

OPINION DISSIDENTE COMMUNE
DE MM. LES JUGES AL-KHASAWNEH ET SIMMA

[Traduction]

La méthode que la Cour a suivie pour apprécier les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été présentés est erronée — Nous ne sommes pas en mesure d'évaluer les éléments de preuve présentés par l'une ou l'autre des Parties quant à l'existence d'une violation du statut de 1975 — Les affaires dans lesquelles les données factuelles sont abondantes et qui ont une dimension scientifique complexe exigent que la Cour ne se cantonne pas dans ses méthodes traditionnelles d'établissement des faits — La Cour aurait dû user pleinement des diverses possibilités que lui offrent le Statut et le Règlement — La Cour aurait dû soit nommer ses propres experts, soit soumettre à un contre-interrogatoire les experts désignés par les Parties — L'interaction avec des experts agissant en qualité de conseils prive la Cour de la possibilité d'examiner pleinement les faits qui lui sont présentés — Le recours à des « experts fantômes » par la Cour n'est pas une pratique acceptable dans des différends ayant une dimension scientifique complexe — D'autres organes internationaux de règlement des différends ont eu recours à l'expertise scientifique d'une manière plus convaincante — La Cour a interprété son rôle dans la présente espèce de manière extrêmement restrictive, puisque le statut de 1975 lui aurait permis de suivre une approche prospective, de se livrer à une évaluation approfondie du risque et d'adopter une logique de prévention et non de réparation — Cette logique s'impose particulièrement dans les différends ayant trait à l'environnement — La Cour n'a pas compris le caractère novateur du statut de 1975 — La Cour n'a pas davantage tiré les conclusions appropriées du lien entre les obligations de nature procédurale et les obligations de fond — En résumé, la Cour n'a pas su saisir une occasion exceptionnelle de démontrer sa capacité d'aborder les différends scientifiquement complexes de manière résolument moderne.

1. Le présent différend opposant l'Argentine à l'Uruguay porte sur un problème pressant de notre époque, à savoir la protection de l'environnement et de la santé humaine. L'affaire est remarquable: il y a trente-cinq ans, deux Etats conclurent un traité complet et très novateur pour l'époque, visant à régler la gestion de l'écosystème complexe d'un fleuve, en prévoyant notamment des obligations de prendre des mesures pour empêcher la pollution de cet écosystème. Ils contractèrent des obligations spécifiques de coopération et d'information réciproque au sujet de toute activité projetée par eux et pouvant avoir des incidences sur la ressource naturelle partagée qui constitue leur frontière commune, le fleuve Uruguay. Or, trente ans plus tard, l'un des deux Etats a décidé d'agir comme si le traité en cause n'avait jamais été conclu. Au mépris des obligations procédurales découlant pour lui du statut de 1975, l'Uruguay a autorisé la construction d'un ouvrage de grande ampleur situé précisément au sein de l'écosystème de ce fleuve. L'arrêt de la Cour carac-

térise la violation commise par l'Uruguay dans les termes les plus clairs et nous adhérons sans réserve au paragraphe 1 du dispositif de son arrêt, où elle a jugé que l'Uruguay avait manqué à ses obligations de notification et d'information.

I. UNE OCCASION MANQUÉE D'ABORDER L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE
DE MANIÈRE VÉRITABLEMENT MODERNE

2. Si nous souscrivons à la conclusion figurant dans l'arrêt de la Cour selon laquelle l'Uruguay a manqué à ses obligations de nature procédurale, nous ne pouvons en revanche nous rallier au paragraphe 2 du dispositif de l'arrêt et avons en conséquence voté contre ce texte. Comme nous l'expliquerons dans la présente opinion dissidente, les méthodes suivies par la Cour pour apprécier les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été présentés par les Parties sont erronées. La Cour n'a pas emprunté la voie qu'elle aurait dû suivre en présence de faits scientifiques contestés. Elle s'est abstenue d'user des possibilités prévues par son Statut et n'a donc pas procédé comme il aurait fallu le faire pour trouver un fondement lui permettant d'appliquer le droit aux faits avec le maximum de certitude scientifique possible dans une procédure juridictionnelle. Pour cette raison, face aux résultats d'une méthode défectueuse d'établissement des faits scientifiques, nous ne pouvons souscrire à l'affirmation selon laquelle «la République orientale de l'Uruguay n'a pas manqué aux obligations de fond lui incombant en vertu des articles 35, 36 et 41 du statut du fleuve Uruguay de 1975». Les éléments de preuve présentés par l'Uruguay pour parvenir à ce résultat n'ont pas été traités *lege artis* par la Cour, pas plus que les éléments de preuve produits par l'Argentine et tendant à ce que la Cour arrive à la conclusion opposée. Dès lors, en toute logique, nous n'avons d'autre choix que de joindre à l'arrêt une opinion dissidente.

3. La présente espèce, dans laquelle les données factuelles sont exceptionnellement abondantes, diffère de la plupart des affaires portées devant la Cour et soulève d'importantes questions quant au rôle que les preuves scientifiques peuvent jouer devant une juridiction internationale. Les méthodes traditionnelles d'appréciation des preuves sont insuffisantes pour permettre de se prononcer sur l'importance de faits techniques et scientifiques d'une telle complexité. Pourtant, la Cour a déclaré de manière laconique, au paragraphe 168 de son arrêt :

«il ... incombe [à la Cour], au terme d'un examen attentif de l'ensemble des éléments soumis par les Parties, de déterminer quels faits sont à prendre en considération, d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées».

La Cour s'en est tenue à ses méthodes traditionnelles d'appréciation et d'évaluation des éléments de preuve pour arriver à la conclusion énoncée au paragraphe 2 du dispositif. Elle était saisie d'une affaire portant sur le

droit international de l'environnement qui avait un caractère exemplaire — qui constituait pour ainsi dire un cas d'école de pollution transfrontière alléguée. Mais l'approche qu'elle a suivie dans cette affaire ne fera que renforcer les doutes de la communauté juridique internationale sur sa capacité, en tant qu'institution, à aborder des questions scientifiques complexes (cf. S. Rosenne, «Fact-Finding before the International Court of Justice», dans *Essays on International Law and Practice*, 2007, p. 235 et 250; A. Riddell et B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, 2009, p. 353; C. M. Schofield et C. H. Carleton, «Technical Considerations in Law of the Sea Dispute Resolution», dans A. G. Oude Elferink et D. R. Rothwell (dir. publ.), *Oceans Management in the 21st Century*, 2004, p. 251 et 252). Le règlement de différends dans lesquels il est indispensable que les questions scientifiques soient examinées par des experts, comme celui que la Cour devait trancher en l'espèce, suppose une imbrication du processus juridique avec des connaissances et des compétences techniques ne pouvant émaner que d'experts dûment formés pour évaluer la nature de plus en plus complexe des faits soumis à la Cour (cf. C. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, à paraître, 2010, chap. 2). Pour cette raison, nous nous efforcerons, dans cette opinion dissidente, d'expliquer les raisons pour lesquelles nous n'avons pu suivre la Cour sur cette voie.

4. La Cour à elle seule n'est pas en mesure d'apprécier de manière adéquate des éléments scientifiques complexes du type de ceux qui lui ont été présentés par les Parties. Pour ne citer que quelques exemples en rapport avec la présente espèce, une juridiction n'est pas à même d'apprécier sans l'assistance d'experts des affirmations portant sur la question de savoir si l'utilisation d'un modèle bidimensionnel ou tridimensionnel constitue la meilleure pratique, voire une pratique appropriée, pour l'évaluation de l'hydrodynamique d'un fleuve, ou sur le rôle qu'un profileur de courant à effet Doppler peut jouer dans le cadre d'une telle évaluation. De même, sans le concours d'experts, la Cour, comme n'importe quelle juridiction non spécialisée, n'est pas en mesure d'examiner les effets de la décomposition des éthoxylates de nonylphénol, la liaison des sédiments au phosphore, les causes possibles d'une prolifération d'algues, ou encore les incidences de diverses substances sur la santé de divers organismes vivant dans le fleuve Uruguay. Nul ne contestera sans doute que la mission d'une juridiction n'est pas de donner une appréciation scientifique des faits, mais est d'apprécier les prétentions que les parties ont fait valoir devant elle et de décider si elles sont suffisamment fondées pour établir la violation d'une obligation juridique.

5. Or, ce faisant, la Cour est appelée à «apprécier la pertinence et le poids des éléments de preuve présentés dans la mesure où cela est nécessaire pour statuer sur les questions qu'elle estime essentiel de trancher» (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920-2005*, vol. III, 4^e éd., 2006, p. 1039). Ainsi, c'est la méthode suivie par la Cour dans la présente affaire qui est problématique. La Cour s'est

contentée en l'espèce d'entendre les arguments des Parties et de poser quelques questions de pure forme avant de se retirer pour délibérer en chambre du conseil, pour n'apporter finalement que des réponses succinctes et formalistes à la question de savoir s'il y avait eu violation de l'obligation de fond d'empêcher la pollution, consacrée à l'article 41 du statut de 1975. Dans plusieurs paragraphes de l'arrêt, la Cour déclare soit qu'elle «n'estime pas nécessaire» ou qu'elle «n'est pas à même» de tirer certaines conclusions (par. 213 et 228), soit qu'«aucun élément de preuve ne vient [clairement] à l'appui de» certaines prétentions (par. 225, 239 et 259), que certains faits «n'[ont] ... pas été établi[s] à la satisfaction de la Cour» (par. 250) ou que les éléments de preuve «ne viennent pas étayer les allégations» (par. 257) selon lesquelles l'Uruguay aurait manqué à ses obligations en vertu du statut de 1975. En d'autres termes, la Cour a appliqué les règles traditionnelles en matière de charge de la preuve en obligeant l'Argentine à étayer des thèses relatives à des questions que la Cour, en tant que juridiction, ne peut pleinement appréhender sans être assistée par des experts. Et pourtant, le recours à l'expertise, lorsqu'il est nécessaire, est certainement compatible avec la fonction juridictionnelle de la Cour. En effet, comme cette dernière l'a affirmé antérieurement, «le but de l'expertise doit être d'*aider* la Cour à se prononcer sur les questions qu'elle est appelée à trancher» (*Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (*Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne*), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 228; les italiques sont de nous). Bien qu'en l'espèce la majorité de nos collègues ne l'ait pas estimé nécessaire, nous soutenons vigoureusement que le recours à l'expertise aurait été indispensable dans la présente affaire.

6. Nous ne sommes pas convaincus par l'argument selon lequel, dans une affaire telle que la présente, l'expertise scientifique peut être fournie de manière satisfaisante par des experts agissant en qualité de conseils des Parties en vertu de l'article 43 du Statut et la Cour peut statuer de manière satisfaisante sur la base d'une telle expertise. A cet égard, nous partageons les préoccupations exprimées par la Cour au paragraphe 168 de l'arrêt. Nous nous dissociions toutefois de l'approche passive adoptée par la Cour en l'espèce à l'égard du comportement des Parties alors, pourtant, que plusieurs autres possibilités lui étaient ouvertes.

7. Ainsi, la Cour aurait pu, en application de l'article 62 de son Règlement, inviter les Parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considérerait comme nécessaires à la compréhension des problèmes en cause, ou ordonner aux Parties de faire déposer des experts en vertu du paragraphe 2 du même article. Cela aurait déclenché l'application des articles 64, alinéa *b*), et 65 du Règlement, en vertu desquels les experts auraient pu être interrogés et leur témoignage aurait pu être examiné par les Parties et par la Cour, sous l'autorité du président. Ces garanties procédurales n'existent pas lorsque les experts comparaissent en vertu de l'article 43 du Statut et s'adressent à la Cour en qualité de conseils.

8. Nous estimons cependant que la Cour disposait d'une autre possibilité, plus intéressante, celle que prévoit l'article 50 de son Statut: «*A tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix.*» (Les italiques sont de nous.) L'article 67 du Règlement complète l'article 50 du Statut en prévoyant plusieurs modalités, dont principalement la prescription selon laquelle la possibilité «est» offerte aux parties de présenter des observations sur toute enquête et tout rapport d'expert ordonnés par la Cour. Bien que, contrairement à la procédure mentionnée au paragraphe 7 ci-dessus, celle-ci ne permette pas aux parties de soumettre à un contre-interrogatoire les experts nommés par la Cour, elle leur permet néanmoins de se faire entendre dans le cadre de l'appréciation des avis que ces experts peuvent produire. La Cour dispose donc d'une marge d'appréciation importante, avec deux procédures bien définies prévues par son Statut et son Règlement, en ce qui concerne le recours à l'expertise extérieure lorsqu'elle est saisie de différends scientifiques ou techniques complexes. Nous estimons que, pour la présente espèce, qui constitue l'une des affaires les plus riches en éléments factuels qu'elle ait été appelée à trancher, la Cour aurait dû avoir recours au moins à l'une des sources d'expertise extérieure qu'elle est habilitée à consulter.

9. Peu importe de savoir si, en l'espèce, la Cour aurait dû recourir à l'expertise en empruntant la voie de l'article 62 du Règlement (en invitant les Parties à produire des éléments de preuve) ou celle de l'article 67 du Règlement et de l'article 50 du Statut (en nommant ses propres experts). Ce que nous tenons simplement à faire observer, c'est que, lorsque la Cour est saisie d'un différend comportant des aspects scientifiques et techniques complexes (ce qui sera de plus en plus souvent le cas à mesure que le monde devra faire face à des défis plus nombreux, écologiques ou autres), elle devrait se montrer plus prête à se servir des outils dont elle dispose en vertu de son texte constitutif afin d'apprécier correctement les éléments de preuve qui lui sont soumis. La souplesse du libellé de l'article 50 du Statut, par exemple, permet d'utiliser cette disposition en tout état de la procédure. Cela mérite particulièrement d'être noté, car il s'ensuit que la procédure de l'article 50 peut être utilisée tant au début d'un différend qu'au cours de la procédure écrite ou de la procédure orale, ou même après que les parties ont désigné des experts et que les éléments de preuve qu'ils ont produits n'ont pas été jugés satisfaisants par la Cour.

10. Ce n'est pas comme si la Cour n'avait jamais usé de ses prérogatives en vertu de cette disposition. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie) (ordonnance du 17 décembre 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 124 et suiv.)*, exerçant les pouvoirs que lui confère l'article 50 du Statut, la Cour a confié à trois experts navals la mission d'évaluer la visibilité depuis la côte albanaise afin de vérifier l'allégation du Royaume-Uni, reposant sur une constatation de fait, selon laquelle l'Albanie aurait pu observer diverses opérations de mouillage de mines effectuées au large de sa côte. En l'affaire de la *Délimitation de la fron-*

rière maritime dans la région du golfe du Maine (*Canada/États-Unis d'Amérique*) (nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 165), la Cour, à la demande conjointe des Parties et usant une fois de plus de ses pouvoirs en vertu de l'article 50 du Statut, a chargé un expert de «la considération des questions techniques et ... [de] la préparation de la description de la frontière maritime et des cartes...» (*ibid.*, p. 166). Le rapport de cet expert a été joint en annexe à l'arrêt rendu ultérieurement par la Cour dans cette affaire (*arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 347 et suiv.).

11. Ce recours aux experts est *a fortiori* inévitable dans des affaires portant sur des faits scientifiques et technologiques d'une grande complexité. En 2010, nous sommes très loin de l'affaire du *Détroit de Corfou*, puisque nous sommes appelés à apprécier la décomposition d'éthoxylates de nonylphénol, la chaîne de causalité de la pollution due au phosphore ainsi qu'aux dioxines et aux furanes dans l'écosystème d'un fleuve, de même que les risques potentiels liés à la faible teneur en oxygène dissous. Comme l'écrit Shabtaï Rosenne, l'évolution technologique a mis en évidence l'opposition qui existe inévitablement entre la conception juridique des «faits» et de la preuve, d'une part, et la conception des faits dans le domaine des sciences, d'autre part (Rosenne, «Fact-Finding», *op. cit.*, p. 238).

12. Et pourtant, la Cour affiche une fâcheuse tendance à persister, lorsque les États qui comparaissent devant elle lui présentent des éléments de preuve scientifiques et techniques complexes à l'appui de leurs thèses, à régler ces questions en se contentant d'appliquer ses techniques juridiques traditionnelles, ce qui l'a exposée à de lourdes critiques, en particulier dans les commentaires doctrinaux les plus récents concernant ses méthodes de travail (cf., par exemple, Rosenne, «Fact-Finding», *op. cit.*, p. 239-242; Riddell et Plant, *op. cit.*, p. 337-339; M. Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten* («Le droit de la preuve devant les juridictions internationales et les tribunaux arbitraux internationaux dans les différends interétatiques»), 2010, p. 472). En bref, dans une affaire de nature scientifique telle que la présente espèce, les éclairages nécessaires pour parvenir à des décisions juridiques solides ne peuvent émaner que d'experts consultés par la Cour, même si c'est toujours à celle-ci qu'il incombe d'exercer les fonctions exclusivement judiciaires, telles que l'interprétation de termes juridiques, la qualification juridique des points de fait et l'appréciation de la charge de la preuve.

13. Critiques doctrinales mises à part, tant que la Cour persistera à régler des différends scientifiques complexes sans recourir à l'expertise extérieure dans un cadre institutionnel approprié tel que celui qu'offre l'article 50 du Statut, elle se privera délibérément de la capacité d'examiner pleinement les faits qui lui sont présentés, ainsi que de plusieurs autres avantages que lui procurerait ce recours, à savoir : l'interaction avec des experts agissant en tant que tels et non en qualité de conseils (voir *supra*, par. 6); la possibilité pour les parties d'exprimer leur point de vue

sur la manière dont ces experts auront été utilisés et de se prononcer sur le choix des experts par la Cour (et sur les questions sur lesquelles la contribution de ceux-ci serait nécessaire); enfin, la possibilité pour les parties de commenter les conclusions formulées par les experts dans le cadre d'un tel processus. Ce recours à l'expertise aurait également donné à la Cour la possibilité de combiner la rigueur de la communauté scientifique avec les impératifs de l'audience — une association indispensable pour l'application des règles internationales concernant la protection de l'environnement ainsi que d'autres différends portant sur des données scientifiques (Rosenne, «Fact-Finding», *op. cit.*, p. 245).

14. Il ne suffirait pas que, dans des différends ayant une dimension scientifique complexe, la Cour continue à avoir recours à des «experts fantômes» internes, comme elle semble l'avoir fait, entre autres, dans certaines affaires de délimitation frontalière ou maritime. A en croire une personne aussi bien informée que sir Robert Jennings, ancien président de la Cour,

«il n'est pas rare que la Cour s'adresse à des cartographes, hydrographes, géographes, linguistes, voire à des juristes spécialisés pour l'aider à comprendre une question donnée dans une affaire dont elle est saisie, sans, en général, éprouver le besoin de le faire savoir au public ni même d'en informer les parties» (sir R. Y. Jennings, «International Lawyers and the Progressive Development of International Law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, 1996, p. 416).

Le greffier de la Cour, M. Philippe Couvreur, a assimilé le rôle des experts engagés par la Cour à des fins de consultation interne à celui de membres temporaires du personnel du Greffe, ayant pour mission de donner des avis scientifiques internes sous le serment de confidentialité que doivent prêter les membres permanents du personnel du Greffe. Comme il l'indique, leurs conclusions ne sont jamais rendues publiques (Ph. Couvreur, «Le règlement juridictionnel», dans SFDI (dir. publ.), *Le processus de délimitation maritime: étude d'un cas fictif. Colloque international de Monaco du 27 au 29 mars 2003*, 2004, p. 349 et 384). Si la consultation d'experts «invisibles» est peut-être excusable lorsque les clarifications qu'ils apportent concernent des questions scientifiques marginales dans une affaire, la situation est tout autre dans des différends scientifiques complexes tels que celui de la présente espèce. Dans des circonstances telles que celles-ci, l'adoption de cette pratique priverait la Cour des avantages de transparence et d'équité procédurale déjà mentionnés, ainsi que de la capacité pour les Parties de commenter les éléments de preuve présentés à la Cour ou de l'aider à comprendre ces éléments. Ces préoccupations ne reposent pas purement sur des principes abstraits, mais relèvent de la bonne administration de la justice (C. Tams, «Article 50», dans A. Zimmermann, C. Tomuschat et K. Oellers-Frahm (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Com-*

mentary, 2006, p. 1109 et 1118). La transparence et l'équité procédurale sont importantes, car elles obligent la Cour à s'acquitter de sa mission générale de faciliter la production des éléments de preuve et de faire en sorte que les faits essentiels d'une affaire soient présentés avec la plus grande exactitude, afin que le différend puisse être réglé au mieux.

15. D'autres organes internationaux ont accepté la réalité des défis que pose l'incertitude scientifique dans la procédure judiciaire. Dans le cadre de l'arbitrage relatif à la ligne du *Rhin de fer (Belgique/Pays-Bas)*, sentence du 24 mai 2005 (*Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVII, p. 35-125), le Tribunal arbitral a recommandé la constitution par les parties d'une commission d'experts indépendants, dans les quatre mois suivant la date de la sentence, qui aurait pour mission de déterminer plusieurs faits, dont le coût de la réactivation de la ligne du «Rhin de fer», le coût du projet de développement autonome des Pays-Bas, ainsi que les avantages quantifiables de la réactivation de la ligne de chemin de fer pour les Pays-Bas (*ibid.*, p. 120, par. 235). Dans cette affaire, le Tribunal arbitral a jugé préférable de confier à des experts la mission d'«examiner des questions d'une grande complexité scientifique portant sur le fait de savoir si les mesures adoptées seront suffisantes aux fins d'assurer le respect des niveaux prescrits de protection de l'environnement» (*ibid.*). L'approche hybride retenue par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rhin de fer* quant au recours à l'expertise constitue donc un exemple positif dont la Cour pourrait utilement s'inspirer. Nous ne voyons pas pourquoi cette approche ne serait pas envisagée dans le cadre de l'article 50 du Statut. Par ailleurs, dans la sentence rendue le 17 septembre 2007 dans le cadre de l'*Arbitrage entre le Guyana et le Suriname*, le Tribunal arbitral a nommé un expert hydrographique indépendant auquel il a donné des instructions sur les points de fait particuliers à examiner (ordonnance de procédure n° 6 du Tribunal du 27 novembre 2006; ordonnance n° 7 du Tribunal du 12 mars 2007). Les Parties ont été mises en mesure de présenter des observations sur le rapport de l'expert hydrographique indépendant avant l'adoption dudit rapport par le Tribunal (ordonnance n° 8 du Tribunal du 21 mai 2007). Le Tribunal arbitral s'est fondé à la fois sur les conclusions de l'expert et sur les expertises présentées par les Parties dans leurs écritures, et la sentence a été décrite comme «reposant sur une compréhension et une prise en compte approfondies des aspects techniques pertinents du différend» (Riddell et Plant, *op. cit.*, p. 356).

16. Mais c'est peut-être l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui a le plus contribué au développement d'une bonne pratique en la matière, en n'hésitant pas à consulter des sources extérieures pour mieux apprécier les éléments de preuve qui lui sont soumis. En fait, cette pratique est apparue en réponse aux besoins de la procédure de règlement des différends dans des affaires comportant des questions scientifiques complexes (Foster, *op. cit.*, chap. III). A plusieurs reprises, des groupes spéciaux de l'OMC ont entendu les experts désignés par les parties, ont demandé des informations à des organisations ou organes internationaux

spécialisés ou ont directement entendu l'avis d'experts qu'ils avaient eux-mêmes nommés (voir, par exemple, *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones), Plainte déposée par le Canada*, WT/DS48/R/CAN, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), DSR 1998:II, p. 235; *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones), Plainte déposée par les Etats-Unis*, WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (1998), DSR 1998:III, p. 699; *Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (2006) (ci-après «CE — Biotechnologies»); *Canada — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones*, WT/DS321/R, WT/DS321/AB/R (2008); *Etats-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones*, WT/DS320/R, WT/DS320/AB/R (2008)). La consultation d'experts scientifiques nommés par les groupes spéciaux de l'OMC est possible même en l'absence de demande des parties en ce sens (comme c'était le cas dans le différend *Etats-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, WT/DS58/AB/R (1998), DSR 1998:VII, p. 2821 (ci-après «Etats-Unis — Crevettes»)), et même si les parties conviennent que l'avis d'experts extérieurs n'est pas nécessaire (comme c'était le cas dans le différend *CE — Biotechnologies*, rapport du groupe spécial, par. 7.16). Entre trois et six experts sont généralement nommés dans le cadre d'une procédure de consultation comportant deux phases, l'une écrite et l'autre orale. Lors de cette dernière, les parties sont invitées, au cours d'une «réunion conjointe», à commenter les rapports des experts ainsi que les observations de la partie adverse (cette procédure fut utilisée pour la première fois à l'OMC dans le différend *Etats-Unis — Crevettes*). Cette seconde phase, la procédure orale, présente un intérêt particulier parce qu'elle offre au groupe spécial et aux parties la possibilité d'obtenir des précisions sur les concepts, méthodes et principes sur lesquels reposent les arguments scientifiques et d'améliorer ainsi leur compréhension générale des questions scientifiques qui se posent dans une affaire donnée. Il est dommage qu'une telle approche n'ait pas été adoptée dans la présente affaire.

17. La Cour n'a pas su saisir l'occasion que lui offrait le présent différend, dans l'exercice de son «pouvoir discrétionnaire absolu» en la matière (Rosenne, *Law and Practice*, *op. cit.*, p. 1333), d'utiliser les procédures prévues à l'article 50 de son Statut et à l'article 67 de son Règlement et de s'affirmer comme une juridiction prudente et méthodique, à laquelle peuvent être soumis des éléments de preuve scientifiques complexes permettant d'établir le droit (ou sa violation par une partie). De surcroît, il s'ensuit de la décision de la Cour de ne pas faire usage de la procédure offerte par l'article 50 du Statut que les éléments de preuve n'ont pas été traités d'une manière convaincante pour établir l'exactitude ou la fausseté des allégations des Parties. Il est certain que les experts vont être mêlés à des questions d'interprétation juridique, du fait de

leur participation à l'application de termes juridiques. Les conclusions d'experts scientifiques pourraient être indispensables pour distiller le sens que des concepts juridiques tels que préjudice «sensible», «suffisance», «seuil raisonnable» ou «nécessité» peuvent avoir concrètement dans une espèce donnée. Pour cette raison, dans une affaire qui comporte des éléments de preuve scientifiques complexes et dans laquelle subsiste, même dans les conclusions des Parties, un degré important d'incertitude scientifique, une consultation d'experts menée publiquement et avec la participation des Parties s'imposait. C'est pourquoi, bien qu'avec regret, nous nous dissociions d'un arrêt par ailleurs solidement fondé.

II. UNE OCCASION MANQUÉE D'ADOPTER UNE APPROCHE PROSPECTIVE À L'ÉGARD D'UN DIFFÉREND AYANT TRAIT À L'ENVIRONNEMENT

18. Laissons la question du défaut d'appréciation *lege artis* des éléments de preuve scientifiques par la Cour pour en aborder une autre, d'ailleurs étroitement liée à la première. La Cour a conclu que, si elle est compétente pour régler des différends concernant l'interprétation ou l'application du statut de 1975 conformément à l'article 60, elle ne peut toutefois «retenir l'interprétation de l'article 9 [avancée par l'Argentine] selon laquelle toute construction serait interdite jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée en vertu des articles 12 et 60» (arrêt, par. 154). Elle a écarté l'hypothèse selon laquelle l'article 12 pourrait contenir une telle «obligation de non-construction» (*ibid.*, par. 154) et a également jugé que les parties au statut avaient le droit de mettre en œuvre le projet une fois que l'obligation de négocier pesant sur la partie en cause avait pris fin (*ibid.*, par. 155).

19. Le statut de 1975 assigne à la Cour un double rôle. Son article 60 place la Cour dans son rôle traditionnel, qui est celui d'interpréter et d'appliquer les droits et obligations prévus par le statut de 1975. C'est une vaste mission, mais qui ne s'écarte pas de la fonction juridictionnelle exercée par la Cour de manière générale lorsqu'elle est saisie d'un différend en vertu d'une clause compromissoire: il s'agit essentiellement de procéder à une évaluation rétrospective de l'affaire, axée sur la constatation des préjudices, survenus ou imminents, pour l'écosystème du fleuve. Cela correspond à l'approche traditionnelle selon laquelle le règlement international des différends juridiques consiste à établir les violations des obligations incombant aux parties et à réagir à ces violations en déterminant l'indemnité adéquate ou en prévoyant une réparation de caractère essentiellement rétrospectif.

20. L'article 12 en revanche assigne à la Cour un rôle différent: il prévoit que, si les parties n'aboutissent pas à un accord sur le point de savoir si un projet envisagé «peut causer un préjudice sensible à la navigation, au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux» (art. 11), «la procédure indiquée au chapitre XV est applicable» (art. 12), c'est-à-dire que la ques-

tion est portée devant la Cour. Même si cette disposition semble à première vue ne constituer qu'une autre voie conduisant à l'application de l'article 60, selon nous la procédure spéciale prévue à l'article 12 diffère de celle de l'article 60 en ce qu'elle modifie la fonction de la Cour, qui devient la principale instance appelée à trancher les questions techniques et/ou scientifiques lorsque les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord.

21. Nous estimons en substance que, dans le cadre de l'article 12, la Cour n'a pas pour seule fonction de juger *ex post facto* de l'existence d'une violation et des modes de réparation appropriés d'une violation alléguée, mais est investie conjointement par les Parties de la mission de les assister dès les premiers stades du processus de planification. L'article 12 est résolument prospectif puisque, en vertu de ce texte, la Cour doit intervenir, *avant* la réalisation d'un projet, lorsque les Parties s'opposent sur l'existence de risques d'effets préjudiciables sur l'environnement. Indépendamment de la question de savoir s'il faut y voir une « obligation de non-construction » jusqu'à la décision de la Cour, l'objectif même de la saisine de la Cour en vertu de l'article 12 est donc d'obtenir son interprétation autorisée du sens de l'expression « préjudice sensible » par rapport à un projet concret, aux risques spécifiques qu'il comporte et à ses répercussions pour l'environnement du fleuve Uruguay. Sur cette base, les Parties peuvent décider, dans le cadre de leur gestion commune de l'écosystème du fleuve, si — et dans quelle mesure — le projet en question doit être réalisé. Comme il est indiqué ci-dessus, les implications du rôle que nous venons de décrire débordent largement la question de savoir si l'article 12 consacre une « obligation de non-construction », puisqu'elles touchent à la manière dont la Cour règle sa procédure et traite les éléments de preuve.

22. Pour la Cour, à la différence de l'exercice traditionnel de ses responsabilités en vertu de l'article 60, la procédure de l'article 12 implique qu'elle doit adopter une approche prospective, se livrer à une évaluation approfondie du risque et adopter une logique de prévention et non de réparation en déterminant quelle pourrait être la nature de ce risque. Cette logique s'impose avec une force particulière dans le domaine du droit de l'environnement. Comme la Cour elle-même l'a déclaré ailleurs,

« dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages » (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 140).

23. Les observations que nous avons faites plus haut concernant l'expertise scientifique valent *a fortiori* dans une telle perspective de prévention. Etant donné la multiplicité des facteurs en jeu, la longueur des périodes de temps et le cumul des effets à prendre en compte, et les déli-

cates questions de causalité et d'interdépendance à examiner, on se trouve face à un ensemble complexe d'éléments de fait qui ne peuvent se transformer en éléments de preuve solides susceptibles de fonder le raisonnement et la décision de la Cour que si cette dernière s'assure le concours d'experts scientifiques et techniques extérieurs, assorti des garanties procédurales nécessaires. Il en est ainsi à plus forte raison dans une situation où la communauté scientifique elle-même est divisée et où se pose la question de savoir si le principe de précaution devrait entrer en action, et dans quelle mesure.

24. L'article 12 constitue le cadre naturel de ces considérations et préoccupations au sein du statut de 1975. Etant donné la date de la conclusion du traité, cet article est bien un élément remarquable et particulièrement caractéristique du statut, reflétant son caractère novateur et progressiste. En rejetant la philosophie du fait accompli, il offre une illustration exemplaire de la manière dont on peut ancrer solidement une approche prospective et préventive, au niveau institutionnel, dans l'évaluation des risques et ce, dès la procédure d'autorisation. Et l'évaluation préventive des risques est particulièrement nécessaire dans le domaine crucial et toujours plus important de la protection de l'environnement. La reconnaissance du « caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement » (voir *supra*, par. 22) constitue un important premier pas à franchir. Ensuite, lorsqu'elle est confrontée à des défis liés à des risques de pollution de l'environnement et de mise en danger d'un écosystème, la Cour ne doit pas perdre de vue les faiblesses et défauts inhérents à la procédure judiciaire traditionnelle qui est tournée vers le passé et à la logique de réparation qui la caractérise. L'article 12 du statut de 1975 déborde manifestement de ce cadre étroit. La majorité semble néanmoins avoir estimé presque unanimement que la Cour intervenait en vertu de l'article 60 du statut de 1975 et elle a statué sur ce fondement.

25. Néanmoins, comme il ressort abondamment de l'arrêt, la Cour, même en vertu de l'article 60, s'est comportée comme une juridiction de juges « experts » ou « spécialistes », s'acquittant des fonctions qui seraient les siennes dans le cadre d'un différend qui lui aurait été soumis en vertu de l'article 12. Il est donc d'autant plus regrettable qu'elle n'ait pas saisi les implications de l'article 12 pour sa fonction. Nous sommes convaincus que, en usant du mécanisme que le statut de 1975 lui-même prévoit en son article 12, la Cour aurait pu et dû se livrer à un raisonnement différent, tenant davantage compte des aspects prospectifs et préventifs que prévoit pour elle le statut. Dans ce contexte, la Cour n'aurait pas dû se borner à évaluer simplement *ex post facto* les dommages qui se sont produits, elle aurait pu examiner d'une manière plus détaillée les facteurs de risque en présence et l'importance des obligations de nature procédurale contractées par les Parties précisément en vue de réduire au minimum ce risque. Ce faisant, la Cour aurait également pu adopter une approche plus flexible à l'égard du rôle que l'expertise aurait pu jouer dans le cadre du règlement du présent différend.

III. UNE OCCASION MANQUÉE DE CLARIFIER LE LIEN ENTRE LES OBLIGATIONS DE NATURE PROCÉDURALE ET LES OBLIGATIONS DE FOND

26. Une dernière observation en guise de conclusion: dans les cas d'utilisation de ressources naturelles partagées comportant l'éventualité de dommages transfrontières, la caractéristique la plus marquante consiste en l'élasticité et la généralité extrêmes des principes en jeu. La souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'utilisation équitable et rationnelle de ces ressources, l'obligation de ne pas causer de dommages sensibles ou appréciables, le principe du développement durable, etc., reflètent tous cette généralité. Le problème est encore aggravé par le fait que, en cas de différend, ces principes se trouvent souvent en conflit. Il est évident que, dans de telles situations, le respect des obligations procédurales revêt une importance considérable et constitue un élément essentiel aux fins de déterminer si, dans un cas concret, certaines obligations de fond ont ou non été violées. Aussi est-il difficile de souscrire à la conclusion selon laquelle l'inobservation des obligations procédurales pertinentes n'a eu, en définitive, aucune incidence sur le respect des obligations de fond. Si, par exemple, les procédures prescrites par les articles 7 à 12 du statut de 1975 avaient été suivies, peut-être un site plus approprié aurait-il été choisi pour la construction des usines de pâte à papier. Inversement, ces dispositions n'ayant pas été respectées, il est évident que la situation avait tout du fait accompli.

27. La Cour reconnaît l'existence d'un lien fonctionnel entre les obligations de nature procédurale et les obligations de fond énoncées par le statut de 1975 (voir arrêt, par. 79). Néanmoins, elle n'accorde pas à ce lien toute son importance, ni lorsqu'elle recherche s'il y a eu violation de l'article 41 du statut de 1975, ni lorsqu'elle détermine les réparations appropriées pour la violation des articles 7 à 12 dudit statut. Selon la Cour, dès lors que le respect des obligations de fond a été assuré (ou du moins que le non-respect de ces obligations n'a pas été prouvé), la violation d'obligations de nature procédurale n'a guère d'importance et la constatation par la Cour de cette violation constitue donc une satisfaction appropriée: c'est faire peu de cas du lien entre procédure et fond.

28. En conclusion, nous regrettons que la Cour, en l'espèce, n'ait pas su saisir cette occasion vraiment exceptionnelle de démontrer à la communauté internationale qu'elle a la capacité et la volonté d'aborder les différends scientifiquement complexes d'une manière résolument moderne.

(*Signé*) Awn Shawkat AL-KHASAWNEH.

(*Signé*) Bruno SIMMA.