sa date, la France n'avait pas adhéré à la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées. Il était donc nécessaire, pour les deux Parties et, comme le dit la France, de prévoir dans l'accord de siège, des dispositions relatives aux privilèges et immunités au bénéfice des fonctionnaires de l'Organisation.

7. Les rapports entre la France et l'UNESCO se sont déroulés sans heurt. Il semble néanmoins que quelques divergences entre les Parties se soient manifestées déjà entre les années 1975 et 1980, au sujet de l'interprétation et de l'application de l'article 22 b) de l'accord. Il n'est pas possible toutefois, pour le Tribunal, en l'état actuel de son raisonnement, de lier l'apparition du différend à une rupture d'une pratique de la France ou, à l'opposé, à la mise en exécution d'une position exprimée par ses autorités. Il apparaît néanmoins au Tribunal qu'il y a eu une période durant laquelle les circonstances ont été telles, qu'un différend sur la question qui oppose aujourd'hui l'UNESCO et la France est né entre les Parties à l'Accord de 1954.

*

8. Quoi qu'il en soit, le différend est sûrement né dans les années 1980 et 1990, au sujet de l'application de l'article 22 b) de l'Accord de 1954. Ce paragraphe se lit ainsi :

« Les fonctionnaires régis par les dispositions du Statut du personnel de l'Organisation :

a) ...

b) seront exonérés de tout impôt direct sur les traitements et émoluments qui leur seront versés par l'Organisation » ;

Le différend concerne l'interprétation des dispositions citées ci-dessus.

9. Pour l'UNESCO, **« ... l'article 22b) de l'Accord de siège de 1954 est applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant, après la cessation de leurs activités, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies ».**

10. Le Tribunal traitera plus loin de la demande subsidiaire de l'UNESCO et de ce qui divise les parties à ce sujet.

11. Selon la France, l'accord de siège fixe les obligations incombant à l'Etat du siège, non celles mises à la charge de l'Etat de résidence des anciens fonctionnaires. S'agissant de ces derniers,

« l'article 22b) de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français ... n'est pas applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies. » (CM 1)

12. Etant convenues de soumettre leur différend à l'arbitrage, les Parties ont, à cet effet, eu recours à l'article 29 de l'Accord de siège.

L'article 29 de l'Accord est ainsi conçu:

« 1. Tout différend entre l'Organisation et le Gouvernement de la République française au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord ou de tout autre accord additionnel sera, s'il n'est pas réglé par voie de négociations ou par tout autre mode de règlement agréé par les parties, soumis, aux fins de décision définitive, à un Tribunal composé de trois arbitres dont l'un sera désigné par le Directeur général de l'Organisation, l'autre par le Ministre des affaires étrangères du Gouvernement de la République française, et le troisième choisi par les deux autres, ou à défaut d'accord entre eux sur le choix, par le Président de la Cour internationale de Justice.

2. Le Directeur général ou le Ministre des affaires étrangères pourront prier la Conférence générale de demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute question juridique qui viendrait à être soulevée au cours de ladite procédure. En attendant l'avis de la Cour, les deux Parties se conformeront à une décision provisoire du tribunal arbitral. Par la suite, celui-ci rendra une décision définitive en tenant compte de l'avis de la Cour. »

Conformément à cet article, les Parties ont établi un Tribunal arbitral comprenant trois membres. L'UNESCO a désigné M. Nicolas VALTICOS, et la France M. Jean-Pierre QUENEUDEC. Les deux co-arbitres ont désigné un troisième arbitre, en la personne de M. Kéba MBAYE, Président du Tribunal.

13. Les Parties ont ensuite signé à Paris, le 19 avril 2001, un compromis d'arbitrage. L'article II du compromis d'arbitrage fixe comme suit la mission du Tribunal :

« Statuant conformément au droit international et notamment au droit de la fonction publique internationale, le Tribunal est prié de dire si l'article 22b) de l'Accord est applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies. »

14. Avec l'accord des Parties, le Tribunal a adopté un Acte de mission dont la partie III indique le résumé de l'affaire en ces termes :

« Les Parties n'étant pas d'accord sur l'application de l'Accord entre la France et l'UNESCO relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français signé à Paris le 2 juillet 1954 (ci-après dénommé « l'Accord »), ont décidé de constituer un Tribunal arbitral en vue de la résolution de ce différend. Le compromis d'arbitrage, signé le 19 avril 2001 à Paris par les parties

indique en son article II : 'Statuant conformément au Droit international et notamment au droit de la Fonction publique internationale, le Tribunal est prié de dire si l'article 22b) de l'Accord est applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant après la cessation de leurs activités une pension de retraite versée par la Caisse commune des Pensions du personnel des Nations Unies. »

15. Chaque Partie a désigné son Agent. L'UNESCO a désigné M. Stany KOL et la France M. Ronny ABRAHAM.

Le siège du Tribunal est fixé à Paris.

La langue de l'arbitrage est le français.

Le Tribunal est assisté de M. Ousmane DIALLO, Greffier, nommé par lui.

16. Conformément aux dispositions de l'article VI du compromis d'arbitrage et de la partie V(c) de l'Acte de mission, les pièces suivantes de la phase écrite ont été produites :

- a) un mémoire de l'UNESCO, le 16 août 2001,
- b) un contre-mémoire de la France , le 12 décembre 2001,
- c) une réplique de l'UNESCO, le 12 mars 2002,
- d) une duplique de la France, le 10 juin 2002.

17. La procédure écrite a été déclarée close par le Tribunal à la date du 30 août 2002.

La procédure orale a consisté en des audiences tenues à huis clos, à Paris, le 30 août 2002.

Au cours des audiences ont été entendus, en leurs plaidoiries et répliques :

- pour l'UNESCO, M. Stany KOL, M. Christian DOMINICE, M. Witold ZYSS ;
- pour la France, M. Ronny ABRAHAM, M. Jean-Pierre COT.

Le Tribunal a ensuite commencé son délibéré le 31 août 2002.

*

18. Les conclusions ci-après ont été présentées lors de la procédure écrite et reprises à la fin de la procédure orale :

19. *Au nom de l'UNESCO*

Dans son Mémoire

— *à titre principal :*

- (1) **Que l'article 22b) de l'Accord de siège du 2 juillet 1954 est applicable aux fonctionnaires retraités de l'Organisation résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une**

pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies ;

- (2) Qu'il en résulte que les fonctionnaires retraités sont exonérés de tout impôt direct sur ladite pension ;**
- (3) que le montant de ladite pension ne doit pas être pris en considération pour déterminer le taux de l'imposition des revenus soumis à l'impôt direct ;**
- (4) que le capital de départ substitué en tout ou en partie au versement d'une pension est également exonéré de tout impôt direct.**

— *à titre subsidiaire, pour le cas où l'exonération totale ne serait pas reconnue :*

- (1) Qu'il résulte de l'application de l'article 22b) que les fonctionnaires retraités sont exonérés de tout impôt direct sur une part de leur pension qui ne saurait être inférieure à soixante-dix pour cent (70%) ;**
- (2) que la seule part imposable de la pension peut être prise en considération pour déterminer le taux d'imposition des revenus soumis à l'impôt direct ;**
- (3) que le capital de départ substitué en tout ou partie au versement d'une pension est exonéré de tout impôt direct.**

Dans sa Réplique :

— *à titre principal :*

- (1) Que l'article 22b) de l'Accord de siège du 2 juillet 1954 est applicable aux fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies ;**
- (2) qu'il en résulte que les fonctionnaires retraités sont exonérés de tout impôt direct sur ladite pension ;**
- (3) que le montant de ladite pension ne doit pas être pris en considération pour déterminer le taux de l'imposition des revenus soumis à l'impôt direct ;**
- (4) que le capital de départ substitué en tout ou en partie au versement d'une pension est également exonéré de tout impôt direct.**

— à titre subsidiaire, pour le cas où l'exonération totale ne serait pas reconnue :

- (1) **Qu'il résulte du fait que l'article 22b) est applicable aux fonctionnaires retraités de l'Organisation qu'ils sont exonérés de tout impôt direct sur une part de leur pension qui ne saurait être inférieure à soixante dix pour cent (70%) ;**
- (2) **que seule la part imposable de la pension peut être prise en considération pour déterminer le taux d'imposition des revenus soumis à l'impôt direct ;**
- (3) **que le capital de départ substitué en tout ou partie au versement d'une pension est exonéré de tout impôt direct.**

20. *Au nom de la France,*

Dans son Contre-mémoire :

1. **De déclarer que l'article 22b) de l'Accord du 2 juillet 1954 n'est pas applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies ;**
2. **De dire qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'existence d'une règle générale de droit international tendant à l'exonération fiscale des pensions versées aux anciens fonctionnaires internationaux ;**
3. **A titre subsidiaire, de dire qu'en tout état de cause il n'existe pas de règle générale de droit international obligeant la France à exonérer d'imposition les pensions de retraite versées aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant sur son territoire ;**
4. **De rejeter les conclusions subsidiaires de l'UNESCO visant à exonérer une partie de la pension de retraite.**

Dans sa Duplique :

1. **De déclarer que l'article 22b) de l'Accord du 2 juillet 1954 n'est pas applicable aux anciens fonctionnaires résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies, que cette pension soit versée périodiquement ou sous forme d'un capital de départ substitué en tout ou partie à ladite pension ;**
2. **De rejeter les conclusions subsidiaires visant à exonérer une partie de la pension de retraite comme non fondées en droit.**

21. Au cours de la procédure orale, chacune des Parties a repris ses dernières conclusions écrites et les a développées.

Après les audiences, la France a distribué les notes de plaidoiries de MM. Ronny ABRAHAM et Jean-Pierre COT.

Sur instructions du Tribunal, le Greffier a averti l'UNESCO qu'il lui était loisible, de son côté, de remettre au Tribunal des notes de plaidoiries. Cela a été fait. En effet, l'UNESCO a remis ses notes par lettre du 3 septembre 2002. En outre, elle avait auparavant fait tenir au Tribunal et à l'autre Partie, une pièce contenant ses conclusions telles qu'elles figurent dans sa réplique.

*

22. Le Tribunal ayant reçu des Parties le pouvoir de déterminer sa procédure, sous réserve des dispositions du compromis d'arbitrage, et de décider sur toute question relative à la conduite de l'arbitrage, il a indiqué « **qu'en cas de besoin, pour régler une question de procédure, il aura recours *mutatis mutandis* aux règles qu'applique la Cour internationale de Justice** ». Dans l'esprit du Tribunal, il faut comprendre par « règles » non seulement le Statut et le Règlement de la CIJ, mais aussi la *Résolution visant [sa] pratique interne en matière judiciaire*, l'interprétation de la locution *mutatis mutandis* relevant du pouvoir du Tribunal.

* *

23. La question posée au Tribunal est indiquée ci-dessous : il lui est demandé par les parties.

« de dire si l'article 22b) de l'Accord est applicable aux anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France et percevant après la cessation de leur activité une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies. »

24. Tout en étant d'accord sur l'objet du litige et sur la compétence générale du Tribunal, les Parties ont eu, sur quelques points, des positions marquées par une certaine différence.

25. Pour l'UNESCO, l'interprétation à laquelle le Tribunal doit procéder, comme dans les cas d'interprétation des accords qui, à un titre ou à un autre, concernent les fonctionnaires internationaux, doit se faire à la lumière des règles et principes qui prévalent aujourd'hui ; et si deux interprétations sont possibles, il y a lieu de retenir celle qui est conforme à ces règles et principes qui prévalent dans le domaine juridique des organisations internationales et qui régissent leurs agents.

26. La France se déclare d'accord avec cette affirmation.

27. Pour l'UNESCO, on peut en conclure que dans l'accomplissement de sa mission, le Tribunal doit rester dans le cadre de l'article II du compromis, mais en tenant compte de tout ce qui lui est prescrit par cette disposition. Il ne saurait négliger un élément important de la définition de sa mission. Il lui

appartient donc, dans le cadre du compromis, d'apprécier ce que signifient les termes « **statuant conformément au droit international et notamment au droit de la fonction publique internationale** ».

Elle ajoute que, s'agissant du champ d'application de l'accord de siège, l'article 22 b) doit être compris à la lumière de l'économie générale et de la portée de cet accord.

28. Pour la France,

il s'agit de l'applicabilité de l'article 22 b) à une situation précise et l'accord de siège fixe les obligations incombant à « l'Etat du siège » de l'Organisation, non celles de « l'Etat de résidence » des anciens fonctionnaires.

La France insiste sur le fait que l'Accord étant un accord de siège, a pour objet et pour but la détermination des conditions dans lesquelles l'UNESCO exerce son activité sur le territoire français et non de régler la situation fiscale des anciens fonctionnaires de l'Organisation.

Ainsi, la France fait la différence, comme l'a souligné l'UNESCO, qui en conteste la pertinence en l'espèce, entre d'une part l'Etat du siège et d'autre part l'Etat de résidence, avec des obligations différentes. Pour elle, le Tribunal n'a pas à se prononcer sur l'existence d'une règle générale de droit international obligeant tout Etat sur le territoire duquel réside un ancien fonctionnaire international, à lui accorder l'exonération fiscale de sa pension de Retraite.

29. L'UNESCO est d'accord avec cette dernière position.

30. En somme, pour la France, il suffit de déterminer si l'article 22 b) ne vise que les fonctionnaires en activité ou si, en plus, il s'applique aux anciens fonctionnaires.

La France invite en conséquence le Tribunal à se pencher sur la question de sa compétence et à répondre exclusivement à la question de l'applicabilité de l'article 22 b) de l'accord de 1954 aux anciens fonctionnaires de l'Organisation.

31. Les positions des Parties se sont donc rapprochées, sans toutefois être identiques à certains égards.

L'UNESCO accuse la France de limiter aux seules règles d'interprétation des traités, le recours par le Tribunal « **...au droit international et notamment au droit de la fonction publique internationale** ». Rappelant un arrêt récent de la Cour internationale de Justice (affaire de *l'île de Kasikili / Sedudu*) [sic] entre le Botswana et la Namibie - *Arrêt du 13 décembre 1999, CIJ Recueil 1999 p. 1045*), l'UNESCO cite l'article I du compromis dans l'affaire en question. Elle rappelle que, répondant à l'argument du Botswana qui voulait que la référence aux « **règles et principes du droit international** » ne recouvrit que « **les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités** », la Cour déclara que :

« même en l'absence de références aux règles et principes du droit international » la Cour aurait été autorisée à faire appliquer des règles générales d'interprétation des traités internationaux aux fins d'interpréter le traité de 1890. Il est donc à supposer que la mention expressément faite dans cette disposition de 'règles et principes du droit international' si elle doit avoir un sens revêt une autre portée. De fait, la Cour observe que l'expression en cause présente un fort degré de généralité et que, interprétée dans son sens ordinaire, elle ne saurait viser uniquement les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités » (*CIJ Recueil 1999 p. 1102*).

Partant de là, l'UNESCO en déduit que le Tribunal doit, en la présente espèce, reconnaître une signification propre à l'expression par laquelle commence l'article II du compromis et cela en vertu du principe de l'effet utile des termes utilisés par les Parties dans une disposition conventionnelle.

Néanmoins, dans le présent litige, « l'UNESCO reconnaît une signification spécifique à l'expression figurant dans l'article II du compromis ». Cette disposition selon elle, présente une structure un peu différente de celle de l'article I du compromis entre le Botswana et la Namibie.

Finalement, l'UNESCO se contente de défendre la thèse selon laquelle l'expression utilisée dans l'article II du compromis en la présente espèce, « donne son éclairage à l'interprétation à donner de l'article 22 b) de l'accord de siège ». L'UNESCO ne prétend pas d'ailleurs qu'il existe une base légale distincte de celle de l'article 22 b) de l'accord de siège qui permettrait au Tribunal de répondre à la question qui lui est posée. Elle se défend même d'avoir invoqué une prétendue coutume qui viserait les anciens fonctionnaires.

Ainsi, sur le point précis évoqué ci-dessus, les Parties sont du même avis.

En effet, la France de son côté conclut comme suit sont argumentation en soutenant que : - « rien n'empêche l'Etat du siège d'assumer des obligations qui ne sont pas liées au fonctionnement de l'organisation dans les clauses de l'accord de siège ». Par ailleurs, elle reconnaît que les accords internationaux peuvent créer des droits subjectifs dans le chef d'anciens fonctionnaires ; elle précise toutefois, que cela, n'empêche pas que l'Organisation puisse être tenue de certaines obligations (remboursement de l'impôt perçu sur les pensions des anciens fonctionnaires par exemple pour l'ONU) sans qu'il en résulte une obligation parallèle des Etats membres, puisque le « droit interne à l'organisation internationale n'est pas ipso facto opposable aux Etats membres ».

*

32. Il n'est pas contesté que le Tribunal devra interpréter l'article 22 b) en statuant conformément « au droit international et notamment au droit de la fonction publique internationale ».

33. Une telle entreprise pose un certain nombre de questions que le Tribunal va examiner l'une après l'autre.

Le Tribunal doit tout d'abord, comme l'y invitent les Parties, analyser de près la mission qui lui est confiée et qui détermine les limites de sa compétence.

34. Dans son Mémoire, parlant de la mission du Tribunal, l'UNESCO a soutenu que :

« l'article 22b) de l'Accord de siège, dont l'article II du compromis prie le Tribunal de déterminer le champ d'application et les effets, prescrit l'exonération fiscale des traitements et émoluments versés aux fonctionnaires de l'UNESCO. L'interprétation qu'il y a lieu de retenir de cette disposition fera ultérieurement l'objet d'un examen approfondi. Ce qui mérite d'être souligné dès maintenant est le fait que la référence à l'article 22b) vise en définitive le régime fiscal des pensions de retraite dans tous ses aspects. Le pouvoir d'appréciation du Tribunal est à cet égard entier. »

35. Dans son Contre-mémoire la France a indiqué que :

« Le Tribunal n'a pas pour mission de déterminer en définitive le régime fiscal des pensions de retraite dans tous ses aspects et son pouvoir d'appréciation n'est pas illimité. »

Et elle a ensuite précisé :

« Il n'a pas à se prononcer sur l'existence d'une règle générale de droit international obligeant tout Etat sur le territoire duquel réside un ancien fonctionnaire international à lui accorder l'exonération fiscale de la pension de retraite. »

36. Dans sa Réplique l'UNESCO, revenant sur la mission du Tribunal, a indiqué que :

« la compétence du Tribunal et les limites qui lui sont assignées sont déterminées par le compromis entre les Parties singulièrement son article II. »

Ainsi l'UNESCO, comme la France, estime que le Tribunal arbitral ne doit pas excéder la compétence que lui ont reconnue les Parties, mais qu'il doit exercer toute cette compétence.

*

37. Le Tribunal constate que les Parties sont finalement d'accord sur le fait que, comme le dit l'UNESCO dans sa Réplique :

« Il s'agit donc bien du régime fiscal de cette pension, dont il faut déterminer si elle peut entrer dans le calcul de l'impôt que doit acquitter l'ancien fonctionnaire qui conserve sa résidence dans l'Etat du siège de l'Organisation. »

38. La question posée au Tribunal est donc de dire si l'article 22 b) de l'Accord est ou non applicable aux pensions de retraite. Le Tribunal s'en tiendra à cette question. A cet égard, il observe que l'article 22 b) ne traite pas de la nature des « traitements et émoluments » qu'il exonère d'imposition, en dehors du fait qu'il s'agit de ceux des fonctionnaires.

*

39. L'interprétation que le Tribunal est appelé à donner de l'article 22b) de l'Accord, à la lumière du droit international et notamment du droit de la fonction publique internationale, est de dire si cette disposition est applicable ou non aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France et percevant une pension.

Dans cette optique il convient de rappeler que, quand les parties à un litige ont signé un compromis, c'est dans ce compromis qu'il faut rechercher l'étendue et les limites de la compétence du Tribunal saisi du différend qui les oppose. La Cour internationale de Justice l'a rappelé, notamment dans l'affaire du *Plateau Continental (Jamahiriya Arabe Libyenne / Malte)* (C.I.J. Recueil 1985, p. 23, par. 19).

Dans la présente espèce, le compromis signé par les Parties n'a pas été modifié. Le Tribunal doit donc l'appliquer tel qu'il a été signé.

40. La compétence du Tribunal est clairement définie. Dans le cadre de l'appréciation qu'il doit donner des mots « **statuant conformément au droit international et notamment au droit de la fonction publique internationale** », il estime que la définition de sa compétence, bien que précise, englobe l'obligation pour lui, d'appliquer (donc de respecter) le droit international et notamment le droit de la fonction publique internationale. C'est dire que dans son oeuvre d'interprétation, il ne peut ignorer ni violer, un principe ou une règle de droit international qui régit sa mission. Mais cette obligation a elle-même comme limite, que c'est dans l'article 22 b) et dans cet article seul qu'il doit trouver la réponse à la question qui lui est posée par le compromis. Il ne s'agit donc pas, pour le Tribunal en se fondant sur un principe ou une règle de droit international général, de corriger ce que les Parties ont décidé. Une telle démarche, qui s'apparenterait à celle d'une juridiction d'annulation, est évidemment en dehors du pouvoir que les Parties lui ont donné par le compromis. Ce pouvoir se limite à rechercher, à la lumière du droit international, ce que les Parties ont décidé et de l'énoncer. Autrement dit, le pouvoir du Tribunal ne l'autorise pas à dire que les Parties n'ont pas pu prendre telle décision parce qu'elle serait contraire à tel principe ou à telle règle du droit international, mais d'énoncer ce que les Parties ont réellement décidé, tout en s'éclairant du droit international et notamment du droit de la fonction publique internationale. Ce sont là deux démarches que le Tribunal entend ne pas confondre.

Plus concrètement, le Tribunal tient de prime abord, à préciser qu'il n'est pas question pour lui, de rechercher et d'appliquer éventuellement un principe ou une règle de droit international permettant de dire (ou d'infirmer) que la pension de retraite versée aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France par la CCPP est imposable. C'est ce que les Parties ont exprimé dans la formule selon laquelle, elles ne soutiennent pas qu'il existerait, « ... **pour l'exonération fiscale des pensions de retraite, une base juridique distincte de l'article 22 b) de l'Accord de siège.** »

La compétence du Tribunal porte donc sur un objet limité. Il s'agit, encore une fois, d'interpréter l'article 22b). Cela revient à rechercher si par « fonctionnaires », il faut aussi entendre « fonctionnaires retraités » et si par « traitements et émoluments », il faut aussi comprendre « pensions de retraite ». La réponse à l'une de ces deux questions conditionnera en grande partie, comme on le verra plus loin, l'interprétation que le Tribunal est appelé à donner.

41. Pour répondre à ces questions, le Tribunal tiendra tout d'abord compte du fait qu'il s'agit de l'interprétation d'un traité. Dans sa mission d'interprétation il aura donc à appliquer la norme énoncée à l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 sur le droit des traités et de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales. Cette disposition, comme le Tribunal l'indiquera plus loin, s'applique en l'espèce, en dépit de l'article 4 de la Convention de 1969 qui limite sa portée « **...aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats** ».

Comme la Cour internationale de Justice a eu à le rappeler (Affaire *Ile de Kasikili /Sedudu*, *CIJ Recueil 1999, p 1059*), l'article 31 consacre une règle de droit coutumier. Selon l'article 31.1, « **un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but** ». Il conviendra donc de rechercher tout d'abord quel est le sens qu'il faut donner aux mots « fonctionnaires », d'une part, « traitements » et « émoluments », d'autre part.

42. Recherchant ensuite la volonté des Parties, le Tribunal essaiera de trouver quelle a été leur intention commune au moment de la rédaction de l'article 22 b). Dans le même état d'esprit, il s'interrogera sur la « pratique ultérieure » des Parties ou sur tout autre élément juridique pouvant être tenu pour une modification des dispositions de l'article 22 b) ou pour une interprétation commune de sa portée.

43. Comme le Tribunal l'a déjà indiqué, la demande de l'UNESCO comprend deux Parties : une partie principale et une partie subsidiaire. C'est dans cet ordre que le Tribunal va les examiner.

44. Au préalable, le Tribunal rappellera les positions des Parties qu'il résume comme suit :

L'UNESCO soutient que l'exemption fiscale prévue par l'article 22b) au profit des fonctionnaires s'étend aux fonctionnaires retraités résidant en France.

Quant à la France, elle estime que l'article 22b) ne s'applique qu'aux fonctionnaires en activité.

45. L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités préconise, pour l'interprétation d'un traité, d'attribuer aux termes leur sens ordinaire « dans leur contexte et à la lumière » de « l'objet et du but » dudit traité.

L'accord de 1954 est un accord de siège au profit de l'UNESCO. Il faut indiquer qu'en outre (le Tribunal l'a déjà mentionné), l'ensemble du texte de l'article 22 de l'accord de siège vise **« les fonctionnaires régis par les dispositions du statut du personnel de l'Organisation »**.

46. Pour le Tribunal, sa première démarche doit consister à rechercher le « sens ordinaire » des termes employés dans l'article 22b) de l'Accord.

47. Le Tribunal doit tout d'abord s'interroger sur le sens du mot « fonctionnaire ». A cet effet, on peut dire que selon son sens courant et dans l'acception qui lui est communément donnée, le mot « fonctionnaires » (au pluriel) ne comprend pas les fonctionnaires qui ont cessé leur activité. Dans le compromis, les Parties elles-mêmes parlent d'« anciens fonctionnaires ». Cette expression ne semble donc pas, même pour elles, être synonyme du mot fonctionnaires.

Pour le Tribunal, le sens ordinaire du mot fonctionnaires ne recouvre pas les anciens fonctionnaires.

Le *Petit Larousse* définit comme suit le « fonctionnaire international »: **« agent d'une organisation internationale doté d'un régime statutaire ou contractuel spécifique »**. D'après cette définition, quand l'agent n'est plus « agent de l'organisation », il cesse d'être fonctionnaire. En effet, le lien qui crée la qualité de fonctionnaire est rompu avec l'admission à la retraite. On ne peut plus dire que l'ancien fonctionnaire est « régi par un régime statutaire ou contractuel spécifique ». Le fait qu'il garde certaines relations avec l'Organisation, ou que le Statut mentionne sa qualité d'ancien fonctionnaire, ne sont pas suffisants pour lui conserver son statut de fonctionnaire (ou de contractuel).

Selon le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* (sous la direction de Jules Basdevant), Sirey, 1960, « fonctionnaire international » est un **« terme introduit à l'époque contemporaine pour désigner celui qui est chargé, en vertu d'un accord interétatique, d'exercer d'une façon continue, pour le compte et sous le contrôle de plusieurs Etats ou d'une organisation internationale, certaines fonctions d'intérêt international »**.

De son côté, le *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruylant, 2001, indique que le *fonctionnaire international* est une **« personne chargée, en vertu d'un accord entre Etats ou par une organisation internationale, d'exercer pour leur compte et sous leur contrôle, sur une base statutaire, une activité d'intérêt international d'une durée déterminée ou indéterminée. »**

Il est utile, par ailleurs, de s'interroger sur la notion de *retraite*. A ce sujet, la précision indiquée ci-dessous permet de voir que la situation du fonctionnaire et celle du retraité (ou *ancien fonctionnaire*) sont très différentes au point d'être incompatibles.

En effet, *Le vocabulaire juridique* publié par l'Association Henri Capitant (sous la direction de Gérard Cornu), Presses Universitaires de France, 1987, après avoir défini *la retraite*, indique ce qui suit : **« A la différence de ce qui se passe pour les fonctionnaires civils, la retraite constitue pour les militaires, une position statutaire marquant ainsi la permanence de leur qualité au delà de la cessation de leurs liens de service avec l'armée. »** (souligné par le Tribunal).

Il apparaît ainsi au Tribunal que le terme fonctionnaires utilisé dans l'article 22 b) ne s'étend pas aux anciens fonctionnaires. Cela constitue sa première conclusion.

48. En second lieu le Tribunal doit se demander la façon dont il faut comprendre les mots « traitements et émoluments ».

En ce qui concerne le mot traitement, il est traditionnellement utilisé pour désigner la rémunération attachée à l'exercice d'une fonction publique, soit dans un cadre étatique, soit dans le cadre d'une organisation internationale.

Le Tribunal ne doit pas se fonder sur le fait que, dans le droit interne de certaines organisations dont l'UNESCO, de même qu'en droit administratif français, la pension de retraite est souvent présentée comme un prolongement du traitement. Cette façon de raisonner montre bien d'ailleurs que, selon leur sens naturel, l'une des notions ne se confond pas avec l'autre. Par ailleurs, la preuve n'est pas rapportée devant le Tribunal que, même dans l'hypothèse où la notion moderne de la « prestation salariale » inclurait le salaire que l'on perçoit quand on est en activité et également au titre de la « perspective d'emploi », la prestation de retraite, cela affecterait le sens ordinaire qu'il convient de donner aux mots traitements et émoluments dans l'article 22b) de l'accord de 1954. Le Tribunal doit s'en tenir au sens ordinaire de ces mots qui ne couvrent pas la notion de pension de retraite dans le contexte et l'objet dudit accord. Cet objet, comme le Tribunal l'a déjà souligné, est de fixer les privilèges et immunités de l'Organisation.

Pour le Tribunal, le problème n'est pas ici de savoir si en réalité la pension de retraite est ou non un prolongement du traitement. Le Tribunal doit seulement énoncer si, en application des dispositions de l'article 22 b) et au regard du droit de la fonction publique internationale, la pension de retraite est un traitement. A cette question, sa réponse est négative.

49. En ce qui concerne les « émoluments », ce terme est moins précis que le mot traitement. Employé au singulier, émolument désigne toute somme payée à titre d'avantages, de profits, d'intérêt ou de gains. Utilisé au pluriel comme c'est le cas dans l'article 22b) de l'Accord, il s'entend généralement du revenu tiré d'une charge et de toute somme payée au titre ou en contrepartie d'une prestation. Selon le *Dictionnaire de l'Académie*, émoluments désigne **« l'ensemble des sommes que touche un fonctionnaire quand, à son traitement fixe, soumis à une retenue pour pension, viennent s'ajouter des indemnités, des allocations non soumises à cette retenue »**. La simple

lecture de cette définition montre que le titulaire des émoluments dont il est question jouit déjà d'un « traitement fixe soumis à une retenue pour pension » ; cela ramène au « fonctionnaire » et renforce encore le sens que le Tribunal lui-même a donné au mot fonctionnaire. A aucun moment il n'est question de pension parmi les exemples d'émoluments. Il est en conséquence difficile de dire que le mot « émoluments » utilisé dans l'Accord de siège de 1954 couvre autre chose que les indemnités et allocations diverses qui sont des compléments de rémunération et qui viennent s'ajouter éventuellement au traitement proprement dit du fonctionnaire.

Pour le Tribunal, le terme « émoluments » utilisé dans l'Accord couvre uniquement les indemnités et allocations diverses versées aux fonctionnaires comme le montre la formule de l'article 32 paragraphe 8 du Statut de la Cour internationale de Justice prévoyant l'exemption de tout impôt pour « les traitements, allocations et indemnités » des juges et du greffier.

Par ailleurs, si l'on se réfère au contexte de la disposition litigieuse, on constate que les autres dispositions de l'article 22 de l'Accord ne visent en réalité que les fonctionnaires en activité. Le début de l'article couvrant l'ensemble des paragraphes de a) à h), toutes ses dispositions devraient donc s'appliquer aux anciens fonctionnaires si ces derniers étaient visés par le mot « fonctionnaires ». Or, il apparaît que tel n'est pas le cas.

Il est important de signaler que dans un accord conclu entre les mêmes parties, signé à Paris le 14 novembre 1974, entré en vigueur le 21 janvier 1976 (*Journal officiel de la République française*, 1er mars 1976, p. 1398) et relatif à la création et au fonctionnement d'un Centre international d'enregistrement des publications en séries, il était expressément stipulé à l'article 15, paragraphe 1er:

« Les membres du personnel du Centre appartenant de façon permanente aux catégories I, II, et III, définies à l'annexe II du présent Accord [Directeur, fonctionnaires du Centre, personnel d'exécution administratif et technique] sont exonérés de tout impôt sur les traitements et émoluments rémunérant leurs activités au Centre à l'exclusion des pensions et rentes de retraite ou de survie. »

50. On pourrait soutenir que le fait d'exclure dans le texte ci-dessus cité les pensions et rentes de retraite ou de survie et de ne les avoir pas exclues dans l'Accord de 1954, conduit à penser que les Parties entendaient, dans ce dernier cas, les inclure.

Le Tribunal n'est pas de cet avis. Il considère que l'on peut aussi bien défendre la thèse, selon laquelle l'Accord de 1974 montre qu'en utilisant les termes « membres du personnel du Centre », on laisse subsister un doute qu'il faut lever, s'agissant de la qualité de ces membres, et que, par contre, dès lors que les Parties emploient le mot « fonctionnaires », il n'y a pas dans leur esprit l'ombre d'un doute quant au sens à donner à ce mot. C'est le cas dans l'Accord de 1954.

Dans le texte cité ci-dessus se trouvent juxtaposées les expressions « traitements et émoluments », « rentes de retraite » et « rente de survie ». Cela confirme que les groupes de mots mis entre guillemets ne se confondent pas dans l'esprit de l'UNESCO et de la France.

Ainsi, en excluant, dans un autre accord, les pensions de retraite de la notion de « traitements et émoluments », les Parties montrent bien que ces rentes de retraite ne sont pas des traitements et émoluments.

L'exemple de certains accords de siège incluant des pensions de retraite dans l'exemption fiscale comme en Autriche (Accord du 29 novembre 1995 entre l'Autriche et l'ONU suite à l'accord conclu pour l'ONUDI le 13 avril 1967) est à cet égard édifiant. Dans de tels cas, il s'agit de l'usage de la liberté que la Convention générale de 1946 laisse aux parties à un accord pour décider du sort qu'elles entendent réserver aux pensions de retraite au regard de l'imposition. D'ailleurs, s'agissant de l'Autriche, l'UNESCO exprime bien cette idée en indiquant que **«...l'exonération des pensions des fonctionnaires internationaux retraités est issue d'une volonté politique»**.

Le même raisonnement s'applique à la réglementation de l'Union européenne faisant bénéficier les pensions de retraite d'une exonération fiscale. Il a fallu une disposition expresse pour instituer cette exonération.

51. Il découle de ce qui précède qu'en se référant au sens ordinaire des termes de l'Accord et de leur contexte, le Tribunal arrive à la conclusion que le mot « fonctionnaires » ne vise pas les fonctionnaires admis à la retraite et que les mots « traitements et émoluments » n'englobent pas de leur côté les pensions de retraite.

*

52. Il faut maintenant se demander si, malgré cette conclusion à laquelle le Tribunal est arrivé, les Parties avaient néanmoins l'intention d'inclure les fonctionnaires admis à la retraite parmi les « fonctionnaires » et en même temps, leur pension dans la formule « traitements et émoluments », termes utilisés par l'article 22b) de l'Accord.

C'est cette question que le Tribunal va maintenant aborder.

53. Ainsi, bien que le Tribunal soit parvenu à la conclusion selon laquelle ni le mot « fonctionnaires » ni les mots « traitements et émoluments » ne s'appliquent d'une part aux anciens fonctionnaires et d'autre part aux pensions perçues par ces anciens fonctionnaires résidant en France, il est possible que les deux Parties, au moment de la signature de l'accord de 1954, aient entendu étendre à ces anciens fonctionnaires le bénéfice des dispositions dudit article 22 b).

Le Tribunal va se demander si tel est le cas. Il s'agit en somme de rechercher si les Parties ont bien voulu donner, conformément à l'article 31 paragraphe 4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un sens

particulier aux termes « fonctionnaires » d'une part, « traitements et émoluments » d'autre part.

54. Les Parties sont d'accord que l'article 22 b) reprend l'article V section 18 b) de la Convention générale de 1946. Par ailleurs, elles ne contestent pas que cette dernière disposition n'exonère pas les pensions des retraités. Elles admettent que c'est en toute connaissance de cause que la Sous-Commission des privilèges et immunités de la sixième commission de l'Organisation des Nations Unies, après avoir examiné la question de l'exonération des pensions de retraite, s'est réservé le droit d'y revenir, le cas échéant, et a décidé que les dispositions de cet ordre ne devaient pas figurer dans la Convention générale.

55. Eclairant la situation, le Secrétaire général des Nations Unies a indiqué, dans un rapport sur le projet relatif aux caisses de retraite et de prévoyance du personnel et aux prestations connexes, qu'il faudra **« prévoir dans toute convention relative à l'exemption d'impôt, une clause qui soustrairait à l'imposition, en dépit d'une loi nationale contraire, des allocations payables au titre du règlement des retraites ou les allocations familiales »**.

Il conclut sur **« l'opportunité d'inclure dans les conventions concernant les immunités fiscales, un article prévoyant l'immunité pour les versements effectués en application du règlement de la caisse de retraite des allocations familiales et des allocations pour frais d'éducation.... »**

Ainsi il a été laissé aux différentes parties à une convention relative aux privilèges et immunités de décider de ce qu'il convient d'y prévoir dans cette matière. C'est cette voie que suivent les parties à un accord de ce type pour en particulier exonérer d'impôt les pensions de retraite.

56. Au moment des négociations qui ont abouti à l'Accord de 1954, la France et l'UNESCO avaient-elles traité de la question de l'exonération des pensions ?

57. Pour l'UNESCO, il est difficile d'affirmer qu'elle était au courant du problème que pose l'imposition éventuelle des pensions de retraite par l'Etat du siège. Ses archives n'auraient révélé aucun indice à cet égard, bien qu'elles montrent d'autres aspects de l'Accord qui ont fait l'objet d'un soin tout particulier dans leur rédaction. La question, selon l'UNESCO, semble n'avoir pas retenu l'attention des négociateurs.

L'UNESCO explique que cela peut se comprendre en raison du contexte. Qu'en effet, lors de l'installation de l'Organisation en 1946, il avait été convenu de conclure un accord provisoire dans l'attente d'une convention sur les privilèges et immunités qui serait applicable à la France et à l'UNESCO et que, cette convention ayant été adoptée en 1947, la Conférence générale a alors autorisé le Directeur général à entreprendre la négociation de l'accord définitif qui allait devenir l'Accord de 1954 envisagé comme un complément

de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées laquelle, pensait-on à l'époque, allait être ratifiée rapidement par la France.

Selon l'UNESCO, il faut ajouter à cette raison le fait que le nombre des fonctionnaires retraités était encore négligeable au moment de la conclusion de l'Accord de 1954 et que nul ne songeait alors au développement qu'allait connaître ultérieurement le régime des fonctionnaires retraités. Or ce régime a pris un grand essor puisqu'aujourd'hui le nombre des participants à la Caisse des pensions est de 68.935 et que le montant des prestations s'élève à 1.997.564.590 dollars des Etats Unis.

L'UNESCO reconnaît que l'inclusion explicite de l'exonération fiscale des pensions de retraite dans la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies a été envisagée à l'origine puis différée. Mais elle précise que, lors de la conclusion de l'accord provisoire entre la France et l'UNESCO, puis de l'accord définitif, la question ne paraît pas avoir pris une importance quelconque dans la préparation des textes et qu'il ne semble pas que son traitement ait été envisagé.

L'UNESCO en déduit qu'il serait étonnant que les négociateurs de l'Accord de 1954 se soient vraiment fait une idée précise, restrictive ou non, du statut fiscal des pensions que percevraient les futurs fonctionnaires retraités de l'UNESCO.

Elle ajoute que d'autres aspects du Statut de la fonction publique internationale étaient encore en gestation et n'allaient être définis que progressivement.

58. Pour la France au contraire, les deux Parties en 1954 auraient pu, si cela avait été leur intention, inclure dans l'Accord de siège une disposition exonérant les pensions de retraite. A titre d'exemple, la France cite l'accord intervenu entre l'Autriche et l'ONUDI qui prévoit une telle exonération. Elle ajoute que la plupart des accords de siège en restent à la formule de la convention du 13 février 1946 et ne prévoient pas une immunité fiscale pour les pensions de retraite.

Pour la France, les dérogations sont toujours explicites et les négociateurs de l'Accord de 1954 étaient parfaitement conscients des enjeux. Toutefois ils ont préféré s'en tenir à la formule de la convention générale précitée.

*

59. Les deux thèses ci-dessus se situent sur la question de savoir si les deux Parties, au moment des négociations de l'accord de siège, avaient ou non délibérément décidé que les pensions ne seraient pas comprises dans l'exonération prévue par l'article 22 b).

Il n'est pas possible de répondre par oui ou par non, à la question qui se pose ainsi bien qu'il résulte de l'argumentation de l'UNESCO que les négociateurs de l'Accord avaient ignoré la question, peu importante à l'époque,

des pensions des retraite. En tout état de cause, pour le Tribunal, il est de fait qu'au moment des négociations de l'Accord de siège de 1954, la Convention du 13 janvier 1946 était déjà passée. En outre, les travaux préparatoires qui avaient abouti à son élaboration existaient.

60. En la présente affaire, le problème que se pose le Tribunal est donc le suivant : il s'agit pour lui de savoir s'il est raisonnable de considérer qu'en 1954 les négociateurs d'un accord aussi important que l'Accord de siège entre la France et l'UNESCO ignoraient les péripéties des négociations qui ont abouti à la convention générale de 1946.

61. Le Tribunal peut aisément répondre à cette question. Il ne peut pas accepter la thèse selon laquelle les Parties en 1954 ignoraient qu'en 1946 le problème de l'exonération des pensions s'était posé, qu'il n'avait pas été résolu dans la convention générale, et que, compte tenu des développements postérieurs, la question était renvoyée aux conventions particulières futures. Ce serait accuser les négociateurs et les Parties qu'ils ont représentées d'une négligence inconcevable à ce niveau de responsabilité. Des parties à un traité sont censées connaître les prescriptions du droit international qui avaient cours au moment de leurs négociations et décisions et surtout, celles d'entre ces prescriptions qui étaient susceptibles d'affecter leurs obligations futures. Ne pas accepter un tel principe, équivaldrait à laisser la porte ouverte à une insécurité juridique inacceptable. Le Tribunal ne se demande donc pas si, en fait, les Parties, au moment des négociations de l'Accord de siège, ont discuté ou non de l'état du droit de la fonction publique internationale à l'époque, s'agissant en particulier du problème des pensions de retraite. Ce qui importe, pour lui, est que ce droit existait et qu'elles le connaissaient. En effet, au moment de leurs négociations, les Parties sont censées avoir connu l'état du droit de la fonction publique internationale et en avoir tenu compte. C'est là un élément essentiel qui éclaire la compréhension de l'article 22 b), conformément au souhait des Parties. Le Tribunal ne peut donc qu'énoncer que, si les Parties voulaient que l'article 22 b) s'applique aux « anciens fonctionnaires » et à leurs pensions de retraite, elles l'auraient indiqué expressément comme le prescrivaient les règles applicables à la matière qu'elles ont régie par leur commun consentement. En conséquence, pour le Tribunal, c'est en toute connaissance de cause que la France et l'UNESCO ont rédigé l'article 22 b) de l'Accord tel qu'il est.

Le Tribunal en déduit qu'en 1954, la France et l'UNESCO, qui ne pouvaient ignorer que la question de l'exonération des pensions de retraite avait été posée au moment de la préparation de la convention générale de 1946 et n'avait pas été résolue dans cette convention, avaient choisi de ne pas l'aborder. Cela suffit au Tribunal pour conclure que l'article 22 b) n'a pas fait entrer cette question dans son objet. Il en résulte que, pour le Tribunal, les Parties n'ont pas entendu donner aux termes « fonctionnaires » et « traitements et émoluments » un sens particulier qui s'écarterait de celui qui résulte du sens ordinaire qu'il leur a lui-même reconnu ci-dessus.

*

62. Le problème de l'intention des Parties au moment de la passation de l'Accord étant ainsi résolu, il reste que, dans leur « pratique ultérieure », les Parties ont pu donner aux termes en question une autre interprétation. Il s'agit de rechercher si elles ont modifié le sens qu'elles ont donné à ces termes à l'origine, par une décision ou par leur comportement. Cette modification a pu donc résulter d'un Accord subséquent liant les parties ou d'une pratique commune.

Il n'y a pas eu entre les Parties une convention de la nature de l'Accord spécifié ci-dessus. Il faut cependant rappeler que dans l'Accord précité relatif à la création et au fonctionnement d'un Centre international d'enregistrement des publications en séries, que les mêmes Parties ont signé à Paris le 14 novembre 1974, « **les membres du personnel du centre appartenant de façon permanente aux catégories I, II et III définies à l'annexe II** » sont ainsi énumérés : « **Directeur, fonctionnaires du centre, personnel d'exécution administratif et technique** ». Selon la même disposition, ces agents sont « **exonérés de tout impôt sur les traitements et émoluments rémunérant leur activité au Centre, à l'exclusion des pensions et rentes de retraite ou de survie** ». Il semble résulter de ces dispositions, comme le Tribunal l'a déjà constaté, qu'entre les Parties, les pensions et rentes de retraite ou de survie s'excluent des traitements et émoluments.

Qu'en est il de la pratique ultérieure des Parties ?

C'est cette question que le Tribunal va maintenant examiner.

63. Si, dans l'application de l'Accord de 1954, il s'est établi une pratique par laquelle une interprétation tendant à étendre les dispositions de l'article 22 b) aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France, le Tribunal ne peut qu'en tenir dûment compte.

64. Avant même de vérifier l'hypothèse ainsi énoncée, il convient de constater que les Parties sont divisées sur la nature de la pratique ultérieure à l'Accord qui doit être prise en compte.

65. Pour l'UNESCO, la pratique d'un Etat est constituée par les actes, attitudes et comportements de tous ses organes, notamment l'administration. Elle soutient qu'en l'espèce, ce qui importe c'est l'attitude observée par l'administration au jour le jour, qu'elle ait appliqué strictement ou non telle ou telle directive. Or, précisément, les fonctionnaires retraités de l'UNESCO ont bénéficié, pendant près d'une quarantaine d'années, d'une attitude libérale qu'ils ont pu de bonne foi considérer comme étant, sinon la règle, ce qui était la position de l'UNESCO en tant que telle, du moins si solidement établie, que cela a pesé dans le choix de résidence fait par nombre d'entre eux à l'arrivée de l'âge de la retraite.

L'UNESCO ne nie pas que les autorités françaises n'ont ni préconisé, ni soutenu ou confirmé cette pratique de l'administration fiscale. Pour elle, il y a

ainsi une différence entre la position affichée et la pratique observée. Elle soutient que, quand la France rappelle que le fait que son système fiscal est déclaratif (ce qui a pour conséquence qu'une situation de non imposition puisse exister en fait, même si la personne intéressée est normalement soumise à l'impôt), cela revient à imputer la pratique depuis longtemps suivie par l'administration fiscale au fait de l'UNESCO d'une part, à la conduite de certains de ses fonctionnaires retraités, d'autre part. Poursuivant l'expression de son point de vue, l'UNESCO ajoute que la situation réelle est totalement différente de ce que soutient la France et qu'on peut se demander pourquoi l'administration française a attendu tant de temps, si vraiment elle manquait simplement d'informations, pour imposer les pensions de retraite, avant d'agir dans le sens de l'imposition de ces pensions.

Il y a, observe l'UNESCO, une coïncidence entre les démarches entreprises et les changements de position à l'égard des fonctionnaires retraités. Et l'UNESCO de souligner que l'article 170 du code général des impôts, en indiquant que seuls les revenus imposables doivent être déclarés, explique pourquoi nombre de retraités n'ont pas mentionné dans leurs déclarations de revenus, le montant de leurs pensions, d'autant plus que, selon une pratique longtemps acceptée par l'administration fiscale, ces pensions n'étaient pas imposées.

66. La position de la France, à l'opposé, est que, la pratique de l'administration fiscale a été tout au plus une forme de tolérance ou de courtoisie et que s'agissant de la notion de « pratique ultérieure » (une obligation internationale étant en cause), seules les positions des autorités ayant compétence pour engager l'Etat sont de nature à pouvoir être retenues, lorsque l'on cherche s'il y a eu une interprétation d'un traité par les parties. Or, à cet égard, selon la France, il existe des prises de position officielles de ces autorités. Ainsi, indique-t-elle, dès 1956 le Secrétaire d'Etat au budget affirmait, en réponse à une question parlementaire que les pensions des anciens fonctionnaires de l'UNESCO étaient bien soumises à impôt national. Par ailleurs, la même position a été renouvelée devant le Sénat en 1994. Pour expliquer l'attitude de l'administration fiscale, la France rappelle que le système fiscal français est un système déclaratif, et que la conséquence en est qu'en cas de défaut de déclaration, le service ne peut procéder à l'imposition. Si par la suite, les renseignements lui parviennent par d'autres sources, elle procède alors par notification de redressement.

Selon la France, ce sont les « parties versantes » qui ont l'obligation de fournir les coordonnées des bénéficiaires ainsi que les sommes versées. Or, à cet égard, à deux reprises, en 1988 et 1991 l'UNESCO a rejeté les demandes faites à cette organisation par l'administration française de communiquer les montants versés à ses anciens fonctionnaires. C'est, poursuit la France, ce qui explique que de nombreux retraités n'aient pu être soumis à l'impôt sur le revenu en France, pendant de nombreuses années.

67. Le Tribunal a donc à se prononcer sur un problème préliminaire. Il doit rechercher qui doivent être les auteurs de la pratique susceptible d'être considérée, si elle reçoit l'accord des deux Parties, comme étant une interprétation de l'Accord. Ce problème comporte manifestement deux volets. Le premier est relatif à la qualité des auteurs de la pratique pertinente. Le second concerne l'accord des parties sur la pratique en question.

68. Pour le Tribunal, la situation se présente ainsi : pour expliquer la période et les cas où les pensions des fonctionnaires retraités n'étaient pas imposés, la France fait appel à son système d'imposition et à l'attitude négative de l'UNESCO en ce qui concerne l'administration fiscale. Quant aux autorités compétentes pour engager l'Etat, sa position n'a pas varié.

69. L'UNESCO estime que l'administration fiscale, en n'imposant pas les fonctionnaires retraités, a établi une pratique qu'elle-même a tacitement acceptée, n'ayant pas par ailleurs à fournir des informations en vue de l'imposition de ses anciens fonctionnaires.

70. Pour le Tribunal, l'interprétation supposée d'une disposition d'un accord, par les parties à cet accord et pouvant résulter d'une « pratique ultérieure », doit avoir pour source une position commune et sans équivoque des parties. Le recours à la pratique ultérieure comme moyen d'interprétation d'une convention a pour objectif d'établir l'accord non équivoque des parties quant à l'interprétation d'une clause de cette convention. Le Tribunal n'y a recours que pour vérifier l'exactitude de la conclusion à laquelle il est parvenu quant à l'intention des Parties. Cette observation pourrait, *prima facie*, faire croire que le Tribunal penche vers l'opinion selon laquelle ce sont les comportements des seules autorités susceptibles d'engager l'Etat sur le plan international qui peuvent révéler une telle interprétation.

Il n'en est pas ainsi.

71. En effet, pour le Tribunal, la solution du problème posé ci-dessus est moins tranchée. L'analyse de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale, de même que l'examen de la doctrine le montrent bien.

Le recours à une « pratique ultérieure » en tant que moyen d'interprétation était solidement établi dans la pratique de l'interprétation des traités, avant la convention de Vienne de 1969, avec seulement quelques réserves, comme le démontre notamment l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale sur « la compétence de l'Organisation internationale du travail » (*C.P.J.I., 1922, série B, no. 2, p.39*) ou l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *détroit de Corfou* (*détroit de Corfou, fond, arrêt : C.I.J. Recueil 1949, p 25*). Voilà pourquoi la Commission du droit international a inclus cette pratique dans le paragraphe 3 comme un « moyen authentique d'interprétation, au même titre que les accords interprétatifs ». (*Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol II, p.242*). Dans son commentaire, la Commission indique qu'un « **accord sur l'interprétation**

d'une disposition, réalisé après la conclusion du traité, constitue une interprétation authentique des parties qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation » (*Ibid*, p.241 par. 14), Et elle ajoute : « **l'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité...** ». Mais la Commission ne s'était pas prononcée explicitement sur la question de savoir qui peut être l'auteur de la pratique en question.

72. La question que se pose le Tribunal a été traitée par la Cour internationale de Justice dans plusieurs décisions et notamment dans les affaires de la *souveraineté sur certaines parcelles frontalières* (C.I.J. Recueil 1959, pp. 227-230) et du *Temple de Préah Vihéar* (C.I.J. Recueil 1952, pp. 32-33). Il en est de même dans l'affaire de l'île de *Kasikili/Sédudu* (*Botswana/Namibie*) (C.I.J. Recueil 1999 pp. 1075-1092).

73. Ainsi la Cour a eu à envisager le comportement d'organes autres que ceux qui avaient compétence pour engager l'Etat sur le plan international pour la recherche d'une pratique valant interprétation d'un accord.

74. Pour le Tribunal, le facteur déterminant, c'est l'expression non équivoque de la position de l'Etat. Cette position peut résulter tout aussi bien de déclarations ou de conduite des autorités investies du *treaty making power* tout comme des organes administratifs chargés de l'application de l'accord. Mais dans l'un et l'autre cas, il est nécessaire que la position de l'Etat contractant soit sans équivoque, surtout quand il s'agit d'un traité entraînant une obligation. En effet, pour qu'une obligation soit mise à la charge d'un Etat en application d'un accord, il faut que cette obligation puisse être clairement déduite des termes de l'accord, tels qu'ils ont été rédigés ou tels qu'ils sont modifiés ou interprétés par les parties concernées.

Il se trouve qu'en l'espèce, il existe une discordance très nette, d'ailleurs relevée par l'UNESCO elle-même, entre, d'une part, les déclarations des autorités susceptibles d'exprimer la position de l'Etat français et, d'autre part, les attitudes des services fiscaux français. Et même, s'agissant de ces derniers, on ne peut pas déduire de leur comportement une position sans équivoque d'où il résulterait que, pour eux, l'article 22 b) de l'Accord de siège de 1954 est applicable aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France. Les positions n'ont pas été concordantes dans l'espace, loin s'en faut. Elles ont en outre varié dans le temps.

Dès lors, il importe peu que l'UNESCO n'ait pas eu à s'exprimer dans un sens ou dans un autre au sujet de ces positions. De l'avis du Tribunal, quand il y a divergence entre le comportement de l'administration et celui des autorités susceptibles d'exprimer la position d'un Etat, il faut préférer celui de ces dernières.

En outre, pour qu'il y ait une pratique telle que celle visée par le paragraphe 3.c de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des

traités, il est nécessaire qu'il y ait une concordance indiscutable entre les positions des parties et que ces positions aient été susceptibles d'avoir fixé le sens d'une disposition du traité.

75. L'UNESCO reconnaît qu'une telle concordance n'a pas existé. Elle indique même qu'il ne s'agit pas de rechercher dans la pratique ultérieure l'accord des Parties à l'égard des interprétations de l'article 22 b).

Elle ajoute que l'abstention des autorités fiscales françaises d'imposer les pensions, abstention qui s'est manifestée jusqu'à une date récente, explique son inaction et se suffit à elle-même sans qu'il soit nécessaire qu'elle y adhère « d'une manière ou d'une autre ».

En tout état de cause, le choix du Tribunal s'étant porté sur le comportement des autorités susceptibles de parler au nom de la France, le fait que l'UNESCO ait manifesté sa volonté par le silence devant la pratique de non imposition des pensions de retraite par l'administration fiscale n'aurait en l'espèce aucune conséquence juridique sur l'Accord.

76. Le Tribunal ne peut que constater que les autorités françaises, ayant toujours soutenu que les fonctionnaires retraités de l'UNESCO ne bénéficiaient pas des dispositions de l'article 22 b) de l'Accord de 1954 (même s'il y a eu d'un côté des errements dans l'administration fiscale et si, de l'autre côté l'UNESCO a en quelque sorte gardé le silence jusqu'à une date relativement récente), il n'y a pas eu une « pratique ultérieure » susceptible d'être considérée comme constituant une interprétation de l'Accord dans un sens différent de celui qui résulte clairement de ses termes et qui coïncide avec l'intention des Parties au moment des négociations .

77. Ainsi le Tribunal arrive à la conclusion qu'il n'y a pas, entre la France et l'UNESCO, en ce qui concerne l'application de l'article 22 b) de l'Accord 1954, une pratique d'où il résulterait qu'il y a eu un accord sur une interprétation selon laquelle les dispositions dudit article seraient applicables aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France. Cette conclusion est conforme au but et à l'objet de l'accord et à la règle selon laquelle l'exemption fiscale est fonctionnelle et se justifie par le souci d'assurer l'indépendance de la fonction publique internationale.

78. A cet égard, le Tribunal doit souligner que la lettre du 28 septembre 1987 par laquelle le ministre délégué auprès du ministre d'Etat chargé du budget écrit que le « **versement que peuvent demander certains retraités des Nations Unies sous forme de capital au moment de leur départ en retraite n'entre pas dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu** » n'altère pas la conclusion à laquelle il est parvenu. En effet, l'affirmation du ministre délégué est en dehors du champ de la question posée au Tribunal.

Le Tribunal, il faut le rappeler, n'est pas chargé de dire si oui ou non les sommes versées aux retraités de l'UNESCO résidant en France sont totalement ou partiellement dans le champ d'application de l'impôt sur le

revenu. Il lui faut simplement dire si l'exemption prévue par l'article 22 b) de l'Accord de 1954 entre la France et l'UNESCO au profit des fonctionnaires en activité est également applicable aux fonctionnaires retraités de cette organisation et résidant en France.

*

79. Les Parties ont discuté de plusieurs autres arguments en s'appuyant sur certains principes. Bien que ne considérant pas ces principes comme susceptibles de modifier les conclusions auxquelles il est arrivé, le Tribunal tient néanmoins à les examiner, brièvement, les Parties les ayant invoqués à l'appui de leurs thèses.

Il s'agit plus particulièrement des principes mentionnés ci-après.

80. L'égalité des Etats.

Ce principe a été invoqué par l'UNESCO. Selon ce principe, les fonds publics dont disposent les organisations internationales étant constitués par la contribution des Etats parties à ces organisations, il serait contraire au principe de l'égalité des Etats que l'un d'eux puisse y prélever une partie sous forme d'impôt et s'enrichir de cette sorte au détriment des autres Etats.

Selon le Tribunal, le principe de l'égalité des Etats, qui est incontestable, n'a aucun lien direct avec la question qui lui est posée. Cette question devrait amener le Tribunal à dire ce que les Parties ont décidé et ont exprimé, sans jamais l'avoir modifié, dans l'article 22b) de l'Accord de 1954.

81. Le principe de la non imposition des fonds publics étrangers.

Ce principe, s'il existe, est une conséquence directe de celui de l'égalité des Etats. Il a été invoqué par un conseil de l'UNESCO.

De l'avis du Tribunal, un tel principe ne peut pas avoir d'influence sur la mission qui lui a été confiée par les Parties et dont les limites, comme cela a été déjà souligné, sont relativement restreintes.

82. La règle selon laquelle les dispositions d'un traité peuvent créer des droits subjectifs dans le chef des particuliers.

Les Parties ont toutes deux reconnu l'existence de cette règle.

Cette règle appartient au droit international contemporain. Elle a été souvent appliquée par la Cour internationale de Justice. Mais à elle seule elle ne peut apporter la solution du problème posé au Tribunal ni substituer à l'une des Parties à l'accord de 1954 une autre personne physique ou morale, en l'occurrence les anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France. Le problème posé au Tribunal, faut-il le rappeler, est de dire si l'Accord signé entre la France et l'UNESCO en 1954 a produit ou non dans le chef des anciens fonctionnaires de l'Organisation résidant en France, le droit d'être exemptés de l'impôt sur leurs pensions de retraite. Même si l'UNESCO était suivie dans son raisonnement, la situation qui en découlerait n'effacerait pas le

fait que les Parties à l'Accord de 1954 sont la France et l'UNESCO dont la commune volonté devrait être recherchée par le Tribunal en ce qui concerne l'interprétation de l'article 22b).

83. Le principe Noblemaire.

Ce principe a été rappelé par l'UNESCO.

Selon le principe Noblemaire, conçu par la Société des Nations et repris par l'ONU, les fonctionnaires internationaux doivent bénéficier des traitements les plus élevés servis aux fonctionnaires nationaux. Il s'adresse aux Etats qui créent une organisation et à l'organisation elle-même. Les futurs fonctionnaires internationaux l'ont certainement en vue au moment où ils envisagent d'entamer leur carrière. Mais il n'a pas un rôle concret à jouer dans le raisonnement par lequel le Tribunal a cherché à répondre à la question qui lui était posée dans l'article II du compromis.

84. L'existence de liens entre l'organisation internationale et les fonctionnaires, même si ces derniers sont à la retraite.

L'UNESCO a invoqué cette règle ou pratique.

Même s'il n'est pas contesté que ces liens existent dans certains domaines, en ce qui concerne notamment (article 1.5 du Statut du personnel de l'UNESCO) « un devoir » de discrétion, pour le Tribunal, cette constatation ne peut pas avoir une conséquence sur la portée de l'article 22 b) de l'Accord de siège de 1954 qui traite de la non imposition des traitements et émoluments des fonctionnaires de l'UNESCO dont il lui est demandé de préciser les limites.

85. Le principe de l'égalité de traitement.

Ce principe a été rappelé par l'UNESCO, au profit des anciens fonctionnaires de l'Organisation.

Pour le Tribunal, il est exact que certains Etats exonèrent totalement ou partiellement de l'impôt sur le revenu les pensions de retraite alors qu'en ce qui concerne la France ce n'est pas le cas. Une telle situation engendrerait, de l'avis de l'UNESCO, la violation du principe de l'égalité de traitement qui devrait protéger les fonctionnaires internationaux.

En la présente espèce, et compte tenu de l'observation du Tribunal selon laquelle chaque Etat s'oblige à l'égard des anciens fonctionnaires selon les modalités arrêtées avec l'organisation dont il accueille le siège, le principe ne peut être apprécié que dans le cadre du traitement que la France réserve aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant sur son territoire. Or, à cet égard, il n'y a pas de discrimination. D'ailleurs, à partir du moment où le Tribunal estime qu'il appartient aux parties à un accord qui traite de la non imposition des traitements et émoluments des fonctionnaires d'y inclure ou non les fonctionnaires en retraite, l'argument tiré du principe de l'égalité de traitement ne peut avoir d'effet sur le raisonnement du Tribunal.

86. Les Parties ont insisté sur l'importance de l'arbitrage confié au Tribunal et sur les conséquences qu'il aura sur des questions de principe relatives à la situation des fonctionnaires internationaux.

Le Tribunal reconnaît en effet que le présent arbitrage a une grande importance. Mais cela ne saurait le conduire à décider au-delà de ce qui lui est demandé par les Parties, ni à s'appuyer sur des principes qui ne sont pas pertinents au regard de sa mission dans la présente affaire. Du reste, sa sentence est affectée de l'effet relatif des sentences arbitrales.

*

87. En dépit de l'intérêt que suscitent les arguments et les principes ou les règles qui les sous-tendent et qui sont énumérés ci-dessus, de même que d'autres arguments que les Parties ont avancés (tels que « la baisse brutale du niveau de vie des retraités », « l'atteinte à la liberté d'établissement des retraités », « la création de disparités entre fonctionnaires internationaux retraités » ou les mesures prises par l'ONU ou l'UNESCO en guise de compensation, notamment le remboursement aux fonctionnaires de l'impôt perçu par les Etats et l'élargissement de l'assiette du calcul de la pension), le Tribunal n'a pas estimé qu'ils ont une incidence réelle quelconque, dans un sens ou dans l'autre, sur la réponse à la question précise qui lui a été posée et à laquelle il a répondu. Il n'a donc pas jugé nécessaire de leur consacrer des développements qui, en l'espèce, seraient inutiles pour l'accomplissement de sa mission.

* *

88. Le Tribunal en arrive maintenant à la demande subsidiaire de l'UNESCO.

Cette demande, on le rappelle, consiste à prier le Tribunal de dire qu'il résulte de l'applicabilité de l'article 22 b) aux fonctionnaires retraités de l'Organisation résidant en France qu'ils sont exonérés de tout impôt direct sur une part de leur pension qui ne saurait être inférieure à 70%. L'UNESCO explique ce pourcentage par le fait que la Caisse commune, en gérant les fonds de retraite, en tire des intérêts qui peuvent être évalués à 30% du montant de la pension. L'UNESCO soutient en outre que seule la part imposable de la pension peut être prise en considération pour déterminer le taux d'imposition des revenus soumis à impôt direct et que le capital de départ substitué en tout ou en partie au versement d'une pension doit être exonéré de tout impôt direct.

Le Tribunal va examiner cette demande subsidiaire.

89. Pour l'UNESCO, une partie de la pension est un capital. Ce capital peut être évalué à environ 70% pour les raisons rappelées ci-dessus (paragraphe 88). Il en résulte qu'il ne peut être imposé au titre de l'impôt sur le revenu.

Cette déduction s'impose en particulier, selon l'UNESCO, lorsqu'il s'agit du capital départ. Dans ce cas, conclut-elle la totalité des sommes reçues par le fonctionnaire retraité doit échapper à l'imposition.

90. Pour la France, si le capital versé aux anciens fonctionnaires est une pension, il subit le sort normal des pensions ; c'est-à-dire qu'il est imposable. Si par contre il ne s'agit pas d'une pension, le problème que soulève l'UNESCO est en dehors de la compétence du Tribunal puisque la mission de celui-ci se limite à dire si l'article 22 b) de l'Accord de 1954 est ou n'est pas applicable aux pensions des anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France.

91. Le Tribunal a déjà décidé que l'article 22 b) de l'Accord de siège n'est pas applicable aux pensions de retraite des anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France. Cette conclusion suffit à mettre fin à sa mission.

92. Le Tribunal rappelle que la question qui lui est posée est bien précise. Il lui est demandé de dire si l'article 22 b) de l'Accord de 1954 entre la France et l'UNESCO est applicable aux pensions versées aux anciens fonctionnaires de cette organisation résidant en France.

Il ne peut donc pas suivre l'UNESCO dans son invitation à discuter la question selon laquelle une certaine partie de cette pension est un capital et constitue un émolument du fonctionnaire, ni celle concernant le cas où l'ancien fonctionnaire, reçoit, au moment de son départ à la retraite, une somme d'argent globale au lieu et place d'une pension. Il doit s'abstenir de discuter de cette question au risque de s'engager dans un domaine hors de sa compétence d'autant plus que l'UNESCO soutient (et la France ne le contestait pas, avant cet arbitrage, au moins en ce qui concerne le capital départ) que malgré « **le revirement opéré sur les pensions, cela n'a pas été remis en cause jusqu'à présent** » le but de l'UNESCO est donc simplement que soit confirmé cette exonération, fonction qui ne rentre pas dans la mission du Tribunal.

93. Il résulte de ce qui précède que le Tribunal ne peut examiner la demande subsidiaire de l'UNESCO, faute d'avoir la compétence nécessaire pour ce faire.

*

94. Le Tribunal croit avoir ainsi donné à la question qui lui a été posée une réponse que ne contredisent ni le comportement des organisations internationales, ni les décisions des juridictions administratives internationales.

PAR CES MOTIFS

1. Dit que l'article 22 b) de l'Accord de siège de 1954 n'est pas applicable aux anciens fonctionnaires de l'UNESCO résidant en France et percevant, après la cessation de leur activité, une pension de retraite versée par la Caisse commune des pensions du personnel des Nations Unies ;

2. Se déclare incompétent pour se prononcer sur les conclusions subsidiaires de l'UNESCO ;

3. Rejette le surplus des conclusions des Parties ;

4. Dit que les dépens, frais, honoraires et indemnités de la présente procédure d'arbitrage seront supportés à parts égales par l'UNESCO et par le Gouvernement de la République française et que chacune des Parties garde à sa charge tous ses autres frais ;

5. Ordonne au Greffier d'effectuer les dernières dépenses, d'arrêter les comptes du Tribunal et de partager le solde entre les deux Parties, à parts égales ;

Fait en français à Paris au Palais de la Sorbonne le 14 janvier 2003

en trois exemplaires

dont l'un sera déposé aux archives du Tribunal

et dont les deux autres seront remis aux Parties

Le Président

(Signé) Kéba MBAYE

Les arbitres

(Signé) Jean-Pierre Quéneudec

(Signé) Nicolas Valticos

Monsieur Nicolas Valticos, se prévalant du droit que lui confère l'article VII paragraphe 2 du compromis d'arbitrage, joint à la sentence l'exposé de son opinion individuelle.

Opinion individuelle de Nicolas Valticos sur la sentence arbitrale

Je me range, sur le plan juridique, à l'opinion des autres membres du Tribunal arbitral, dont je ne conteste pas le bien-fondé sur ce plan. Il est cependant un point sur lequel je souhaite ajouter une observation. Il s'agit du long délai qui s'est parfois écoulé entre les premiers départs à la retraite de fonctionnaires de l'Unesco ayant maintenant leur résidence en France et l'intervention auprès d'eux des services des impôts du gouvernement français. Tout en faisant certes la part du système fiscal français et des circonstances invoquées par le gouvernement, il n'en reste pas moins frappant que la période de non-imposition des pensions de retraite par l'administration fiscale française, dont l'efficacité est par ailleurs bien connue, a souvent été fort longue, même si l'on ne saurait certes aller jusqu'à penser à un moment d'accord tacite constituant une « pratique ultérieure des Parties ». Cette période a néanmoins pu, pendant un certain temps, donner l'apparence de constituer un consentement tacite du gouvernement français à la formule de la non-imposition de la retraite des fonctionnaires quittant le service de l'Unesco et créer les impressions qui, par la suite, se sont révélées fausses.

Dans ces conditions, ne saurait-on envisager, une fois que l'affaire est maintenant nettement résolue par le Tribunal arbitral sur le plan strictement juridique, que les Parties se concertent pour en tirer les conséquences appropriées, ce qui pourrait raisonnablement, légitimement même, consister - en vue de réparer les retards et les malentendus survenus, autant que les attentes déçues, et plus généralement de panser les plaies supportées - en une ou diverses formules visant à accorder certaines dispenses aux fonctionnaires retraités qui ont manifestement souffert de l'état d'expectative optimiste puis d'espérances perdues dans lequel ils se sont trouvés du fait des délais parfois considérables survenus dans l'intervention des services fiscaux qui, compte même tenu du système fiscal français, n'en ont pas moins comporté à certains égards un élément de faute peu contestable. Une telle formule permettrait d'apporter une certaine compensation, ou en tout cas un certain adoucissement, aux fonctionnaires retraités concernés et d'encourager ceux actuellement en service à poursuivre efficacement leurs fonctions au siège central de l'Organisation.

(Signé) Nicolas VALTICOS

PART V

**Case concerning the audit of accounts between
the Netherlands and France in application of
the Protocol of 25 September 1991 Additional to
the Convention for the Protection of the Rhine
from Pollution by Chlorides of 3 December 1976**

Decision of 12 March 2004

**Affaire concernant l'apurement des comptes
entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française
en application du Protocole du 25 septembre 1991
additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin
contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976**

Décision du 12 mars 2004

CASE CONCERNING THE AUDIT OF ACCOUNTS BETWEEN THE NETHERLANDS AND FRANCE IN APPLICATION OF THE PROTOCOL OF 25 SEPTEMBER 1991 ADDITIONAL TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE RHINE FROM POLLUTION BY CHLORIDES OF 3 DECEMBER 1976, DECISION OF 12 MARCH 2004

AFFAIRE CONCERNANT L'APUREMENT DES COMPTES ENTRE LE ROYAUME DES PAYS-BAS ET LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE EN APPLICATION DU PROTOCOLE DU 25 SEPTEMBRE 1991 ADDITIONNEL À LA CONVENTION RELATIVE À LA PROTECTION DU RHIN CONTRE LA POLLUTION PAR LES CHLORURES DU 3 DÉCEMBRE 1976, DÉCISION DU 12 MARS 2004

Protocol of 25 September 1991 additional to the Convention for the Protection of the Rhine from Pollution by Chlorides of 3 December 1976 — Annex B to the Convention on “Arbitration” — Annex III to the Protocol on “Financial arrangements”.

Audit of accounts concerning the storage and removal from storage of residual salts carried out in French territory — Dispute between the Parties concerning the interpretation to be given to point 4.2.1 of Annex III to the Protocol on the audit of accounts — Argument by the Netherlands that the running costs should be calculated at a fixed rate of 61.5 French francs per ton of residual salts stored — Argument by France that this calculation should be based on the actual unit price.

Interpretation of treaties in accordance with international law — Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties — Customary nature of these provisions.

Constitutive elements of the rule embodied in article 31 of the Vienna Convention as an integral whole — Importance of one element of the rule in relation to the other elements as specific to the case in question — Objective, rational study on the basis of the text in order to establish the intention and common will of the Parties — Concept of the “text of the treaty” as a separate, broader concept than that of “terms” — Ordinary meaning and special meaning of terms.

Good faith — Fundamental nature of the principle of good faith in the interpretation of treaties — No reason to cast doubt on the interpretations proposed by France and the Netherlands in this regard.

Point 4.2.1, which stipulates that the accounts shall be audited by comparing the actual expenditure, calculated according to the conditions specified in points 1.2.3, 1.2.4 and 1.2.6, with the spending limit — Point 1.2.6 on calculation “at a rate of 61.5 francs per ton” — Ordinary meaning of the terms supports the interpretation of the Netherlands — The words “payments are not payments in full discharge” do not support the position taken by France — Meaning of the term “comparing” and of the term “difference”, used in point 3.2.3 of Annex III — Meaning of the terms “*dépenses engagées*” and “*dépenses effectuées*” — Rejection of France’s arguments on these points.

Context of point 4.2.1 — Other provisions of the Protocol — Article 4 of the Protocol not conclusive as to whether the accounts should be audited using a rate of 61.5 French francs or on the basis of the actual costs — Other aspects of the context — Limited usefulness of the Declaration of the Heads of Delegation, signed on 25 September 1991.

Objective and purpose of the Protocol — System adopted by the Parties to the Protocol involving solidarity between them — Joint financing of the measures to be taken by France and

the Netherlands — Establishment of the objective and purpose leaves open the question of the agreed procedures for this financing.

Subsequent practice in the implementation of the Protocol — Annual reports and forecast balance as at December 1996, prepared by France, as proof of the existence of a common practice and of agreement on the interpretation of point 3.2.2 of Annex III — Suspension of payments by Switzerland and Germany not conclusive in respect of relations between France and the Netherlands.

Rule of international law applicable to relations between France and the Netherlands — “Polluter pays” principle not reflected in the Protocol and not part of general international law — Geographical situation of the Netherlands irrelevant.

Recourse to supplementary means, envisaged in article 32 of the Vienna Convention, in the interpretation process — Analysis of the preparatory studies reveals that the sum of 61.5 French francs was calculated on the basis of fixed and variable elements, but it was accepted by the Parties as a fixed rate.

Calculation of the audit of accounts — Establishment of the surplus paid to France — Calculation of the interest accrued as at 31 December 1998 pursuant to point 3.2.3 of Annex III — Calculation of interest accrued since 31 December 1998 — Distinction between the costs of storage and of removal from storage — Additional costs of removal from storage as a result of price rises since 1998.

Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976 — Annexe B à la Convention relative à la procédure d'arbitrage — Annexe III au Protocole portant « modalités financières ».

Apurement définitif des comptes relatif au stockage et au déstockage de sel résiduaire opérés en territoire français — Différend entre les Parties quant à l'interprétation à donner au point 4.2.1 de l'annexe III au Protocole relatif à l'apurement des comptes — Argumentation des Pays-Bas selon laquelle le calcul des dépenses de fonctionnement doit être effectué sur la base du montant forfaitaire de 61,5 francs français la tonne de sel résiduaire stocké — Argumentation de la France selon laquelle ce calcul doit être effectué sur la base des coûts réels unitaires.

Interprétation des traités conformément au droit international — Articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités — Caractère coutumier de ces dispositions.

Éléments constitutifs de la règle de l'article 31 de la Convention de Vienne constituant un tout intégré — Importance d'un élément de la règle par rapport aux autres étant fonction du cas d'espèce — Recherche objective et rationnelle en partant du texte en vue d'établir l'intention et la volonté commune des parties. — Notion de « texte du traité », notion distincte et plus large que celle de « termes » — Sens ordinaire et sens particulier des termes

Bonne foi — Nature fondamentale du principe de la bonne foi dans l'interprétation des traités — Absence de toute raison de mettre en doute à cet égard les interprétations proposées par la France et par les Pays-Bas.

Point 4.2.1 prévoyant que l'apurement définitif des comptes sera réalisé par « comparaison des dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 » et des plafonds de dépenses — Point 1.2.6 se référant au produit des « quantités stockées par 61,5 francs la tonne » — Sens ordinaire des termes en faveur de l'interprétation des Pays-Bas — Membre de phrase « les versements préalables ne sont pas libératoires » n'étayant pas la position de la France — Sens du terme « comparaison » et du terme « différence » employé au point 3.2.3 de l'annexe III — Sens des expressions « dépenses engagées » et « dépenses effectuées ». Argumentation exposée sur ces points par la France non retenue.

Contexte du point 4.2.1 — Autres dispositions du Protocole — Article 4 du Protocole non décisif pour la question de savoir si l'apurement doit se faire sur la base de 61,5 francs français ou sur la base des coûts réels — Autres éléments du contexte — Utilité limitée de la Déclaration des chefs de délégation adoptée le 25 septembre 1991.

Objet et but du Protocole — Système retenu par les parties au Protocole mettant en oeuvre une solidarité entre elles — Financement commun des mesures à prendre par la France et les Pays-Bas — Identification de l'objet et du but laissant ouverte la question des modalités agréées de ce financement.

Pratique ultérieure dans l'application du Protocole — Rapports annuels et Bilan provisoire à fin 1996, préparés par la France, témoignant de l'existence d'une pratique commune et d'un accord pour l'interprétation du seul point 3.2.2 de l'annexe III — Cessation des versements par la Suisse et l'Allemagne non décisive dans les rapports entre la France et les Pays-Bas.

Règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre la France et les Pays-Bas — Principe du « pollueur payeur » non repris dans le Protocole et ne faisant pas partie du droit international général — Situation géographique des Pays-Bas dénuée de pertinence.

Recours aux moyens complémentaires, visés à l'article 32 de la Convention de Vienne, dans le processus d'interprétation — Analyse des travaux préparatoires révélant que le montant de 61,5 francs français a été calculé à partir d'éléments fixes et variables mais qu'il a été retenu par les Parties comme un chiffre forfaitaire.

Calcul de l'apurement définitif — Détermination du montant versé en trop à la France — Calcul des intérêts échus jusqu'au 31 décembre 1998 conformément au point 3.2.3 de l'annexe III — Calcul des intérêts échus après le 31 décembre 1998 — Distinction entre dépenses de stockage et dépenses de déstockage — Surcoûts résultant pour le déstockage de la hausse des prix après 1998.

**AFFAIRE CONCERNANT L'APUREMENT DES COMPTES ENTRE
LE ROYAUME DES PAYS-BAS ET LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
EN APPLICATION DU PROTOCOLE DU 25 SEPTEMBRE 1991
ADDITIONNEL À LA CONVENTION RELATIVE À LA
PROTECTION DU RHIN CONTRE LA POLLUTION PAR LES
CHLORURES DU 3 DÉCEMBRE 1976**

SENTENCE ARBITRALE DU 12 MARS 2004

LE TRIBUNAL FORME DE:

S. EXC. M. KRZYSZTOF SKUBISZEWSKI, *président*,

S. EXC. M. PIETER KOOLMANS, *membre*,

S. EXC. M. GILBERT GUILLAUME, *membre*,

MME ANNE WALLEMACQ, *greffière*,

rend la sentence arbitrale suivante:

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I — Introduction	272
Chapitre II — Historique de la procédure	273
Chapitre III — Argumentation des Parties	280
1. <i>Les Pays-Bas</i>	280
2. <i>La France</i>	286
Chapitre IV — L'interprétation des traités conformément au droit International	293
Chapitre V — La solution du différend	302
Chapitre VI — Calcul des sommes à restituer	331
Chapitre VII — Décision	339
 <i>Déclaration de M. Gilbert Guillaume</i>	 340

Chapitre I — Introduction

1. Au terme de négociations menées dans le cadre de la Commission Internationale pour la Protection du Rhin contre la pollution (dénommée ci-après la « CIPR »), les gouvernements de la République fédérale d'Allemagne, de la République française, du Grand-Duché du Luxembourg, du Royaume des Pays-Bas et de la Confédération suisse (respectivement dénommés ci-après l'« Allemagne », la « France », le « Luxembourg », les « Pays-Bas », et la « Suisse ») ont signé à Bonn, le 3 décembre 1976, la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures (dénommée ci-après la « Convention »). La Convention fut modifiée en 1983 par un échange de lettres à l'initiative de la France. Ces modifications ne sont pas pertinentes en l'espèce. Le 25 septembre 1991, les parties contractantes ont signé à Bruxelles, le Protocole additionnel à la dite Convention (dénommé ci-après le « Protocole »).

L'objectif de la Convention, ainsi qu'il apparaît des termes de l'article 1er, est de lutter contre la pollution du Rhin par les chlorures. A cette fin, les parties contractantes s'engagent à renforcer leur collaboration. Les objectifs du Protocole, tels que définis dans le Préambule, sont d'améliorer la qualité des eaux du Rhin, de faciliter l'approvisionnement en eau potable à partir du Rhin et de l'IJsselmeer et de régler définitivement le problème de la réduction de la charge en chlorures dans le Rhin.

2. La Convention prévoit que la France doit procéder à une réduction en deux phases des rejets de chlorures des Mines de Potasse d'Alsace. La première phase a consisté en une réduction des rejets dans le Rhin de 20 kgs

d'ions chlore par seconde. La seconde phase devait consister pour la France à procéder, outre la réduction de 20 kgs d'ions chlore par seconde déjà opérée, à une réduction de 40 kgs par seconde des rejets de chlorures. Ces dernières dispositions ont été modifiées par le Protocole. Ce dernier prévoit les mesures à mettre en œuvre :

- sur le territoire français d'une part, en vue de réduire les rejets de chlorures et de stocker provisoirement à terre des chlorures dès que la concentration en sels à la frontière germano-néerlandaise dépasse 200mg/l ;
- sur le territoire néerlandais d'autre part, dans le polder du Wieringermeer, en vue de réduire les charges en chlorures dans les eaux de l'IJsselmeer, par le rejet dans la mer des Wadden des eaux d'infiltration déversées jusqu'alors dans l'IJsselmeer.

3. Le Protocole prévoit que ces mesures sont financées selon la clé de répartition suivante : 30% par l'Allemagne, 30% par la France, 34% par les Pays-Bas et 6% par la Suisse. S'agissant des mesures à prendre en France, les parties étaient convenues d'un montant maximal de 400 millions de francs français pour la période 1991-1998 comprenant les dépenses d'investissement – limitées à la somme de 40 millions de francs français – et les dépenses de fonctionnement correspondant aux frais de stockage et de déstockage des chlorures. Ce montant constitue un plafond de dépenses au-delà duquel la France est libérée de ses obligations de stockage.

4. Un différend a surgi entre les Pays-Bas et la France concernant l'interprétation et l'application du Protocole. Aux termes de l'article 13 de la Convention, intégré au Protocole par application de son article 7, « Tout différend entre des Parties contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application de la présente Convention et qui n'aura pu être réglé par voie de négociation est, sauf si les Parties au différend en disposent autrement, soumis, à la requête de l'une d'entre elles, à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'annexe B. Celle-ci [...] fait partie intégrante de la présente Convention ». L'annexe B, intitulée « Arbitrage » fixe la composition et la constitution du Tribunal arbitral, le processus de prise de décision par le Tribunal et prévoit que, sur les autres points, le Tribunal règle lui-même sa procédure. Le différend susmentionné n'a pu être réglé par voie de négociation.

Chapitre II — Historique de la procédure

5. Le 21 octobre 1999, les Pays-Bas ont requis dans une note verbale de leur ambassade à Paris adressée au Ministère français des Affaires étrangères que soit soumis à l'arbitrage visé aux articles 13 de la Convention et 7 du Protocole, le différend surgi entre eux portant :

sur le montant à rembourser par la République Française au Royaume des Pays-Bas conformément à l'apurement définitif des comptes, prévu par les dispositions du paragraphe 4.2.1. de l'Annexe III au Protocole additionnel et qui devait intervenir au plus tard le 31 décembre 1998.

Dans leur note verbale, les Pays-Bas faisaient part de leur intention de nommer un arbitre dans un délai de deux mois à compter de la réception par la France de la requête présentée par la dite note, conformément aux dispositions de l'annexe B de la Convention, et invitaient les autorités françaises, à nommer dans ce même délai de deux mois un arbitre de telle sorte que les deux arbitres ainsi nommés puissent désigner d'un commun accord un troisième arbitre qui assurera la présidence du Tribunal arbitral.

6. Dans une note verbale de leur ambassade à Paris du 17 décembre 1999, les Pays-Bas ont informé le Ministère français des Affaires étrangères qu'ils avaient nommé comme arbitre Monsieur Pieter H. Kooijmans, Juge à la Cour internationale de Justice.

7. Le 17 décembre 1999, dans une note verbale du Ministère des Affaires étrangères, la France a fait savoir à l'Ambassade des Pays-Bas à Paris qu'elle avait pris bonne note de la demande d'arbitrage sollicitée par les Pays-Bas et avait désigné comme arbitre Monsieur Gilbert Guillaume, Juge à la Cour internationale de Justice.

8. D'un commun accord, les deux arbitres ainsi nommés ont désigné le troisième arbitre, Monsieur Krzysztof Skubiszewski, Président du Tribunal des réclamations irano-américain, qui a accepté le 1er février 2000 d'assumer la présidence du Tribunal arbitral Pays-Bas-France (dénommé ci-après « le Tribunal »).

9. Ainsi dûment constitué, le Tribunal a tenu le 21 juin 2000 au Palais de la Paix, à La Haye, une réunion de concertation avec les Parties au cours de laquelle le Tribunal a adopté son Règlement et proposé que le Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dénommée ci-après, la « CPA ») assure les fonctions du greffe du Tribunal et Mme Bette E. Shifman, celles de greffière.

10. Les Pays-Bas ayant donné le même jour, et la France par lettre du 1er juillet 2002, leur accord à la désignation du Bureau international de la CPA comme greffe et de Mme Bette E. Shifman comme greffière, le Tribunal a procédé aux dites désignations. En application du Règlement du Tribunal, toutes les communications émanant du Tribunal ou adressées à celui-ci, y compris toutes communications, notifications et transmissions de documents, ont à dater de ce moment, été transmises par l'intermédiaire du greffe.

11. Conformément aux dispositions du Règlement, la France a par lettre du 12 juillet 2000, informé le Tribunal qu'elle avait désigné comme agent M. Ronny Abraham, directeur des Affaires juridiques au Ministère des Affaires étrangères. Par lettre du 20 juillet 2000, les Pays-Bas ont informé le Tribunal qu'ils avaient désigné comme agent M. Johan G. Lammers, conseiller juridique au Ministère des Affaires étrangères.

12. Par lettres datées respectivement du 4 août et du 18 août 2000, les Pays-Bas et la France ont informé le Tribunal que les Parties néerlandaise et française étaient convenues de soumettre au Tribunal la question suivante :

Compte tenu de l'ensemble des stipulations pertinentes du Protocole additionnel à la Convention du 3 décembre 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures et ses annexes, interprétées conformément au droit international, quel est, entre les Parties au litige, le montant du transfert financier nécessaire pour procéder à l'apurement des comptes prévu au § 4.2.1 de l'Annexe III au Protocole susvisé?

13. Conformément au calendrier indiqué par le Règlement du Tribunal, les Pays-Bas ont déposé leur mémoire le 28 février 2001. La France a soumis son contre-mémoire le 12 septembre 2001, lequel a été suivi, le 11 janvier 2002, de la réplique des Pays-Bas. La duplique de la France qui a clôturé la phase écrite de la procédure a été déposée au greffe, le 8 avril 2002.

14. Suite à la démission de la greffière, le Tribunal a désigné, sur proposition du Secrétaire général du Bureau international de la CPA et après consultation des Parties, Mme Anne Wallemacq comme greffière du Tribunal, laquelle désignation a pris effet au 1er janvier 2002. Le 24 juillet 2002, Mme Catherine Cissé a été nommée assistante de la greffière.

15. Interrogées sur leurs intentions concernant la tenue d'une phase orale, les Parties ont, par lettres des 16 avril et 20 mai 2002, informé la greffière qu'il était apparu, après concertation, qu'il n'existait pas d'accord entre elles pour que la procédure se limite à la phase écrite, ainsi que le permet le Règlement du Tribunal.

16. Par conséquent, et conformément aux dispositions du Règlement, une audience à huis clos a été tenue le 3 octobre 2002, au Centre des Conférences Internationales à Paris. Au cours de l'audience, ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses, lesquelles ont fait l'objet d'une interprétation simultanée :

Pour les Pays-Bas : M. Johan G. Lammers, conseiller juridique, Ministère des Affaires étrangères ;
Mme Ineke van Bladel, juriste sénior, Ministère des Affaires étrangères ;
M. Robert H. Dekker, directeur de la politique internationale de l'eau, Ministère des Transports, des Travaux publics et de la Gestion des eaux et chef de la délégation néerlandaise auprès de la CIPR ;

Pour la France : M. Ronny Abraham, directeur des affaires juridiques, Ministère des Affaires étrangères ;
M. le Professeur Serge Sur, conseil du gouvernement français.

Faisaient en outre partie de la délégation française :

M. Besozzi, Agence de l'Eau Rhin-Meuse ;
Mme Isidoro, Ministère des Affaires étrangères.
M. Rulleau, Mines de Potasse d'Alsace ;
Mme Taon, service juridique, Ministère du
développement et de l'écologie durable ;
M. Vincent, Ministère de l'économie, des finances
et de l'industrie.

Chacune des Parties a déposé à l'audience une note de plaidoirie et présenté des documents non antérieurement produits. Ainsi, les Pays-Bas ont soumis un document intitulé « Rapport à la C.I.P.R. concernant les aspects techniques, les coûts et les modalités de financement du plan présenté par les Pays-Bas en accord avec la France de manière alternative aux dispositions prévues pour l'application de la Convention Chlorures », portant la cote dactylographiée C 2/90 rev. 21.03.90 et la cote manuscrite DELch 4/90 (dénommé ci-après le document « DELch 4/90 »), un document intitulé « Relevé des décisions de la 47ème réunion des chefs de délégation tenue le 4 mai 1990 à Haarlem » portant la cote manuscrite PLEN 1/90 (dénommé ci-après le document « PLEN 1/90 ») et un document intitulé « Relevé des décisions de la 56ème Assemblée plénière de la CIPR tenue le 2 juillet 1991 à Lenzbourg (Suisse) » portant la cote PLEN 30/91 (dénommé ci-après le document « PLEN 30/91 »). La France a, quant à elle, déposé un document intitulé « Evaluation des coûts pour la mise en œuvre d'un stockage provisoire modulé en France à compter du 1er janvier 1991 » portant la date du 10 septembre 1990 et la cote manuscrite C 8/90 (dénommé ci-après le document « C 8/90-Fr »), un document intitulé « Note sur les coûts de la mise en œuvre en France du Protocole additionnel de 1991 de la Convention chlorures » portant la date du 24 mars 1997 (dénommé ci-après la « Note sur les coûts ») et un document intitulé « Convention de Bonn 2ème phase – dépenses effectuées calculées en F 88 » comportant 3 tableaux (dénommé ci-après le document « Convention de Bonn – dépenses effectuées calculées en F 88 »). Après consultation des Parties et en l'absence d'objections de leur part, le Tribunal a décidé de verser les dits documents au dossier. Selon un schéma ayant reçu l'assentiment des Parties, les membres du Tribunal ont posé des questions aux Parties auxquelles celles-ci ont répondu.

17. Le 23 octobre 2002, les Pays-Bas ont présenté au greffe un document intitulé « Note de calcul de la mise en œuvre en France du Protocole additionnel à la Convention Chlorures » (dénommé ci-après la « Note de calcul ») auquel la délégation néerlandaise s'était référée au cours de l'audience sans néanmoins le présenter. Le 6 novembre 2002, les Pays-Bas ont présenté au greffe deux autres documents nouveaux. Le premier document était une lettre du 14 mars 1990 émanant du directeur de la CIPR, portant la référence 7945/90 et constituant la lettre de présentation d'un avant-projet de rapport de synthèse sur l'alternative franco-néerlandaise en vue de l'application de la seconde phase de la convention relative à la protection du Rhin par les chlorures portant la cote C 8/90 et dont seule la page titre était

annexée (dénommée ci-après la « lettre de présentation du 14 mars 1990 »). Le second document était intitulé « Relevé des décisions de la réunion du Groupe de travail “chlorures”, tenue les 20 et 21.03.1990 à Coblenz », portant la cote C 11/90 (dénommé ci-après le document « C 11/90 »).

18. Après avoir invité la France à faire connaître ses vues quant à ces dépôts, le Tribunal se fondant sur son Règlement a, par Ordonnance n° 1 du 4 décembre 2002, autorisé la production des documents présentés par les Pays-Bas et demandé aux Parties de lui expliquer, avant le 7 janvier 2003, pourquoi la même cote, à savoir C 8/90, figure sur deux documents différents, à savoir un document soumis à l'audience par la France et un document soumis par les Pays-Bas le 6 novembre 2002. Le Tribunal a par ailleurs demandé aux Pays-Bas de lui soumettre, avant le 7 janvier 2003, le texte et les annexes de l'avant-projet de rapport susmentionné, et a demandé à la France de lui fournir, dans le même délai, toute précision complémentaire concernant la diffusion et la discussion du document C 8/90, soumis par elle lors de l'audience, au sein du Groupe de travail « chlorures ».

19. Par lettre du 30 décembre 2002, la France a sollicité l'octroi d'un délai supplémentaire de dix jours pour apporter les éléments d'explication demandés par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 1. Par lettre du 6 janvier 2003, les Pays-Bas ont déposé leur réponse aux questions posées par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 1, et les annexes relatives à cette réponse, notamment le « Rapport du Groupe de travail “chlorures” concernant le plan alternatif franco-néerlandais en vue de l'application de la 2ème phase de la Convention “chlorures” » daté de mars 1990 et portant la cote C 8/90 (dénommé ci-après le document « C 8/90-NI ») sans ses annexes, et fait savoir qu'ils ne voyaient aucune objection à l'octroi à la France d'un délai supplémentaire de dix jours. Par Ordonnance n° 2 du 8 janvier 2003, le Tribunal a accordé à la France, un délai supplémentaire de dix jours, jusqu'au 17 janvier 2003, pour lui fournir les explications demandées dans l'Ordonnance n° 1.

20. La France a dûment communiqué sa réponse dans le délai ainsi prorogé. En annexe à sa réponse, la France a soumis les documents suivants : un document intitulé « Stockage provisoire de sel aux MPDA pendant les périodes de forte concentration Cl⁻ dans le Rhin – Etude technique et économique » portant la date du 13 novembre 1989 et la cote C 10/89 (dénommé ci-après le document « C 10/89 »), un document intitulé « Efficacité et dépenses de différents scénarios pour le réglage de rétention du sel résiduaire par les mines de potasse françaises – Documentation pour la Conférence ministérielle des Etats riverains du Rhin du 30 novembre 1989 à Bruxelles » portant la date de novembre 1989 et la cote C 11/89 (dénommé ci-après le document « C 11/89 »), un document intitulé « Rapport à la C.I.P.R. concernant les aspects techniques et les coûts et les modalités de financement du plan présenté par les Pays-Bas en accord avec la France en vue de l'application de la deuxième phase de la Convention chlorures » portant la date du 1er mars 1990 et la cote manuscrite C 2/90 (dénommé ci-après le document « C 2/90 »), un document intitulé « Projet : – Déclaration des chefs

de délégation des gouvernements Parties à l'accord concernant la commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution » portant la cote manuscrite DELch 12/90 (dénommé ci-après le document « DELch 12/90 ») et son annexe intitulée « Note explicative de la délégation française relative au point 5 du projet de déclaration des chefs de délégation », un document intitulé « Projet de proposition néerlandaise pour la mise en œuvre ultérieure de la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures, portant la date du 14 juillet 1989 et la cote DELch 17/89 (dénommé ci-après le document « DELch 17/89 »), et un document intitulé « Etudes deuxième phase Convention de Bonn – Stockage provisoire de sels résiduels à proximité des Mines », portant la date d'août 1987 (dénommé ci-après « Etudes 1987 »).

21. Par lettre susmentionnée du 6 janvier 2003, les Pays-Bas ont demandé au Tribunal de les autoriser à réagir à la réponse de la France aux questions posées dans l'Ordonnance n° 1, en particulier en ce qui concerne la soumission par la France de nouveaux documents.

22. Par Ordonnance n° 3 du 27 janvier 2003, le Tribunal, ayant constaté d'une part que chaque Partie a le droit de présenter pleinement sa cause et appelé d'autre part que les autorisations accordées aux Parties lors de l'audience et après celle-ci, de présenter des documents nouveaux, et les demandes formulées par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 1, ne peuvent conduire à une réouverture de fait de la procédure, a autorisé chaque Partie, si elle le souhaite, à présenter au plus tard le 17 février 2003, ses observations sur la réponse soumise par l'autre Partie en vertu de l'Ordonnance n° 1, y compris les documents annexés à cette réponse.

23. Conformément au prescrit de l'Ordonnance n° 3 du Tribunal, la France a, par lettre du 31 janvier 2003, fait part de ses observations relatives à la réponse des Pays-Bas, tandis que les Pays-Bas ont communiqué le 14 février 2003 leurs observations concernant la réponse française.

24. Par Ordonnance n° 4 du 26 février 2003, le Tribunal a demandé à la France de lui apporter avant le 31 mars 2003, la réponse à deux questions relatives au document intitulé « Bilan provisoire à fin 1996 de la mise en œuvre en France du Protocole additionnel de 1991 de la Convention Chlorures » figurant en annexe 8 au mémoire des Pays-Bas (dénommé ci-après le « Bilan provisoire à fin 1996 »). Le Tribunal a en outre demandé aux Pays-Bas de lui communiquer, s'ils le désirent, leurs observations au sujet de la réponse de la Partie française, dans un délai de dix jours à compter de la réception par les Pays-Bas du texte de cette réponse.

25. Par lettre du 28 mars 2003, la France a communiqué sa réponse aux questions posées par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 4. Précisant que la réponse française leur était parvenue le 31 mars 2003, les Pays-Bas ont, par lettre du 9 avril 2003, fait au Tribunal de leurs observations relatives à la réponse de la France.

26. Par Ordonnance n° 5 du 24 septembre 2003, le Tribunal a demandé aux Parties de lui fournir au plus tard le 10 octobre 2003, après consultation entre elles, la page manquante – la 2ème page ayant été seule produite – des rapports annuels afférents aux années 1994, 1995, 1996 et 1997, figurant en annexe au mémoire des Pays-Bas (voir annexes 5.3, 5.4, 5.5 et 5.6) . Ayant rappelé qu'en vertu de l'annexe III au Protocole, les travaux devaient se poursuivre jusqu'en décembre 1998 et que la France était tenue de présenter chaque année une information sur les quantités stockées et les coûts y afférents, le Tribunal a également demandé aux Parties de lui fournir le rapport annuel pour l'année 1998, non produit par les Parties. En outre, le Tribunal a demandé à la France de lui communiquer au plus tard le 10 octobre 2003, toutes précisions utiles à la détermination par le Tribunal du taux d'intérêt applicable en remplacement du taux du Crédit national. Enfin, ayant constaté qu'aucune indication n'avait été fournie en termes de coefficients de hausse des prix à appliquer s'agissant de la période postérieure au 31 décembre 1998, le Tribunal a demandé à la France de lui communiquer dans le même délai, toutes précisions utiles à la détermination des coefficients de hausse des prix applicables après cette date.

27. Après concertation avec les Pays-Bas, la France a, par lettre du 9 octobre 2003, communiqué au Tribunal les documents requis et proposé au Tribunal de remplacer le taux du Crédit national, non pas par le taux T 4 M ainsi qu'elle le suggérait dans son contre-mémoire, ce taux étant un taux à court terme, mais par le taux d'emprunt des obligations d'Etat françaises à 10 ans. En annexe à sa réponse, la France a soumis les rapports annuels pour les années 1994 à 1998 dans leur version intégrale, un tableau de l'évolution du taux d'emprunt des obligations d'Etat françaises à 10 ans de 1991 à 2002 et un tableau récapitulant l'évolution annuelle de l'indice des prix de 1988 à 1992.

28. Faisant référence à la réponse de la France susmentionnée et agissant à la requête du Tribunal, la greffière a, par lettre du 12 novembre 2003, demandé à la France de lui communiquer toutes précisions utiles à la détermination du taux d'intérêt pour l'année 2003.

29. Par lettre du 18 novembre 2003, la France a communiqué au Tribunal un tableau récapitulant l'évolution du taux d'emprunt des obligations d'Etat françaises à 10 ans pour les mois de janvier à octobre 2003, précisant qu'il s'agissait d'une moyenne mensuelle.

30. A la requête du Tribunal, la greffière a, par lettre du 3 décembre 2003, demandé à la France de lui communiquer dans les meilleurs délais l'étude réalisée en avril 1988 à laquelle fait référence le document C 10/89 annexé à la réponse de la France à l'Ordonnance n° 1 du Tribunal, ainsi que le taux d'intérêt définitif pour l'année 2003. Faisant suite à cette demande, la France a, par lettre du 15 décembre 2003, communiqué au Tribunal les Etudes 1987, précisant que si ce document avait été élaboré en août 1987, les montants y figurant avaient quant à eux été actualisés en avril 1988, laquelle précision ne transparissait pas du document. S'agissant du taux d'intérêt

définitif pour l'année 2003, la France a fait savoir qu'elle le communiquerait au début du mois de janvier 2004, ce qu'elle a fait par lettre du 9 janvier 2004.

Chapitre III — Argumentation des Parties

1. Les Pays-Bas

31. Les Pays-Bas font valoir que l'examen de la question soumise au Tribunal doit se faire sur la base des principes de droit international en matière d'interprétation des traités lesquels trouvent leur expression dans l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (dénommée ci-après la « Convention de Vienne »). Il en résulterait que l'interprétation doit être une interprétation de bonne foi, suivant le sens ordinaire des termes, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du Protocole. Ils précisent que l'examen ne doit être poursuivi sur la base de l'article 32 de la Convention de Vienne qu'au cas où, à la suite de l'examen effectué conformément à la règle de l'article 31, le sens reste ambigu ou obscur ou conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable.

32. Les Pays-Bas rappellent tout d'abord que selon le point 4.2.1 de l'annexe III au Protocole :

4.2.1. Pour les dépenses en territoire français, les versements préalables ne sont pas libératoires et un apurement définitif des comptes sera réalisé au plus tard le 31 décembre 1998 par comparaison des dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 ci-dessus et les plafonds de dépenses prévus au point 2 éventuellement augmentés des reports prévus au point 3.2.3 ci-dessus. Dans l'hypothèse où les dépenses effectuées par la France seraient inférieures au montant indiqué sous le point 1.2, la France s'engage à restituer le trop perçu majoré des intérêts portés sur les 11/12ème d'une année au taux d'intérêt à long terme du crédit national. À cet égard, il convient de tenir compte aussi bien du taux de hausse des prix.

Ils ajoutent que selon le point 1.2.6. de l'annexe III :

1.2.6. À chaque année, la France est libérée de ses obligations de stockage dès lors que les dépenses effectuées au cours de l'année considérée atteignent le plafond de dépenses résultant du point 2 et du point 3.2.3. À cette fin, le calcul des dépenses de fonctionnement engagées par la France s'effectue en multipliant les quantités stockées par 61,5 francs français par tonne (francs français 1988 ajustés). Pour la première année, il convient d'ajouter les dépenses d'investissement (40 millions de francs français 1988 ajustés).

33. De l'avis des Pays-Bas sont particulièrement importants pour la réponse à la question posée au Tribunal les passages du point 4.2.1 mentionnant « les dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 », « les intérêts portés sur les 11/12ème d'une année au taux d'intérêt à long terme du crédit national » et « le taux de hausse des prix ». Sont en outre pertinents pour le calcul des dépenses, des intérêts et du taux de hausse des prix, les points 4.2.1, 1.2.6 et 1.2.1 en ce qui concerne les dépenses, les points 4.2.1 et 3.2.3 en ce qui concerne les intérêts et le point 4.2.1 en ce qui concerne le taux de hausse des prix.

34. Selon les Pays-Bas, le « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte » visé à l'article 31 de la Convention de Vienne implique qu'il doit être procédé au calcul des « dépenses », « intérêts » et « taux de hausse des prix » mentionnés au point 4.2.1 comme il est précisé ci-après.

35. Les dépenses au sens du point 4.2.1 comprennent les dépenses d'investissement fixées à 40 millions de francs français (francs français 1988 ajustés), montant non contesté par les Parties, et les dépenses de fonctionnement. Ces dernières comprennent, conformément au point 1.2.1, les frais de stockage et de déstockage. Compte tenu de la relation entre d'une part la première et la deuxième phrase du point 4.2.1 et d'autre part le point 1.2.6 auquel le point 4.2.1 renvoie explicitement, les dépenses de fonctionnement doivent être calculées en multipliant les quantités de chlorures effectivement stockées par 61,5 francs français par tonne (francs français 1988 ajustés). En d'autres termes, la méthode indiquée à la deuxième phrase du point 1.2.6 a non seulement pour objet de permettre de calculer le montant des dépenses visées à la première phrase de ce paragraphe, mais aussi pour objet de permettre de calculer les dépenses effectuées par la France dans le cadre de l'apurement définitif des comptes. Les Pays-Bas soulignent par ailleurs que l'interprétation française revient à décomposer le montant de 61,5 francs français en frais fixes, devant être multipliés par 4,55 millions de tonnes de chlorures, et en frais variables, devant être multipliés par la quantité de chlorures effectivement stockée. Or, le montant des frais fixes que la France aurait pu porter en compte aux autres Parties pouvait être déterminé dès 1991. Pareille détermination n'a néanmoins pas été faite, ce qui plaide en faveur de l'interprétation néerlandaise.

Les Pays-Bas contestent qu'ainsi que le soutient la France, il puisse être donné une signification différente aux notions de « dépenses engagées » et « dépenses effectuées » utilisées dans la première et la deuxième phrase du point 4.2.1. Ils attirent l'attention sur le fait que les termes « dépenses effectuées », lesquels viseraient selon l'argumentation française les dépenses réelles, figurent également au point 1.2.6, lequel concerne des calculs et des reports qui ne doivent pas être effectués sur la base des coûts réels. En outre, l'interprétation française aboutirait à donner au terme « dépenses » un sens spécifique, car selon la France, seules les dépenses réelles de la France pourraient être portées en compte. Enfin, en réponse à la France qui soutient que les Pays-Bas ont, pour le projet du Wierengermeer, procédé à l'apurement définitif visé au point 4.1.1 sur base des dépenses effectives, les Pays-Bas font valoir que tant pour la France que pour les Pays-Bas, des accords ont été conclus entre les Parties relativement aux mesures à prendre et à l'apurement définitif et qu'il n'y a aucune incohérence entre les dispositions des points 4.1.1 et 4.1.2.

Répondant à l'argumentation de la France tirée de l'emploi de la formule « à cette fin » au point 1.2.6, les Pays-Bas signalent que cette formule n'apparaît pas dans les textes néerlandais et allemand. Se référant à cet égard à l'article

33, paragraphe 3, de la Convention de Vienne, selon lequel les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques, ils concluent que les textes français, néerlandais et allemand confirment la justesse de leur interprétation, tandis que la tentative de conciliation opérée par la France en application de cette disposition, aboutit à faire prévaloir le texte français sur les deux autres textes.

En réponse à l'argumentation française tirée de l'utilisation du terme « différence » au point 3.2.3 et du terme « comparaison » au point 4.2.1, les Pays-Bas font valoir que le terme « différence » figurant au point 3.2.3 consacré aux reports est employé à juste titre, ce point visant la situation où le coûts des stockages effectivement réalisés serait inférieur au plafond fixé pour l'année considérée. Pour cette raison, il ne peut, selon les Pays-Bas, être établi de rapprochement entre le point 3.2.3 et la première phrase du point 4.2.1 qui indique que l'apurement doit résulter d'une « comparaison » entre les dépenses « calculées selon les modalités prévues au points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 » et les « plafonds de dépenses prévus au point 2 ». S'agissant de l'apurement, il n'est en effet pas possible de partir de l'hypothèse que les dites dépenses sont inférieures au plafond indiqué au point 2 : il convient de procéder d'abord à une « comparaison ». S'il apparaît que les dépenses effectuées par la France sont inférieures au montant indiqué au point 1.2, la France est alors tenue de restituer le trop perçu (la « différence »).

36. Les Pays-Bas exposent ensuite qu'en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne, un traité doit être interprété « à la lumière de son objet et de son but » et qu'à cet égard le Préambule du Protocole revêt une importance particulière. Selon eux, il ressort du Préambule que l'objet et le but du Protocole sont l'amélioration de la qualité de l'eau du Rhin et de l'approvisionnement en eau potable. Ils en déduisent que l'interprétation qu'ils donnent des termes pertinents du Protocole à la lumière de leur sens ordinaire est compatible avec l'objet et le but du Protocole.

Les Pays-Bas démentent par ailleurs avoir établi une relation entre d'une part leur situation géographique et le principe du pollueur payeur et d'autre part, l'objet et le but du Protocole, voire le sens qui doit être donné aux termes du Protocole. Serait par conséquent inexacte l'affirmation de la France selon laquelle ils auraient l'intention de prétendre à un traitement préférentiel, en invoquant les motifs précités.

37. Se référant au paragraphe 2 a) de l'article 31 de la Convention de Vienne, les Pays-Bas font valoir que la « Déclaration des chefs de délégation des gouvernements Parties à l'accord concernant la Commission Internationale pour la Protection du Rhin contre la Pollution » (dénommé ci-après la « Déclaration des chefs de délégation ») signée en même temps que le Protocole doit être considérée comme un « accord » au sens du dit paragraphe et que cette Déclaration ne conduit pas à une modification de l'interprétation telle que défendue par les Pays-Bas.

38. Les Pays-Bas affirment qu'il n'y a pas, en l'espèce, d' « accord ultérieur intervenu entre les parties » au sens de l'article 31, paragraphe 3 a) de la Convention de Vienne. En revanche, il convient de tenir compte de « la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité », dont il est fait état au paragraphe 3 b) de l'article 31 de la Convention de Vienne. A cet égard, les Pays-Bas soulignent que dans les rapports annuels soumis par la France pour la période 1992-1997, les dépenses de fonctionnement sont calculées en multipliant les quantités de chlorures stockées par 61,5 francs français par tonne. Les intérêts appliqués dans les rapports annuels sont, quant à eux, et sous réserve de celui de 1997, les intérêts au taux annuel à long terme du Crédit national et il est tenu compte également du taux de hausse des prix. Les Pays-Bas en concluent que l'attitude non controversée de la France dans la mise en œuvre de l'obligation d'information énoncée à l'article 1, paragraphe 2 du Protocole et au point 3.2.2. de l'annexe III du Protocole doit être considérée comme un argument supplémentaire en faveur de la justesse de leur interprétation.

Les Pays-Bas contestent par ailleurs que les pourparlers qui ont eu lieu entre les Parties au Protocole au sujet de l'apurement définitif puissent être qualifiés de « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des Parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Selon les Pays-Bas, pareil accord n'existe pas en effet. Preuve en est la présente procédure dont l'objet est précisément l'apurement définitif. A cet égard, il est précisé que l'Allemagne et la Suisse se sont associés à la position des Pays-Bas.

39. Les Pays-Bas soutiennent également que l'interprétation qu'ils donnent du calcul des dépenses, des intérêts et du taux de hausse des prix doit être considérée comme une interprétation de bonne foi du point 4.2.1, du point 1.2.6 rapproché du point 1.2.1 ainsi que du point 3.2.3 de l'annexe III du Protocole. Ils font remarquer que la bonne foi n'est pas un élément dont on pourrait déduire après coup une signification autonome différente des termes de la Convention.

40. Les Pays-Bas procèdent ensuite à une analyse des travaux préparatoires, précisant au préalable qu'il est procédé à cette analyse pour la seule et unique raison que ces travaux peuvent, aux termes de l'article 32 de la Convention de Vienne, servir à confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31.

Les Pays-Bas contestent la pertinence du document DELch C 2/90 annexé à la duplique de la France, ce document datant du printemps 1990, c'est-à-dire un an et demi avant la signature du Protocole. Les Pays-Bas affirment de surcroît que ce document est incomplet et que, contrairement à ce que prétend la France, c'est une version révisée de ce document qui, sous la cote DELch 4/90, a été discutée par les chefs de délégation lors de la réunion du 4 mai 1990. Par ailleurs, ainsi qu'il apparaît du Relevé des décisions de cette réunion,

l'examen de ce document a été confié aux groupes de travail « chlorures » et « affaires juridiques ». Il est renvoyé à cet égard au document PLEN 1/90.

Les Pays-Bas ajoutent qu'est en revanche pertinent en l'espèce le document PLEN 30/91 établi au terme des négociations relatives au Protocole. Est particulièrement important le paragraphe 8.2 de ce document, intitulé « Précisions relatives aux modalités financières » ainsi que l'annexe 4 auquel le paragraphe 8.2 fait renvoi. Selon les Pays-Bas, il ressort de ce document que la France devait baser l'apurement définitif sur le décompte pour l'année 1998 dans lequel, conformément aux rapports établis par la France pour les années précédentes, les quantités de chlorures stockées sont multipliées par 61,5 francs français et les reports de l'année précédente sont pris en compte. Aucune distinction n'est par ailleurs opérée entre frais fixes et frais variables. Selon les Pays-Bas, cette distinction a été discutée pour la première fois dans le groupe de coordination de la CIPR, lors de la présentation par la France du Bilan provisoire à fin 1996, document dont la France ne conteste pas qu'il a été présenté spontanément, sans obligation. En outre, ajoutent les Pays-Bas, il apparaît de ce dernier document que certains postes ont en réalité été de 45% inférieurs à ceux calculés par la France. Cette constatation amène à se demander s'il ne faudrait pas tenir compte, dans le calcul des frais fixes, pour autant que ce calcul soit pertinent, d'une minoration de 45% pour le démantèlement des installations.

Les Pays-Bas mettent en doute par ailleurs que le montant de 61,5 francs français ait été calculé en prenant pour hypothèse un stockage de 4,55 millions de tonnes et renvoient à cet égard à la Note de calcul de laquelle il ressort que la France a demandé des facilités pour la moitié seulement de ce montant, à savoir 2,7 millions de tonnes.

S'agissant du document C 8/90 soumis par la France lors de l'audience à l'appui de son affirmation selon laquelle le montant de 61,5 francs français doit être décomposé en frais fixes de stockage et de déstockage et frais variables de stockage et de déstockage, les Pays-Bas soutiennent que ce document ne fait pas partie des « travaux préparatoires » du Protocole. En effet, il n'a pas été établi dans le cadre de la CIPR, mais par un organisme français, et n'a été discuté ni lors de la réunion du groupe de travail « chlorures » du 13 septembre 1990, ni lors de la réunion des chefs de délégation du 31 octobre 1990. A l'appui de cette affirmation, les Pays-Bas ont présenté un autre document portant également la cote C 8/90, et rédigé quant à lui dans le cadre de la CIPR. Ils précisent toutefois que ce dernier document n'a pas été discuté par le groupe de travail « chlorures » et ne fait pas non plus partie des « travaux préparatoires ».

Les Pays-Bas font remarquer que les documents C 10/89, C 11/89, C 2/90, DELch 12/90, DELch 17/89 ainsi que les Etudes 1987 Convention de Bonn, annexés à la réponse de la France aux questions posées par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 1, datent d'un stade précoce des négociations et n'ont pas été examinés en séance plénière aux fins d'une prise de décision. Il s'agit en

d'autres termes de propositions unilatérales de Parties et de documents de discussion dont le contenu ne peut être considéré comme reflétant l'intention des Parties concernant l'interprétation du point 4.2.1 ou d'autres dispositions du Protocole et de l'annexe III. S'agissant de la décomposition en frais fixes et en frais variables, les Pays-Bas ajoutent que si les Parties ont nécessairement parlé de la structure des frais entraînés par les mesures à prendre, cela ne signifie pas qu'elles aient voulu que cette structure soit prise en compte dans l'apurement définitif. C'est donc à tort que la France affirme que les documents susmentionnés concernent les négociations « conduisant à l'adoption du Protocole ».

Les Pays-Bas font encore les observations suivantes. Les Etudes 1987 faisaient partie du Plan global visant à l'exécution de la deuxième phase de la Convention, jugé inacceptable par les Parties, ce qui par conséquent rend douteuse sa valeur en tant qu'élément des travaux préparatoires. En outre, c'est en vain que la France renvoie aux paragraphes 51 à 54 du document C 10/89 pour étayer sa thèse selon laquelle une distinction doit être établie entre frais fixes et frais variables. Ces paragraphes ne font pas mention en effet de « frais fixes », mais de dépenses proportionnelles, appelées aussi dépenses de fonctionnement par opposition aux dépenses d'investissement. Enfin, les Pays-Bas soulignent que le document C 2/90, à la page 10 et à la page 3 de son annexe, renvoie au document C 12/89 non soumis par la France qui confirme la thèse néerlandaise selon laquelle les « dépenses effectives » ou les « dépenses réalisées » correspondent aux coûts mentionnés par la France dans les rapports annuels lesquels doivent être utilisés pour l'apurement définitif. Ce document précise en effet : « Pour les dépenses en territoire français, les versements préalables ne sont pas libératoires et un apurement des comptes sera réalisé au plus tard le 31 décembre 1998 par comparaison avec les dépenses effectives, pour lesquelles la délégation française présentera chaque année dans le cadre de la CIPR un rapport détaillé sur la mise en œuvre du plan précisant notamment les quantités de sel stockées et les dépenses réalisées ».

41. Se fondant sur les considérations susmentionnées, les Pays-Bas concluent que le calcul des dépenses dans le cadre de l'apurement définitif doit être effectué selon les modalités suivantes.

Le montant des dépenses de fonctionnement, comprenant les frais de stockage et de déstockage ultérieur, doit être calculé en multipliant les quantités de chlorures stockées, à savoir 960.000 tonnes, par 61,5 francs français par tonne. Les dépenses de fonctionnement s'élèvent donc à 59,04 millions de francs français. A ce montant doivent être ajoutées les dépenses d'investissement fixées à 40 millions de francs français. Les dépenses engagées s'élèvent en conséquence à un montant de 99,04 millions de francs français.

Selon la clé de répartition prévue à l'article 4 du Protocole, ce montant est à la charge des Pays-Bas à concurrence de 34%, c'est à dire à raison d'un montant de 33,67 millions de francs français. La France ayant perçu un montant total de versements de la part des Pays-Bas de 135,7 millions de

francs français, lequel montant correspond à 34% de 400 millions de francs français, la France doit restituer aux Pays-Bas un montant de 102,33 millions de francs français.

En outre, la France doit payer les intérêts sur les reports annuels, sur le trop-perçu à compter du 1er janvier 1999, à savoir 102,33 millions de francs français, et sur les montants réservés pour le déstockage après le 31 décembre 1998, ceci sur les 11/12ème de l'année au taux d'intérêt à long terme du crédit national. Enfin, il convient de tenir compte du taux de hausse des prix qui concerne les frais du stockage et du déstockage ultérieur.

42. Les Pays-Bas prient le Tribunal de tenir compte de ces postes dans le calcul du montant qui devra leur être restitué par la France lors de l'apurement définitif.

2. *La France*

43. La France est d'avis que la codification par la Convention de Vienne dans ses articles 31 à 33, des règles coutumières gouvernant l'interprétation des traités exprime l'état du droit coutumier en vigueur, de telle sorte que les règles formulées sont applicables à tous les Etats, y compris la France qui n'est pas partie à la dite Convention. Cependant, précise la France, le fait que ces règles soient applicables sur la base du droit coutumier ne permet pas de se fonder sur la Convention de Vienne de façon aussi analytique et cédulaire que dans l'hypothèse où elle serait elle-même obligatoire entre les Parties. En l'espèce, en effet, seule la coutume internationale fait droit entre les Parties. La France ajoute que l'interprétation ne saurait être étroitement enfermée dans ces articles et que par ailleurs la référence au texte du traité que les Pays-Bas tendent à présenter comme la base essentielle de leur interprétation n'a pas en droit international général le caractère d'exclusivité que lui attribuent les Pays-Bas.

En outre, ainsi qu'il ressort de la formulation de l'article 31 paragraphe 1 de la Convention de Vienne, « le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité » doit être inscrit dans un cadre plus large comprenant la bonne foi, le texte du traité dans son ensemble, le contexte du traité, son objet et son but. La bonne foi en particulier constitue le principe directeur qui gouverne l'interprétation et l'application des traités. La France souligne que ce principe commande qu'il soit procédé à une interprétation raisonnable du Protocole et de ses annexes.

Enfin, ainsi que rappelé par l'article 32 de la Convention, il importe, dit la France, que le sens dégagé ne conduise pas à un résultat ambigu ou obscur, voire manifestement absurde ou déraisonnable.

44. Selon la France, l'objet et le but du Protocole, tels qu'ils résultent des circonstances de sa conclusion, sont d'établir une solidarité entre riverains du Rhin, également intéressés à la qualité de ses eaux, et dont les activités contribuent à des titres divers à sa pollution. Cette solidarité est matérialisée

par les actions que chaque Etat riverain entreprend pour ce qui le concerne et par un financement collectif des actions nécessaires. La France en déduit qu'imposer à l'une des parties une charge supérieure à celle qu'elle doit assumer sur la base des dispositions convenues serait porter atteinte à la solidarité que le Protocole met en œuvre et ainsi méconnaître son objet et son but. En d'autres termes, la solution du différend ne peut, dit la France, s'appuyer sur un traitement préférentiel des parties, notamment des Pays-Bas au motif que ceux-ci, en acceptant les stipulations du Protocole, auraient dérogé au principe du « pollueur payeur ». A cet égard, la France précise qu'elle assure à la fois une contribution technique et matérielle – le stockage à terre étant pour des raisons pratiques réalisé en France – et une contribution financière nullement inférieure à celle d'autres parties, et qu'elle n'est en aucune façon avantagée par le Protocole. Au demeurant, celui-ci n'impose pas une charge anormale aux Pays-Bas.

45. La France soutient que l'ensemble des stipulations financières prévues par le Protocole et ses annexes constitue les « stipulations pertinentes » visées dans la question posée au Tribunal, et que l'article 4 du Protocole est à cet égard essentiel.

46. Les stipulations de l'article 4 ont, selon la France, un double objet. Elles précisent d'une part les plafonds des dépenses à engager sur le territoire français et sur le territoire néerlandais et indiquent d'autre part la répartition de ces frais entre les parties au Protocole, à savoir 30% pour l'Allemagne, 30% pour la France, 34% pour les Pays Bas et 6% pour la Suisse.

Par ailleurs, l'article 4 repose, de l'avis de la France, sur une double logique. La première logique consiste à fixer des plafonds de dépenses qui ne doivent pas être dépassés, à savoir un plafond global de 400 millions de francs français, et des plafonds intermédiaires fixés pour chaque année d'exécution des stockages suivant la répartition prévue au point 2.1.1 de l'annexe III. S'agissant de la détermination des conditions dans lesquelles les plafonds prévus sont atteints, un montant forfaitaire de 61,5 francs français par tonne stockée – qui incorpore aussi une provision pour le déstockage – permet de régulariser le fonctionnement du Protocole en fonction des plafonds de dépenses qu'il fixe. Le calcul de ces dépenses n'a toutefois qu'un caractère provisoire et forfaitaire. Preuve en est le point 4.2.1 de l'annexe III qui dispose que « les versements ne sont pas libératoires » et qu'un « apurement définitif » des comptes doit être réalisé à l'issue des opérations prévue au plus tard le 31 décembre 1998. La seconde logique consiste à fixer les conditions de l'apurement définitif, qui est une notion différente et relève d'un processus distinct, un processus rétrospectif et définitif. Il ne s'agit plus ici d'appliquer la base de calcul forfaitaire de 61,5 francs français. Il faut au contraire se fonder sur les dépenses réelles, sans quoi la notion d'apurement définitif par opposition aux versements préalables et aux reports annuels, n'aurait pas de sens.

47. La France affirme ensuite qu'il ressort d'une simple lecture des termes de l'annexe III et du point 4.2.1 en particulier, selon leur sens ordinaire,

que contrairement à ce qu'affirment les Pays-Bas, le montant de 61,5 francs français ne peut en tant que tel être retenu pour le calcul définitif. A l'appui de cette affirmation, la France développe les arguments suivants.

Elle souligne que le montant de 61,5 francs français n'apparaît que dans le point 1. de l'annexe III consacré au « Plafond de dépenses ». Les termes du point 1.2.6 et en particulier l'emploi de la formule « à cette fin » indiquent sans ambiguïté que ce montant a un contenu propre au processus de fonctionnement annuel et a pour seul objet de déterminer si le plafond fixé pour chaque année est atteint et si par suite la France est libérée de ses obligations de stockage. A cet égard, la France se réfère au paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne qui dispose qu'en cas de divergence des textes authentiques, l'« on adoptera le sens qui compte tenu de l'objet et du but du traité concilie le mieux ces textes » ; la France considère que prendre en considération la restriction apportée par cette formule dans la version française du Protocole n'est pas incompatible avec les autres textes authentiques. En effet, elle ne change rien à l'application du point 1.2.6 et a pour objet de limiter la transposition du mécanisme de calcul dans le cadre du point 4.2.1, ce qui n'est pas incompatible avec les textes allemands ou néerlandais qui distinguent également entre l'application annuelle et l'ajustement définitif. En revanche, enlever toute signification à cette formule, ainsi que le font les Pays-Bas, revient à la réputer non écrite, ce qui est contraire à une interprétation correcte du traité, car ne permettant pas de concilier les différents textes.

La France observe en outre que le point 4.2.1 n'utilise pas les mêmes termes que le point 3.2.3 consacré aux reports annuels dont le calcul est opéré sur la base forfaitaire de 61,5 francs français. Le point 3.2.3 parle de la « différence » entre le coût des stockages (sur la base de 61,5 francs français) et les versements préalablement effectués par les parties, ce terme renvoyant à un calcul mathématique ou résultat dont l'objet est d'assurer la gestion provisoire du Protocole. En revanche, le terme « comparaison » utilisé dans le point 4.2.1 renvoie « à une méthode ou procédure dont l'aboutissement ne peut pas être préconstitué de façon chiffrée, puisqu'elle va supposer l'appréciation de données définitives » : au surplus, si les points 3.2.3 et 4.2.1 se réfèrent tous deux au même taux d'intérêt devant majorer la somme correspondant à la « différence » ou au « trop-perçu », le point 4.2.1 fait état en outre du taux de hausse de prix, ce qui souligne qu'il s'agit de processus différents régis par des méthodes différentes.

Enfin, selon la France, le choix des termes dans le point 4.2.1 confirme la conclusion selon laquelle cette stipulation vise des dépenses effectives et non forfaitaires. Il est en effet fait référence dans la première phrase aux « dépenses engagées » calculées forfaitairement sur les bases définies pour l'application annuelle et provisoire, et dans la seconde phrase qui détermine les modalités de la restitution du trop perçu, aux « dépenses effectuées » calculées selon leur montant réel et correspondant au « coût des mesures prises » dont fait état l'article 4 du Protocole. Par ailleurs, les termes

« dépenses effectuées » n'ont pas le même sens dans les points 1.2.6 et 4.2.1, car ils sont employés dans des contextes différents. Dans le point 1.2.6, ces termes visent la quantité réelle des stockages, mais non leur coût réel, tandis qu'ils visent au point 4.2.1 non seulement des quantités stockées, mais également des coûts réalisés. Enfin, les termes « dépenses effectuées » figurent également au point 4.1.1 consacré à l'apurement des comptes pour les Pays-Bas, qui, au motif que les dépenses réellement effectuées avaient dépassé le plafond fixé, estiment ne devoir restituer aucun trop perçu.

Force est donc de constater, conclut la France, que l'annexe III comporte une double logique financière résultant clairement du texte pris dans son sens ordinaire. La première, celle des points 1., 2. et 3., concerne le fonctionnement annuel du Protocole : elle repose sur une base forfaitaire et provisoire. La seconde, celle du point 4.2.1 est propre à l'apurement définitif, lequel s'appuie sur des quantités réelles et sur des coûts qui correspondent à des dépenses réalisées. Et, ainsi que le précise l'article 4 du Protocole, « les coûts des mesures prises » doivent être répartis selon la clé de répartition qu'il fixe.

48. S'agissant de la pratique ultérieure dans l'application du traité, la France soutient que doivent être pris en considération la suspension des versements par certaines parties, les bilans présentés par la France et l'absence d'un différend juridique cristallisé avant la présente instance.

La suspension du versement des contributions par certaines parties, laquelle n'a au demeurant pas donné lieu à protestation de la part de la France, indique de l'avis de cette dernière, que le fonctionnement forfaitaire de l'annexe III ne pouvait plus perdurer en raison de l'augmentation de l'hydraulicité du Rhin et que la réalité des coûts ne pouvait être plus longtemps ignorée. Les contributions versées étaient en effet suffisantes du fait des reports annuels, pour couvrir les dépenses à financer par la France.

La circonstance que les calculs ont été effectués dans les rapports provisoires présentés par la France sur la base de 61,5 francs français la tonne ne signifie pas que la France ait acquiescé à l'interprétation défendue par les Pays-Bas ou que l'on puisse parler d'une situation d'*estoppel*. En effet, ces calculs sont des calculs provisoires qui ne sauraient lier la France pour ce qui est du calcul de l'apurement définitif. En outre, il s'agit de documents techniques, en aucune façon imputable à une autorité capable d'engager la République française sur le plan international.

La France fait enfin valoir qu'on ne peut tirer de conclusions des positions prises par les uns et les autres antérieurement à la date de la soumission du différend à l'arbitrage. Ces positions n'avaient en effet aucun caractère juridique et étaient encore moins de nature à engager juridiquement les Parties. Ces pourparlers témoignent en revanche d'une divergence *ab initio* entre les Parties sur les modalités de l'apurement définitif.

49. La France estime que l'interprétation néerlandaise mélange deux processus distincts, assimile abusivement des termes formellement différents, ignore certains éléments significatifs de la pratique ultérieure, en déforme

d'autres, méconnaît la règle limitant le montant supporté par la France à 30% des coûts des mesures prises, et conduit à un résultat déraisonnable. La France ajoute que l'interprétation néerlandaise conduit à imposer à la France une charge financière correspondant à 75% des coûts et à lui faire supporter seule les conséquences d'une hydraulicité du Rhin supérieure aux prévisions initiales des parties, ce qui est en contradiction avec les termes du Protocole, avec son objet et son but et avec la pratique suivie par les parties dans son application. A ce propos, la France explique que le montant de 61,5 francs français reposait sur une hypothèse de stockage, à savoir 4,5 millions de tonnes, nettement supérieure au stockage qui a été réalisé, en raison d'une hydraulicité du Rhin supérieure aux prévisions. En conséquence, le montant relatif des frais fixes s'est trouvé majoré dans les faits par l'abaissement des stocks réels. La France renvoie à cet égard au tableau annexé à la Note sur les coûts présentée à l'audience, précisant que ce document était lui-même annexé au Bilan provisoire à fin 1996, qui a été présenté en 1997 par la France.

50. La France fait également référence aux travaux préparatoires en vue simplement de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne. La France renvoie d'abord au document DELch C 2/90 annexé à sa duplique ayant trait à un plan alternatif qui aurait été proposé par les Pays-Bas, en accord avec la France, lors de la réunion des chefs de délégation du 4 mai 1990. Selon la France, ce document confirme sa position sur un triple plan : en ce qu'il distingue un plafond forfaitaire et des dépenses effectives variables : en ce qu'il distingue un fonctionnement du Protocole sur des bases forfaitaires et un apurement définitif sur la base des dépenses effectives : et en ce que, pour le calcul forfaitaire, la prévision d'une quantité donnée de chlorures à stocker a été retenue.

A l'appui de sa thèse selon laquelle le montant de 61,5 francs français doit être décomposé en frais fixes et frais variables, la France présente le document C 8/90-Fr, en date du 10 septembre 1990, qui fait état d'une distinction entre les coûts d'aménagement des aires de stockage, les frais fixes selon la France, et les dépenses de stockage, les frais variables. La France précise que ce document ne provient pas des archives de la CIPR, mais des archives de l'Agence de l'Eau Rhin – Meuse et qu'il a fait l'objet des communications nécessaires à sa discussion. La France ajoute que le document C 8/90-NI de mars 1990, présenté par la Partie néerlandaise, a un caractère de synthèse par rapport au document français, car il comporte, outre le contenu du document C 8/90 français, les mesures préconisées par les Pays-Bas sur leur territoire. Le document de septembre 1990 reflète de l'avis de la France, l'aboutissement de discussions préalables. Pour mieux éclairer son contenu, la France présente les documents C 10/89, C 11/89 et les Etudes 1987.

Le document C10/89 qui a été examiné par le groupe « chlorures » le 15 décembre 1989, et en particulier ses paragraphes 51 à 54, démontre, selon la France, que la décomposition du montant de 61,5 francs français en frais fixes et proportionnels a été prévue dès la phase de négociation du Protocole. La France ajoute que si les frais de déstockage ne sont pas spécifiquement

décomposés dans ce document, c'est parce qu'ils reprennent les chiffres figurant dans les Etudes 1987, lesquels étaient réputés connus. Par ailleurs, dit la France, le document C 10/89 a été repris, en intégrant les mesures envisagées sur le territoire néerlandais, dans le document C 2/90, et ces documents ont été examinés lors des séances du groupe « chlorures » des 20 et 21 mars, 23 mai, 13 et 14 septembre et 22 novembre 1990, et discutés en réunion des chefs de délégation les 3 et 4 mai à Haarlem, les 31 octobre à Coblenze et 12 décembre à Luxembourg, sous différentes versions.

Le document C 11/89, préparé par les Pays-Bas fait apparaître, quant à lui, l'étude de différents scénarios reposant sur des variations de l'hydraulicité du Rhin. Le document C 10/89 lui aussi signalait que « le montant prévisionnel dépendra des hypothèses retenues pour l'hydraulicité du Rhin pendant les années de stockage. »

Les Etudes 1987 sont un élément du Plan global présenté par la France, pour atteindre une réduction de 60 kgs d'ions chlore par seconde, lequel a été rejeté. Néanmoins, le document C 10/89, notamment dans son préambule, fait largement référence aux Etudes 1987, et surtout à son annexe 9, pour l'estimation des coûts de stockage et de déstockage.

De ces trois documents, la France conclut que la décomposition du montant de 61,5 francs français et la variabilité des coûts proportionnels en fonction de l'hydraulicité du Rhin ont constitué une donnée permanente des négociations relatives au Protocole. A ce titre, le document C 8/90 français du 10 septembre 1990 ne peut être exclu des « travaux préparatoires » pertinents car les éléments de calcul des prix qu'il contient ont, ainsi qu'il ressort des documents susvisés, fait l'objet à plusieurs reprises de discussions.

Enfin, la France attire l'attention sur le document DELch 12/90, et en particulier sur son annexe et la rubrique « investissements » figurant dans la partie consacrée à l'estimation des coûts. De cette rubrique, il apparaît en effet, selon la France, que l'aménagement des aires de stockage a été évalué sur la base d'une estimation d'une quantité donnée de sel stocké de sorte que les coûts proportionnels incluent de façon prévisionnelle les coûts des aires de stockage.

51. Sur la base des considérations précitées, la France expose que la méthode d'apurement définitif doit tenir compte des « dépenses effectuées par la France » lesquelles ont un caractère composite, quant à leur nature, leur étalement dans le temps, leur caractère fixe ou variable, leur adaptation en fonction de la hausse des prix et du taux d'intérêt applicable au trop perçu. Par ailleurs, aux termes de l'article 4 du Protocole, « les coûts des mesures prises sur le territoire français » sont répartis entre les Parties et sont à concurrence de 30%, à charge de la France. Se fondant sur cette méthode, la France propose de calculer comme suit le montant du trop perçu.

Pour déterminer les dépenses de fonctionnement, la France part des calculs ayant justifié le choix du montant forfaitaire de 61,5 francs français. Si dans le cadre du point 1.2.6, ce chiffre présente un caractère forfaitaire et prévisionnel,

dans le cadre du point 4.2.1, il s'applique à des dépenses effectives dont le montant doit être établi avec toute l'exactitude possible. Pour cette raison, il convient de distinguer dans ce montant quatre éléments : frais fixes de stockage : 12 francs par tonne ; frais variables de stockage : 12 francs par tonne stockée ; frais fixes de déstockage : 17,8 francs par tonne ; frais variables de déstockage : 19,7 francs par tonne déstockée. Par ailleurs, la valeur forfaitaire attribuée à chacun de ces éléments a été fixée en prenant pour hypothèse la réalisation d'un stockage de 4,55 millions de tonnes. La France opère alors une distinction entre les frais fixes de stockage et de déstockage et les frais variables de stockage et de déstockage. Les premiers, qui ne dépendent pas de la quantité effectivement stockée, sont calculés sur la base de l'hypothèse initiale d'une quantité de 4,55 millions de tonnes, soit respectivement : $12 \text{ francs} \times 4,55 \text{ millions} = 54,6 \text{ millions de francs}$ pour les frais fixes de stockage et $17,8 \text{ francs} \times 4,55 = 81 \text{ millions de francs}$ pour les frais fixes de déstockage. Les seconds, tributaires du montant de tonnes effectivement stockées en vertu du Protocole, à savoir 960.199 tonnes, sont calculés en multipliant la quote part forfaitaire qui leur est attribuée par la quantité de tonnes stockées, soit : $12 \text{ francs} \times 960.199 = 11,5 \text{ millions de francs}$ pour les frais variables de stockage et $19,7 \times 960.199 = 18,9 \text{ millions de francs}$ pour les frais variables de déstockage. Les frais de fonctionnement s'élèvent ainsi à $54,6 + 81 + 11,5 + 18,9 = 166 \text{ millions de francs français}$. A ce montant doivent être ajoutés les frais d'investissement fixés à 40 millions de francs français. Le montant des dépenses effectuées par la France s'élève en conséquence à 206 millions de francs français 1988.

A cette somme doit s'ajouter un taux de hausse des prix déterminé en prenant comme référence le taux officiel national de hausse des prix en France durant la période considérée. Selon la France, le montant actualisé s'élève à 234.919.608 francs français. La France doit supporter 30% de ce montant et les Pays-Bas, 34% du même montant, soit, selon la France, 79.921.104 francs français. La France ayant perçu un montant total de versements de la part des Pays-Bas de 135.714.883 francs français, le montant de l'obligation de restitution de la France envers les Pays-Bas s'élèverait à 55.793.779 francs français. Ce montant devrait être majoré du taux d'intérêt que décidera le Tribunal.

52. En réponse aux questions posées par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 4 relativement aux dépenses réalisées en vue de l'aménagement des aires de stockage et aux dépenses de déstockage mentionnées aux chapitres II B.2 et II B.4 du Bilan provisoire à fin 1996, la France a confirmé l'exactitude des montants figurant dans le Bilan. Elle a notamment confirmé que l'aménagement des aires de stockage n'avait été réalisé que pour partie et que le démantèlement des installations et la remise en état des terrains seraient d'un coût inférieur à celui initialement prévu. Elle a expliqué qu'elle en avait tenu compte dans les calculs présentés dans ses conclusions et repris ci-dessus, et a réaffirmé ses conclusions.

53. Par l'ensemble de ces motifs, la France demande au Tribunal de bien vouloir répondre à la question qui lui est soumise conformément aux observations qui précèdent. Par ailleurs, la France se réfère à l'article 14 du Tribunal qui dispose que le Tribunal peut « commettre des experts, interroger des témoins et demander des explications aux agents, conseils et experts des Parties » et s'en remet sur ce point à la sagesse du Tribunal.

Chapitre IV — L'interprétation des traités conformément au droit international

54. La question que les Parties néerlandaise et française sont convenues de soumettre au Tribunal (voir paragraphe 12 ci-dessus) se réfère aux « stipulations pertinentes du Protocole [...] interprétées conformément au droit international ». Aussi, avant de procéder à l'interprétation des dispositions du Protocole et de ses annexes, y a-t-il lieu de rappeler le droit applicable à l'interprétation des traités.

55. Les Parties évoquent les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne qui disposent :

Article 31: Règle générale d'interprétation

- 1) Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
- 2) Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion de ce traité ;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
- 3) Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
- 4) Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32 : Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

56. Les Pays-Bas exposent que, bien que la France ne soit pas partie à la Convention de Vienne, les susdits articles trouvent application en raison de leur caractère coutumier. Selon les Pays-Bas, dans l'interprétation du Protocole, les éléments pertinents sont, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, le sens ordinaire des termes de celui-ci, son objet et but ainsi que la pratique des parties contractantes.

57. La France, qui reconnaît que les articles 31 et 32 constituent le droit coutumier en vigueur, soulève toutefois la possibilité que les règles coutumières diffèrent quelque peu des dispositions de la Convention de Vienne dans leur application ou leur contenu. Comme la France n'est pas partie à cette Convention, elle soumet qu'« [e]n l'occurrence, seule la coutume internationale fait droit entre les deux parties » (voir contre-mémoire, paragraphe 6). La France affirme aussi que l'interprétation ne saurait être étroitement enfermée dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne et que d'autres dispositions de cette même Convention portent également sur l'interprétation.

58. Le Tribunal relève que, de façon générale, les Parties sont en accord en ce qui concerne les règles applicables à l'interprétation du Protocole. Les deux Parties considèrent que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne reflètent les règles coutumières en matière d'interprétation des traités, même si la France souligne qu'il y a lieu d'apporter quelque nuance à cette opinion (voir paragraphe 43 ci-dessus).

59. Le Tribunal note qu'il n'a pas à s'attarder sur la question de l'applicabilité en l'espèce des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Le Tribunal constate qu'à plusieurs reprises déjà, la Cour internationale de Justice ainsi que d'autres tribunaux ont affirmé que ces dispositions constituaient une codification du droit coutumier.

60. Ainsi, dans l'*Affaire des Plate-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, la Cour internationale de Justice rappelle (C.I.J. Recueil 1996, (II), p. 812, par. 23) que,

[...] selon le droit international coutumier tel qu'exprimé à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Selon l'article 32, il peut être fait appel à titre complémentaire à des moyens d'interprétation tels que les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Ce passage reprend des constatations analogues faites antérieurement et a été réitéré par la suite dans plusieurs affaires, par exemple : *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, par. 41 ; *Affaire de la Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, C.I.J. Recueil 1995, p. 18, par. 33 ; C.I.J. Recueil 1996 (II), par. 23 ; *Île de Kasikili/Sedudu*

(*Botswana/Namibie*), C.I.J. Recueil 1999, p. 1059, par.18 ; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2001, p. 501, par. 99 ; *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt du 17 décembre 2002, par. 37.

61. Le Tribunal ajoute aussi que des sentences ou décisions arbitrales ont été rendues en ce sens après l'adoption de la Convention de Vienne. Ainsi dans son arrêt du 16 mai 1980 dans l'*Affaire de l'Accord sur les dettes extérieures allemandes* le Tribunal arbitral constitué conformément à cet Accord, malgré la non-applicabilité de la Convention de Vienne dans le cas de l'espèce en vertu de son article 4, s'est basé sur celle-ci car,

selon les opinions concordantes de la jurisprudence et de la doctrine, la Convention de Vienne reflète la situation de l'époque comme la situation actuelle du droit international public en matière de traité, car, tout au moins en ce qui concerne l'interprétation des traités, elle ne fait que codifier le droit coutumier en vigueur. Non seulement toutes les parties à la présente instance ont adopté expressément cette opinion mais le Tribunal, lui-même, l'a déjà exprimée dans sa jurisprudence antérieure.

(Revue générale de droit international public (ci-après RGDIP), t. 84, 1980, p. 1184, par. 16 des motifs.)

Le Tribunal note que le Tribunal irano-américain des réclamations (Iran-United States Claims Tribunal) dès le début de son activité (1981) s'est référé systématiquement aux articles 31 et 32 comme droit applicable, malgré le fait que ni l'Iran ni les États-Unis ne sont devenus parties à la Convention (*Iran v. United States of America, Case A/1*, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 1, p. 190 ; cf. *ibid.*, p. 200 et *Case A/2*, p. 109). Dans la jurisprudence de ce Tribunal le nombre de telles références est considérable. Par exemple, dans *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America (Case N° A21)* (décision du 4 mai 1987) le Tribunal des réclamations a dit (*ibid.*, vol. 14, p. 328, par. 8, traduction non officielle) :

La tâche du Tribunal consiste à déterminer la nature et le contenu des obligations assumées par chacun des États signataires des Déclarations d'Alger. Les moyens à employer pour procéder à l'interprétation d'un tel accord international sont prévus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Finalement, le présent Tribunal rappelle que le Tribunal arbitral constitué pour trancher l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée-Bissau*, dans sa sentence du 14 février 1985, a souligné qu'« [i]l n'est pas contesté entre les deux États en cause, bien que ni l'un ni l'autre ne soit partie à la Convention de Vienne [...], que les articles 31 et 32 de cette convention constituent les règles pertinentes du droit international [...] ; le Tribunal ne pourra que se fonder sur lesdits articles [...] ». En effet, ces dispositions sont applicables « au titre d'une coutume internationale reconnue entre États » (RGDIP, t. 89, 1985, p. 503, par. 41).

62. Il est donc à noter que la jurisprudence internationale a adhéré à la règle générale d'interprétation codifiée par l'article 31 de la Convention de Vienne. Le Tribunal considère que cette règle doit être envisagée comme formant un tout intégré, dont les éléments constitutifs ne peuvent être séparés.

C'est d'ailleurs cette approche qui est maintenant adoptée par la Cour internationale de Justice et par certains organes d'arbitrage international. Tous les éléments de la règle générale de l'interprétation sont à la base d'une recherche objective et rationnelle qui permet d'établir l'intention et la volonté communes des parties.

63. Dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, la Cour indique que « l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même » (précité, p. 41). A cet égard, le Tribunal tient à souligner que le « texte du traité » est une notion distincte et plus large que la notion de « termes ». Se fonder sur le texte ne signifie pas se fonder uniquement ou principalement sur le sens ordinaire des termes. Une telle solution ignorerait en effet la référence à la bonne foi, au contexte et à l'objet et au but du traité. Aussi bien le sens ordinaire des termes est-il lui-même fonction du contexte et de l'objet et du but du traité. Enfin, ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, le texte du traité (préambule et annexes inclus) est lui-même un élément du contexte pour l'interprétation.

64. Ce qui vient d'être dit montre bien que les divergences entre les Parties en ce qui concerne les règles d'interprétation applicables portent principalement sur l'importance à accorder aux divers éléments de la règle générale d'interprétation. Pour les Pays-Bas, le sens ordinaire des termes employés est déterminant, alors que pour la France, ces termes ne constituent que le point de départ du processus interprétatif ; il faut aussi tenir compte d'autres éléments tels que la bonne foi, le contexte de la disposition interprétée ainsi que l'objet et le but du traité. Le Tribunal rappelle que tous ces éléments sont mentionnés à l'article 31 et qu'ils sont liés les uns aux autres. Selon la Commission du droit international intitulé de l'article 31 emploie le singulier (« règle ») parce que cet article « forme une seule règle, étroitement intégrée » (Annuaire CDI, 1966, vol. II, p. 239). En conséquence, on ne peut faire abstraction des éléments autres que le sens ordinaire des termes ; de la même façon, on ne peut ignorer ce sens. Si le texte du traité demeure la base de l'interprétation, cela ne veut donc pas dire qu'il y a lieu de privilégier une interprétation purement littérale. Il en va ainsi de la logique et de l'économie de l'article 31 de la Convention de Vienne que les deux Parties acceptent aux fins de l'espèce. Le sens ordinaire des termes doit être déterminé de bonne foi, à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but du traité. Bien sûr, l'importance d'un élément par rapport aux autres sera appelée à varier en fonction du cas sous étude. Comme l'a dit le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Lac Lanoux (Espagne/France)* (sentence du 16 novembre 1957, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales (ci-après RSA), vol. XII, p. 281), le droit international « ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation ».

65. Dans ce contexte le Tribunal souligne qu'il reconnaît entièrement le rôle fondamental et le caractère dominant de la bonne foi dans l'interprétation et dans l'application de l'ensemble du droit international et non seulement

dans l'interprétation des traités. C'est sur le principe de bonne foi que repose la règle fondamentale *pacta sunt servanda*. En interprétant un traité, il n'en faut pas moins toujours partir du texte. Tel est le devoir du Tribunal.

66. En conséquence, le Tribunal appliquera les dispositions du paragraphe premier de l'article 31 portant sur « le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ». Cependant, le sens ordinaire des termes ne constitue pas toujours le seul moyen d'interprétation pertinent.

67. Il observera cependant que le sens ordinaire des termes ne doit pas toujours être retenu. En effet, selon l'article 31, paragraphe 4, « [u]n terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties. » Toutefois, c'est à la partie qui invoque un tel sens qu'il incombe de le démontrer de façon convaincante, ainsi qu'il en ressort de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* (C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 49), de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le *Sahara Occidental* (C.I.J. Recueil 1975, p. 53) et de l'arrêt d'une Chambre de cette Cour sur le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))* (*ibid.* 1992, p. 585, par. 377).

*

68. Le Tribunal doit, en outre, examiner la relation entre les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Les Pays-Bas prétendent qu'il n'y a lieu de recourir aux moyens complémentaires de l'article 32 que si l'application des moyens de l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur, ou mène à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable (voir mémoire, paragraphe 3.9). Or, tel ne serait pas le cas en l'espèce. De son côté, la France soumet que les dispositions de l'article 32 sont « indissociables de la réglementation générale de l'interprétation » et qu'ils « constituent en quelque sorte des critères d'évaluation d'une correcte interprétation » (voir duplique, paragraphe 7).

69. Le Tribunal a déjà évoqué la jurisprudence de la Cour internationale de Justice où elle a reconnu la nature coutumière des dispositions de l'article 32 (paragraphe 60 ci-dessus). Le Tribunal s'est aussi référé aux décisions arbitrales (paragraphe 61 ci-dessus). En outre, dans l'*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)* (C.I.J. Recueil 1991, p. 69, par. 48) la Cour internationale de Justice s'est occupé plus particulièrement du rôle que les moyens complémentaires jouent dans le processus d'interprétation. La Cour a cité ses propres décisions en disant que

« le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors – et alors seulement – que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont

servies des mots dont il s'agit. » (*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8*).

La règle d'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des termes employés n'est pas

« absolue. Lorsque cette méthode d'interprétation aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit, l'objet et le contexte de la clause ou de l'acte où les termes figurent, on ne saurait valablement lui accorder crédit. » (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 336.*)

Ces principes se trouvent traduits, dans les articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités qui, à bien des égards, peuvent être considérés sur ce point comme une codification du droit international coutumier existant.

Quant aux arbitrages postérieurs à la Convention de Vienne, on peut signaler la décision du Tribunal irano-américain des réclamations du 19 décembre 2000 (non encore publiée, par. 60) dans *The United States of America and the Federal Bank of New York v. The Islamic Republic of Iran and Bank Markazi Iran (Case N° A28)* où cet organe arbitral a dit qu'il « a interprété le paragraphe 7 [de la Déclaration générale d'Alger du 19 janvier 1981] conformément aux règles énoncées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne » (traduction non officielle). Vu la jurisprudence du Tribunal des réclamations en ce qui concerne la Convention de Vienne (paragraphe 61 ci-dessus), il est hors de doute que dans cette affaire le Tribunal des réclamations s'est référé aux règles de l'article 32 en tant que normes coutumières.

70. Le Tribunal constate que l'article 32 ne limite pas la prise en compte de moyens complémentaires d'interprétation aux seuls cas où le résultat obtenu en application des dispositions de l'article 31 serait ambigu, obscur ou manifestement absurde ou déraisonnable. En effet, il peut être recouru à de tels moyens pour « confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ». Ceci est d'ailleurs en accord avec plusieurs arrêts de la Cour internationale de Justice.

71. Ainsi, dans les affaires du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* (précité, par. 55) et de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), juridiction et admissibilité* (précité, par. 40), la Cour affirme que, bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire d'y avoir recours pour déterminer le sens des traités en cause, la prise en compte de moyens complémentaires d'interprétation, y compris les travaux préparatoires, confirme les résultats obtenus par la Cour. La Cour a aussi recours aux moyens complémentaires de l'article 32 pour confirmer son interprétation dans l'*Affaire des Plateformes Pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire* (précité, par. 29) ; *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)* (précité, par. 46) et *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Litigan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)* (précité, par. 53). Dans son arrêt dans l'*Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)* (précité, par. 104), la Cour explique que, bien qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel aux

travaux préparatoires pour déterminer le sens de l'article en cause, ces mêmes travaux préparatoires ne s'opposent pas à la conclusion retenue par la Cour.

72. Quant à la pratique arbitrale, dans l'*Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France* (sentence du 9 décembre 1978) le Tribunal arbitral américano-français a « vérifié » l'une de ses conclusions en tenant compte aussi « du contexte général de l'aviation civile internationale dans lequel l'Accord a été négocié » (RSA, vol. XVIII, p. 473, par. 44). Le tribunal a procédé à une telle vérification « [b]ien que les Parties ne se soient pas rapportées à l'histoire des négociations de l'Accord » ; mais, selon le Tribunal, « le contexte plus large dans lequel la négociation de l'Accord s'est déroulée est pertinent » (p. 479, par. 66). Le Tribunal américano-français a constaté que ce contexte historique confirme l'interprétation qu'il a adoptée sur la base du texte de l'Accord (*ibid.* et pp. 480-481, par. 69).

Dans une autre affaire, celle de l'*Accord sur les dettes extérieures allemandes*, le Tribunal arbitral, après une analyse détaillée des travaux préparatoires, est arrivé à la conclusion que ceux-ci « confirment le résultat auquel avait déjà conduit l'interprétation du texte de la clause litigieuse, en application de l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne » (précité, p. 1203, par. 37 des motifs).

De même, le Tribunal irano-américain des réclamations *dans Case N° A28* (précité, par. 70) a fait observé ce qui suit (traduction non officielle) :

Dans leurs soumissions, les Parties ont traité extensivement de l'historique des négociations du paragraphe 7 [de la Déclaration générale d'Alger de 1981]. Étant donné que la signification du paragraphe 7 est claire, il n'est pas nécessaire pour le Tribunal de se référer à cet historique pour la Décision en l'espèce. Néanmoins, le Tribunal considère que rien dans l'historique des négociations ne vient contredire ou affaiblir l'interprétation adoptée par le Tribunal.

73. Selon l'article 32, il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue de déterminer le sens du traité lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu et obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Cette disposition de la Convention de Vienne trouve son origine dans une jurisprudence arbitrale ancienne, constante et abondante rejetant toute interprétation conduisant à des résultats déraisonnables. Le Tribunal donnera quelques exemples de cette jurisprudence.

74. Ainsi, dans l'affaire *Georges Pinson (France) c. Etats-Unis du Mexique*, « [e]n ce qui concerne [...] les principes généraux d'interprétation applicables », la Commission franco-mexicaine des réclamations a formulé, parmi d'autres, « les thèses suivantes » (décision n° 1 du 19 octobre 1928, RSA, t. V, p. 422, par. 50) :

1. Autant que le texte de la Convention est clair par lui-même, il n'y a pas lieu d'en appeler à de prétendues intentions contraires de ses auteurs, sauf le cas exceptionnel dans lequel les deux parties litigantes reconnaîtraient que le texte ne correspond pas à leur intention commune.
2. Autant que le texte n'est pas suffisamment clair, il est loisible de recourir aux intentions des parties contractantes. Si, dans ce cas, les intentions sont claires et unanimes, elles doivent prévaloir sur toute autre interprétation possible. Si, au contraire, elles divergent ou ne sont pas claires, il faut chercher l'interprétation qui, dans le cadre du texte, correspond le mieux, soit à une solution raisonnable de la controverse, soit à l'impression que l'offre de la partie qui a pris l'initiative a raisonnablement et de bonne foi dû faire sur l'autre partie.
3. Pour fixer le sens du texte conventionnel ou les intentions des parties contractantes, les négociations diplomatiques qui ont conduit à la conclusion de la convention peuvent être prises en considération, à moins que les parties contractantes n'aient fini par adopter un texte incompatible avec la teneur des négociations, ou qu'elles n'aient consciemment renoncé à invoquer les éléments d'interprétation que les pourparlers diplomatiques pourraient fournir.

Et comme l'a dit la Commission de conciliation franco-italienne :

L'interprète doit s'efforcer de donner à la condition posée par le Traité un sens raisonnable.

[...]

Il appartient à l'interprétation rationnelle de confirmer ou d'infirmer la conclusion à laquelle l'interprète a été amené, en l'espèce, par l'analyse grammaticale du texte pris isolément.

(*Différend Società Mineraria e Metallurgica di Petrusola*, décision n° 95 du 8 mars 1951, *ibid.*, t. XIII, pp. 186 et 187.)

75. Dans nombre d'affaires les arbitres ou les commissions ont rejeté des interprétations qu'ils considéraient comme produisant un effet « monstrueux » (*Affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles*, sentence du 3 septembre 1924, *ibid.*, t. I, p. 439), ou comme menant à des résultats « absurdes » (*Affaire Pinson*, précité, p. 425), « déraisonnables » (*John W. Browne (United States) v. Panama*, décision du 26 juin 1933, *ibid.*, t. VI, p. 334) ou « non raisonnables » (*Naomi Russell, in Her own Right and as Administratrix and Guardian (USA) v. United Mexican States*, décision n° 5 du 24 avril 1931, *ibid.*, t. IV, p. 820). Dans le *Différend Società Mineraria* (précité p. 185) la Commission a repoussé une interprétation d'une disposition conventionnelle qui, selon la Commission, constituait « un non-sens ou du moins une tautologie ». Dans l'*Affaire Baccharach*, la Commission de conciliation italo-américaine a écarté une interprétation qui, selon elle, « équivaldrait à étirer le sens ordinaire des mots au-delà des limites raisonnables » (traduction non officielle, décision n° 22 du 19 février 1954, *ibid.*, t. XIV, p. 189).

76. La jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et celle de la Cour internationale de Justice a suivi, quant à la question envisagée, les sentences arbitrales. Dans l'affaire relative au *Service postal polonais à Dantzig* (avis consultatif du 16 mai 1925, C.P.J.I., série B, n° 11, p. 39) la Cour permanente a déclaré :

C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes.

La Cour internationale de Justice a évoqué cette constatation dans son avis consultatif du 3 mars 1950 sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (C.I.J Recueil 1950, p. 7), en développant une jurisprudence analogue (voir aussi *Compétence de l'Assemblée générale*, C.I.J Recueil 1950, p. 8 et *Sud-Ouest africain*, précité, paragraphe 69 ci-dessus). Après la conclusion de la Convention de Vienne la Cour a confirmé à plusieurs reprises le recours possible aux moyens complémentaires d'interprétation dans les conditions prévues à l'article 32 (*Différend frontalier terrestre insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant)*, C.I.J. Recueil 1992, p. 584, par. 376 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, C.I.J. Recueil 1994, p. 22, par. 41 ; *Affaire des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, précité par. 29).

77. Comme le Tribunal l'a déjà rappelé, la France est d'accord pour estimer que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne reflètent le droit coutumier en vigueur, celui-ci liant tous les Etats, même ceux qui, comme la France, ne sont pas parties à la Convention de Vienne. Toutefois, la France souligne que le « droit coutumier qui [seul] lie les deux parties ne permet cependant pas de se fonder sur la Convention de façon aussi analytique et cédulaire que dans l'hypothèse où elle serait elle-même obligatoire entre les deux parties » (contre-mémoire, paragraphe 6). A ce propos, la partie française se réfère à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (contre-mémoire, paragraphe 6) :

Dans son arrêt du 27 juin 1986 (fond), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour internationale a clairement reconnu que des règles coutumières et conventionnelles pouvaient se superposer. Il en résulte que chacune d'elles conserve « une applicabilité distincte » et que « les règles substantielles qui les expriment » peuvent ne pas avoir « un contenu identique » (§ 175 ; CIJ, Recueil 1986, p. 94). En l'occurrence, seule la coutume internationale fait droit entre les deux parties.

Le Tribunal note toutefois que la France n'a attiré l'attention sur aucun élément précis au soutien de son assertion selon laquelle les règles coutumières pourraient différer des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Ces articles n'ont en outre pas le caractère plutôt rigide que la France semble leur prêter ; au contraire, ces articles laissent suffisamment de place au juge dans le processus d'interprétation. Le Tribunal en vient à la conclusion qu'il y a lieu de considérer que ces articles reflètent fidèlement l'état du droit coutumier actuel. Ils sont donc applicables en l'espèce.

*

78. Il reste à considérer le statut en droit coutumier de l'article 33 de la Convention de Vienne. Cette disposition traite de l'interprétation de traités

authentifiés en plusieurs langues (tels que le Protocole). L'article 33 est ainsi libellé :

Art. 33 : Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues

- 1) Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.
- 2) Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.
- 3) Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
- 4) Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

79. Les deux Parties invoquent l'article 33 aux fins de leur argumentation. Pour des motifs qui apparaîtront ultérieurement (voir paragraphe 89), le Tribunal ne juge pas nécessaire de discuter ici du statut de cet article en droit coutumier. Il est toutefois à noter que la Cour internationale de Justice a récemment observé que le paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne reflétait le droit international coutumier (*Affaire LaGrand*, précitée, paragraphe 101).

Chapitre V — La solution du différend

80. Le différend entre les Pays-Bas et la France concerne le financement des opérations envisagées par le Protocole. Plus précisément, c'est sur le calcul du montant devant être remis par la France aux Pays-Bas pour procéder à l'apurement définitif des comptes (point 4.2.1 de l'annexe III) que porte le désaccord entre les Pays-Bas et la France. Il importe, pour bien comprendre le présent litige, d'examiner le mécanisme mis en place par l'article 4 et l'annexe III du Protocole. Ce mécanisme s'est avéré nécessaire parce qu'il était impossible d'anticiper les quantités de chlorures qui allaient devoir être stockées chaque année. Ainsi que l'énonce le point 1.2.5 de l'annexe III du Protocole, « les dépenses de fonctionnement seront dans la pratique variables suivant l'hydraulicité du Rhin ».

81. L'article 4 du Protocole dispose que les parties assumeront le coût des mesures prises sur le territoire français, s'élevant au maximum à 400 millions de francs français, selon les proportions suivantes (v. aussi annexe III, points 1.2.1 et 3.2.1) :

Allemagne	30%
France	30%

Pays-Bas	34%
Suisse	6%

Le point 2.1.1 de l'annexe III prévoit le règlement des dépenses en territoire français pour chacune des années durant la période 1991-1998. Les dépenses maximales pour 1991 s'élevaient à 90 millions de francs français. Pour toutes les autres années, les dépenses maximales étaient (en francs français) de 38 millions pour 1992, 27 millions pour 1993, 73 millions pour 1994, 36 millions pour 1995, 36 millions pour 1996, 50 millions pour 1997 et 50 millions pour 1998.

L'Allemagne, la Suisse et les Pays-Bas devaient effectuer des versements annuels en préfinancement à la France afin de permettre à celle-ci de faire face aux dépenses prévues pour le stockage et le déstockage des chlorures (point 1.2.2). Selon le point 2.1.3, ces versements annuels étaient fonction de la répartition prévue à l'article 4 du Protocole. Ainsi, pour la première année, les Pays-Bas devaient verser un montant équivalent à 34% de 90 millions de francs français ; pour la deuxième année, leur contribution équivalait à 34% de 38 millions de francs français ; pour la troisième année, elle était de 34% de 27 millions de francs français et ainsi de suite.

82. Les montants prévus au point 2 de l'annexe III servaient aussi à limiter les obligations de stockage de la France. En effet, selon le point 1.2.6 :

1.2.6. À chaque année, la France est libérée de ses obligations de stockage dès lors que les dépenses effectuées au cours de l'année considérée atteignent le plafond de dépenses résultant du point 2 et du point 3.2.3. À cette fin, le calcul des dépenses de fonctionnement engagées par la France s'effectue en multipliant les quantités stockées par 61,5 francs français par tonne (francs français 1988 ajustés). Pour la première année, il convient d'ajouter les dépenses d'investissement (40 millions de francs français 1988 ajustés).

Les montants prévus au point 2 de l'annexe III constituaient donc des plafonds. Au cas où les dépenses engagées restaient en deçà de ces plafonds, le Protocole prévoyait :

3.2.2 Au terme de chaque année, une information sur les quantités stockées et les coûts y afférents calculés selon les modalités prévues au point 1.2.6 sera présentée par la partie française.

3.2.3 Dans l'hypothèse où le coût ainsi calculé des stockages effectivement réalisés serait inférieur au plafond initialement fixé pour l'année concernée (point 2.1.1), la somme correspondant à la différence entre ces deux termes (majorée des intérêts portés par cette somme sur les 11/12ème de l'année au taux d'intérêt annuel à long terme du crédit national) est reportée sur l'année suivante. Elle augmente ainsi à due concurrence le plafond des dépenses de l'année suivante.

83. Ce n'est qu'à la fin de la période envisagée par le Protocole que les comptes devaient être définitivement apurés :

4.2.1. Pour les dépenses en territoire français, les versements préalables ne sont pas libératoires et un apurement définitif des comptes sera réalisé au plus tard le 31 décembre 1998 par comparaison des dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 ci-dessus et les plafonds de dépenses prévus au

point 2 éventuellement augmentés des reports prévus au point 3.2.3 ci-dessus. Dans l'hypothèse où les dépenses effectuées par la France seraient inférieures au montant indiqué sous le point 1.2, la France s'engage à restituer le trop perçu majoré des intérêts portés sur les 11/12ème d'une année au taux d'intérêt à long terme du crédit national. À cet égard, il convient de tenir compte aussi bien du taux de hausse des prix.

84. Tout au long de la période pertinente, les quantités de chlorures effectivement stockées par la France sont restées bien en deçà des plafonds prévus par les parties. En conséquence, à la fin de la période, la France devait restituer aux autres parties les montants qui avaient été versés en trop (apurement définitif des comptes). Toutefois, des divergences sur la façon de calculer le montant du trop perçu à restituer opposent les Parties. Pour les Pays-Bas, les dépenses engagés par la France sont constituées des dépenses d'investissement, plus le montant stipulé à l'annexe III de 61,5 francs français multiplié par le nombre de tonnes de chlorures stockées et déstockées. Pour la France, ce montant de 61,5 francs français sert uniquement à calculer les plafonds pendant la période 1991-1998 ; en revanche, au moment de l'apurement définitif, c'est le coût réel du stockage et du déstockage qui doit être pris en compte. La France soumet que le coût réel du stockage et déstockage est beaucoup plus élevé que 61,5 francs français la tonne en raison de la faible quantité de chlorures stockée et déstockée en pratique. Appliquant la méthode de calcul qu'ils préconisent, les Pays-Bas réclament la restitution d'une somme de 102,33 millions de francs français en ce non compris les intérêts, tandis que sur le fondement de la méthode qu'elle défend, la France estime devoir rembourser la somme de 55.793.779 millions de francs français, en ce non compris les intérêts (voir pour le détail du calcul, paragraphes 133 et suivants).

85. Le Tribunal rappelle que les Parties lui ont posé la question suivante :

Compte tenu de l'ensemble des stipulations pertinente du Protocole additionnel à la Convention du 3 décembre 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures et de ses annexes, interprétées conformément au droit international, quel est, entre les Parties au litige, le montant du transfert financier nécessaire pour procéder à l'apurement des comptes prévu au paragraphe 4.2.1 de l'annexe III au Protocole susvisé?

Dans les paragraphes 54 à 79 ci-dessus, le Tribunal a rappelé les règles du droit international régissant l'interprétation des traités. Il les appliquera à présent pour trancher le différend opposant les Parties.

86. La règle générale de l'article 31 de la Convention de Vienne stipule qu'un « traité doit être interprété de bonne foi » (paragraphe 1er). La France a insisté sur l'importance du principe de la bonne foi dans l'interprétation des traités. Cette insistance est pleinement justifiée ; le Tribunal lui-même a reconnu la nature fondamentale de ce principe (paragraphe 65 ci-dessus). Mais le Tribunal constate également qu'aucune raison n'existe pour mettre en doute la bonne foi de l'interprétation du Protocole défendue par les Pays-Bas. De même, il n'y a pas lieu de douter de la bonne foi de l'interprétation proposée par la France. Le Tribunal se propose donc de passer à l'examen des

termes du point 4.2.1 dont le sens est sujet à controverse entre les Parties et qu'il convient d'interpréter de bonne foi.

87. Le point 4.2.1 dispose que l'apurement définitif des comptes sera réalisé :

par comparaison des dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 ci-dessus et les plafonds de dépenses prévus au point 2 éventuellement augmentés des reports prévus au point 3.2.3 ci-dessus.

Le désaccord entre les Parties quant à l'interprétation à donner au membre de phrase « dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 » constitue, semble-t-il, le point principal du différend. Eu égard à son importance toute particulière à cet égard, le Tribunal croit devoir rappeler que le point 1.2.6 se lit :

A chaque année, la France est libérée de ses obligations de stockage dès lors que les dépenses effectuées au cours de l'année considérée atteignent le plafond de dépenses résultant du point 2 et du point 3.2.3. A cette fin, le calcul des dépenses de fonctionnement engagées par la France s'effectue en multipliant les quantités stockées par 61,5 francs par tonne (francs français 1988 ajustés). Pour la première année, il convient d'ajouter les dépenses d'investissement (40 millions de francs français ajustés).

Pour les Pays-Bas, la signification du membre de phrase précité du point 4.2.1 est claire, à savoir que les dépenses engagées doivent être calculées à l'aide du montant de 61,5 francs français la tonne. La France conteste cette interprétation et souligne que le montant de 61,5 francs français ne peut être utilisé que pour déterminer le plafond annuel et les reports, mais non pas pour le calcul de l'apurement définitif.

88. L'argumentation française paraît à première vue contraire au texte même du point 4.2.1. En effet, celui-ci renvoie explicitement, pour le calcul des dépenses engagées auquel il doit être procédé lors de l'apurement définitif des comptes, au point 1.2.6 qui se réfère au produit des quantités stockées par 61,5 francs français la tonne.

89. La France le conteste cependant en invoquant divers arguments de texte. Elle expose tout d'abord que la deuxième phrase du point 1.2.6 précise les modalités de calcul des dépenses de fonctionnement uniquement aux fins prévues par la première phrase, à savoir le calcul du plafond des dépenses.

Le Tribunal observera tout d'abord que si la version française du point 1.2.6 use des mots « à cette fin » invoqués par la France, il n'en est pas de même des versions allemande et néerlandaise. Il n'estime cependant pas nécessaire de rechercher le texte à retenir en recourant éventuellement aux méthodes d'interprétation prévues au paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne. En effet, le point 4.2.1 renvoie pour l'apurement définitif des comptes aux *modalités* de calcul prévues au point 1.2.6. Ce faisant, le point 4.2.1 donne à ces modalités une fin nouvelle s'ajoutant à celle fixée par le point 1.2.6. En d'autres termes, il n'est pas ici question d'une incorporation des termes exacts d'une disposition dans une autre.

90. Le point 4.2.1 stipule également que « les versements préalables ne sont pas libératoires ». Selon la France, ce membre de phrase atteste du fait que le Protocole prévoit deux mécanismes distincts : l'un temporaire, servant au calcul des plafonds et des reports, et basé sur le montant forfaitaire de 61,5 francs français par tonne ; l'autre applicable à l'apurement définitif des comptes et basé sur les dépenses réelles.

En l'espèce, l'emploi du membre de phrase précité est quelque peu incongru. En effet, dès lors que les parties ont effectué tous leurs versements préalables, elles sont libérées de toute obligation financière puisque les versements préalables constituent la limite maximale des paiements exigés annuellement de chacune d'entre elles. Si les paiements sont effectués chaque année conformément au Protocole, ils sont nécessairement égaux ou supérieurs à l'obligation totale de chaque partie et il ne saurait être question d'une dette ou obligation qui survivrait à de tels paiements.

En fait, dans ces circonstances, si « les versements préalables ne sont pas libératoires » pour l'une des parties, ce ne peut être que pour la France qui, ainsi que l'énonce clairement la deuxième phrase du point 4.2.1, doit restituer le trop perçu dans le cas où les dépenses effectuées ont été inférieures aux plafonds prévus. Dans ces conditions, ledit membre de phrase n'étaye pas la position française.

91. Les Parties sont aussi en désaccord quant aux conséquences de l'emploi du terme « comparaison ». La France fait valoir que l'emploi de ce terme au point 4.2.1 contraste avec l'emploi du terme « différence » au point 3.2.3 et que cette différence de terminologie constitue une indication supplémentaire que deux processus distincts sont envisagés par le Protocole. Les Pays-Bas concèdent qu'il y a une différence entre les deux termes, mais soutiennent que l'emploi du terme « comparaison » au point 4.2.1 s'explique aisément si l'on considère que le montant des dépenses engagées n'est pas nécessairement inférieur au plafond prévu. En effet, il pourrait lui être égal.

Le Tribunal constate que ce n'est pas parce qu'un traité emploie deux termes différents (mais dont les sens sont très rapprochés) qu'il faut immédiatement et sans plus en conclure que les parties avaient l'intention de procéder à une distinction significative. Bien entendu, chaque traité est présumé être cohérent dans l'emploi des termes qu'il utilise, mais cette présomption ne peut être érigée en règle absolue.

Par ailleurs, le terme « comparaison » est un terme très large, et certaines de ses significations se rapprochent de la notion de « différence mathématique » ou « mesure de la différence ». Le Petit Robert lui attribue les sens suivants :

1° Le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les différences ou les ressemblances. **V. Comparer ; analyse, jugement, rapprochement.** *Établir une comparaison entre ... ; faire la comparaison. Mettre une chose en comparaison avec une autre (V. Balance, parallèle, regard). Il n'y a pas de comparaison possible. Soutenir la comparaison. Terme de comparaison. V. Mesure* (commune mesure). *Éléments de comparaison* (analogie, différence, rapport, relation,

ressemblance). *Comparaison de textes, d'écritures.* **V. Collationnement, confrontation, recension.** *Adverbes de comparaison* : qui indiquent un rapport de supériorité, d'égalité ou d'infériorité (Ainsi, aussi, autant, comme, même (de même que), moins plus. — *Degrés de comparaison.* **V. Positif ; comparatif ; superlatif.**

2° Loc. *En comparaison de.* **V. Auprès, côté** (à), **égard** (à l'), **proportion** (en), **prix** (au), **rapport** (par), regard (en), relativement, vis-à-vis. [...]

3° Rapport établi entre un objet et un autre terme, dans le langage [...]

[souligné par le Tribunal]

Le Tribunal est d'avis qu'en l'espèce, le contexte immédiat soutient l'interprétation du terme « comparaison » comme synonyme de « différence mathématique » : les deux éléments comparés en vue de l'apurement des comptes sont en effet des montants qui peuvent être chiffrés. Sans souscrire à l'opinion des Pays-Bas, le Tribunal en conclut que la France n'a pas démontré que les parties avaient l'intention d'attribuer au terme « comparaison » un sens particulier renvoyant à une méthode faisant référence aux coûts réels.

92. Le Tribunal passe à présent à l'examen des expressions « dépenses engagées » et « dépenses effectuées ». La France suggère qu'il y a lieu de distinguer les « dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 » (1ère phrase du point 4.2.1) des « dépenses effectuées » (2ème phrase du point 4.2.1). Pour la France, les « dépenses effectuées » sont les dépenses effectivement réalisées, calculées selon leur montant réel.

Le Tribunal est d'avis que les termes « engagées » et « effectuées » ont des sens très proches, sinon identiques et que dans le contexte du point 4.2.1, le sens ordinaire de dépenses « engagées » ou « effectuées » est celui de dépenses *faites* ou *réalisées*. Les deux expressions semblent ainsi avoir été employées comme synonymes. A tout le moins, si les parties avaient voulu, par l'emploi de ces termes, désigner des dépenses différentes, elles auraient dû le faire de façon plus explicite.

Qui plus est, le Tribunal relève tout d'abord que les termes « engagées » et « effectuées » semblent avoir été utilisés indifféremment dans les textes allemands, français et néerlandais. Ainsi, si le texte français du point 1.2.6 fait état, à la première phrase, des « dépenses effectuées » et si le texte allemand parle des « *getätigten Ausgaben* », c'est-à-dire des « dépenses effectuées », le texte néerlandais fait quant à lui état simplement des « *uitgaven* », ou « dépenses », sans aucune autre précision. A la deuxième phrase, le texte français parle des « dépenses de fonctionnement engagées », ce qui correspond au texte allemand faisant état de « *eingegangene Betriebskosten* ». En revanche, est utilisée dans le texte néerlandais, l'expression « *betaalde exploitatiekosten* » qui correspond à l'expression française « dépenses effectuées ». Le même manque apparent de cohérence dans l'emploi des termes « engagées » et « effectuées » se retrouve au niveau du point 4.2.1. En effet, tandis que les textes néerlandais et allemand font état, à la première phrase, d'une comparaison des « dépenses », le texte français parle en

revanche de la comparaison des « dépenses engagées ». Enfin, à la deuxième phrase, ce sont les textes français et néerlandais qui, parlant respectivement des « dépenses effectuées » et « *gedane uitgaven* », utilisent des expressions semblables, tandis que le texte allemand, se lisant « *eingegangene Ausgaben* », correspond à l'expression « dépenses engagées ».

De plus, si les « dépenses effectuées » au point 4.2.1 visaient vraiment les dépenses réelles, alors le membre de phrase « par comparaison des dépenses engagées calculées selon les modalités prévues aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 ci-dessus et les plafonds de dépenses prévus au point 2 éventuellement augmentés des reports prévus au point 3.2.3 ci-dessus » perdrait toute utilité, puisque l'apurement définitif devrait être fait par simple comparaison (ou différence) entre d'une part les dépenses réelles et d'autre part le montant indiqué au point 1.2. La présomption de l'effet utile milite donc contre l'interprétation qui distingue entre les « dépenses engagées » et les « dépenses effectuées ».

Au surplus, le point 1.2.6 de l'annexe III prévoit que « la France est libérée de ses obligations de stockage dès lors que les *dépenses effectuées* au cours de l'année considérée atteignent le plafond de dépenses » [souligné par le Tribunal]. Ce même point 1.2.6 prévoit que les « dépenses effectuées » pour chaque année sont calculées en multipliant le nombre de tonnes stockées par 61,5 francs français et en y ajoutant, pour la première année, la somme de 40 millions de francs français pour les dépenses d'investissements. En d'autres termes, les « dépenses effectuées » sont calculées, dans cette disposition, non pas selon leur montant réel, mais bien selon le montant stipulé de 61,5 francs français la tonne. Ainsi donc, l'expression « dépenses effectuées » a été utilisée dans le Protocole pour couvrir des dépenses calculées sur la base de 61,5 francs français la tonne stockée.

A cet argument, la France répond que les « dépenses effectuées » n'ont pas le même sens dans les points 1.2.6 et 4.2.1 puisque les contextes de ces dispositions sont différents : les processus sont distincts, ils sont basés sur des logiques différentes et sur des modes de calculs différents. Cependant, la réponse de la France repose sur l'acceptation d'une logique différente pour le calcul des reports et pour l'apurement définitif. Or, il s'agit précisément de ce qui doit être ici démontré.

Il s'en suit que l'argument tiré de l'emploi des termes « dépenses engagées » et « dépenses effectuées » ne vient pas étayer la position selon laquelle il faudrait retenir, aux fins de l'apurement définitif, les coûts réels plutôt que le montant de 61,5 francs français par tonne.

93. Le Tribunal s'est déjà référé aux points 1.2.3, 1.2.4 et 1.2.6 dont il est fait mention au point 4.2.1. Conformément au prescrit des paragraphes 2 et 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, il lui reste à examiner le contexte du point 4.2.1, à savoir les autres dispositions et éléments du contexte du Protocole, également pertinents pour la solution du présent litige.

94. S'agissant des autres dispositions du Protocole, la France accorde une importance toute particulière à la clé de répartition qui figure à l'article 4 du Protocole. Selon la France, la proportion de dépenses qu'en vertu de cet article chaque partie doit assumer, constitue la base essentielle de toutes les stipulations financières du Protocole et ne saurait être contredite par aucune disposition du Protocole ou de ses annexes. Les Pays-Bas sont d'accord pour appliquer la répartition prévue par l'article 4 du Protocole, mais ajoutent que cette application doit se faire dans le respect de toutes les dispositions du Protocole.

La question sous-jacente ici est celle de savoir si la clé de répartition figurant à l'article 4 concerne les coûts réels des mesures ou les coûts stipulés par les parties au point 1.2.6. L'article 4 ne dispose pas explicitement de cette question. Toutefois, il renvoie spécifiquement aux modalités de paiement de l'annexe III. En d'autres termes, l'article 4 du Protocole ne tranche pas la question de savoir si le calcul de l'apurement définitif doit se faire sur la base du montant forfaitaire de 61,5 francs français (1988) par tonne ou sur la base des coûts réels : c'est l'annexe III qui est décisive à cet égard. Il en résulte que si l'annexe III prévoit que le calcul de l'apurement définitif doit se faire sur la base du montant de 61,5 francs français (1988) par tonne, l'article 4 prévoit quant à lui que les dépenses ainsi calculées doivent être réparties selon les proportions établies par cet article. L'article 4 aurait-il une valeur supérieure à l'annexe III que ceci ne changerait rien à la solution puisque l'article 4 s'en remet à l'annexe III pour le calcul des sommes dues.

Le Tribunal désire ajouter, quoique les Parties n'aient pas soulevé cette question, que le point 1.2.6 prévoit également un montant de 40 millions francs français (1988) pour les dépenses d'investissement. Il s'agit là d'un montant stipulé à l'avance par les parties, tout comme le montant de 61,5 francs français (1988) par tonne. Les Parties ne contestent pas que l'apurement définitif des dépenses d'investissement doit se faire sur la base du dit montant de 40 millions de francs français (1988). A la lumière de cet accord, il ne paraît pas justifié de procéder à l'apurement définitif des dépenses de fonctionnement en fonction d'un critère différent, en l'occurrence celui des coûts réels.

95. Passant à présent aux éléments du contexte (autres que les dispositions du Protocole et de ses annexes), le Tribunal n'est pas en mesure de constater l'existence d'instruments qui pourraient être utiles aux fins de la présente interprétation. Tel est, en particulier, le cas de la Déclaration des chefs de délégation adoptée le 25 septembre 1991. En vertu du sous-paragraphe 31 2 b) de la Convention de Vienne, « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » fait partie du contexte pour l'interprétation du traité. La Déclaration des chefs de délégation constitue sans équivoque un accord en rapport avec le Protocole au sens de la disposition précitée de la Convention de Vienne, et doit être prise en considération dans l'interprétation du Protocole. Toutefois, son utilité dans l'interprétation du Protocole est assez limitée, en raison de la

grande ressemblance entre les deux documents. De l'avis du Tribunal, la prise en compte de la Déclaration des chefs de délégation de 1991 n'apporte pas d'éléments susceptibles d'assister, à ce stade, le Tribunal dans la détermination de la méthode à suivre pour réaliser l'apurement définitif.

96. Le Tribunal se penchera maintenant sur l'objet et le but du Protocole. Plus particulièrement, le Tribunal s'attachera à examiner la signification que ceux-ci peuvent avoir pour l'interprétation du point 4.2.1. En effet, les deux Parties ont consacré quelques développements à l'analyse de ces éléments. Les Pays-Bas, tirant argument du Préambule du Protocole, ont soutenu que l'objet et le but du Protocole étaient d'améliorer la qualité de l'eau et l'approvisionnement en eau potable à partir du Rhin. Pour sa part, la France a prétendu que l'objet et le but du Protocole étaient d'établir une solidarité entre les riverains du Rhin, dont les sources de pollution sont multiples et nullement limitées au territoire français. Selon la France, lui faire supporter une charge plus lourde que celle qu'elle a accepté d'assumer porterait atteinte à la solidarité que le traité met en oeuvre et méconnaîtrait son objet et son but.

Les Pays-Bas eux aussi reconnaissent la pertinence de la solidarité. Preuve en est le document DELch 17/89 intitulé « Projet de proposition néerlandaise pour la mise en oeuvre ultérieure de la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures », daté du 14 juillet 1989, et qui en réalité constituait un projet de proposition rédigé par les délégations allemande et néerlandaise. Ce document fait état de mesures à prendre « dans le respect du principe de la solidarité ». Par ailleurs, le document C 2/90 et sa version révisée, le document DELch 4/90 (sur la relation entre ces documents, voir paragraphes 114 et 122 ci-dessous) apportent un élément d'explication supplémentaire. Le paragraphe 1.2 de ces documents énonce en effet :

Après étude de l'ensemble des possibilités de réduction des rejets de chlorures sur tout le cours du Rhin, le principe d'une réduction à réaliser aux seules Mines de Potasse française [sic], pour le compte de l'ensemble des pollueurs a été retenu, en raison de son meilleur rapport coût efficacité.

Il apparaît donc de ce document que les parties ont décidé d'opter en faveur d'un système mettant en oeuvre une solidarité entre elles.

97. Lorsque les riverains d'un fleuve international décident de doter celui-ci d'un régime commun portant sur l'usage de son eau, ils rendent témoignage à une « communauté d'intérêts » qui conduit à « une communauté de droit » (pour citer les notions dont s'est servies la Cour Permanente de Justice internationale en 1929 dans l'*Affaire relative à la Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, (C.P.J.I., série A, n° 23, p. 27). La solidarité des riverains est sans doute un élément de leur communauté d'intérêts.

98. Cependant, l'identification de l'objet et du but du Protocole n'est pas déterminante en ce qui concerne la question de la base de calcul pour l'apurement définitif. Les deux interprétations défendues par les Parties sont compatibles avec l'objet et le but identifiés. En effet, le Protocole, au nom de

la solidarité existant entre les riverains du Rhin, organise en tout état de cause la lutte contre la pollution du fleuve par les chlorures en assurant un financement commun des mesures à prendre par la France et les Pays-Bas. La question est de savoir quelles sont les modalités agréées de ce financement.

99. Ensuite, en conformité avec la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne, le Tribunal est tenu de se demander s'il existait une « pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (paragraphe 3) b) en l'occurrence à l'égard de l'interprétation du point 4.2.1. Le Tribunal se doit d'autant plus de se pencher sur cette question que les Parties ont toutes deux invoqué l'existence d'une telle pratique.

100. Selon les Pays-Bas, les rapports annuels et le Bilan provisoire à fin 1996 préparés par la France confirment l'interprétation néerlandaise du Protocole. La France s'est opposée à cette argumentation au motif que les rapports annuels avaient été préparés conformément au point 3.2.2 et ne démontraient nullement son acquiescement à l'interprétation défendue par les Pays-Bas relativement au point 4.2.1 et à l'apurement définitif. La France s'est, en outre, référée à l'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (CIJ Recueil 1984, p. 246) et a ajouté que les rapports annuels évoqués par les Pays-Bas n'étaient en aucune façon imputables à une autorité capable d'engager la République française sur le plan international. Se référant à nouveau à la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Golfe du Maine*, la France a également suggéré que la pratique signalée par les Pays-Bas ne pouvait refléter un accord à l'égard de l'interprétation du point 4.2.1 puisqu'au moment de cette pratique, le différend juridique n'était pas cristallisé. Enfin, la France a fait valoir que la suspension des versements annuels par certaines parties constituait une pratique reflétant la flexibilité acceptée par les Parties dans l'application du Protocole.

101. Il y a lieu de se demander si la méthode employée dans les rapports annuels et le Bilan provisoire à fin 1996 préparés par la France reflètent un accord des Parties quant à l'interprétation à donner au point 4.2.1. De l'avis du Tribunal, tel n'est pas le cas. Les rapports préparés par la France l'ont été en conformité avec le point 3.2.2 du Protocole, qui prévoit que la France doit préparer annuellement « une information sur les quantités stockées et les coûts y afférents calculés selon les modalités prévues au point 1.2.6 ». Force est de constater qu'il n'est nulle part question, dans ces rapports, de l'apurement définitif. Quant au Bilan provisoire à fin 1996, il a été préparé spontanément par la France et il n'est pas établi qu'il ait été soumis à discussion ou à décision. Ainsi, s'il soulève bien la question de l'apurement définitif, il ne saurait traduire une pratique commune des Parties à cet égard. Par conséquent, les rapports annuels et le Bilan provisoire à fin 1996 témoignent uniquement de l'existence d'une pratique commune et d'un accord

pour l'interprétation du point 3.2.2, et non pas en ce qui concerne l'apurement définitif.

Ainsi donc, on ne peut conclure des textes invoquées par les Pays-Bas à l'existence d'une pratique par laquelle serait établi l'accord des Parties quant à l'interprétation à donner au point 4.2.1. Il n'y a pas lieu dès lors d'entrer dans un débat au sujet de la pertinence de l'affaire du *Golfe du Maine*, ni de décider s'il était nécessaire que le différend soit cristallisé juridiquement au moment de la pratique invoquée.

Le Tribunal est également d'avis que le fait que l'Allemagne et la Suisse, parties au Protocole, aient cessé d'effectuer leurs versements annuels vers les années 1995-1996 n'atteste pas dans les rapports entre la France et les Pays-Bas de l'existence d'une pratique reflétant un accord des Parties à la présente instance en faveur de l'interprétation donnée par la France au Protocole.

102. En s'acquittant de sa tâche, le Tribunal doit aussi tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties » (article 31, paragraphe 3, lettre c) de la Convention de Vienne).

Le Tribunal note que les Pays-Bas, à l'appui de leur demande, ont fait référence au principe du « pollueur payeur ».

103. Le Tribunal observe que ce principe figure dans certains instruments internationaux, tant bilatéraux que multilatéraux, et se situe à des niveaux d'effectivité variables. Sans nier son importance en droit conventionnel, le Tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général. Le principe « pollueur payeur » n'apparaît nulle part dans la Convention ou le Protocole. Ce dernier adopte d'ailleurs une autre solution. Les Pays-Bas reconnaissent au demeurant que le Protocole déroge au principe du « pollueur payeur ». Il en résulte que ce principe est dénué de pertinence pour l'interprétation du point 4.2.1.

104. Les Pays-Bas ont également fait valoir qu'ils se trouvaient dans une situation géographique particulière par rapport aux autres parties au Protocole. Les Pays-Bas ont exprimé l'opinion selon laquelle « du fait de leur position géographique sur le cours inférieur du Rhin, [ils] subissent un préjudice en raison des rejets de chlorures et se trouvent donc dans une situation différente de celle de l'Allemagne, de la Suisse et de la France pour ce qui est de l'introduction de la présente procédure. » (réplique, paragraphe 1.2).

Il n'est pas clair si, en soulignant leur position géographique, les Pays-Bas se réfèrent à un régime juridique et son effet. Les Pays-Bas n'ont pas précisé l'aspect juridique de la prétendue spécificité géographique dont ils font état. En tous les cas, le Protocole ne consacre pas une telle spécificité dans le chef des Pays-Bas en rapport avec l'apurement définitif des comptes.

105. Eu égard à l'analyse développée ci-dessus (voir paragraphes 80 à 104), le Tribunal est d'avis que le calcul de l'apurement définitif doit se faire sur la base du montant de 61,5 francs français (1988) la tonne.

*

106. Néanmoins, le Tribunal estime qu'il doit, en l'espèce, se référer au prescrit de l'article 32 de la Convention de Vienne. Aux termes de cette disposition, le Tribunal peut faire « appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

Au cours de la procédure écrite, la France et les Pays-Bas ont fait référence à certains documents qui pourraient être considérés comme moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32. Pendant l'audience, les deux Parties ont déposé des documents non antérieurement produits. Après l'audience, les Pays-Bas ont présenté deux autres documents. Le Tribunal a autorisé la présentation de ces documents et, qui plus est, a demandé aux Parties de lui fournir des explications à leur sujet, ce qui a conduit à la soumission de documents supplémentaires par les Parties. Enfin, le Tribunal a lui-même enjoint aux Parties de lui soumettre certains documents (voir paragraphes 17 à 30).

Le Tribunal se propose d'examiner les différents documents que les Parties lui ont soumis en tant que « documents préparatoires » au Protocole du 25 septembre 1991. Le Tribunal rappelle que chaque Partie a maintenu que les dits documents confirment son interprétation. En particulier, la France affirme que l'interprétation néerlandaise conduit à un résultat déraisonnable et que les documents soumis au Tribunal permettent d'écarter cette interprétation.

107. Par souci de clarté, ces documents sont identifiés ci-dessous (en ordre chronologique, selon la date y figurant). Quelques points de repère chronologiques sont également indiqués :

- août 1987 : Document intitulé « Etudes deuxième phase Convention de Bonn – Stockage provisoire de sels résiduels à proximité des Mines », préparé par les Mines de Potasse d'Alsace S.A. (« Etudes 1987 ») ;
- 14 juillet 1989 : « Zendbrief » et document intitulé « Projet de proposition néerlandaise pour la mise en oeuvre ultérieure de la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures », rédigé par les Parties allemande et néerlandaise à Kempen le 14 juillet 1989 et portant la cote DELch 17/89 (« DELch 17/89 ») ;

- 13 novembre 1989 : Document intitulé « Stockage provisoire de sel aux MDPAs pendant les périodes de forte concentration Cl⁻ dans le Rhin – Étude Technique et Économique », portant la cote manuscrite C 10/89 et préparé par le Service Environnement des Mines de Potasse d'Alsace SA (« C 10/89 ») ;
- novembre 1989 : Document intitulé « Efficacité et dépenses de différents scénarios pour le réglage de rétention du sel résiduaire par les mines de potasse françaises – Documentation pour la Conférence ministérielle des États riverains du Rhin du 30 novembre 1989 à Bruxelles », préparé par les Pays-Bas et portant la cote manuscrite C 11/89 (« C 11/89 ») ;
- 30 novembre 1989 : Conférence des Ministres à Bruxelles, dépôt du plan alternatif par le Ministre néerlandais, en accord avec le Ministre français.
- 1er mars 1990 : Bordereau de transmission et document intitulé « Rapport à la C.I.P.R. concernant les Aspects techniques, les coûts et les modalités de financement du plan présenté par les Pays-Bas en accord avec la France en vue de l'application de la deuxième phase de la Convention chlorures », préparé par le rapporteur Patrick Weingertner, de l'Agence de l'Eau Rhin-Meuse et portant la cote manuscrite C 2/90 (« C 2/90 ») ;
- mars 1990 : Document intitulé « Rapport du Groupe de travail "chlorures" concernant le plan alternatif franco-néerlandais en vue de l'application de la 2ème phase de la Convention "chlorures" », préparé et envoyé le 14 mars 1990 aux parties par le secrétariat de la CIPR, et portant la cote C 8/90 (« C 8/90-NI ») ;
- Après le 21 mars 90 : Document intitulé « Relevé des décisions de la réunion du Groupe de travail "chlorures", tenue les 20 et 21. 03. 90 à Coblenz », préparé par la C.I.P.R. et portant la cote C 11/90 (« C 11/90 ») ;
- 28 mars 1990 : Document intitulé « Rapport à la C.I.P.R. concernant les aspects techniques, les coûts et les modalités de financement du plan présenté par les Pays-Bas en accord avec la France de manière alternative aux dispositions prévues pour l'application de la Convention chlorures », préparé par le rapporteur Patrick Weingertner, de l'Agence

- l'Eau Rhin-Meuse et portant la cote dactylographiée C 2/90 rev. 21.03.90 et la cote manuscrite DELch 4/90 (« DELch 4/90 ») ;
- 4 mai 1990 : 47ème réunion des chefs de délégation à Haarlem.
 - Après le 4 mai 1990 : Document intitulé « Relevé des décisions de la 47ème réunion des chefs de délégation, tenue le 4 mai 1990 à Haarlem », préparé par la C.I.P.R. et portant la cote manuscrite Plen 1/90 (« Plen 1/90 ») ;
 - 10 juillet 1990 : Assemblée plénière de la C.I.P.R. tenue à Essen.
 - 10 septembre 1990 : Document intitulé « Evaluation des coûts pour la mise en oeuvre d'un stockage provisoire modulé en France à compter du 1er janvier 1991 », préparé par l'Agence de l'Eau Rhin-Meuse et portant la cote manuscrite C 8/90 (« C 8/90-Fr ») ;
 - 5 octobre 1990 : Document intitulé « Projet – Déclaration des chefs de délégation des gouvernements Parties à l'accord concernant la commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution », avec en annexe une « Note explicative de la délégation française relative au point 5 du projet de déclaration des chefs de délégation » (« DELch 12/90 ») ;
 - 2 juillet 1991 : Assemblée plénière de la C.I.P.R. tenue à Lenzbourg.
 - Après le 2 Juillet 1991 : Document intitulé « Relevé des décisions de la 56ème Assemblée plénière de la C.I.P.R. tenue le 2 juillet 1991 à Lenzbourg (Suisse) », préparé par la C.I.P.R. et portant la cote PLEN 30/91 (« PLEN 30/91 »).

108. Avant de procéder à l'analyse des documents précités, il y a lieu de formuler certaines observations préliminaires. Tout d'abord, différents systèmes de classification des documents semblent coexister (C, DELch, PLEN). Ces classifications correspondent vraisemblablement à l'instance qui a préparé le document en question ou à celle à laquelle le document était destiné (C = groupe de travail « chlorures », DELch = chefs de délégation, PLEN = assemblée plénière). En l'espèce, le Tribunal n'estime pas nécessaire de se demander si les documents portant une cote DELch ou PLEN ont en tant que tels une plus grande « valeur » aux fins de l'interprétation du Protocole que les documents avec une cote C.

Ensuite, il convient de noter qu'il existe des « trous » dans la documentation : les documents soumis par les Parties ne couvrent pas certaines périodes ou

rencontres. C'est ainsi que le Tribunal ne dispose d'aucun renseignement sur les discussions menées et les documents préparés entre le 5 octobre 1990 et la réunion du 2 juillet 1991.

109. Passant à l'analyse des documents soumis par les Parties, le Tribunal commencera par le document Études 1987. Selon la France, les montants y figurant ont été actualisés en avril 1988. Il en résulte que l'« étude d'avril 1988 » à laquelle certains documents postérieurs font référence, et les Études 1987 constituent un seul et même document. Celui-ci doit être utilisé avec précaution, car les études auxquelles il procède sont fondées sur le mécanisme prévu à l'origine dans la Convention de 1976 pour une deuxième phase de réduction des chlorures dans le Rhin. Ce mécanisme qui prévoyait un stockage continu des chlorures produits aux MDPA n'a pas été retenu dans le Protocole additionnel. Les Études 1987 envisagent un stockage de 20,6 millions de tonnes de sel résiduaire (soit 16,3 millions de tonnes de NaCl), chiffre qui sera par la suite ramené à un maximum de 5,6 millions de tonnes de NaCl. Elles font, par ailleurs, une distinction claire entre, d'une part, les coûts d'investissement liés au stockage ou au déstockage, les premiers étant évalués de 186 à 219 millions de francs français et les seconds de 62 à 65 millions (montants arrondis) et, d'autre part, les dépenses de fonctionnement pour les opérations de stockage et de déstockage, évaluées respectivement à 347 et 535 millions de francs français (montants arrondis). Ces chiffres figurant dans les Études 1987 sont en eux-mêmes d'un intérêt limité, car les investissements effectivement réalisés et les quantités de sel à stocker seront en définitive très différents de ceux anticipés en 1987. Le Tribunal n'en relève pas moins que les dépenses de fonctionnement sont évaluées dans ces études à 13 francs la tonne de sel résiduaire pour la mise en stock (annexe 9, page 3). S'agissant des dépenses de fonctionnement pour les opérations de déstockage dont le détail figure dans la même annexe (page 5), elles sont estimées à 19 francs la tonne de sel résiduaire, montant auquel vient s'ajouter un coût par tonne de 6 francs pour la mine « Marie-Louise » et de 12 francs pour la mine « Amélie », après l'arrêt de cette mine, soit environ 26 francs la tonne de sel résiduaire (ou 33 francs la tonne de NaCl). Le coût total du déstockage (y compris les investissements) est évalué à 37 francs environ par tonne de NaCl (annexe 9, page 6).

110. C'est dans le document DELch 17/89 qu'est pour la première fois proposé un plan alternatif, présenté par le Gouvernement néerlandais en accord avec le Gouvernement français, et qui constituera la base des négociations à venir. Ce document ne fournit pas de détails sur le financement des opérations ; il y est simplement énoncé que les mesures seront prises dans le respect du principe de la solidarité sans que les modalités de cette solidarité soient précisées.

111. Le document C 10/89 constitue la première étude technique et économique détaillée sur le plan alternatif envisagé. Son préambule spécifie que les caractéristiques générales des stockages à effectuer aux MDPA « sont

reprises pour l'essentiel de l'étude effectuée en avril 1988 pour l'application de la 2ème phase de la Convention de Bonn ».

Le préambule du document C 10/89 ajoute que « [l]es quantités totales de sel à stocker, ainsi que les dépenses correspondantes, seront à déterminer en fonction du nombre de jours de stockage, lié aux hypothèses retenues pour l'hydraulicité du Rhin pendant la période 1991/1998 ». Cette phrase soulève une difficulté d'interprétation : veut-on induire que le montant total variera uniquement en fonction des quantités stockées, ou que le montant par tonne lui-même variera aussi en fonction des quantités effectivement stockées ?

Le document C 10/89 prévoit que les dépenses d'investissement seront de 66,5 millions de francs français (1988) pour la première année, dont 26,6 millions (1988) pour la réalisation des aires de stockage nécessaires à une première année de fonctionnement (point 51). Cependant, il est proposé que ce montant de 26,6 millions (1988) soit déduit des dépenses d'investissement et incorporé aux dépenses de stockage proportionnelles (point 52) et que le montant total des investissements, autres que la réalisation des aires de stockage, soit limité à 40 millions de francs français (1988). Par ailleurs, le document C 10/89 rappelle que les dépenses de stockage proportionnelles avaient été fixées en avril 1988 à 13 francs la tonne de produit stocké. Il corrige ce chiffre en vue d'intégrer dans ces dépenses celles nécessaires à la réalisation des aires de stockage et de tenir compte de la réduction des quantités à stocker. Il aboutit ainsi au chiffre de 19,75 francs français, représentant le coût par tonne de produit stocké (ou 24 francs la tonne de NaCl). Il en ressort que ce montant a été calculé, ainsi que le soutient la France, à partir d'éléments fixes et d'éléments variables. Enfin, le point 51 du document C 10/89 précise que ces chiffres ont été calculés pour la première année de fonctionnement sur la base d'un stockage pour une année sèche, « soit l'équivalent de 228 jours de stockage maxi (réf. 1976) ». Le Tribunal n'a pas été en mesure de déterminer la quantité annuelle à laquelle ceci équivaut. Aucune indication n'est en outre fournie sur les quantités qu'il est envisagé de stocker après la première année.

En ce qui concerne le déstockage, le document C 10/89 retient le chiffre de 31 francs français la tonne de produits stockés (ou 37,5 francs la tonne de NaCl) en se référant à l'étude d'avril 1988. Celle-ci, comme il a été rappelé ci-dessus, comportait pour le déstockage des dépenses d'environ 37 francs par tonne de NaCl se décomposant en 33 francs environ pour les dépenses de fonctionnement et 4 à 5 francs pour les dépenses d'investissement. Là encore, il apparaît donc, comme le soutient la France, que le chiffre de 37,5 francs français la tonne a été calculé à partir d'éléments fixes et d'éléments variables. Là encore également la quantité annuelle de sel résiduaire à stocker (qui à l'évidence devait être inférieure aux 20,6 millions de tonnes initialement prévues) n'est pas précisée et n'a pu être déterminée par le Tribunal.

Au total, il ressort du document C 10/89 préparé par le Service Environnement des MPDA que ceux-ci avaient proposé des dépenses d'investissement s'élevant en définitive pour la première année à 40 millions

de francs (1988). Ils avaient en outre calculé les dépenses proportionnelles de stockage et de déstockage en y incorporant à la fois des coûts fixes et des coûts variables. Il n'est cependant pas possible, au vu de ces documents, de déterminer la part des uns et des autres dans les chiffres avancés de 24 francs la tonne de NaCl pour le stockage et de 37,5 francs pour le déstockage, soit au total 61,5 francs la tonne.

112. Le document C 11/89 a pour objet d'examiner un certain nombre des scénarios de stockage du sel en fonction de l'hydraulicité du Rhin. Les résultats sont présentés d'une part sous forme de moyennes pour la période totale (1970-1988), période jugée « représentative » et d'autre part sous forme de moyenne pour la période 1971-1980 (période sèche conduisant à une évaluation dite « *worst case* »). La quantité de sel à stocker va, selon les scénarios, de 2,9 à 6,9 millions de tonnes. Les dépenses oscillent entre 223 et 467 millions de francs. Les résultats obtenus sont résumés par le document C 11/89 dans un tableau correspondant aux trois premières colonnes du tableau qui suit. A partir de ce tableau, le Tribunal a calculé le coût par tonne de sel des dépenses de fonctionnement.

REPRÉSENTATIF (1970-1988)	STOCKAGE DE SEL (MILLIONS DE TONNES NaCl)	DÉPENSES (MILLIONS DE FRANCS FRANÇAIS 1988)	COÛT PAR TONNE (EXCLUANT LES 40 MILLIONS DE FRANCS FRANÇAIS EN INVESTISSEMENT)
Scénario 1	3,1	235	$(235-40) \div 3,1 = 62,9$ francs français/tonne
Scénario 2	2,9	223	$(223-40) \div 2,9 = 63,1$ francs français/tonne
Scénario 3	4,1	293	$(293-40) \div 4,1 = 61,7$ francs français/tonne
Scénario 4	4,7	325	$(325-40) \div 4,7 = 60,6$ francs français/tonne
Scénario 5	5,2	357	$(357-40) \div 5,2 = 61$ francs français/tonne
« Worst Case » (1971-1980)			
Scénario 1	4,7	331	$(331-40) \div 4,7 = 61,9$ francs français/tonne
Scénario 2	4,1	294	$(294-40) \div 4,1 = 62,0$ francs français/tonne

REPRÉSENTATIF (1970-1988)	STOCKAGE DE SEL (MILLIONS DE TONNES NaCl)	DÉPENSES (MILLIONS DE FRANCS FRANÇAIS 1988)	COÛT PAR TONNE (EXCLUANT LES 40 MILLIONS DE FRANCS FRANÇAIS EN INVESTISSEMENT)
Scénario 3	5,6	387	$(387-40) \div 5,6 = 62,0$ francs français/tonne
Scénario 4	6,3	430	$(430-40) \div 6,3 = 61,9$ francs français/tonne
Scénario 5	6,9	467	$(467-40) \div 6,9 = 61,9$ francs français/tonne

Il ressort de ce tableau que le coût par tonne (excluant les 40 millions de francs français d'investissement) varie entre 60,6 francs français la tonne et 63,1 francs français. En ce qui concerne les scénarios n° 3 que le document C 11/89 propose d'adopter, ce coût s'établit à 61,7 francs pour un stockage de 4,1 millions de tonnes et 62 francs pour une stockage de 5,6 millions de tonnes de sel résiduaire. Les Parties ont ainsi pu constater que les variations des coûts de fonctionnement résultant des variations envisagées du débit du Rhin étaient minimes.

113. Le plan alternatif a été présenté lors de la conférence ministérielle du 30 novembre 1989 à Bruxelles. Le préambule du document C 2/90 précise que lors de cette conférence, les ministres de l'environnement ont demandé à la CIPR de préciser divers aspects du plan alternatif.

114. C'est alors que fut préparé le document C 2/90. Dans ce document, il est procédé à un choix entre les divers scénarios de stockage qui avaient été proposés dans le document C 11/89. Sur la base de ce choix, il est expliqué en page 5 :

Les dépenses proportionnelles sont essentiellement liées aux quantités qui seront effectivement stockées, à raison de 61,5 ff/tonne de NaCl (dont 24 f/t pour le stockage et 31 f/t pour le déstockage ultérieur).

Les quantités stockées seront dans la pratique variables selon l'hydraulicité du Rhin.

Calculées sur la base de 8,5 années de fonctionnement prévisionnel, les quantités stockées sont estimées à :

- 4,1 millions de tonnes de NaCl pour une hydraulicité moyenne du Rhin correspondant à la période 1970-1988.
- 5,6 millions de tonnes de NaCl pour une hydraulicité faible du Rhin correspondant à la période 1971-1980.

[Note du Tribunal : Il y a ici une erreur matérielle : le montant pour le déstockage ultérieur est de 37,5 ff/t NaCl et non 31 ff/t, ce dernier montant étant celui par tonne de produit stocké, et non par tonne de NaCl].

2.2 – Les coûts

A la différence du plan global français de 1988 pour lequel le stockage supplémentaire était réalisé de manière continue sur tout la durée prévisionnelle, conduisant à un montant total de dépenses calculables avec précision par avance, les coûts prévisionnels du plan alternatif ne peuvent être établis avec exactitude.

En effet, pour le stockage intermittent réalisé aux MPDA, les dépenses seront variables selon l'hydraulicité du Rhin dans les années à venir. Ceci conduit donc à proposer simultanément :

- ★ d'établir une prévision de dépenses basée sur 5,1 Millions de tonnes de NaCl stockés [sic] en 8,5 ans, correspondant à un coût de 355 MF (dont 40 MF en investissement et 37 MF de dépenses annuelles proportionnelles).
- ★ d'apurer les comptes à l'issue, le 31 décembre 1998, par comparaison avec les dépenses effectives ;
- ★ de limiter à un montant maximal de 400 MF les dépenses à réaliser pour le stockage aux M.D.P.A.

Le Tribunal note que l'estimation faite dans ce document des quantités à stocker correspond aux deux scénarios n° 3 du document C 11/89 repris ci-dessus, à savoir 4,1 et 5,6 millions de tonnes. Les coûts correspondants s'établissaient à 61,3 francs français la tonne dans le premier cas et à 62 francs français dans le second. Plutôt cependant que de faire varier ce coût en fonction de l'hydraulicité du Rhin et des quantités à stocker le document C 2/90 a préféré retenir pour le calcul des coûts une hypothèse moyenne, celle de 5,1 millions de tonnes de sel résiduaire, à stocker en 8,5 ans, correspondant à un coût de 355 millions de francs français – dont 40 millions en investissement et 315 millions en dépenses de fonctionnement. Sur la base de cette hypothèse, le coût à la tonne aurait été de 61,8 francs français. Le coût finalement retenu en est très proche (61,5 francs) et correspond au chiffre initialement proposé par les MPDA dans le document C 10/89.

Il semble que le document C 2/90 (modalités techniques et financières préparées par la France) ait été discuté lors de la réunion du Groupe de travail « chlorures » tenue les 20 et 21 mars 1990 à Coblenz, puisque le point 3.1 du document C 11/90 prévoit que la proposition rédigée par la délégation française, en l'occurrence le document C 2/90, sera remaniée par M. P. Weingertner sur la base des discussions et des demandes de modification.

115. Le Tribunal passe maintenant à l'examen du document C 8/90. Dans son Ordonnance n° 1, le Tribunal a, entre autres, demandé aux Parties de lui expliquer pourquoi la même cote, à savoir C 8/90, figurait sur deux documents différents, l'un soumis par la France lors de l'audience et l'autre par les Pays-Bas après l'audience.

116. En réponse à la question posée par le Tribunal, la France explique que le document C 8/90 présenté par les Pays-Bas (C 8/90-NI) comporte le contenu du document C 8/90 remis par la France (C 8/90-Fr) lors de l'audience ainsi que les mesures préconisées par le gouvernement néerlandais

sur son territoire. La France ajoute (4^{ème} paragraphe, première page de la réponse à l'Ordonnance n° 1) :

Ces deux documents ont en partie le même contenu, mais ils auraient dû en effet comporter des cotes différentes. Le document présenté par la partie français[e] ne provient pas des archives de la CIPR [Commission internationale pour la protection du Rhin], à la différence de celui présenté par la partie néerlandaise, mais des archives de l'Agence de l'Eau Rhin-Meuse. Le gouvernement français n'est pas, pour sa part, en mesure d'expliquer l'identité de cote entre deux documents au contenu partiellement identique et partiellement différent.

La France revient sur cette question dans sa réponse à l'Ordonnance n° 3, en écrivant au 1^{er} paragraphe de sa réponse :

S'agissant de la réponse de la partie néerlandaise du 6 janvier 2003 à l'Ordonnance n° 1 du Tribunal, communiquée par lettre du Greffe à la partie française le 20 janvier 2003, la partie française n'a pas d'observations particulières à formuler, mais souhaite simplement réitérer la position formulée dans sa lettre du 17 janvier 2003. Il ressort en effet de cette lettre que le document C 8/90 mentionné par la partie néerlandaise a, pour ce qui concerne le présent débat, le même contenu que le document C 8/90 présenté par la partie française lors de l'audience du 3 octobre 2002. Les aspects formels du document sont en toute hypothèse sans conséquence sur le débat de fond. À cet égard, la partie française a déjà souligné que les éléments du calcul des prix contenus dans ce document avaient fait l'objet, à plusieurs reprises, d'une discussion étendue entre les parties. Comme on le sait, la notion de travaux préparatoires est plus substantielle que formelle, et la partie française ne peut comprendre comment un tel document pourrait en être exclu, dès lors qu'il est manifeste qu'il concernait bien un point important du Protocole, et qu'il a été discuté entre les parties, comme la partie française l'a démontré. [références omises]

En ce qui concerne la diffusion du document C 8/90 français, la France affirme (1^{er} paragraphe, 2^{ème} page de la réponse à l'Ordonnance n° 1) :

il est clair que, comme tous les documents archivés par la CIPR, il a fait l'objet des communications nécessaires à sa discussion. Tous les documents mentionnés et pertinents pour la présente réponse proviennent au demeurant des archives de la CIPR, c'est-à-dire qu'ils ont été portés en temps utile à la connaissance des parties au Protocole, y compris la partie néerlandaise.

117. Pour leur part, les Pays-Bas écrivent aux paragraphes 5 et 6 de leur réaction à l'Ordonnance n° 1 :

L'enquête menée avec l'assistance du secrétariat de la CIPR à Coblenz permet aujourd'hui d'avancer les arguments suivants étayant la thèse que le document C 8/90 daté du 10 septembre 1990 n'est pas un document CIPR :

- a) L'enquête de dossier effectuée à La Haye en octobre et novembre 2002, dont compte rendu a été donné dans la lettre du 6 novembre 2002, n'a pas permis de retrouver le document C 8/90 du 10 septembre 1990. Le secrétariat de la CIPR n'a pas non plus été en mesure de retrouver ce document dans les archives de la CIPR à Coblenz ;
- b) Cette même enquête en octobre et novembre 2002 a mis au jour un *autre* document C 8/90, daté de mars 1990, qui a bien été rédigé dans le cadre de la CIPR, témoin le fait :
 - i. qu'il a été envoyé aux Parties avec une lettre du secrétariat de la CIPR, datée du 14 mars 1990, et

ii. qu'il en a été question lors de la réunion du Groupe de travail « chlorures » des 20 et 21 mars 1990, même s'il n'a pas fait l'objet d'une discussion sur le fond.

C'est la page *titre de ce document-là* qui a été communiquée au Tribunal en annexe à la lettre du 6 novembre 2002, en même temps que la lettre susmentionnée au secrétariat de la CIPR ;

c) Aucun document cote C 8/90 daté du 10 septembre 1990 n'a été discuté lors de la réunion du Groupe de travail « chlorures » du 13 septembre 1990 ni lors de la réunion des Chefs de délégation du 31 octobre 1990, contrairement à ce que l'on aurait pu attendre compte tenu de la date de ce document ;

d) Le document C 8/90 du 10 septembre 1990 a été rédigé par un organisme français (*Agence de l'Eau Rhin-Meuse, Mission Internationale*). Précisons que la cote C 8/90 a été rajoutée à la main.

Compte tenu de ce qui précède, les Pays-Bas considèrent que le document C 8/90 du 10 septembre 1990 ne fait pas partie des *travaux préparatoires* du Protocole. [italiques dans l'original]

Dans leur réaction à l'Ordonnance n° 3, en date du 14 février 2003, les Pays-Bas constatent :

S'agissant du document C 8/90 soumis par la France, les Pays-Bas considèrent qu'il a été montré de façon convaincante dans leur réaction à l'Ordonnance n° 1 du 6 janvier 2003 que ce document n'a joué aucun rôle dans les négociations sur le Protocole. Ils considèrent en outre que l'argumentation de la France concernant ce document est ambivalente. Ne dit-elle pas, d'un côté, que ce document ne provient pas des archives de la CIPR, mais de celles de *l'Agence de l'Eau Rhin-Meuse* (point 1 de la *Réponse*), et d'un autre côté, qu'il a été diffusé en tant que document archivé par la CIPR (point 2(a) de la *Réponse*) et, en outre, qu'il reflète l'aboutissement de discussions préalables et se trouve ultérieurement repris dans les négociations de la CIPR (point 2(b) de la *Réponse*). [soulignements et italiques dans l'original]

118. De l'avis du Tribunal, la comparaison des deux documents C 8/90 révèle que le document des Pays-Bas (en date de mars 1990) et le document français (en date du 10 septembre 1990) diffèrent à plusieurs égards :

- le document C 8/90 de mars 1990 reprend pour l'essentiel le document C 2/90. Après avoir mentionné plusieurs hypothèses de stockage (à savoir 4,1, 5,1 et 5,6 millions de tonnes) il propose en effet une prévision de dépenses basées sur 5,1 millions de tonnes à stocker en 8,5 ans. Le document du 10 septembre 1990 envisage lui le stockage de 4,5 millions de tonnes, à réaliser sur une période de 7,5 ans ;
- le document C 8/90 des Pays-Bas reprend les calculs du document C 2/90 sans les détailler davantage, tandis que le document français traite des coûts proportionnels annuels d'aménagement des aires de stockage.

Le Tribunal relève aussi que, si le document C 8/90 présenté par la France précise que les coûts de stockage peuvent être ventilés en coûts fixes et en coûts variables de stockage (il est dit à la page 2 de ce document que chacun de ces postes compte pour environ 12 francs par tonne stockée), ce même document ne décompose pas les coûts de déstockage en coûts fixes et coûts variables. En effet, le document mentionne uniquement le montant de 37,5 francs français la tonne, affecté au déstockage.

119. Le Tribunal commencera son analyse par le document C 8/90 de mars 1990 (document soumis par les Pays-Bas). Il ne fait pas de doute que ce document émane de la CIPR, plus précisément du Groupe de travail « chlorures ». Ce document sera plus tard décrit comme un « bref rapport récapitulatif exposant les faits [...] élaboré par le secrétariat » (voir document C 11/90, page 5).

A la page 4 du document, sont discutés les coûts des opérations de stockage aux MDPA. Le montant de 61,5 francs français la tonne est décomposé en deux montants, l'un pour le stockage (24 francs la tonne) et l'autre pour le déstockage (31 francs la tonne). Le Tribunal observe, ainsi qu'il l'a fait à propos du document C 2/90 (voir paragraphe 114 ci-dessus), que ce dernier montant aurait dû se lire 37,5 francs la tonne et non 31 francs la tonne. Ces montants ne sont pas décomposés en frais fixes et frais variables.

Le document C 8/90-NI, sur les points se rapportant au présent litige, n'est guère différent du document C 2/90. En effet, il y est expliqué à la page 4 :

Pour le stockage intermittent à réaliser aux M.D.P.A., les dépenses seront variables selon l'hydraulicité du Rhin dans les années à venir : pour 4,1 millions de tonnes de NaCl – correspondant à une [hydraulicité] moyenne – les coûts s'élèveront à 292 MF (40 MF en investissement et 252 MF de dépenses proportionnelles) tandis que les coûts pour un stockage de 5,6 millions de tonnes de NaCl – correspondant à une hydraulicité faible – seront de 384 MF (40 + 344 MF). Ceci conduit donc à proposer simultanément :

- ★ d'établir une prévision de dépenses basée sur 5,1 millions de tonnes de NaCl stockés en 8,5 ans, correspondant à un coût de 355 MF (dont 40 MF en investissement et 37 MF de dépenses annuelles proportionnelles).
- ★ d'apurer les comptes à l'issue, le 31.12.1998, par comparaison avec les dépenses effectives.
- ★ de limiter à un montant maximal de 400 MF les dépenses à réaliser pour le stockage aux M.D.P.A.

Lorsque l'on calcule les coûts par tonne pour ces différentes hydraulicités, on arrive toujours à un chiffre proche de 61,5 francs français la tonne, les écarts n'étant pas significatifs :

$$\begin{aligned} 252 \text{ MF} \div 4,1 \text{ M tonnes} &= 61,46 \text{ francs /tonne} \\ 344 \text{ MF} \div 5,6 \text{ M tonnes} &= 61,43 \text{ francs /tonne} \\ 315 \text{ MF} \div 5,1 \text{ M tonnes} &= 61,76 \text{ francs /tonne} \end{aligned}$$

On comprend dans ces conditions que, compte tenu des hypothèses avancées en ce qui concerne l'hydraulicité du Rhin, le chiffre de 61,5 francs français la tonne ait été retenu indépendamment de la quantité à stocker.

Enfin, le document C 8/90 de mars 1990 prévoit aussi la clef de répartition des dépenses (voir page 5) et précise que « [p]our les dépenses en territoire français, le versement préalable n'est pas libératoire et un apurement des comptes sera réalisé au plus tard le 31 décembre 1998 ».

120. Quant au document C 8/90 du 10 septembre 1990 (c'est-à-dire celui soumis par la France), le Tribunal est d'avis, eu égard aux réponses apportées par les Parties à la question posée par le Tribunal dans l'Ordonnance n° 1 relativement aux deux documents portant la cote C 8/90 (voir paragraphes 116-117), que la France n'a pas établi avec certitude que le document C 8/90 du 10 septembre 1990 ait été un document CIPR et qu'il ait été diffusé à toutes les parties.

En outre, la France n'affirme pas que ce document particulier ait effectivement fait l'objet de discussions. Elle suggère plutôt qu'il « reflète l'aboutissement de discussions préalables et se trouve ultérieurement repris dans la négociation. » (2^{ème} paragraphe, 2^{ème} page de la réponse à l'Ordonnance n° 1). Elle fait ensuite référence à de nombreux autres documents. Dans ces conditions, le Tribunal estime que la France n'a pas établi que le document qu'elle a produit ait fait l'objet de discussions par les Parties. Aussi, hormis les constatations suivantes faites à titre surabondant, le Tribunal est-il d'avis qu'une analyse de ce document est superflue.

Ce document semble appuyer la position française dans une certaine mesure. Il y est en effet prévu que les frais de fonctionnement d'un montant de 24 francs français la tonne pour le stockage, incluent (point 2) :

les coûts proportionnels annuels d'aménagement des aires de stockage étanches [pour une quantité de 4,5 millions de tonnes] et les dépenses directes de stockage, chacun de ces deux postes représentant environ la moitié.

Aucune indication n'est en revanche donnée sur la ventilation du chiffre de 37,5 francs français par tonne pour le déstockage.

Enfin le Tribunal observe que *la quantité à stocker envisagée dans ce document* diffère des hypothèses retenues antérieurement, alors que le coût à la tonne demeure le même. Il reviendra sur ce point ultérieurement.

121. Le Tribunal va maintenant considérer le document C 11/90. Ce document constitue le relevé des décisions de la réunion du Groupe « chlorures » tenue les 20 et 21 mars 1990 à Coblenz. Il y est écrit en page 2 :

Après l'élaboration exacte des modalités de financement des mesures sur les territoires français et néerlandais, les experts responsables des finances devront se concerter bilatéralement.

Il n'est pas possible de savoir si ces concertations entre experts financiers ont eu lieu.

Le document C 11/90 fait également mention des rapports qui ont fait l'objet de discussions (p. 5) :

Le groupe de travail rejette la proposition de la délégation allemande de soumettre un bref rapport récapitulatif exposant les faits comme dans le doc. C 8/90 élaboré par le secrétariat et complété par les questions encore en suspens. Il souscrit uniquement à la présentation des rapports individuels qui ont fait l'objet de discussions (C 2/90, C 3/90 et C 10/90 portant chacun la date de révision du 21.3.90). Les délégations se chargent

elles-mêmes d'informer leurs Chefs de délégation avant la prochaine réunion des chefs de délégation des résultats des discussions et des questions encore en suspens.

[Note du Tribunal : le document C 3/90 avait été préparé par les Pays-Bas et portait sur les aspects écologiques ; le document C 10/90 avait été préparé par l'Allemagne et portait sur l'approvisionnement en eau potable.]

122. Aux paragraphes 37 et suivants de sa duplique, la France a fait référence à un document lequel, avec son consentement, a été complété à l'audience par les Pays-Bas. Il s'agit du document DELch 4/90. Ce document constitue une révision du document C 2/90 et traite, tout comme ce dernier, du plan alternatif franco-néerlandais. Il fut présenté aux chefs de délégations de la CIPR le 4 mai 1990.

De même que le document C 2/90, le document DELch 4/90 contient une évaluation des coûts basés sur une estimation de 5,1 millions de tonnes de NaCl à stocker sur une période de 8,5 ans. Il y a lieu de reproduire ici les passages pertinents cités par la France :

Les dépenses proportionnelles sont essentiellement liées aux quantités qui seront stockées, à raison de 61,50 FF/T de NaCl (dont 24 F/T pour le stockage et 31 F/T pour le déstockage ultérieur).

A la différence du plan global français de 1988 pour lequel le stockage supplémentaire était réalisé de manière continue sur toute la durée prévisionnelle, conduisant à un montant total de dépenses calculables avec précision par avance, les coûts prévisionnels du plan alternatif ne peuvent être établis avec exactitude.

En effet, pour le stockage intermittent réalisé aux MPDA, les dépenses seront variables selon l'hydraulicité du Rhin dans les années à venir. Cela conduit donc à proposer simultanément :

- D'établir une prévision de dépenses basée sur 5,1 millions de tonnes de NaCl stockés [sic] en 8,5 ans, correspondant à un coût de 355 MF (dont 40 MF en investissement et 37 MF de dépenses annuelles proportionnelles) ;
- D'apurer les comptes à l'issue, le 31 décembre 1998, par comparaison avec les dépenses effectives ;
- De limiter à un montant global de 400 MF les dépenses à réaliser pour le stockage et déstockage aux M.D.P.A.

[souligné par le Tribunal]

[Note du Tribunal : la même erreur matérielle que dans les documents C 2/90 et C 8/90 NL se retrouve dans ce document : le montant pour le déstockage ultérieur est de 37,5 ff/t NaCl et non 31 ff/t.]

Selon la France, ce document confirme la thèse française sur un triple plan (voir duplique, paragraphe 39) :

en ce qu'elle distingue un plafond forfaitaire et des dépenses effectives variables d'abord ; en ce qu'elle distingue un fonctionnement du Protocole sur des bases forfaitaires ensuite [sic], à partir d'une prévision de dépenses, et un apurement définitif sur la base des dépenses effectives ensuite ; en ce que enfin, pour le calcul forfaitaire, la prévision d'une quantité donnée de chlorures à stocker (qui est dans ce document de 5,1 millions de tonnes de NaCl) a été retenue.

La France ajoute que le fait que le chiffre final des chlorures à stocker ait été réduit à la baisse (de 5,1 millions de tonnes à 4,55 millions de tonnes) « est ici sans signification, d'autant plus que les chiffres restent du même ordre de grandeur ».

123. Le Tribunal relève que, si ce document prévoit un montant forfaitaire de 61,5 francs français la tonne et décompose ce montant en frais de stockage et frais de déstockage, pas plus que les documents C 2/90 et C 8/90-NI, il ne décompose ces montants eux-mêmes en frais fixes et frais variables de stockage et de déstockage. Le document ne fait qu'indiquer que le montant de 61,5 francs français la tonne englobe, entre autres, 24 francs la tonne pour le stockage et 31 francs [sic] la tonne pour le déstockage ultérieur. Ainsi, les montants mentionnés au paragraphe 67 du contre-mémoire (12 francs/tonne pour les frais fixes de stockage ; 12 francs/tonne pour les frais variables de stockage ; 17,8 francs/tonne pour les frais fixes de déstockage ; 19,7 francs français/tonne pour les frais variables de déstockage) n'apparaissent pas dans ce document.

Par ailleurs, l'emploi des termes « dépenses effectives » dans le document ne constitue pas une indication permettant d'affirmer que les dépenses réelles étaient visées. En effet, on se retrouve avec le même problème de savoir si les « dépenses effectives » renvoient aux coûts réels ou au nombre de tonnes stockées multipliées par le montant de 61,5 francs français 1988 par tonne.

Enfin, si pour les calculs effectués dans le document DELch 4/90, les prévisions de dépenses sont fondées sur l'hypothèse d'un stockage de 5,1 millions de tonnes, il convient de relever dès maintenant que ce chiffre ne sera finalement pas retenu et qu'il sera ramené par la suite à 4,5 millions de tonnes sans que le chiffre de 61,5 francs français la tonne soit modifié (voir paragraphe 125 ci-dessous).

124. Le document PLEN 1/90 est le relevé des décisions de la 47^{ème} réunion des chefs de délégation tenue le 4 mai 1990 à Haarlem. Au point 3, il est mentionné que le Dr. Dubois a présenté les résultats des travaux du Groupe de travail « chlorures », qui avait été chargé par les ministres d'examiner la faisabilité et les incidences du plan alternatif néerlandais soutenu par la France. Dans le sommaire de cet exposé (p. 2), il est indiqué :

en raison des divergences de vues fondamentales exprimées, il n'a pas été possible de trouver un accord sur un projet de protocole additionnel à l'actuelle Convention « chlorures ».

125. Le document DELch 12/90 est un projet de Déclaration pour l'adoption du plan alternatif. Il fixe en son paragraphe 5 le coût total des mesures envisagées et renvoie pour les détails à une note explicative de la partie française annexée qui reprend certaines données figurant dans le document C 8/90 du 10 septembre 1990. A la première page de cette note explicative, il est écrit :

Compte tenu du délai qui s'est écoulé depuis la présentation du plan alternatif franco-néerlandais (approximativement un an) et du raccourcissement de la période de mise en oeuvre du stockage (de 8,5 ans à 7,5 ans) il a paru opportun de procéder à une révision des coûts relatifs aux mesures de stockage à effectuer en Alsace.

En décembre 1989, le coût total avait été estimé à 355 MF sur la base d'une quantité de 5,1 millions de tonnes de NaCl stockée en 8,5 ans, et le plafond des dépenses avait été fixé à 400 MF (marge de 12,5%).

A ce jour, le coût total peut être estimé à 317 MF sur la base d'une quantité de 4,5 millions de tonnes de NaCl stockée en 7,5 ans et le plafond des dépenses peut être fixé à 355 MF (même marge de 12,5%).

Les Parties ont ainsi eu l'occasion de réviser les coûts relatifs au plan alternatif. Or, malgré la diminution envisagée de la quantité à stocker qui était passée de 5,1 à 4,5 millions de tonnes, le montant de 61,5 francs français la tonne est resté inchangé (voir le dernier paragraphe de la note explicative). C'est uniquement le coût total des mesures qui a été ajusté.

Cette solution s'expliquait cependant aisément, car les variations de la quantité à stocker étaient là encore sans grande influence sur le coût unitaire puisque :

$$(355 - 40) : 5,1 = 61,76 \text{ francs/tonne ;}$$

$$(317 - 40) : 4,5 = 61,55 \text{ francs/tonne ;}$$

126. Le Tribunal rappelle ce qu'il a déjà relevé au paragraphe 108 ci-dessus, à savoir que les Parties n'ont fourni au Tribunal aucune information sur les développements survenus entre le 5 octobre 1990 et le 2 juillet 1991.

127. Le document PLEN 30/91 constitue le relevé des décisions de la 56^{ème} Assemblée plénière de la CIPR tenue le 2 juillet 1991. Le point 8, en page 11, traite de la Convention « chlorures » et le point 8.2 renvoie à l'annexe 4 du relevé des décisions. Dans cette annexe figurent les précisions concernant les modalités financières du plan alternatif. Le chapitre III de l'annexe 4 revêt une importance particulière aux fins du présent litige. Aussi convient-il de le reproduire dans sa totalité :

III. Les modalités du solde des comptes en 1998

Au terme de la période de stockage (31.12.1998), la France soumettra dans le cadre de la CIPR un rapport aux autres Parties contractantes faisant ressortir les sommes qui, le cas échéant, seront à restituer.

La restitution éventuelle sera effectuée dans le cas où la somme résultant des dépenses réalisées en France, des obligations financières contractées en vue du déstockage et de la prestation suisse [référence omise] à prendre en compte est inférieure à 400 MF. Elle doit être calculée comme suit :

1. Pour les montants correspondants aux dépenses de stockage, la restitution éventuelle correspond à *l'excédent de financement y compris le report des années antérieures, de la dernière année de stockage (1998), y compris les intérêts portés par cet excédent sur les 11/12ème de l'année.*
2. Pour le calcul du montant des éventuelles restitutions correspondant aux dépenses de déstockage à effectuer par ou pour la France, il conviendra de procéder de la manière suivante :

À la fin de chaque année, la part des versements des parties correspondant au financement du déstockage de l'année et des années antérieures est reportée sur l'année suivante y compris les intérêts échus sur cette somme pour l'année concernée. Pour le calcul le taux d'intérêt à appliquer est le taux d'intérêt réel correspondant à la différence entre le taux long terme du crédit national et l'indice TP01. *On obtient ainsi au 31 décembre 1998 une somme finale à laquelle est soustrait le coût des obligations françaises de déstockage calculé en multipliant les quantités stockées depuis 1991 par 37 francs français/t F88 ajustés en fonction de l'indice TP01.* La différence éventuelle correspond, si elle est positive, à la somme à restituer par la France.

Eu égard au risque de hausse des coûts de déstockage pour le gouvernement français notamment aux coûts liés au transfert probable à une société d'exploitation du fonctionnement du déstockage après arrêt des MDPA, aux reprises d'étanchéité des aires de stockage et à la prise en compte des diverses contraintes nouvelles d'environnement, il n'y a pas lieu d'effectuer une déduction des intérêts non courus des coûts de déstockage pour la période courante à partir de 1999 qui seront compensés par les surcoûts mentionnés ci-dessus. [italiques ajoutés par le Tribunal]

Le chapitre III de l'annexe 4 du document PLEN 30/91 semble établir une relation entre la restitution éventuelle et le calcul des reports (qui doit se faire sur la base du montant de 61,5 francs la tonne). Tout d'abord, pour les montants correspondants aux dépenses de stockage, la restitution est égale à « l'excédent de financement, y compris le report des années antérieures, de la dernière année de stockage (1998) ». Le calcul de cet excédent est, comme le prévoient les chapitres I et II de cette même annexe, basé sur le montant stipulé de 61,5 francs français la tonne (francs 1988). Ainsi donc, le chapitre III de l'annexe 4 du document PLEN 30/91 prévoit que le calcul de la restitution éventuelle, pour les montants correspondants aux dépenses de stockage, repose sur une opération impliquant le montant de 61,5 francs français la tonne (1988). Ceci va à l'encontre de la thèse selon laquelle le montant de 61,5 francs la tonne n'est pas utile pour l'apurement définitif.

Plus clairement encore, le même chapitre III prévoit que le calcul de l'excédent, pour la part des versements des parties correspondant au financement du déstockage, s'effectue en soustrayant de l'excédent final au 31 décembre 1998 « *le coût des obligations françaises de déstockage calculé en multipliant les quantités stockées depuis 1991 par 37 francs français/t F88 ajustés en fonction de l'indice TP01* ». Ainsi, c'est sans contester le montant stipulé de 37 francs français la tonne (francs 1988), et non les coûts réels de remise en état, qui doit être pris en compte pour le calcul de la restitution s'agissant des sommes correspondantes aux coûts de déstockage. En outre, il est inévitable dans ces circonstances que le chiffre qui doit être retenu pour calculer la restitution pour les montants correspondants aux dépenses de stockage, soit celui de 24 francs français la tonne.

Le Tribunal relève un dernier point. Les Parties ont avec force détails traité, dans l'annexe 4 susmentionnée, de la question du risque de hausse des coûts de déstockage (voir chapitre III, paragraphe 2, 3^{ème} alinéa). Elles ont anticipé que ce risque de hausse des coûts (en raison des coûts liés au transfert

probable à une société d'exploitation, aux reprises d'étanchéité des aires de stockage et à la prise en compte des diverses contraintes nouvelles d'environnement) serait compensé par les intérêts non courus à partir de 1999. Elles n'ont en revanche anticipé aucun risque de hausse des coûts en raison de la diminution des quantités effectivement stockées.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal est d'avis que le chapitre III de l'annexe 4 du document PLEN 30/91 constitue un indice patent de ce que les Parties ont souhaité que l'apurement définitif des comptes se fasse sur base du montant stipulé de 61,5 francs français la tonne (francs 1988). Cette conclusion s'impose d'autant plus que le document PLEN 30/91 est le document préparatoire le plus rapproché dans le temps du moment de la signature du Protocole (signature qui a eu lieu deux mois plus tard, soit le 25 septembre 1991) et est dès lors de nature à fournir des indications plus fiables en ce qui concerne les engagements pris par les Parties dans le Protocole.

128. Pour résumer cette discussion des travaux préparatoires, il apparaît ce qui suit :

- 1) En 1987 et 1988, les MPDA avaient préparé des études en vue du stockage de 16,3 millions de tonnes de NaCl sur dix ans (voir paragraphe 109 ci-dessus). Ces études sont d'un intérêt limité dans le présent litige en ce qui concerne les dépenses de stockage. Elles fixent le coût total des dépenses de déstockage à 37 francs la tonne de NaCl (dont environ 33 francs pour les dépenses de fonctionnement et 4 francs pour les dépenses d'investissement).
- 2) En 1989, les MPDA ont préparé une étude sur le plan alternatif présenté par les Pays-Bas en accord avec la France (voir les paragraphes 110 et 111 ci-dessus). Il n'a pas été possible pour le Tribunal de déterminer avec exactitude quelles sont les quantités à stocker sur lesquelles cette étude est fondée. L'étude avance un chiffre de 24 francs français la tonne de NaCl pour le stockage (dont une partie d'éléments fixes et une partie d'éléments variables). Pour ce qui est du déstockage et en dépit de la réduction importante des quantités à traiter, elle retient le chiffre de 37,5 francs la tonne en se référant aux études antérieures. Le total est de 61,5 francs français la tonne.
- 3) En 1990, il a été procédé au sein de la CIPR à une étude sur l'hydraulicité du Rhin. Les prévisions effectuées étaient telles que les variations du coût du stockage à la tonne apparaissaient limitées (voir le paragraphe 112 ci-dessus). Plutôt que de faire varier ce coût en fonction des quantités à stocker, il a alors été proposé de retenir pour le calcul des coûts une hypothèse moyenne, celle de 5,1 millions de tonnes de sel résiduaire, à stocker sur 8,5 ans. Le coût correspondant à la tonne demeurerait celui avancé par les MPDA, soit 61,5 francs (voir le paragraphe 114 ci-dessus).

- 4) Ces propositions ont été reflétées dans les divers documents qui ont suivi mais, compte tenu du retard apporté à la mise sur pied du projet, il a été en définitive décidé de calculer les dépenses sur la base d'une quantité de 4,5 millions de tonnes de NaCl à stocker sur 7,5 ans. Le coût unitaire de 61,5 francs français la tonne n'a pas alors été modifié (voir le paragraphe 125 ci-dessus).

129. Le Tribunal constate dans ces conditions que ce montant, comme le soutient la France, a bien été calculé à partir d'éléments fixes et d'éléments variables. Le Tribunal n'a cependant pas été en mesure de déterminer la part accordée en définitive à chacun de ces éléments.

Plus fondamentalement, le Tribunal constate que le chiffre de 37,5 francs français la tonne pour le déstockage a été retenu sans modification sensible depuis 1988, alors que les quantités à déstocker passaient de 16,3 millions de tonnes de NaCl à 5,1 millions, puis à 4,5 millions. Le chiffre global retenu en 1990 de 61,5 francs français la tonne est, lui aussi, resté sans changement lors de cette dernière réduction des quantités à stocker.

Ainsi les Parties ont adopté le chiffre de 61,5 francs français la tonne en sachant qu'il comportait des coûts fixes et des coûts variables. Elles ont toutefois estimé que, compte tenu des prévisions qu'elles avaient opérées en ce qui concerne l'hydraulicité du Rhin, il n'y avait pas lieu pour la détermination du coût à la tonne de tenir compte des variations qui pourraient intervenir en ce qui concerne les quantités à stocker. Elles ont dans le cadre de ces prévisions retenu ce chiffre de 61,5 francs la tonne comme un chiffre forfaitaire indépendant de ces quantités, comme le confirme le relevé des décisions de la CIPR du 2 juillet 1991 (voir le paragraphe 127 ci-dessus).

Au total, les Parties au cours de cette négociation ont paru préoccupées avant tout d'éviter que, du fait d'une hydraulicité réduite du Rhin, les quantités à stocker et les dépenses à effectuer dépassent leurs prévisions. Elles n'ont à aucun moment imaginé qu'une hydraulicité plus favorable conduirait à des stockages si réduits que leurs prévisions de coût en soit bouleversées.

130. Le Tribunal rappelle enfin que la formule « les versements préalables ne sont pas libératoires » figurant au point 4.2.1 de l'annexe III au Protocole semble dénuée de sens, si prise à la lettre (voir paragraphe 90 ci-dessus). Les travaux préparatoires contiennent quelques indications qui peuvent expliquer la présence de cette formule au point 4.2.1. L'examen de ces travaux révèle que les parties avaient, à un moment donné, envisagé d'établir une prévision de dépenses (et, en conséquence, des versements) de l'ordre de 355 millions de francs français (1988), avec un plafond de dépenses de 400 millions de francs français (1988) (voir bas de la page 5 du document C 2/90 ; p. 4 du document C 8/90 NI et p. 6 du document DELch 4/90). En pareille hypothèse, la formule « les versements préalables ne sont pas libératoires » prend tout son sens puisqu'il aurait été possible que les versements totaux soient moindres que les coûts totaux. Cependant, le texte final du Protocole prévoit que le montant des versements sera de 400 millions

de francs français ; le plafond de dépenses est lui aussi fixé à 400 millions de francs français. Partant, les Parties ne peuvent en aucun cas avoir d'obligations au-delà de leurs versements et la formule « les versements préalables ne sont pas libératoires » a probablement été laissée par erreur au point 4.2.1 de l'annexe III du Protocole.

131. Pour toutes ces raisons, le Tribunal conclut que les documents préparatoires dont il dispose ne permettent pas d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle il est parvenu précédemment en appliquant la règle générale d'interprétation conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne (paragraphe 106 ci-dessus).

132. Au terme de cette analyse, le Tribunal procédera, dans les paragraphes qui suivent, au calcul des sommes dues par la France aux Pays-Bas.

Chapitre VI — Calcul des sommes à restituer

133. La France et les Pays-Bas ont chacun proposé une méthode de calcul de l'apurement définitif. Ainsi qu'il résulte des considérations développées aux paragraphes 80 à 132, le Tribunal ne peut souscrire à la méthode proposée par la France qui se base sur les coûts réels des opérations de stockage et déstockage. Par ailleurs, si tout comme les Pays-Bas, le Tribunal estime que le calcul de l'apurement doit se faire sur la base du montant forfaitaire de 61,5 francs français (1988) la tonne, le Tribunal ne peut se rallier intégralement à la méthode préconisée par les Pays-Bas pour calculer les sommes à restituer.

134. Selon les Pays-Bas, les dépenses de fonctionnement doivent être calculées en multipliant les quantités de chlorures stockées, à savoir 960.000 tonnes (montant arrondi), par le montant de 61,5 francs français. Au montant de 59,04 millions de francs français ainsi obtenu, doit être ajouté celui de 40 millions de francs français représentant les dépenses d'investissement. Les dépenses totales s'élèveraient ainsi à un montant de 99,04 millions de francs français dont 34%, à savoir 33,67 millions, sont à la charge des Pays-Bas. Ceux-ci ayant versé à la France, un montant de 136 millions de francs français, il en résulterait que la France doit leur rembourser la somme de 102,33 millions de francs français. En outre, la France est tenue de payer des intérêts sur les reports annuels, sur le montant du trop perçu à compter du 1^{er} janvier 1999 et sur les montants réservés pour le déstockage. Enfin, il convient, précisent les Pays-Bas, de tenir compte de la hausse des prix.

135. Cette méthode est, de l'avis du Tribunal, incomplète, voire erronée. Il n'est en effet pas tenu compte du fait que les dépenses – de fonctionnement et d'investissement – devaient être calculées en francs français 1988 (point 1.2.6 de l'annexe III) tandis que les versements étaient, quant à eux, faits en francs courants. En outre, s'ils sollicitent le versement d'intérêts sur les reports annuels et le solde positif au 1^{er} janvier 1999, les Pays-Bas ne

fournissent en revanche aucune indication ou explication s'agissant du calcul des intérêts. Or ce calcul, semble-t-il, dépend de divers facteurs dont, pour ce qui est des intérêts sur les reports annuels, le montant des versements annuels faits par les Pays-Bas et des reports eux-mêmes. Pour le calcul des intérêts postérieurs au 31 décembre 1998, se pose en outre la question de savoir si les intérêts doivent être calculés sur les intérêts capitalisés à cette date et porter sur les sommes nécessaires au déstockage. Enfin, le calcul des intérêts est naturellement fonction du taux d'intérêt applicable à chaque année.

136. Compte tenu des considérations susmentionnées, le Tribunal se propose de procéder au calcul de l'apurement en deux temps. Dans un premier temps, le Tribunal procédera au calcul du trop perçu, c'est-à-dire du montant que les Pays-Bas ont versé en trop à la France. Dans un second temps, le Tribunal procédera au calcul des intérêts, distinguant entre, d'une part, les intérêts échus jusqu'au 31 décembre 1998 et, d'autre part, les intérêts postérieurs à cette date. Tant pour le calcul du trop perçu que pour celui des intérêts, le Tribunal procédera année par année. Il est en effet nécessaire de déterminer, pour chaque année, le montant du trop perçu afin de pouvoir ensuite calculer, conformément au prescrit du point 3.2.3, les intérêts accrus sur ce montant, de même qu'il est nécessaire de tenir compte du fait que les intérêts des années précédentes s'ajoutent, à chaque fois, au montant du report sur lequel doivent être calculés les intérêts de l'année suivante. Enfin, le taux d'intérêt annuel à long terme du Crédit national que le Tribunal est tenu d'appliquer en vertu des points 3.2.3 et 4.2.1 est chaque année différent.

137. Pour calculer le trop perçu annuel, il convient, en premier lieu, de déterminer le montant des dépenses effectuées par la France, puis d'appliquer à ce montant le pourcentage de 34% représentant la contribution des Pays-Bas en vertu de l'article 4 du Protocole, et enfin de comparer les sommes ainsi obtenues avec les versements opérés annuellement par les Pays-Bas. Le Tribunal s'attachera dans les paragraphes suivants à déterminer et chiffrer les données nécessaires à ce calcul.

S'agissant tout d'abord des dépenses de fonctionnement, le Tribunal les calcule en multipliant les quantités stockées annuellement par la France par le chiffre de 61,5 francs français, ce conformément à l'interprétation que le Tribunal a donné du point 4.2.1. Pour déterminer les quantités stockées lesquelles, ainsi qu'il ressort du paragraphe introductif de l'annexe I du Protocole, sont des quantités de sel résiduaire, le Tribunal se fonde sur les chiffres figurant dans les rapports annuels soumis par la France et au tableau relatif aux « Dépenses effectuées actualisées pour l'apurement définitif » figurant dans le document intitulé « Convention de Bonn – dépenses effectuées calculées en F 88 », soumis par la France lors de l'audience. Selon ce tableau, la quantité totale de sel stockée est de 960.199 tonnes, quantité sur lesquelles les Parties s'accordent. Si pour les années 1992, 1993, 1997 et 1998, les quantités de sel reprises dans les rapports annuels et le tableau susmentionné sont identiques, à savoir 177.917 tonnes pour l'année 1991-1992, 102.455 tonnes pour l'année 1993, 310.590 tonnes pour l'année 1997 et

98.799 tonnes pour l'année 1998, le Tribunal a retenu pour l'année 1995 les quantités de sel résiduaire figurant au tableau, à savoir 270.438 tonnes, le rapport annuel pour cette année faisant état uniquement des quantités de NaCl. Pour les années 1994 et 1996, le tableau ne mentionne aucun sel stocké, tandis que les rapports annuels font état d'un stockage de 8300 et 8500 tonnes de NaCl. Ce stockage, ainsi qu'il ressort du Bilan provisoire à fin 1996, était imposé non par la Convention de Bonn, mais par des arrêtés préfectoraux, ce qui explique pourquoi la France n'en a pas fait mention dans le tableau qu'elle a soumis le 3 octobre 2003. Ayant noté que selon les rapports annuels afférents à ces deux années, ce stockage n'en a pas moins été utile pour la consolidation des plateaux-formes, le Tribunal estime qu'il est justifié d'en tenir compte. Constatant qu'en règle générale, une tonne de NaCl correspond à 1,31 tonne de sel résiduaire, le Tribunal a retenu pour les années 1994 et 1996, les chiffres de 10.873 et 11.135 tonnes de sel résiduaire.

Enfin, il convient de tenir compte dans le calcul des dépenses de fonctionnement, de la hausse des prix. En effet, si le point 3.2.3 est muet à cet égard, les rapports annuels préparés par la France en tiennent compte. Les Pays-Bas ne se sont pas opposés à cette prise en considération et acceptent explicitement d'en tenir compte (voir réplique, paragraphe 4.3). Le Tribunal s'est donc référé aux coefficients de revalorisation figurant dans les rapports annuels et dans le tableau soumis par la France, et non contestés par les Pays-Bas. Pour les années 1991/1992 à 1998, ces coefficients sont respectivement de 1,1319%, 1,1556%, 1,1847%, 1,2096%, 1,2290%, 1,2500% et 1,2536%.

Compte tenu de ces observations, les dépenses annuelles de fonctionnement se chiffrent comme suit :

1991/1992 :	12.385.132 francs
1993 :	7.281.415 francs
1994 :	792.196 francs
1995 :	20.117.991 francs
1996 :	841.622 francs
1997 :	23.876.606 francs
1998 :	7.617.047 francs

Au total, elles s'élèvent à 72.912.009 francs français.

Conformément au point 1.2.6, doivent pour la première année être ajoutées aux dépenses de fonctionnement, les dépenses d'investissement d'un montant de 40 millions de francs français 1988, à revaloriser pour tenir compte de la hausse des prix. Le Tribunal constate cependant que, selon les rapports annuels, 32.458.273 francs français ont été consacrés aux investissements en 1992 et 12.732.044 francs français en 1993, soit au total 45.190.317 francs français. En d'autres termes, 72% des dépenses d'investissement ont été effectuées en 1992 tandis que 28% l'ont été en 1993 (pourcentages arrondis). Il convient dès lors de procéder à la revalorisation du montant forfaitaire de 40 millions de francs français 1988 en appliquant le coefficient de hausse des prix de 1992 (soit 1,1319%) à 72% dudit montant, soit 28.800.000 francs

français. De même, le coefficient de hausse des prix de 1993 (soit 1,1556%) doit être appliqué à 28% du même montant forfaitaire, soit 11.200.000 francs français. Les dépenses d'investissement à prendre en compte s'élèvent donc à 32.598.720 francs français pour l'année 1991/1992 et 12.942.720 francs français pour l'année 1993.

Ces montants devant être imputé sur les années 1991/1992 et 1993, il convient de les ajouter aux dépenses de fonctionnement afférentes à ces deux années d'un montant respectif de 12.385.132 et de 7.281.415 francs français. Les dépenses totales pour l'année 1991/1992 s'élèvent donc à 44.983.852 francs français, tandis que les dépenses totales pour l'année 1993 s'élèvent à 20.224.135 francs français.

Pour ce qui est des versements effectués annuellement par les Pays-Bas, le Tribunal a retenu les montants, non contestés par la France, figurant à l'annexe 4 du mémoire néerlandais. Selon cette annexe, les Pays-Bas ont fait les versements suivants :

24 décembre 1991 :	30.600.000 francs
26 février 1992 :	12.920.000 francs
5 mars 1993 :	9.180.000 francs
3 février 1994 :	24.820.000 francs
2 février 1995 :	12.240.000 francs
21 août 1996 :	12.240.000 francs
19 janvier 1998 :	16.850.000 francs
27 novembre 1998 :	16.850.000 francs

Le Tribunal relève qu'aucun versement n'a été opéré par les Pays-Bas en 1997, tandis que deux versements ont été versés en 1998. Ces deux versements ont été affectés à l'année 1998. Par ailleurs, les versements opérés en 1991 et 1992 ont été additionnés aux fins du calcul. Au total, les Pays-Bas ont versé à la France un montant de 135.700.000 francs français.

Compte tenu des données ainsi déterminées, la différence entre le versement annuel versé par les Pays-Bas et le montant résultant de l'application aux dépenses annuelles françaises du pourcentage de 34% représentant la contribution des Pays-Bas, c'est-à-dire le montant versé annuellement en trop par les Pays-Bas, se chiffre comme suit :

1991/1992 :	28.225.490 francs
1993 :	2.303.794 francs
1994 :	24.550.653 francs
1995 :	5.399.883 francs
1996 :	11.953.849 francs
1997 :	- 8.118.046 francs
1998 :	31.110.204 francs
Total :	95.425.827 francs

138. Le Tribunal procédera maintenant au calcul des intérêts. Le Tribunal se penchera d'abord sur le calcul des intérêts échus jusqu'au 31 décembre 1998 et, s'attachera ensuite à déterminer les intérêts postérieurs à cette date. Comme noté ci-dessus, le calcul des intérêts accrus sur ces deux périodes s'opère en effet différemment.

139. C'est en vertu, et conformément au prescrit du point 3.2.3 de l'annexe III du Protocole qu'il doit être procédé au calcul des intérêts échus jusqu'au 31 décembre 1998. Ce point énonce que « dans l'hypothèse où le coût ainsi calculé des stockages effectivement réalisés serait inférieur au plafond initialement fixé pour l'année concernée (point 2.1.1), la somme correspondant à la différence entre ces deux sommes (majorée des intérêts portés par cette somme sur les 11/12^{ème} de l'année au taux d'intérêt annuel à long terme du crédit national) est reportée sur l'année suivante. Elle augmente ainsi à due concurrence le plafond des dépenses de l'année suivante ».

Se référant au point 2.1.1 de l'annexe III, ce texte renvoie aux plafonds annuels de versements qui, selon le Protocole, devaient correspondre exactement aux versements à opérer. Toutefois ces versements n'ont pas été effectués conformément au point 2. L'intention des parties au Protocole n'ayant certes pas été de faire porter des intérêts sur des sommes non versées, il en résulte, de l'avis du Tribunal, qu'il faut appliquer le texte du point 3.2.2 en calculant les intérêts sur les soldes annuels effectifs tels que résultant du calcul des trop-perçus opéré ci-dessus.

Par ailleurs, le point 3.2.3 prescrivant la capitalisation des intérêts ainsi accrus avant le 31 décembre 1998, il s'en suit que, hormis le solde afférent à l'année 1991/1992 lequel est égal au montant du trop perçu pour l'année 1991/1992, à savoir 28.225.490 francs français, les sommes en report sont la somme, non seulement, du solde de l'année précédente et de l'année en cours, mais également des intérêts sur le solde de l'année précédente.

Selon le point 3.2.3, les intérêts sont versés sur les 11/12^{ème} de l'année. Cette disposition traduit, selon le Tribunal, le fait qu'en vertu du point 2.1.2, les Parties devaient régler leur contribution « par versement annuel unique et préalable ». Les versements devant être opérés au plus tard le 31 janvier de chaque année (voir point 3.2.1), il était normal de stipuler que les sommes en cause porteraient intérêt 11 mois sur 12. Aussi, convient-il, dans la mesure où les dits versements n'ont pas été « préalables », d'appliquer un coefficient différent. D'après les indications fournies par les Pays-Bas en annexe 4 à leur mémoire, les Pays-Bas ont, de 1991 à 1996, procédé aux versements comme prévu. Toutefois, s'agissant des années 1992, 1993 et 1996, des retards de paiement doivent être notés. Le versement afférent à l'année 1992, a été versé le 26 février, ensuite celui afférent à l'année 1993, le 5 mars et enfin celui afférent à l'année 1996, avec un semestre de retard, soit le 21 août. Partant, le Tribunal estime justifié d'appliquer, pour l'année 1992, un coefficient de 10/12, pour l'année 1993, un coefficient de 9/12 et, pour l'année 1996, un coefficient de 4/12.

Toujours selon l'annexe 4 au mémoire néerlandais, les Pays-Bas cessèrent tout versement en 1997 et firent deux versements en 1998. Or, la France avait au début de l'année 1997 produit son compte rendu annuel pour 1996 et un bilan provisoire d'ensemble, le Bilan provisoire à fin 1996. Il ressortait de ce bilan que « les conditions en matière d'hydrologie et une baisse générale de la charge en chlorures du Rhin ont fait que très rarement les conditions de la mise en oeuvre du stockage étaient remplies ». Le bilan notait plus précisément que « sur une période de cinq années pleines, le stockage réel total (soit 436.439 tonnes) est inférieur à une année selon les prévisions (600.000 tonnes) ». Il était par suite évident que tout nouveau versement à la France pour l'application du Protocole était totalement inutile. Aussi bien la Suisse et l'Allemagne cessèrent-elles tout versement à partir respectivement de 1995 et 1996, et la France, semble-t-il, accepta tout naturellement qu'il en soit ainsi. Ainsi que noté ci-plus haut, les Pays-Bas, quant à eux, après avoir tout stoppé tout versement en 1997, changèrent d'attitude en 1998 et versèrent le 16 janvier 1998 leur contribution pour 1997, soit 16,85 millions de francs, puis le 27 novembre 1998, leur contribution pour 1998, d'un même montant. Ces versements opérés tardivement au cours de la dernière année de fonctionnement du Protocole suscitent quelque perplexité. Ils pourraient certes être regardés comme ayant eu pour objet de régulariser la situation née du retard de paiement de 1996 et de l'absence de tout paiement en 1997. Mais, en janvier 1998 et à fortiori en novembre 1998, les Pays-Bas ne pouvaient ignorer que les sommes en cause n'étaient pas susceptibles d'être employées pour lutter contre la pollution du Rhin par les chlorures conformément au Protocole. Ces sommes devaient nécessairement être restituées aux Pays-Bas après avoir porté intérêt selon le taux d'intérêt à long terme prévu au texte de l'annexe III. En définitive, il s'agissait là d'un placement. La France aurait pu et peut-être dû refuser ce placement. Mais à l'époque, elle envisageait de prolonger l'application dans le temps du Protocole, proposition qui fut refusée par ses partenaires. Dans la perspective française, les versements néerlandais pouvaient se justifier. Il n'en reste pas moins que ces versements ne pouvaient avoir pour but d'assurer à la France les avances requises pour la dépollution du Rhin. Elles étaient déraisonnables. Elles doivent certes être restituées aux Pays-Bas, mais compte tenu des circonstances de l'espèce, le Tribunal estime qu'il n'y a pas lieu pour les sommes ainsi versées par les Pays-Bas de porter intérêt.

Enfin, le taux d'intérêt à appliquer est, aux termes du point 3.2.3, le taux d'intérêt annuel à long terme du Crédit national. Suite à la disparition du taux à long terme du Crédit national, le Tribunal a, après consultation des Parties, appliqué pour les années 1997 et 1998, les taux d'intérêt des obligations d'Etat françaises à 10 ans, tels que communiqués par la France et non contestés par les Pays-Bas, à savoir 5,56% pour l'année 1997 et 4,65% pour l'année 1998.

Compte tenu des considérations qui précèdent, les intérêts et soldes en report se chiffrent comme suit :

	INTERETS DE L'ANNEE PRECEDENTE	SOLDE EN REPORT
1991/1992 :	-----	28.225.490 francs
1993 :	1.992.249 francs	32.521.533 francs
1994 :	2.427.764 francs	59.499.950 francs
1995 :	4.499.684 francs	69.399.517 francs
1996 :	5.248.338 francs	86.601.704 francs
1997 :	4.026.097 francs	82.509.755 francs
1998 :	3.516.978 francs	117.136.937 francs

Au 31 décembre 1998, le solde total en report était donc de 117.136.937 francs français et les intérêts capitalisés, de 21.711.110 francs français.

140. Se fondant sur les montants ainsi déterminés, le Tribunal s'attachera à présent à calculer les intérêts dus après le 31 décembre 1998, ainsi que le prescrit le point 4.2.1 de l'annexe III du Protocole.

Selon le Tribunal, il convient à cet égard d'opérer une distinction entre les dépenses de stockage et celles de déstockage. Le document PLEN 30/91 examiné par le Tribunal aux paragraphes 47, et plus précisément le chapitre III de l'annexe 4 de ce document, dispose en effet, pour ce qui est du déstockage, « qu'au 31 décembre 1998, le coût des obligations françaises de déstockage [est] calculé en multipliant les quantités stockées par 37 FF/t F88 ajustés en fonction de l'indice TPOI ». Il ajoute : « Eu égard au risque de hausse des coûts de déstockage pour le gouvernement français, notamment aux coûts liés au transfert probable à une société d'exploitation du fonctionnement du déstockage après arrêt des MPDA, aux reprises d'étanchéité des aires de stockage et à la prise en compte des diverses contraintes d'environnement, il n'y a pas lieu d'effectuer une déduction des intérêts non courus des coûts de déstockage pour la période courant à partir de 1999 qui seront compensés par les surcoûts mentionnés ci-dessus ». Les quantités stockées s'élevant à 982.207 tonnes (voir paragraphe 137 ci-dessus) et le coefficient de hausse des prix pour l'année 1998, à 1,2536%, les coûts du déstockage au 31 décembre 1998 se chiffrent, selon cette disposition, à 45.557.904 francs français. Quant à la part des Pays-Bas, elle est de 15.489.687 francs français, c'est à dire 34% de ces coûts. Selon cette disposition toujours, et contrairement à ce qu'affirment les Pays-Bas, cette somme ne doit pas rapporter intérêt pour la période courant à partir de 1999.

Par ailleurs, et ainsi que le Tribunal l'a indiqué ci-plus haut, ne doit pas non plus rapporter intérêt après le 31 décembre 1998, la somme de 31.110.204 francs, résultant des versements opérés en 1998 par les Pays-Bas.

Il convient partant, pour calculer les intérêts futurs, de déduire du solde au 31 décembre 1998, à savoir 117.136.937 francs français, les montants susmentionnés de 15.489.687 francs français et 31.110.204 francs français. Le solde au 31 décembre 1998 se chiffre ainsi à 70.537.046 francs français.

Le Tribunal note, en outre, que les Pays-Bas dans leur réplique (paragraphe 4.3) sollicitent le paiement d'intérêts sur le seul capital dû à cette date. En revanche, ils ne sollicitent pas le versement d'intérêts après le 31 décembre 1998, sur les intérêts accrus à cette date. Le Tribunal ne pouvant statuer *ultra petita*, il convient pour le calcul des intérêts après le 31 décembre 1998 de soustraire également du solde au 31 décembre 1998, les intérêts alors échus. Ceux-ci s'élèvent, ainsi qu'il a été dit, à 21.711.110 francs français. Partant, le solde au 31 décembre 1998, pour le calcul des intérêts après cette date, se chiffre à 48.825.936 francs français.

Conformément au point 4.2.1 de l'annexe III du Protocole, et de la même façon que pour le calcul des intérêts échus avant le 31 décembre 1998, ce montant portera intérêt au taux d'intérêt des obligations d'Etat françaises à 10 ans, le taux à long terme du Crédit national ayant disparu. Les taux des obligations d'Etat françaises communiqués par la France, et non contestés par les Pays-Bas, sont de 4,61% pour 1999, 5,42% pour 2000, 4,96% pour 2001, 4,88% pour 2002 et enfin 4,13% pour 2003. Le Tribunal précise encore que compte tenu du prescrit du point 4.2.1, et en l'absence de conclusions des Pays-Bas tendant au versement d'intérêts composés (voir réplique, paragraphe 4.3), il n'y a pas lieu ici à capitalisation des intérêts.

Les intérêts dus jusqu'à la fin de l'année 2003 se montent donc à 2.250.876 francs français pour l'année 1999, 2.646.366 francs français pour l'année 2000, 2.421.766 francs français pour l'année 2001, 2.382.706 francs français pour l'année 2002 et 2.016.511 francs français pour l'année 2003. Au total, ils se chiffrent à 11.718.225 francs français.

141. Il résulte de ces calculs que le montant du trop perçu que la France est tenue de restituer aux Pays-Bas, s'élève à 128.855.162 francs français, c'est-à-dire le solde total en report au 31 décembre 1998, à savoir 117.136.937 francs français, majoré des intérêts dus après le 31 décembre 1998 d'un montant de 11.718.225 francs français.

142. Toutefois, et conformément au prescrit du chapitre III de l'annexe 4 du document PLEN 30/91, doivent être déduits de cette somme, les surcoûts résultant pour le déstockage, de la hausse des prix après 1998. A cet égard, si le Tribunal a été en mesure de déterminer le coût du déstockage au 31 décembre 1998, à savoir 45.557.904 francs français, il se trouve dans l'impossibilité de déterminer les surcoûts résultant de la hausse des prix après 1998, ceux-ci dépendant du rythme du déstockage et de la hausse des prix. Il appartiendra aux Parties de procéder à leur détermination. Le Tribunal estime néanmoins qu'il est approprié de réserver dès à présent une somme destinée au financement des dits surcoûts. Cette somme, que le Tribunal fixe à 10 millions de francs français, vient en déduction du montant du transfert financier que la France est tenue d'opérer au bénéfice des Pays-Bas.

143. En conclusion, le montant de l'obligation de paiement de la France envers les Pays-Bas, s'élève en l'état actuel, à 128.855.162 francs français, soit 19.643.843 euros (1 euro égalant 6,55957 francs français). La France est,

dès à présent, tenue de verser aux Pays-Bas, la somme de 118.855.162 francs français, soit 18.119.353 euros. Il lui incombe en outre de réserver la somme de 10 millions de francs français, soit 1.524.490 euros, destinée au financement de la hausse des prix du déstockage après 1998. Il lui appartiendra enfin, lorsque les Parties auront procédé à la détermination des dits surcoûts, de les déduire de la somme réservée à cet effet et de transférer la somme restante aux Pays-Bas, sans qu'il y ait lieu à paiement d'intérêt.

Chapitre VII — Décision

PAR CES MOTIFS,

le TRIBUNAL décide à l'unanimité que :

1. Le transfert financier nécessaire pour procéder à l'apurement des comptes entre la France et les Pays-Bas tel que prévu au point 4.2.1 de l'annexe III du Protocole s'élève à un montant de 128.855.162 francs français, soit 19.643.843 euros, sous réserve que soient déduits de ce montant les surcoûts résultant de la hausse des prix du déstockage après 1998 ;

2. En vue de pouvoir faire face à ces surcoûts, la France conservera en réserve une somme de 10 millions de francs français, soit 1.524.490 euros ; cette somme ne portera pas intérêt ;

3. La France est tenue de rembourser dès maintenant aux Pays-Bas la somme de 118.855.162 francs français, soit 18.119.353 euros ;

4. Dès que les opérations de déstockage seront parvenues à leur terme, la France et les Pays-Bas procéderont à la détermination des surcoûts résultant de la hausse des prix du déstockage après 1998 ;

5. Il appartiendra à la France, après déduction du montant des surcoûts visés au point 4) du présent dispositif, de rembourser aux Pays-Bas, le solde de la somme réservée conformément au point 2) du présent dispositif.

Fait en français au Palais de la Paix, à La Haye, le douze mars deux mille quatre, en trois exemplaires dont l'un restera déposé aux archives du Bureau international de la CPA et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et au Gouvernement de la République française.

(*Signé*) Krzysztof Skubiszewski
Président

(*Signé*) Pieter H. Kooijmans

(*Signé*) Gilbert Guillaume

(Signé) Anne Wallemacq Greffière

M. Gilbert Guillaume joint une déclaration à la présente sentence.

DÉCLARATION DE M. GILBERT GUILLAUME

Les Parties s'opposent sur les modalités de l'apurement définitif des comptes relatifs au stockage et au déstockage du sel opérés en territoire français conformément au Protocole additionnel à la convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures. Les Pays-bas estiment qu'indépendamment des investissements initiaux, les dépenses de fonctionnement doivent être calculées conformément aux dispositions combinées des points 4.2.1. et 1.2.6. de l'annexe III au Protocole, à savoir sur la base de 61,5 francs français la tonne de sel résiduaire stocké. La France soutient que ce calcul doit être effectué en fonction des coûts réels unitaires.

L'essentiel de l'argumentation française repose sur l'article 4 du Protocole qui dispose notamment que :

les coûts des mesures prises sur le territoire français conformément aux articles 1 et 2 et s'élevant au maximum à 400 millions de francs français ... sont répartis comme suit :

République fédérale d'Allemagne	30%
République française	30%
Royaume des Pays-Bas	34%
Confédération Suisse	6%

Selon la France, l'application des dispositions invoquées par les Pays-Bas conduirait à laisser à la charge de la France 75% du total des dépenses, ce qui serait contraire à l'article 4 du Protocole.

Le Tribunal a observé à juste titre que l'article 4 se borne à fixer une clef de répartition des dépenses, mais renvoie à l'annexe III pour ce qui est des modalités de paiement de ces mêmes dépenses. Or, pour ce qui est de l'apurement définitif des comptes, le point 4.2.1. de l'annexe III renvoie lui-même au point 1.2.6. qui retient le chiffre de 61,5 francs la tonne. La thèse française paraît de ce fait difficilement compatible avec le texte même du Protocole.

Le calcul opéré conformément au Protocole n'en aboutit pas moins à un résultat sinon absurde, du moins déraisonnable. Il conduit en effet à chiffrer les dépenses totales à 99,04 millions de francs 1988 (dont 33,67 millions à la charge des Pays-Bas). Or, selon la France, ces dépenses seraient d'environ

206 millions. Ce chiffre est à l'évidence excessif, la France n'ayant pas effectué tous les travaux initialement prévus. Il n'en reste pas moins que, même en opérant les corrections nécessaires à partir du bilan 1996 présenté par la France et des données fournies par elle lors des audiences et dans sa lettre du 28 mars 2003, les dépenses totales demeurent de l'ordre de 160 millions de francs 1988. Si les Pays-Bas devaient régler seulement 33,67 millions, ils contribueraient à ces dépenses non pour 34% mais pour 21% et la France supporterait 57% de ces dépenses, au lieu des 30% prévus par le Protocole. Un tel résultat est déraisonnable.

Or, il résulte d'une jurisprudence arbitrale abondante rappelée par le Tribunal qu'en vertu du droit coutumier tel que codifié à l'article 32 de la convention de Vienne sur le droit des traités, il convient en pareille hypothèse de rechercher si la solution résultant d'une application littérale du texte n'est pas contraire à la volonté des Parties telle qu'elle se dégage des travaux préparatoires.

Le Tribunal arbitral a analysé ces travaux et conclu que la somme de 61,5 francs la tonne a bien été calculée, comme le soutient la France, à partir d'éléments fixes et d'éléments variables. Il a estimé n'avoir pas été en mesure de déterminer la part accordée en définitive à chacun de ces éléments. Pour ce qui est des dépenses de stockage, je ne vois toutefois, en ce qui me concerne, pas de raison de mettre en doute la répartition des coûts par moitié telle que figurant dans le document C 8/90 du 10 septembre 1990. Elle correspond en effet sensiblement aux calculs opérés dans les documents antérieurs. En revanche je reconnais que, pour ce qui est du déstockage, le calcul est plus difficile à opérer. En outre, ces chiffres eux-mêmes sont sujets à révision du fait que la France n'a pas réalisé tous les équipements prévus.

Mais la vraie question n'est pas là. Elle est de savoir si on peut tirer des travaux préparatoires la conclusion que le chiffre de 61,5 francs la tonne a été retenu par les auteurs du Protocole comme un chiffre forfaitaire indépendant des quantités stockées.

Le Tribunal a estimé qu'il en était bien ainsi dans le cadre des prévisions opérées par les Parties en ce qui concerne l'hydraulicité du Rhin. Je partage sur ce point son sentiment. En fait, les Parties ont procédé à des prévisions conduisant à stocker au minimum 3,1 millions de tonnes de sel et au maximum 6,9 millions. Elle ont cependant écarté ces prévisions extrêmes et estimé que l'hydraulicité pourrait varier de sorte que le stockage varie lui-même de 4,1 à 5,6 millions de tonnes. Elles ont en outre calculé le coût unitaire sur la base de 5,1 millions de tonnes à stocker. Il ressort des travaux préparatoires que ce chiffre présentait un caractère forfaitaire qui était indépendant des quantités stockées *dès lors que celles-ci restaient dans les limites des prévisions.*

En réalité les Parties – et notamment la France – ont été avant tout préoccupées au cours des négociations d'éviter toute dépense supplémentaire dans l'hypothèse où l'hydraulicité du Rhin serait inférieure à ces prévisions.

Ces préoccupations ont trouvé leur traduction dans les dispositions des points 1.2.1. et 1.2.6. de l'annexe III fixant un plafond absolu de dépenses de 400 millions de francs français 1988 et déterminant pour chaque année des plafonds au-delà desquels la France était dégagée de toute obligation de stockage. En revanche, à aucun moment les négociateurs n'ont envisagé que les tonnages à stocker soient si faibles que leurs calculs de coût puissent être remis en cause.

Dans ces conditions, je ne pense pas que l'on puisse dégager des travaux préparatoires une commune intention des Parties allant à l'encontre du texte même du Protocole et permettant d'écarter la solution résultant de l'application de ce texte, si déraisonnable soit elle.

La difficulté fondamentale de cette affaire résulte en réalité du fait que les prévisions faites en 1989 en ce qui concerne l'hydraulicité du Rhin se sont révélées complètement fausses. La question se pose dès lors de savoir si on ne se trouve pas face à un changement fondamental de circonstances de nature à permettre au tribunal de faire jouer d'office la clause « *rebus sic stantibus* ».

A cet égard, il convient de rappeler que, selon l'article 62, § 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités :

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que :
 - a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que
 - b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

La Cour internationale de Justice a reconnu à ces dispositions un caractère coutumier dans ses arrêts du 2 février 1973 sur la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1973, p. 63, par. 36) et du 25 septembre 1997 dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 64, par. 104). Le Tribunal des réclamations Iran/États-Unis d'Amérique y a même vu un principe général de droit (*Questech Inc v. The Ministry of National Defence of the Islamic Republic of Iran*, affaire n° 59, 20 septembre 1985, sentence n° 191-59-1, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9 - 1987, p. 122).

Ces dispositions sont donc applicables au cas particulier, nonobstant le fait que la France n'est pas partie à cette convention. Or j'estime qu'en l'espèce les conditions fixées par l'article 62, § 1, sont remplies. Il me semble en effet que l'hydraulicité du Rhin a, au cours des années 1991 à 1998 été fondamentalement différente de ce qu'elle avait été dans les années antérieures. Il en est résulté que la quantité de sel à stocker a été de l'ordre d'un cinquième de celle qui avait servi de base aux calculs de coûts. La France n'aurait certainement pas accepté une fixation forfaitaire des coûts à

61,5 francs français la tonne si elle avait su qu'il en serait ainsi. Il s'agissait là d'une base essentielle de son consentement comme d'ailleurs de celui des autres Parties. Le changement survenu a eu pour effet de transformer radicalement les obligations qui restaient à exécuter. Dès lors, les conditions de l'article 61, § 1, sont bien remplies (les exceptions de l'article 62, § 2, ne trouvant pas à s'appliquer). Dans l'affaire du barrage de Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice avait précisé que la « rentabilité estimée du projet pouvait apparaître moins élevée en 1992 qu'en 1977 », mais elle avait ajouté que cette rentabilité n'était pas « condamnée à chuter dans une proportion telle que les obligations conventionnelles des parties s'en fussent trouvées radicalement transformées » (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 64, § 104). Il en est différemment en l'espèce.

Quelles conséquences convient-il de tirer d'une telle situation ? En droit interne, lorsque la théorie du changement fondamental de circonstances est admise, elle peut conduire soit à la résiliation du contrat¹, soit à sa révision par le juge (voir pour ce dernier cas en droit administratif français l'application de la théorie de l'imprévision²; voir en droit allemand, l'article 242 du code civil et la théorie de la « *Wegfall der Geschäftsgrundlage* »³; en droit suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral)⁴. Cette dernière solution a parfois été envisagée, encore que jamais retenue, dans le droit des contrats internationaux relevant de la « *lex mercatoria* » (voir la sentence arbitrale rendue au sein de la Chambre de commerce international dans l'affaire n° 2508, *Recueil des sentences arbitrales* de la Chambre de Commerce international, 1976, p. 939)⁵. En revanche, elle ne l'a jamais été en droit international public. Dans les relations interétatiques, la clause « *rebus sic stantibus* » implique en cas de changement fondamental de circonstances une obligation de négociation entre les Parties puis, en cas d'échec de la négociation, elle permet éventuellement

¹ En droit anglais, la « *frustration* » entraîne la dissolution automatique et immédiate des contrats sans que le juge ait à intervenir et sans qu'il puisse modifier le contrat.

² Le Conseil d'Etat français a forgé et consolidé la théorie de l'imprévision depuis la décision « Gaz de Bordeaux » du 30 mars 1916. La Cour de cassation française a adopté avec l'arrêt « Canal de Craponne » du 6 mars 1876 une attitude diamétralement opposée refusant la révision et même la résiliation des contrats de droit privé pour circonstances imprévues. La solution du Conseil d'Etat n'en a pas moins été retenue et généralisée en son temps dans les législations de nombreux pays tels l'Égypte et la Syrie.

³ La jurisprudence allemande considère, en vertu de cette théorie fondée sur la bonne foi, que le créancier ne peut plus exiger l'exécution de la prestation lorsque, selon l'équité, elle est devenue insupportable pour le débiteur. Ce critère laisse une grande liberté au juge.

⁴ Le Tribunal fédéral suisse autorise l'intervention du juge dans le contrat en présence d'« un déséquilibre des prestations engendré par un changement extraordinaire des circonstances tel que le partage des risques déterminé par le contrat n'est plus supportable pour l'une des parties et que la persistance du contractant dans la volonté de faire valoir ses droits est, eu égard aux circonstances de l'espèce, abusive » (par exemple, Tribunal fédéral, 26 septembre 1974, ATF, 1974, vol. 100, p. 345 et suiv.).

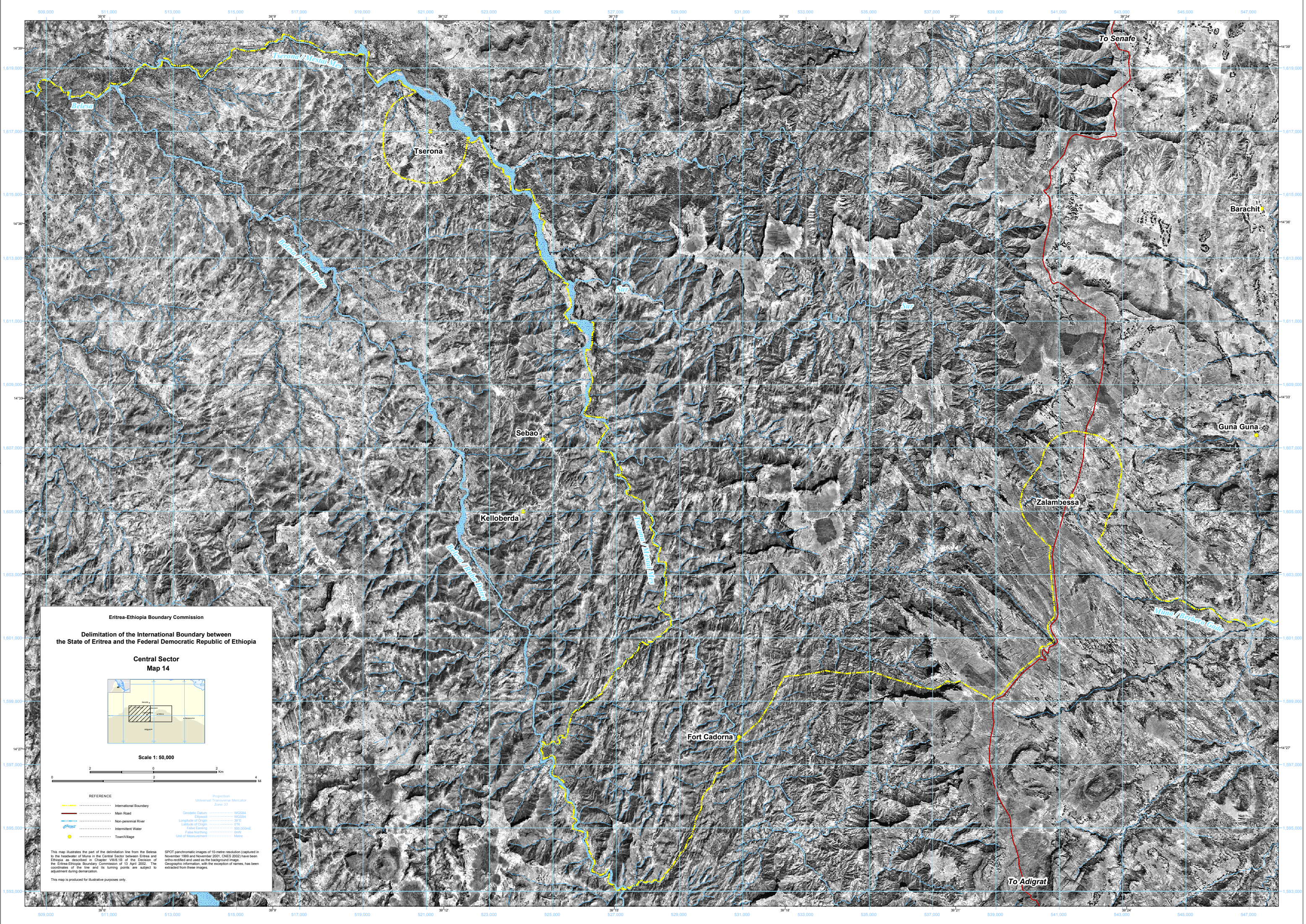
⁵ Voir Antoine Kassis, « Théorie générale des usages de commerce », *LGDI*, 1984 (chapitre IV, « Les contrats internationaux et le changement de circonstances », en particulier p. 463) ; voir aussi B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans le contrat et l'arbitrage international », *Recueil Chunet*, 1979, n° 3 ; B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, paragraphes 1482 et 1483 et la jurisprudence rapportée en notes de renvoi.

de se retirer d'une convention ou d'en suspendre l'application (convention de Vienne sur le droit des traités, article 62, § 3). Elle n'en permet la révision par le juge ou l'arbitre que dans l'hypothèse où ce dernier s'est vu reconnu un tel pouvoir par les Parties⁶. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Cette situation me paraît tout à fait regrettable dans la mesure où elle a conduit le Tribunal à retenir une solution déraisonnable qui aurait dû être revue au regard des circonstances nouvelles grâce à une négociation de bonne foi entre les Parties. On eut pu espérer que, dans les relations entre deux pays voisins et amis, une telle négociation aurait été possible. On ne peut que regretter qu'elle n'ait pas eu lieu et souhaiter que les problèmes qui demeurent pendents entre les Parties et ceux qui pourraient surgir entre la France d'une part, l'Allemagne et la Suisse d'autre part, trouvent par ce processus une solution raisonnable.

(Signé) Gilbert Guillaume

⁶ Voir le deuxième rapport de Sir Humphrey Waldock à la Commission du droit international, *Annuaire de la Commission*, 1963, II, p. 84. Voir aussi Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, par. 270 et suiv.



Eritrea-Ethiopia Boundary Commission

Delimitation of the International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia

Central Sector
Map 14

Scale 1: 50,000

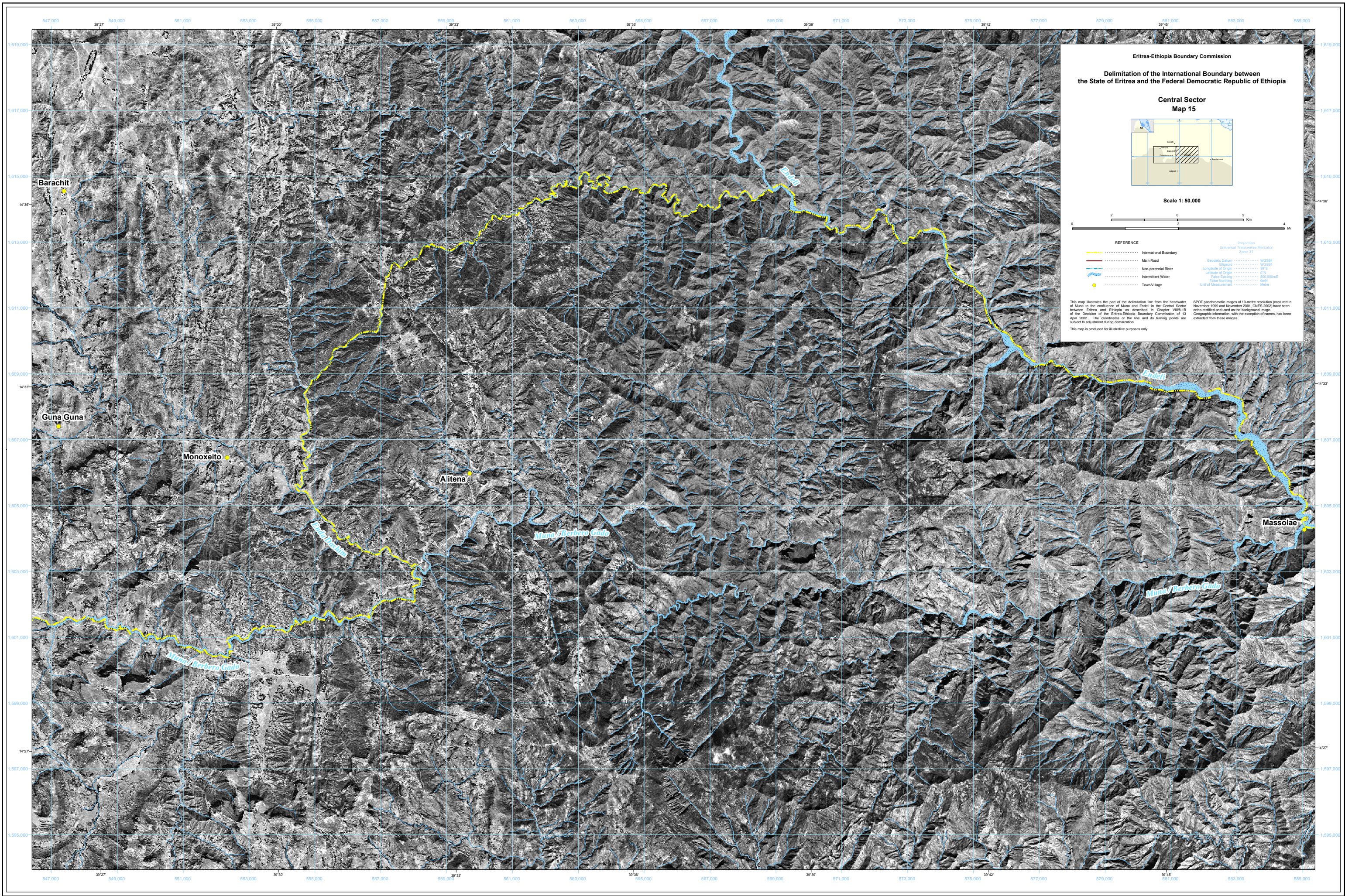
0 2 4 Km

REFERENCE		Projection	
	International Boundary	Universal Transverse Mercator	Zone 37
	Main Road	Geoidetic Datum	WGS84
	Non-perennial River	Ellipsoid	WGS84
	Intermittent Water	Latitude of Origin	3° E
	Town/Village	False Easting	500,000m
		False Northing	500,000m
		Unit of Measurement	Metre

This map illustrates the part of the delimitation line from the Beleso to the headwater of Muna in the Central Sector between Eritrea and Ethiopia as described in Chapter VIII.19 of the Decision of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission of 13 April 2002. The coordinates of the line and its turning points, are subject to adjustment during demarcation.

SPOT panchromatic images of 10-metre resolution (captured in November 1999 and November 2001, CNES 2002) have been orthorectified and used as the background image. Geographic information, with the exception of names, has been extracted from these images.

This map is produced for illustrative purposes only.



Eritrea-Ethiopia Boundary Commission

Delimitation of the International Boundary between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia

Central Sector
Map 15

Scale 1: 50,000

REFERENCE		Projection	
	International Boundary	Universal Transverse Mercator	Zone 37
	Main Road	Geoid's Datum	WGS84
	Non-perennial River	Ellipsoid	WGS84
	Perennial River	Latitude of Origin	0°N
	Intermittent Water	Longitude of Origin	39°E
	Town/Village	False Easting	500,000m
		False Northing	0m
		Unit of Measurement	Meter

This map illustrates the part of the delimitation line from the headwater of Muna to the confluence of Muna and Endel in the Central Sector between Eritrea and Ethiopia as described in Chapter VIII.18 of the Decision of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission of 13 April 2002. The coordinates of the line and its turning points are subject to adjustment during demarcation.

SPOT panchromatic images of 10-metre resolution (captured in November 1999 and November 2007, CNES 2002) have been ortho-rectified and used as the background image. Geographic information, with the exception of names, has been extracted from these images.

This map is produced for illustrative purposes only.