

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

Obligations de nature procédurale en vertu du statut — Question de savoir si l'Uruguay a violé ces obligations — Devoir d'informer la CARU des ouvrages projetés — Devoir de négocier de bonne foi — Question de savoir si les initiatives prises ou autorisées par l'Uruguay violent ces obligations — Eléments de preuve soumis à la Cour — Charge de la preuve — Critère d'établissement de la preuve — Relation entre experts, témoins et conseils — Obligations continues des Parties.

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Paragraphes</i> |
|---|--------------------|
| A. VIOLATION PAR L'URUGUAY DES OBLIGATIONS DE NATURE PROCÉDURALE LUI INCOMBANT EN VERTU DU STATUT | 2-23 |
| 1. Procédure instituée par les articles 7 à 12 du statut | 2-9 |
| 2. Non-respect, par l'Uruguay, de l'article 7 | 10-12 |
| 3. Absence de toute autre violation d'obligations de nature procédurale | 13-23 |
| B. QUESTIONS RELATIVES À LA PREUVE | 24-28 |
| 1. Critère d'établissement de la preuve | 25-26 |
| 2. Distinction entre experts, témoins et conseils | 27-28 |
| C. OBLIGATIONS CONTINUES DES PARTIES | 29 |

1. Je souscris à l'essentiel de l'arrêt rendu en la présente affaire et, en particulier, au traitement réservé à ce que je tiens pour la plus importante question posée à la Cour : celle de savoir si l'Uruguay a violé les obligations de fond lui incombant en vertu du statut du fleuve Uruguay. Je suis d'accord pour affirmer que, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, l'Argentine n'a pas établi l'existence d'une telle violation, et j'adhère au raisonnement développé par la Cour sur ce point. Je conviens également que l'Uruguay a violé les obligations de nature procédurale lui incombant en vertu du statut. Cependant, bien qu'ayant voté en faveur du point 1 du dispositif, j'estime que la violation ainsi commise est plus circonscrite que ne l'affirme la Cour dans son raisonnement. Dans cette opinion individuelle, je voudrais m'en expliquer brièvement. Je voudrais aussi ajouter quelques remarques au sujet des éléments de preuve que les Parties ont soumis à la Cour, de la manière dont celle-ci les a traités et du caractère continu des obligations que les Parties tiennent du statut.

A. VIOLATION PAR L'URUGUAY DES OBLIGATIONS DE NATURE
PROCÉDURALE LUI INCOMBANT EN VERTU DU STATUT

1. *Procédure instituée par les articles 7 à 12 du statut*

2. Les articles 7 à 12 du statut établissent un mécanisme de notification et de consultation, applicable dès lors que des « ouvrages [sont] suffisamment importants pour affecter la navigation, le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux ». Ce mécanisme opère suivant quatre étapes. Premièrement, la partie qui propose de construire les ouvrages, ou d'en autoriser la construction, est tenue d'en informer la CARU, laquelle doit déterminer sommairement si ces ouvrages peuvent causer un préjudice sensible à l'autre partie. Il est implicite, à l'article 7, que si la CARU conclut qu'ils n'en causeront pas, la procédure sera close et la partie intéressée pourra procéder aux travaux. C'est seulement au sens où la CARU peut rendre une décision sommaire favorable que l'on peut affirmer qu'elle « autorise » les travaux (bien que le statut ne décrive pas son rôle en ces termes).

3. Deuxièmement, si la CARU ne rend pas une décision favorable au titre de l'article 7 (soit parce qu'elle aura déterminé sommairement que les ouvrages peuvent causer un préjudice sensible, soit parce qu'elle n'aura pas été en mesure de rendre la moindre décision), l'alinéa 2) de l'article 7 impose à la partie à l'origine de la proposition de notifier le projet à l'autre partie par son intermédiaire. L'alinéa 3) de l'article 7 précise quelles informations doivent être fournies. En vertu de l'article 8, l'autre partie dispose alors d'un délai de cent quatre-vingts jours pour consentir, ou s'opposer, aux ouvrages projetés, délai qui peut être prorogé par la CARU. Selon l'article 9, si la partie destinataire de la notification n'a pas formulé d'objections passé cette période, l'autre partie peut procéder à la construction des ouvrages projetés ou autoriser celle-ci ; dans le cas contraire, les parties doivent passer à la troisième étape de la procédure.

4. Troisièmement, donc, si la partie ayant reçu la notification a objecté dans les cent quatre-vingts jours qui lui étaient impartis au titre de la deuxième étape de la procédure, les parties disposent, en vertu des articles 11 et 12, d'un nouveau délai de cent quatre-vingts jours pour parvenir à un accord. Il est implicite dans le statut que, dans le cadre de cette troisième étape, chacune des parties est tenue de négocier de bonne foi en vue d'aboutir à un tel accord.

5. Quatrièmement, enfin, l'article 12 stipule que, si les parties n'aboutissent pas à un accord dans le délai de cent quatre-vingts jours prévu au titre de la troisième étape, «la procédure indiquée au chapitre XV est applicable». Or, cette dernière disposition n'est pas sans certaines implications. Le chapitre XV, en effet, ne contient qu'une disposition — l'article 60 —, qui confère à la Cour compétence pour connaître de différends concernant l'interprétation ou l'application du statut: il est donc clair que, faute d'accord, la question peut être soumise à la Cour. Mais l'article 60 ne donne à la Cour compétence que pour régler les différends concernant l'interprétation ou l'application du statut et du traité — qui lui est antérieur — de 1973; dès lors, si une partie introduit une instance faute d'être parvenue à l'accord visé dans le cadre de la troisième étape de la procédure, la Cour devra déterminer si les ouvrages projetés contreviendront, en cas de réalisation, à l'une quelconque des obligations de fond prévues par le statut. C'est ici qu'apparaît clairement un lien entre les obligations de nature procédurale énoncées aux articles 7 à 12 et les normes relatives au fond contenues dans d'autres dispositions (tout particulièrement, l'alinéa *a*) de l'article 41).

6. Deux autres remarques s'imposent. La première est que la procédure est essentiellement conçue pour aboutir à un accord entre les deux parties. Le rôle de la CARU est secondaire. Si la commission fournit le mécanisme par lequel s'effectueront la notification et la transmission d'informations, son rôle en matière décisionnelle se limite à rendre la décision sommaire prévue à l'article 7. Si cette décision est négative, la deuxième étape de la procédure entre en jeu, et la question devient l'objet de négociations bilatérales entre les parties. Lors de cette deuxième phase de la procédure, la CARU n'a d'autre rôle que de servir de voie de communication et de décider de l'opportunité d'accorder une prorogation de délai en vertu de l'alinéa 4) de l'article 8. Dans la troisième étape, c'est de même aux parties qu'il revient de négocier directement entre elles.

7. Ce n'est que si la CARU rend une décision sommaire favorable (autrement dit, si elle détermine que le projet ne causera pas de préjudice sensible à l'autre partie) que cette décision pourra avoir un effet quant au fond. Car la décision de la CARU aura alors pour conséquence de clore la procédure, laissant l'Etat d'origine du projet libre de procéder aux travaux. Toutefois, il convient de rappeler que, même à cet égard, la CARU fonctionne sur la base d'un consensus entre les deux parties. Aux termes de l'article 55 du statut, les délégations de l'Argentine et de l'Uruguay disposent chacune d'une voix. En l'absence de mécanisme permettant de sortir d'une éventuelle impasse, la CARU ne peut prendre de décision

que si les deux délégations (et donc, les deux Etats) sont d'accord. Il s'ensuit qu'elle ne peut rendre de décision sommaire favorable sur les ouvrages que se propose d'entreprendre une partie si l'autre partie s'y oppose. La procédure établie par les articles 7 à 12 en matière de consentement et de négociation est donc fondamentalement plus bilatérale qu'institutionnelle (même si d'autres aspects du rôle de la CARU — en particulier en ce qui concerne la surveillance — ont davantage un caractère institutionnel).

8. La seconde considération est que les obligations de nature procédurale énoncées aux articles 7 à 12 ne confèrent à aucune des parties de droit de veto. Si la partie désireuse de réaliser les ouvrages ne peut obtenir l'accord (ou tout au moins l'assentiment) de l'autre partie (que ce soit au stade de la première étape, dans le cadre de la procédure sommaire prévue à l'article 7, de la deuxième, ou encore de la troisième étape de la procédure globale), elle peut néanmoins entreprendre la construction. Ce faisant, elle n'empêchera pas les dispositions de nature procédurale, mais s'exposera au risque de voir l'autre partie saisir la Cour en vertu de l'article 60, et celle-ci conclure que les ouvrages en question violent les dispositions de fond du statut, en lui imposant soit de rétablir le *statu quo* soit de verser des dommages-intérêts.

9. Qualifier ces dispositions de procédurales ne doit pas être interprété comme revenant d'une quelconque façon à en diminuer l'importance. Au contraire, ces dispositions constituent un élément important du système visant à assurer l'utilisation rationnelle et optimale des ressources du fleuve, par la coopération entre les parties. Une violation de ces obligations de nature procédurale est donc chose grave. Qui plus est, si les parties peuvent convenir de déroger à l'intégralité ou à certaines des procédures spécifiées aux articles 7 à 12, il n'est loisible ni à l'une ni à l'autre de s'en affranchir unilatéralement ou de les déclarer inapplicables.

2. *Non-respect, par l'Uruguay, de l'article 7*

10. En l'espèce, je souscris à l'affirmation de la Cour selon laquelle l'Uruguay n'a pas informé la CARU des ouvrages qu'il se proposait d'entreprendre au moment où l'alinéa 1) de l'article 7 du statut lui imposait de ce faire. Selon moi, la partie qui se propose de réaliser des ouvrages est tenue d'en informer la CARU dès lors que deux conditions sont remplies. Premièrement, la partie intéressée doit être en possession des informations requises pour permettre à la CARU de procéder à l'évaluation sommaire prévue à l'alinéa 1) de l'article 7. Cette évaluation est bien plus limitée que ne l'est celle visée à l'alinéa 3) de ce même article, puisque, si cette dernière vise l'effet *probable* des ouvrages projetés, l'alinéa 1) prescrit uniquement de déterminer si ceux-ci «peu[vent] causer un préjudice sensible à l'autre partie» — et ne concerne, autrement dit, que l'effet *possible* des travaux. En outre, l'évaluation prévue à l'alinéa 1) de l'article 7 doit être réalisée dans un délai de trente jours seulement: elle nécessite donc moins d'informations que celle visée à l'alinéa 3) de l'article 7, et

ces informations, en outre, pourront être disponibles à un stade plus précoce du processus de planification. Deuxièmement, une partie ne saurait être tenue d'informer la CARU de l'ouvrage qu'elle se propose de construire tant qu'elle n'a pas prévu de procéder à sa construction; en d'autres termes, elle doit avoir conçu le dessein, fût-il éphémère, de voir l'ouvrage dépasser l'état de projet. Une fois ces deux conditions remplies, cette partie a l'obligation d'informer la CARU des ouvrages projetés conformément à l'alinéa 1) de l'article 7.

11. Je conviens que ce stade a été atteint dans le cas du projet CMB (ENCE) comme du projet Orion (Botnia) avant que l'Argentine et l'Uruguay ne s'accordent à entamer des discussions bilatérales et que, pour autant, l'Uruguay n'a pas informé la CARU. L'Uruguay a donc violé les obligations lui incombant en vertu de l'alinéa 1) de l'article 7 du statut.

12. Je conviens également que l'Uruguay a violé son obligation de notifier les projets à l'Argentine conformément aux alinéas 2) et 3) de l'article 7. La Cour conclut, au paragraphe 121 de son arrêt, que l'Uruguay a violé ces dispositions parce qu'il a, dans chacun des deux cas, délivré les autorisations environnementales préalables avant de communiquer à l'Argentine les informations requises en vertu de l'alinéa 3) de l'article 7. S'agissant de l'usine Orion (Botnia), il a accordé cette autorisation quelque six mois avant de commencer à transmettre lesdites informations. Or, l'octroi d'une autorisation environnementale préalable présuppose — si l'Etat intéressé applique en toute conscience les prescriptions du statut — que l'Etat en question est, au moment où il délivre cette autorisation, en possession des informations dont il a besoin pour pouvoir réaliser une évaluation de l'effet probable sur l'environnement des ouvrages projetés. C'est donc avant ce moment que le devoir de notifier le projet à l'autre partie trouve à s'appliquer.

3. Absence de toute autre violation d'obligations de nature procédurale

13. Je suis en désaccord, en revanche, avec la conclusion exposée aux paragraphes 143 à 150 de l'arrêt, selon laquelle l'Uruguay a violé les obligations lui incombant en vertu du statut en prenant certaines mesures tendant à autoriser des travaux relatifs aux deux usines avant la fin de la troisième étape — celle des négociations — de la procédure prévue aux articles 7 à 12. Certes, il ne saurait faire de doute que le statut limite, au cours de cette étape, les initiatives qu'une partie est en droit de prendre à l'égard des ouvrages qu'elle se propose de réaliser. Premièrement, l'article 9 stipule que, «[s]i la partie notifiée ne formule pas d'objections ou ne répond pas dans le délai prévu à l'article 8, l'autre partie peut construire ou autoriser la construction de l'ouvrage projeté». Il en découle implicitement que la partie en question ne peut procéder à la construction de l'ouvrage projeté, ou autoriser celle-ci, avant l'expiration du délai fixé à l'article 8 (deuxième étape) ou, si la partie destinataire de la notification formule des objections dans ce délai, avant la fin de celle réservée aux

négociations prévues aux articles 11 et 12 (troisième étape). Deuxièmement, comme le relève la Cour, les parties ont le devoir de négocier de bonne foi pendant la troisième étape de la procédure, et une partie qui prendrait des initiatives en vue de construire les ouvrages projetés ou d'en autoriser la construction tandis que les négociations dont ceux-ci font l'objet sont en cours pourrait se trouver manquer à ce devoir. Je reviendrai tour à tour sur ces deux limitations.

14. Pour bien comprendre la portée de l'interdiction implicitement contenue à l'article 9, il est nécessaire de tenir compte de l'objet des procédures définies aux articles 8 à 12. Celles-ci visent à garantir qu'une partie au statut ne procédera pas à la construction d'ouvrages ayant pour effet probable de causer un préjudice sensible (notion définie ailleurs dans le statut) à la navigation, au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux, sans avoir au préalable suivi le processus d'information et de négociation prescrit par le statut. Que cette partie prenne des initiatives qui auraient elles-mêmes un tel effet tandis que le processus suivrait son cours irait à l'encontre de ce but. La restriction implicitement contenue à l'article 9 vise à empêcher une telle situation. Toutefois, certaines activités préalables — défricher le site retenu, niveler le terrain ou encore préparer les fondations, par exemple — ne risquent guère, en elles-mêmes, de porter atteinte à la navigation, au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux et, dès lors, je ne vois pas en quoi ce serait aller à l'encontre de l'objet de cette partie du statut que de les entreprendre. Du reste, de telles activités ne seront naturellement pas assimilées à une « construction » de l'ouvrage projeté, ce terme de « construction » désignant une opération autrement plus importante et complète. Si la partie qui les engage court certes le risque de voir ces activités réalisées en pure perte si les ouvrages qu'elle se propose de construire ne voient au bout du compte jamais le jour, le fait de les entreprendre n'est pas, en soi, constitutif d'une violation du statut.

15. L'obligation implicite de ne pas « autoriser la construction de l'ouvrage projeté » doit, selon moi, se comprendre de la même façon. Ainsi que le montre l'histoire de l'usine Orion (Botnia), le processus d'autorisation suppose fréquemment nombre d'étapes différentes. Ce que l'article 9 me semble interdire, au cours de la deuxième et de la troisième étape de la procédure définie par le statut, c'est le fait d'autoriser la mise en chantier effective de l'ouvrage projeté. Cela exclurait, une fois de plus, l'autorisation de procéder à des travaux préparatoires, dès lors que ceux-ci n'impliqueraient eux-mêmes aucun risque de voir causés l'un ou plusieurs des effets visés par le statut.

16. Deuxièmement, le devoir de négocier de bonne foi, comme le soulignent les paragraphes 145 et 146 de l'arrêt, est solidement ancré dans le droit international général. S'il n'emporte pas l'obligation de voir les négociations aboutir à une issue donnée, il impose néanmoins aux parties de se comporter de telle manière que ces négociations aient un sens (*Platteau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85). A propos des négociations prévues à

l'article 12 du statut, je fais mienne la considération exposée au paragraphe 147 de l'arrêt, selon laquelle

[l]e mécanisme de coopération prévu par les articles 7 à 12 du statut de 1975 n'aurait pas de sens ... si la partie d'origine de l'activité projetée autorisait celle-ci ou la mettait en œuvre sans attendre que ce mécanisme soit mené à son terme. En effet, si tel était le cas, les négociations entre les parties n'auraient plus d'objet.»

Toutefois, je n'admets pas que le fait de procéder à des travaux préparatoires, comme ceux consistant à défricher le site envisagé pour la construction d'une usine, revienne à «mettre en œuvre» l'activité projetée. La conclusion, au paragraphe 148 de l'arrêt, selon laquelle de tels travaux font «partie intégrante de la construction des usines projetées», et doivent en conséquence être tenus pour incompatibles avec le devoir de négocier de bonne foi, est injustifiée. Si les deux parties négociant de bonne foi, elles pourront, éventuellement, s'accorder sur la construction des ouvrages projetés (le cas échéant, avec les aménagements requis). En outre, dans l'hypothèse où les négociations n'aboutiraient pas à un accord dans le délai prescrit (cent quatre-vingts jours) — et comme il ressort clairement des paragraphes 151 à 158 de l'arrêt —, la partie qui a proposé la construction des ouvrages peut passer à l'acte, étant entendu qu'elle s'expose alors à voir l'autre partie saisir la Cour et celle-ci conclure que les ouvrages violent les dispositions de fond du statut. Selon moi, une partie peut mener de bonne foi des négociations qui ont un sens tout en prenant, en amont, certaines initiatives afin d'être à même de procéder à la construction dans l'hypothèse où les négociations aboutiraient à un accord à cet effet ou, au contraire, ne permettraient pas aux parties de s'entendre dans le délai imparti. Prendre de telles initiatives n'est pas, en soi, contraire au devoir de négocier de bonne foi. Ce n'est que dans le cas où l'ensemble de l'historique de ces négociations révélerait que la partie intéressée n'avait pas l'intention de mener des négociations qui aient un sens que la Cour serait fondée à conclure à un manquement à ce devoir.

17. La question est donc de savoir si les activités autorisées par l'Uruguay avant la fin de la période de négociation étaient contraires à l'interdiction implicitement contenue à l'article 9 ou au devoir de négocier de bonne foi. Or, selon moi, elles ne l'étaient pas.

18. En ce qui concerne l'usine CMB (ENCE), la construction n'a jamais eu lieu. Ni l'autorisation environnementale préalable, délivrée le 9 octobre 2003, ni l'approbation du plan de gestion environnementale, intervenue le 28 novembre 2005, ne constituaient une autorisation de «construire» l'ouvrage projeté. L'autorisation environnementale préalable n'était pas une autorisation de bâtir l'usine. D'autres permis étaient requis avant une éventuelle mise en chantier. Le long processus suivi dans le cas de l'usine Orion (Botnia), projet qui — à la différence de celui de l'usine CMB (ENCE) — fut mené à terme, illustre bien le nombre d'autorisations supplémentaires requises de l'Uruguay avant que la construc-

tion de l'usine elle-même ne pût commencer. L'approbation donnée le 28 novembre 2005, qui concernait exclusivement le défrichement et le nivellement du terrain, ne revenait pas (ainsi qu'il ressort clairement du paragraphe 36 de l'arrêt) à autoriser la construction. Selon moi, les activités autorisées par l'Uruguay étaient de portée trop restreinte pour constituer une violation de l'article 9 ou une preuve que l'Uruguay ne menait pas les négociations de bonne foi.

19. La situation est plus compliquée en ce qui concerne l'usine Orion (Botnia). Je souscris à l'appréciation exprimée par la Cour aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt selon laquelle, en créant d'un commun accord le Groupe technique de haut niveau (GTAN), l'Argentine et l'Uruguay visaient à instituer un mécanisme destiné à permettre la tenue des négociations prescrites à l'article 12 du statut. Les échanges intervenus par la suite au sein du GTAN relevaient donc de la troisième étape de la procédure précisée au paragraphe 4 ci-dessus. Je conviens également que, en établissant ce mécanisme, l'Argentine n'a ni consenti à la construction de l'usine ni renoncé aux autres droits de nature procédurale qu'elle tenait du statut. En revanche, je ne suis pas d'accord pour affirmer que les initiatives prises par l'Uruguay à l'égard de l'usine Orion (Botnia) pendant le déroulement des négociations au sein du GTAN étaient constitutives d'une violation de l'article 9 ou du devoir de négocier de bonne foi en vertu de l'article 12 du statut.

20. L'autorisation environnementale préalable pour l'usine, délivrée le 14 février 2005, n'était pas une autorisation de construire et elle était antérieure à la création du GTAN. Puisque l'Argentine avait parfaitement connaissance de cette autorisation lorsqu'elle a accepté la création de ce dernier, il est évident qu'elle ne voyait pas dans sa délivrance un obstacle à la tenue de négociations qui aient un sens. De même, l'approbation du plan de gestion environnementale, donnée le 12 avril 2005, ne concernait que des travaux préparatoires et était, là encore, antérieure à l'accord portant création du GTAN en tant que mécanisme de négociation.

21. L'Uruguay prit ensuite deux initiatives portant davantage à conséquence. Le 5 juillet 2005, il autorisa la construction d'un port adjacent au site envisagé pour celle de l'usine. Cette mesure intervint après la création du GTAN, mais avant la première des douze réunions tenues dans le cadre du processus mené sous les auspices de celui-ci, laquelle eut lieu le 3 août 2005. Si elle n'augurait pas forcément bien de l'avenir de ce processus, c'est l'usine — et non le port — qui était controversée, et je ne pense pas que cette mesure ait constitué une violation de l'article 9 ou du devoir de négocier de bonne foi. Plus notable fut l'approbation, le 22 août 2005, de la construction d'une cheminée et des fondations en béton de l'usine. Cette mesure, si elle fit faire à Botnia un grand pas en avant sur la voie de la mise en chantier de l'usine, était toujours loin de constituer une autorisation de construire l'ouvrage dans son ensemble. Même une fois achevés tous les travaux approuvés dans ce cadre, l'essentiel de la construction restait à faire, et plusieurs autres autorisations

restaient à obtenir. Qui plus est, les activités approuvées le 22 août 2005 n'emportaient pas elles-mêmes de risques d'atteinte au milieu aquatique.

22. L'autorisation de construire l'usine elle-même, accordée par l'Uruguay le 18 janvier 2006, est d'une tout autre nature, et aurait pu emporter violation de l'article 9 et du devoir de négociier de bonne foi si elle avait été délivrée avant l'expiration du délai de cent quatre-vingts jours prévu pour les négociations. Or, elle ne l'a pas été. Certes, comme l'a fait valoir l'Argentine, la première réunion du GTAN n'a eu lieu que le 3 août 2005, de sorte que, si le délai de cent quatre-vingts jours visé à l'article 12 du statut n'avait commencé de courir qu'à cette date, il se serait achevé le 30 janvier 2006 (date de la tenue de la dernière réunion du GTAN). Toutefois, le processus du GTAN avait en réalité été mis en place par les deux ministères des affaires étrangères le 31 mai 2005 (à la suite d'un accord de principe intervenu entre les deux présidents le 3 mai 2005). Le communiqué de presse publié à cette date par les ministères des affaires étrangères, qui consigne leur accord, précisait expressément que le GTAN devait établir son rapport dans un délai de cent quatre-vingts jours (soit le laps de temps prévu à l'article 12 du statut), ce qui tend fortement à indiquer que ce délai de cent quatre-vingts jours était censé commencer à courir à la date de l'accord, et non à celle (encore indéterminée) de la première réunion du GTAN. Si l'on se réfère à la date de la création du GTAN, le délai de cent quatre-vingts jours était venu à terme avant la délivrance de l'autorisation de construire l'usine. En outre, quand bien même cette interprétation serait erronée, le 14 décembre 2005, le ministère argentin des affaires étrangères remit à l'ambassadeur de l'Uruguay une note diplomatique dans laquelle, en indiquant que les négociations n'avaient pas permis d'aboutir à un accord et que, dès lors, un différend existait entre les deux Etats, il ouvrait la voie au processus prévu à l'article 60 du statut (autrement dit la saisine de la Cour). A la lumière de cette communication, il est clair que, pour l'Argentine, les négociations étaient dans l'impasse. L'autorisation de construire accordée par l'Uruguay le 18 janvier 2006 ne saurait, dès lors, être réputée avoir sapé un processus de négociation dont l'autre partie avait déjà conclu à l'échec.

23. Dans ces circonstances, je ne peux faire mienne la conclusion à laquelle est parvenue la Cour (au paragraphe 149 de l'arrêt), selon laquelle, «en autorisant la construction des usines ainsi que du terminal portuaire de Fray Bentos avant la fin de la période de négociation, l'Uruguay n'a pas respecté l'obligation de négocier prévue à l'article 12 du statut».

B. QUESTIONS RELATIVES À LA PREUVE

24. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir que l'Uruguay a violé

les dispositions de fond du statut. J'adhère de même au raisonnement en ce qui concerne la charge de la preuve. La nature de la présente affaire et des obligations prescrites par le statut ne change rien au principe fondamental selon lequel, dans une affaire soumise à la Cour, la charge de prouver tout fait allégué incombe à la partie qui avance ce fait. Je m'associe en outre pleinement à l'analyse que fait la Cour des éléments de preuve qui lui ont été soumis et approuve de même la manière dont elle a procédé à l'appréciation de ces éléments. Sur ce dernier point, je partage les vues exprimées par le juge Keith dans son opinion individuelle. Je voudrais simplement ajouter deux brèves remarques à propos de questions relatives à la preuve.

1. Critère d'établissement de la preuve

25. Premièrement, si je souscris au propos de la Cour en ce qui concerne la charge de la preuve, il me semble aussi important de prendre en compte le critère d'établissement de la preuve, c'est-à-dire ce qu'une partie doit faire pour s'acquitter de la charge de la preuve lorsque cette charge lui incombe. Les cours et tribunaux internationaux ont, à cet égard, évité la distinction entre domaines pénal et civil qui existe en *common law* (dans le cadre de laquelle la preuve doit être établie au-delà de tout doute raisonnable en matière pénale, tandis qu'en matière civile l'on retiendra l'hypothèse paraissant la plus probable après appréciation de l'ensemble des éléments de preuve). La Cour, toutefois, a indiqué dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 129-130, par. 208-210) que des allégations mettant en cause un comportement aussi grave que le génocide requéraient d'être «prouvé[es] avec un degré élevé de certitude, à la mesure de [leur] gravité» (*ibid.*, par. 210). Il en ressort, implicitement, qu'un critère d'établissement de la preuve moins rigoureux peut être retenu dans le cas d'autres allégations, d'une gravité moindre.

26. La présente affaire me semble précisément être de celles qui appellent un critère d'établissement de la preuve moins strict. Si les allégations selon lesquelles un Etat a violé des obligations lui incombant en matière environnementale en vertu d'un traité relatif à un cours d'eau commun sont indubitablement graves, elles sont d'un autre ordre que celles avancées dans le cadre de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*. En outre, la nature des différends relatifs à l'environnement est telle que l'application d'un critère d'établissement de la preuve plus élevé aurait pour effet de placer un Etat dans la quasi-impossibilité de s'acquitter de la charge de la preuve. En conséquence, j'estime que l'Argentine n'était tenue d'établir les faits qu'elle avançait qu'en termes de probabilité la plus forte (on parle parfois de prééminence de la preuve). Je conviens, toutefois, qu'elle ne l'a pas fait.

2. *Distinction entre experts, témoins et conseils*

27. Deuxièmement, je voudrais qu'il soit pris note de ce que je souscris entièrement aux remarques formulées au paragraphe 167 de l'arrêt au sujet de la pratique qui consiste, pour des personnes déposant devant la Cour (sur la base, en l'occurrence, de leurs recherches, observations et connaissances scientifiques), à se présenter à la barre en qualité de conseils. Cette distinction entre *déposition* d'un témoin ou expert et *plaidoyer* d'un conseil est indispensable au bon déroulement de la procédure contentieuse devant la Cour (de même que devant d'autres cours et tribunaux). Témoins et experts ont, à l'égard de la Cour, un devoir dont la déclaration prescrite par l'article 64 du Règlement est l'expression. Les obligations d'une personne intervenant en qualité de conseil sont tout à fait différentes. En outre, une personne invitée à déposer — que ce soit en qualité d'expert, de témoin ou à ces deux titres à la fois — peut être interrogée par la partie adverse et par la Cour. Qu'une personne appelée à traiter de faits relevant de ses connaissances propres ou à exposer son avis d'expert sur des données scientifiques intervienne devant la Cour en qualité de conseil revient à contourner ces dispositions du Règlement et, pour reprendre les mots de sir Arthur Watts, à brouiller de manière inadmissible la distinction entre déposition et plaidoyer (Arthur Watts, «Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement», in J. A. Frowein et R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, p. 29-30). Le problème se pose avec une acuité toute particulière lorsque, comme c'est le cas en la présente affaire, certaines des personnes se présentant à la barre en qualité de conseils ont participé activement et de très près à l'établissement de rapports scientifiques versés au dossier soumis à la Cour. Qu'en l'espèce de telles personnes se soient exprimées en qualité de conseils, au lieu de déposer en qualité de témoins ou experts, a été non seulement problématique pour la Cour mais encore injuste envers la Partie adverse.

28. En la présente affaire, toute injustice a néanmoins été tempérée par le fait que les deux Parties ont agi de la même façon. La question de principe n'en demeure pas moins posée, et je suis heureux que la Cour ait indiqué sans équivoque que cette pratique ne devait pas se répéter.

C. OBLIGATIONS CONTINUES DES PARTIES

29. Les cours et tribunaux sont forcément appelés la plupart du temps à s'intéresser à des événements du passé. En la présente affaire, la Cour a conclu que, par son comportement, jusqu'à ce jour, l'Uruguay avait violé les obligations de nature procédurale lui incombant en vertu du statut, mais non ses obligations de fond, et estimé que la constatation de la violation des obligations de nature procédurale était le seul remède qu'il lui était indiqué d'accorder. Il faut, toutefois, bien comprendre que la Cour ne déclare pas, ce faisant, la question close. Le statut impose aux deux

Parties d'importantes obligations revêtant un caractère continu (sur lesquelles la Cour a appelé l'attention au paragraphe 266 de son arrêt). L'Uruguay a l'obligation continue, en vertu de l'article 41 du statut, d'empêcher la pollution du fleuve Uruguay et, pour ce faire, de maintenir un système de surveillance et de contrôle strict de tous les effluents rejetés par l'usine Orion (Botnia). Les deux Parties ont le devoir de coopérer, dans le cadre de la CARU, laquelle a elle-même un rôle important à jouer en matière tant de fixation de normes que de surveillance. Le statut adopté par les Parties en 1975 était un instrument remarquablement prospectif. En avance sur son temps à bien des égards, il témoigne de la détermination des deux Etats à protéger un milieu aquatique revêtant, pour l'un comme pour l'autre, une très grande importance. Comme l'a fait remarquer la Cour au paragraphe 281 de son arrêt, jusqu'à l'introduction de la présente affaire, le mécanisme créé par le statut avait bien fonctionné et sa saisine ne s'était jamais imposée. Les Parties ont le devoir de coopérer pour veiller à ce que ce mécanisme continue à l'avenir de bien fonctionner.

(Signé) Christopher GREENWOOD.
